ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze giuridiche – *PhD in Legal Studies*

Ciclo XXXI

Settore Concorsuale di afferenza: *12/A1- DIRITTO PRIVATO*

Settore Scientifico disciplinare: *IUS/01- DIRITTO PRIVATO*

VERSO UNA NUOVA CORRETTEZZA PROFESSIONALE DELL'IMPRENDITORE ALLA LUCE DELLA REGOLAMENTAZIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

Presentata da:

Ilaria Speziale

Coordinatore Dottorato: Supervisore:

Prof. Andrea Morrone **Prof. Daniela Memmo**

Esame finale anno 2019

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI DI REGOLAMENTAZIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: UN PANORAMA COMPLESSO

1. Il quadro legislativo antecedente alla direttiva del 2005:
cenni storici. .....p. 6
2. La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE e
le peculiarità della normativa sulle pratiche commerciali sleali. .....p. 12
2.1. La clausola generale e le disposizioni
particolari nella struttura piramidale della disciplina. .....p. 18
2.2. Segue: il rapporto tra norma generale e previsioni di dettaglio
nel dibattito dottrinale. .....p. 24
2.3. La nozione legislativa di pratica commerciale
e il concetto di pubblicità. .....p. 31
2.4. Segue: le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive.
Profili definitori. .....p. 37
3. La promozione dei codici di condotta nel contrastare le pratiche
commerciali vietate. .....p. 44
3.1. Il ruolo dell'autodisciplina e le ragioni del *favor* legislativo. .....p. 47
3.2. L'effettività delle fonti di *soft law*: rilievi critici. .....p. 49
3.3. L'esperienza positiva del Codice di Autodisciplina della
Comunicazione Commerciale. .....p. 54
3.4. Cenni agli altri codici di condotta: l'inadeguatezza e la scarsa
conformità alle previsioni normative. .....p. 61

CAPITOLO SECONDO

IL COLLEGAMENTO FRA DISCIPLINE E AUTORITÁ COMPETENTI NELLE VARIABILI DELLA LEGISLAZIONE E DELLA GIURISPRUDENZA INTERNA E COMUNITARIA

1. Disciplina generale e regolazioni di settore: il difficile rapporto
tra normative e *Authorities* nella repressione delle PCS. .....p. 65

2. Il parere del Consiglio di Stato su disciplina e competenza
in materia di servizi finanziari: la controversa applicazione del
principio di specialità. .....p. 73
3. La soluzione proposta con le pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2012. .p. 79
4. L'intervento del legislatore nazionale e la competenza dell'A.G.C.M.
nel combattere le pratiche commerciali scorrette. .....p. 88
5. La procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea
e la modifica dell'art. 27 cod. cons. .....p. 93
5.1. Segue: il contrasto ermeneutico sulla portata
della nuova previsione normativa. .....p. 96
6. Il nuovo orientamento espresso nelle Adunanze Plenarie del
Consiglio di Stato del 2016. .....p.105
6.1. Segue: l'applicazione del criterio di «specialità per progressione
di condotte lesive». Le pratiche commerciali aggressive. p.109
7. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale, *ex* art. 267 TFUE:
il diritto italiano al vaglio dei giudici europei. p.114
8. L'intervento ben poco risolutivo della Corte di Giustizia CE:
un'occasione mancata. p.122

CAPITOLO TERZO

VERSO UNA NUOVA CORRETTEZZA PROFESSIONALE DELL'IMPRENDITORE SUL MERCATO NELL'ARTICOLATO QUADRO NORMATIVO

1. Il professionista nelle pratiche commerciali scorrette
e la definizione generale dettata dal codice del consumo. p.127
1.1. Segue: il professionista «indiretto». p.132
2. La nozione d'impresa tra diritto europeo e tradizione
civilistica italiana. La possibile assimilazione del professionista
intellettuale all'imprenditore. p.136
3. La definizione di pratica commerciale scorretta e i principi di
buona fede, correttezza e lealtà previsti dal codice del consumo. p.142
4. I parametri di valutazione della scorrettezza:
a) la contrarietà alla diligenza professionale. p.146

4.1. La diligenza del professionista tra disciplina
consumeristica e codice civile. p.152
4.2. L'agire diligente e secondo correttezza nello specifico
contesto delle pratiche commerciali. p.156
5. I parametri di valutazione della scorrettezza:
b) l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile
il comportamento economico del consumatore medio. p.161
6. Lo standard del consumatore medio e la relazione di
proporzionalità inversa con la diligenza professionale. p.169
7. La scorrettezza del professionista e la sorte del contratto
concluso a valle di una pratica commerciale vietata. p.173
7.1. Il dibattito intorno ai rimedi civilistici: la nullità. p.176
7.2. Segue: l'annullabilità e la tesi del «doppio binario» di tutele. p.180
7.3. Lo strumento del recesso unilaterale: una proposta controversa. p.186
8. La protezione del consumatore e del mercato come scelta di
responsabilità: l'obbligo del risarcimento dei danni
del professionista scorretto. p.188

CAPITOLO QUARTO

IL CONTROLLO DELL'ATTIVITÁ IMPRENDITORIALE IN TEMA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. I CASI PRATICI ALLA LUCE DEL SISTEMA DI TUTELA E SANZIONI

1. La via amministrativa prescelta dal legislatore italiano nella repressione
delle attività promozionali vietate. p.193
2. Il ruolo riservato all'A.G.C.M. nel codice del consumo
e il potere di agire d'ufficio dell'Autorità. p.201
2.1. Segue: gli altri poteri di *public enforcement* del Garante.
I rimedi *soft* e le sanzioni amministrative pecuniarie. p.205
3. L'impugnazione delle decisioni dell'A.G.C.M. e il sindacato «debole»
del giudice amministrativo: considerazioni critiche. p.212
4. Il coordinamento tra controllo amministrativo e
autodisciplinare sulle pratiche commerciali scorrette. p.218
4.1. Segue: la scarsa valorizzazione del «ruolo deflattivo» dei codici

di condotta nel contenzioso tra imprese e consumatori. p.223
5. L'area di giurisdizione del giudice ordinario. p.227
6. L'azione inibitoria e l'azione di classe come strumenti collettivi
di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette. p.229
7. L'effettività in concreto della tutela inibitoria collettiva. p.235
8. La *class action* italiana nella giurisprudenza: i limiti attuali
e le prospettive future di un rimedio dalla fisionomia
ancora incerta. p.241
9. Il cd. *dieselgate* fra Responsabilità Sociale d'Impresa
e scarsa efficacia dissuasiva delle sanzioni. p.248

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....p.257

BIBLIOGRAFIA.....p.261

SITOGRAFIA p.301

ABSTRACT p.306

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI DI REGOLAMENTAZIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: UN PANORAMA COMPLESSO

SOMMARIO: *1. - Il quadro legislativo antecedente alla direttiva del 2005: cenni storici. 2. - La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE e le peculiarità della normativa sulle pratiche commerciali sleali. 2.1. - La clausola generale e le disposizioni particolari nella struttura piramidale della disciplina. 2.2. - Segue: il rapporto tra norma generale e previsioni di dettaglio nel dibattito dottrinale. 2.3. - La nozione legislativa di pratica commerciale e il concetto di pubblicità. 2.4. - Segue: le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Profili definitori. 3. - La promozione dei codici di condotta nel contrastare le pratiche commerciali vietate. 3.1. - Il ruolo dell'autodisciplina e le ragioni del* favor *legislativo. 3.2. - L'effettività delle fonti di* soft law*: rilievi critici. 3.3. - L'esperienza positiva del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. 3.4. - Cenni agli altri codici di condotta: l'inadeguatezza e la scarsa conformità alle previsioni normative.*

1. *Il quadro legislativo antecedente alla direttiva del 2005: cenni storici.*

Le pratiche commerciali scorrette[1] tra imprese e consumatori (le c.d. PCS) si collocano all'interno di un sistema normativo complesso, articolato su due livelli: legislativo ed autodisciplinare.

Il pilastro legislativo comunitario è dato dalla direttiva 2005/29/CE (d'ora in avanti semplicemente direttiva), le cui disposizioni sono state recepite nel nostro ordinamento, oltre dieci anni or sono, dal d.lgs. n. 146 del 2007, che le ha trasposte all'interno del codice del consumo[2], agli artt. 18 ss., in sostituzione della previgente disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa[3].

---

[1] Secondo la dicitura preferita dal legislatore italiano, in luogo dell'aggettivo «sleali», utilizzato dal legislatore comunitario. Sul punto si rinvia alle considerazioni riportate *infra*, in chiusura del par. 2 del presente cap. I.

[2] D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in G.U. 8 ottobre 2005, n. 235 - S.O. n. 162.

[3] Sull'argomento, fra i tanti, si vedano: BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, Padova, 2008; AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2008; AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino,

Il testo della direttiva, sin dai suoi *Considerando*, rinvia all'autodisciplina con richiami generici e previsioni più puntuali[4]. Il *Considerando* n. 20 sottolinea l'opportunità di «prevedere un *ruolo* per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici». La nozione di codice di condotta compare, quindi, a più riprese negli articoli della fonte comunitaria, nonché, in termini pressoché identici, nelle disposizioni attuative del codice del consumo.

Nel presente capitolo avrò modo di soffermarmi ampiamente sul rapporto tra i due livelli di regolamentazione, interrogandomi, in special modo, sul ruolo astrattamente riservato ai codici di condotta e sul reale grado di effettività dei medesimi nel contrastare le pratiche commerciali scorrette. L'analisi prenderà avvio dalla fonte comunitaria e dalla normativa di recepimento nazionale. Appare, tuttavia, opportuno premettere un confronto con la pregressa disciplina sulla pubblicità ingannevole, introdotta nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 e poi trasfusa nel codice del consumo.

Sino all'entrata in vigore di tale normativa, esisteva un vuoto di tutela che lasciava il consumatore sprovvisto di protezione: mentre la giurisprudenza aveva già da tempo collocato la pubblicità menzognera tra le condotte contrarie ai principi di correttezza professionale – rendendo azionabili gli strumenti previsti dagli artt. 2598 ss. c.c. in favore dell'imprenditore –, il consumatore era, invece, tutelato solo in via eventuale e indiretta, nella misura in cui un messaggio pubblicitario scorretto risultasse lesivo *anche* di interessi di tipo imprenditoriale[5]. Come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione[6], un simile contesto ha favorito l'affermazione dell'autodisciplina pubblicitaria in una posizione singolare rispetto alle strutture a lungo insufficienti e frammentarie dell'ordinamento statuale[7].

2007; AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, Milano, 2007.

[4] Sull'argomento: BARGELLI, *I codici di condotta*, in AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 261 ss.; FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 706 ss.; ID., *I codici di condotta*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 159 ss.; PINTO, *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 219 ss.

[5] V. GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, in AA. VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, a cura di RUFFOLO, Milano, 2003, p. 5.

[6] V. *infra* al par. 3.3 del presente cap. I.

[7] Cfr. SORDELLI, *Voce Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 3.

Il riferimento alla normativa pregressa appare ineludibile, perché le pratiche commerciali ingannevoli introdotte nel 2007 altro non sono se non la pubblicità ingannevole, secondo l'interpretazione elaborata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti A.G.C.M.), nella vigenza della precedente disciplina[8]. Inoltre, i decreti legislativi attuativi della direttiva del 2005 – oltre al già menzionato d.lgs. n. 146/2007, il d.lgs. n. 145/2007 –, pur avendo riformato ampiamente la normativa del 1992, non l'hanno sostituita *de plano*. Il legislatore nazionale, infatti, ha preferito affiancare a quest'ultima le nuove disposizioni sulle PCS. Il recepimento della direttiva ha, dunque, determinato la singolare compresenza di due discipline con oggetto in parte coincidente, ma differenti destinatari[9] [10].

Nel d.lgs. n. 145 del 2007 è stato trasposto l'intero *corpus* normativo originariamente inserito nel d.lgs. del 1992 e poi confluito nel codice del consumo, agli artt. 18-27. Il legislatore del 2007 ha, al contempo, innovato tali disposizioni alla luce delle modifiche apportate dalla direttiva 2005/29/CE (art. 14) alla direttiva 84/450/CEE[11]. Il d.lgs. n. 145 ha, quindi, lo scopo di tutelare i

---

[8] A titolo esemplificativo si menziona A.G.C.M, 7 dicembre 1994, Provv. n. 2526 (PI/314B), caso *Jetcom*, ove, al termine della ricostruzione delle risultanze istruttorie, si legge: «(…) si ritiene che i messaggi in esame, a causa delle evidenziate *omissioni*, siano *idonei ad indurre in errore i destinatari* con riferimento alle caratteristiche degli apparecchi pubblicizzati, potendo in tal modo *pregiudicarne il comportamento economico* nel senso indicato». La nozione di messaggio pubblicitario ingannevole ivi desumibile appare molto vicina a quella di pratica commerciale ingannevole, *rectius* omissione ingannevole, prevista nella disciplina di recepimento della direttiva 2005/29/CE. Analogamente, in A.G.C.M., 12 dicembre 1996, Provv. n. 4497 (PI/959), caso *Universal Contour Wrap*, il Garante considera *ingannevole* il messaggio pubblicitario oggetto di valutazione «con conseguente pregiudizio del comportamento economico dei consumatori (…), in quanto contiene indicazioni inerenti presunte, ma non dimostrate, caratteristiche ed effetti del trattamento denominato "*Universal contour wrap*"; indicazioni che, peraltro, a causa della loro estrema genericità, lasciano intendere che al citato trattamento possano conseguire effetti dimagranti e, più in generale, risultati benefici nei confronti di una svariata gamma di patologie e/o fenomenologie quali le smagliature, la cellulite, la psoriasi, gli eczemi, etc.». Si vedano anche: A.G.C.M., 19 ottobre 1997, Provv. n. 5425 (PI/1556), caso *Catalogo-D mail* e A.G.C.M., 17 novembre 1999, Provv. n. 7734 (PI/2551), caso *Kalocell*.

[9] V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 87.

[10] La dottrina ha, però, opportunamente precisato che il criterio distintivo non è il destinatario del messaggio, ma la titolarità dell'interesse eventualmente leso dalla comunicazione commerciale. Ragion per cui, qualora esso sia riferibile al consumatore, troverà applicazione la direttiva sulle pratiche commerciali sleali; qualora, invece, sia riferibile al professionista, si applicherà la direttiva 84/450/CE nella sua versione più aggiornata (PERUGINI, *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 126). Mi esprimo anch'io più correttamente in questi termini in chiusura del presente par., riferendomi alla separazione di tutele degli interessi diretti dei consumatori da quelli delle imprese, realizzata dal legislatore.

[11] DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 67-68. Per approfondimenti sulle modifiche apportate dall'art.

soli *professionisti* dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa[12].

Il d.lgs. n. 146/2007, invece, ha riscritto *ex novo* gli artt. 18 ss. del codice del consumo, i quali disciplinano esclusivamente le pratiche commerciali scorrette aventi come destinatari i consumatori.

L'origine di un quadro normativo così composito deve rinvenirsi nel percorso legislativo tutt'altro che lineare, culminato, infine, nell'adozione della direttiva del 2005.

A livello comunitario la manifestazione di uno specifico interesse per la comunicazione commerciale ha preceduto l'avvio di un'azione generale a tutela dei consumatori[13]. La protezione di questi ultimi, infatti, non figurava nel Trattato istitutivo CEE, quale settore di intervento comunitario e i riferimenti testuali o diretti alla categoria erano limitati, generici e incidentali[14].

Solo a partire dal 1993, la promozione di un livello elevato di protezione dei consumatori viene menzionata tra gli obiettivi del Trattato, all'art. 153[15]. Tale obiettivo viene poi ribadito nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. Nel Trattato di Lisbona del 2007 (art. 12 e, più ampiamente, art. 169 TFUE) la tutela dei consumatori è poi riconosciuta formalmente come politica perseguita dalle istituzioni comunitarie. L'art. 169, nella versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea del 2016, riproduce sostanzialmente il testo del previgente art. 153, salvo alcune modifiche poco significative.

14, dir. 2005/29/CE alla dir. 84/450/CE si rinvia a DI RAIMO, *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE: a margine di una proposta per il suo recepimento*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 91 ss.

[12] Come si legge nell'art. 1, rubricato *Finalità* del d.lgs. n. 145/2007.

[13] Cfr. MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2005, p. 1.

[14] A titolo esemplificativo si menzionano: l'art. 39, comma 1, lett. e) sulla politica agricola comune; l'art. 85 sulle intese tra imprese con finalità anticoncorrenziali; l'art. 86 sull'abuso di posizione dominante; l'art. 92, comma 2, sugli aiuti concessi dagli Stati, ammessi se aventi carattere sociale e concessi a singoli consumatori, «a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti».

[15] Nella numerazione originaria si trattava dell'art. 129 A, introdotto dal Trattato di Maastricht, in vigore dal 1° novembre 1993. L'art. 129 A attribuiva all'Unione competenze per il «conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante: a) misure adottate in applicazione dell'art. 100 A nel quadro della realizzazione del mercato interno (…)». Contestualmente, il consumatore veniva riconosciuto quale destinatario di politiche comunitarie, *ex* art. 3, lett. s) del Trattato. Il Trattato di Amsterdam del 1997 riscrive l'art. 129 A nell'art. 153, a norma del quale: «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori e assicurare loro un elevato livello di protezione, la Comunità contribuisce a tutelarne la salute, la sicurezza e gli interessi economici, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi». Il comma 2 aggiunge: «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

Descritto per cenni sommari il percorso che conduce all'adozione di politiche europee generali a tutela dei consumatori, in parte autonomo è l'*iter* relativo all'informazione commerciale[16].

Già nel *Programma preliminare* del 1975[17], la protezione dei consumatori dalla pubblicità ingannevole figurava come una priorità. Il Programma, infatti, enunciava cinque diritti fondamentali dei medesimi, tra cui, per la prima volta, quello all'informazione e all'educazione (punto 3, lett. d)), destinati a fornire la base della legislazione comunitaria[18].

Dal 1978, con la prima proposta di direttiva in argomento, prende avvio il processo normativo che conduce all'approvazione della fonte comunitaria sulle pratiche commerciali sleali. Fallito l'ambizioso progetto originario di armonizzazione generale di tutte le discipline in tema di pubblicità, la direttiva 84/450/CEE si limitava a dettare «criteri minimi oggettivi in base ai quali si possa giudicare su una determinata forma di pubblicità ingannevole»[19].

Il legislatore europeo poi con la direttiva 97/55/CEE ha modificato il testo della fonte comunitaria del 1984, inserendovi norme sulla pubblicità comparativa. Tali ultime disposizioni, a differenza delle misure sulla pubblicità ingannevole, sono, però, di armonizzazione massima[20]. La disciplina sulla pubblicità comparativa viene, dunque, inserita nell'impianto normativo relativo alla pubblicità ingannevole, rimasto inalterato. Pertanto, anch'essa vede considerati in modo unitario gli interessi tutelati. Si tratta di tutti gli interessi già

---

[16] Cfr. MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, cit., p. 2.

[17] La dicitura completa del testo normativo, entrato in vigore il 14 aprile 1975, è *Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*. In precedenza, il Consiglio d'Europa, facendo seguito ad un rapporto sul tema (*Conseil de l'Europe, Protection des consommateurs*, Strasburgo, 1972), aveva approvato la *Carta europea di protezione dei consumatori*, datata 1973, ove, per la prima volta, compariva una definizione di consumatore («ogni persona fisica o morale alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato»).

[18] Gli altri diritti enunciati nel punto 3 sono: a) il diritto alla protezione della salute e della sicurezza; b) il diritto alla tutela degli interessi economici; c) il diritto al risarcimento dei danni; e) il diritto alla rappresentanza.

[19] *Contra* AUTERI, *I poteri dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Dir. ind.*, 2002, VI, p. 267, secondo il quale la direttiva del 1984 non si limitava ad obbligare gli Stati membri ad introdurre un divieto generale in tema di pubblicità ingannevole e a fissare criteri minimi oggettivi (…), ma obbligava gli ordinamenti nazionali ad accordare ai soggetti pregiudicati dalla pubblicità vietata una protezione diretta, «consistente (quanto meno) nel potere di agire per ottenere la cessazione anche in via d'urgenza della pubblicità ingannevole ed eventualmente la pubblicazione della decisione o di una dichiarazione di rettifica». Tuttavia, trattandosi, come si è detto, di una direttiva di armonizzazione minima, la 84/450/CEE consentiva agli Stati di mantenere regimi meno rigidi in tema di pubblicità ingannevole. Piuttosto, è stato ben più efficace, sotto il profilo della tutela accordata ai consumatori, l'intervento legislativo comunitario del 1997 con la direttiva n. 55, di armonizzazione massima. È di tale condivisibile avviso MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, cit., p. 2.

[20] La direttiva del 1997 era, infatti, finalizzata a rimuovere i divieti di pubblicità comparativa presenti in taluni Stati membri e ad evitare che essi fossero mantenuti mediante l'adozione di condizioni di liceità più stringenti di quelle in essa previste (MELI, *op. ult. cit.*, p. 2).

ritenuti rilevanti dalla disciplina sulla pubblicità ingannevole (art. 1, dir. 84/450): non solo dei consumatori e professionisti[21], ma anche del «pubblico in generale».

In un simile quadro legislativo, la direttiva 2005/29/CE introduce, infine, norme di armonizzazione massima in tema di pratiche commerciali sleali[22], senza, però, sostituire le nuove disposizioni all'originaria disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita. Quest'ultima, invariata nella sostanza, viene, tuttavia, ridimensionata nell'ambito soggettivo di operatività dalla stessa fonte comunitaria del 2005[23] e poi dalla versione codificata nella direttiva 2006/114/CE.

L'autonomia e la differente impostazione dei materiali normativi concernenti l'attività pubblicitaria da un lato e la tutela dei consumatori dall'altro si spiegano, dunque, nell'analisi dell'evoluzione storica della legislazione comunitaria. La normativa sull'informazione commerciale, infatti, è stata congeniata come disciplina dell'*attività* delle imprese sul mercato; la successiva normativa a tutela dei consumatori, invece, si è concentrata prevalentemente sul *rapporto* tra impresa e consumatore. Pertanto, nella tutela predisposta nei confronti dell'attività pubblicitaria, il legislatore comunitario ancora oggi considera tutti gli interessi in gioco: dei consumatori, delle imprese concorrenti, del pubblico in generale; nella disciplina a protezione del consumatore, per contro, si guarda esclusivamente alle parti di un possibile futuro rapporto contrattuale[24].

Senonché, è a partire dal *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*[25], che anche la tutela concernente l'informazione

---

[21] In verità, il legislatore comunitario del 1984 non utilizza ancora la dicitura «professionisti», ma rinvia alle «persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». Tale dicitura è stata inserita nella stessa direttiva 84/450/CEE a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva 2005/29/CE.

[22] Con una sola deroga, giacché l'art. 3, comma 9, dir. 2005/29/CE dispone: «in merito ai "servizi finanziari" definiti dalla direttiva 2002/65/CE e ai beni immobili, gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza».

[23] La direttiva 2005/29/CE all'art. 14, rubricato *Modifiche della direttiva 84/450/CEE*, dispone: «La direttiva 84/450/CEE è così modificata: 1) l'articolo 1 è sostituito dal seguente: Articolo 1. La presente direttiva ha lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa». Sul punto, si veda DI RAIMO, *op. cit.*, p. 91 ss.

[24] Cfr. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 89.

[25] Tale testo normativo, finalizzato ad analizzare «i possibili orientamenti futuri della tutela dei consumatori nell'Unione europea, avviando un dibattito con le parti interessate» e ad «esaminare i diversi ostacoli alla realizzazione del mercato interno in tale settore, la questione della tutela dei consumatori e le soluzioni da adottare in vista di un'armonizzazione della normativa comunitaria» (art. 1, COM (2001) 531 def., del 2.10.2001), è all'origine della direttiva sulle PCS. Nel *Libro Verde*, infatti, si era posta la scelta se proseguire con un approccio normativo settoriale, ovvero intraprendere la strada della direttiva quadro, quale normativa di chiusura dell'intero sistema, al cui interno collocare le singole iniziative specifiche (BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 269). Per approfondimenti si rinvia anche a ROSSI CARLEO, *Dalla*

commerciale diviene parte della generale azione comunitaria a protezione dei consumatori nel rapporto con le imprese. E, allora, piuttosto che unificare la normativa esistente per superare la frammentarietà oggettiva e dar luogo ad una disciplina generale delle operazioni sleali sul mercato, il legislatore sceglie la strada della frammentazione soggettiva: adotta diverse discipline, in parte parallele, che pretende di organizzare rigidamente per coppie di relazioni tra soggetti del mercato (professionisti/consumatori; professionisti/professionisti)[26]. Il risultato è la già menzionata separazione delle tutele degli interessi diretti dei consumatori da quelli diretti delle imprese: la direttiva 2005/29/CE disciplina le pratiche commerciali sleali, delle quali siano vittime i soli consumatori; la direttiva 84/450/CEE, invece, con la modifica attuata dalla stessa fonte comunitaria sulle PCS e poi codificata dalla direttiva 2006/114/CE, è invocabile esclusivamente dalle imprese.

2. *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE e le peculiarità della normativa sulle pratiche commerciali sleali.*

La direttiva 2005/29/CE, entrata in vigore l'11 maggio 2005, concedeva agli Stati membri il termine di dicembre 2007 per il recepimento nei rispettivi ordinamenti nazionali[27].

L'Italia, contrariamente alle previsioni più negative, che la vedevano ancora una volta quale potenziale fanalino di coda nel recepimento delle fonti comunitarie, è stata invece tra i primi ordinamenti a dare attuazione alla direttiva. Direttiva caratterizzata, tra l'altro, da una certa complessità[28].

Le ragioni sono molteplici: si pensi, *in primis*, alla *ratio*, o meglio alle

---

comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 1 ss.

[26] Così MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 90-91.

[27] In verità, gli organi comunitari avevano previsto una sorta di «doppio termine» di recepimento. L'art. 19 dir. obbligava, infatti, gli ordinamenti nazionali ad «adottare e pubblicare», entro il 12 giugno 2007, le disposizioni necessarie a conformare i rispettivi sistemi normativi ai contenuti della fonte comunitaria. Il medesimo articolo aggiungeva, però, che gli Stati membri avrebbero dovuto applicare le disposizioni entro il 12 dicembre 2007. Data quest'ultima, in cui è entrata in vigore la direttiva 2006/114/CE, che – come è noto –, in sostituzione della 84/450/CE, costituisce la versione codificata di direttiva in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. Pertanto, è a partire dal dicembre 2007, che è divenuto pienamente operante il nuovo sistema comunitario di tutele dalle PCS: la direttiva 2005/29/CE, da un lato e la direttiva 2006/114/CE, dall'altro. E tali fonti hanno realizzato quella frammentazione soggettiva di discipline, descritta nel par. precedente. In conclusione, il termine di dicembre 2007 – tra i due previsti nell'art. 19 dir. – è stato quello su cui gli Stati membri hanno fatto reale affidamento. Si rinvia a DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, cit., p. 49-50; si rinvia, inoltre, a ID., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 2.

[28] V. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 267.

rationes della disciplina sulle PCS. Essa persegue due obiettivi fondamentali[29]: rafforzare il mercato unico europeo, affinché gli imprenditori intensifichino le attività transfrontaliere, senza dover sopportare costi eccessivi; accrescere la fiducia di consumatori e utenti negli acquisti all'interno dell'Unione[30] [31].

Nel prescrivere un generale divieto di pratiche commerciali sleali, la direttiva impone, dunque, una regola agli scambi, che concorre all'efficienza economica del mercato unico[32]. D'altronde, è la stessa fonte comunitaria, al *Considerando* n. 14, a riferirsi alle pratiche ingannevoli che «inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, *efficiente*». Il rinvio alla nozione di efficienza e, quindi, alla massimizzazione dell'utilità del consumatore, a mio avviso, esplicita la stretta connessione tra la valutazione della correttezza di una pratica e l'apprezzamento della convenienza dello scambio. E così l'interprete è chiamato ad appurare se, in mancanza della condotta decettiva o aggressiva del professionista[33], e, dunque, in assenza del comportamento limitativo della sua consapevolezza, il consumatore avrebbe effettuato una scelta diversa d'acquisto o avrebbe comperato lo stesso prodotto a condizioni differenti[34].

La direttiva del 2005, come d'altra parte tutta la disciplina comunitaria, trova ispirazione nell'idea di un'economia sociale di mercato. Il diritto ha ragione d'intervenire, quando l'efficienza dei commerci è a rischio, a causa – nell'ipotesi che nella specie interessa – di potenziali operazioni sleali. L'intervento normativo trova, pertanto, la propria *ratio* nella regolamentazione del mercato, al fine di correggerne i possibili fallimenti[35]. L'assioma proprio della teoria neoclassica, secondo cui l'*homo oeconomicus*, in situazioni di

---

[29] V. BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 269.

[30] Come si legge nella *Relazione* illustrativa della Commissione UE alla «Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», COM (2003) 356 def., Bruxelles, 18 giugno 2003, p. 2 ss., l'incremento qualitativo e quantitativo delle negoziazioni transfrontaliere costituisce una condizione imprescindibile per conseguire due obiettivi fondamentali allo sviluppo del mercato interno: l'armonizzazione dei prezzi praticati nel mercato unico per gli stessi beni e servizi (e la riconduzione degli stessi al più basso livello possibile); l'ampliamento e la differenziazione nell'offerta di prodotti e servizi usufruibili dai consumatori. In tal modo, questi ultimi possono accedere anche a beni e servizi di qualità migliore o più innovativi rispetto a quelli offerti nei Paesi di residenza. Il che stimola poi una maggiore e più effettiva concorrenza tra le imprese. Per approfondimenti, si rinvia a DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., p. 5.

[31] Come si è opportunamente osservato, la direttiva si colloca a un crocevia sistematico, tutelando in via complementare sia il mercato concorrenziale e il suo corretto funzionamento, sia i consumatori (GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, II ed., 2008, p. 349).

[32] GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, p. 52.

[33] Per le nozioni di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive si rinvia *infra* al par. 2.4. del presente cap. I.

[34] Si vedano le riflessioni di BERTANI, *op. cit.*, p. 11.

[35] GENTILI, *op. cit.*, p. 48.

incertezza, tende a compiere scelte che ne massimizzano l'utilità attesa, si scontra, infatti, nella realtà, con la razionalità limitata degli uomini[36]. I *decision makers* e, dunque, anche i consumatori sono soggetti, nei loro processi decisionali, a molteplici fattori «esterni» rispetto al contenuto delle informazioni a loro disposizione. Tali fattori incidono sulle modalità in cui le informazioni stesse sono percepite e, pertanto, condizionano i comportamenti umani[37]. Studi di diritto cognitivo hanno dimostrato che i consumatori non sono in grado di predire appieno le conseguenze delle proprie azioni, a causa di stimoli che attengono alla loro percezione della realtà e ne influenzano la valutazione del rischio contrattuale[38]. Simili meccanismi cognitivi sono idonei ad ingenerare sistematicamente errori (le cd. *cognitive biases*)[39] nei soggetti agenti, orientando i loro processi decisionali in modo divergente dall'ottimo razionale. Ecco, quindi, che i processi decisionali risultano manipolabili dai professionisti del settore promozionale, essendo questi ultimi in grado di influenzare il contesto ove le scelte d'acquisto vengano effettuate[40].

In definitiva, la razionalità economica dei consumatori risulta limitata. «Dalla disinformazione o, più spesso, dalle asimmetrie di informazione. Da propensioni psicologiche, come l'avversione al rischio. Da suggestioni pubblicitarie. Dalla distanza. Dal bisogno. Da dinamiche irrazionali del mercato. E, appunto, da pratiche sleali, aggressive o ingannevoli»[41]. Gli scambi, anche se voluti, non saranno necessariamente efficienti e giusti[42]. Di qui, le ragioni di una disciplina sulle attività commerciali connotate da scorrettezza. Ragioni che consistono proprio nel (tentativo di) prevenire e correggere i fisiologici fallimenti del mercato[43].

Oltre alla *ratio* su cui ci si è soffermati finora, vi sono ulteriori profili che

---

[36] Per una rassegna dei principali studi che hanno dimostrato come gli assunti della teoria neoclassica siano violati sistematicamente e i consumatori, in concreto, operino in modo difforme dai postulati della razionalità, si vedano: INCADORNA-PONCIBÒ, *The Average Consumer, The Unfair Commercial Practice Directive, and The Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007, p. 21 ss.; RICOTTA-COSTABILE, *Strategie di marketing del consumatore: proposizioni di ricerca sul fabbisogno di* consumer protection, in *Macro & Micro Marketing*, 2003, III, p. 401 ss.; ID., *Riferimenti teorici multidisciplinari: economia, teoria del consumatore*, marketing management, in AA. VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ALPA-ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 106 ss.

[37] DAVOLA, Bias *cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2017, II, p. 640 ss.

[38] V. DAVOLA, *op. cit.*, p. 645; SCHÜLLER, *The Definition of Consumer in Eu Law*, in AA. VV., *European Consumer Protection. Theory and Practice*, a cura di DEVENNEY-KENNY, Cambridge, 2012, p. 136-137.

[39] BERTANI, *op. cit.*, p. 21; DAVOLA, *op. cit.*, p. 645.

[40] HANSON-KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: the Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Rev*., 1999, LXXIV, p. 635.

[41] Così GENTILI, *op. cit.*, p. 48.

[42] Cade così anche quest'ultimo assioma dell'economia neoclassica.

[43] GENTILI, *op. cit.*, p. 48-49.

concorrono alla complessità della direttiva: innanzitutto, l'oggetto stesso della regolamentazione. Se è vero che le pratiche commerciali sleali costituiscono una categoria unitaria a livello economico, esse rappresentano, però, un concetto più sfuggente e farraginoso sotto il profilo squisitamente giuridico. La nozione di pratica commerciale ingannevole o aggressiva richiama, infatti, sia «l'attività esterna del professionista che si affaccia sul mercato, rivolgendosi ad un pubblico tendenzialmente indeterminato di consumatori (ma non solo)»; sia l'attività decisionale del consumatore[44], che esercita la sua scelta d'acquisto proprio sul prodotto, a cui il messaggio promozionale (presumibilmente scorretto) si riferiva[45].

Il legislatore, dunque, assume, quale oggetto di disciplina e di valutazione per l'interprete, il linguaggio utilizzato dalle imprese per presentare i propri beni sul mercato. Esso, però, non rileva in quanto tale, ma in rapporto alla percezione che ne ha il consumatore medio nel momento in cui decide di acquistare il prodotto pubblicizzato[46].

Prima dell'intervento normativo del 2005, il linguaggio dell'impresa veniva preso in considerazione esclusivamente o prevalentemente nell'ipotesi di violazione delle disposizioni in tema di concorrenza sleale. Esso era, dunque, analizzato nella sola prospettiva degli imprenditori concorrenti, danneggiati da condotte professionali idonee a realizzare le fattispecie dell'art. 2598 c.c. La decisione dell'acquirente-consumatore rilevava, solo se si fosse concretizzata in uno specifico contratto, o laddove fosse stata quantomeno instaurata una trattativa individuale con il professionista. In altri termini, la percezione del consumatore doveva necessariamente collocarsi all'interno della disciplina sul contenuto del contratto o sulla sua formazione.

Come la dottrina ha efficacemente messo in evidenza, la novella sulle PCS ha, invece, superato tali «limiti», «individuando la rilevanza giuridica di un possibile "contatto" fra impresa e consumatore "a prescindere" dalla conclusione di un contratto, sebbene il contatto stesso si preveda stabilito in vista di tale conclusione, in quanto posto in essere "in relazione" alla "promozione", e non solo alla vendita di un prodotto (art. 18, lett. d), cod. cons.)»[47].

Una simile considerazione introduce un ulteriore elemento di difficoltà

---

[44] Non di un qualsiasi consumatore, ma del consumatore medio. É questo, infatti, il parametro di riferimento assunto dalla disciplina sulle PCS per valutare la slealtà di un'azione od omissione. Si rinvia *infra* alla nota 75.

[45] Così CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 409.

[46] Come si è opportunamente rilevato, «il linguaggio dell'impresa astrattamente rivolto al mercato è assunto come linguaggio "potenzialmente" negoziale e come tale valutato per i potenziali effetti sulla decisione dei consumatori» (CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 409).

[47] Così CAMARDI, *op. ult. cit.*, p. 409.

della disciplina in esame. Essa include, infatti, fenomeni trasversali, spaziando dalla fase della comunicazione commerciale a quella contrattuale, sino alla conclusione, esecuzione, interpretazione e all'eventuale inadempimento del contratto[48].

Nella disamina dei profili di complessità della normativa sulle PCS occorre, inoltre, tenere presenti quelli connessi alle scelte compiute dai legislatori europeo e nazionale.

In primis, si pensi all'opzione normativa comunitaria che lascia impregiudicate le singole previsioni nazionali sulla formazione, validità ed esecuzione dei contratti in generale (*Considerando* n. 9 e art. 3, comma 2, dir.). Il legislatore italiano, dal canto suo, avrebbe potuto modificare la disciplina civilistica tradizionale sul contratto, nel quadro di una rinnovata tutela individuale del consumatore, oltre che sul piano dei rimedi più strettamente contrattuali. Così non è stato, giacché nel nostro ordinamento si è preferito non intervenire sulla questione. L'art. 19 cod. cons., infatti, riproducendo testualmente l'art. 3, comma 2, dir., imposta il problema dei rapporti tra normativa generale e speciale, utilizzando la controversa espressione per cui la prima «non pregiudica» la seconda. Sul punto avrò modo di soffermarmi ampiamente più avanti[49]. Già in questa sede ritengo opportuno, tuttavia, segnalare le perplessità che una simile scelta ha destato negli interpreti, finendo per complicare ulteriormente, piuttosto che semplificare, il quadro legislativo sulle PCS.

Non mancano altri casi in cui il legislatore nazionale è stato chiamato a prendere posizione su problemi attuativi tutt'altro che secondari, per la cui soluzione, la direttiva, pur nell'impianto di armonizzazione massima[50], rinviava ai singoli Stati membri. Si menziona, a titolo esemplificativo, la scelta fra una tutela giudiziaria, amministrativa o entrambe, rimessa agli ordinamenti nazionali, affinché fossero predisposti «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori» (art. 11 dir.)[51].

Talvolta, nel silenzio della fonte comunitaria, è stato lo stesso sistema legislativo nazionale, in sede di recepimento della direttiva, ad introdurre

---

[48] BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 268.
[49] V. *infra* ai par. 7 ss. del cap. III.
[50] Con la sola eccezione dei servizi finanziari e dei beni immobiliari, per i quali la direttiva ha un approccio di armonizzazione minima (v. *supra* alla nota 22).
[51] Il legislatore italiano ha optato per la via amministrativa di tutela del consumatore, concentrando in capo all'A.G.C.M. il potere di adottare in via generale ogni misura e provvedimento atto a reprimere le pratiche commerciali scorrette. Sul punto, si tornerà diffusamente *infra* al par. 1 del cap. IV.

elementi di novità. Il fatto stesso che l'Italia vi abbia dato attuazione attraverso due distinti decreti legislativi[52], ne è un esempio piuttosto significativo. Una simile opzione, che trova giustificazione nel pregresso percorso normativo[53], ha opportunamente separato – sotto il profilo logico, prima ancora che sistematico – la disciplina sui rapporti tra soli professionisti e quella sui rapporti tra professionisti e consumatori, in precedenza per così dire «sovrapposte» all'interno del codice del consumo[54]. Tale scelta ha, tuttavia, al contempo, determinato quella frammentazione soggettiva nelle normative – in precedenza menzionata –, che ha sollevato critiche in dottrina. Critiche in parte condivisibili, a fronte di uno sdoppiamento di discipline talora identiche nell'oggetto e tenuto conto del fatto che l'intero *corpus* normativo in sede comunitaria è stato inserito – non a caso – in un unico *locus*: la direttiva 2005/29, per l'appunto[55]. Una simile separazione resta, però, a mio avviso, opportuna e rappresenta un caso emblematico – come si diceva – delle difficoltà connesse all'attuazione della normativa sulle PCS.

Si pensi, infine, alla decisione di denominare nella disciplina italiana le pratiche vietate come «scorrette» e non «sleali», secondo la dicitura che, invece, compare nella traduzione italiana della direttiva. Tale decisione risponde probabilmente all'intento di marcare la diversità tra tali ultime disposizioni e la disciplina generale sulla concorrenza sleale, di cui agli artt. 2598 ss. c.c. I due sistemi normativi, infatti, nonostante le differenziazioni, coincidono parzialmente[56]. In una simile ottica, la «slealtà» farebbe riferimento all'attitudine

---

[52] I più volte citati d.lgs. nn. 145 e 146 del 2007,

[53] Tale percorso è stato descritto sommariamente *supra* nel par. 1 del presente cap. I, a cui si rinvia.

[54] La dottrina, al tempo, aveva rilevato i problemi di carattere applicativo e teleologico, che comportava la previsione di norme riferite ai professionisti all'interno del *corpus* normativo dedicato ai consumatori (cfr. GENTILI, *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, in *Contr.*, 2006, p. 165). In giurisprudenza, si vedano Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, II, p. 543, con nota di FIORIO, *Professionista e consumatore, un discrimine formalista?*; Corte cost., 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3118, con nota di PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*.

[55] La direttiva, peraltro, nei suoi *Considerando*, dichiarava che gli obiettivi da perseguire fossero, *in maniera interdipendente*, il rafforzamento del mercato unico e l'aumento della fiducia dei consumatori negli acquisti da effettuare al suo interno. Il che conferma come l'unicità di disciplina fosse finalizzata al perseguimento di tali plurimi obiettivi (BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 271).

[56] V. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007*, cit., p. 126. Secondo un autore, tuttavia, la preoccupazione di separare le due normative sarebbe «eccessiva per due ordini di ragioni»: *in primis*, in considerazione del fatto che le discipline sarebbero difficilmente sovrapponibili, sia per collocazione sistematica (nel codice civile l'una, nel codice del consumo l'altra), sia per i destinatari (le imprese nei loro reciproci rapporti, da un lato e professionisti-consumatori nelle loro relazioni commerciali, dall'altro); *in secundis*, per ragioni «strettamente verbali», giacché il termine *unfair* correttamente si sarebbe dovuto tradurre con «sleali», come nella versione italiana del testo della direttiva e come confermato, d'altronde,

di una condotta professionale a ledere direttamente gli interessi economici degli imprenditori concorrenti; la «scorrettezza», invece, esprimerebbe la propensione della condotta a pregiudicare direttamente e immediatamente gli interessi economici dei consumatori, rendendo la pratica commerciale illecita, *ex* artt. 20 ss. cod. cons. e con le conseguenze di cui all'art. 27 cod. cons.[57]. Alla differenziazione lessicale non si riconnettono, in ogni caso, conseguenze di rilievo, né sotto il profilo sistematico, né nell'interpretazione delle singole previsioni legislative. La scelta del legislatore nazionale ha destato, pertanto, dubbi interpretativi e critiche dottrinali[58].

2.1. *La clausola generale e le disposizioni particolari nella struttura piramidale della disciplina.*

La direttiva – come la dottrina ha avuto modo di segnalare[59] – presenta una struttura normativa «a piramide», o «a cerchi concentrici»: a una clausola generale[60], o meglio a una «superclausola», al cui interno confluiscono più clausole generali[61] e che definisce l'intera categoria delle PCS, seguono, infatti,

---

dalle traduzioni francese (*déloyales*) e spagnola (*desleales*) della fonte comunitaria. In ogni caso, l'a. stesso opportunamente conclude che si tratti di una mera questione terminologica, non meritevole di eccessiva considerazione (BARTOLOMUCCI, *op. cit.*, p. 274-275).

[57] V. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in Studium iuris, 2007, XI, p. 1187.

[58] Vi è chi ha rilevato come una simile opzione abbia «una portata meramente formale e fuorviante» e crei al contempo «una banale ripetizione» (DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007*, cit., p. 295).

[59] Cfr. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, cit., p. 28.

[60] Per «clausola generale» si intende una norma che presenti alcuni profili «aperti», lasciando al giudice margini valutativi discrezionali in merito alla comparazione tra interessi in conflitto. Nello specifico, sono potenzialmente confliggenti la libertà del professionista di scegliere i mezzi per promuovere le proprie vendite e la libertà di scelta del consumatore (cfr. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 28). Quella di «clausola generale» è una delle nozioni più controverse in diritto civile e non è certo questa la sede per addentrarsi nel merito del dibattito dottrinale. Secondo MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10-11, le clausole generali sono «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta. In questo senso le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni». Per approfondimenti sul tema, oltre a MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10 ss., si rinvia a DI MAJO GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1176)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Art. 1175, Bologna-Roma, 1988, p. 305 ss.; RODOTÀ, *Le clausole generali*, in AA. VV., *I contratti in generale*, a cura di ALPA-BESSONE, vol. I, Torino, 1991, p. 390 ss.; in una prospettiva comparatistica si veda, infine, MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 50 ss.

[61] V. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. e impr.*, 2010, II, p. 458.

i divieti delle pratiche ingannevoli e di quelle aggressive, prevedendosi, infine, due «liste nere» di pratiche ingannevoli e aggressive di per sé. La disciplina di recepimento nazionale segue pedissequamente una simile impostazione.

Prima di analizzare i singoli livelli di tale piramide legislativa e i loro reciproci rapporti, intendo soffermarmi sulla decisione, assunta in sede comunitaria, di legiferare per clausole generali e/o nozioni giuridiche indeterminate[62]. Una simile opzione costituisce l'ennesima riprova della peculiare complessità della normativa in esame.

Nella specie, il ricorso a tale tecnica legislativa è risultato, da un lato, indispensabile per superare il frastagliato quadro normativo esistente all'interno dell'Unione sino all'entrata in vigore della direttiva; dall'altro, però, esso ha rischiato e rischia tuttora di minare la costruzione di un *framework* condiviso a livello comunitario, giacché implica il ricorso a definizioni non sempre coincidenti nella variegata esperienza giuridica dei singoli Paesi membri.

Si è osservato, inoltre, che la previsione di clausole generali all'interno della disciplina introdotta per iniziativa europea abbia l'effetto di recare limiti alla tutela massima dei consumatori, che pure costituisce – come è noto – obiettivo dichiarato della direttiva[63]. Secondo una simile ricostruzione, tale scelta fornirebbe «un'importante indicazione sistematica»: nella tutela contro le PCS – in misura maggiore di quanto non accada nella normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa – troverebbe, infatti, piena espressione un bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti, ossia di professionisti e

---

[62] Un autore, riprendendo l'insegnamento di Mengoni – definito, però, «tutt'altro che unanimemente condiviso» –, ritiene che la nozione di clausola generale comprenda le sole clausole generali in senso stretto, «da distinguersi da altre nozioni giuridiche indeterminate, in particolare da quegli standard individuabili semplicemente attraverso l'applicazione di regole tecniche» (MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *Annali it. dir. autore*, 2008, p. 258). La disciplina sulle PCS offrirebbe molteplici casi di nozioni giuridiche indeterminate, intese nell'accezione da ultimo menzionata. L'a. cita i riferimenti al «consumatore medio», alla «rilevanza» delle informazioni omesse dal professionista, alla categoria dei «consumatori vulnerabili», … e così via. In simili fattispecie, «il giudizio di valore, tipico delle clausole generali in senso stretto» sarebbe riscontrabile a monte, essendo già stato «formulato dal legislatore, che, ad esempio, ha ritenuto di dover tutelare solo il consumatore medio e non anche quello sprovveduto (…)» (MELI, *op. ult. cit.*, p. 259). Trovo poco opportuna una simile distinzione, specie se applicata alla disciplina in esame, dal momento che condurrebbe ad un esito – a mio avviso – paradossale. Secondo la dottrina poc'anzi menzionata, infatti, espungendo le nozioni giuridiche indeterminate dall'analisi, nessuna autonoma clausola generale «in senso stretto» sarebbe individuabile all'interno della normativa sulle PCS. Lo stesso autore, inoltre, in uno scritto più recente parrebbe aver mutato opinione, considerando congiuntamente le due tecniche legislative (MELI, *«Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di* de minimis, in AA. VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di MELI-MARANO, Torino, 2011, p. 4 ss.). Nella mia disamina, preferirò, dunque, una nozione onnicomprensiva di clausola generale, sostenuta, tra l'altro, dalla maggioranza dottrina (v., tra gli altri, LIBERTINI, *op. cit.*, p. 27 ss.; BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2007, VI, p. 1416 ss.).

[63] V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 4.

consumatori[64]. La disciplina tenderebbe, allora, «ad allontanarsi dal modello di un diritto privato dei consumatori», virando verso «un modello sempre più di diritto dell'impresa e del mercato»[65].

Trovo eccessivamente drastico l'esito di una simile riflessione. Non si può certamente prescindere dalla considerazione che la direttiva 2005/29 e il diritto comunitario in genere siano un diritto delle e per le imprese. D'altronde, l'Unione europea nasce come comunità economica prima ancora che politica. E uno degli obiettivi prioritari, perseguito dalle istituzioni comunitarie ed esplicitato nella stessa direttiva, consiste nella promozione della libera circolazione di beni e servizi all'interno del mercato unico. Quel che si promuove, quindi, è l'attività dei professionisti, ma pur sempre nell'interesse (anche) di consumatori e utenti. Come si legge nel preambolo, la direttiva «ravvicina le disposizioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali», le quali falsano il comportamento dei consumatori e finiscono per pregiudicare gli interessi economici dei concorrenti legittimi[66]. L'attenzione per le imprese resta, dunque, una costante e la disciplina realizza senza dubbio una ponderazione degli interessi dei soggetti agenti sul mercato[67]. Il che, tuttavia, non incide sull'elevato livello di tutela che, in ogni caso, la direttiva garantisce ai consumatori. E una simile protezione non viene certamente ridimensionata dalla presenza nel testo di clausole generali.

Inoltre, se il legislatore comunitario ha inserito nella struttura piramidale della direttiva tali fattispecie normative, ne ha, però, al contempo, depotenziato il contenuto attraverso la proliferazione di disposizioni di dettaglio. D'altra parte, la fonte comunitaria nasce da una volontà di compromesso: la scelta di legiferare per clausole generali e/o nozioni giuridiche indeterminate risulta temperata dalla previsione di un'ampia casistica delle condotte vietate, in continuità con la tradizione dei diritti europei in materia di concorrenza sleale. Nell'esperienza dei singoli ordinamenti nazionali, infatti, si era già affermata la tendenza a tipizzare le varie categorie di atti di concorrenza sleale rinvenibili nella prassi, sino a

---

[64] MELI, *op. ult. cit.*, p. 5 utilizza la calzante espressione tedesca *Interessenabwägung*.
[65] Così CAMARDI, *op. cit.*, p. 408.
[66] V. *Considerando* n. 6 dir.
[67] D'altra parte, autorevole dottrina sostiene che «la funzione del diritto è» per definizione, «la soluzione non violenta dei conflitti tra gli uomini [e] ogni norma giuridica dispone in ordine ad un possibile conflitto di interessi. Essa stabilisce quale fra gli interessi in conflitto sia degno di protezione e quale, invece, non sia degno di protezione e debba soccombere: prescrive obblighi o divieti per impedire la realizzazione di interessi valutati come non degni di tutela e per consentire la realizzazione di interessi valutati come degni di tutela» (GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 1, II ed., Padova, 2010, p. 23). Al pari di qualsiasi altra disciplina, dunque, quella sulle PCS regola un potenziale conflitto di interessi, nella specie tra professionisti e consumatori. Il legislatore, non potendo sacrificare del tutto gli interessi degli uni a discapito degli altri, realizza un bilanciamento, che in ogni caso – è questa la tesi che qui si sostiene – offre la massima tutela possibile ai soggetti più deboli, ossia, per l'appunto, i consumatori.

prescrivere vere e proprie previsioni legislative di origine giurisprudenziale[68].

In ogni caso e pur ricorrendo a fattispecie normative aperte, la disciplina è, dunque, sufficientemente dettagliata nel descrivere le pratiche commerciali scorrette. Peraltro, i codici di condotta – come si avrà modo di approfondire in seguito[69] – integrano e specificano ulteriormente la normativa, prescrivendo obblighi di correttezza e standard di diligenza particolarmente stringenti per il professionista e promuovendo così ancora una volta un'ampia tutela del consumatore.

Occorre a questo punto soffermarsi sul contenuto della clausola, *rectius* «superclausola» generale, *ex* artt. 5, comma 2, dir. e, seppur in termini non perfettamente identici[70], 20, comma 2, cod. cons., nonché sul rapporto tra norma generale e singole previsioni di dettaglio.

Il divieto per i professionisti di porre in essere pratiche commerciali sleali – o scorrette nella dicitura italiana – è «unico», «generale» e «comune»[71]. «Unico», perché il precetto cui si riferisce è unitario e onnicomprensivo; «generale», perché il divieto trova applicazione a tutte le pratiche commerciali «connesse» con rapporti contrattuali di qualsivoglia natura, tipologia e modalità di attuazione tra professionisti e consumatori; «comune», perché il divieto vale nell'intera Unione europea e deve essere rispettato da tutti gli imprenditori che operino nel territorio di uno o più Stati membri[72].

Ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons.[73], «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». La definizione – sulla quale mi soffermerò ampiamente nel proseguo della trattazione[74]– postula l'accertamento in concreto della sussistenza di entrambi gli elementi costitutivi menzionati, i quali devono

---

[68] Cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 37-38.
[69] V. *infra* al par. 3 del presente cap. I.
[70] Sul punto ci si soffermerà nel corso della trattazione (v. *infra* al par. 3 del cap. III). Per approfondimenti, si rinvia, in ogni caso, a DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, cit., p. 297 ss.
[71] V. *Considerando* nn. 11 e 13 dir.
[72] Cfr. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 109-110.
[73] Si farà riferimento, per praticità, agli articoli del codice del consumo e non alle previsioni della direttiva, pur nella consapevolezza della non piena coincidenza dei contenuti delle disposizioni, sulla quale si avrà modo di tornare più approfonditamente in seguito (v. *infra* al par. 3 del cap. III).
[74] Si rinvia *infra* al par. 3 del cap. III.

ricorrere cumulativamente e non alternativamente: la contrarietà alla diligenza professionale, di per sé sola, non è sufficiente, se non è accompagnata dall'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio[75], e viceversa.

Le pratiche commerciali «ingannevoli» costituiscono poi, insieme alle «aggressive», una tipologia specifica della generale categoria delle pratiche commerciali scorrette. La disciplina comprende – come si anticipava in apertura del presente paragrafo –, oltre alle pratiche ingannevoli e aggressive di per sé, riconducibili ad una delle puntuali previsioni delle cd. «liste nere» (artt. 23 e 26 cod. cons.), tutte le pratiche qualificabili come «ingannevoli», in applicazione delle disposizioni di tenore generale (artt. 21 e 22 cod. cons.) e «aggressive», secondo le «definizioni intermedie»[76], di cui agli artt. 24 e 25 cod. cons.

Sulla base della clausola generale e delle nozioni intermedie, dunque, una pratica commerciale può e deve considerarsi «ingannevole» in presenza di due presupposti: uno costante, ossia l'attitudine della pratica «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»; l'altro variabile, giacché gli artt. 21 e 22 cod. cons. riportano diverse fattispecie di azioni e omissioni ingannevoli[77].

Una pratica commerciale può e deve, invece, considerarsi «aggressiva» in presenza del medesimo presupposto costante richiesto per le azioni ed omissioni ingannevoli e di un presupposto variabile, ossia la ricorrenza, a seconda dei singoli casi concreti, di una molestia, una coercizione o un indebito condizionamento. Si rilevi che le pratiche aggressive[78] costituiscono una novità importante della disciplina del 2005, giacché, a livello sia comunitario sia nazionale, non esisteva in precedenza una normativa specifica in materia[79]. Simili fattispecie venivano ricondotte ad altre categorie di pratiche vietate, al

---

[75] Lo standard del «consumatore medio», dotato di un buon livello di istruzione e con capacità critica nelle scelte di consumo, è stato adottato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dagli anni '90. Cfr. Corte CE, 10 novembre 1982, *Rau*, C-261/81, in *Racc.*, 1982, p. 3961; 18 maggio 1993, *Yves Rocher*, C-126/91, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, p. 833; 6 luglio 1995, *Mars*, C-470/93, in *Racc.*, 1995, p. I-1923; 16 luglio 1998, *Gut Springenheide e Tusky*, C-210/96, in *Racc.*, 1998, p. I-4657. In dottrina, si rinvia a BERTANI, *op. cit.*; ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr./Europa*, 2010, II, p. 549 ss.

[76] L'appropriata locuzione di «definizioni intermedie» è utilizzata, con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 21-22 e 24-25 cod. cons., da BERTANI, *op. cit.*, p. 6.

[77] A tali previsioni si aggiunge la fattispecie particolare della «pubblicità ingannevole delle tariffe marittime», di cui all'art. 22 *bis* cod. cons., su cui *infra* alla nota 82.

[78] Su tali pratiche cui si tornerà *infra* nel par. 2.4. del presente cap. I. Per approfondimenti si rinvia, sin da ora, a M.A. CARUSO, *Le pratiche commerciali aggressive*, Padova, 2010, p. 7.

[79] Come chiarisce lo stesso *Considerando* n. 11, «la presente direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Essa stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, *che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario*».

fine di poter essere perseguite nei confronti dei consumatori[80] e nei rapporti tra concorrenti[81].

Ricapitolando, quindi, le pratiche commerciali «scorrette»/«sleali», sono: a) tutte e soltanto quelle che possiedano le caratteristiche, di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons., il quale corrisponde (grossomodo) all'art. 5, comma 2, dir. Si tratta, per l'appunto, della più volte menzionata «superclausola» generale; b) le pratiche definibili come «ingannevoli» o «aggressive», *ex* artt. 21-22[82] e 24-25 cod. cons. Tali disposizioni fanno eco agli artt. 6-9 dir.; c) quelle che rientrano, infine, nelle «liste nere» di pratiche «in ogni caso» ingannevoli o aggressive, contenute negli artt. 23 e 26 cod. cons. e nell'allegato I della direttiva[83].

---

[80] Gli Stati membri dell'UE avevano comunque ben presente la problematica delle pratiche aggressive, rilevata dall'*European Advertising Standard Alliance* (Alleanza Europea per l'etica della pubblicità) nella relazione annuale del 2002, ove si legge che «la grande maggioranza delle denunce a carattere transfrontaliero interessa le attività di commercianti senza scrupoli e di altri che operano al margine», sfruttando «deliberatamente le lacune esistenti tra i diversi sistemi normativi nazionali». Si rinvia a *Tempi duri per i commercianti senza scrupoli: la Commissione propone l'interdizione delle pratiche commerciali sleali in tutta l'Unione europea*, IP/03/357, Bruxelles, 18 giugno 2003.

[81] Attenta dottrina, in passato, aveva, infatti, già rilevato il problema, collocando all'interno dell'art. 2598, n. 3, c.c. le fattispecie dei metodi pubblicitari molesti, dell'invio di prodotti non ordinati e della costrizione psicologica dei clienti mediante prestazioni gratuite, quali «atti lesivi della libertà o della dignità del consumatore», contrari alla correttezza professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda (LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1979. Sulla fattispecie dei metodi pubblicitari molesti, quale possibile atto di concorrenza sleale in una prospettiva comparata, si rinvia a ULMER-BEIER, *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea. Diritto comparato*, vol. I, Milano, 1968, p. 197 ss.). D'altronde, studi autorevoli avevano in precedenza sostenuto che la disciplina sulla concorrenza sleale costituisse un mezzo per perseguire non i soli interessi particolari degli imprenditori, ma anche l'interesse generale alla lealtà della concorrenza (ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Milano, 1960, p. 190 ss.).

[82] Si rilevi che la l. 23 luglio 2009, n. 99 (art. 22) ha inserito nel codice del consumo l'art. 22 *bis*, rubricato *Pubblicità ingannevole delle tariffe marittime*. La novella ha esteso ai servizi di trasporto marittimo quanto già previsto nel settore aereo. In particolare, si è introdotto l'obbligo per il vettore di pubblicizzare il proprio servizio, dichiarando il prezzo complessivo dello stesso, sin dal primo contatto con il consumatore, comprese le eventuali spese aggiuntive, salvo altrimenti realizzare una pratica commerciale scorretta. Invero, vi è ragione di dubitare della necessità di una simile aggiunta, tenuto conto del fatto che le regole generali poste dagli artt. 20, 21 e 22 cod. cons. fossero più che sufficienti per sanzionare situazioni riconducibili alla fattispecie in esame. Nell'esperienza pregressa al 2009, infatti, l'A.G.C.M., aveva invocato proprio tali ultime disposizioni, per punire simili condotte (A.G.C.M., 10 luglio 2008, n. 18592 (PS/1651), caso *Snav prenotazione auto*; A.G.C.M., 29 maggio 2008, n. 18428 (PS/1452), caso *Moby torni gratis*). In dottrina, v. MASSA, *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, Art. 22 *bis*, IV ed., Milano, 2015, p. 193-194. Il «nuovo» articolo, peraltro, nel descrivere una fattispecie specifica, non sembrerebbe collocabile tra le «definizione intermedie», quanto piuttosto tra le pratiche «in ogni caso» ingannevoli, in aggiunta a quelle di cui all'art. 23 cod. cons. Sennonché, una simile conclusione desta non poche perplessità, poiché gli elenchi contenuti nelle cd. *black lists*, per affermazione dello stesso legislatore comunitario, costituiscono un *numerus clausus*. Pertanto, l'unica interpretazione conforme alla direttiva è che l'art. 22 *bis* cod. cons. vieti una pratica ingannevole, al pari delle fattispecie degli artt. 21 e 22. Resto poco convinta di una simile lettura, tuttavia inevitabile e per questa ragione, oltre che per non complicare ulteriormente la mia ricostruzione, eviterò riferimenti nel testo a tale disposizione.

[83] V. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 28-29.

2.2. *Segue: il rapporto tra norma generale e previsioni di dettaglio nel dibattito dottrinale.*

L'intricato schema normativo appena descritto si presta a diverse esegesi e la dottrina è divisa sul metodo da applicare per valutare se una pratica commerciale sia o meno vietata. La struttura piramidale della disciplina può essere, infatti, interpretata, seguendo prevalentemente due vie diverse.

Secondo una prima tesi[84], la norma generale dovrebbe intendersi come residuale, ossia «da applicare solo quando un caso non sia già coperto da una norma più dettagliata»[85]. I fautori di una simile tesi sostengono che al divieto generale si debba attingere unicamente qualora la condotta tenuta dal professionista non rientri nelle cd. «liste nere».

Più precisamente, il procedimento da seguire si articolerebbe in questi termini. In primo luogo, l'interprete dovrebbe stabilire se una pratica commerciale corrisponda a una delle fattispecie descritte nelle cd. *black lists* (artt. 23 e 26 cod. cons.), ovvero rientri in una delle previsioni speciali, di cui all'art. 21, commi 3 e 4[86]. All'esito positivo di tale verifica, la pratica si qualificherebbe come scorretta, senza la necessità di ulteriori accertamenti[87]. Qualora, invece, la singola attività del professionista non dovesse collocarsi entro le disposizioni suddette, occorrerebbe appurare la presenza degli estremi richiesti nelle definizioni «intermedie» di pratiche ingannevoli o aggressive, *ex* artt. 21-22 e 24-25 cod. cons. A fronte dell'esito positivo di un simile *test*, la pratica rientrerebbe senz'altro tra quelle vietate, a prescindere dalla sussistenza in concreto dei presupposti previsti nella «superclausola».

L'art. 20, comma 2, cod. cons. si applicherebbe, quindi, nella sola eventualità in cui il risultato delle precedenti verifiche fosse, in entrambi i casi,

---

[84] Tale tesi è sostenuta da DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 116 ss.; CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, I, p. 78; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 777; COTTAFAVI, *Concorrenza sleale, pubblicità e consumatori*, in AA. VV., *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza. Appendice di aggiornamento*, a cura di UBERTAZZI, Art. 20, Padova, 2008, p. 97 ss.; STUYUCK-TERRYN-VAN DICK, *Confidence through fairness? The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2006, XLIII, p. 130 ss.

[85] Così LIBERTINI, *op. cit.*, p. 29.

[86] V. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, cit., p. 139.

[87] Secondo STUYUCK-TERRYN-VAN DICK, *op. cit.*, p. 130 ss., l'inclusione di una fattispecie nelle cd. *black lists* renderebbe di per sé una pratica illecita, anche nell'eventualità in cui essa non fosse idonea ad ingenerare un'alterazione nel comportamento d'acquisto del consumatore medio. Condivide tale posizione anche ANAGNOSTARAS, *The Unfair Commercial Practices Directive in Context: from Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Law Review*, 2010, XLVII, p. 149 e 163.

negativo. Pertanto, nella ricostruzione prospettata, la clausola generale «si configura essenzialmente come una norma di chiusura dotata di una funzione sussidiaria» e destinata a rivestire, secondo i suoi stessi fautori, «un ruolo piuttosto marginale»[88].

Vi è, tuttavia, chi ritiene poco condivisibile tale impostazione, in quanto, a suo dire, sostanzialmente abrogativa dell'art. 5, comma 2, dir./art. 20, comma 2, cod. cons. Il risultato di un simile ragionamento, secondo questa dottrina, tradirebbe l'intenzione del legislatore, privando di contenuto la tecnica normativa «a piramide» («superclausola» generale-nozioni intermedie-*black lists*) prescelta in materia di pratiche commerciali sleali.

Di conseguenza, è stata suggerita una seconda tesi ermeneutica, che intende la clausola generale come fondamentale dell'intera materia e le disposizioni di dettaglio quali mere applicazioni particolari o esemplificative della previsione di principio[89]. Tale tesi predilige l'applicazione cumulativa in luogo del criterio della specialità, ossia dell'applicazione esclusiva dell'una o dell'altra norma, per evitare antinomie. D'altronde, come afferma un autore, si ragiona di fattispecie con profili comuni, da ricondurre alla medesima disciplina, per cui non si porrebbe un problema di concorso fra regolamentazioni diverse, risolvibile secondo lo schema norma generale/norma speciale[90].

Quest'ultima ricostruzione avrebbe il merito di riaffermare la centralità della «superclausola» generale nell'interpretazione della disciplina in esame. La prima opzione descritta, invece, come si diceva, sembrerebbe collocare sullo sfondo tale previsione. La dottrina favorevole alla seconda esegesi, nell'assegnare un ruolo centrale all'art. 20, comma 2, cod. cons./art. 5, comma 2, dir., si è chiesta poi se tale norma abbia valore di vera e propria disposizione di principio e, quindi, ammetta anche applicazioni non letterali, ma restrittive o estensive, delle previsioni di dettaglio; ovvero se essa debba ritenersi norma ausiliaria, a cui attingere solo in caso di dubbi ermeneutici, dettati dalla poca chiarezza o dall'incompletezza nella lettera di disposizioni particolari[91].

Ecco che, allora, accanto alle due soluzioni interpretative appena prospettate, ne è accreditata una terza, «intermedia», che pone le varie norme sullo stesso piano in un insieme unitario[92] e approda al seguente esito: la clausola

---

[88] V. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 141.
[89] V. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 30; BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, cit., p. 1427 ss.; M.A. CARUSO, *op. cit.*, p. 38 ss.
[90] V. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 32.
[91] Cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 34.
[92] V. MICKLITZ, *The General Clause On Unfair Practises*, in HOWELLS-MICKLITZ-WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practises Directive*, *Markets and Law*, 2006, p. 119 ss. Secondo l'a., attribuire carattere meramente residuale alla clausola generale finirebbe per minare l'armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali. Egli

generale sarebbe richiamabile al solo fine di riempire i vuoti normativi lasciati dalle disposizioni speciali, senza poter mai svolgere una funzione correttiva del dato testuale delle medesime. Il risultato di tale ultima ricostruzione sembra, tuttavia, coincidere con quello della prima fra le tesi menzionate, ponendo un *focus* sulle previsioni di dettaglio a scapito della disposizione generale[93].

Una variante della tesi intermedia nega a priori l'esistenza del problema interpretativo, statuendo che la clausola generale, quale somma delle varie disposizioni speciali, possa essere compresa solo alla luce delle cd. «liste nere»[94]. Quest'ultima interpretazione mi sembra, però, immediatamente da scartare, perché cancella *tout court* la clausola generale e conduce l'interprete a una mera applicazione analogica ai casi non tipizzati nelle «liste nere» delle singole disposizioni in esse contenute[95].

Tra le varie soluzioni interpretative proposte, la più condivisibile, a mio avviso, è la prima, seppure con alcuni correttivi. La struttura piramidale della disciplina, ampiamente descritta in queste pagine e la lettera dell'art. 20, comma 4, cod. cons., ossia l'espressione «in particolare» ivi riportata[96], confermano, nella mia opinione, come la «superclausola» generale prescriva la nozione più ampia e generica di pratica commerciale scorretta, mentre le definizioni, di cui agli artt. 21 e ss. cod. cons., costituiscano specificazioni della norma generale. Tale affermazione non esclude le possibili interazioni tra la fattispecie più generale e quelle speciali, suggerite dai fautori della seconda opzione ermeneutica e neppure assegna, a ben vedere, al comma 2 dell'art. 20 cod. cons. una funzione secondaria. Come si è opportunamente rilevato, infatti, la «superclausola», «nel vietare l'agire contrario alla diligenza professionale idoneo a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio stabilisce una nozione minima di pratica commerciale scorretta, un minimo comune divisore che distilla il codice genetico di qualsiasi condotta reprimibile a questo titolo»[97]. Tale minimo comune divisore è ravvisabile in tutte le ipotesi speciali di pratiche commerciali scorrette, le quali

---

afferma: «*the Unfair Commercial Practises Directive represents a conceptual unity, the rigidity of which forces Member States to adjust their legal systems*». La clausola non deve, dunque, in alcun modo autorizzare gli Stati membri a difendere il proprio *status quo ante*, salvo altrimenti sconvolgere lo spirito della direttiva europea. Gli ordinamenti nazionali possono, allora, definire standard più ristretti, ma la clausola generale non può essere invocata per colmare lacune normative relative a fattispecie di pubblicità ingannevole.

[93] Cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 30 ss.

[94] Cfr. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 44 ss.; GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contr.*, 2007, II, p. 175.

[95] Concordo, su questo punto, con LIBERTINI, *op. cit.*, p. 30.

[96] Tale disposizione chiarisce, infatti, che sono *in particolare* «scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26».

[97] Così BERTANI, *op. cit.*, p. 74.

traducendosi in esemplificazioni della norma generale, ne contengono anche i presupposti.

Basti, in proposito, qualche esempio, tratto dalle cd. «liste nere» di pratiche «in ogni caso» ingannevoli e aggressive. È vietata, in quanto ingannevole di per sé, la pratica del professionista che affermi, contrariamente al vero, di essere firmatario di un codice di condotta (art. 23, comma 1, lett. a) cod. cons.), ovvero la pratica consistente nel dichiarare falsamente che un prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o solo a condizioni particolari e per un tempo molto limitato, «in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole» (art. 23, comma 1, lett. g), cod. cons.); ovvero ancora è vietato effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali via telefono, per e-mail o mediante ogni altro mezzo di comunicazione a distanza, al fine di ottenere l'esecuzione di un'obbligazione contrattuale dal consumatore. Si tratta, infatti, di una pratica «in ogni caso» aggressiva, vietata dall'art. 26, comma 1, lett. c) cod. cons. che fa salve solo alcune eccezioni; parimenti, è ritenuta sempre aggressiva la pratica, di cui alla successiva lettera f), consistente nell'«esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito», nell'ipotesi di forniture non richieste. In tutti i casi appena citati, sono chiaramente ravvisabili gli elementi costituivi dell'art. 20, comma 2, cod. cons.: si tratta di condotte in aperto contrasto con la diligenza professionale esigibile dall'imprenditore, che falsano o sono comunque idonee a falsare in modo apprezzabile le decisioni d'acquisto del consumatore medio in relazione a un certo prodotto.

Il confronto tra la «superclausola» generale e le fattispecie specifiche di pratiche commerciali scorrette configurate dal legislatore comunitario (e, di conseguenza, nazionale) dimostra che le nozioni più puntuali sono di per sé autosufficienti: esse non richiedono una verifica in concreto in merito alla sussistenza dei presupposti, *ex* art. 20, comma 2, cod. cons. D'altronde, la stessa scelta legislativa di prevedere delle apposite *black lists* ne è una conferma: tali liste non possono che essere di per sé esaustive nel descrivere le condotte sleali.

Analogamente, le definizioni «intermedie» di pratiche ingannevoli o aggressive, di cui agli artt. 21-22 e 24-25 cod. cons., presentano un *quid pluris* rispetto alla nozione generale, offrendone un livello di specificazione maggiore e precisando meglio le attività contrastanti con la disciplina sulle PCS. Ognuna di tali disposizioni ripete, dunque, lo schema basico della clausola generale, ma, al contempo, lo adatta a contesti particolari, contemplando fattispecie più puntuali e articolate di quella descritta dall'art. 20, comma 2, cod. cons. In simili

ipotesi, non opererà una presunzione *iuris tantum* di scorrettezza[98], ma la valutazione in ordine alla violazione della normativa sarà comunque agevolata rispetto alla mera applicazione dei principi più generici dell'art. 20.

Come ha giustamente rilevato la dottrina, il legislatore ha, quindi, esemplificato con grado crescente di dettaglio le pratiche commerciali scorrette, così come censite dalla giurisprudenza: le cd. *black lists* e le disposizioni «intermedie» descrivono le modalità con le quali, nella prassi, i professionisti hanno cercato di pregiudicare con l'inganno la consapevolezza delle scelte dei consumatori o hanno cercato di coartarne la libertà di determinazione[99].

In definitiva, a fronte di una simile ricostruzione, la «superclausola» generale opererà in via residuale, nell'eventualità, invero piuttosto remota, data l'analiticità crescente delle fattispecie particolari, in cui sussista una pratica commerciale scorretta non riconducibile nelle previsioni degli artt. 21 e ss. cod. cons.[100].

Tale conclusione non assegna, tuttavia, un rilievo secondario all'art. 20, comma 2, cod. cons., che resta, nella mia opinione, il fulcro dell'intera disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, sia perché la «superclausola» ha il ruolo di definire i criteri generali che qualificano in termini di scorrettezza una pratica commerciale[101]; sia perché essa funge da «norma di chiusura», che interviene nei (rari) casi in cui le previsioni «speciali» non riescano a «catturare» la fattispecie concreta, ossia laddove il professionista abbia posto in essere una pratica commerciale non inquadrabile in una delle fattispecie astratte più analitiche, *ex* artt. 21 ss. cod. cons.

Tale posizione è stata suffragata dalla prassi interpretativa e applicativa dell'A.G.C.M. Come rilevato dalla stessa *Authority*, infatti, l'attuazione del dato normativo «ha fatto propendere per un'interpretazione che non relega ad un ruolo marginale l'art. 20, ma che, al contrario, assegna alla disposizione un ruolo centrale»[102]. E anzi, secondo la dottrina, l'Antitrust ha dato prova di aderire in senso rafforzativo alla struttura dell'impianto normativo, così come volutamente delineato dal legislatore comunitario[103].

---

[98] Sulla presunzione *juris tantum* tornerò tra un momento nel testo.
[99] V. BERTANI, *op. cit.*, p. 74.
[100] Più avanti, in chiusura del presente par., riporterò un esempio giurisprudenziale di una pratica siffatta.
[101] Dello stesso avviso sembra essere LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, III, p. 697 ss.
[102] In questi termini si è espressa l'Autorità Garante nella *Relazione* annuale sull'attività svolta, presentata il 30 aprile 2009, p. 254, consultabile sul sito web *http://www.agcm.it* e, dunque, in una delle prime occasioni di valutazione della propria attività di controllo dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 146/2007.
[103] V. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 459. L'a. rileva come il Garante abbia fornito sin da subito e «coraggiosamente» alcune tipizzazioni del requisito della contrarietà alla

Peraltro, nel preferire la tesi da me caldeggiata, l'A.G.C.M. e la giurisprudenza amministrativa[104] si sono appellate al dato testuale, ossia all'espressione «in particolare», riportata, come si diceva, nell'art. 20, comma 4, cod. cons. e non ad argomentazioni sistematiche. I ragionamenti fondati sulla struttura piramidale prescelta dal legislatore comunitario appaiono, però, nella mia opinione, di pari importanza.

I giudici amministrativi, peraltro, in una recente pronuncia, hanno affermato che «la nozione di pratica commerciale è in sé molto ampia e può riguardare anche fasi successive all'acquisto o alla fornitura del bene o del servizio, per cui quella di "pratica commerciale scorretta", lungi dal costituire una clausola generale, introduttiva delle specifiche fattispecie di cui agli artt. 21 e ss. del Codice, in realtà ha la consistenza di una norma orientata a sanzionare tutte le pratiche non idonee a configurare un rapporto di correttezza tra professionista e consumatore, diverse da quelle, specifiche, definite come ingannevoli o aggressive, laddove si dia luogo ad una condotta antigiuridica perché contraria ai doveri di diligenza professionale [e] potenzialmente idonea a falsare il processo di scelta del secondo»[105].

Il caso merita un breve approfondimento. La condotta realizzata, nella specie, dalla TicketOne, nota società attiva nei servizi di biglietteria on line, consisteva – si legge nel provvedimento – nel «non aver adottato idonee misure e procedure per prevenire, "*ex ante*", ovvero per controllare, "*ex post*", l'acquisto da parte solo di alcuni soggetti di un numero considerevole di biglietti per i principali eventi sui propri canali di vendita», rendendo così impossibile per molti consumatori comprare tali titoli al prezzo fissato dal *promoter* per conto dell'artista. All'esito dell'istruttoria svolta dall'A.G.C.M., era emerso che non sussistessero gli estremi di un comportamento aggressivo, *ex* art. 24 cod. cons., né ingannevole, *ex* artt. 21-22 cod. cons. Ciononostante, l'Autorità, in ragione della configurazione propria del mercato di riferimento e, in particolare, dell'esistenza di un'intesa tra i maggiori organizzatori di eventi, denominata «contratto Panischi», aveva rilevato come sussistesse senz'altro l'obbligo per la società «di agire in funzione "anti-bagarinaggio" e di porre un limite al numero di biglietti venduti per ogni acquirente». Ed essendo la TicketOne S.p.A. contravvenuta ad un simile obbligo, essa aveva posto in essere una pratica commerciale scorretta, sanzionata dal Garante con un provvedimento[106], invero poi annullato in sede amministrativa, in forza di una serie di argomentazioni

---

diligenza professionale – su cui ci si soffermerà ampiamente *infra* ai par. 4 ss. del cap. III –, invece di ricercare un significato più puntuale dello stesso rispetto alla definizione legislativa.

[104] Cfr. TAR del Lazio, 26 aprile 2009, n. 3149.

[105] Così TAR del Lazio, 2 marzo 2018, n. 2330, in *Foro amm.*, 2018, III, c. 494.

[106] A.G.C.M., 5 aprile 2017, Provv. n. 26534 (PS/8035), caso *Ticketone-biglietti non disponibili*.

legate alla concreta esplicazione dell'attività promozionale e poco rilevanti in questa sede.

Di qui la massima appena menzionata, che pur negando – poco condivisibilmente – la natura di clausola generale dell'art. 20, comma 2, cod. cons., non smentisce la tesi sostenuta in queste pagine. Semmai, essa aggiunge un rilievo interessante: è ben possibile configurare condotte professionali che, pur non ingannevoli o aggressive, possano definirsi scorrette, conformemente alla «superclausola» generale. Il che conferma ancora una volta il ruolo tutt'altro che secondario della previsione: essa «deve essere interpretata nel senso di individuare come pratiche commerciali scorrette tutti i comportamenti, non definibili quali ingannevoli o aggressivi, che comunque incidono sulle scelte del consumatore in ogni fase del rapporto di consumo, con conseguente potere di intervento dell'A.G.C.M.»[107].

Si rende opportuna, infine, una precisazione ulteriore. La direttiva, nel delineare le disposizioni di dettaglio in tema di pratiche commerciali vietate, ha previsto un sistema di presunzioni legali relative[108], che realizza un'inversione dell'onere probatorio con riferimento alla contrarietà della pratica alla diligenza professionale e all'idoneità della stessa a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Sul piano applicativo, emerge, dunque, che, in presenza di tutti gli elementi previsti da una delle fattispecie delle cd. *black lists* o dalle nozioni intermedie, è possibile ritenere scorretta una determinata pratica commerciale, senza la necessità di altri accertamenti, ad esempio, in merito alla sussistenza del nesso di causalità tra condotta professionale e deviazione dell'agire del consumatore medio dalla propria utilità. La dimostrazione del fatto che una pratica apparentemente conforme a una fattispecie «speciale» sia inidonea in concreto ad alterare il comportamento dell'*average consumer* permette, tuttavia, di escluderne l'illiceità[109]. In altri termini – e proprio in questo si sostanzia la presunzione legale –, sarà il professionista a dover dare prova, nel singolo caso di specie, dell'inidoneità della sua attività promozionale a spingere il consumatore a decisioni d'acquisto altrimenti evitate; e non, viceversa, il consumatore a dover dimostrare la scorrettezza della pratica commerciale di cui

---

[107] V. TAR del Lazio, 17 maggio 2016, n. 5809, con ulteriori richiami.

[108] Alcuni autori definiscono impropriamente tali previsioni come assolute. V. SCHÜNEMANN, *Generalklausel und Regelbeispiele*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 271 ss., il quale, tra l'altro, definisce la valorizzazione delle norme esemplificative uno strumento per limitare la discrezionalità giurisprudenziale. Anche secondo BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 278-279, le fattispecie tassativamente contenute nelle cd. *black lists* di pratiche ingannevoli e aggressive comporterebbero una presunzione *assoluta* di ingannevolezza e aggressività.

[109] V. BERTANI, *op. cit.*, p. 75.

sia stato vittima. L'imprenditore dovrà, pertanto, allegare un fattore interruttivo del nesso causale tra la sua condotta e la scelta d'acquisto del consumatore medio, risultata in concreto «inadatta» a massimizzarne l'utilità.

La linea interpretativa sostenuta in queste pagine risulta così ancora una volta confermata.

L'autonomia degli illeciti vietati dai diversi livelli di previsioni legislative non esclude, peraltro, che la regola operativa da applicare al caso concreto necessiti talvolta di essere costruita mediante la reciproca integrazione ermeneutica tra norme: le disposizioni più dettagliate potranno e dovranno essere interpretate tenendo conto degli elementi ricavabili dalle clausole generali o dalle nozioni intermedie[110]. Tra i diversi livelli di regole vi è, infatti, un tipo di interazione che la dottrina ha giustamente definito «osmotico»[111].

In conclusione, è possibile affermare che tra il divieto generale e i divieti «speciali» di pratiche commerciali scorrette sussiste un «*rapporto a geometria variabile*: che in caso di autosufficienza della norma più dettagliata esclude il ricorso a quella più generale; mentre altre volte implica l'integrazione ermeneutica della prima con elementi ricavabili dalla seconda»[112].

2.3. *La nozione legislativa di pratica commerciale e il concetto di pubblicità.*

Al termine dell'analisi della disciplina nella sua struttura «piramidale», intendo soffermarmi sulle singole definizioni legislative contenute nella fonte comunitaria e nella normativa di recepimento nazionale.

L'art. 2 dir. riporta una nozione amplissima di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori», comprensiva di «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresi la pubblicità o il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Come la dottrina

---

[110] Riporto un esempio calzante di LIBERTINI, *op. cit.*, p. 78, che pure afferma una ricostruzione ermeneutica dei rapporti tra clausola generale e previsioni particolari diversa da quella qui sostenuta. L'esempio riguarda l'art. 23, comma 1, lett. g), cod. cons., che ho avuto già occasione di menzionare prima e sanziona come «in ogni caso» ingannevole la pratica consistente nel «dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato (…)». L'uso ripetuto dell'espressione *molto limitato*, dice l'a., sottolinea l'eccezionalità della fattispecie vietata. Al contempo, però, data la genericità della locuzione, essa potrà essere compresa solo facendo ricorso alla norma generale. Per stabilire quando un periodo di tempo possa definirsi molto limitato, si dovrà, infatti, necessariamente ricorrere al parametro generale fissato dall'art. 20, comma 2, cod. cons., ossia verificare l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il processo decisionale di un consumatore tipico del prodotto.

[111] Così BERTANI, *op. cit.*, p. 76.

[112] Così BERTANI, *op. cit.*, p. 77. Oltre a Libertini, sulla possibilità di una simile integrazione cfr. anche MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, cit., p. 270.

ha opportunamente rilevato, la definizione include «qualsivoglia comportamento (attivo o anche solo meramente passivo), tenuto da un professionista anteriormente, contestualmente o anche posteriormente alla conclusione di un qualsivoglia contratto con un consumatore, che sia finalizzato a promuovere la stipulazione di un contratto siffatto o comunque presenti una "diretta connessione" con un cotale contratto»[113].

Altrettanto estesa è la definizione confluita nel codice del consumo all'art. 18, comma 1, lett. d). Quest'ultima disposizione non collima perfettamente con l'art. 2 dir., ma presenta differenze che la dottrina ha accolto con favore. In particolare, ai sensi dell'art. 18 cod. cons., per pratica commerciale si intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, *in relazione alla* promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

In luogo dell'espressione «direttamente connessa alla promozione...», il legislatore italiano ha optato per la più neutra formula «in relazione alla promozione...», probabilmente nell'intento di superare le ambiguità proprie del linguaggio della direttiva, segnalate dagli interpreti[114]. Non è chiaro, infatti, in che cosa debba sostanziarsi la «diretta connessione», a cui l'art. 2 dir. rinvia. Una simile locuzione si presta ad essere astrattamente intesa in senso «oggettivo», per cui potrebbe essere sufficiente riscontrare la sussistenza di un legame effettivo tra il comportamento del professionista e il singolo contratto concluso dal consumatore; oppure in senso «soggettivo»[115], il che richiederebbe di accertare se la condotta dell'imprenditore mirasse precipuamente a promuovere l'instaurazione o ad influenzare la dinamica dei rapporti contrattuali con gli acquirenti.

La formula italiana prende in considerazione qualsiasi tecnica promozionale impiegata dal professionista, *in primis*, antecedentemente ad un diretto contatto con il consumatore. Si ragiona, quindi, di una fase eventualmente precedente a quella precontrattuale, ove la pubblicità o il marketing si rivolgono a un consumatore, possibile destinatario e contraente ancora solo potenziale. La norma include, *in secundis*, ogni altra tecnica impiegata anche successivamente, nel momento della conclusione dell'accordo, o durante l'esecuzione del

---

[113] Così DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, cit., p. 3.

[114] Cfr. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 8-9.

[115] Il dato letterale della direttiva, al *Considerando* n. 7, sembrerebbe optare proprio per una simile interpretazione, nella misura in cui afferma: «La presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti».

contratto, ovvero ancora in una fase ulteriore, quale l'assistenza post-vendita. L'espressione italiana, pertanto, abbraccia tutte le pratiche commerciali utilizzabili dall'impresa, distinguendo meglio l'impatto che esse potrebbero avere sul consumatore nelle diverse fasi precedenti, contestuali e successive alla conclusione di un contratto. Quel che rileva – come è noto – è la libertà contrattuale del potenziale acquirente, essendo in gioco una sua scelta. Ben diversa, però, è la situazione in cui il consumatore debba decidere se acquistare o meno il bene o il servizio pubblicizzato, rispetto all'ipotesi in cui egli sia chiamato ad effettuare una scelta successiva, ma comunque collegata o potenzialmente conseguente all'operazione commerciale già conclusa[116].

L'A.G.C.M. e la giurisprudenza amministrativa, nel delimitare la definizione di pratica commerciale, hanno chiarito che essa, per quanto ampia, vada caratterizzata in senso «oggettivo»: vi rientra ogni comunicazione o comportamento anche omissivo, posto «in essere da un professionista prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio, che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata nei confronti di una categoria generalizzata di consumatori, a prescindere dal numero dei soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra professionista e un singolo utente». Non ha alcun rilievo, dunque, il numero delle volte in cui la condotta oggetto di valutazione sia stata posta in essere. Il concetto di pratica commerciale – sottolinea il Garante – «prescinde del tutto da un criterio statistico o quantitativo»[117].

---

[116] Si pensi al caso in cui il consumatore debba valutare «se pagare integralmente o parzialmente», ovvero «se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto» (art. 2, lett. k) dir.).

[117] L'A.G.C.M. si è espressa in questi termini in A.G.C.M., 16 ottobre 2008, Provv. n. 18995 (PS/19), caso *Tele 2-Contratti a distanza*. Alla società si contestava l'attivazione di forniture di telefonia fissa non richieste o aventi caratteristiche diverse da quelle prospettate in sede contrattuale. La compagnia telefonica, nella fase istruttoria, aveva inutilmente sostenuto il carattere esiguo della pratica commerciale, avendo essa riguardato meno dell'1% dei contratti conclusi nel periodo in esame. La parte interessata pretendeva che nel concetto assumesse rilevanza una connotazione *soggettiva*, ossia l'«intenzionale e duratura condotta del professionista volta a favorire intenzionalmente il professionista stesso» mediante informazioni e comportamenti «programmaticamente ingannevoli». L'Autorità Garante, rigettando simili contestazioni, ha chiarito che nel concetto di pratica commerciale non rientrano le sole ipotesi di doglianza da parte dei consumatori interessati, superiori per quantità ad una certa soglia, ossia in eccesso rispetto ad un numero di casi reputabili in concreto irrisori o circoscritti, *ergo* non significativi. Il concetto, al contrario, richiama tutte le ipotesi astrattamente prospettabili, perché attinenti al rapporto instaurato dal professionista con i consumatori in relazione al prodotto offerto. Appare, dunque, totalmente ininfluente, se, in concreto, i casi lamentati risultino numericamente irrilevanti o meno. Si rinvia a ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. LXII, Padova, 2012, p. 252 ss.

In verità, attenta dottrina[118] ha messo in evidenza le oscillazioni della giurisprudenza del TAR sul punto, giacché in un noto caso in materia di portabilità dei mutui bancari, il giudice ha affermato che «la mancata dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati da singole filiali, esclude che essi possano *ex se* assurgere al rilievo di "pratica": ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità»[119].

Sennonché, in sentenze più recenti, sembrerebbe prevalso l'orientamento giurisprudenziale per cui la gravità della violazione in tema di PCS vada «rapportata alla capacità di penetrazione, anche solo potenziale, del messaggio, e non già all'effettiva entità numerica dei destinatari tratti in inganno»[120]. D'altronde, si ragiona pur sempre di un illecito di mero pericolo e non di danno[121]. Come il TAR ha, inoltre, chiarito, la rilevanza numerica dell'attività promozionale vietata può al più assumere significatività, quale elemento aggravante della condotta, «nel senso di consentire l'individuazione di un rincarato grado di "negligenza"[122], al quale potrà accedere un'omogenea commisurazione dell'apparato sanzionatorio repressivo, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nei confronti dei consumatori»[123].

Nella giurisprudenza amministrativa e nella prassi dell'A.G.C.M., nonostante qualche oscillazione in passato, non esiste, in definitiva, una regola

---

[118] V. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 880-881.
[119] TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 3692, in *Foro it.*, 2010, III, c. 141.
[120] TAR del Lazio, 30 dicembre 2014, n. 13292.
[121] V. TAR del Lazio, 8 aprile 2009, n. 3722, che precisa che l'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle disposizioni del codice del consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decettivi). Il caso è riportato anche da LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 881. In una successiva pronuncia il giudice amministrativo aggiunge che la normativa in materia di PCS non ha la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate dalle pratiche scorrette agli interessi patrimoniali del consumatore, ma si colloca su un più avanzato fronte di prevenzione, essendo tesa a salvaguardarne, in primo luogo, la libertà di autodeterminazione, e, pertanto, a prevenire indirettamente distorsioni del funzionamento del mercato concorrenziale, sin da una fase ampiamente prodromica rispetto all'effettiva instaurazione del rapporto negoziale (TAR del Lazio, 15 luglio 2011, n. 6356). Si veda, inoltre, TAR del Lazio, 3 dicembre 2010, n. 35333.
[122] Sullo standard di diligenza richiesto al professionista e, dunque, *a contrario*, sulla negligenza sanzionata dalla normativa si tornerà diffusamente *infra* nei par. 4 ss. del cap. III, a cui si rinvia.
[123] Si rinvia a TAR del Lazio, 1° febbraio 2011, n. 895, che conclude come da tale circostanza sia con ogni evidenza possibile desumere la grave inadeguatezza del comportamento posto in essere dal professionista a fronte del paradigma di diligenza che la normativa di riferimento ha posto, quale essenziale referente di valutabilità della condotta.

di *de minimis*: anche nelle ipotesi in cui sia risultato *esiguo* il numero di consumatori dei quali si sia effettivamente dimostrato il coinvolgimento nella pratica, il giudizio di scorrettezza non viene escluso.

Parte della dottrina, tuttavia, si è espressa criticamente sul punto[124], rilevando come, nella vigenza della precedente normativa, la giurisprudenza comunitaria avesse considerato la rilevanza della pratica con esclusivo riferimento al numero dei consumatori coinvolti[125]. A tale orientamento aveva aderito anche la giustizia amministrativa italiana, affermando che la misurazione degli acquirenti potenzialmente tratti in inganno non avesse nulla a che vedere con la determinazione del consumatore medio, ma occorresse per «stabilire se una determinata percentuale, ancorché esigua, di consumatori indotti in errore da una determinata dicitura pubblicitaria», rilevasse o meno nel giudizio di ingannevolezza[126]. La disciplina attuale, invece, ha imposto come regola la rilevanza di ogni comportamento sleale; l'irrilevanza deve essere l'eccezione[127]. E, allora, secondo la dottrina precedentemente menzionata, si sarebbe determinato il paradosso per cui all'arricchimento della fattispecie delle pratiche commerciali vietate avrebbe fatto riscontro una semplificazione del giudizio di scorrettezza[128]. Giudizio che, per l'appunto, risulta indifferente alle dimensioni del possibile impatto di una pratica sui consumatori.

Una simile valutazione appare, però, a mio avviso, poco condivisibile, tenuto conto del fatto che la direttiva 2005/29 ha perseguito – come è noto – la tutela massima dei consumatori contro le attività promozionali vietate. Tale tutela poteva essere realizzata, solo promuovendo l'applicazione più ampia possibile del divieto[129].

Dall'ambito significativo della nozione in esame rimangono escluse le sole pratiche commerciali totalmente inidonee ad incidere nei rapporti tra professionisti e consumatori, perché cd. *B2B* (*Business to Business*), ossia

---

[124] Oltre al già menzionato LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 881 ss., si veda MELI, «*Diligenza professionale*», «*consumatore medio*» *e regola di* de minimis, cit., p. 39-40.

[125] V. Corte CE, 16 luglio 1998, *Gut Springenheide e Tusky*, C-210/96, cit., p. I-4657; 13 gennaio 2000, *Estée Lauder*, C-220/98, in *Racc.*, 2000, p. I-117. Secondo MELI, *op. ult. cit.*, p. 39, in tali termini si spiegherebbe il richiamo alle perizie e ai sondaggi di opinione, quali strumenti a disposizione del giudice nazionale, in presenza di un'espressione della quale si deve valutare l'ingannevolezza, per «determinare, conformemente al suo diritto nazionale, la percentuale di consumatori indotti in errore da detta indicazione che gli possa sembrare sufficientemente significativa per giustificarne, se del caso, il divieto».

[126] TAR del Lazio, 11 gennaio 2006, n. 1372.

[127] Si pensi solo al *Considerando* n. 6 dir., il quale esclude dall'applicazione della normativa unicamente le pratiche commerciali che abbiano un impatto «trascurabile».

[128] V. MELI, *op. ult. cit.*, p. 39.

[129] Peraltro, una regola di *de minimis*, a ben vedere, esiste, giacché si richiedono, come si approfondirà ancora meglio in seguito (si rinvia *infra* ai par. 3 ss. del cap. III) dei requisiti ben precisi, affinché una pratica possa definirsi scorretta; inoltre, il legislatore ha preso come parametro di riferimento non un consumatore qualsiasi o il consumatore più sprovveduto, bensì il consumatore medio.

inerenti esclusivamente ai rapporti tra professionisti[130].

Fra le pratiche commerciali è compresa la «pubblicità». La direttiva e il codice del consumo non ne offrono alcuna definizione. Quando si discute della decettività di una pratica commerciale, non si fa particolare distinzione tra quest'ultima e la pubblicità. D'altronde, come si è già rilevato, la locuzione «pratiche commerciali ingannevoli» tende a coincidere con quella di «pubblicità ingannevole», così come interpretata dall'A.G.C.M. già nella vigenza della pregressa normativa[131].

Della pubblicità ingannevole offre una definizione l'art. 2, d.lgs. n. 145/2007. Si tratta di «qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti e obblighi su di essi». La nozione è, dunque, molto ampia e include qualsiasi comunicazione promozionale, quali che siano le modalità o i mezzi di diffusione. Vi rientrano anche quelle forme di comunicazione che, seppure non finalizzate immediatamente a spingere all'acquisto di beni o servizi, promuovono comunque l'immagine dell'impresa presso il pubblico dei consumatori[132].

L'A.G.C.M. ha aderito ad un «principio di prevalenza della sostanza sulla forma», tanto da prescindere dalla qualificazione data al messaggio dall'operatore pubblicitario. Se ne tiene conto, semmai, al mero fine di vagliarne la coerenza in rapporto alla natura e al contenuto della comunicazione in concreto. L'*Authority* ha, infatti, in più occasioni ritenuto non decisivo il carattere mutualistico o ideale delle finalità istituzionalmente perseguite da

---

[130] Sul punto il *Considerando* n. 7 dir. chiarisce che la normativa riguarda le sole pratiche «il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti. Non riguarda le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi, comprese ad esempio le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende».

[131] V. *supra* al par. 1 del presente cap. I. Sul punto, cfr. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 87.

[132] Si segnala, in proposito, un caso piuttosto eclatante, di cui l'Autorità Garante ha avuto occasione di occuparsi ancora una volta nella vigenza della precedente disciplina (A.G.C.M., 27 gennaio 2005, Provv. n. 14006 (PI/4618), caso *Tecnocasa/Frimm*). L'impresa immobiliare Tecnocasa-Frimm aveva diffuso sul proprio sito web un messaggio, ove si annunciava l'imminente pubblicazione di un articolo su un importante quotidiano, che avrebbe messo a confronto lo sviluppo della rete di vendita dell'impresa con il parallelo calo della rete di un operatore concorrente. L'annuncio, dietro la sua apparente neutralità, offriva un'immagine vincente della Tecnocasa, ponendo grande enfasi sull'articolo in uscita. Esso poi compariva sulla stessa pagina web, dove i consumatori interessati potevano ricercare le offerte degli immobili disponibili. L'A.G.C.M. ha, pertanto, ritenuto commerciale la natura del messaggio in questione, perché finalizzato ad accreditare l'immagine dell'operatore, così da favorire l'accettazione da parte degli interessati dei prodotti e servizi offerti e implementare la domanda.

associazioni ed enti[133]. Quel che rileva è l'effettivo svolgimento di un'attività economica dietro corrispettivo versato in qualsiasi forma, incluso, ad esempio, il mero pagamento del contributo associativo da parte di nuovi iscritti, attratti con l'offerta di servizi di vario genere[134].

2.4. *Segue: le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Profili definitori.*

Come si è già anticipato[135], le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive rappresentano due *species* all'interno del medesimo *genus* delle pratiche commerciali scorrette. Tralasciando le cd. *black lists*, di cui agli artt. 23 e 26 cod. cons.[136], appare, dunque, opportuno soffermarsi sulle nozioni «intermedie» delle pratiche commerciali vietate[137].

Gli artt. 21 e 22 cod. cons. contemplano, rispettivamente, due distinte categorie di pratiche commerciali attive e omissive, ossia le azioni e le omissioni ingannevoli, ciascuna delle quali si articola al proprio interno in più sottogruppi. L'art. 24 cod. cons. descrive, invece, tre possibili forme di pratiche commerciali aggressive: le molestie, la coercizione e l'indebito condizionamento; e il successivo art. 25 suggerisce alcuni criteri, per determinare se una pratica comporti in concreto una delle suddette modalità di commercializzazione aggressiva, ovvero costituisca una tecnica legittima[138].

Prima della novella del 2007 con il d.lgs. n. 146, la definizione di pubblicità ingannevole, riportata nel codice del consumo, non contemplava la sola idoneità ad indurre in errore, ma richiedeva, quale ulteriore requisito, il

---

[133] Come l'A.G.C.M. ha avuto occasione di chiarire nella *Relazione* annuale per l'attività svolta, presentata il 30 aprile 2005, con considerazioni ancora attuali: «il dettato normativo suggerisce che i confini della fattispecie pubblicitaria debbano essere ricercati non tanto o quanto meno non solo nella forma e nelle modalità espressive utilizzate quanto nel riscontro, dal punto di vista sostanziale, del perseguimento di una specifica finalità promozionale che sia strumentale all'esercizio di un'attività economica. Vengono quindi in rilievo sia la considerazione del tipo di attività, economica o meno, della cui promozione si tratta, sia la verifica del tipo di comunicazione realizzata. Da entrambi i punti di vista, l'Autorità ha accolto una nozione sempre più *sostanziale* di messaggio pubblicitario che tiene conto, di volta in volta, dei contenuti, della forma, del contesto e delle modalità di diffusione nonché degli obiettivi con esso perseguiti». Nella stessa *Relazione* sono menzionati i seguenti provvedimenti, a cui si rinvia: A.G.C.M., 2 dicembre 2004, Provv. n. 13809 (PI/4558), caso *Mutua esercenti commercio di Milano*; A.G.C.M., 4 novembre 2004, Provv. n. 13745 (PI/4480), caso *Delegazione A.U.A.*; A.G.C.M., 22 dicembre 2004, Provv. n. 13905 (PI/4589), caso *Club auto moto d'epoca Bologna*.

[134] Si veda, in proposito, TAR del Lazio, 2 novembre 2012, n. 8961, in *Foro amm. TAR2012*, XI, c. 3521.

[135] Si rinvia *supra* al par. 2.1. del presente cap. I.

[136] Per esigenze di sintesi mi limiterò all'analisi delle definizioni più generali di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Alcuni esempi di pratiche commerciali «in ogni caso» ingannevoli e aggressive sono, però, riportare *supra* nel par. precedente, a cui faccio rinvio.

[137] Per praticità, mi riferisco alle disposizioni contenute nel codice del consumo e non a quelle riportate nel testo della direttiva (artt. 6-9).

[138] V. M.A. CARUSO, *op. cit.*, p. 85.

potenziale pregiudizio nel comportamento economico dei consumatori. Il giudizio di decettività relativo ad un *claim* pubblicitario si fondava, pertanto, sulla valutazione dei potenziali effetti, sia nella sfera cognitiva (l'induzione ad un'errata rappresentazione della realtà), sia decisionale (l'assunzione, in conseguenza dell'errore, di scelte potenzialmente pregiudizievoli di carattere economico) dei consumatori[139].

Al tempo, in molti si erano interrogati sulla portata significativa del presupposto del «potenziale pregiudizio». Ci si era chiesti se l'inganno, per rilevare, dovesse determinare un acquisto a condizioni meno vantaggiose o un acquisto di prodotti qualitativamente inferiori alle attese; ovvero se fosse sufficiente l'idoneità dell'inganno ad alterare la formazione nella volontà del consumatore, facendogli assumere decisioni differenti da quelle che, presumibilmente, avrebbe preso in assenza dell'attività promozionale[140].

L'Autorità Garante fin dalle sue prime pronunce[141] e così anche la giurisprudenza amministrativa[142] avevano optato per quest'ultima interpretazione, più neutra del requisito, con l'esclusione, quindi, di qualsivoglia coincidenza tra «pregiudizio» e «danno patrimoniale».

L'attuale normativa ha sciolto ogni dubbio: la pratica, come si è più volte sottolineato, deve «in ogni caso» poter indurre il consumatore «ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Tale espressione collima perfettamente con l'esegesi «neutra» del «pregiudizio al comportamento economico», preferita nella prassi.

Il presupposto richiesto dalla legislazione vigente potrebbe, però, risultare più restrittivo sotto altro profilo, richiedendo apparentemente un dolo determinante e mai incidente. Sul punto, tuttavia, soccorre la nozione di «decisione di natura commerciale», *ex* art 18, comma 1, lett. m), cod. cons.[143]. Tale disposizione consente senz'altro di affermare che la potenziale induzione a una decisione di natura commerciale non riguarda il mero *an* della scelta, ma anche il *quomodo*. «Ne discende – conclude la dottrina sul punto – che l'azione

---

[139] V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 106.

[140] Cfr. DE RASIS, *Il divieto di pubblicità ingannevole*, in AA. VV., *La pubblicità ingannevole. Commento sistematico alla disciplina vigente*, a cura di GHIDINI-GAMBINO-DE RASIS-ERRICO-FARUFFINI DI SEZZADIO-LAZZARETTI, Milano, 2003, p. 20 ss.; MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, p. 42; FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *La pubblicità ingannevole (Commento al D.L. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Milano, 1993, p. 147 ss.

[141] V. *Relazione* annuale, presentata il 30 aprile 1992 e *Relazione* annuale, presentata il 30 aprile 1994, entrambe consultabili sul sito web *http://www.agcm.it*.

[142] Si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze del TAR del Lazio, 9 dicembre 2004, n. 15301; 2 agosto 2002, n. 6927; 7 settembre 2001, n. 7288.

[143] Si definisce tale la «decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto (…)».

è ingannevole, quando a causa della medesima il consumatore sia stato indotto a recepire nel regolamento negoziale la clausola che avrebbe rifiutato in assenza della macchinazione»[144]. Pertanto, in definitiva, la decettività della pratica non può che involgere entrambe la fattispecie di dolo.

L'art. 21 cod. cons. tipizza dettagliatamente le situazioni che possono dar vita ad una pratica commerciale ingannevole[145]. Si definisce tale, innanzitutto[146], «una pratica che contiene informazioni non rispondenti al vero, o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio», ingannandolo almeno su uno degli elementi elencati nello stesso art. 21[147].

La formulazione poco lineare della previsione ha destato dubbi interpretativi. Il dato letterale della norma e, in particolare, la «o» disgiuntiva che separa le due fattispecie sembrerebbe, infatti, distinguere, da un lato, le pratiche oggettivamente false, che rendono non veritiera la comunicazione; e,

---

[144] Così CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, cit., p. 65.

[145] Si rilevi il netto cambio di prospettiva rispetto alla disciplina previgente, adottata – come è noto – in attuazione della direttiva 84/450/CE, laddove era rimessa all'interprete l'individuazione dei modi attraverso i quali potesse essere realizzato l'inganno. La finalità del nuovo approccio, definito da una dottrina di «tipizzazione spinta», è rendere più agevolmente individuabili i criteri a cui un professionista europeo sia chiamato ad informare la propria attività per operare correttamente nel nostro Paese (MASSA, *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 21, p. 160).

[146] Per esigenze di sintesi, non mi soffermerò sulle altre fattispecie riportate nei commi dal 2 al 4 *bis* dell'art. 21 cod. cons. Il riferimento nel comma 2 ai codici di condotta sarà approfondito *infra* nel par. 3.2. del presente cap. I; il comma 3 si riferisce a comunicazioni commerciali che, non dando notizia del possibile pericolo per la salute e la sicurezza dei consumatori, li inducono «a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza», mentre il comma 4 pone particolare attenzione alle pratiche che raggiungano bambini e adolescenti e possano minacciarne la sicurezza; infine, i commi 3 *bis* e 4 *bis*, aggiunti rispettivamente dal d. l. n. 201/2011, conv. nella l. n. 214/2011 e dal d. l. n. 179/2012, conv. nella l. n. 221/2012, definiscono scorrette: la pratica realizzata da banche, istituti di credito o intermediari finanziari, consistente nell'obbligare il cliente a sottoscrivere una polizza assicurativa o ad aprire un contratto di conto corrente presso di sé in occasione dell'erogazione di un mutuo; nonché la pratica che impone un sovrapprezzo per completare una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi.

[147] Tali elementi sono riportati nelle lett. a)-g) della norma. Si tratta, in particolare di: «a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo *status*, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice».

dall'altro, le attività promozionali contenenti informazioni vere, ma trasmesse con modalità che, «in qualsiasi modo», compresa la «presentazione complessiva», veicolino un messaggio falso e, dunque, risultino idonee ad ingannare[148].

E, allora, secondo una prima tesi dottrinale, la disciplina considererebbe implicitamente scorrette tutte le comunicazioni di per sé false, senza la necessità di alcuno specifico riscontro degli effetti distorsivi causati dalle medesime. Seguendo una simile ricostruzione, la prova dello sviamento del consumatore medio dalle sue originarie intenzioni d'acquisto dovrebbe essere fornita nelle sole ipotesi di pratiche contenenti informazioni veritiere, ma divulgate in modo fuorviante[149].

Sennonché, appare preferibile una diversa esegesi, che richiede anche per le comunicazioni oggettivamente false la valutazione caso per caso dell'idoneità ad ingannare. Per quanto poco felice, la formulazione letterale dell'art. 21 cod. cons. conferma tale esegesi, giacché al comma 1, dopo aver definito come ingannevole la pratica che induce in errore il consumatore medio «riguardo ad uno o più dei seguenti elementi», aggiunge «e, in ogni caso, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». La locuzione «in ogni caso» implica chiaramente che l'informazione commerciale debba ritenersi scorretta, anche qualora non riguardi gli elementi strettamente indicati nella norma. Essa dovrà poi comunque produrre un effetto distorsivo, spingendo il consumatore medio ad una decisione che non avrebbe altrimenti assunto. Pertanto, il giudizio di ingannevolezza, in entrambe le ipotesi riportate nell'art. 21 cod. cons., dovrà certamente vertere anche sull'essenzialità dell'errore indotto[150]. È vero, però, che di fronte a pratiche commerciali contenenti informazioni di per sé false, il giudizio di idoneità all'induzione in errore, comunque necessario, si presenterà, di fatto, più agevole.

I fautori della prima tesi enunciata, peraltro, ritengono che, mentre l'ingannevolezza derivante da informazioni non vere riguardi qualsiasi requisito della pratica, la decettività relativa ad informazioni corrette ma divulgate in modo fuorviante vada apprezzata esclusivamente con riferimento ad uno o più

---

[148] V. MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, cit., p. 9.

[149] Cfr. MASSA, *op. ult. cit.*, p. 160; CALVO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di CAPOBIANCO-PERLINGIERI, Art. 21, Napoli, 2009, p. 79.

[150] Cfr. MELI, *Pratiche commerciali scorrette* in *«Diritto on line» – Treccani*, reperibile all'indirizzo web *http://www.treccani.it/enciclopedia/pratiche-commerciali-scorrette_(Diritto_on_line)/*; con riferimento alla pubblicità ingannevole nella pregressa disciplina, si rinvia a ID., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, p. 60 ss.

degli elementi riportati nell'art. 21 cod. cons[151]. Anche quest'ultima ricostruzione non convince, giacché, come si è già implicitamente rilevato, l'elencazione inserita nella norma rappresenta una mera esemplificazione, non tassativa[152], dei possibili oggetti di quelle decisioni di natura commerciale a cui il consumatore medio sia stato spinto dalla pratica ingannevole e «che non avrebbe altrimenti preso»[153]. Il dato testuale della disposizione conferma tale lettura: l'enunciato che esordisce con «e, in ogni caso, …» non può che avere, infatti, una valenza significativa autonoma rispetto al precedente, laddove si rinvia agli «elementi», poi specificati nelle lettere a)-g) dell'art. 21, comma 1. L'affermazione riportata nel suddetto enunciato potrà, quindi, senz'altro prescindere dalla sussistenza degli «elementi» stessi.

Quanto all'art. 22 cod. cons., si definisce «omissione ingannevole» la pratica commerciale che, «tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato»[154]: ometta di fornire informazioni «rilevanti», necessarie perché il consumatore possa assumere una decisione di natura commerciale. Si devono sempre reputare tali le informazioni elencate nelle lett. a)-e) del comma 4[155], nonché le informazioni che i professionisti devono preventivamente comunicare, in forza di norme di recepimento di direttive comunitarie (comma 5); ovvero occulti o presenti in modo ambiguo, oscuro o incomprensibile informazioni «rilevanti»; ovvero ancora, ometta di rendere palese l'intento commerciale dell'attività in corso, a meno che esso non possa evincersi dal contesto in cui opera il professionista (comma 2)[156]. Tali ultime fattispecie sono dette anche pratiche commerciali «non

---

[151] V. MASSA, *op. ult. cit.*, p. 160.

[152] *Contra*, tuttavia, MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, cit., p. 7, il quale afferma che l'elenco dei possibili oggetti da tenere in considerazione, essendo «introdotto dall'espressione "uno o più dei seguenti elementi" sembra doversi ritenere tassativo».

[153] V. MELI, *Pratiche commerciali scorrette* in «*Diritto on line*» – *Treccani*, cit.

[154] E sempre se «induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

[155] Tra queste informazioni vi è il prezzo, elemento che per antonomasia è al centro delle valutazioni d'acquisto di ogni consumatore. Esso deve essere indicato nella pratica in modo esaustivo, con la menzione chiara di tutti gli oneri di competenza dell'acquirente. Si segnala, tra i tanti, A.G.C.M., 28 aprile 2011, Provv. n. 22343 (PS/5530), caso *Alitalia-Commissioni di pagamento con carta di credito*, ove, essendo il prezzo di trasporto scomposto in una tariffa base e alcuni supplementi aggiuntivi, la compagnia di bandiera aveva reso il consumatore edotto dell'onere addizionale di 5 euro per passeggero dovuto per il pagamento con carta di credito, solo al momento della selezione del tipo di carta da utilizzare tra quelle ammesse dal professionista. Quest'ultimo aveva, pertanto, contravvenuto al principio per cui «il prezzo dei biglietti per il trasporto aereo deve essere chiaramente e integralmente indicato sin dal primo contatto con il consumatore in modo da rendere immediatamente e chiaramente percepibile l'esborso finale necessario per il suo acquisto» (A.G.C.M., 27 dicembre 2007, Provv. n. 17814 (PI/6167), caso *Tirrenia Navigazione*).

[156] Nella prassi tale dettato normativo ha trovato applicazione specialmente nelle forme di pubblicità redazionale e nei casi di telemarketing, che consistono nella presa di contatto con il consumatore per informarlo che gli è stato attribuito un omaggio (A.G.C.M., 19 luglio 2011, Provv. n. 22610 (PS/375), caso *FMR-Art'è-Vendita di libri di pregio a domicilio*).

trasparenti»[157].

Da simili definizioni si evince che per valutare l'impatto nei confronti del consumatore della pratica commerciale posta in essere dal professionista occorre concentrare l'attenzione sulla percezione del significato della comunicazione commerciale. Tale percezione varia soprattutto in rapporto a due fattori: il «contenuto» della pratica e/o le «modalità inerenti alla presentazione» del contenuto stesso. Oggetto essenziale di valutazione sono, dunque, le «informazioni» che il professionista comunica ai consumatori: esse rilevano sotto il profilo della falsità o inesattezza, perché ove falsa o inesatta, un'informazione è senz'altro idonea a fuorviare la capacità di scelta del consumatore; rilevano, inoltre, sotto il profilo delle omissioni di informazioni rilevanti, ossia imprescindibili nel caso concreto, perché esse consentono al consumatore medio di prendere una decisione commerciale realmente consapevole, la cui mancanza è, pertanto, in sé e per sé fuorviante per il consumatore stesso[158].

Sempre purché induca il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, l'art. 24 cod. cons. definisce «aggressiva» la pratica commerciale che «limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto», per effetto di ingiustificate intromissioni nella sua sfera personale, esercitate mediante molestie, coercizione o indebito condizionamento.

Come si è opportunamente rilevato, «mentre le pratiche commerciali ingannevoli influenzano il processo di formazione della volontà del consumatore nel senso di indirizzarlo verso un certo prodotto o verso certe condizioni contrattuali, a mezzo di sottili tecniche di convincimento imperniate sull'informazione e anche a prescindere da un contatto diretto con quest'ultimo, le pratiche aggressive minano alla base la libertà di scelta del consumatore, tramite l'adozione di condotte anche puramente fisiche», volte ad estorcere il suo consenso o ad incidere sull'esercizio di posizioni e diritti contrattuali. Simili pratiche fanno leva su sentimenti, emozioni, caratteristiche cognitive e culturali,

---

[157] Tali pratiche rievocano quelle di cui al comma 1 dell'art. 21 cod. cons., il quale – come è noto – considera scorrette le comunicazioni contenenti informazioni veritiere, ma ingannevoli per il consumatore medio in virtù della loro presentazione. Tenuto conto anche della sostanziale corrispondenza tra gli elementi elencati nell'art. 21 come passibili di inganno e quelli *ex* art. 22, comma 4, per i casi di invito all'acquisto, diviene davvero difficile individuare il confine di demarcazione tra le due fattispecie, sicché il Garante tendenzialmente fa rinvio ad entrambe le disposizioni e solo in un numero limitato di pronunce esclusivamente all'una piuttosto che all'altra (MASSA, *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 22, p. 188).

[158] Cfr. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 289.

o persino paure degli acquirenti[159]. Le pratiche aggressive hanno, dunque, una peculiare valenza estorsiva[160]: i professionisti ricorrono a metodi e strumenti di mirata intimidazione, agendo sulla sfera emotiva del consumatore medio[161].

È, a mio avviso, condivisibile la tesi dottrinale per cui occorra la piena coscienza e volontà del pregiudizio da arrecare al consumatore medio, affinché si configuri una pratica commerciale aggressiva. Quest'ultima presenta carattere necessariamente doloso[162]. Il legislatore non ha invero esplicitato l'elemento soggettivo del dolo, ma si è limitato a precisare che l'aggressività possa realizzarsi tramite determinate forme. L'intenzione di ledere il consumatore può dirsi, tuttavia, *in re ipsa*, giacché tali forme presuppongono senz'altro la consapevolezza da parte dell'imprenditore del proprio agire. E se anche il professionista, nel caso, ad esempio, delle condotte moleste, sostenesse in giudizio di non aver avuto intenzione alcuna di recare fastidio al consumatore, una simile affermazione non basterebbe certo ad escludere l'applicazione della disciplina in esame[163].

La legge offre una nozione in positivo solo dell'indebito condizionamento[164]. Le altre due possibili forme di pratiche commerciali aggressive, menzionate nell'art. 24 cod. cons., non trovano, invece, definizione nel dettato normativo. Esse risultano, però, circostanziate in forza del successivo art. 25, che suggerisce alcuni criteri utili all'interprete, per determinare se una pratica commerciale comporti realmente una molestia, una coercizione o un indebito condizionamento[165]. La tecnica legislativa impiegata ha l'evidente finalità di ricomprendere nel concetto di pratiche aggressive una gamma «quasi

---

[159] Così DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, cit., p. 229.
[160] In giurisprudenza si rinvia a TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 5625 e 16 luglio 2009, n. 7029.
[161] V. DALLE VEDOVE, *Le pratiche commerciali aggressive*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 118, il quale aggiunge, tra l'altro, che l'aggressività non produce necessariamente un'alterazione della reale capacità valutativa del consumatore in ordine alle caratteristiche del bene proposto. Non concordo, però, con una simile affermazione. Mi chiedo, infatti, quale pratica commerciale aggressiva possa mai definirsi tale, senza, al contempo, essere idonea ad alterare la reale capacità di valutazione della vittima.
[162] V. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 120.
[163] Cfr. LA ROCCA, *Pratiche commerciali aggressive*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 24, p. 202-203.
[164] Ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. l), cod. cons., l'«indebito condizionamento» è «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole».
[165] In particolare, i criteri menzionati nell'art. 25 cod. cons. sono: «a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte dei professionisti di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto; d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata».

smisurata» di possibili manifestazioni di aggressività, tenuto conto anche del variare dello Stato membro interessato, del tempo di valutazione e dei confini non sempre netti tra le singole fattispecie[166]. A tale ultimo proposito, infatti, se è vero che molestie e coercizione sono accumunate dall'elemento della pressione sul consumatore, l'indebito condizionamento ricorre, invece, a metodi subdoli o insidiosi per influenzarne le scelte d'acquisto. Tuttavia, a ben vedere, anche quest'ultima forma di promozione aggressiva può consistere in una sollecitazione insistente e le molestie possono anche tradursi in pressioni più velate[167]. Peraltro, se dalla lettera dell'art. 24 cod. cons. si evince con sufficiente chiarezza che l'eventuale ricorso alla forza fisica si riferisce alla coercizione e non alle molestie o all'indebito condizionamento, la giurisprudenza tende ad applicare cumulativamente i tre concetti[168]. Essi appaiono, quindi, difficilmente separabili nella prassi e possono essere tra loro combinati.

Il pregiudizio recato al consumatore da una pratica commerciale aggressiva non deve necessariamente tradursi in uno svantaggio o in un danno economico[169]. Sul punto valgono le stesse considerazioni svolte per le pratiche commerciali ingannevoli. Infine, come per le promozioni decettive, anche per le pratiche commerciali aggressive il parametro di riferimento è dato dal consumatore medio.

3. *La promozione dei codici di condotta nel contrastare le pratiche commerciali vietate.*

Si è rilevato, in apertura del presente lavoro, che i due elementi portanti della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette sono: il pilastro legislativo, dato dalla direttiva 2005/29/CE e dalla normativa di recepimento nazionale, su cui ci si è ampiamente soffermati finora, e il pilastro autodisciplinare.

Appare, dunque, opportuno, esaminare tale «secondo pilastro», ponendo particolare attenzione, innanzitutto, al ruolo astrattamente riservato dalla legge ai codici di condotta, nella materia che qui interessa; in secondo luogo, guardando al rapporto tra *soft* e *hard law* nel contrastare le attività promozionali vietate; e, infine, interrogandosi sul peso che l'autodisciplina pubblicitaria ha concretamente assunto rispetto alle originarie finalità del legislatore comunitario.

---

[166] V. ZORZI GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 309.
[167] V. M.A. CARUSO, *op. cit.*, p. 85-86.
[168] Si vedano, *ex multis*: TAR del Lazio, 7 maggio 2018, n. 5043, in *Diritto & Giustizia 2018*, 17 maggio; TAR del Lazio, 6 marzo 2017, n. 3144, in *Foro amm.*, 2017, III, p. 727; A.G.C.M., 15 aprile 2015, Provv. n. 25425 (PS/9540), caso *Euroservice-Recupero crediti*.
[169] V. DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, cit., p. 231.

La direttiva, all'art. 2, comma 1, lett. f), e, negli stessi termini, l'art. 18, comma 1, lett. f), cod. cons. definiscono la nozione di codice di condotta. Si tratta di «un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici».

Il requisito essenziale richiesto dalla legge è la volontarietà: l'elaborazione dei codici non può, infatti, essere imposta autoritativamente con un atto legislativo o amministrativo; parimenti, la scelta del singolo professionista se aderire o meno ad una fonte autoregolamentare e, tra più possibili opzioni, a quale prendere parte, deve essere libera.

I codici di condotta realizzano il fenomeno della cd. «formazione negoziale del diritto»[170]: individuano norme che si impongono come il risultato di una contrattazione tra privati e concorrono con le fonti pubbliche di produzione del diritto «in un sistema non a forma piramidale, bensì "a ragnatela"»[171].

Gli Stati membri, pur non potendo imporre i codici di condotta, devono prevederne «un ruolo» (*Considerando* n. 20 dir.)[172] ed «incoraggiare» il controllo delle pratiche commerciali ad opera dei responsabili dei codici[173] (art. 10, comma 1, dir.).

Un incentivo all'autodisciplina è previsto nella stessa direttiva all'art. 11, comma 1, laddove si consente al singolo Stato membro di esigere, in sede di accertamento di una violazione della normativa, il ricorso in via preliminare agli organismi di controllo dei codici. Resta salva, in ogni caso, la possibilità di promuovere azione dinanzi al giudice ordinario o di presentare denuncia all'autorità amministrativa.

Nel nostro codice del consumo, l'art. 27 *ter* dispone che consumatori e concorrenti, prima di avviare la procedura amministrativa di cui all'art. 27[174], possano convenire con il professionista di adire il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta, al fine di pervenire

---

[170] Secondo l'espressione di LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 308.
[171] V. PINTO, *op. cit.*, p. 220.
[172] Lo si è anticipato *supra* al par. 1 del presente cap. I.
[173] Si definisce «responsabile del codice», ai sensi degli artt. 2, comma 1, lett. g), dir. e 18, comma 1, lett. g), cod. cons. «qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo».
[174] Tale disposizione concentra in capo all'A.G.C.M. il potere di adottare in via generale ogni misura volta a reprimere le pratiche commerciali vietate. Sull'art. 27 cod. cons. si tornerà approfonditamente *infra* ai par. 1 ss. del cap. IV.

alla risoluzione concordata di una controversia. Tale previsione appare meno incisiva rispetto a quanto suggerito nella direttiva, laddove, per l'appunto, si consentiva all'organo giurisdizionale o amministrativo di imporre il ricorso preliminare allo strumento di *soft law*. Si tratta, in ogni caso, di un esempio di «incoraggiamento» del controllo delle pratiche commerciali ad opera dei responsabili dei codici, che non priva l'autodisciplina del suo carattere volontario[175].

Il contenuto dei codici di condotta consiste, come si diceva, nel comportamento a cui sono tenuti i professionisti che si impegnano a rispettarli in relazione «a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici»[176]. Il legislatore italiano, in aggiunta, ha previsto obblighi di trasparenza, informazione e accessibilità in capo alle associazioni di categoria più rappresentative che si dotino dei codici. Una simile scelta parrebbe finalizzata ad implementare l'effettività di tali fonti e a promuoverne una fruizione sempre più consapevole da parte dei protagonisti del mercato.

Il *Considerando* n. 20 prospettava, inoltre, l'intervento o quantomeno l'informazione delle associazioni dei consumatori nell'attività di redazione dei codici. Tuttavia, nel codice del consumo non si è ritenuto neppure necessario riprodurre un simile auspicio, probabilmente a dimostrazione del fatto che il legislatore italiano continui a ritenere non del tutto superata la concezione di norma corporativa a lungo assegnata all'autodisciplina[177]. I codici di condotta, infatti, perseguirebbero primariamente l'interesse di categoria delle imprese che se ne fanno promotrici, senza però trascurare, al contempo, la protezione di consumatori e utenti. Obiettivo quest'ultimo, che sembrerebbe talvolta costituire un riflesso automatico della garanzia di correttezza delle professioni, talaltra essere concepito quale interesse concorrente e distinto[178]. Ad ogni modo, la peculiarità dei codici di condotta consiste nel perseguire, oltre ai suddetti interessi superindividuali di categoria – dei professionisti, ma anche di consumatori e utenti –, l'interesse collettivo all'osservanza delle regole ivi

---

[175] Ulteriori incentivi possono consistere in forme di approvazione preventiva da parte dell'autorità amministrativa, come accade in Gran Bretagna. L'*Office of Fair Trading* approva e pubblicizza i «*consumer codes*», conformemente a quanto previsto dall'art. 8 dell'*Enterprise Act* del 2002. Per un quadro comparativo più ampio, si rinvia a: SCHULZE-SCHULTE-NÖLKE, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, 2003, p. 21.

[176] V. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 712.

[177] V. F. GHEZZI, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, IV, p. 692.

[178] La dottrina ha rilevato tre essenziali direttrici di tutela dell'autodisciplina pubblicitaria: la protezione dell'interesse dei consumatori, la promozione della pubblicità in sé, la tutela dell'interesse dei concorrenti (IUDICA, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA. VV., *Codici deontologici e autonomia privata*, a cura di ALPA-ZATTI, Milano, 2006, p. 159 ss.).

previste e all'operatività del sistema[179].

L'art. 27 *bis* cod. cons., infine, richiede espressamente che i codici garantiscano la protezione dei minori e salvaguardino la dignità umana, prescrivendo così obblighi di contenuto minimo[180], i quali ancora una volta non privano l'autodisciplina del suo ontologico carattere di volontarietà, al pari degli altri obblighi più squisitamente formali, di cui si è fatto cenno[181].

3.1. *Il ruolo dell'autodisciplina e le ragioni del* favor *legislativo.*

Dalla definizione dei codici di condotta e, in particolare, dai profili contenutistici, è possibile desumere le funzioni a cui sono preordinate tali fonti di *soft law* e le ragioni per cui i legislatori comunitario e nazionale mostrano – almeno astrattamente – un favore per la loro adozione e promozione.

I codici di condotta consentono di specificare ed esemplificare i concetti normativi previsti in materia di pratiche commerciali scorrette.

Se il testo comunitario e le disposizioni di recepimento nazionale sono piuttosto dettagliati nell'individuare le pratiche lesive del comportamento economico del consumatore medio, l'autodisciplina costituisce uno strumento regolativo più duttile. Ricorrendo ai codici di condotta, infatti, è possibile specificare ulteriormente le prescrizioni legislative, anche in considerazione delle peculiarità dei singoli settori economici. Trattandosi di regole autopoietiche, poste dagli stessi operatori che svolgono le attività promozionali ivi disciplinate, esse appaiono poi più vicine alla realtà dei fenomeni di cui trattano; inoltre, quali fonti di *soft law*, possono adattarsi più rapidamente ai cambiamenti di un mercato in continua evoluzione.

Nell'ambito delle PCS, il ricorso esclusivo ad una normativa inderogabile esterna che detti i comportamenti leciti e quelli vietati rischierebbe di essere visto con minor favore rispetto ad un sistema integrato di fonti, a cui

---

[179] Cfr. GRAZZINI, *L'origine negoziale del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, in AA. VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, a cura di RUFFOLO, cit., p. 13.

[180] L'autodisciplina, in tal modo, può perseguire interessi generali diversi da quello meramente economico dei consumatori (cd. *public policy issues*), quali buon gusto, salute e sicurezza dei medesimi.

[181] Simili prescrizioni aggiuntive del legislatore nazionale hanno destato dubbi di compatibilità con la direttiva, che, tuttavia, sono stati risolti in senso positivo dalla dottrina (Si veda, per tutti, FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 711-712). D'altronde, la stessa direttiva nei suoi *Considerando* autorizza gli Stati membri a vietare pratiche commerciali per ragioni di buon gusto e decenza (*Considerando* n. 7) e a prescrivere anche nuovi divieti motivati dalla tutela della salute e della sicurezza dei consumatori (*Considerando* n. 9). L'art. 27 *bis* cod. cons. risulta, quindi, compatibile con la normativa comunitaria, riflettendo anche l'esperienza nazionale dell'autodisciplina pubblicitaria nella sua ambizione moralizzatrice Si rinvia sul punto a: STELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 27 *bis*, p. 274.

concorrano anche regole emanate dai diretti interessati e volontariamente accettate[182].

A ben vedere, i codici di condotta non si limitano a puntualizzare le clausole generali della legislazione consumeristica, ma le connotano anche di contenuti deontologici. L'autodisciplina concorre, infatti, a delineare la nozione di diligenza dell'imprenditore sul mercato[183]. Nozione di non facile determinazione, giacché il concetto di pratica «onesta»[184], secondo buona fede, rapportata al normale grado di competenza e attenzione che il consumatore ragionevolmente richiede, presuppone il rinvio altresì a standard extra-legali[185]. Di qui la funzione dei codici di descrivere «dal basso», ossia dal punto di vista degli stessi destinatari delle regole ivi previste, il modello del «buon professionista».

La previsione nei codici di organismi e procedure private di controllo e sanzione consente, peraltro, alla *soft law* di fungere da strumento deflattivo del contenzioso giudiziario.

Risponde, infine, ad un auspicio espressamente formulato dalla Commissione durante i lavori preparatori della direttiva[186], la possibilità che i codici di condotta innalzino, entro i limiti consentiti dalla legge comunitaria e nazionale[187], gli standard di tutela del consumatore. Nel perseguire una simile finalità, l'autodisciplina può discostarsi dal contenuto della direttiva. Tuttavia, codici che elevino lecitamente la tutela dei consumatori non potranno vincolare i non aderenti. Il che, a ben vedere, vale per tutti i codici di condotta, quali fonti private ad adesione volontaria, salva l'eventualità in cui tali sistemi di regole possano qualificarsi come usi negoziali o normativi[188].

Si è osservato, però, che seppure, per ipotesi, si conferisse generale

---

[182] Il legislatore comunitario, nell'adottare la direttiva del 2005, auspicava, inoltre, che il coinvolgimento degli *stakeholders* nei processi normativi potesse ridurre le distanze tra istituzioni europee e cittadini. Si rinvia, sul punto, a FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 707. Cfr. anche *Libro Bianco sulla* governance *europea*, Bruxelles, 5 agosto 2001, COM (2001) 428 def./2, p. 21-23.

[183] Sulla diligenza professionale si tornerà ampiamente *infra* ai par. 4 ss. del cap. III.

[184] L'aggettivo, connotato da un'emblematica sfumatura etica, è impiegato nell'art. 1 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (su cui *infra* al par. 3.3 del presente cap. I); presente nel testo originario della direttiva, è poi scomparso in sede di recepimento della stessa da parte del legislatore nazionale. Cfr. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 149.

[185] V. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 42.

[186] *Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection*, Brussels, 11th June 2002, COM (2002) 289 final, p. 30.

[187] Si fa riferimento, in particolare, ai divieti di intese restrittive della concorrenza, in contrasto con la normativa antitrust.

[188] Su cui *infra* al par. 3.3 del presente cap. I.

vincolatività a codici più favorevoli ai consumatori, non ne deriverebbero necessariamente effetti auspicabili. Potrebbe favorirsi, infatti, la diffusione di fonti diverse da Paese a Paese o persino all'interno del territorio di un medesimo Stato membro, a scapito dell'esigenza generale di certezza del diritto e minando lo stesso obiettivo di armonizzazione completa promosso dalla direttiva; potrebbero, inoltre, addossarsi costi eccessivi alle imprese in contrasto con il principio di proporzionalità perseguito dalla fonte comunitaria[189].

Tale opinione, in realtà, sembra esprimere soprattutto il punto di vista delle imprese. Nell'ottica del consumatore, la possibilità di disposizioni più favorevoli rispetto alla direttiva avrebbe sicuramente una sua giustificazione. Mentre i costi potenzialmente elevati verrebbero volontariamente accettati dai professionisti e, quindi, non sarebbero imposti. Inoltre, le incertezze applicative causate dalla sussistenza di una pluralità di codici potrebbero essere compensate dalla maggiore capacità delle fonti di *soft law* di adeguarsi agli specifici contesti nazionali.

3.2. *L'effettività delle fonti di* soft law*: rilievi critici.*

Al di là delle previsioni normative astratte, appare opportuno interrogarsi sul peso effettivo che l'autodisciplina assume nel contrasto alle pratiche commerciali scorrette.

Come si è appena rilevato, anche nell'ipotesi in cui un codice di condotta innalzi lo standard di tutela apprestato dalla direttiva, risultando in concreto *praeter legem*, esso potrà vincolare i soli soggetti aderenti[190]. Trattandosi di una fonte normativa volontaria, il codice avrà, infatti, pur sempre un'efficacia soggettiva limitata. Opera un meccanismo di tipo associativo: si è vincolati al codice, se si è parte di organismi o associazioni di categoria che lo abbiano promulgato o vi abbiano partecipato in un secondo momento.

Un'ulteriore modalità di adesione consiste nella sottoscrizione di una clausola di accettazione al momento della stipulazione di un contratto pubblicitario[191].

Non si può, dunque, prescindere dalla considerazione che l'ordinamento autodisciplinare si pone, rispetto al sistema di diritto positivo, come espressione dell'autonomia contrattuale: il suo «ambito soggettivo di applicazione viene a

---

[189] V. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 723.
[190] Salvo il solo caso in cui la direttiva contenga una clausola di miglior favore, che autorizzi deroghe migliorative: in una simile eventualità, l'autodisciplina risulterebbe *secundum legem* e non *praeter legem*.
[191] Si rinvia *infra* al par. 3.3 del presente cap. I.

misurarsi sul metro dell'ambito soggettivo degli effetti del contratto»[192]. Resta salva l'eventualità che i codici di condotta vengano a costituire usi negoziali o normativi con efficacia tendenzialmente generalizzata[193].

I contenuti concreti dei codici potrebbero, inoltre, risultare *contra legem*, ossia contraddire esplicitamente le finalità generali o le previsioni più puntuali della direttiva e della normativa interna di recepimento. In un'ipotesi diametralmente opposta a quella appena esaminata, un codice potrebbe contenere regole che abbassano il livello di tutela legale dei consumatori; oppure pregiudicano l'interesse economico dei medesimi e risultano, pertanto, ugualmente incompatibili con la normativa. La stessa direttiva, all'art. 11, attribuisce ai singoli Stati membri la facoltà di promuovere azioni giudiziarie nei confronti del responsabile del codice, laddove il codice stesso incoraggi a non rispettare i requisiti di legge[194]. Dalla formulazione letterale di questa, come di altre disposizioni della fonte comunitaria[195], nonché dalla *ratio* complessiva della medesima, se ne desume l'inderogabilità. L'autodisciplina in contrasto con la legge non produrrà, pertanto, conseguenze giuridiche e non potrà imporsi all'osservanza di alcuno, aderente o meno[196].

Un problema di effettiva conformità alla legge potrebbe porsi, tuttavia, anche nell'ipotesi – intermedia rispetto ai due estremi appena enunciati –, in cui un codice di condotta si proponga meramente di specificare le prescrizioni legali, ovvero di adattarle a singoli tipi di pratiche commerciali o a specifici settori economici. Come si è in più occasioni rilevato, è proprio questa la funzione prioritaria dell'autodisciplina in ambito pubblicitario. Ma qualora i contenuti dei codici, ispirati da una finalità di questo tipo, perfettamente lecita, dovessero in concreto risultare *contra legem*, essi non potrebbero trovare applicazione alcuna[197].

Occorre, in ultimo, precisare che sebbene la direttiva e il codice del consumo diano atto dell'utilità dei codici e ne incoraggino la promozione, la

---

[192] Così DI CATALDO, *Natura giuridica dell'Autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 114.
[193] Lo si è accennato nel par. precedente e ci si tornerà *infra* al par. 3.3 del presente cap. I.
[194] La dottrina ha, peraltro, segnalato l'assenza di una norma nel codice del consumo che abbia dato seguito a un simile auspicio.
[195] Si pensi all'allegato I dir., contenente l'elenco tassativo delle pratiche in ogni caso sleali.
[196] V. FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 723.
[197] Una dottrina ha, però, ipotizzato una soluzione meno drastica, consistente nell'attribuire alle regole autodisciplinari, esplicative di precetti legislativi, un valore «*lato sensu* indiziario», analogo al precedente di merito, giudiziario o amministrativo nella realtà dell'ordinamento giuridico (FABBIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 724-725, il quale rinvia, tra gli altri, a HENNING BODEWIG, *Unfair Competition Law. European Union and Member States, The Hague, Kluwer Law International*, 2006, p. 10). In verità, le disposizioni dei codici, a cui la legge delega una funzione integrativa della disciplina legale, hanno certamente un carattere più vincolante di un precedente giudiziario o amministrativo, nella misura in cui specificano o integrano il contenuto di una fonte normativa primaria.

violazione delle norme autoregolamentari non integra di per sé una pratica commerciale scorretta. L'art. 6, comma 2, dir. e, in termini pressoché corrispondenti, l'art. 21, comma 2, cod. cons. considerano, infatti, ingannevole una pratica commerciale che, in concreto e «tenuto conto di tutte le caratteristiche e le circostanze del caso», sia idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio e comporti: a) una commercializzazione del prodotto che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, (…) di un concorrente; b) la violazione degli impegni assunti dal professionista nei codici di condotta, purché fermi e verificabili e nella misura in cui il professionista medesimo specifichi in una pratica commerciale di essere vincolato dal codice.

I requisiti di cui alle lettere a) e b) sembrerebbero dover sussistere entrambi. Una simile lettura è suffragata dalla formulazione letterale del comma 2 dell'art. 21. La disposizione lascia intendere che la pratica commerciale ingannevole «comporti» il verificarsi di ambedue le situazioni delle lett. a) e b), quali presupposti congiunti di applicazione della norma. Tale interpretazione, peraltro, depotenzierebbe tutte le disposizioni dei codici che, nel dettare regole volte ad evitare pratiche ingannevoli, prescindono dalla possibile confusione tra prodotti, marchi, etc. Senza dimenticare che la necessità della sussistenza di entrambi i requisiti ridimensionerebbe ulteriormente il peso dei codici di condotta[198].

La questione potrebbe essere risolta con un'interpretazione che, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, enfatizzi la *ratio* della disposizione (la lett. b) dell'art. 21, comma 2, cod. cons.). Una simile esegesi sarebbe diretta a valorizzare i codici, quali strumenti di integrazione autonoma della legge, a cui si affida la funzione di individuare nuove definizioni e caratteristiche delle pratiche commerciali, anche diverse da quelle previste dalla fonte primaria[199].

---

[198] Mi permetto di rinviare al mio saggio: SPEZIALE, *Sulle prospettive di difesa dalle pratiche commerciali scorrette mediante* soft law, in *Contr. e impr.*, 2018, IV, p. 1424 ss.

[199] La giurisprudenza di legittimità, in riferimento all'art. 12 delle preleggi, ha, infatti, ritenuto che l'esistenza di una chiara formulazione grammaticale della norma non è sufficiente per limitare l'interpretazione all'elemento letterale. Secondo la S.C. occorre, altresì, che il senso reso palese dal significato proprio delle parole, secondo la loro connessione, non si ponga in contrasto con l'intenzione del legislatore, desumibile dal testo della disposizione. L'art. 12 non privilegia, quindi, soltanto il criterio interpretativo letterale, perché, rinviando all'intenzione del legislatore, evidenzia un riferimento essenziale alla coerenza della norma e del sistema (Cass., 4 aprile 2014, n. 7981, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1070; Cass., 3 dicembre 2010, n. 24630, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, p. 1568; Cass., 5 ottobre 1998, n. 9876, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2018). Non mancano, tuttavia, diverse pronunce, ove si afferma che l'art. 12 delle preleggi assegni un valore prioritario al dato letterale, individuando, quale (mero) ulteriore elemento, l'intenzione del legislatore (Cass., 5 giugno 2009, n. 13083, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 874; Cass., 6 aprile 2001, n. 5128, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 727). In relazione al canone dell'«intenzione del legislatore», quale argomento autonomo o integrativo di interpretazione, cfr., per tutti, GUASTINI, *L'interpretazione degli atti normativi*, Milano, 2004, p. 150 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 370 ss.; CHIASSONI, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del*

La dottrina, senza porsi tali problemi interpretativi, considera, comunque, disgiunti i presupposti dell'art. 21[200].

Anche se non si volesse accogliere siffatta ricostruzione, in ogni caso, la violazione dell'autodisciplina, per espressa previsione di legge, rileva solo in quanto «azione ingannevole»[201]: devono (quantomeno) sussistere gli elementi prescritti dalla clausola generale per qualificare una pratica commerciale come decettiva. Vi deve essere, «una pratica che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»[202]. Quel che si vieta a livello normativo non è il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nei codici di condotta di per sé, ma il mero uso ingannevole che i professionisti possano farne a discapito dei consumatori[203]. Si vuole, infatti, «impedire ai professionisti di sfruttare indebitamente la fiducia che i consumatori possono riporre nei codici di autodisciplina»[204]. Due sole eccezioni a quest'ultima regola sono contemplate all'art. 23 cod. cons., ove si definiscono pratiche commerciali in ogni caso

---

«metodo tradizionale», in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2008, IV, p. 563 ss. (con ampi riferimenti giurisprudenziali).

[200] V. DE FRANCESCHI, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Padova, 2013, Art. 21, p. 172; nonché TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 37.

[201] È piuttosto singolare, peraltro, che il legislatore preveda la violazione dell'autodisciplina solo con riferimento alle azioni e non anche alle omissioni ingannevoli. Appare senz'altro astrattamente configurabile una condotta di tipo omissivo in contrasto con l'autoregolamentazione in materia. Essa ben potrebbe realizzare una pratica commerciale ingannevole, secondo la nozione riportata nella clausola generale. Per evitare lacune e incoerenze del sistema, tale omissione avrà certamente rilievo. Un simile ragionamento trova conferma nel Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (su cui ampiamente *infra* par. 3.3 del presente cap. I), che vieta anche condotte prettamente omissive.

[202] Sulla possibilità che la violazione di norme di condotta costituisca di per sé una pratica commerciale scorretta vi sono diverse posizioni. Secondo DONA, *L'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 198, il richiamo ai codici di autoregolamentazione nell'elenco delle pratiche in ogni caso sleali di cui all'allegato I dir. – pratiche poi trasposte nell'art. 23 cod. cons. – dice chiaro che il mancato rispetto del codice è [di per sé] una pratica commerciale sleale. BARGELLI, *op. cit.*, p. 268 sostiene, invece, che il mancato rispetto degli impegni autodisciplinari sarebbe condizione necessaria ma non sufficiente, perché una pratica possa dirsi sleale. Fortemente critici sull'automatismo tra violazione dei codici e realizzazione di una pratica commerciale scorretta sono anche: ANNA GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, IV, p. 772 e FABBIO, *I codici di condotta*, cit., p. 725. Tali ultime opinioni appaiono fondate.

[203] Secondo una dottrina, tuttavia, dalla direttiva emerge un nuovo principio generale: quando un'azienda si impegna ad applicare un codice deontologico, l'inadempienza viene considerata una pratica sleale [di per sé], se si dimostra l'impegno certo e verificabile dell'impresa e se sussiste un'indicazione specifica da parte dell'impresa per la sottoscrizione al codice (CAFAGGI, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 119). Tale tesi non è condivisibile alla luce di quanto si è specificato nel testo.

[204] V. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, p. 69.

ingannevoli l'affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta e l'asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta abbia l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura. Si tratta delle uniche ipotesi in cui la violazione commessa costituisce di per sé una pratica ingannevole, a prescindere dalla verifica sulla concreta attitudine della medesima ad influenzare le decisioni d'acquisto del consumatore[205].

Alla luce delle osservazioni da ultimo svolte, il ruolo concreto della *soft law* nel contrastare le pratiche commerciali scorrette sembrerebbe ridotto, nonostante gli auspici espressi a livello comunitario e lo spazio teoricamente riservato all'autodisciplina nella direttiva e nel nostro codice del consumo. E questo spiegherebbe alcuni orientamenti contrari della dottrina in materia. Tuttavia, dal momento che i codici di condotta integrano la nozione di pratica commerciale ingannevole, una simile conclusione è certamente ragionevole: non si comprende quale rilievo potrebbe avere la violazione del codice in assenza dell'azione/omissione ingannevole.

Una più attenta osservazione della concreta applicazione dei codici di condotta, in particolare del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, mette, però, in evidenza una diversa realtà, che rafforza il ruolo dell'autodisciplina che qui si intende sostenere. Tale codice, quale esempio più riuscito di *soft law* in materia[206], riporta, infatti, una nozione meno stringente di pratica ingannevole[207]. La prassi applicativa del Codice, conformemente a tale previsione, non richiede (anche) il requisito dell'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., pur non mancando provvedimenti del Giurì che vietano comunicazioni commerciali decettive, perché in contrasto con gli impegni assunti dai professionisti nel Codice e nella misura in cui abbiano, altresì, ingenerato confusione con prodotti rivali o realizzato una comparazione illecita[208].

Inoltre, la giurisprudenza dell'A.G.C.M – invero scarsa sul punto – dimostra che si è in concreto adottata una nozione di pratica commerciale scorretta, che prescinde dai requisiti congiunti dell'art. 21, comma 2, richiedendo la mera violazione degli impegni assunti dal professionista nella *soft law*[209].

---

[205] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 36.
[206] Si rinvia *infra* al par. 3.3 del presente cap. I.
[207] Ai sensi dell'art. 2, essa consiste in una «dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, (…)».
[208] Giurì cod. aut. pubb.ria, 26 febbraio 2016, n. 10; Giurì cod. aut. pubb.ria, 21 gennaio 2014, n. 1.
[209] Si rinvia alla Delibera dell'A.G.C.M. del 27 ottobre 2008 sulla scorrettezza di alcune pratiche poste in essere da Trenitalia S.p.A. Oggetto della pronuncia è stata, tra l'altro, la condotta consistente nel «mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nella Carta

Si può, quindi, concludere che la prassi applicativa del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, espressa nelle pronunce del Giurì e filtrata dall'interpretazione dell'Autorità Garante, dimostra come, invero, i codici di condotta possano operare anche a prescindere dalla possibile confusione con i prodotti, i marchi, etc. di un concorrente, *ex* art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons. Una simile realtà estende l'efficacia dei codici di condotta, ridimensionando, sotto tale profilo, quel ruolo ridotto della *soft law* che pure si era ipotizzato.

3.3. *L'esperienza positiva del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.*

In Italia, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, da oltre cinquant'anni, rappresenta la fonte di *soft law* per antonomasia in ambito pubblicitario[210].

Come si è anticipato sopra[211], nei primi anni di vigenza del Codice e fino all'approvazione del d.lgs. n. 74/1992, l'autodisciplina pubblicitaria ha svolto un ruolo cruciale di supplenza, regolamentando in via esclusiva la materia e costituendo un esempio pressoché unico nel panorama internazionale dell'epoca.

Il Codice, come si legge nelle norme preliminari e generali, «definisce le attività in contrasto» con le sue finalità, «*ancorché* conformi alle vigenti disposizioni legislative». Nella sua portata innovatrice, dunque, esso non solo ha finalmente riconosciuto protezione diretta ai consumatori, ma si è posto anche quale sistema normativo «parallelo» rispetto a quello statuale[212].

L'autonomia dell'autodisciplina pubblicitaria si evince, peraltro, dagli strumenti preordinati a garantirne l'osservanza. L'effettività delle regole del Codice, infatti, è assicurata dall'adesione di imprese e operatori del settore che adempiono spontaneamente alle sue prescrizioni ovvero sono chiamati ad

---

dei Servizi che il medesimo si è obbligato a rispettare», giudicata, però, non ingannevole. Nella delibera non si fa menzione alcuna di attività di commercializzazione che ingenerino confusione con prodotti, marchi, etc. del concorrente, *ex* art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons.

[210] Il Codice (precedentemente denominato Codice di Autodisciplina Pubblicitaria o C.A.P.), sin dalla sua prima versione datata 1966, viene emanato dagli organismi più rappresentativi delle diverse categorie di operatori pubblicitari. L'ultima edizione, la 64ª, in vigore dal 2 maggio 2018 è consultabile sul sito *http://www.iap.it*. In argomento, si vedano, tra gli altri, STRUKUL, *La variegata esperienza dei codici di condotta, tra diritto dei contratti e autodisciplina*, in *Obbl. e contr.*, 2011, X, p. 681 ss.; UBERTAZZI, *Le PCS e il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, IV, p. 374 ss.

[211] V. al par. 1 del presente cap. I.

[212] Si è rilevato come l'autodisciplina pubblicitaria abbia fatto dell'autonomia rispetto all'ordinamento dello Stato la sua bandiera (AUTERI, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA. VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, a cura di ZATTI, Padova, 1996, p. 20).

ottemperare alle decisioni del Giurì. Decisioni queste ultime di natura contrattuale, giacché assunte da un arbitro, non contestabili dinanzi all'autorità giudiziaria, salvo i limiti di impugnabilità dell'art. 808 *ter* c.p.c., visto che, per opinione ormai unanime, si tratta di arbitrato irrituale[213].

«L'insieme delle regole del Codice – continua la disposizione di apertura – esprimendo il *costume* cui deve uniformarsi l'attività di comunicazione, costituisce la base normativa per l'autodisciplina della comunicazione commerciale». Il rinvio al «costume» conferma la genesi contrattuale del Codice. Non si tratta, tuttavia, come pure si era ipotizzato nei primi anni di vita del sistema, di un mero insieme di precetti morali e, dunque, di un fenomeno extra-giuridico[214]. L'autodisciplina pubblicitaria presenta, invece, natura strettamente giuridica[215] e la dottrina[216] già da tempo l'ha ricondotta nell'ambito della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici formulata da Santi Romano[217].

Non sono mancate, peraltro, enfatizzazioni dell'autonomia di un simile sistema, al punto che per alcuni esso costituirebbe un ordinamento giuridico originario, che non troverebbe nella legge ma in se stesso il fondamento della sua efficacia[218]. Tesi, tuttavia, contraddetta dai richiami espressi ai codici di condotta contenuti nella normativa consumeristica. Tali richiami confermano come l'autodisciplina costituisca un sistema di regole «svincolato» ma «derivato» dall'ordinamento statuale e, dunque, a quest'ultimo subordinato.

Il carattere originario e indipendente di un sistema normativo deve essere valutato dal punto di vista dell'ordinamento positivo. Quest'ultimo si pone quale sistema onnicomprensivo, che non ammette «invasioni di campo» da parte della volontà dei privati. Il che non esclude potenziali «spazi di irrilevanza», sottratti alla sua regolamentazione[219]; ovvero ambiti di disciplina, in cui è lo stesso ordinamento statuale a rinviare alla regolamentazione da parte dei privati. In ogni caso, non è certo l'autonomia contrattuale, ma pur sempre lo Stato a delimitare i confini della propria competenza. Difficilmente, esso avrebbe mai potuto considerare irrilevante l'autodisciplina pubblicitaria, perché, pur essendo

---

[213] Sul punto si rinvia *infra* alla nota 239.

[214] In merito alla natura giuridica del C.A.P. si sono interrogati, tra i tanti: BORRELLI, *Autodisciplina pubblicitaria e leggi nazionali*, in *Dir. ind.*, 1981, I, p. 367 ss.; GUGGINO, *Considerazioni intorno alla natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, I, p. 331 ss.

[215] Trib. Milano, 22 gennaio 1976, in *Dir. ind.*, 1977, p. 91 ss.

[216] V. SORDELLI, *Voce Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 24; FLORIDIA, *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Dir. ind.*, 1991, I, p. 7.

[217] V. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. II ed., Firenze, 1962, p. 24 ss., p. 104 ss.

[218] Cfr. AUTERI, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA. VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, cit., p. 20-21.

[219] Così DI CATALDO, *op. cit.*, p. 112.

un sistema originato dall'iniziativa di privati[220], è destinato ad incidere su interessi anche generali, regolamentando l'attività delle imprese sul mercato[221].

Una storica sentenza del Tribunale di Milano[222] ha da tempo chiarito che «la disciplina giuridica della pubblicità, essendo caratterizzata dall'uso delle cd. clausole generali[223], apre per definizione uno spazio nel quale può lecitamente esplicarsi quella forma di esercizio dell'autonomia negoziale che dà origine ad un ordinamento privato cd. derivato, costituente una tipizzazione coerente con l'equilibrio degli interessi privati collettivi e pubblici al quale la disciplina statuale è imperativamente preordinata».

Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, quale ordinamento «derivato» e fenomeno contrattuale, è soggetto ad un controllo di validità da parte dello Stato[224]. I due sistemi normativi – statuale e autodisciplinare – sono «paralleli» e operano su piani distinti[225], ma risultano, al contempo, tra loro integrati e complementari[226]. Pertanto, qualora si verifichino i presupposti dell'art. 21 cod. cons., ossia laddove un determinato comportamento configuri una pratica commerciale ingannevole, violando, al contempo, gli impegni assunti dal professionista nel Codice, i due piani verranno a coincidere[227]. Potranno, pertanto, applicarsi le previsioni del codice del consumo e la giurisdizione dell'A.G.C.M. e dell'A.G.O. accanto ai poteri arbitrali del Giurì.

Si ripropone così il problema dei limiti di utilizzabilità dei codici di condotta. Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è valido e rilevante, solo ove i suoi contenuti risultino *secundum legem*, o al più –

---

[220] Riuniti, a partire dal 27 gennaio 1997, nell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (I.A.P.).
[221] V. AUTERI, *op. ult. cit.*, p. 21.
[222] Trib. Milano, 22 gennaio 1976, cit., p. 92.
[223] Su cui ci si è ampiamente soffermati *supra* al par. 2.1. del presente cap. I.
[224] Tale codice deve, infatti, presentare una causa lecita, *ex* art. 1343 c.c., la quale – poiché atipica – dovrà, inoltre, perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, c.c.); le singole disposizioni che ne costituiscono l'oggetto, devono avere un contenuto possibile, lecito, determinato o determinabile, ai sensi dell'art. 1346 c.c.; i vincoli soggettivi posti in essere dal Codice andranno assunti nelle forme previste dal diritto positivo (GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, cit., p. 15-16).
[225] Come recentemente chiarito dal giudice amministrativo, «l'eventuale conformità a codici di condotta non può ritenersi scriminare una pratica commerciale scorretta, in quanto la conformità della condotta sanzionata ai parametri dettati, in ambito privatistico, da codici di condotta, non è idonea ad attestare l'assolvimento degli oneri di diligenza imposti dal codice del consumo, da valutarsi alla luce delle diverse finalità di tutela allo stesso sottese, non potendo le valutazioni di un organismo di autodisciplina elidere le diverse competenze e natura dell'intervento dell'Autorità» (TAR del Lazio, 6 settembre 2017, n. 9607, in *Foro amm.*, 2017, p. 1890).
[226] V. ARCHIUTTI, *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in AA. VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, a cura di RUFFOLO, cit., p. 481.
[227] E stando alla lettera dell'art. 21, comma 2, cod. cons. ingenerando, altresì, confusione con i prodotti, i marchi, etc. di un concorrente. Tuttavia, la dottrina, confortata dalla prassi, non richiede che debbano realizzarsi anche le condizioni della lett. a) della disposizione. Si rinvia alle riflessioni riportate nel par. precedente.

entro ben definiti limiti soggettivi – *praeter legem*, mai *contra legem*. La violazione di una sua prescrizione non è sufficiente ad integrare una pratica commerciale scorretta, dovendo, in ogni caso[228], sussistere gli ulteriori presupposti richiesti dall'art. 21 cod. cons.

Autorevole dottrina ha sottolineato «l'intrinseca contraddizione» dei sistemi di *soft law*, ove «da un lato la prospettiva contrattualistica induce a porre l'accento sugli attori dell'intesa negoziale; dall'altro, il modo concreto in cui si struttura la fonte normativa dovrebbe portare ad ampliare quel quadro soggettivo, realizzando un non facile processo di conversione della "parte" di un contratto in "destinatario" di una legge»[229]. Sennonché, l'efficacia dell'autodisciplina, per definizione, è quella propria del contratto, avente forza di legge tra le sole parti, *ex* art. 1372 c.c.

Si rilevi, tuttavia, come, nel caso specifico dei codici di condotta, sia la stessa direttiva ad aver delegato ai professionisti l'adozione di sistemi normativi privati con funzione integrativa del dettato legislativo[230]. Si potrebbe, allora, sostenere che l'autodisciplina nell'ambito delle pratiche commerciali sleali, essendo chiamata a specificare ed ampliare – nei limiti consentiti – le previsioni della direttiva su delega della stessa, possa, in virtù di tale funzione, acquisire la stessa efficacia *erga omnes* propria della legge[231]. Giurisprudenza e dottrina non sembrano, però, aver preso in considerazione una simile ricostruzione, che risolverebbe in radice il problema dei limiti soggettivi di efficacia dei codici. Per tale ragione, è opportuno analizzare le diverse tesi che sono state proposte al fine

---

[228] Con le due sole eccezioni previste dall'art. 23 cod. cons., di cui si è dato atto nel par. precedente.

[229] Così LIPARI, *op. cit.*, p. 313.

[230] Rispetto ai codici ad impulso legislativo, in dottrina vi è chi ipotizza la differenziazione tra: a) codici *implementativi* della legge; b) codici di *rilevanza* legislativa; c) codici *esortati* dalla legge; d) codici *integrativi* della legge. Solo questi ultimi avrebbero valore di legge e, dunque, la loro eventuale violazione andrebbe trattata alla stregua della violazione della norma di rinvio, con attivazione della relativa sanzione (SENIGAGLIA, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in AA. VV., *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, a cura di PERULLI, Bologna, 2013, p. 87-90). Sui codici di condotta adottati nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette l'a. non si esprime, ma essi ben potrebbero appartenere alla categoria dei codici integrativi della legge alla luce delle considerazioni sinora svolte.

[231] Una simile tesi è stata sostenuta nel diritto del lavoro, laddove la legge, con forme diverse, delega funzioni normative ai contratti collettivi, con la finalità di integrare o derogare alle disposizioni della fonte primaria. Si è detto, infatti, che il legislatore opera tali rinvii allo scopo di ottenere regolazioni efficaci nei confronti di tutti, iscritti e non alle associazioni stipulanti il contratto collettivo (LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1998, p. 259). Tale efficacia generalizzata sarebbe quella propria della legge delegante. Il contratto collettivo diventerebbe, dunque, una fonte *extra ordinem*, ovvero svolgerebbe una funzione delegata dallo Stato (BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2012, p. 322 ss.). Simili conclusioni, in relazione ad alcune tipologie di contratti collettivi, sono state fatte proprie anche dalla Consulta (Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268 e 18 ottobre 1996, n. 344). La questione, peraltro, è fortemente dibattuta per la possibile violazione dell'art. 39, commi 2-4, Cost. e del meccanismo ivi previsto di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi. Per un riepilogo delle problematiche e le relative indicazioni bibliografiche, cfr. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 322 ss.

di giungere ad un'applicazione generalizzata della *soft law* in tema di pratiche commerciali scorrette.

Si osservi che la matrice associativa del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale – e dei codici di condotta in senso lato – di per sé ne limita la vincolatività ai suoi diretti sottoscrittori, nonché a coloro che vi abbiano aderito o ne abbiano riconosciuto la cogenza in un secondo momento[232].

Ulteriori professionisti che resterebbero, tuttavia, estranei all'autodisciplina pubblicitaria in forza del vincolo associativo diretto o indiretto, sono ugualmente coinvolti nella sua osservanza, attraverso il ricorso alla cd. *clausola di accettazione*. Sin dalle prime edizioni del Codice, infatti, è stato espressamente previsto l'impegno degli organismi aderenti, affinché ciascun associato inserisse nei propri contratti una speciale clausola con cui, per l'appunto, «si accettano» il «Codice, i Regolamenti autodisciplinari e le decisioni assunte dal Giurì, anche in ordine alla loro pubblicazione, nonché le ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive»[233].

Tralasciando la risalente e ormai superata ricostruzione teorica della clausola secondo lo schema del contratto a favore di terzi *ex* art. 1411 c.c.[234], essa è stata più correttamente definita quale condizione generale del contratto di inserzione pubblicitaria. Troverebbe, dunque, applicazione l'art. 1341, comma 1, c.c., con la conseguente efficacia della clausola nei confronti dell'altro contraente, purché al momento della conclusione del contratto questi l'abbia conosciuta o avrebbe dovuto conoscerla con l'ordinaria diligenza[235]. L'estensione soggettiva dell'autodisciplina pubblicitaria risulterebbe così generalizzata, giacché anche ove mancasse una conoscenza effettiva della

---

[232] Si è recentemente chiarito che l'I.A.P. non può essere considerato come un sistema oggettivo da applicare ove non ne venga esclusa l'applicazione, bensì come un sistema che presuppone un'adesione volontaria, se pur non necessariamente formale (Giurì cod. aut. pubb.ria, 25 marzo 2014, n. 9).

[233] Così recita la lett. d), «clausola di accettazione», inserita tra le Norme preliminari e generali del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

[234] Secondo una simile ricostruzione, il «mezzo» pubblicitario con cui si trasmette lo spot fungerebbe da stipulante, l'utente da promittente e i diversi soggetti identificati o identificabili (associazioni e organismi di categoria, singoli soci, terzi istanti dinanzi al Giurì) da terzo. Sennonché, è stato opportunamente rilevato come non esista alcuna «prestazione» promessa dall'utente ad un terzo, né un terzo identificabile come destinatario di essa, secondo il disposto dell'art. 1411 c.c. Si rinvia in proposito a SORDELLI, *op. cit.*, p. 23; DI CATALDO, *op. cit.*, p. 115; D'AMICO, *L'autoregolamentazione in materia pubblicitaria*, in AA. VV., *La comunicazione pubblicitaria d'impresa. Manuale giuridico teorico e pratico*, a cura di FRIGNANI-CARRARO-D'AMICO, Milano, 2009, p. 226.

[235] Come si legge in Giurì cod. aut. pubb.ria, 17 settembre 2013, n. 66, «i mezzi che concorrono a formare l'Istituto [I.A.P.] sono tenuti ad inserire tra le condizioni generali di contratto un'apposita clausola di accettazione delle norme del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale e delle decisioni dei suoi organi, che vincola l'utente dal momento stesso della stipulazione, determinando una presunzione di adesione che egli può vincere solo fornendo la dimostrazione specifica di aver opposto il proprio espresso rifiuto (lett. b) e d) delle Norme preliminari e Generali del Codice di Autodisciplina e art. 1341, comma 1, c.c.)».

clausola, l'ampia diffusione del sistema integrerebbe, in ogni caso, il requisito della conoscibilità[236].

Ma vi è di più. La clausola di accettazione del Codice figura nelle più importanti raccolte di usi, pubblicate a cura delle Camere di commercio[237]. Si tratta di fenomeno di non poco conto: la raccolta ufficiale costituisce – come è noto – mezzo legale di accertamento degli usi, i quali, ai sensi dell'art. 9 delle preleggi, si presumono esistenti fino a prova contraria.

L'adesione al sistema di autoregolamentazione privata si tradurrebbe così in un uso contrattuale, *ex* art. 1340 c.c. e sarebbe destinata ad accompagnare automaticamente ogni contratto di diffusione pubblicitaria[238]. Pertanto, la clausola di accettazione, quale clausola d'uso, dovrebbe intendersi inserita nei contratti di comunicazione commerciale e vincolerebbe il professionista, anche laddove non comparisse nel singolo regolamento contrattuale o non fosse stata specificamente approvata per iscritto da entrambe le parti[239]. L'unico limite alla sua operatività consisterebbe nell'espressa manifestazione di volontà contraria da parte dei contraenti[240].

---

[236] In una pronuncia del 2002, il Giurì ebbe già modo di considerare «*temeraria* l'allegazione di ignoranza dell'esistenza stessa dell'autodisciplina pubblicitaria dopo – gli allora – quasi quarant'anni di attività dell'Istituto e la registrazione del fenomeno da parte di una legge dello Stato – all'epoca il solo d. lgs. n. 74/1992 – in materia di pubblicità ingannevole» (Giurì cod. aut. pubb.ria, 20 febbraio 2002, n. 57). In dottrina, si veda GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, cit., p. 21-22.

[237] Cfr. Raccolta Provinciale Usi relativa al quinquennio 2005-2010, pubblicata dalla Camera di Commercio di Milano-Monza Brianza-Lodi e consultabile sul sito *http://www.milomb.camcom.it/raccolta-provinciale-usi*, p. 515, *sub* art. 3; nella Raccolta Provinciale Usi della Camera di Commercio di Roma, pubblicata nel 2013, pur mancando un riferimento specifico, si rinvia ai codici di condotta reperibili sui siti web in tema di contratti di fornitura di beni e/o servizi conclusi *online* tra fornitore e consumatore (Si veda: *http://www.rm.camcom.it/pagina316_usi-e-consuetudini.html*, p. 116, *sub* 514 – *Certificazioni, Codici di condotta e Loghi*). Si rinvia, inoltre, ad AA. VV., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *I quaderni del consumatore*, a cura della Camera di Commercio di Ancona, 2014, VI, p. 35.

[238] V. GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, cit., p. 26-27.

[239] Il che vale certamente per le norme sostanziali del Codice. Qualche dubbio era stato sollevato in ordine alle disposizioni procedurali, che riservano al Giurì la decisione delle vertenze sull'applicazione dell'autodisciplina pubblicitaria. Laddove il Giurì costituisse organo di un arbitrato di tipo rituale, la norma che gli deferisce la soluzione delle controverse sarebbe una clausola compromissoria, da approvare specificamente per iscritto, *ex* art. 1341, comma 2, c.c. Il procedimento davanti al Giurì è stato, tuttavia, ben più correttamente ricostruito come arbitrato irrituale, al quale non si applicherebbe il disposto dell'art. 1341 (AUTERI, *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA. VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, cit., p. 17. Per una ricostruzione più ampia delle posizioni dottrinali sull'argomento si rinvia a TETTAMANTI, *Arbitrato e codici di autodisciplina*, in *Contr.*, 2004, p. 858 ss.). Si rilevi, inoltre, come la stessa clausola di accettazione – anche nei termini in cui è riportata nella Raccolta Usi di Milano – rinvii espressamente alle determinazioni dei suoi organi autodisciplinari e non potrebbe essere diversamente, in considerazione dell'intenzione di I.A.P. ed enti aderenti di dar vita ad un sistema normativo autonomo sul piano sia sostanziale sia «giurisdizionale».

[240] Come si è precisato, l'accettazione del Codice è da ritenersi presunta fino a prova contraria da parte di chiunque contragga direttamente o indirettamente con mezzi aderenti al sistema autodisciplinare. La prova contraria è, peraltro, particolarmente rigorosa, dovendo avere ad oggetto l'espressa manifestazione di volontà comune alle parti del contratto, intesa a sottrarre la

Si è, infine, ipotizzata la definizione della clausola di accettazione nei termini di un uso normativo, ai sensi dell'art. 1374 c.c. Si segnala una recente apertura del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria ad una ricostruzione di questo tipo[241], in passato accolta solo occasionalmente[242].

Da una simile impostazione conseguirebbe l'efficacia *erga omnes* dell'autodisciplina pubblicitaria, quale sistema normativo generale e astratto, per quanto circoscritto alla zona di applicazione degli usi formalizzati nella Raccolta[243]. Al pari di qualsiasi altra disposizione legislativa, dunque, il Codice vincolerebbe chiunque contratti nell'ambito delle comunicazioni commerciali, a prescindere dalla sua volontà e dall'effettiva conoscenza delle previsioni autoregolamentari.

Sull'assimilazione della clausola di accettazione ad un uso normativo, la dottrina ha sollevato obiezioni[244]. Più che l'elemento esteriore, dato dalla ripetizione costante e uniforme di un certo comportamento, mancherebbe l'elemento psicologico, ossia la convinzione dei soggetti che vi si uniformano, di obbedire non a mere regole dettate dalle contingenze di mercato, ma ad una vera e propria norma giuridica.

In verità, gli oltre cinquant'anni di vita dell'autodisciplina pubblicitaria e la sua vasta eco parrebbero dimostrare il contrario. Nella misura in cui praticamente in tutti i contratti pubblicitari vengano inserite clausole di accettazione del sistema uniformi, l'accettazione stessa ben potrebbe dirsi aver assunto carattere di norma contrattuale consuetudinaria[245].

Sembrerebbe, semmai, più condivisibile una seconda obiezione rilevata dagli interpreti. Il Codice, infatti, incidendo su una materia regolata dalla legge, sarebbe efficace come uso normativo se ed in quanto espressamente richiamato

---

campagna pubblicitaria all'applicazione delle norme del C.A. (Giurì cod. aut. pubb.ria, 8 luglio 2014, n. 52).

[241] Nella pronuncia si fa espresso rinvio alla Raccolta provinciale degli usi pubblicata dalla Camera di commercio di Milano: «ove questi usi – puntualizza il Giurì – siano applicabili *ratione loci* anche alla pubblicità litigiosa, allora essi etero-integrano il contratto *ex* articolo 1374 c.c. (…). In ogni caso, ed ove i medesimi usi non fossero applicabili (…), i relativi contratti sarebbero comunque etero-integrati *ex* articolo 1340 dalla clausola di accettazione in quanto questa costituisce una clausola usuale». L'organo arbitrale ha, quindi, concluso per l'applicazione degli usi accertati dalla Camera milanese al contratto di concessione pubblicitaria controverso, poiché entrambe le aziende convenute avevano sede a Milano (Giurì cod. aut. pubb.ria, 30 maggio 2016, n. 11).

[242] Si vedano, ad esempio, Giurì cod. aut. pubb.ria, 2 dicembre 1987, n. 124 e 12 giugno 1989, n. 83.

[243] Sul carattere di generalità e astrattezza dell'uso normativo, per quanto riferibile ad un ben definito territorio, si rinvia a Cass., 8 agosto 1979, n. 4616 e Cass., 29 marzo 1999, n. 2966. Per un approfondimento, si rinvia a SERVELLO, *Disp. sulla legge in generale*, in *Codice civile*, a cura di PESCATORE-RUPERTO, Art. 8, t. I, XXVI ed., Milano, 2015, p. 18 ss.

[244] V. GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, cit., p. 28-29.

[245] In questi termini, d'altronde, si era già espresso il Giurì in una risalente decisione: Giurì cod. aut. pubb.ria, 2 dicembre 1987, n. 124, cit.

dalla legge stessa, in base alla previsione dell'art. 8 preleggi. L'autodisciplina pubblicitaria, quindi, potrebbe configurare in astratto solo un uso *secundum legem*. In quanto tale, essa necessiterebbe di un espresso rinvio da parte della normativa comunitaria e nazionale sulle PCS. Sennonché, non è dato rinvenire una disposizione che definisca esplicitamente gli usi pubblicitari quale fonte integrativa necessaria del contratto. E ciò, nonostante i molteplici riferimenti legislativi ai codici di condotta.

Alla luce di simili considerazioni, la configurabilità dell'autodisciplina pubblicitaria quale uso normativo sembra discutibile. Ad ogni modo, la ben più pacifica qualificazione della medesima nei termini di uso negoziale sarebbe già sufficiente ad attribuirle valenza generale: essa vincolerebbe, infatti, tutti i soggetti stipulanti un contratto in ambito pubblicitario, salva esplicita manifestazione di volontà contraria. Un tale risultato, d'altra parte, può essere conseguito anche in forza della clausola di accettazione in sé, in coerenza con quanto si è già analizzato in precedenza. Non si può, dunque, non prendere atto della forza espansiva che tale fonte di *soft law* ha dimostrato nel tempo. Benché la normativa consumeristica abbia posto svariati limiti ai codici di condotta, ridimensionandone la portata concreta, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è riuscito ad imporsi nel settore di riferimento, quale sistema di regole di stringente cogenza.

3.4. *Cenni agli altri codici di condotta: l'inadeguatezza e la scarsa conformità alle previsioni normative.*

Sarebbe più che mai opportuna una ricognizione degli altri codici di condotta esistenti, al fine di indagare il reale grado di diffusione della *soft law* e vagliarne la conformità all'ordinamento positivo.

Tuttavia, come la dottrina ha già avuto modo di segnalare, un'indagine di questo tipo appare tutt'altro che agevole a fronte di un sistema informativo farraginoso e deficitario[246]. Il che contrasta apertamente con uno dei principi cardine della direttiva e del codice del consumo, su cui dovrebbe fondarsi l'autodisciplina e il suo efficace funzionamento per le imprese e i consumatori.

D'altra parte, l'art. 27 *quater* cod. cons. prevede espressamente che le organizzazioni professionali *ex* art. 27 *bis* trasmettano al Ministero per lo sviluppo economico i codici di condotta adottati e riferiscano a quest'ultimo periodicamente le decisioni assunte in attuazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Il Ministero, quindi, dovrebbe rendere disponibili sul

[246] Così F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 683.

proprio sito web i codici comunicati e pubblicare le sintesi delle decisioni più significative sulle controversie intercorse, comprese quelle adottate dagli organi di risoluzione extra-giudiziale[247].

Poco dopo il recepimento della direttiva, il Ministero segnalava l'indirizzo Internet ove i dati sarebbero stati pubblicati[248]. Sennonché, la pagina, i collegamenti e ogni altro riferimento ai singoli codici autodisciplinari sono totalmente scomparsi dal sito web ministeriale[249].

Inoltre, all'esito di una ricerca a campione sugli indirizzi Internet delle principali imprese quotate a Piazza Affari, ho potuto verificare come i rinvii ai codici di condotta siano pressoché inesistenti. E ciò nonostante non manchino richiami ad altri codici adottati (codici etici, di buon governo, etc.).

Alcuni codici di condotta, tuttavia, esistono e sono applicati a livello nazionale e locale, benché non risultino efficacemente pubblicizzati. Mi è stato possibile rintracciarli, consultando le raccolte redatte da alcune Camere di commercio[250].

Si è osservato[251], però, che tali codici in molti casi, non descrivono, se non in termini generali, lo standard minimo di condotta richiesto alle imprese aderenti. Essi rinviano, infatti, senza ulteriori chiarimenti a concetti amplissimi, quali la buona fede e la correttezza. Spesso, inoltre, le disposizioni contenute nei codici celano logiche difensive e corporative, poco coerenti e talvolta in aperto contrasto con le previsioni normative a tutela dei consumatori[252]. Il che spinge a dubitare della liceità o quanto meno della concreta utilità di simili fonti.

Si tenga presente, peraltro, che il legislatore nazionale non ha previsto alcuna forma di approvazione preventiva dei codici di condotta da parte di

---

[247] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 39.

[248] Si veda TROIANI, *Codici di condotta nelle pratiche scorrette*, in *Mercato e consumatori*, Roma, 2009, p. 28 ss., il quale riferisce come il Ministero stesse raccogliendo il materiale fornito dai soggetti che avevano adottato codici di condotta, al fine di pubblicare le informazioni all'indirizzo Internet *http://www.pratichesleali.sviluppoeconomico.gov.it*.

[249] Lo segnalano F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 684; TOMMASI, *op. cit.*, p. 39; BUSSOLI, *Responsabilità sociale, codici di condotta e pratiche commerciali sleali*, in AA. VV., *La responsabilità sociale d'impresa: idee e prassi*, a cura di PERULLI, cit., p. 194.

[250] Si veda l'elenco pubblicato sul sito della Camera di commercio di Milano-Monza Brianza-Lodi, nella sezione Regolazione di mercato (v. *http://www.milomb.camcom.it/codici-di-autodisciplina*). Tra gli altri si segnalano, a titolo meramente esemplificativo, il Codice di comportamento della vendita diretta, elaborato dall'Associazione Vendite Dirette Servizio Consumatori (AVEDISCO) e il Codice di autodisciplina Federlingue per le Imprese di traduzione, interpretariato e formazione linguistica del dicembre 2016.

[251] V. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 691.

[252] F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 691 ne menziona esemplificativamente due, ove, senza alcun fondamento legislativo, parrebbero bandite le attività concorrenziali e ogni forma di pubblicità comparativa: «Rapporti tra imprese – L'impresa (…) deve astenersi da qualsiasi iniziativa, attività o atteggiamenti diretti a sottrarre la clientela alla concorrenza»; «(…) l'impresa può procedere alla presentazione ed illustrazione dei propri lavori nonché dei propri titoli e capacità professionali, astenendosi tuttavia da ogni valutazione comparativa con l'attività delle altre imprese».

pubbliche autorità[253]. Una precauzione di questo tipo avrebbe certamente favorito l'adozione di codici più conformi agli obiettivi e ai contenuti della disciplina consumeristica. Tale scelta potrebbe dimostrare una scarsa fiducia del legislatore italiano nell'autodisciplina o comunque la poca considerazione della *soft law* nel contrastare le pratiche commerciali scorrette.

In molti casi, inoltre, le disposizioni dei codici di condotta esistenti sembrerebbero presentare un contenuto meramente «programmatico»: un soggetto deputato a farle rispettare, talvolta, manca del tutto; oppure, se un organismo responsabile c'è – e spesso non è indipendente –, non è comunque possibile ravvisare mezzi efficaci per l'assunzione e l'attuazione delle sue decisioni[254].

I codici di condotta presenti nella prassi, dunque, non sembrerebbero rispondere alle previsioni degli artt. 27 *bis* ss. cod. cons. Si segnalano, però, alcune rilevanti eccezioni. *In primis*, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, di cui si è ampiamente dato conto e che rappresenta senz'altro l'esempio più riuscito di codice di condotta, pienamente conforme alle prescrizioni della direttiva e del codice del consumo. Attenta dottrina ha, tuttavia, messo in luce i limiti dell'esperienza autodisciplinare pubblicitaria. In particolare: I) essa non può strutturalmente virare su scelte radicali, dovendo sempre preferire opzioni accettabili dalla grande maggioranza delle imprese. Non a caso, la pubblicità comparativa è stata introdotta per legge, costringendo solo in un secondo momento il Codice ad uniformarvisi; II) i rimedi e le sanzioni previsti dal sistema sono generalmente deboli, come fisiologicamente accade negli ordinamenti di *soft law*; III) tali ultimi ordinamenti non sempre si rivelano adeguati, specie laddove l'interesse comune inclini verso la tolleranza delle devianze, anziché verso la riprovazione[255]. Simili rilievi critici, seppure condivisibili, non paiono, però, sufficienti a ridimensionare l'efficienza del sistema autodisciplinare pubblicitario, ampiamente dimostrata dalla prassi.

Oltre al Codice della Comunicazione Commerciale, costituiscono casi coerenti con la normativa sulle pratiche commerciali scorrette: il Codice di autoregolamentazione tv e minori[256]; il Codice di autoregolamentazione in

---

[253] Diversamente da quanto accade, ad esempio, in Gran Bretagna, come si è spiegato nella nota 177, a cui si rinvia.

[254] Come si è già segnalato, è significativo che nel codice del consumo non sia stata inserita una norma che consenta, secondo le indicazioni della direttiva, di denunciare il responsabile del codice, qualora la *soft law* non sia conforme agli artt. 18 ss. cod. cons., ovvero risulti, altrimenti, *contra legem*.

[255] Così LIBERTINI, *op. cit.*, p. 44-45.

[256] Tale codice è stato promosso dall'AGCOM e da fonte di autonomia privata ha poi acquisito forza di legge nel 2004, confluendo nel Testo unico della radiotelevisione. Ai sensi del par. 4.1., «nel riconoscere la particolare validità delle norme a tutela dei minori come esplicitate nel

materia di televendite e spot di televendita di beni e servizi di astrologia, di cartomanzia ed assimilabili, di servizi relativi ai pronostici concernenti il gioco del Lotto, Enalotto, Superenalotto, Totocalcio, Totogol, Totip, lotterie e giochi similari, approvato dalla Commissione per l'assetto del sistema radiotelevisivo nel 2002 e poi sottoscritto dalle emittenti e associazioni firmatarie[257]. Segnalo, infine, il più recente esempio del cd. Codice di condotta operatori *telemarketing* [258], adottato nel 2011 e, dunque, posteriormente alla direttiva[259].

Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, promosso dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, le Imprese televisive si impegnano ad accogliere – ove dia garanzie di maggiore tutela – e a rispettare tale disciplina, da considerarsi parte integrante del predetto Codice». Si tratta di un rinvio integrale all'autodisciplina pubblicitaria, che nulla aggiunge rispetto a quanto ivi previsto.

[257] Tale codice, pur non utilizzando la dicitura pratiche commerciali ingannevoli, all'art. 2 vieta le trasmissioni [televisive] contenenti «dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti televisivi/consumatori. (...) Le trasmissioni non devono, inoltre, ingannare il pubblico sul contenuto dei servizi». Per quanto indirettamente, si rinvia, pertanto, alla nozione che in questa sede interessa. Il rispetto e l'applicazione del presente Codice di Autoregolamentazione sono affidati ad un Comitato di controllo di dodici membri nominati dal Ministro delle comunicazioni, il quale ha sede presso il Ministero delle comunicazioni e agisce su segnalazione degli interessati con una procedura similare a quella prevista nel Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale per l'organo analogo.

[258] La dicitura per esteso è la seguente: «Norme per la regolamentazione del trattamento dei dati estratti dagli elenchi di abbonati per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale mediante l'impiego del telefono».

[259] Tale codice disciplina, in particolare, la pratica delle chiamate vocali da parte degli addetti di *call center* agli abbonati, finalizzate a stabilire un contatto per inviare materiale pubblicitario, provvedere alla vendita diretta, ovvero compiere ricerche di mercato. Pur non utilizzando espressamente la dicitura «pratiche ingannevoli», esso vieta chiaramente simili attività, richiedendo all'operatore di fornire un'informativa esaustiva sulle caratteristiche di ciascun servizio o prodotto proposto. Il Codice, inoltre, richiama i principi di buona fede e lealtà ed obbliga al rispetto della disciplina positiva in materia di transazioni commerciali, con una particolare attenzione alle esigenze di protezione dei consumatori più vulnerabili. Appare, infine, significativo l'esplicito rinvio agli artt. 27 *bis* e *ter* cod. cons.

CAPITOLO SECONDO

IL COLLEGAMENTO FRA DISCIPLINE E AUTORITÁ COMPETENTI NELLE VARIABILI DELLA LEGISLAZIONE E DELLA GIURISPRUDENZA INTERNA E COMUNITARIA

SOMMARIO: *1. - Disciplina generale e regolazioni di settore: il difficile rapporto tra normative e* Authorities *nella repressione delle PCS. 2. - Il parere del Consiglio di Stato su disciplina e competenza in materia di servizi finanziari: la controversa applicazione del principio di specialità. 3. - La soluzione proposta con le pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2012. 4. - L'intervento del legislatore nazionale e la competenza dell'A.G.C.M. nel combattere le pratiche commerciali scorrette. 5. - La procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e la modifica dell'art. 27 cod. cons. 5.1. - Segue: il contrasto ermeneutico sulla portata della nuova previsione normativa. 6. - Il nuovo orientamento espresso nelle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato del 2016. 6.1. - Segue: l'applicazione del criterio di «specialità per progressione di condotte lesive». Le pratiche commerciali aggressive. 7. - Le ordinanze di rinvio pregiudiziale,* ex *art. 267 TFUE: il diritto italiano al vaglio dei giudici europei. 8. - L'intervento ben poco risolutivo della Corte di Giustizia CE: un'occasione mancata.*

1. *Disciplina generale e regolazioni di settore: il difficile rapporto tra normative e* Authorities *nella repressione delle PCS.*

Nell'ordinamento vigente, il diritto dei consumatori costituisce oggetto, anche solo indiretto, di molteplici previsioni di rango legislativo e sub legislativo, riferibili ad imprese operanti in settori caratterizzati da potenziali fallimenti di mercato[260]. Settori, ove si è resa strettamente opportuna l'introduzione di discipline speciali con finalità proconcorrenziali[261]. Simili discipline, generalmente di derivazione europea, pongono, dunque, norme speciali a livello primario e, di regola, istituiscono, altresì autorità amministrative indipendenti, munite di poteri regolatori, di vigilanza e sanzionatori alquanto ampi[262].

---

[260] I fallimenti di mercato possono essere causati dalla presenza di asimmetrie informative tra le parti, e/o di contraenti particolarmente vulnerabili, e/o di monopoli naturali, etc. Settori caratterizzati dal rischio di fallimenti di mercato sono, a titolo meramente esemplificativo, quello delle comunicazioni elettroniche, dei servizi finanziari e assicurativi, dei trasporti e dell'energia.
[261] Così CLARICH, *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, V, p. 688.
[262] Sulle autorità amministrative indipendenti la letteratura è particolarmente estesa. Cfr., *ex multis*, CLARICH, *op. cit.*, p. 688 ss.; AA. VV., *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e*

Di qui, la necessità di un coordinamento con il codice del consumo, che prevede – come è ben noto – la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette[263] e, al contempo, prescrive la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in avanti anche solo A.G.C.M.)[264], quale *Authority* preposta all'attuazione della normativa generale medesima, in via (tendenzialmente) esclusiva[265].

Nel ricostruire i rapporti tra autorità di regolazione e A.G.C.M. occorre muovere dal presupposto che le *Authorities* settoriali svolgono una funzione ontologicamente diversa da quella propria dell'Antitrust.

Simili Autorità sono state, infatti, costituite, su input della normativa europea, nell'ambito di un piano di progressiva liberalizzazione di settori chiave dell'economia[266]. Esse si occupano prevalentemente di promuovere le condizioni di libero mercato nel singolo contesto economico di riferimento, tutelando, al contempo, il bacino di utenza. Più che applicare sanzioni, tali *Authorities* esercitano, quindi, prevalentemente, poteri normativi e di vigilanza *ex ante*.

Al contrario, l'A.G.C.M. svolge, in primo luogo, un'attività di tipo sanzionatorio *ex post*, in risposta alla violazione, da parte di singole imprese, della disciplina antitrust e/o della normativa generale sulle PCS.

Tuttavia, in dottrina, non manca chi rileva che il rapporto tra regolazione di settore e concorrenza abbia subito, a livello comunitario, un processo evolutivo culminato – o destinato a culminare – nel modello cd. della «ibridazione» o della «regolazione geneticamente modificata»[267] [268]. Secondo

---

l'economia, a cura di D'ALBERTI-PAJNO, Bologna, 2010; MERUSI-PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; TESAURO-D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; CASSESE-FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 549 ss.

[263] Su cui ci si è già diffusamente soffermati *supra* al cap. I.

[264] Il ruolo e le funzioni dell'Antitrust, oltre che nel presente cap., saranno approfonditi *infra* ai par. 1 ss. del cap. IV. In argomento, si rinvia sin da ora a: ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 209 ss.

[265] L'A.G.C.M. è chiamata ad attuare in via (solo) *tendenzialmente* esclusiva la disciplina generale sulle PCS, proprio in virtù delle precisazioni che saranno oggetto del presente capitolo.

[266] Questo è almeno quanto è avvenuto nel nostro Paese. Come rileva LORENZONI, *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. it. Antitrust*, 2015, I, p. 105, in altri Stati membri, le autorità di regolazione sono nate all'esito di politiche interne di privatizzazione di servizi di pubblica utilità. Si rinvia, sul punto, a THATCHER, *Reforming National Regulatory Institutions: the EU and Cross-National Variety in European Network Industries*, in HANCKÈ-RHODES-THATCHER (eds.), *Beyond varieties of capitalism: conflict, contradiction, and complementarities in the European economy*, Oxford-New York, 2007, p. 147 ss.

[267] V. LORENZONI, *op. cit.*, p. 105.

[268] Facendo riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, si esprime, in questi termini, DI PORTO, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 957 ss. Sui rapporti tra

tale ricostruzione, sarebbe tutt'ora in corso un progressivo avvicinamento tra discipline e relativi mezzi di *enforcement*, pur così distanti in partenza, al punto da poterne configurare l'interazione in termini di complementarietà. In una sempre maggiore comunanza di obiettivi, strumenti e procedure, le autorità di settore sarebbero, allora, chiamate ad esercitare le proprie competenze in modo integrato con il sistema antitrust, al fine di assicurare un'effettiva repressione, nei mercati regolati, delle attività vietate e preservare, nello stesso tempo, gli ulteriori interessi coinvolti. Appare, però, tutt'altro che agevole definire i termini in cui un simile rapporto di complementarietà possa concretizzarsi. E ciò vale certamente – per quel che qui interessa – con riferimento all'interazione tra discipline e *Authorities* nel contrastare le pratiche commerciali sleali.

Il tema del collegamento tra normative e autorità competenti al fine di garantire la repressione delle PCS nei settori regolati è, dunque, annoso e, allo stato, ancora fluido.

Nel tempo si sono contrapposti orientamenti legislativi, dottrinali e giurisprudenziali divergenti. Basti pensare che, nell'arco dell'ultimo decennio, si sono susseguiti: un parere del Consiglio di Stato nel 2008, una serie di pronunce dell'Adunanza Plenaria nel 2012, un primo intervento legislativo mirato nello stesso 2012, l'apertura da parte della Commissione UE nel 2013 di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia – tutt'ora in corso –, una seconda riforma legislativa datata 2014 e due pronunce «gemelle» dell'Adunanza plenaria nel 2016[269]. Infine, agli inizi del 2017, con due coppie di ordinanze parallele di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il Consiglio di Stato e il TAR del Lazio hanno portato la vicenda all'attenzione della Corte di giustizia CE. Quest'ultima, lo scorso settembre, è intervenuta sul tema con una pronuncia invero tutt'altro che risolutiva. Le aspettative di quanti attendevano dai giudici europei una sorta di «quadratura del cerchio» sono state, dunque, disattese.

Segnatamente, la questione sottoposta alla Corte di Giustizia può essere sintetizzata nei seguenti termini: la disciplina in tema di pratiche commerciali sleali – la cui attuazione, nel nostro ordinamento, è demandata all'A.G.C.M., *ex* art. 27 cod. cons. – consente ad una singola autorità di regolazione di applicare la normativa settoriale a tutela del consumatore? E in che modo può porsi il

---

regolazione e concorrenza si vedano, *ex multis*: AA. VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di CASSESE, Roma-Bari, IV ed., 2017; CARDONE-CRISAFI, *Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità antitrust. Commento alla sentenza del T.A.R. Lazio n. 3398 del 2014*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, II, p. 275; D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 79 ss.; ID., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, p. 705 ss.

[269] V. CAPPAI, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, III-IV, p. 879.

concorso tra le differenti discipline, laddove entrambe siano astrattamente suscettibili di applicazione alla stessa fattispecie[270]?

Si rende più che mai opportuno un *excursus* sugli antecedenti normativi e giurisprudenziali in materia, al fine di comprendere appieno le ragioni dei rinvii pregiudiziali e le insufficienze riscontrabili nella risposta data dai magistrati comunitari. Non prima, però, di aver analizzato le origini del problema.

La questione del riparto di competenze tra A.G.C.M. e singole *Authorities* settoriali a fini proconsumeristici discende, infatti, dalla conformazione stessa del diritto comunitario e dal modo in cui esso interagisce con il diritto interno[271].

Come si accennava in apertura del presente paragrafo, nei mercati regolati concorrono plurime fonti aventi ad oggetto il cd. *consumer welfare*. L'obiettivo della *protezione dei consumatori*, posto nei Trattati europei[272], viene perseguito, innanzitutto, attraverso discipline comunitarie con un ambito di applicazione trasversale. Tra queste ultime si colloca certamente la direttiva 2005/29/CE; ad essa si aggiungono altre fonti europee analoghe, anch'esse afferenti a tutti i settori economici, quali la direttiva sulle clausole vessatorie[273] e, in tempi più recenti, la n. 2011/81/CE, la cd. *consumer rights*[274].

Il legislatore comunitario ha, al contempo, affiancato a tali normative un'ampia gamma di direttive settoriali, che, con un differente grado di intensità, garantiscono, nei contesti economici regolati, la tutela (anche) dei consumatori[275]. Tra tali ultime fonti si annoverano le direttive sul mercato delle comunicazioni elettroniche[276], sulla fornitura di energia elettrica e gas[277], e, per

---

[270] V. MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, IV, p. 520.
[271] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 880.
[272] Si vedano, in particolare, gli artt. 12 e 169 TFUE, l'art. 6, comma 1, TUE e l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, già menzionati *supra* al par. 1 del cap. I.
[273] Si tratta della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, 5 aprile 1993, «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», attuata in Italia con la l. 6 febbraio 1996, n. 52 (art. 25), che ha introdotto gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* c.c. ed è poi confluita nel codice del consumo (art. 36).
[274] V. Direttiva 2011/83/UE del Parlamento UE e del Consiglio, 25 ottobre 2011, «sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio». A tale fonte comunitaria è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. n. 21 del 2014, su cui si tornerà *infra* al par. 5 del presente cap. II, avendo esso introdotto anche il controverso comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. relativo proprio al tema oggetto del presente capitolo.
[275] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 880.
[276] Si tratta del cd. pacchetto delle telecomunicazioni, costituito dalle direttive 2002/22/CE – quest'ultima modificata dalla n. 2009/136/CE –, 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/77/CE, tutte confluite nel d.lgs. n. 259 del 2003 (il cd. Codice delle comunicazioni elettroniche).
[277] Il cd. pacchetto energia è dato dalle direttive 2003/54/CE, 2003/55/CE e 2008/92/CE, nonché dalle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, in ultimo attuate con il d.lgs. n. 93/2011; esso è stato

taluni profili, le direttive sulla liberalizzazione del settore postale[278] e del trasporto ferroviario[279]. Il rispetto di simili normative da parte degli operatori economici di settore integra, talvolta, un requisito essenziale, al fine di poter esercitare l'attività d'impresa in modo conforme al regime di autorizzazione generale[280] [281].

In dottrina si è, dunque, opportunamente osservato che «il legislatore europeo, nell'introdurre una disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette ha espressamente prefigurato la co-abitazione tra la generale disciplina e le preesistenti discipline settoriali»[282], mettendo in conto anche – aggiungerei – la futura approvazione di ulteriori normative nei mercati regolati.

Il descritto quadro legislativo si pone poi in correlazione con il principio di indifferenza del diritto comunitario all'organizzazione interna degli Stati membri[283]. Principio, che trova conferma nella stessa direttiva sulle PCS, la quale demanda ai singoli ordinamenti nazionali la scelta dell'autorità a cui affidare i poteri di *enforcement* (art. 11)[284]. Quest'ultima può essere

---

integrato, infine, dalla direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita con il d.lgs. n. 102/2014, così come modificato e integrato dal d.lgs. n. 141/2016.

[278] Il riferimento è alla direttiva 97/67/CE, riformata dalla n. 2008/6/CE, quest'ultima attuata con il d.lgs. 58/2011.

[279] La liberalizzazione del mercato ferroviario è stata avviata con la direttiva 1991/440/CEE, a cui hanno fatto seguito: il cd. primo pacchetto ferroviario, dato dalle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE, recepite con il d.lgs. n. 188/2003. Tali direttive sono state tutte trasposte nella n. 2012/34/CE; il cd. secondo pacchetto ferroviario, costituito dalle direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE, 2004/51/CE, attuate con i d.lgs. nn. 162-163/2007; il cd. terzo pacchetto ferroviario, composto dalle direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE, recepite con la l. n. 99/2009 prima e con il d.lgs. n. 15/2010 poi; infine, il cd. quarto pacchetto ferroviario, dato dalle direttive 2016/797/UE, 2016/798/UE, 2016/2370/UE, ancora inattuate nel nostro Paese.

[280] V. LA PERGOLA, *Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette, Commento all'art. 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014*, in AA. VV., *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di GAMBINO-NAVA, Torino, 2014, p. 387.

[281] A titolo esemplificativo, nel settore delle comunicazioni elettroniche, a norma dell'art. 6 dir. 2002/20/CE e della disciplina di recepimento italiana, di cui all'art. 28 Codice delle comunicazioni elettroniche, le norme di settore a tutela dei consumatori prescrivono obblighi generali connessi all'autorizzazione, il cui rispetto è condizione per l'esercizio dell'attività.

[282] Così LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 387.

[283] V. Corte CE, 15 dicembre 1971, *International Fruit Company NV ed altri*, cause riunite C-51-54/71, in *Racc.*, 1971, p. 1107, ove si legge: «Qualora il trattato o i regolamenti attribuiscano poteri o impongano obblighi agli Stati membri ai fini dell'applicazione del diritto comunitario, la soluzione del problema relativo al modo in cui l'esercizio di detti poteri e l'adempimento di detti obblighi possano essere affidati dagli Stati a determinati organi interni *dipende unicamente dal sistema costituzionale dei singoli Stati*». Sul medesimo principio si vedano anche: Corte CE, 25 maggio 1982, *Commissione delle Comunità europee c. Paesi Bassi*, C-96/81, in *Racc.*, 1982, p. 1791 ss. e 1819 ss.; Corte CE, 13 dicembre 1991, *Commissione delle Comunità europee c. Italia*, C-33/90, in *Racc.*, p. I-5987.

[284] L'art. 11 dir., al comma 1, dispone che «(…) Spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all'articolo 10. Il ricorso a tali mezzi è indipendente dal fatto che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro». Su tale norma avrò modo di tornare *infra* al par.1 del cap. IV.

indifferentemente di natura giurisdizionale o amministrativa. È essenziale, però, che la scelta ricada su un soggetto di indiscutibile imparzialità, che sia in grado di assicurare l'esecuzione effettiva delle sue decisioni. Qualora si tratti di un'autorità amministrativa, essa dovrà inderogabilmente emettere pronunce motivate, impugnabili con ricorso giudiziale. Il corollario del principio di indifferenza è la mancanza di una disposizione europea in tema di competenza, al fine di dirimere gli eventuali conflitti di attribuzione fra le differenti autorità statuali nell'attività di tutela dei consumatori[285]. Il legislatore comunitario si disinteressa, di regola, di simili vicende di diritto interno.

L'Unione europea non può, tuttavia, ignorare quelle sovrapposizioni, che, per l'appunto, si vengono a creare nei mercati regolati, tra disciplina generale a carattere trasversale e sistemi normativi settoriali. Sovrapposizioni che, come si è tentato sin qui di dimostrare, appaiono fisiologiche[286] [287].

Tanto più visto che le discipline speciali, già presenti in quantità consistente a livello comunitario, sembrano destinate a crescere ulteriormente. Un simile *trend* si spiega in ragione dei profili tecnici coinvolti e della complessità di interventi normativi in contesti economici particolarmente delicati, che sono ontologicamente esposti – lo si diceva prima – a fallimenti di mercato. Simili discipline prescrivono, in capo ai professionisti, obblighi di comportamento puntuali e circostanziati. Esse, pertanto, integrano, limitatamente agli aspetti specifici ivi contemplati, lo standard della diligenza professionale esigibile in concreto dall'imprenditore nel singolo mercato di riferimento, *ex* art. 20, comma 2, cod. cons.

Si rende, dunque, ineludibile la risoluzione dei casi di concorso apparente[288] tra norme europee, che vengano in essere a fronte della suddetta sovrapposizione di discipline.

I giudici amministrativi italiani hanno ammesso, in un iniziale approccio interpretativo, la possibile complementarietà di interventi, conformemente a quel processo evolutivo della cd. «ibridazione» o «regolazione geneticamente

---

[285] Cfr. LORENZONI, *op. cit.*, p. 91.
[286] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 881.
[287] D'altra parte, la dottrina ha rilevato che «se occorre prendere atto, come sempre più spesso si ripete, che la società complessa non può essere governata che da un diritto complesso, occorre altresì prendere atto che la necessità di ricondurre a sistema le numerose discipline che si vanno stratificando non può avvenire attraverso la creazione di una nuova forma di unità che voglia utilizzare, secondo logiche tradizionali, i criteri classici di ricomposizione delle antinomie sempre crescenti. Invero la complessità determina un accrescimento della disciplina che, nello specificare, aggiunge al generale nuovi elementi illuminando gli aspetti della modernità: la specificazione non deroga per sottrazione, ma specifica per addizione» (ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 689).
[288] Come avrò modo di chiarire tra un momento nel testo, rileva, infatti, nella specie, il concetto penalistico di concorso apparente tra norme.

modificata», di cui si parlava poc'anzi[289]. Nelle decisioni più recenti, tuttavia, essi si sono appellati al principio di specialità, quale possibile criterio risolutivo dei conflitti fra discipline e *Authorities*[290]. Tale principio, nell'ambito delle PCS, è espresso dal *Considerando* n. 10[291] e dall'art. 3, comma 4, dir. Quest'ultimo prevede che «in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici».

Come ha chiarito, però, in un suo *report* la Commissione europea, la norma non preclude l'applicazione della disciplina generale, chiamata a colmare eventuali vuoti di tutela, disciplinando le condotte per gli aspetti non considerati dalla disciplina settoriale[292]. Il che rispecchia, ancora una volta, quella logica di complementarietà tra normative e strumenti di *enforcement*, che la giurisprudenza amministrativa sembrava nelle sue più recenti decisioni aver

---

[289] Nel settore delle comunicazioni elettroniche si vedano: TAR del Lazio, 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629, nonché TAR del Lazio, 7 luglio 2009, n. 6446. In tali pronunce, tutte riguardanti il caso *Fatturazione per chiamate satellitari*, il giudice amministrativo ha evidenziato come il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del consumo, venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale e, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione. Nel medesimo senso, si rinvia, inoltre, a TAR del Lazio, 15 giugno 2009, n. 5628, sul caso *SMS messaggi in segreteria*. Nel settore dell'energia elettrica e del gas, cfr., in senso analogo: TAR del Lazio, 8 settembre 2009, nn. 8399, caso *Enel Energia-Bolletta gas* e 8400, caso *Prezzi bloccati dell'elettricità*. Per una più ampia disamina della giurisprudenza amministrativa appena menzionata, si consulti la *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2010, reperibile sul sito *http://www.agcm.it/*.

[290] Su tale principio avrò modo di soffermarmi ampiamente anche nei par. seguenti (in particolare, *infra* al par. 2 del presente cap. II).

[291] Tale *Considerando* dispone che: «È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. La presente direttiva modifica pertanto la direttiva 84/450/CEE, la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore che vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. La presente direttiva completa pertanto l'*acquis* comunitario applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

[292] V. Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), Bruxelles, 14 marzo 2013, COM (2013) 139 *final*, p. 5.

escluso[293]. Una logica che è, peraltro, illustrata nello stesso *Considerando* n. 10 dir. e discende dalla *ratio* sottesa alla fonte comunitaria, quale «rete di sicurezza»[294] finalizzata proprio ad evitare lacune a danno dei consumatori[295].

All'art. 3, comma 4, dir. è stata data attuazione, nel nostro codice del consumo, con l'art. 19, comma 3, il quale recita: «In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Il riferimento al principio di specialità richiama i concetti espressi dalla dottrina e giurisprudenza penale in tema di concorso apparente di norme e concorso (formale e/o materiale) di reati[296]. Tuttavia, si è rilevato che simili

---

[293] Come è stato opportunamente messo in evidenza, «si passa quindi dalla specificità e specialità delle regole che hanno caratterizzato la frammentarietà della disciplina precedente alla generalità di una direttiva quadro che, pur dovendo trovare, in teoria, applicazione solo nei casi in cui la disciplina di settore non contenga norme specifiche, si pone come strumento determinante nella costruzione di un diritto uniforme» (così ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 9-10).

[294] Una simile definizione compare in plurimi documenti, adottati dalla Commissione UE: *in primis*, nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo «relativa all'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Raggiungere un livello elevato di tutela dei consumatori. Rafforzare la fiducia nel mercato interno», COM (2013) 138 *final*, Bruxelles, 14 marzo 2013. Ivi si legge: «La direttiva stabilisce un elevato livello di tutela dei consumatori in tutti i settori: funge da "rete di sicurezza" disciplinando situazioni non regolamentate da altre norme settoriali dell'Unione». Inoltre, tale espressione è riportata nella lettera di costituzione in mora, con cui – come si accennava poc'anzi – la Commissione ha dato avvio nell'ottobre 2013 a una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, su cui si tornerà diffusamente *infra* nel par. 5 del presente cap. II. Infine, la locuzione è utilizzata nella più recente Relazione, sempre della Commissione UE, dal titolo *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit., p. 15.

[295] V. LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 388.

[296] Simili categorie dogmatiche sono state elaborate per disciplinare le ipotesi in cui «con una sola azione od omissione ovvero con una pluralità di azioni od omissioni si integrano gli estremi di più figure di reato, ubicate in una qualsivoglia legge penale (codice penale e/o leggi speciali)». Può, infatti, accadere che il rapporto tra due (o più) norme penali applicabili in astratto «comporti l'attuazione di una soltanto di tali norme, escludendo l'applicazione delle altre, nel qual caso si parlerà di *concorso apparente di norme*. Può darsi invece che tutte quelle norme reclamino la loro applicazione, nel qual caso si avrà un *concorso di reati*: si tratterà di un concorso *formale* di reati, se i reati sono stati commessi con una sola azione od omissione; di concorso *materiale* di reati, se sono stati commessi con più azioni od omissioni» (così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., 2009, Milano, p. 423). Non è questa la sede per soffermarsi su argomenti che esulano dalla presente trattazione. Mi preme, tuttavia, menzionare, in relazione al principio di specialità nel diritto penale, gli artt. 15 c.p. e 9, l. 24 novembre 1981, n. 689, quest'ultimo con specifico riferimento agli illeciti amministrativi (su tali disposizioni si ritornerà *infra* nel par. seguente). Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 2168 lo ha definito come «un rapporto di continenza strutturale fra due norme, nel senso che le relative fattispecie possono inscriversi – come due cerchi aventi un raggio diseguale – l'una nell'altra; una di esse contiene in sé tutti gli elementi presenti nell'altra e, allo stesso tempo, presenta uno o più elementi specializzanti, per specificazione o per aggiunta; la fattispecie speciale ha un'area di applicazione logicamente minore rispetto a quella della fattispecie generale». Si rinvia, *ex multis*, in dottrina a: ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in

concetti vengono ad essere applicati in un ambito diverso da quello più strettamente penalistico, con la finalità – per l'appunto – di dirimere conflitti (reali o anche solo potenziali) di potere fra autorità amministrative indipendenti. Tali nozioni assumono così connotati del tutto peculiari rispetto a quelli definiti in relazione al rapporto tra norme sanzionatorie[297]. Il che complica ulteriormente il quadro e rende ancora più impervia la via ermeneutica da percorrere.

Inoltre, l'art. 19, comma 3, cod. cons. ha destato forti dubbi interpretativi, dal momento che l'organizzazione interna assegna – come si è detto – all'A.G.C.M. una competenza «trasversale» nel reprimere le pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, lo fa senza incidere sulle attribuzioni delle altre *Authorities*, le quali, poste a presidio dei mercati regolati, restano competenti ad applicare le discipline comunitarie settoriali[298].

Un simile assetto interno ha reso in una certa misura endemiche le «interferenze funzionali»[299] tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e autorità amministrative indipendenti, nelle ipotesi di pratiche commerciali scorrette poste in essere nei mercati regolati[300].

2. *Il parere del Consiglio di Stato su disciplina e competenza in materia di servizi finanziari: la controversa applicazione del principio di specialità.*

A pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 146/2007, che – come è noto – ha riscritto gli artt. 18 ss. cod. cons., in attuazione della direttiva sulle PCS, l'A.G.C.M. ha formulato una richiesta di parere al Consiglio di Stato. Il Garante aveva, infatti, già rilevato le difficoltà interpretative e applicative, descritte nel paragrafo precedente. La richiesta, nella specie, era finalizzata a chiarire quale autorità amministrativa dovesse reputarsi competente ad applicare la normativa sulle pratiche commerciali scorrette nel settore finanziario.

Giust. pen., 1942, II, p. 209 ss.; CONTI, *Voce Concorso apparente di norme*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1007 ss.; G. DE FRANCESCO, *Voce Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 416 ss.; MASERA, *Voce Concorso di norme e concorso di reati*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE, Milano, 2006, p. 1159 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014, p. 715 ss.

[297] V. LORENZONI, *op. cit.*, p. 108.

[298] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 882.

[299] L'espressione compare in DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in AA. VV., *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di RABITTI BEDOGNI-BARUCCI, t. I, Torino, 2010, p. 315, il quale opportunamente rileva che «per amministrare, le interferenze nell'esercizio delle funzioni, più brevemente le *interferenze funzionali*, costituiscono la conseguenza dell'incremento degli interessi, del policentrismo e della costante riduzione dell'ambito all'interno del quale esplica effetti il principio di gerarchia».

[300] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 883.

L'A.G.C.M., nella relazione di accompagnamento al quesito, osservava che al fine di dirimere il concorso apparente tra fattispecie sanzionatorie di illecito a danno dei consumatori, sarebbe stato possibile applicare il principio di specialità. Principio sancito, nel nostro ordinamento, dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981[301] e dall'art. 15 c.p.[302]. In forza di tali previsioni, l'Antitrust sosteneva che la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette non potesse trovare applicazione, laddove le medesime violazioni fossero già state oggetto di sanzione sulla base della normativa settoriale[303]. E richiamava, in tal senso, l'ulteriore principio del cd. *ne bis in idem* sostanziale, per il quale un soggetto non può essere punito più di una volta per lo stesso fatto[304].

L'Autorità ipotizzava, quindi, che un simile ragionamento valesse proprio nel caso del mercato finanziario, a fronte delle previsioni del Testo Unico della Finanza (d.lgs. n. 58/1998, cd. T.U.F.) e dei Regolamenti della

---

[301] Il comma 1 di tale disposizione prevede che «quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale».

[302] Ai sensi dell'art. 15 c.p., «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia**,** la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

[303] In particolare, si legge nel quesito posto dal Garante: «l'applicazione del principio di specialità porterebbe a propendere per la conclusione che non si possano irrogare, per la medesima condotta valutata sotto il medesimo profilo (la scorrettezza informativa e/o di condotta nella prestazione di servizi finanziari), due sanzioni aventi la medesima natura (pecuniaria), l'una comminata dall'organo con competenza speciale di settore (la Consob) e l'altra dall'organo con competenza generale (l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)».

[304] Un simile principio trova espresso riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, negli artt. 4, Prot. 7, CEDU e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Si rinvia, in proposito, a VERVAELE, Ne bis in idem*: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 32 ss. Il principio ha trovato applicazione nella pronuncia C. EDU, 4 marzo 2014, resa sui ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, per il caso *Grande Stevens c. Italia*. La Corte Edu, in particolare, ha rilevato il contrasto tra la CEDU e il sistema del doppio binario – amministrativo e penale – su cui ruota, nel nostro ordinamento, la repressione degli abusi di mercato. In argomento, cfr. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, III-IV, p. 226. Sul principio del *ne bis in idem* sostanziale si fonda, inoltre, il criterio dell'«assorbimento-consunzione», che verrà approfondito *infra* nel par. 6 del presente cap. II. Anticipo sin da ora che l'«assorbimento-consunzione» configura il «principale criterio non logico ma di valore, utilizzato per risolvere i casi di conflitto apparente di norme, non risolubili alla stregua del rapporto di specialità. (…) Esso è invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo reato, il quale perciò finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'apparire assorbito dal primo» (così FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 722). A fronte della compresenza di reati, il legislatore, nel definire il trattamento della fattispecie delittuosa più grave, fissa, dunque, una sanzione adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave che nell'esperienza vi si accompagna (BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 718 ss.). Il *ne bis in idem* sostanziale non va confuso con il *ne bis in idem* processuale, il quale, privo di rilievo costituzionale espresso, è sancito, a livello di legge ordinaria, dall'art. 649 c.p.p. Tale previsione vieta esplicitamente la promozione di più di un giudizio penale nei confronti dello stesso soggetto per un medesimo fatto.

Commissione nazionale per le società e la borsa (d'ora in avanti Consob)[305] in materia di intermediari ed emittenti[306], le quali previsioni sanzionano la scorrettezza informativa nei confronti del risparmiatore/consumatore[307].

Peraltro, nell'ipotesi dei servizi finanziari, la disciplina generale, data dal *Considerando* n. 9 della direttiva 2005/29, «non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori». In un simile settore, infatti – continua il medesimo *Considerando* –, «occorrono, tenuto conto della (…) complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati, inclusi gli obblighi positivi per i professionisti».

Se, dunque, la fonte comunitaria non prevede, in termini generali, un'armonizzazione minima delle norme, ma anzi contempla – come si è già detto[308]– un regime di piena armonizzazione delle discipline nazionali, i servizi finanziari fanno eccezione. In ragione della peculiarità e delicatezza del settore, il legislatore europeo non ha inteso qui limitare la facoltà degli Stati membri di mantenere o introdurre *ex novo* a carico degli imprenditori obblighi informativi e di condotta più stringenti rispetto a quanto richiesto nella direttiva. Una simile previsione è contenuta nell'art. 3, comma 9, dir. Inoltre, il *Considerando* n. 15 chiarisce che, nel settore finanziario, gli ordinamenti nazionali possono prescrivere «disposizioni maggiormente restrittive, conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori».

---

[305] La Consob è l'autorità amministrativa indipendente, istituita con la l. n. 216/1974, che controlla il mercato finanziario italiano. Come si legge sul sito web istituzionale (v. *http://www.consob.it/web/area-pubblica/consob*), i suoi compiti consistono nel: verificare trasparenza e correttezza dei comportamenti degli operatori per la salvaguardia della fiducia e la competitività del sistema, la tutela degli investitori e l'osservanza delle norme in materia finanziaria; vigilare per prevenire e, ove occorra, sanzionare eventuali comportamenti scorretti; esercitare i poteri attribuiti dalla legge, al fine di consentire ai risparmiatori di accedere alle informazioni necessarie per poter effettuare scelte di investimento consapevoli; infine, operare per garantire la massima efficienza delle contrattazioni, assicurando la qualità dei prezzi, oltre all'efficienza e la certezza delle modalità di esecuzione dei contratti conclusi sui mercati regolamentati.

[306] Si tratta di norme attuative del T.U.F., che la Consob ha emanato al fine di specificare gli obblighi di trasparenza e comportamento degli intermediari ed emittenti. I criteri generali di svolgimento dell'attività di intermediazione finanziaria sono prescritti dall'art. 21 T.U.F. I soggetti abilitati devono «a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza»; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività». Il nuovo regolamento intermediari Consob è stato adottato con delibera n. 20307 del 2018, mentre per gli emittenti il regolamento è ancora il n. 11971 del 1999, aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera n. 20250 del 2017.

[307] V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, V, p. 577.

[308] V. *supra* al par. 1 del cap. I.

Disposizioni «maggiormente restrittive» nel mercato finanziario sarebbero state, allora, secondo l'Antitrust, quelle norme del T.U.F. e dei Regolamenti emittenti e intermediari emanati dalla Consob, a cui si accennava poc'anzi. Tale disciplina, almeno in parte di derivazione comunitaria, avrebbe costituito «il *trait d'union* con le citate previsioni derogatorie della direttiva 2005/29/CE», la quale, sul punto, evidenzierebbe «una certa insistenza proprio sulla specificità dei servizi finanziari»[309].

La dottrina[310] ha osservato che l'intento dell'Antitrust, nel porre il quesito, fosse quello di sottrarsi alla quantità crescente di doglianze da parte dei risparmiatori, vittime dei dissesti finanziari di quel periodo[311].

Il parere formulato dal Consiglio di Stato[312], pur esprimendosi nel senso auspicato dal Garante, ne ha, tuttavia, disatteso l'impostazione.

---

[309] Così MELI, *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Dir., banca e merc. fin.*, 2012, III, p. 405.

[310] Cfr. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 577.

[311] Mi riferisco ai dissesti che sono conseguiti alla pesante crisi finanziaria del 2007-2009. Crisi che ha colpito l'Italia, come l'intera Europa, seppure con significative differenze tra i Paesi con livelli contenuti di debito pubblico, come la Germania e i Paesi cd. periferici, con forte debito pubblico, tra cui il nostro. Tale crisi ha avuto avvio negli U.S.A. nel 2006 con il caso dei cd. mutui *subprime*. A partire dal 2003, infatti, negli *States* venivano erogati in modo significativo mutui ad alto rischio, ossia a clienti che, in condizioni normali, non avrebbero ottenuto credito, perché non in grado di fornire sufficienti garanzie. Alla crescita dei mutui *subprime* hanno contribuito le dinamiche del mercato immobiliare statunitense e l'espansione delle operazioni di cartolarizzazione dei mutui da parte degli istituti di credito. Le banche avevano iniziato, infatti, ad optare per un approccio cd. *originate and distribute*: una volta erogati i mutui, li trasformavano in titoli e li trasferivano a terzi, le cd. società veicolo, così da rientrare in tempi rapidi nella disponibilità del denaro prestato. Le operazioni di cartolarizzazione generavano prodotti strutturati complessi, scambiati prevalentemente al di fuori dei mercati regolamentati. Pertanto, il giudizio delle agenzie di *rating* aveva assunto un peso essenziale per apprezzare il valore effettivo di simili prodotti. Senonché, i modelli di *rating* utilizzati si sono poi rivelati non idonei, perché poco sofisticati o basati su ricostruzioni troppo ottimistiche del quadro congiunturale. Ne è conseguito, nel 2004, lo scoppio della cd. bolla immobiliare negli Stati Uniti, con mutui sempre più costosi e casi sempre più frequenti di insolvenza da parte delle famiglie americane. La bolla immobiliare ha presto contagiato il settore bancario, che ha subito perdite pesantissime. Tra il 2007 e il 2008 le agenzie di *rating* hanno declassato del merito di credito i titoli cartolarizzati, facendoli così diventare privi di valore e non più liquidabili. A quel punto, le società veicolo si sono rivolte alle banche, le quali, però, non erano più in grado di restituire la liquidità garantita. Ne è derivata una crisi senza precedenti, culminata con il fallimento della celebre banca statunitense Lehman Brothers. Per effetto dell'esposizione diretta o indiretta delle banche europee al fenomeno dei mutui *subprime*, il contagio si è esteso, quindi, al vecchio continente. Numerosi istituti di credito europeo hanno sperimentato pesanti difficoltà e sono stati salvati da interventi pubblici. In Italia, le banche e i risparmiatori hanno accusato maggiormente la crisi nel 2011, quando i livelli particolarmente elevati di debito pubblico (la cd. crisi del debito sovrano) hanno reso necessari consistenti investimenti diretti degli istituti di credito in titoli pubblici domestici. Per una ricostruzione più ampia e dettagliata del fenomeno, si rinvia a *http://www.consob.it/web/investor-education/le-crisi-finanziarie*.

[312] Cons. St., 3 dicembre 2008, n. 3999. Su tale parere si rinvia, tra gli altri, a: ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Notarelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 916 ss.; PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Cons. dir. merc.*, 2009, II, p. 81 ss.; POLITO, *Consob e AGCM? Un breve parere al commento del Consiglio di Stato n. 3999/2008*, consultabile sul sito web *http://www.diritto.it/consob-o-agcm-un-breve-commento-al-parere-del-consiglio-di-stato-n-39992008/*; TOLA, *Pratiche commerciali*

I giudici di Palazzo Spada, dopo aver ritenuto che «l'interesse generale da curare risulti in concreto il medesimo per entrambi gli interventi», hanno individuato nella Consob il soggetto competente a garantire la tutela dei consumatori nel mercato finanziario. Per giungere ad una simile conclusione, però, essi hanno declinato il principio di specialità in termini divergenti rispetto a quanto affermato dall'Antitrust nella sua richiesta. Secondo il parere, «anche per evitare frammentarietà che ripeterebbero la questione a livello operativo, *il confronto* a questo proposito *è tra due ordinamenti di settore*, non tra due strumentazioni operative. (…) La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro integrale sovrapponibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento».

Il Consiglio di Stato respingeva, pertanto, il criterio di specialità «per fattispecie astratte» (o «per norme»), a cui l'A.G.C.M. aveva fatto evidente rinvio, in favore di un principio di specialità «per settori» (o «per materie» o «per ordinamenti»)[313]. In virtù di tale ultimo principio, condizione necessaria per escludere l'applicazione della disciplina generale, contenuta nel codice del consumo, è l'esistenza di una compiuta normativa settoriale[314].

In effetti, nel mercato finanziario, almeno per taluni peculiari servizi, è presente – si legge ancora nel parere – «un'articolata disciplina speciale, che individua in maniera molto puntuale e dettagliata gli obblighi informativi, di

---

scorrette e prodotti finanziari, in AA. VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di MELI-MARANO, cit., p. 114 ss.

[313] La dottrina ha rilevato come il principio di specialità possa essere riferito ai rapporti tra ordinamenti (generale e di settore), tra norme (generali e speciali) e tra autorità preposte ad applicare le norme. I tre livelli di analisi non vanno confusi. Infatti, «il problema di individuare la norma da applicare a una fattispecie concreta in base al principio di specialità va distinto, sul piano logico, da quello di determinare quale sia l'autorità competente a sanzionare i comportamenti che violano la norma individuata. Potrebbe essere, infatti, almeno in astratto, l'autorità con competenza generale a poter applicare la norma speciale, oppure anche l'autorità di settore a poter applicare la norma generale» (CLARICH, *op. cit.*, p. 698). Si aggiunga poi che, mentre nel principio della specialità «per norme» si pongono a confronto le fattispecie astratte delineate dalle singole disposizioni in concorso, nella specialità «per settori», invece, il termine di raffronto è dato dall'intero *corpus* delle norme di settore. Il principio di specialità è, dunque, riferibile anche a «plessi disciplinari», dal momento che «è possibile compiere una valutazione di specialità anche tra nuclei di norme quando quello eccentrico rispetto a quello che si assume di portata generale è retto da principi propri tali da individuare un microsistema» (così IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, III ed., 1989, p. 49-50 e 123 ss.).

[314] Così MELI, *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 406. Come opportunamente rilevano GIORDANO-NAPOLITANO, *La tutela del consumatore tra AGCM e AGCom: una partita chiusa?*, consultabile in *http://www.deiustitia.it*, p. 22, il Consiglio di Stato ha, infatti, intrapreso tale via ermeneutica, «attraverso il riconoscimento di quelle norme settoriali che danno vita ad una sorta di ordinamento autonomo governato dagli ampi poteri in capo alle Autorità amministrative indipendenti ed idoneo a tutelare pienamente ed effettivamente il consumatore».

trasparenza e di correttezza in capo agli operatori di settore (…), con attribuzione alla Consob non solo di poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori». Un simile aspetto – prosegue il parere – deve essere posto in relazione con il *Considerando* n. 10 dir. e con quanto rilevato dalla Commissione UE nella Relazione alla proposta di direttiva 2005/29/CE[315], con il risultato che la disciplina generale sulle PCS debba recedere a fronte di una normativa settoriale avente tali caratteristiche.

Il Consiglio di Stato ragionava, dunque, di *ne bis in idem* formale e non – come l'Autorità Garante nella sua richiesta – di *ne bis in idem* sostanziale. Quest'ultimo, a detta dei giudici amministrativi, «ha sì la medesima *ratio* dell'evitare una duplicazione dell'intervento autoritativo, (…) ma presuppone la legittimazione, per entrambe le norme, ad intervenire da parte di una medesima autorità». Il *ne bis in idem* formale pone, invece, la questione più radicale della stessa legittimazione ad intervenire, ossia della competenza tra due autorità. «Questione – conclude il parere – che per sua natura precede ogni dubbio sulla norma sanzionatoria sostanziale da applicare al singolo caso».

L'attuazione del principio di specialità, declinato in questi termini, si è rivelata, però, tutt'altro che agevole per i giudici chiamati a decidere sulle numerose azioni promosse dagli operatori in tutti i settori regolamentati, al fine di ottenere l'annullamento delle sanzioni irrogate dall'Antitrust per pratiche commerciali scorrette[316].

La giurisprudenza amministrativa in tema di applicabilità della disciplina sulle PCS ai mercati regolati, ha, infatti, poi sempre optato per la conservazione dei poteri dell'A.G.C.M., in applicazione del codice del consumo.

A soli due anni dal parere del 2008, il TAR del Lazio si è, ad esempio, espresso in senso diametralmente opposto al Consiglio di Stato, affermando la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e non della

---

[315] V. *Relazione* illustrativa della Commissione UE alla «Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», COM (2003) 356 def., cit., p. 12, punto 44, ove si legge: «La direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme specifiche che disciplinino le pratiche commerciali sleali. Le norme specifiche, laddove esistenti, prevarranno sulla direttiva quadro. Il mero riferimento nelle direttive settoriali a principi generali come l'"interesse generale" o il "commercio equo" non sarà però sufficiente a giustificare, in ambiti armonizzati dalla direttiva quadro, una deroga fondata sulla tutela degli interessi economici dei consumatori»; e il punto 45 aggiunge: «Laddove una direttiva settoriale disciplini soltanto determinati aspetti delle pratiche commerciali, ad esempio il contenuto delle informazioni da fornire, la direttiva quadro si applicherà in relazione ad altri elementi come, ad esempio, nel caso di presentazione ingannevole delle informazioni prescritte dalla legislazione di settore. La direttiva completa pertanto sia la normativa esistente sia quella futura, come la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite o la direttiva sul credito al consumo e la direttiva sul commercio elettronico».

[316] Attenta dottrina ha messo in evidenza che il richiamo alla specialità dell'intero settore rinvia alla teoria degli ordinamenti giuridici sezionali, nata proprio con riferimento all'attività creditizia, ma ormai superata, per il medesimo settore, a seguito delle trasformazioni indotte dal diritto europeo (CLARICH, *op. cit.*, p. 698 ss.).

Banca d'Italia, al fine di tutelare i consumatori nel comparto bancario[317]. La pronuncia si basava sull'assunto che la normativa settoriale[318] fosse, in tal caso, diretta a promuovere interessi giuridici diversi da quelli strettamente consumeristici[319]. Simile decisione è stata confermata in secondo grado dal Consiglio di Stato[320].

Tali pronunce relative al mercato bancario rappresentano, in ogni caso, una conferma esplicita del principio di specialità «per settori», al di là della diversa e non condivisibile lettura che ne è stata data successivamente[321]. Il principio è espressamente richiamato in entrambe le sentenze, pur non avendo infine trovato applicazione, a causa della ritenuta carenza, in quel giudizio, di un conflitto apparente da risolvere.

Resta fermo il fatto che la giurisprudenza successiva sul tema[322] abbia costantemente tradito grave imbarazzo nel conformarsi all'indicazione metodologica fornita in sede consultiva dal Consiglio di Stato[323].

3. *La soluzione proposta con le pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2012.*

Il parere del 2008, appena analizzato, lungi dal sedare il dibattito sui rapporti fra divieti generali di pratiche commerciali scorrette e regolazione

---

[317] V. TAR del Lazio, 19 maggio 2010, n. 12277 sul caso *Accord Italia-Carta Auchan*. I giudici amministrativi hanno ritenuto che la costituzione del rapporto creditizio non connotasse autonomamente la vicenda oggetto di giudizio. Il solo ordinamento interessato era – a loro dire – quello generale, dato dal codice del consumo, che tutela la capacità di autodeterminazione del consumatore; non invece l'ordinamento del credito e risparmio, di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario, d'ora in avanti semplicemente T.U.B.). Si affermava, pertanto, la sola competenza sanzionatoria dell'A.G.C.M.

[318] Segnatamente, gli artt. 122, 123, 124, 125 e 128 del T.U.B., nonché la circolare del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (cd. C.I.C.R.) del 4 marzo 2003.

[319] Tali interessi sarebbero consistiti – a detta dei giudici amministrativi – nella tutela di concorrenza, trasparenza, stabilità ed efficienza del credito e del risparmio. La *lex specialis* avrebbe, dunque, protetto il sistema creditizio complessivamente considerato, ma non il consumatore medio nel commercio della grande distruzione al dettaglio.

[320] Cons. St., 22 giugno 2011, n. 3763.

[321] Il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2012 – su cui ampiamente *infra* al par. 3 del presente cap. II –, ha, invece, affermato che nella decisione del 2011 si sarebbe applicato il principio di specialità «per norme». Dello stesso avviso è anche DELL'AVERSANA, *L'*actio finium regundorum *tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum di quad. cost.*, 26 giugno 2012, p. 7-8.

[322] Si vedano: TAR del Lazio, 21 marzo 2011, n. 2409, caso *Gruppo Intermidia Prestiti*; TAR del Lazio, 18 aprile 2011, n. 3363, caso *Italserfin-Omessa indicazione TAN e TAEG*; TAR del Lazio, 19 maggio 2010, n. 12281 (sentenza confermata in appello da Cons. St., 24 agosto 2011, n. 4800). In dottrina, con riferimento al settore creditizio, si rinvia a ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 207 ss.

[323] V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 578.

speciale di talune attività economiche, lo aveva anzi per certi versi animato[324]. Esso, infatti, aveva destato critiche[325] e molti interrogativi, sia sulla rilevanza del principio di specialità ivi affermato, sia sull'effettiva possibilità di estendere il ragionamento anche a settori regolati diversi da quello dei servizi finanziari; e, in caso di risposta affermativa, con quali esiti. La portata del parere reso dal Consiglio di Stato è apparsa forse troppo legata alle peculiarità della domanda e dell'offerta nei servizi di investimento[326].

Ad ogni modo, la magistratura amministrativa, negli anni susseguenti[327], ogni qual volta si è trovata a decidere su come coordinare i divieti in tema di PCS e le prescrizioni settoriali a tutela anche dei consumatori, ha escluso qualsivoglia contrasto tra disciplina generale e speciale, ritenendo non invocabile la clausola di specialità, *ex* art. 19, comma 3, cod. cons.[328].

In questa prima fase[329], il rapporto tra discipline e relative azioni amministrative è stato, piuttosto, declinato in termini di parallelismo e complementarietà[330], ammettendosi che un medesimo comportamento potesse integrare la violazione sia delle regole settoriali sia della normativa generale sulle PCS, e fosse, pertanto, valutabile dall'A.G.C.M. e anche dall'Autorità di settore, con l'irrogazione di due distinte sanzioni[331].

Tale approccio si fondava soprattutto su due considerazioni: *in primis*, lo standard di diligenza professionale preteso dall'imprenditore era definito come un complesso di norme comportamentali da desumere, oltre che dal quadro regolatorio settoriale, dall'«esperienza propria del settore di attività» e «dalla finalità stessa di tutela perseguita dal codice del consumo»[332]. *In secundis*, il termine «contrasto», di cui all'art. 19, comma 3, cod. cons., veniva inteso nel

---

[324] Così ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 217-218.

[325] Su una possibile disparità di trattamento tra operatori del settore dei servizi di investimento e operatori di altri mercati regolati, si rinvia a LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 892.

[326] È di questo avviso ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 218.

[327] Lo si è già anticipato in chiusura del par. precedente, a cui si rinvia.

[328] Come ha opportunamente rilevato la dottrina, i giudici rigettavano, infatti, costantemente «le difese basate sulla specialità e la prevalenza (intesa come sufficienza dell'osservanza) delle prescrizioni settoriali su una formalità (la trasparenza) nei confronti delle previsioni generali di sostanza (la correttezza)» (così, ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 218). In giurisprudenza si veda, tra le altre, TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 3696, caso *Portabilità dei mutui-Deutsche Bank*, ove si è precisato che la disciplina delle pratiche attiene ad aspetti che «non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono le disposizioni poste a tutela della trasparenza)».

[329] Si rinvia, in giurisprudenza, a: TAR del Lazio, 19 maggio 2010, n. 11321; TAR del Lazio, 8 settembre 2009, n. 8400, cit.; TAR del Lazio, 15 giugno 2009, n. 5628, cit.; TAR del Lazio, 15 giugno 2009, nn. 5625-5627-5629, cit.; TAR del Lazio, 8 settembre 2009, n. 8399, cit.

[330] Si tratta dell'approccio ermeneutico della possibile integrazione degli interventi, conformemente a quel processo evolutivo della cd. «ibridazione» o «regolazione geneticamente modificata», menzionato *supra* al par. 1 del presente capitolo II, a cui si rinvia.

[331] Cfr. PERUGINI, *I «nuovi» strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, VII, p. 50.

[332] Così si esprime TAR del Lazio, 18 gennaio 2010, n. 306 nel caso *AGOS*.

senso di *antinomia reale* tra la regola di condotta stabilita *ex ante* dalla disciplina di settore e quella richiesta *ex post* in base alle elaborazioni dell'A.G.C.M. sul canone di diligenza professionale individuabile nelle singole fattispecie concrete[333].

Un simile orientamento è radicalmente mutato, quando, in un procedimento riguardante pratiche commerciali scorrette nel settore creditizio[334] e facendo seguito a una serie di iniziative analoghe nel mercato delle comunicazioni elettroniche[335], la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha deciso di sottoporre all'Adunanza Plenaria la questione dell'*actio finium regundorum*[336] tra A.G.C.M. e Autorità di settore. L'obiettivo era chiaramente quello di ribaltare l'infelice parere reso nel 2008 dalla Prima Sezione[337].

Nell'ordinanza di rimessione, richiamando espressamente il concorso apparente tra norme di tipo sanzionatorio e l'art. 9, l. n. 689/1981, i giudici amministrativi hanno suggerito di superare il principio di specialità «per settori» a favore di «un'applicazione del criterio normativo della specialità (…) volta (…) a porre a raffronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quelle di settore»[338].

Alle plurime richieste della Sesta Sezione del Consiglio di Stato hanno, quindi, fatto seguito le pronunce dell'Adunanza Plenaria nn. 11-16 del 2012[339].

---

[333] V. PERUGINI, *op. cit.*, p. 50. Per approfondimenti sulla giurisprudenza amministrativa di questa prima fase, cfr. FIORENTINO, *Atti del convegno «Le ragioni della concorrenza. Venti anni di antitrust italiano*, Roma, 26 novembre 2010, in AA. VV., *Concorrenza e mercato. Antitrust*, regulation, consumer welfare, intellectual property, diretta da GHIDINI-MARCHETTI-CLARICH-DI PORTO, Milano, 2011, p. 865 ss.

[334] Cons. St., 13 dicembre 2011, n. 6522, ord. L'ordinanza è stata emessa nel giudizio originato dal procedimento sul caso *AGOS-Polizza assicurazione vita* (PS/2793), riguardante operazioni di finanziamento a cui era abbinata la stipulazione di una polizza assicurativa.

[335] Cons. St., 12 ottobre 2011, nn. 5522, 5523, 5526, ord.; 13 dicembre 2011, n. 6527; 20 dicembre 2011, n. 6727.

[336] Lo stesso Consiglio di Stato, nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria su cui mi soffermerò tra un istante, definisce espressamente il problema nei termini di «*actio finium regundorum*».

[337] V. MELI, *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 414.

[338] Si legge, inoltre, nella medesima ordinanza: «Salvo che non possa concludersi per la reale completezza ed esaustività della normativa di settore nell'individuare le fattispecie sanzionatorie e nel delineare le conseguenti misure inibitorie e repressive, la stessa è destinata (…) a trovare applicazione soltanto in caso di verificato contrasto con quella generale e sempre che rechi la disciplina di aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, regolando una fattispecie omogenea a quella individuata dalla norma generale ma da quella distinta per un elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della fattispecie stessa. Diversamente, deve trovare applicazione la disciplina generale, secondo la logica della complementarietà delle discipline».

[339] Tra i molti commenti, si vedano: CAPPAI, *op. cit.*, p. 885-886; CAPONIGRO, *L'*actio finium regundorum *tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti*, Relazione al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future*, Napoli, 22 marzo 2013; DE CRISTOFARO, *Ambito di applicazione*, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Padova, 2013, Art. 19, p. 141-143; NASTI, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'*actio finium regundorum *del*

La sentenza n. 14, relativa al comparto bancario, va, tuttavia, tenuta distinta dalle altre (le sentenze nn. 11, 12, 13, 15 e 16), le quali riguardavano – come si è poc'anzi anticipato – il mercato delle comunicazioni elettroniche. In simili pronunce, emesse nella medesima seduta, l'Adunanza Plenaria è giunta, infatti, ad un esito opposto rispetto alla prima (la n. 14, appunto).

Appare, pertanto, opportuno analizzare innanzitutto la pronuncia resa nel settore creditizio. In tale sede, veniva dichiarata l'inapplicabilità *ratione temporis* della disciplina sopravvenuta, introdotta dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Quest'ultimo, nel modificare l'art. 23 T.U.B., in attuazione della direttiva 2008/48/CE[340], aveva reso la normativa speciale del comparto bancario «più esaustiva»[341]. La Plenaria n. 14 del 2012 osservava che la disciplina settoriale applicabile nel caso di specie, in forza del principio *tempus regit actum*[342], non presentava, invece, carattere di esaustività e risultava, tra l'altro, finalizzata a tutelare interessi giuridici prevalentemente diversi dalla protezione dei

---

Consiglio di Stato, in *Corr. giur.*, 2012, XI, p. 1367 ss.; CANDIDO, *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, VI, p. 1175 ss.; FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 2013, VII, p. 29.

[340] La dicitura completa della fonte comunitaria è la seguente: «Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE».

[341] Si rilevi che, in una successiva sentenza, il TAR del Lazio, è giunto, sempre *ratione temporis* alle medesime conclusioni del Consiglio di Stato. In tale occasione, però, il giudice ha precisato che a seguito del recepimento della direttiva 2008/48/CE con il d.lgs. n. 141 del 2010, «sembra che non possa escludersi l'attribuzione di una competenza specifica della Banca d'Italia anche con riferimento alla tutela del consumo» (TAR del Lazio, 12 luglio 2012, n. 6325, caso *Consel*). La dottrina ha criticato una simile precisazione – riportata, peraltro, in un *obiter dictum* della pronuncia –, ritenendo «non mutato» il quadro normativo di riferimento, anche a seguito della riforma legislativa in materia bancaria. Si esprime, in questi termini, MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Ass.*, 2014, III, p. 529.

[342] Si tratta del principio di ordine generale per cui ogni atto va valutato secondo la norma vigente al momento del suo compimento (si veda, in tal senso, l'art. 11, comma 1 delle preleggi). Tale principio è privo di rango costituzionale, salvo che per le norme in materia penale, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. Pertanto, il legislatore potrebbe emanare disposizioni innovative o interpretative – di interpretazione autentica – con efficacia retroattiva, «purché quest'ultima trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti» (M. FINOCCHIARO, *Dell'applicazione della legge in generale*, in RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Disposizioni sulla legge in generale*, Milano, 2009, Art. 11, p. 90).

consumatori[343]. Non si sarebbe, quindi, verificata alcuna sovrapposizione tra i due sistemi normativi, i quali avrebbero agito su piani distinti e paralleli[344].

E, allora, «a differenza di altre ipotesi pure portate all'attenzione della Plenaria», i giudici amministrativi precisavano che nessun contrasto, neanche «virtuale» si era di fatto verificato fra Antitrust e Banca d'Italia, dal momento che la parte appellante era stata sottoposta ad un unico procedimento sanzionatorio da parte dell'A.G.C.M. e la Banca d'Italia non aveva mai rivendicato la propria competenza sulla vicenda.

Ciononostante, il Consiglio di Stato ribadiva come, in forza del principio di specialità, l'Autorità di settore godesse di una competenza esclusiva, ogni qual volta che, tra gli interessi pubblici perseguiti dalla disciplina speciale, figurasse anche la tutela dei consumatori e sempre purché un simile sistema normativo non presentasse lacune[345].

Nella stessa sentenza, l'Adunanza Plenaria delineava, quindi, in termini netti, l'alternativa tra specialità «per materie» o «per settori», di cui al parere del 2008[346], e specialità «tra norme», preferita dalla sezione rimettente, «da valutare caso per caso in rigorosa applicazione dell'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 considerato assieme all'art. 15 c.p. espressione di un principio immanente dell'ordinamento connesso al *ne bis in idem* sostanziale».

---

[343] Come si legge nella pronuncia, infatti, «il t.u.b. – quanto meno nella versione vigente all'epoca dei fatti per cui è causa – non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore. (…) Risulta, dunque, confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore».

[344] La pronuncia ha, peraltro, evocato l'orientamento di dottrina e giurisprudenza, per cui le locuzioni di «stessa materia», riportata all'art. 15 c.p. e, specularmente, «stesso fatto», *ex* art. 9, l. n. 689/1981, vadano interpretate nel senso di «identità del bene giuridico tutelato». Per una ricostruzione in senso critico di tale lettura, si rinvia a FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 718 ss. Una simile interpretazione trova seguito, invero, più in giurisprudenza che in dottrina (BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 717 ss.; SPIEZIA, *Il reato progressivo*, Udine, 1937, p. 576. In giurisprudenza si legga Cass., sez. un., 29 ottobre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1131). FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 721 optano, invece, per un concetto di «stessa materia» inteso come ricorrenza di una medesima situazione di fatto, sussumibile, almeno ad un primo impatto, sotto più norme.

[345] V. CANDIDO, *op. cit.*, p. 1180. Si rinvia, inoltre, a S. ROSSI, *La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, Relazione al Convegno organizzato dal C.N.E.L., Roma, 12 luglio 2012, *La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato*, consultabile su *http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/la_tutela_del_consumatore_di_servizi_bancari_e_finanziari_quadro_normativo_e_competenze_della_banca_ditalia.pdf*.

[346] «In virtù della specialità "per materie" o "per settori" – ricostruita nei termini del parere reso dalla Prima Sezione – la mera esistenza di una normativa di settore sarebbe *ex se* sufficiente a escludere l'applicabilità della generale disciplina del codice del consumo, indipendentemente da ogni approfondimento sull'essere o meno la specifica condotta imputata all'operatore sanzionata nell'ordinamento di settore».

Poste simili premesse, il Consiglio di Stato ha concluso per la competenza generale dell'A.G.C.M. nell'assicurare la protezione dei consumatori nel mercato bancario, senza approfondimenti ulteriori e senza entrare nel merito del quesito sottoposto dalla sezione rimettente[347].

In tali termini, la decisione appare pienamente in linea con i precedenti giurisprudenziali degli anni immediatamente successivi al parere del 2008, anch'essi relativi – come è noto – al settore creditizio[348]. Tuttavia, la dottrina ha opportunamente rilevato che le conclusioni sarebbero state totalmente diverse, qualora si fosse potuta applicare la disciplina del 2010. Ne sarebbe, infatti, senz'altro, derivata l'affermazione della competenza della Banca d'Italia. La stessa sentenza n. 14 del 2012 apriva, dunque, «la strada, per il futuro, alla soluzione opposta, considerate le significative innovazioni in materia di trasparenza e correttezza introdotte nel T.U.B. in attuazione della citata direttiva europea»[349].

Nella medesima seduta – come si è anticipato – l'Adunanza Plenaria ha altresì deciso quale soggetto tra Antitrust e AGCOM fosse competente a garantire la tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche[350].

---

[347] Tale conclusione è stata ritenuta condivisibile dalla dottrina. Si vedano, in tal senso, MEO, *op. cit.*, p. 530 e MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 576 ss. Quest'ultimo autore, in un altro suo scritto, ha affermato che, nella sentenza n. 14 del 2012, «l'opzione della specialità per materie o per settori, po[trebbe] considerarsi (ed è scelta assolutamente condivisibile) archiviata» (MELI, *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 417). A ben vedere, però, l'Adunanza Plenaria, nel caso di specie, non ha neppure applicato, in alternativa, il principio di specialità «tra norme». Essa si è limitata a dimostrare, *a contrario*, che «anche nella prospettiva – rifiutata dal Collegio remittente – della specialità "per settori" non potrebbe giammai pervenirsi, con riguardo al caso che occupa, a un giudizio di insussistenza della competenza di Antitrust, proprio per la ravvisata carenza nella normativa di settore di qualsivoglia riferimento alla tutela dei consumatori in quanto tali».

[348] Tali precedenti risalgono agli anni 2010-2011 e sono stati menzionati al termine del paragrafo precedente, a cui si rinvia.

[349] Così S. ROSSI, *op. cit.*, p. 10-11.

[350] Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16, cit., le quali hanno risolto le questioni rimesse con Cons. St., 12 ottobre 2011, nn. 5522, 5523, 5526, ord., cit.; 13 dicembre 2011, n. 6527, cit.; 20 dicembre 2011, n. 6727, cit. In simili giudizi, alcuni professionisti del settore avevano chiesto l'annullamento dei provvedimenti di accertamento e sanzione, da parte dell'Antitrust, di comportamenti illeciti. Tali comportamenti riguardavano: la restituzione del credito residuo sulle schede SIM dopo la disattivazione dell'utenza telefonica o nel caso del cambio di operatore; l'informativa in tema di esercizio del diritto di recesso, da rilasciare al consumatore nell'eventualità di contratti negoziati a distanza o fuori dei locali commerciali; l'informativa sulle attività di cd. *repricing*; la negoziazione dei contratti a distanza mediante il canale di *teleselling*. In argomento, si rinvia, tra i tanti, a: CAPPAI, *op. cit.*, p. 887 ss.; TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, X, p. 953 ss.; NASTI, *op. cit.*, p. 1367 ss.; FUSARO, *op. cit.*, p. 19 ss.; FERRETTI, *Telefonia mobile: è competente l'AGCOM o l'Antitrust?*, consultabile sul sito *http://www.altalex.com/documents/news/2012/07/02/telefonia-mobile-e-competente-l-agcom-o-l-antitrust*.

Muovendo dalle stesse premesse riportate nella sentenza n. 14, il Consiglio di Stato è giunto qui ad una conclusione diversa rispetto alla pronuncia già esaminata. Nelle Adunanze Plenarie nn. 11, 12, 13, 15 e 16, è stata, infatti, affermata la competenza dell'Autorità di settore.

Il ragionamento traeva origine da un'attenta ricostruzione del quadro normativo di riferimento e, dunque, dalla disamina sia della disciplina generale sulle PCS, sia della disciplina settoriale, data dal d.lgs. n. 259/2003 (d'ora in avanti anche Codice delle comunicazioni elettroniche).

Siffatto quadro normativo si prestava a due possibili interpretazioni. La prima, seguita dal giudice di primo grado nelle pronunce appellate, qualificava l'interazione tra le discipline in termini di complementarietà[351]. Secondo tale ricostruzione, l'AGCOM disporrebbe di poteri limitati e specifici a fini proconsumeristici, i quali sarebbero destinati a recedere dinanzi alle attribuzioni più generali dell'A.G.C.M. Disciplina generale e speciale avrebbero, inoltre, oggetti diversi, ragion per cui il rapporto tra le medesime non darebbe luogo ad alcuna antinomia.

La seconda interpretazione, di segno opposto, è stata, invece, preferita dalle Plenarie. Essa si fondava sul rilievo della coesistenza di due plessi normativi astrattamente riferibili a condotte analoghe[352]. Il che rendeva ineludibile una scelta a favore dell'una o dell'altra disciplina (e della relativa Autorità competente), in forza del principio di specialità, *ex* art. 19, comma 3, cod. cons.

Tanto il Codice delle comunicazioni elettroniche quanto le delibere attuative dell'AGCOM[353] – si legge nelle pronunce – fanno «espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore». Pertanto, «emerge[rebbe] *icto oculi* che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario (…)) [sia] quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente»[354].

Tale tesi ermeneutica si basava, inoltre, su un dato di fatto. La stessa condotta, realizzata dagli operatori di comunicazioni elettroniche, era stata, nella prassi, valutata da ciascuna *Authority*, con esiti completamente diversi:

---

[351] Con soluzione analoga ai precedenti del 2010-2011 nel comparto creditizio e all'Adunanza Plenaria n. 14 del 2012.
[352] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 888.
[353] Trattasi, nella specie, della delibera AGCOM n. 664/06/CONS.
[354] L'Adunanza Plenaria aggiungeva poi: «non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore».

condanna e sanzioni da parte dell'Autorità Garante, valutazione di non rilevanza da parte di AGCOM[355].

Simili considerazioni, fondate su una valutazione sia in astratto sia in concreto dei rapporti tra normative e Autorità, minavano l'idea stessa di complementarietà delle attribuzioni in materia di tutela dei consumatori. Idea che presuppone la diversità degli interessi tutelati e delle condotte ritenute illecite, proprio perché lesive di interessi meritevoli di protezione[356].

L'Adunanza Plenaria affermava, allora, il problema della coerenza di un sistema del genere con il principio del buon andamento amministrativo, di cui all'art. 97 Cost., «atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati». E di conseguenza affermava la necessità di individuare esattamente le sfere di attribuzione e la misura di competenza spettante a ciascuna Autorità.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, ritenuto applicabile la clausola di specialità, di cui all'art. 3, comma 4, dir. e all'art. 19, comma 3, cod. cons., quale «principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio», ricavabile dagli artt. 9, l. n. 689/1981 e 15 c.p. In forza di tale principio – continuano le sentenze –, non si possono, al contempo, applicare due differenti disposizioni legislative relative alla medesima fattispecie, laddove una delle due presenti tutti i requisiti dell'altra, aggiungendo un ulteriore elemento di specificità. Il rapporto tra tali previsioni normative veniva, allora, esemplificato con una metafora: «le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità».

Secondo i giudici amministrativi, quindi, la normativa generale sulle PCS poteva tutelare in via esclusiva i consumatori, solo nella misura in cui non vi fosse stata, a livello comunitario, alcuna legislazione di settore. Il termine «contrasto» doveva essere letto non come «vera e propria antinomia», ma come mera «diversità di disciplina». Di qui, la conclusione che il conflitto, in applicazione del principio di specialità «per settori», andasse risolto a favore della normativa vigente nel mercato delle comunicazioni elettroniche, con il radicamento della competenza in capo all'AGCOM[357]. Conclusione possibile,

---

[355] Cfr. TORCHIA, *op. cit.*, p. 954.

[356] Come ha osservato la dottrina, si corre, altrimenti, il rischio di violazioni del principio del *ne bis in idem*, anche a non voler entrare nel merito di eventuali conflitti, contraddizioni e duplicazioni nello svolgimento dei compiti di vigilanza (v. TORCHIA, *op. cit.*, p. 954).

[357] Un autore, non condividendo la declinazione del principio di specialità prevista dalle Plenarie, ha suggerito un'applicazione del medesimo «non dissimile da quella prevalsa negli ultimi anni nella giurisprudenza penale in sede di interpretazione dell'art. 15 c.p., volta cioè a porre a raffronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate dalla disciplina generale a tutela del consumatore e da quelle di settore, concludendo per l'applicazione di quest'ultima solo se la stessa possa dirsi speciale rispetto a quella contemplata dalla normativa generale» (R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti. Pratiche commerciali scorrette*

però, solo se il comportamento contestato all'imprenditore fosse risultato «interamente ed esaustivamente disciplinato» da norme di settore «almeno in larga parte» di derivazione comunitaria, con attribuzione all'*Authority* di poteri inibitori e sanzionatori adeguati. In mancanza – e sul punto le decisioni appaiono pienamente coerenti con l'Adunanza Plenaria n. 14 –, la disciplina generale prevista nel codice del consumo sarebbe tornata ad espandersi e applicarsi.

Le pronunce nn. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 sembrerebbero sin qui porsi in continuità con il parere del 2008, sviluppandone il medesimo *iter* logico-argomentativo[358].

Esse, tuttavia, se ne discostano sensibilmente, nella misura in cui aggiungono che la condizione di esaustività della normativa vigente nel mercato delle comunicazioni elettroniche possa reputarsi *soddisfatta a priori*[359]. «Il rischio di lacune o *deficit* di tutela» sarebbe, infatti, «scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore». Tali clausole già di per sé consentirebbero comunque di ritenere che non esistano «aree non coperte dalla disciplina regolatoria».

La Plenaria faceva, in tal senso, espresso riferimento all'art. 70, comma 6, Codice delle comunicazioni elettroniche, il quale, al tempo, prevedeva: «rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore»[360]. Si sarebbe trattato, ad avviso dell'Adunanza, «di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore». Rinvio posto a chiusura del sistema, il quale avrebbe escluso, per l'appunto, «a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa». L'AGCOM si sarebbe potuta giovare, quindi, di siffatto rinvio dinamico.

Tale lettura ha destato non poche critiche in dottrina. Si è, infatti, opportunamente osservato che la violazione delle regole a tutela dei consumatori dovesse trovare una disciplina sanzionatoria specifica nella normativa settoriale.

---

e rapporti tra Autorità, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, consultabile sul sito web *http://www.treccani.it/enciclopedia/autorita-indipendenti-pratiche-commerciali-scorrette-e-rapporti-tra-autorita_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/*). Lo stesso a. rinvia alla seguente giurisprudenza penale: Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2011, n. 1963; Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2011, n. 1235.

[358] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 888.

[359] Come rileva opportunamente CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1*-bis *dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. della reg. dei merc.*, 2014, I, p. 215 ss., se la posizione espressa dai giudici amministrativi in sede consultiva era stata nel senso di ritenere non applicabile il principio di specialità in presenza di lacune, la tesi emersa nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria escludeva, per contro, in radice l'esistenza stessa di lacune.

[360] Tale comma è stato, infatti, abrogato dall'art. 49, comma 1, lett. f) del d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

In difetto di quest'ultima, la competenza sarebbe dovuta spettare, invece, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[361].

Infine, il Consiglio di Stato, nelle sentenze in esame, ha totalmente escluso che, nel mercato delle comunicazioni elettroniche, lo standard generale della diligenza professionale, previsto dall'art. 20 cod. cons., potesse legittimare alcun intervento di tipo sussidiario da parte dell'A.G.C.M.[362].

4. *L'intervento del legislatore nazionale e la competenza dell'A.G.C.M. nel combattere le pratiche commerciali scorrette.*

All'indomani delle pronunce rese in Adunanza Plenaria, persisteva l'incertezza (e la competizione) tra le autorità amministrative indipendenti nei mercati regolati, in merito all'esercizio delle rispettive attribuzioni a tutela dei consumatori[363].

Basti pensare che l'A.G.C.M. continuava ad accertare e sanzionare pratiche commerciali scorrette in tutti i contesti economici regolamentati, incluso quello delle comunicazioni elettroniche[364]. L'AGCOM, dal canto suo, aveva pubblicato sul proprio sito web istituzionale un estratto delle sentenze del Consiglio di Stato, dichiarando che «la disciplina comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche configura[sse] un vero e proprio ordinamento settoriale con attribuzione in via esclusiva ad [essa] non solo dei poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori»[365].

La giurisprudenza amministrativa a valle delle Plenarie del 2012 aveva poi ripetutamente dichiarato l'incompetenza dell'Antitrust nel mercato delle

---

[361] È di tale opinione M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in *http://www.giustamm.it*, 2012.

[362] Le Adunanze Plenarie hanno in tal modo disatteso la tesi, sostenuta in una prima fase dalla magistratura amministrativa e dalla stessa Autorità Garante, per cui la competenza del Regolatore nell'individuare la normativa *ex ante* non avrebbe esaurito la disciplina di settore, consentendo interventi *ex post* da parte dell'A.G.C.M., secondo un modello caso per caso. Si rinvia a TAR del Lazio, 19 maggio, 2010, n. 11321, cit.; TAR del Lazio, 8 settembre 2009, n. 8400, cit.; TAR del Lazio, 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627, 5629, cit.

[363] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 890.

[364] V., tra gli altri, A.G.C.M., 20 marzo 2013, Provv. n. 24282 (PS/8355), caso *Tim-Promozione Carta Vacanze*; A.G.C.M., 15 maggio 2013, Provv. n. 24341 (PS/8287), caso *Postemobile-Piani Tariffari Zero Pensieri*; A.G.C.M., 19 giugno 2012, Provv. n. 23675 (PS/6948), caso *David2-Servizio in abbonamento sms*; A.G.C.M., 3 luglio 2013, Provv. n. 24436 (PS/6783), caso *Noatel-Servizi premium non richiesti via*.

[365] Il comunicato dell'Autorità, apparso sul sito internet *http://www.agcom.it*, è riportato nella nota 6 da MOSCA, *Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, in *Merc. conc. e reg.*, 2013, III, p. 33. Si legge ancora nel medesimo comunicato: «La presenza di un'articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCOM, esclude, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di A.G.C.M., della disciplina generale relative alle pratiche commerciali scorrette di cui al codice del consumo».

comunicazioni elettroniche, riformando plurimi provvedimenti sanzionatori adottati nel frattempo dall'Autorità Garante[366]. Inoltre, il principio di diritto statuito dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 del d.lgs. n. 104 del 2010 (cd. Codice del processo amministrativo, d'ora in avanti semplicemente c.p.a.)[367], era stato esteso dal TAR del Lazio anche ad altri settori, quali quello agroalimentare e assicurativo, al fine di escludere i poteri di intervento dell'A.G.C.M.[368].

Dato il perdurante difetto di raccordo tra le *Authorities*, il legislatore nazionale ha, pertanto, ritenuto opportuno intervenire direttamente sulla questione con una norma primaria, che, nelle sue intenzioni, avrebbe dovuto risolvere dubbi e ambiguità ermeneutiche[369]. Tale intervento, invero confuso e poco organico, si è rivelato, però, tutt'altro che risolutore.

L'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, introdotto in sede di conversione dalla l. 7 agosto 2012, n. 135[370], ha stabilito: «l'importo massimo delle sanzioni di cui all'art. 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentata a 5.000.000 di euro».

---

[366] Si vedano, *ex multis*: TAR del Lazio, 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754; TAR del Lazio, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275; TAR del Lazio, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464; TAR del Lazio, 9 aprile 2014, n. 3857; TAR del Lazio, 30 luglio 2014, n. 8400, cit. Per un commento di tale giurisprudenza, v. *Pratiche commerciali e comunicazioni: le* authorities *collaborano?*, in *IlSole24ore*, 8 ottobre 2013, consultabile sul sito *http://www.diritto24.ilsole24ore.com/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2013/10/pratiche-commerciali-scorrette-e-comunicazioni-elettroniche-verso-una-maggiore-collaborazione-tra-le-authorities-.php?uuid=ABn3hjC&refresh_ce=1*.

[367] Per approfondimenti sulla funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria si rinvia a CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *Federalismi.it*, 2017, II; BARLETTA, *La funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, consultabile sul sito *http://www.diritto.it*, 2012; AULETTA, *Funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria e diritto comunitario*, consultabile su *http://www.neldiritto.it*, 2015.

[368] V. TAR del Lazio, 25 giugno 2012, n. 6962, che ha ritenuto competente il Ministero della Salute nella regolamentazione e vigilanza delle modalità di commercializzazione degli integratori alimentari. Precedentemente, invece, TAR del Lazio, 5 maggio 2009, n. 4990 aveva definito le interazioni tra Ministero della Salute e A.G.C.M. in termini di complementarietà. Nel settore assicurativo, cfr. TAR del Lazio, 17 gennaio 2013, n. 535, che ha riconosciuto la competenza dell'IVASS.

[369] Cfr. MOSCA, *Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, cit., p. 2.

[370] Tale legge recava «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario». Si tratta della riforma meglio nota come *spending review*.

Tale previsione, nell'elevare i limiti edittali della sanzione amministrativa per la commissione di illeciti consumeristici, ha incidentalmente legiferato sull'annosa questione del rapporto tra normative e Autorità nei settori regolati, al fine di garantire adeguata protezione ai consumatori.

Secondo la dottrina maggioritaria, una simile disposizione avrebbe recepito, almeno parzialmente, e seppure con un ordine espositivo ribaltato, il riparto di competenze sancito nelle Adunanze Plenarie del 2012[371]. Si sarebbero, infatti, affermati in via principale, i poteri sanzionatori dell'A.G.C.M. Solo in via subordinata, al ricorrere di specifiche condizioni, sarebbero prevalse, invece, le attribuzioni dell'Autorità settoriale di volta in volta chiamata in causa.

Vi è chi, tuttavia, ha più opportunamente rilevato come l'intervento normativo non si fosse limitato a dare attuazione al principio di diritto statuito dal Consiglio di Stato, ma vi avesse apportato alcuni correttivi rilevanti. Se le decisioni del 2012 avevano fatto genericamente rinvio a «norme settoriali in gran parte di diretta derivazione comunitaria», la nuova previsione legislativa richiedeva, per contro, esplicitamente la copertura sovranazionale della disciplina vigente nei mercati regolati, al fine di ammetterne la prevalenza sulla normativa generale in tema di pratiche commerciali sleali[372].

Altri in dottrina hanno poi messo in evidenza un ulteriore presupposto richiesto dal nuovo art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*: le disposizioni settoriali dovevano attenere ai soli aspetti puntualmente regolati. Una simile precisazione, di impatto tutt'altro che secondario, era volta ad impedire che clausole generali di rinvio alle previsioni in tema di PCS, contenute nella disciplina speciale, risultassero di per sé sufficienti ad escludere l'esistenza di lacune nel *corpus* normativo settoriale[373]. Le Plenarie, invece, erano giunte – come è noto – all'opposta conclusione per cui, in forza del mero rinvio al codice del consumo, previsto nell'art. 70, comma 6 del Codice di settore, l'ordinamento delle

---

[371] V., in tal senso, MOSCA, *op. ult. cit.*, p. 2; MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, cit., p. 576; CAPONIGRO, *L'*actio finium regundorum *tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti*, cit., p. 16; NASTI, *op. cit.*, p. 1375; C.E. GALLO, *La competenza sanzionatoria nei rapporti tra Agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, V, p. 1207. *Contra*, LORENZONI, *op. cit.*, p. 84-85 e 121-122, la quale ritiene che il cd. decreto *spending review* avesse costituito un primo tentativo di individuare i confini del principio di specialità in materia di pratiche commerciali scorrette in senso conforme al dettato europeo. In una posizione intermedia si colloca TORCHIA, *op. cit.*, p. 957, nota 8, la quale afferma: «resta da vedere se con questa norma si limita la portata dell'orientamento affermato dall'Adunanza Plenaria o si "legifica", almeno in parte, la ripartizione di competenza».

[372] V. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *http://www.giustamm.it*, 2015, II, p. 8-9.

[373] V. CANDIDO, *op. cit.*, p. 1182, a detta del quale l'espressione «limitatamente agli aspetti regolati» starebbe a significare, per esempio, che tutte le modalità di comunicazione al pubblico delle varie offerte commerciali, tradizionalmente reputate aspetti non regolati, sarebbero state nuovamente demandate all'A.G.C.M.

comunicazioni elettroniche potesse reputarsi completo ed esaustivo. Conclusione che – come si è detto poc'anzi – aveva destato dubbi e perplessità negli interpreti.

Un ulteriore elemento di novità, rilevato da alcuni autori, sarebbe consistito nell'estensione del principio di specialità a tutte le amministrazioni e non necessariamente alle sole qualificabili come autorità amministrative indipendenti. Si richiedeva, però, che tali amministrazioni, intese in un'accezione lata, operassero in settori, in cui vigeva una regolamentazione di derivazione comunitaria con finalità di tutela dei consumatori e fossero altresì munite di penetranti poteri inibitori e sanzionatori[374].

Il primo intervento legislativo sulla materia ha, allora, costituito una correzione più che una conferma rispetto a quanto delineato dal Consiglio di Stato. Quest'ultimo aveva escluso quel che la disposizione prevedeva, ossia una definizione «elastica» della competenza dell'A.G.C.M. Le attribuzioni dell'Antitrust – riprendendo l'espressione utilizzata dalle stesse Plenarie – si sarebbero ampliate o ristrette «a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore»[375].

Vi è chi ha sostenuto che una simile correzione potesse costituire il giusto contemperamento tra le esigenze di certezza degli operatori economici, nonché quelle di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, da un lato e la tutela dei consumatori, dall'altro. Interesse quest'ultimo che sarebbe stato sacrificato, se – come pure aveva ipotizzato il Consiglio di Stato – non si fosse ammesso alcun intervento suppletivo dell'A.G.C.M. nei settori regolati[376].

Ad ogni modo, a mio avviso, per fornire una risposta realmente adeguata al problema dei conflitti di competenza tra Antitrust e Autorità di regolazione, il legislatore del 2012 avrebbe dovuto formulare la nuova norma in termini più lineari e meno criptici.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, attenta dottrina ha parlato di «relazione di equivalenza imperfetta» tra l'interpretazione giudiziale e il successivo intervento del legislatore nel 2012[377].

---

[374] Si esprime così PETTI, *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Riflessioni sul decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Federalismi.it*, 2015, XIX, p. 12-13; NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Quad. dir. merc. tecn.*, 2014, I, p. 53.
[375] Così CARFI, *op. cit.*, p. 209.
[376] V. CARFI, *op. cit.*, p. 210.
[377] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 893.

Ciononostante, la giurisprudenza amministrativa ha mostrato di intendere, talvolta esplicitamente, talaltra per fatti concludenti[378], che la legge n. 135 del 2012, aggiungendo l'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, avesse riportato pedissequamente il principio di diritto elaborato dalle Adunanze Plenarie.

La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, prendendo atto dell'orientamento dominante nella prassi giurisprudenziale, nel luglio 2013, dichiarava pubblicamente, con un provvedimento poi inserito nel proprio Bollettino ufficiale, di «non procedere ad avvii istruttori in casi che ricad[essero] nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sulla base dei principi contenuti» nelle sentenze del Consiglio di Stato[379]. L'*Authority* stessa, dunque, quantomeno nel settore su cui si erano direttamente pronunciate le Plenarie, declinava espressamente la propria competenza[380].

Prima di esaminare gli ulteriori sviluppi normativi, dottrinali e giurisprudenziali sul tema in esame, mi siano consentite alcune osservazioni. Anche a voler prescindere dall'intervento legislativo del 2012, invero ben poco chiarificatore, come si è appena detto, l'art. 19, comma 3, cod. cons., quale disposizione di recepimento dell'art. 3, comma 4, dir., mi sembra già di per sé sufficiente a prospettare una soluzione in merito alla questione dei rapporti tra normative e Autorità.

La norma, infatti, afferma con chiarezza la prevalenza delle discipline settoriali speciali contenute in altre fonti comunitarie, nel caso di contrasto tra tali norme e quelle generali dettate nell'ambito delle pratiche commerciali sleali. Sul termine «contrasto» avrò modo di tornare più avanti[381], ma anticipo sin da ora che, nella mia opinione, esso implica la patente antinomia tra previsioni legislative. L'art. 19 cod. cons. parla di «disposizioni (…) che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette». Dal dato testuale della norma si evince che se la *lex specialis* non presenta contenuti specifici sulla materia in esame, o detta prescrizioni di carattere talmente generico da mancare

---

[378] Ad es., in TAR del Lazio, 22 luglio 2013, n. 7442, cit., si legge «(…) a una siffatta conclusione non osta la recente disposizione, di cui all'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* del d.l. n. 95/12 (convertito dalla legge n. 135/12) (…)».

[379] V. Bollettino A.G.C.M., 30 settembre 2013, Provv. n. 24467, recante «Adeguamento a giurisprudenza TAR su competenza Agcom». Cfr., in argomento, MOSCA, *Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, cit., p. 28.

[380] Il Garante, richiamando alcune sentenze del TAR del Lazio, emesse solo alcuni giorni prima (TAR del Lazio, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275, cit.; TAR del Lazio, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464, cit.), si impegnava, inoltre: a trasmettere ad AGCOM gli atti dei fascicoli archiviati e in corso, relativi a pratiche che, sulla base dell'attuale giurisprudenza, ricadono nella competenza dell'AGCOM; a trasmettere all'AGCOM copia delle richieste di intervento, pervenute dal 1° marzo 2013, da ricondurre alla competenza dell'AGCOM stessa sulla base della citata giurisprudenza; dare adeguata informazione a segnalanti, imprese ed associazioni dei consumatori di quanto sopra.

[381] V. *infra* al par. 7 del presente cap. II.

di effettività e, quindi, non idonee a garantire una reale tutela del consumatore nel singolo mercato regolato, dovrà applicarsi la disciplina generale. In caso contrario, invece, le disposizioni settoriali specifiche prevarranno e la *lex generalis* avrà portata meramente residuale. Una simile conclusione è coerente con entrambe le soluzioni adottate dalle Adunanze Plenarie del 2012 e analizzate nel paragrafo precedente[382]: sia la n. 14, relativa al comparto bancario, ove, in assenza di previsioni specificamente intese a perseguire la protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali vietate nel mercato in questione, il Consiglio di Stato ha dato prevalenza alla disciplina generale, con conseguente attribuzione di poteri all'A.G.C.M.; sia le nn. 11, 12, 13, 15 e 16, in materia di comunicazioni elettroniche, in cui i giudici amministrativi, nel rilevare l'esistenza di «due plessi normativi riferiti a condotte analoghe», hanno disposto l'applicazione della *lex specialis* e la competenza dell'Autorità di settore, l'AGCOM. In quest'ultimo caso, infatti, ben poteva operare la clausola di specialità, prevista dall'art. 19, comma 3, cod. cons.

5. *La procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e la modifica dell'art. 27 cod. cons.*

Trascorsi appena due mesi dall'entrata in vigore dell'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, ampiamente esaminato nel paragrafo precedente, la Commissione UE ha deciso di intentare una procedura di infrazione, tuttora aperta[383], contro l'Italia, a norma degli artt. 258 ss. TFUE[384].

La Commissione era giunta, infatti, alla conclusione che l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali nel nostro Paese non fosse conforme al diritto dell'Unione. In particolare, come si legge nella lettera di messa in mora, «nel corso del 2012 alcuni sviluppi giurisprudenziali e legislativi occorsi in Italia hanno creato seri problemi di attuazione della direttiva a livello nazionale».

L'istituzione comunitaria paventava il rischio che il criterio di specialità «per settori» o «per materie», nei termini in cui si era consolidato nel contesto

[382] Si rinvia, pertanto, *supra* al par. 3 del presente cap. II.
[383] Lo si può accertare consultando la pagina web *http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=true&active_only=0&noncom=0&r_dossier=20132169&decision_date_from=&decision_date_to=&title=&submit=Search* (u. v. 10 febbraio 2019).
[384] V. Procedura di infrazione n. 2013/2169, aperta con lettera di messa in mora, Bruxelles, 17 ottobre 2013, C (2013) 6682 *final*. I servizi della Commissione avevano in precedenza scritto alle autorità italiane (A.G.C.M. e AGCOM), in data 11 novembre 2012 (EU Pilot 4261/12/JUST), ricevendo risposta rispettivamente il 17 gennaio 2013 e l'11 aprile 2013.

delle comunicazioni elettroniche, potesse cagionare vuoti di tutela a danno dei consumatori-utenti[385].

La fonte comunitaria del 2005 – continua la lettera – ha carattere di piena armonizzazione[386], ragion per cui «gli Stati membri non possono né mantenere disposizioni che offrono un livello di tutela dei consumatori più basso, né conservare disposizioni più restrittive o prescrittive negli ambiti armonizzati della direttiva».

La deroga alla disciplina generale, in quanto eccezionale, può, allora, trovare applicazione per i soli «aspetti specifici» di una pratica commerciale, presi in considerazione da singole previsioni settoriali, aventi lo *status* di legislazione comunitaria, le quali contengano precetti incompatibili con le disposizioni generali della direttiva 2005/29/CE[387]. Quest'ultima, infatti, «opera come una rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali comune a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali».

Ebbene, secondo i commissari di Bruxelles, i giudici amministrativi italiani, assegnando alle clausole generali di rinvio al codice del consumo presenti nella disciplina di settore, il ruolo di chiusura del sistema, avrebbero di fatto impedito alla direttiva di fungere da «rete di sicurezza». Tanto più, in considerazione del fatto che una simile interpretazione portasse ad escludere a priori l'esistenza stessa di lacune nella normativa applicabile al mercato delle comunicazioni elettroniche.

In merito alla nuova disposizione legislativa, in vigore nel nostro Paese dal 2012, la Commissione rilevava che essa avrebbe confermato «ampiamente» le Adunanze Plenarie, escludendo l'applicazione della disciplina generale per il mero fatto che in un dato settore esistesse una normativa *ad hoc*. La Commissione aderiva, dunque, alla tesi – sostenuta (pacificamente) dalla prassi e dottrina maggioritaria, ma che si è tentato di confutare nel paragrafo precedente

---

[385] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 894.

[386] In proposito, la Commissione richiama la giurisprudenza della Corte CE, in particolare, la sentenza del 23 aprile 2009, *VTB-VAB NV contro Total Belgium NV* e *Galatea BVBA contro Sanoma Magazines Belgium NV*, cause riunite C-261/07 e C-299/07, in *Racc.*, 2009, p. I-2949, punto 51; e la pronuncia del 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Ev contro Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, C-304/08, in *European Court Reports*, 2010, p. I-00217, punto 50. Secondo tale giurisprudenza – cita testualmente la Commissione – «la direttiva procede (…) a un'armonizzazione completa [delle norme sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori] a livello comunitario. Pertanto, come previsto espressamente dal suo art. 4 e contrariamente a quanto sostengono VTB e il governo francese, gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva, anche al fine di garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori».

[387] V. ANNA GENOVESE, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *I contratti bancari*, a cura di CAPOBIANCO, Torino, 2016, p. 403.

–, secondo la quale l'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* avrebbe semplicemente «legificato» i principi di diritto enunciati dal Consiglio di Stato.

In una Comunicazione dello stesso 2013[388], peraltro, i commissari avevano già avuto occasione di affermare con forza l'esigenza di assicurare l'effettiva attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Nella relativa Relazione di accompagnamento[389] si era aggiunto che la previsione di specifiche norme di rango europeo in un certo settore non escludesse l'applicazione della fonte comunitaria. La direttiva, infatti, anche nei mercati regolamentati e per tutti gli aspetti non disciplinati dalle *leges speciales*, doveva completare le norme di settore e colmare gli eventuali vuoti di tutela, al fine di proteggere i consumatori contro le pratiche commerciali vietate.

In sede di recepimento della direttiva 2011/83/CE, la cd. *consumer rights*[390], il legislatore nazionale, con l'intento di «superare la procedura di infrazione (…) relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati»[391], ha voluto, allora, «correggere il tiro», inserendo nel d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 una disposizione *ad hoc* sulla competenza interna in tema di PCS[392]. Si tratta dell'art. 1, comma 6, lett. a), il quale ha aggiunto al comma 1 dell'art. 27 cod. cons.[393], il nuovo comma 1 *bis*[394].

Tale ultima disposizione prevede che «anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità

---

[388] V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo «relativa all'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Raggiungere un livello elevato di tutela dei consumatori. Rafforzare la fiducia nel mercato interno», COM (2013) 138 *final*, cit., in part. p. 29.

[389] V. Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo «Prima relazione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio ("direttiva sulle pratiche commerciali sleali")», COM (2013) 139 *final*, Bruxelles, 14 marzo 2013.

[390] V. Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 «sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio», cit.

[391] Così si legge nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo sottoposto dal Governo alle Camere in data 3 dicembre 2013.

[392] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 895.

[393] Tale comma individua nell'A.G.C.M. l'autorità competente alla tutela amministrativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Sull'art. 27 cod. cons. avrò modo di tornare *infra* ai par. 1 ss. del cap. IV.

[394] Per un esaustivo commento della novella legislativa si rinvia a LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 386 ss.; si veda, inoltre, RASPANTI, *Il nuovo assetto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette:* «Reddite quae sunt auctoritatis auctoritati», in *Conc. merc.*, 2015, I, p. 155 ss.

garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza dell'Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedimentali della reciproca collaborazione nel quadro delle rispettive competenze».

Contestualmente, la novella legislativa (art. 1, comma 7, d.lgs. n. 21/2014), modificando in misura rilevante il precedente assetto, ha abrogato il controverso art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, aggiunto – come è noto – in sede di conversione, al d.l. n. 95/2012.

La soluzione introdotta con la nuova previsione normativa è risultata, dunque, diametralmente opposta rispetto a quella individuata in via giurisprudenziale prima e recepita poi, seppure con alcuni (importanti) correttivi[395], a livello legislativo. Diversamente dal passato, infatti, il comma 1 *bis* ha individuato un criterio generale di riparto delle attribuzioni fra autorità amministrative indipendenti, a fronte di condotte idonee in astratto a violare sia la disciplina generale sulle PCS, sia le norme settoriali (condotte cd. plurioffensive). La nuova previsione ha configurato come alternativi gli interventi delle due *Authorities*, accordando prevalenza all'esercizio dei poteri da parte dell'A.G.C.M., con l'evidente finalità di garantire che uno stesso comportamento, pur integrando una doppia violazione, non implichi la condanna del professionista ad una doppia sanzione[396].

5.1. *Segue: il contrasto ermeneutico sulla portata della nuova previsione normativa.*

La novella legislativa appena descritta è stata interpretata dalla dottrina maggioritaria[397] nei termini di un'affermazione generalizzata della competenza

[395] Per un'ampia disamina dei correttivi introdotti dal legislatore del 2012, si veda *supra* al par. 4 del presente cap. II.

[396] V. PERUGINI, *op. cit.*, p. 51; EAD., *Il* public enforcement *e la tutela del consumatore dopo il recepimento della direttiva 2011/83/CE*, in AA. VV., *La direttiva* consumer rights. *Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, a cura di GIUSTOLISI, Roma, 2017, p. 224. L'a. lo ha definito «uno schema di tutela parametrata sul modello di una rimedialità sì a doppio binario ma *alternativa* che nel caso di condotta pluri-offensiva accorda *prevalenza* all'accertamento in materia di p.c.s.».

[397] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 896; PERUGINI, *I «nuovi» strumenti di intervento dell'AGCM*, cit., p. 51; LORENZONI, *op. cit.*, p. 123; FRANZA, *Profili di vigilanza nelle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra intermediari e cliente*, in *http://www.giustamm.it*, 2016, III.

esclusiva dell'A.G.C.M., al fine di contrastare le pratiche commerciali vietate anche nei settori ove viga una disciplina speciale[398].

Seguendo una simile ricostruzione, il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. avrebbe inciso pesantemente sul margine di intervento delle Autorità di regolazione, diversamente da quanto affermato nella Relazione illustrativa del Governo allo schema del d.lgs. n. 21/2014 in merito all'«intangibilità» dei poteri delle Autorità medesime[399].

E, in effetti, sia la *ratio legis*, volta per l'appunto a superare la procedura di infrazione europea, sia il dato letterale della norma sembrerebbero deporre per la competenza in via esclusiva dell'Antitrust. Il nuovo comma, infatti, fa salve le attribuzioni delle Autorità di settore nelle *sole* ipotesi di violazione della regolamentazione che *non* integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

Tale lettura ha avuto seguito anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato a valle dell'intervento legislativo del 2014, la quale ha costantemente attribuito all'Autorità Garante la competenza a reprimere le PCS nel settore delle comunicazioni elettroniche[400].

Sennonché, una simile esegesi ha destato dubbi in altra parte della dottrina[401].

Alcuni autori si sono opportunamente interrogati sulla reale capacità del nuovo criterio di definizione della competenza di rispondere alle istanze consumeristiche, senza, però, pregiudicare, al contempo, altri valori parimenti garantiti dal diritto comunitario. Valori quali la certezza del diritto, la

---

[398] La competenza dell'A.G.C.M. prevale «in via esclusiva». Ma perché «in via esclusiva»? Il problema rilevato dalla Commissione UE era – come è noto – l'assenza, nel sistema delineato a livello giurisprudenziale e legislativo, di una «rete di sicurezza» idonea a colmare le lacune della regolamentazione settoriale. Ma, allora, per quale ragione la competenza ad intervenire verso condotte imprenditoriali che integrino una pratica commerciale scorretta nei mercati regolati è «in via esclusiva» dell'Antitrust? Non dovrebbe permanere la competenza delle *Authorities* di settore a sanzionare le condotte che violino le regole da queste poste a tutela del consumatore? Si pone molto opportunamente tali interrogativi CARFI, *op. cit.*, p. 213.

[399] La Relazione illustrativa è consultabile sulla pagina web *http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0059_F001.pdf&leg=XVII#pagemode=none*. Il riferimento all'«intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore» è riportato a p. 11. Sul punto avrò modo di tornare *infra* nel proseguo del presente par.

[400] V. Cons. St., 5 marzo 2015, n. 1104. Tale pronuncia è stata resa sul Provv. n. 23355 dell'A.G.C.M., 6 marzo 2012, adottato all'esito del procedimento PS/700, caso *Tim-Attivazioni SIM presso punti vendita*. Il Consiglio di Stato ha riformato, in appello, la decisione del TAR del Lazio, 18 febbraio 2013, n. 1752, cit., con cui il giudice di primo grado, conformemente al principio di diritto espresso dalle Plenarie del 2012 aveva, invece, disposto che la competenza spettasse all'AGCOM. Nel ribaltare la decisione del magistrato di prima istanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto il d.lgs. n. 21/2014, *in parte qua*, una norma autenticamente interpretativa.

[401] V. LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 392 ss.; NAVA, *op. cit.*, p. 56 ss.

prevedibilità regolatoria e sanzionatoria, la tutela del legittimo affidamento e il divieto di *ne bis in idem*[402].

Da un'attenta analisi del comma 1 *bis*, è possibile, dunque, evincerne molteplici profili di criticità.

In particolare, se la nuova disposizione formalmente attua il principio di specialità, sancito da una norma di matrice europea quale è l'art. 19, comma 3, cod. cons., in sostanza, essa giunge ad una conclusione diametralmente opposta rispetto alle indicazioni del legislatore comunitario. La norma dispone, infatti, apoditticamente il primato della disciplina generale sulle PCS e prescrive la competenza dell'Antitrust anche nei mercati regolati, presidiati da *Authorities* invero di matrice europea.

Come si è opportunamente osservato, il legislatore italiano ha, allora, declinato «in modo davvero "speciale" la "specialità" della norma regolamentare, affermando un potere esclusivo dell'A.G.C.M. di applicare, anche nei settori regolati, la disciplina del codice del consumo»[403]. Senza, peraltro, tenere in debito conto il fatto che le direttive comunitarie di carattere settoriale non si limitano a prescrivere poteri di regolazione in capo alle Autorità di settore, ma esigono esplicitamente che esse esercitino anche funzioni di controllo e vigilanza delle disposizioni di rango primario o di diretta derivazione europea a tutela dei consumatori.

La nuova soluzione legislativa – quanto meno nei termini in cui è stata interpretata dalla dottrina e giurisprudenza prevalente – non appare, pertanto, immune da censure in merito al rispetto delle norme euro-unitarie.

D'altra parte, il contegno della Commissione europea, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, parrebbe dimostrare la persistenza di dubbi sulla compatibilità del nuovo assetto di competenze con il diritto dell'Unione. Dubbi, tuttavia, di segno opposto rispetto a quelli espressi in precedenza nella lettera di messa in mora[404]. Il riparto di attribuzioni conseguente al d.lgs. n. 21/2014 potrebbe determinare, infatti, «seri problemi di attuazione»[405] all'interno dell'ordinamento italiano, più che della direttiva generale del 2005, delle direttive settoriali, anche in punto di tutela del consumatore[406]. Il nuovo

---

[402] Così si esprime CAPPAI, *op. cit.*, p. 896.

[403] Così NAVA, *op. cit.*, p. 55. Rileva, in aggiunta, LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 392: «Per garantire la "specialità" dell'AGCM il legislatore (…) riconduce le pratiche commerciali degli operatori nei settori regolati sotto un unico cappello: quello più generale delle pratiche commerciali scorrette di cui al codice del consumo, nell'ambito del quale viene fatta confluire la valutazione della conformità delle condotte alle norme speciali che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali».

[404] Si rinvia *supra* al par. 5 del presente cap. II.

[405] Ripetendo la locuzione utilizzata dalla Commissione UE nella lettera di costituzione in mora che ha dato avvio alla procedura di infrazione più volte menzionata.

[406] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 910.

comma 1 *bis* sembra poi contraddire esplicitamente l'art. 19, comma 3, cod. cons., che, a sua volta, riprende testualmente l'art. 3, comma 4 della direttiva, conseguendone una violazione diretta anche della *lex generalis*.

Profili di incompatibilità con le direttive di settore potrebbero trovare ulteriore conferma nelle Linee Guida del 2016, laddove, facendo rinvio all'art. 3, comma 4 e al *Considerando* n. 10 dir., la Commissione UE ha affermato la possibile prevalenza di una disposizione speciale di diritto europeo sulla direttiva 2005/29/CE. Tale prevalenza – ha precisato ancora la Commissione – è condizionata al ricorrere di tre presupposti: la disposizione speciale deve avere lo *status* di diritto dell'Unione; deve disciplinare un aspetto specifico delle pratiche commerciali sleali; vi deve essere, infine, un conflitto tra le due previsioni ovvero una sovrapposizione, tale per cui la norma speciale, ad esempio, disciplini una certa condotta in modo più dettagliato e/o risulti applicabile a un settore specifico[407].

Tornando alla novella legislativa del 2014, «l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore», richiamata – come si accennava – nella Relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto, si risolverebbe, in ogni caso, in due elementi: uno sostanziale, dato dall'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente»; l'altro procedimentale, consistente nell'acquisizione del parere «dell'Autorità di regolazione competente».

Volendomi soffermare, innanzitutto, sull'elemento sostanziale, la stessa Relazione ha chiarito che il rispetto della normativa speciale da parte del professionista esclude, limitatamente a tale aspetto, la configurabilità di una pratica commerciale scorretta.

La nuova norma, al contempo, preclude, però, l'esercizio di poteri sanzionatori, di vigilanza e regolatori da parte dell'Autorità di settore, ogni volta che la medesima condotta imprenditoriale integri, oltre alla violazione della disciplina settoriale, una pratica commerciale vietata. Come si diceva in principio del presente paragrafo, stando alla lettera del comma 1 *bis*, sono fatte salve le attribuzioni delle singole *Authorities*, solo qualora la violazione della *lex specialis* non integri gli estremi di un'attività commerciale scorretta.

E, allora, in dottrina, vi è chi ha rilevato che l'attività di *enforcement* delle Autorità di regolazione parrebbe dover restare «paralizzata», in attesa delle valutazioni dell'A.G.C.M. sotto il profilo della scorrettezza di una pratica[408].

---

[407] V. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit., p. 15-16.
[408] Così LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 393.

Quanto all'elemento procedimentale, il parere che l'Antitrust deve richiedere al Regolatore prima di adottare una decisione finale appare astrattamente molto utile per individuare le norme settoriali eventualmente applicabili nella specie e, nel caso, stabilire se le medesime siano state violate o meno dal professionista.

Sennonché, un simile parere endo-procedimentale è stato configurato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti come obbligatorio, ma non vincolante[409]: si è consentito all'A.G.C.M. di disattenderlo, previa adeguata motivazione. Il rischio, ancora una volta, è che l'Autorità Garante possa così disapplicare, aggirare o ignorare la normativa settoriale. Come si è opportunamente osservato, la difficile attuazione del principio di specialità, di cui all'art. 3, comma 4, dir., «*apparentemente* risolta a livello primario, potrebbe [in tal modo] insidiosamente scivolare verso la fase applicativa»[410].

Alla luce di tutte le considerazioni svolte sinora, alcuni autori hanno suggerito una diversa interpretazione della novella legislativa[411], «più ampia», costituzionalmente orientata e il più possibile conforme al diritto dell'Unione Europea[412].

---

[409] Sulla natura di tale parere non pare possano esservi dubbi, a fronte della lettera dell'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons., che non lo definisce espressamente come vincolante. In genere, infatti, quando il legislatore intende attribuire tale natura ad un parere prescritto da una norma, lo dice espressamente. Si pensi solo, per citare un esempio che nulla ha a che vedere con le pratiche commerciali scorrette, all'art. 211 del nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), che, al comma 1, definisce esplicitamente con un simile aggettivo il parere di precontenzioso emesso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.). Tornando poi al tema che qui interessa, milita in favore della tesi da me preferita in rapporto al parere, di cui all'art. 27, comma 1 *bis*, anche un ragionamento *a contrario*: se tale parere fosse vincolante, esso condizionerebbe in misura rilevante le funzioni dell'Antitrust. E l'azione istruttoria svolta dagli uffici dell'A.G.C.M., potenzialmente censurata dal parere vincolante di altra Autorità, risulterebbe soggetta ad un'attività di coordinamento e di indirizzo non ammissibile, sotto il profilo del diritto amministrativo, in assenza di alcuna sovraordinazione o collegamento organizzativo o gerarchico (v. NAVA, *op. cit.*, p. 56). Dello stesso avviso è anche MASSA, *Pratiche commerciali, Pubblicità e altre comunicazioni*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 19, p. 137. In giurisprudenza, v. TAR del Lazio, 10 maggio 2016, n. 5450, caso *Abbanoa- Servizi idrici*, confermata, *in parte qua*, da Cons. St., 14 giugno 2017, n. 2918.

[410] Così CAPPAI, *op. cit.*, p. 920.

[411] LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 393 ss.; CARFI, *op. cit.*, p. 215 ss.

[412] Si rinvia al principio, elaborato dalla Corte di Giustizia CE, dell'«interpretazione conforme» o «adeguatrice». Un simile principio obbliga i giudici e le amministrazioni, in forza della leale collaborazione prescritta dall'art. 4 TFUE, ad «interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva», al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima, optando «tra i metodi di interpretazione in vigore nel suo sistema giuridico (…)» per quello «che (…) consente di dare alla disposizione di diritto nazionale di cui trattasi un significato compatibile con la direttiva» (Corte CE, 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, in *Racc.*, 1984, p. I-1891). La stessa Corte ha, inoltre, chiarito che a fronte dell'effettiva impossibilità di interpretare una norma interna in senso conforme al diritto comunitario e, purché si sia in presenza di previsioni di diritto europeo con effetto diretto, anche l'amministrazione nazionale ha il potere/dovere di «non applicare» la disposizione interna con esso contrastante (Corte CE, 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, in *Racc.*, 2003, p. I-8055, punti 45-50).

Simile esegesi porterebbe a ritenere intatta la competenza delle *Authorities* nel reprimere le violazioni della disciplina speciale – le quali integrino al contempo una pratica commerciale scorretta –, in applicazione delle norme delle direttive settoriali che sanciscono esplicitamente tale funzione di vigilanza e controllo[413].

L'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente», in una siffatta accezione, andrebbe inteso come richiamo all'«intera "cassetta degli attrezzi" dell'Autorità di regolamentazione, inclusi i poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori»[414]. Richiamo possibile, tuttavia, solo a condizione che la disciplina settoriale sia completa ed esaustiva e risultino effettivi i poteri di *enforcement* esercitabili nel mercato regolato dall'Autorità medesima.

In tale eventualità, si verificherebbe una *traslatio iudicii* dall'A.G.C.M. all'Autorità di settore, che renderebbe coerente con il dettato comunitario l'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons., previa applicazione del principio di specialità sancito dalla direttiva del 2005[415]. La disciplina generale svolgerebbe così appieno la sua funzione di «rete di sicurezza» e prevarrebbe, a livello settoriale, ogni volta che la *lex specialis* presentasse «lacune di tutela», per non aver previsto *ex ante* la regola di condotta applicabile, o perché comunque inidonea a reprimere il comportamento del professionista contrario alla correttezza professionale[416].

Secondo i suoi fautori, un'interpretazione di questo tipo potrebbe essere avallata mediante i protocolli di intesa, ossia attraverso quello strumento di coordinamento istituzionale, previsto dalla nuova norma, affinché le amministrazioni coinvolte stabiliscano «gli aspetti applicativi e procedimentali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»[417].

In effetti, il Protocollo d'intesa, siglato da A.G.C.M. e AGCOM il 23 dicembre 2016[418], parrebbe muoversi in una simile direzione.

---

[413] V. LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 393-394.

[414] In tal senso si veda LA PERGOLA, *op. cit.*, con commento integrato da quanto prospettato pubblicamente dal Cons. Carbone, commissario AEEG.

[415] Cfr. NAVA, *op. cit.*, p. 58; GIORDANO-NAPOLITANO, *La tutela del consumatore tra AGCM e AGCom: una partita chiusa?*, cit., p. 29. ROBERTI, *Lo statuto europeo del consumatore energetico*, in AA. VV., *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela del consumatore nei mercati energetici*, a cura di NAPOLITANO-ZOPPINI, Bologna, 2015, p. 68-69 più cautamente sostiene che «l'applicazione della normativa consumeristica orizzontale generale andrebbe esclusa tutte le volte in cui risulti che la fattispecie è già disciplinata, a livello settoriale, da una previsione adottata dall'autorità di settore nell'esercizio delle proprie prerogative regolamentari consumeristiche; va da sé poi, che l'individuazione della corretta base giuridica sostanziale determina automaticamente l'individuazione dell'autorità competente in sede di *enforcement*».

[416] Cfr. LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 394.

[417] Si veda ancora LA PERGOLA, *op. cit.*, p. 394.

[418] V. *Protocollo d'intesa A.G.C.M. e AGCOM, 23 dicembre 2016. Protocollo d'intesa integrativo in materia di pratiche commerciali scorrette tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, consultabile su *http://www.agcm.it*.

In tale atto si legge che «ai sensi dell'art. 27, comma 1 *bis*, del Codice del Consumo, resta ferma la competenza dell'AGCOM ad interpretare la regolamentazione settoriale vigente, ad applicare la normativa settoriale a tutela dei consumatori introdotta dal Quadro europeo delle reti e servizi di comunicazioni elettroniche e recepita nell'ordinamento interno dal Codice delle Comunicazioni elettroniche e [a] sanzionare eventuali violazioni». Inoltre, si rinvia espressamente alle Linee Guida della Commissione[419], per sancire la prevalenza di alcune previsioni specifiche, di derivazione comunitaria, della regolamentazione settoriale[420]. Infine, si chiarisce che «l'applicazione del Codice del Consumo non è esclusa di per sé semplicemente perché un'altra disposizione comunitaria regola aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In particolare, il Codice del Consumo è suscettibile di assumere rilevanza al fine di valutare specifici aspetti della pratica commerciale non coperti dalle disposizioni di settore come, a titolo esemplificativo, condotte aggressive da parte del professionista»[421].

Sono qui possibili due obiezioni. In primo luogo, la lettura delle parole «fermo restando il rispetto della regolazione vigente», inserite nel contesto dell'intero comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., non consente di ritenere implicita l'attribuzione all'Autorità di Regolazione anche dei poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori. La formulazione letterale del testo, infatti, non significa altro che: devono essere rispettate le regole proprie del settore (intese come disciplina speciale, senza alcun riferimento alle attribuzioni delle *Authorities*).

In secondo luogo, è evidente che gli accordi di reciproca collaborazione non possano incidere in modo decisivo sui poteri/doveri attribuiti dalla legge alle singole *Authorities*[422]. Si ragiona pur sempre di atti di mero indirizzo politico-

---

[419] V. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit.

[420] Si tratta, nella specie, «della disciplina relativa alle informazioni contrattuali (art. 70 CCE), del diritto di recesso in caso di modifica delle condizioni contrattuali (art. 70, comma 4 CCE), della trasparenza informativa (art. 71 CCE), della portabilità del numero (art. 80 CCE), nonché del Regolamento (UE) 2015/2120, nella misura in cui recano disposizioni che hanno lo *status* di diritto dell'Unione e disciplinano un aspetto specifico delle pratiche commerciali».

[421] Inoltre, tale Protocollo prevede forme di coordinamento tra le due Autorità nei rispettivi interventi, nell'attività di reciproca segnalazione, nello scambio di documenti e informazioni. Esso dispone la costituzione di un gruppo di lavoro permanente sull'attuazione del Protocollo medesimo e disciplina la procedura di rilascio del parere dell'AGCOM all'A.G.C.M., nell'ambito dei procedimenti avviati da quest'ultima per pratiche commerciali scorrette nei confronti di operatori di settore. L'A.G.C.M. ha poi stipulato Protocolli successivi all'approvazione del d.lgs. n. 21/2014 con AEEGSI (il 23 ottobre 2014), AIFA (il 19 gennaio 2017), ART (il 27 agosto 2014), Banca d'Italia (14 ottobre 2014) e IVASS (7 ottobre 2014).

[422] Appare più ottimista sul punto ANNA GENOVESE, *Contratti bancari e pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 405, la quale, con particolare riferimento al Protocollo siglato tra A.G.C.M. e Banca d'Italia nel settore bancario, rileva come il medesimo abbia trovato applicazione nel 2015 (v. A.G.C.M., 2 dicembre 2015, Provv. n. 25758 (PS/10009), caso *Poste italiane-cassa depositi e prestiti/Libretto Smart*. In tale occasione, l'Autorità Garante aveva richiesto il parere della Banca d'Italia, che aveva, però, «ritenuto di non poter esprimere il parere richiesto in quanto le

amministrativo. La loro adozione costituisce poi una semplice facoltà per le Autorità coinvolte[423]. Ne consegue il rischio di un'attuazione della disciplina generale e/o delle normative speciali, per così dire, «a macchia di leopardo», con un trattamento differenziato dei consumatori, a seconda che in un singolo contesto economico le Autorità coinvolte abbiano raggiunto o meno un accordo in merito all'adozione del protocollo d'intesa.

Ad ogni modo, appare interessante notare il *focus* del Protocollo A.G.C.M.-AGCOM sulla disciplina speciale e sulla competenza dell'Autorità di regolazione nell'interpretazione e attuazione della normativa settoriale. Di grande aiuto per l'interprete è, inoltre, l'elencazione delle disposizioni che, realizzando i requisiti richiesti nelle Linee Guida della Commissione, possano senz'altro prevalere sulla *lex generalis*.

Anche confidando nello strumento dei protocolli d'intesa, una lettura «aperta» della novella legislativa – a mio avviso preferibile alla luce delle osservazioni svolte – appare, però, difficile da sostenere. Il che è poi tanto più vero, se la si fondi – come ha tentato di affermare la summenzionata dottrina – sulla mera locuzione «fermo restando il rispetto della regolazione vigente», *ex* art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons., la quale, per assumere una simile portata, andrebbe decontestualizzata dalla disposizione in cui è inserita. La lettura «aperta» si scontra, infatti, pur sempre, con il combinato disposto della lettera della norma, che – come si è detto più volte – attribuisce «in via *esclusiva*» all'A.G.C.M. «*la competenza* ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta» e sottolinea la competenza delle Autorità di settore ad «esercitare i propri poteri», *soltanto* laddove simili comportamenti «*non* integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta»[424].

---

vigenti "Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" non si applicano alla raccolta del risparmio effettuata da Poste Italiane S.p.A. per conto di Cassa Depositi e Prestiti attraverso i libretti di risparmio postale»). Secondo l'a., la predisposizione dei protocolli, oltre ad agevolare il rilascio dei pareri previsti dall'art. 27 cod. cons., rappresenta un'importante novità sotto il profilo della conformazione della tutela dei consumatori [*rectius* dei clienti delle banche, vista l'attenzione dell'a. per il mercato creditizio]. I protocolli eviterebbero, infatti, duplicazioni e inefficienze nel dispiegamento dell'azione amministrativa e, soprattutto, segnerebbero il superamento dei temi connessi al riparto di competenze. Si avrebbe, di conseguenza, un rafforzamento della cooperazione tra l'A.G.C.M. e le varie Autorità di regolazione, in un'ottica di collaborazione, volta a migliorare l'*enforcement* della disciplina sulle PCS nei settori regolati [e in quello bancario, in particolare].

[423] «Perciò il raggiungimento di un accordo su uno strumento applicativo e procedimentale non appare scontato qualora vi sia tra le due istituzioni un preventivo disaccordo, ad esempio, [proprio] su come interpretare l'ampiezza dei poteri dell'Autorità di settore che vengono richiamati dalla frase "fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente"» (così NAVA, *op. cit.*, p. 60).

[424] Della stessa opinione è anche NAVA, *op. cit.*, p. 58.

L'unica via alternativa percorribile potrebbe essere, allora, la seguente: qualora l'interpretazione conforme o adeguatrice al diritto comunitario non dovesse rivelarsi in alcun caso, possibile e, quindi, a fronte di un contrasto insanabile con una previsione di diritto europeo ad effetto diretto, quale è, a mio avviso, l'art. 3, comma 4, dir., l'interprete dovrebbe senz'altro disapplicare la norma interna contrastante, ossia l'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons.[425]. Né si può sostenere che quest'ultima disposizione, la quale, invero, richiama l'art. 19, comma 3, cod. cons., pur ponendosi, direi, in aperta contraddizione con il medesimo, abbia l'effetto di abrogarlo. Se è senz'altro vero che *lex posterior derogat priori*, il criterio cronologico non può trovare qui applicazione, dal momento che si fa riferimento a una norma di implementazione di una direttiva comunitaria, quale l'art. 19 cod. cons.

Nella specie, anche a non voler ritenere l'art. 3, comma 4, dir. una norma ad effetto diretto – ma resto dell'idea che possa definirsi tale, in quanto disposizione sufficientemente chiara, precisa e incondizionata – esso, nella misura in cui è stato recepito nell'art. 19, comma 3, cod. cons., dovrà comunque prevalere (anche) su una norma successiva di rango nazionale, in forza della primazia del diritto europeo su quello italiano. Il nuovo comma 1 *bis* non recepisce, infatti, alcuna disposizione comunitaria, ma è frutto di una mera opzione del nostro legislatore.

---

[425] Sul principio dell'«interpretazione conforme» o «adeguatrice», elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, ho già avuto occasione di parlare *supra* nella nota 412, a cui faccio integrale rinvio. In aggiunta, preciso qui cosa intendano i giudici europei per norma «ad effetto diretto». Qualsiasi disposizione comunitaria può avere un simile effetto, sia essa contenuta nei Trattati, sia essa prodotta dal diritto derivato. Quest'ultimo è costituito essenzialmente dai regolamenti e dalle direttive. Tuttavia, solo i regolamenti hanno, quale caratteristica tipica, la diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali. Le direttive, invece, si rivolgono agli Stati, che devono trasporle in norme interne. Talvolta, però, anche tali fonti comunitarie producono «effetti diretti». Sin dalla sentenza *Van Duyn* (Corte CE, 4 dicembre 1974, C-41/74, in *Racc.*, p. 1337), infatti, la Corte di Giustizia ha elaborato la nozione dell'«effetto utile» della normativa europea, chiarendo che ciascun Paese membro deve assicurare l'efficacia della disciplina sovranazionale. Nessuno Stato può legittimamente impedire l'applicazione del diritto comunitario, o trincerarsi dietro la mancata trasposizione di esso nel diritto interno, per impedire che le norme europee producano il loro effetto. Il principio è stato ribadito in più occasioni (v., *ex multis*, Corte CE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, C-465/93, in *Racc.*, p. I-3761; 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, in *Racc.*, p. I-3325; 3 dicembre 1992, *Oleificio Borelli*, C-97/91, in *Racc.*, p. I-06313; 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, 1991, p. I-5357). Ma l'«effetto diretto» sorge solo se c'è un diritto fondato sulla norma sovranazionale non attuata (o non adeguatamente attuata). L'interpretazione delle disposizioni comunitarie è, quindi, essenziale per definire i diritti e le norme con «effetto diretto» su cui essi si fondano. I requisiti richiesti, affinché una previsione comunitaria produca tale effetto, sono che essa sia chiara, precisa, completa e incondizionata. E la norma di cui all'art. 3, comma 4, direttiva 2005/29, parrebbe proprio presentare siffatte caratteristiche. Ragion per cui, conformemente alle nozioni emerse nella prassi della Corte di Lussemburgo, essa può dirsi idonea a produrre «effetti diretti» nell'ordinamento italiano. Per approfondimenti sul tema, v., per tutti, MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011, p. 29 ss.

6. *Il nuovo orientamento espresso nelle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato del 2016.*

I dubbi in merito alla conformità all'ordinamento europeo del comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., nella sua interpretazione letterale[426], sono ben presto emersi anche a livello giurisprudenziale.

Nel corso di due giudizi relativi al settore delle comunicazioni elettroniche[427], la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto, infatti, non del tutto peregrina e anzi preferibile l'interpretazione «ampia» della nuova previsione legislativa, rimettendo così (ancora una volta) all'Adunanza Plenaria l'annosa questione del rapporto tra discipline e Autorità[428].

La sezione rimettente partiva da una premessa: la norma è chiara nell'attribuire all'A.G.C.M. una competenza generale ed esclusiva di intervento a fronte di pratiche commerciali scorrette poste in essere nei settori regolamentati e, dunque, anche nell'eventualità in cui le condotte incriminate siano astrattamente disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea.

Depone in questo senso – continuava l'ordinanza di rimessione – «il testuale riferimento all'esclusività di tale attribuzione», nonché il richiamo allo scopo della disposizione, quale *norma di interpretazione autentica del principio di specialità*, di cui al comma 4 dell'art. 3 dir. (recepito dall'art. 19, comma 3, cod. cons.). Interpretazione autentica, finalizzata evidentemente a superare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione UE.

Svolta tale premessa, tuttavia, la Sezione Sesta suggeriva una diversa «lettura» del nuovo comma.

Si potrebbe ritenere, infatti, – affermava il Consiglio di Stato – che il comma 1 *bis* intenda optare in modo espresso per l'esclusiva applicabilità da parte dell'Antitrust, anche nei mercati regolati, della normativa generale contenuta nel codice del consumo, purché, però, manchi una disciplina settoriale completa ed esaustiva, la quale disponga *ex ante* la regola comportamentale da applicare e attribuisca all'Autorità di regolazione poteri sanzionatori per l'ipotesi di violazione di tale regola.

---

[426] Interpretazione che parrebbe comunque l'unica sostenibile, alla luce delle riflessioni svolte nel par. precedente, a cui si rinvia.

[427] Si tratta di: Cons. St., 18 settembre 2015, n. 4351, ordinanza resa nel giudizio di impugnazione di A.G.C.M., 6 marzo 2012, Provv. n. 23356 (PS/7001), caso *Wind-attivazione SIM presso punti vendita*; e Cons. St., 18 settembre 2015, n. 4352, ordinanza resa nel giudizio di impugnazione di A.G.C.M., 6 marzo 2012, Provv. n. 23357 (PS/7002), caso *Vodafone-attivazione SIM presso punti vendita*. La Sesta Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, dopo aver riscontrato l'esistenza di un orientamento difforme all'interno della medesima Sezione (Cons. St., 5 marzo 2015, n. 1104, cit.).

[428] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 897.

Solo laddove la normativa settoriale fosse di per sé idonea a perseguire la condotta contraria alla correttezza professionale, non occorrerebbe, dunque, ricorrere alla «rete di sicurezza» costituita dalla disciplina generale e finalizzata a garantire copertura ad eventuali lacune di tutela.

E, allora, in caso di pratiche commerciali scorrette, l'applicabilità ovvero la cedevolezza della normativa generale consumeristica e, conseguentemente, la competenza dell'A.G.C.M. o dell'Autorità settoriale di volta in volta chiamata in causa dipenderebbero, nell'interpretazione proposta, dal grado di completezza ed esaustività della disciplina speciale. La sezione rimettente concludeva, pertanto, che «in caso di assenza di lacune di tutela, la norma generale – non essendo chiamata ad esplicare alcun ruolo sussidiario – recede rispetto ad una norma speciale che offra elementi aggiuntivi e di specificazione rispetto al livello minimo essenziale di tutela».

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le pronunce gemelle nn. 3 e 4 del 9 febbraio 2016, si è, quindi, espressa (di nuovo) sulla questione, risolvendo, tuttavia, in senso negativo il dubbio interpretativo sollevato dalla Sesta Sezione[429].

Tali pronunce hanno preferito, infatti, la lettura «ristretta», più aderente al dato testuale, dell'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons. Lettura che – come è ben noto – vede l'Antitrust quale *Authority* esclusivamente competente ad applicare gli artt. 18 e ss. cod. cons. anche nei settori regolamentati[430].

Le Adunanze Plenarie del 2012 relative al mercato delle telecomunicazioni – come si è ampiamente visto[431]– avevano, invece, devoluto all'Autorità di settore e, in particolare, all'AGCOM, la competenza ad attuare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. I casi portati all'attenzione del Consiglio di Stato, allora come nel 2016, avevano ad oggetto l'inosservanza da parte degli operatori di settore di obblighi informativi sui servizi telefonici preimpostati, previsti nel Codice delle Comunicazioni elettroniche. Nelle pregresse decisioni si era fatto ricorso allo schema della specialità «per settori» (o «per materie», o ancora «per ordinamenti).

---

[429] In dottrina, si vedano i seguenti commenti sulle Plenarie del 2016: BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, VI, p. 793 ss.; C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 1206 ss.; PETTI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interviene nuovamente sul riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette: la competenza è dell'AGCM*, consultabile su *http://www.dimt.it*, 18 febbraio 2016; SILVERIO, *Il parziale* revirement *del Consiglio di Stato in tema di specialità «per settori» (Brevi osservazioni a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4)*, in *Foro amm.*, 2016, V, p. 1158 ss.

[430] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 898.

[431] Si rinvia all'analisi svolta *supra* al par. 3 del presente cap. II.

Le due pronunce del 2016 parrebbero aver operato un parziale *revirement* di tale impostazione[432], richiedendo l'applicazione del criterio di specialità «per fattispecie *concrete*». Su tale ultimo criterio appare opportuno svolgere alcune considerazioni.

Senza volermi dilungare eccessivamente su concetti di matrice penalistica, la specialità cd. in concreto presuppone un'interpretazione della locuzione «stessa materia», di cui all'art. 15 c.p.[433], come medesimo fatto concreto. Si tratta di una posizione del tutto isolata e minoritaria nella dottrina e nella giurisprudenza penalistica, che amplia (oltre misura) il concetto di specialità, applicandolo non solo – secondo l'esegesi preferibile – ai casi in cui uno stesso fatto rientri in più norme incriminatrici, ma anche a quelli in cui uno stesso fatto *concreto* sia riconducibile a più figure delittuose, benché tra le medesime non sussista «in astratto» alcun rapporto di genere a specie[434]. Tale posizione è stata aspramente criticata dalla dottrina maggioritaria, dal momento che offre un'interpretazione dell'inciso «stessa materia», «che lo renderebbe del tutto pleonastico e inutile»[435]. E, allora, come si è opportunamente osservato, il concetto di specialità «per fattispecie concrete» si risolverebbe in un *non-senso* logico. Non si comprende, infatti, perché mai un rapporto di genere a specie fra due norme debba dipendere dalle particolarità del fatto concreto. «Come rapporto tipicamente sussistente tra norme astratte la specialità esiste o non esiste: *tertium non datur*»[436].

Le stesse riflessioni valgono anche in materia di illeciti amministrativi. Né il ricorso al lemma «stesso fatto» nell'art. 9, l. n. 689 del 1981 sembra poter deporre in senso contrario[437].

---

[432] Secondo quanto è dato leggere nelle stesse sentenze del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, nn. 3 e 4 del 2016.

[433] Tale disposizione, lo si è già detto ma è utile a questo punto ripeterlo, prevede: «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

[434] In senso critico, si leggano le osservazioni riportate da FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 718-719. Gli a. citano un esempio, a mio avviso, calzante del criterio di specialità interpretato in tali termini, dato dal rapporto tra millantato credito (art. 346 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.). Se confrontate in astratto, le due fattispecie incriminatrici non presentano un rapporto di *genus* a *species*: nessuna delle due contiene in sé l'altra, con l'aggiunta di uno o più elementi specializzanti. Ma qualora il reato di truffa venga *in concreto* commesso millantando credito, un rapporto di reciproca «interferenza» tra le due fattispecie potrà di fatto instaurarsi. La truffa apparirà come una mera modalità esecutiva del millantato credito, onde si dovrà escludere la sussistenza di un concorso reale di reati. Si verrebbe ad applicare, pertanto, la sola norma che punisce il millantato credito, la quale prevede, nella specie, il trattamento più severo e assorbe in sé quella sulla truffa.

[435] Così si esprime ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, VIII ed. riveduta e agg., a cura di CONTI, Milano, 1980, p. 128.

[436] Così FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 719.

[437] Si tratta all'evidenza di una circostanza meramente testuale. È oggi dominante, infatti, la ricostruzione per cui «il "fatto" di cui all'art. 9 non si identifica con il "fatto in concreto"»,

Alla luce di simili osservazioni, vi è chi ha suggerito di interpretare il richiamo allo schema della specialità «per fattispecie concrete», nelle Plenarie del Consiglio di Stato, in senso «atecnico», impostando, per l'effetto, il rapporto tra le norme in giudizio nei termini di una specialità «per fattispecie *astratte*»[438].

Tale tentativo, seppur giustificabile, non mi convince. Leggendo il testo delle sentenze, infatti, il riferimento a tale principio non parrebbe una svista del giudice amministrativo, ma una sua scelta espressa. Tanto più visto che, come si dirà tra un momento, il Consiglio di Stato opta, a conclusione del suo ragionamento, per il criterio dell'«assorbimento-consunzione» della fattispecie meno grave in quella più grave. I fautori della specialità cd. in concreto si appellano, per l'appunto, a un simile criterio, per individuare la norma prevalente da applicare. Sennonché, come la dottrina penalistica ha rilevato[439], si tratta di un criterio di valore che con il principio di specialità non ha nulla a che vedere[440]. I sostenitori della tesi in esame, dunque, dilatano il principio di specialità fino a snaturarne la logica. «Pretendendosi di risolvere il problema del conflitto apparente di norme in base al solo criterio – quello, appunto, di specialità – esplicitamente previsto dal legislatore, si è poi costretti, pur di tenere fede alla premessa di partenza, a far dire al principio di specialità anche ciò che non può

---

poiché, tra l'altro, la norma si riferisce ad un «fatto punito», chiaramente alludendo «non ad un fatto naturalistico, ma alle fattispecie legali presidiate da sanzione penale e rispettivamente amministrativa, che possono in astratto entrare in rapporto di convergenza tra loro» (DOLCINI, *Commento all'art. 9 l. 24.11.1981, n. 689*, in AA. VV., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, a cura di DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO-RIVA CRUGNOLA, Milano, 1982, p. 58). Cfr., per tutti, DE FRANCESCO, *op. cit.*, p. 431; ID., *Voce specialità (principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, Torino, 1987, vol. VII, p. 493. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 21 gennaio 2011, n. 1963; Cass., sez. un., 28 marzo 2013, nn. 37424 e 37425.

[438] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 899.

[439] V. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 719-720.

[440] Tale criterio viene, talvolta, affiancato dalla dottrina, insieme a quello di «sussidiarietà», alla specialità, di cui all'art. 15 c.p. Mentre il criterio di «sussidiarietà» dovrebbe operare a fronte di due norme preordinate a proteggere diversi gradi o stadi di offesa di un medesimo bene giuridico (FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 721), l'«assorbimento-consunzione», invece, individuerebbe «i casi in cui la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione "consuma" e assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto» (così, MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, p. 432). Parte della dottrina penalista sostiene la tesi cd. monista: mancando un riconoscimento legislativo espresso, nel nostro ordinamento, dei criteri di «sussidiarietà» e «assorbimento-consunzione», tutti i conflitti apparenti di norme andrebbero risolti in base al solo principio di specialità (v., tra gli altri, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, p. 468 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 136-137). I fautori della tesi cd. pluralista (v. MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, p. 432), per contro, ritengono la «sussidiarietà» e l'«assorbimento-consunzione» impliciti nel sistema. La loro appartenenza «tacita» all'ordinamento si evincerebbe, infatti, da istituti particolari, quali il reato complesso, *ex* art. 84 c.p., o le cd. clausole di riserva. Tuttavia, tale impostazione è stata confutata dalla giurisprudenza maggioritaria di legittimità, la quale ha rilevato come simili categorie, prive di fondamento normativo, darebbero il via a indiscriminati «giudizi di valore, tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale» (Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2011, n. 1235, cit. Più recentemente, Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2017, n. 20664).

dire»[441]. Ed è proprio quel che sembrerebbe potersi evincere dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del 2016.

Anche con riferimento all'«assorbimento-consunzione» ritengo, dunque, non condivisibile la tesi di chi, sulla base del tenore complessivo delle motivazioni riportate nelle pronunce gemelle, legge il richiamo alla categoria in senso meramente «descrittivo», al punto da poter ricondurre «il (pur affermato) rapporto di "assorbimento-consunzione" – *sic et simpliciter* – al consolidato schema della "specialità" (…)»[442].

6.1. *Segue: l'applicazione del criterio di «specialità per progressione di condotte lesive». Le pratiche commerciali aggressive.*

Volendo esaminare più nel dettaglio il contenuto delle sentenze, i casi sottoposti all'attenzione del Consiglio di Stato concernevano provvedimenti con i quali l'A.G.C.M. aveva sanzionato alcuni professionisti per «avere omesso di informare in maniera adeguata gli acquirenti delle SIM dell'esistenza di servizi accessori già attivati, tra i quali, in particolare, la navigazione in internet e il servizio di segreteria telefonica», i cui costi venivano addebitati all'utente, salvo essere disattivati solo a seguito di una sua espressa richiesta.

Siffatta condotta avrebbe potuto, in astratto, integrare tanto un illecito regolatorio, ossia la violazione degli obblighi di informazione prescritti dall'AGCOM, quanto una pratica commerciale «in ogni caso» aggressiva, *ex* art. 26, comma 1, lett. f) cod. cons.[443].

Seguendo l'*iter* motivazionale del Consiglio di Stato, una pratica commerciale «in ogni caso» aggressiva, se posta a confronto con le attività sanzionate dalla normativa settoriale, presenta sempre un *quid pluris*[444]. Tale *quid pluris*, secondo la definizione di pratica aggressiva di cui agli artt. 24 e 25 cod. cons., risiederebbe nell'impiego da parte dell'imprenditore di «molestie» o «coercizione», «compreso il ricorso alla forza fisica o l'indebito condizionamento», idonei a limitare, o addirittura escludere del tutto, la libertà di scelta del consumatore[445].

---

[441] Così FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 720.
[442] Così CAPPAI, *op. cit.*, p. 902, il quale parla, in particolare, di «specialità per aggiunta».
[443] Tale norma dispone, per l'appunto, che è considerata «in ogni caso» aggressiva la pratica commerciale consistente nell'«esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo».
[444] Ecco perché CAPPAI, *op. cit.*, p. 902-903, come si anticipava nella nota 442, utilizza la locuzione «specialità per aggiunta».
[445] Una simile considerazione parrebbe, invero, conseguire all'applicazione del principio di specialità «per fattispecie astratte» e non «per fattispecie concrete». Il che non mi sembra, tuttavia, sufficiente per sostenere che l'affermazione dello schema della specialità «per

E, allora, a fronte di pratiche commerciali «in ogni caso aggressive» commesse nei settori regolati e, quindi, realizzabili anche mediante la violazione di obblighi informativi posti dall'Autorità di regolazione, si verificherebbe – lo si anticipava nel paragrafo precedente – «una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione». In tale «progressione», la mera «violazione di obblighi informativi», «illecita secondo il *corpus* normativo presidiato [dal Regolatore]», configurerebbe l'«elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust appellante».

Di qui, il principio di diritto, secondo il quale «la competenza ad irrogare la sanzione per "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" è sempre individuabile nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato».

A ben vedere, come la dottrina più attenta ha opportunamente messo in evidenza[446], il *revirement* (parziale) dell'orientamento giurisprudenziale espresso nel 2012[447] risulta, quanto meno per alcuni profili, più apparente che reale.

Le Adunanze Plenarie del 2016 hanno, infatti, certamente esteso la competenza dell'Antitrust anche ai mercati regolati, diversamente da quanto in precedenza disposto. Ma tale estensione può realizzarsi solo in presenza di determinati requisiti, a fronte della complessità delle fattispecie concrete coinvolte.

E, invero, già nelle sentenze pregresse, il Consiglio di Stato aveva sì sostenuto la prevalenza della normativa settoriale su quella generale, ma solo qualora fossero compresenti tre specifiche condizioni. Occorreva, in ogni caso, che la disciplina speciale fosse esaustiva e completa, pienamente conforme all'ordinamento comunitario e dotata di un apparato sanzionatorio efficace e dissuasivo, che, nel rispetto sia della normativa nazionale sia di quella europea, scongiurasse ogni rischio di duplicazione di procedimenti e sanzioni.

Ebbene, la lettura suggerita nel 2016 sembra integrare, piuttosto che innovare, l'orientamento precedente, nel senso di esigere una sua maggiore conformità ai requisiti appena richiamati[448].

In primis, le attività sanzionate nella specie non paiono esaustivamente previste nel Codice delle comunicazioni elettroniche. Nella ricostruzione del Consiglio di Stato, si assiste, come si è detto, a due casi di «specialità per

---

fattispecie concrete» sia frutto di una mera svista del Consiglio di Stato. Si rinvia, in proposito, alle riflessioni svolte *supra* al par. 6 del presente cap. II.

[446] V. SILVERIO, *op. cit.*, p. 1159.

[447] Sul *revirement* dell'orientamento espresso nel 2012, con particolare attenzione alla declinazione del criterio di specialità, quale specialità «per fattispecie concrete», v. *supra* al par. 6 del presente cap. II.

[448] Cfr. SILVERIO, *op. cit.*, p. 1160.

progressione di condotte lesive», che, muovendo dalla violazione di obblighi informativi della *lex specialis*, realizzano, in realtà, una pratica commerciale aggressiva – prevista dalla *lex generalis* –. Tale pratica è ben più grave per entità e disvalore sociale. Non si configurerebbe, quindi, un conflitto astratto di norme, ma una progressione illecita con conseguente «assorbimento-consunzione», nei termini poc'anzi descritti.

In secundis, le sentenze risultano in linea con i rilievi espressi dalla Commissione UE nella lettera di messa in mora, che ha dato avvio, come è noto, alla procedura di infrazione contro l'Italia per violazione della direttiva 2005/29/CE nel mercato interno[449]. Secondo la Commissione e contrariamente alla tesi sostenuta sino a quel momento dalla giurisprudenza amministrativa italiana, in forza del principio di specialità, sancito dall'art. 3, comma 4, dir. (e dall'art. 19, comma 3, cod. cons.), per stabilire la disciplina applicabile, è necessario prendere in debita considerazione gli aspetti specifici rilevanti nel caso concreto. Non è corretto, infatti, sancire la mera prevalenza della disciplina settoriale, purché completa ed esaustiva, su quella generale. Conformemente all'impostazione suggerita a livello comunitario, il Consiglio di Stato afferma che lo schema della specialità «per settori» non vada applicato meccanicisticamente. E anzi, il giudice amministrativo va oltre le indicazioni della Commissione, escludendo del tutto l'applicazione di un simile schema e richiamando, invece, – come si è già rilevato – il controverso principio della specialità «per fattispecie concrete». L'eventuale conflitto di attribuzioni tra A.G.C.M. e AGCOM dovrebbe essere risolto, caso per caso[450], tenendo conto delle complessità emerse nella prassi.

Il vero *revirement* delle pronunce del 2016 parrebbe semmai consistere, oltre che nella nuova formulazione del criterio di specialità ampiamente esaminata nel paragrafo precedente, nella portata oggettiva del principio di diritto statuito in tale sede.

Quest'ultimo, stando almeno al dato testuale, appare circoscritto alle sole pratiche commerciali «in ogni caso» aggressive. Ma le sentenze nn. 3 e 4 non precisano se sia possibile estendere le conclusioni formulate dal Consiglio di Stato anche alle altre fattispecie disciplinate dal codice del consumo[451]. È opportuno, quindi, soffermarsi su tale dato.

---

[449] Si rinvia *supra* al par. 5 del presente cap. II.

[450] Ricorrendo, per l'appunto, all'invero inappropriato schema della specialità «per fattispecie concrete».

[451] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 904. L'a., inoltre, si domanda opportunamente se la portata oggettiva del principio di diritto formulato dal giudice amministrativo possa estendersi anche alle violazioni dei diritti contrattuali dei consumatori, sanzionabili oggi dall'A.G.C.M., a norma dell'art. 66, comma 2, cod. cons., così come riformulato dal d.lgs. n. 21/2014. Quest'ultima

Il principio di diritto enunciato nel 2016 dovrebbe applicarsi senza troppe difficoltà alle pratiche commerciali accertate dall'Antitrust come «aggressive», *ex* artt. 24 e 25 cod. cons. Per queste ultime, a differenza di quanto accade per le pratiche di per sé aggressive, riportate all'interno della cd. *black list*, di cui all'art. 26 cod. cons., non vige alcuna presunzione legale in merito alla sussistenza del *quid pluris*, dato da molestie, coercizione (sino all'eventuale ricorso alla forza fisica), o indebito condizionamento, nonché dall'idoneità delle condotte medesime a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio[452]. Per contro, le pratiche «in ogni caso» aggressive implicano un'attività istruttoria semplificata da parte dell'A.G.C.M., la quale, di regola, si limita a sussumere i fatti in giudizio nelle ipotesi puntualmente prescritte dalla legge[453], senza dover accertare l'esistenza del *quid pluris* suddetto. Quest'ultimo, però, a livello di fattispecie astratta, risulterà ben presente[454].

In una sua recente pronuncia, il TAR del Lazio sembra aver avallato implicitamente tale lettura, rigettando la censura di incompetenza sollevata in relazione a un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Antitrust per violazione degli artt. 20, comma 2, 24 e 25 cod. cons.[455].

Ben più complessa appare, a mio avviso, l'estensione del principio di diritto formulato nelle più recenti Adunanze Plenarie alle pratiche commerciali *ingannevoli*, incluse quelle «in ogni caso» vietate, *ex* artt. 21-23 cod. cons.

Mi sembra poco condivisibile, infatti, la tesi di chi ritiene l'estensione senz'altro possibile[456], argomentando che, a differenza della mera inosservanza degli obblighi informativi richiesti dal Regolatore, le pratiche commerciali ingannevoli – al pari delle aggressive – presenterebbero (anch'esse) un *quid pluris*, consistente nell'attitudine a provocare una «distorsione» nelle scelte d'acquisto del consumatore. Tale distorsione discenderebbe «da una falsa

---

ipotesi, per esigenze di sintesi, non verrà trattata in questa sede. Si rinvia, pertanto, proprio alle riflessioni di CAPPAI, *op. cit.*, in part. p. 907 ss.

[452] Si vedano le osservazioni svolte nel cap. I, al termine del par. 2.2., sul rapporto tra clausola generale, nozioni intermedie e nozioni di dettaglio in tema di PCS.

[453] V. CATRICALÀ-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 53.

[454] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 905.

[455] V. TAR del Lazio, 17 maggio 2016, n. 5809, in appello ad A.G.C.M., 7 ottobre 2015, Provv. n. 25642 (PS/9249), caso *Cattolica assicurazioni-Indebito recupero crediti*.

[456] Tesi che pure parrebbe essere stata accolta (implicitamente) da alcuna giurisprudenza amministrativa: TAR del Lazio, 8 giugno 2016, n. 6584, pronuncia resa nel giudizio di impugnazione di A.G.C.M., 3 luglio 2013, Provv. n. 24436 (PS/6783), caso *Noatel-servizi premium non richiesti via sms*; TAR del Lazio, 3 gennaio 2017, n. 62, che ha confermato A.G.C.M., 24 luglio 2013, Provv. n. 24461 (PS/8493), caso *Happydent-Vivident-Daygum-Mentos-Chewingum allo xilitolo*; Cons. St., 30 settembre 2016, n. 4048, sentenza resa nel corso del giudizio di impugnazione di A.G.C.M., 29 ottobre 2013, Provv. n. 24586 (PS/7771), caso *Alitalia-Caratteristiche del servizio*. V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 905.

rappresentazione della realtà alla quale il professionista ricorre nel corso della sua attività commerciale»[457].

Le pratiche commerciali aggressive costituiscono, invece, illeciti più gravi non solo delle omissioni informative di diritto settoriale, ma anche delle azioni e omissioni ingannevoli previste dalla *lex generalis*. Come si è osservato, infatti, tra le due tipologie di pratiche commerciali definite nel codice del consumo, sussiste una «differenza non ontologica, ossia derivante dalla struttura delle fattispecie, ma – per così dire – assiologica», data dalla maggiore intensità del disvalore sociale, che è sempre associato alle pratiche commerciali aggressive[458].

È vero che talvolta il confine tracciato dal legislatore sembra labile e risulta tutt'altro che agevole comprendere quale criterio lo abbia spinto a definire alcune pratiche commerciali come «in ogni caso» aggressive e non ingannevoli e viceversa[459]. Simili ambiguità non vanno, tuttavia, sovrastimate, al punto da ritenere assimilabili le due categorie di pratiche commerciali scorrette. E ritenerle tali, al solo fine di estendere un ragionamento che le Adunanze Plenarie – non a caso – hanno sviluppato con riferimento ad una sola, quella delle pratiche aggressive[460].Tale categoria, peraltro, nella ricostruzione del Consiglio di Stato,

---

[457] Così PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività*, enforcement, a cura di ROSSI CARLEO, Torino, 2015, p. 179.

[458] Si è espresso in questi termini BERTANI, nella sua *Relazione* dal titolo *Pratiche commerciali ingannevoli fra disciplina generale e regolazione di settore*, tenuta a Ferrara, il 25 novembre 2017, in occasione della II sessione del Convegno *Disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e regolazioni di settore: il diritto italiano al vaglio della Corte di Giustizia UE*. Lo stesso a., in un successivo saggio in cui rielabora la relazione di Ferrara, mette in guardia sui limiti delle teorizzazioni di una distinzione assiologica tra le pratiche aggressive e quelle ingannevoli. Si tratterebbe, infatti, di «una differenza apprezzabile soltanto mediante un giudizio di valore dai contorni quanto mai arbitrari» (BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 2018, IV, p. 941).

[459] Un caso abbastanza eclatante è dato dal punto 31 dell'All. I, dir. 2005/29/CE, recepito nell'art. 26, comma 1, lett. h) cod. cons. sui messaggi promozionali circa la vincita di premi, per il cui ottenimento si richiede, in realtà, al vincitore di sostenere un costo. Tale pratica è astrattamente definita come «in ogni caso» aggressiva. Tuttavia, la Corte di Giustizia CE, nell'analizzare la fattispecie, ha affermato che essa vada più correttamente ricompresa tra le pratiche commerciali ingannevoli, sussistendo un inganno a scapito del consumatore. V. Corte CE, 18 ottobre 2012, *Purely Creative Ltd e altri contro Office of Fair Trading*, C-428/11, in *Danno e resp.*, 2013, VIII-IX, p. 823 ss., con nota di MONTANI, *A caval donato non si guarda in bocca? Pratiche commerciali scorrette al vaglio della Corte di Giustizia*. La sentenza è stata menzionata anche nella sua *Relazione* da CARONNA, *Un tentativo di inquadramento sistematico del divieto delle pratiche aggressive*, ined., tenuta a Ferrara nel Convegno *Disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e regolazioni di settore: il diritto italiano al vaglio della Corte di Giustizia UE*, cit.

[460] D'altra parte, a conferma di simili perplessità, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, nel disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE sulla questione – rinvio che sarà approfondito nel prossimo par. –, ha previamente osservato che il problema «dell'individuazione dell'Autorità competente ad irrogare la sanzione (…) dipende, a sua volta (quanto meno in parte), dalla risoluzione della questione relativa alla legittimità, o meno, della qualificazione della condotta addebitata alla Società *sub specie* di "pratica commerciale aggressiva" e di "pratica commerciale in ogni caso aggressiva"».

comprenderebbe anche comportamenti meramente omissivi, quali il mancato adempimento di obblighi informativi. Il che desta ulteriori perplessità, giacché l'indebita ingerenza nella sfera volitiva del consumatore propria delle pratiche commerciali aggressive sembrerebbe richiedere una condotta necessariamente commissiva. Tanto è che la disciplina sulle PCS prevede espressamente le omissioni ingannevoli, ma nulla dice in merito a ipotetiche omissioni aggressive[461].

In conclusione, appare a mio avviso preferibile limitare l'applicazione del principio di diritto sancito nel 2016 alle sole attività promozionali aggressive. Una simile lettura presenta, tuttavia, profili di criticità. Essa sancisce la competenza esclusiva dell'A.G.C.M. ad accertare e sanzionare, all'interno dei mercati regolati, una sola tipologia di illecito, tra quelle previste dagli artt. 18 ss. cod. cons. Circostanza che, da un lato, potrebbe indurre l'Antitrust a qualificare come «aggressive» condotte definibili in termini di mera decettività, solo per evitare contestazioni sull'esercizio dei suoi poteri[462]; e, dall'altro, potrebbe favorire la massiva proposizione di difese che chiedano di «de-rubricare» il titolo dell'illecito, per ottenere una declaratoria di incompetenza dell'A.G.C.M.[463].

7. *Le ordinanze di rinvio pregiudiziale,* ex *art. 267 TFUE: il diritto italiano al vaglio dei giudici europei.*

L'annosa questione del rapporto tra discipline e del conseguente riparto di competenze tra *Authorities* nei settori regolati, esaminata in queste pagine, sembrava vicina a una conclusione o quanto meno a un punto di svolta.

La soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria[464] non era apparsa idonea a chiarire i dubbi che avevano originato il rinvio. La stessa sezione rimettente – la Sesta del Consiglio di Stato – ha ritenuto, pertanto, doveroso sollevare anche questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia CE[465]. Il tentativo era volto ad ottenere una parola definitiva sulla compatibilità euro-unitaria dell'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons.[466]. La risposta

---

[461] V. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, cit., p. 943.
[462] A ben vedere, in alcuni casi, una simile eventualità si è già verificata, come ha opportunamente segnalato BERTANI, nella sua *Relazione* dal titolo *Pratiche commerciali ingannevoli fra disciplina generale e regolazione di settore*, cit.
[463] Così CAPPAI, *op. cit.*, p. 907.
[464] V. *supra* al par. 3 del presente cap. II.
[465] Cons. St., 17 gennaio 2017, nn. 167 (*Wind*) e 168 (*Vodafone*), ord., relative alle cause C-54/17 e C-55/17, consultabili in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.
[466] V. BARSI, *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda alla Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio, n. 167*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, I, p. 167.

del giudice comunitario non si è fatta attendere, ma delude le aspettative di quanti, me compresa, confidavano in una «quadratura del cerchio»[467].

Mi preme, innanzitutto, rilevare come sia piuttosto singolare assistere in un medesimo giudizio all'intervento dell'Adunanza Plenaria prima e alla rimessione alla Corte di Giustizia poi[468]. La decisione della Sesta Sezione di interpellare la Corte, nonostante la pronuncia in udienza plenaria, trova, tuttavia, giustificazione proprio nella giurisprudenza comunitaria.

Nella sentenza relativa al caso *Puligienica c. Airgest S.p.A.* la Grande Camera ha stabilito, infatti, che l'esigenza di risolvere un dubbio sulla corretta interpretazione di una norma comunitaria costituisce un preciso obbligo per gli organi giurisdizionali apicali[469]. Tale obbligo deve considerarsi prevalente anche rispetto ad una decisione già espressa sulla stessa questione dall'organismo di giustizia amministrativa dotato di funzione nomofilattica. Il che consente – proprio come è accaduto nella vicenda processuale *de qua* – di disapplicare l'art. 99, comma 3, c.p.a., nella parte in cui impone alla sezione rimettente, che non condivida l'orientamento della Plenaria su una questione di interpretazione o validità del diritto dell'Unione, di rinviare la questione stessa esclusivamente all'Adunanza, senza poter adire direttamente la Corte di Giustizia[470].

---

[467] V. Corte CE, 13 settembre 2018, in *http://www.curia.europa.eu*. Alla sentenza, sopraggiunta durante la redazione del presente lavoro, sarà dedicato il par. 8 del presente cap. II, a cui faccio sin da ora rinvio.

[468] In proposito, la sezione rimettente, nell'ordinanza di rinvio, ha avuto cura di precisare che «nell'ambito del presente processo la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016 non è munita dell'autorità dello *stare decisis* (…), [la quale] è cedevole in caso di sospettato contrasto della sentenza dell'Adunanza plenaria con il diritto euro-unitario».

[469] Il riferimento è alla pronuncia della Corte CE, 5 aprile 2016, *Puligienica c. Airgest S.p.A.*, C-689/13, in *http://www.curia.europa.eu*, laddove si è stabilito, tra l'altro, che: «L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale».

[470] Una simile impostazione è stata «ratificata» dal Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, nella sentenza del 27 luglio 2016, n. 19, laddove si legge: «Alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia nella citata sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve (…) essere interpretato nel senso che: a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea». Per un quadro più esaustivo, si veda BARSI, *op. cit.*, p. 153-154. Sulla corretta interpretazione dell'art. 99, comma 3, c.p.a., si rinvia a C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 1209-1210.

Va precisato che, sino al rinvio pregiudiziale in esame, la Corte di Lussemburgo aveva avuto modo di occuparsi del problema del riparto di competenza in via marginale.

Nel caso *Abcur* del luglio 2015[471], analizzando il rapporto tra normativa sulle PCS e direttiva sui medicinali a uso umano – la 2001/83/CE[472] – il giudice europeo aveva stabilito la possibile prevalenza della direttiva del 2001, quale *lex specialis*, su «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali», salvo poi concludere in modo ambiguo: «pratiche pubblicitarie relative» a medicinali a uso umano «sarebbero parimenti suscettibili di ricadere nella sfera della direttiva 2005/29, sempreché ricorrano le condizioni ai fini dell'applicazione della direttiva medesima». Leggendo tale sentenza appare tutt'altro che chiaro se, come parrebbe lasciare intendere il dato letterale, a fronte di una medesima fattispecie, possa ammettersi, quanto meno in astratto, un duplice intervento di *enforcement*. Occorrerebbe soprattutto comprendere il significato dell'inciso «sempreché ricorrano le condizioni ai fini dell'applicazione della direttiva» sulle PCS. E in dottrina, vi era chi aveva opportunamente rilevato che proprio da tale inciso dovesse prendere avvio l'analisi che la Corte avrebbe svolto sulla questione pregiudiziale posta dal Consiglio di Stato[473].

Con la sentenza resa nella causa *Citroën Commerce*[474], la Corte di Giustizia aveva, invece, vagliato i rapporti tra gli obblighi sanciti dalla direttiva 2005/29/CE e quelli di cui alla direttiva 98/6/CE in merito all'indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori[475]. Tale ultima fonte comunitaria non prescrive, dunque, obblighi settoriali, ma approfondisce un aspetto – i prezzi dei beni al consumo – previsto anche nella direttiva sulle PCS. Si tratta di un caso non perfettamente assimilabile a quello in ultimo sottoposto all'esame della Corte, dal momento che non riguarda una relazione tra norme generali e norme speciali applicabili ad un singolo settore. Tuttavia, è interessante osservare come,

---

[471] Corte CE, 16 luglio 2015, *Abcur*, cause riunite C-544/13 e C-545/13, in *http://www.curia.europa.eu*. Tale precedente è stato menzionato da LIBERTINI nella sua *Relazione* dal titolo *Principio di specialità come criterio regolatore dei rapporti tra la normativa generale e le normative settoriali a tutela dei consumatori*, ined., tenuta a Ferrara nel Convegno *Disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e regolazioni di settore: il diritto italiano al vaglio della Corte di Giustizia UE*, cit. L'a., oltre al caso *Abcur*, ha menzionato la pronuncia *Citroën Commerce*, su cui *infra*. In entrambi i precedenti, la Corte di Lussemburgo ha avuto occasione di esprimersi, seppure con profili di ambiguità piuttosto importanti – rilevati dallo stesso Libertini –, sul principio di specialità.

[472] V. Direttiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 «recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano».

[473] Così MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, cit., p. 524.

[474] V. Corte CE, 7 luglio 2016, *Citroën Commerce*, C-476/14, in *http://www.curia.europa.eu*.

[475] V. Direttiva 98/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 «relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori».

nella specie, il giudice europeo abbia ritenuto applicabile la sola disciplina della direttiva 98/6 e non anche gli obblighi generali prescritti dalla fonte comunitaria del 2005[476].

Al di là di simili precedenti, invero non decisivi[477], occorre ora soffermarsi sulle pronunce di rinvio pregiudiziale del 2017.

Nel merito, il Consiglio di Stato proponeva due diverse serie di questioni, per un totale di sette quesiti, riferibili *in primis* al ben noto problema del riparto di competenza e *in secundis* alla qualificazione di una pratica commerciale come «aggressiva», ai sensi della dir. 2005/29 e degli artt. 24-26 cod. cons.[478]. Successivamente, il TAR del Lazio ha aderito alle medesime perplessità sollevate dalla Sesta Sezione, sottoponendo, a propria volta, quesiti analoghi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, pur con riferimento ad un altro settore, quello energetico[479].

Nelle ordinanze nn. 167-168/2017, la sezione rimettente del Consiglio di Stato, preso atto dell'esistenza di una disciplina a tutela dei consumatori di matrice comunitaria nel mercato delle comunicazioni elettroniche, ha chiesto alla Corte, in primo luogo, se la «rete di sicurezza» che la direttiva sulle PCS

---

[476] Ha osservato LIBERTINI, *Principio di specialità come criterio regolatore dei rapporti tra la normativa generale e le normative settoriali a tutela dei consumatori*, cit., che, in tale ipotesi, il principio di specialità è stato inteso in senso meramente derogatorio, senza ulteriori sfumature. Si rilevi, peraltro, che nel caso di violazione dell'obbligo di indicare i prezzi, dovendo prevalere la direttiva del 1998 – in conformità, per l'appunto, al principio di diritto formulato nella sentenza *Citroën Commerce* –, nel nostro ordinamento, si applicherà l'art. 17 cod. cons. L'art. 5 – rubricato *Sanzioni* – del d.lgs. n. 84/2000, che ha dato attuazione alla direttiva 98/6/CE è, infatti, in ultimo confluito nel codice del consumo, proprio all'art. 17. Quest'ultimo rinvia, a sua volta, all'art. 22, comma 3, d.lgs. n. 114/1998. E l'art. 22, comma 3 – afferma ancora opportunamente Libertini – appare contrario al principio di effettività, richiesto, a livello comunitario, dalla stessa dir. 98/6/CE (art. 8), dal momento che prescrive una sanzione massima di (soli) 3.000 euro in capo ai professionisti che omettano di indicare, nei prodotti offerti ai consumatori, il prezzo per unità di misura o non lo indichino affatto.

[477] Merita, inoltre, di essere menzionato un ulteriore precedente relativo proprio al settore delle telecomunicazioni, che venne, però, giudicato dalla Corte Suprema Americana (v. *Supreme Court of the United States, January* 13, 2004, n. 02-682, *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, often shortened to Verizon v. Trinko*). In tale occasione, la Corte aveva affermato la prevalenza della normativa di regolazione settoriale, in quanto esaustiva ed autosufficiente, sulla disciplina generale Antitrust. In un passaggio della sentenza, si legge, in particolare: «*One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small (…) The regulatory framework that exists in this case demonstrates how, in certain circumstances, "regulation significantly diminishes the likelihood of major antitrust harm" (Concord v. Boston Edison Co.)*». Per un esaustivo commento, si rinvia a RUBIN, *The truth about Trinko*, in *50 Antitrust Bull. 725*, 2005, p. 725 ss.

[478] V. MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, cit., p. 523.

[479] V. TAR del Lazio, 17 febbraio 2017, nn. 2547, 2548, 2550, 2551, ord. Corte CE, 13 settembre 2018, cit. risponde, in termini invero lacunosi – come avrò modo di chiarire *infra* al par. 8 del presente cap. II –, ai soli quesiti espressi per il settore delle comunicazioni elettroniche dal Consiglio di Stato e non a quelli formulati, in un secondo momento, dal TAR del Lazio. Per questi ultimi si attende ancora una risposta dal giudice europeo.

mira a realizzare potesse venire pregiudicata dall'applicazione in via esclusiva di una disciplina settoriale munita delle stesse caratteristiche di quella vigente nell'ambito delle comunicazioni elettroniche; o se, per contro, tale «rete di sicurezza» dovesse senz'altro recedere di fronte a normative pro-consumeristiche di natura speciale[480].

Sin dal primo quesito, il Consiglio di Stato sembrava richiedere alla Corte di Giustizia «una scelta di campo»: chiarire se le politiche dell'Unione intendessero perseguire la protezione dei consumatori in modo differenziato, a seconda del singolo mercato in cui il professionista si trovi a operare, o se, in alternativa, dovessero prediligere l'applicazione trasversale e generalizzata della direttiva del 2005, nella sua funzione di «rete di sicurezza». L'attuale quadro normativo e giurisprudenziale comunitario non sembra offrire risposte univoche sul punto. Punto all'evidenza focale per definire i rapporti tra discipline – generale e speciali – e risolvere i conseguenti conflitti di attribuzione tra *Authorities*.

Qualora le politiche europee, secondo la prima opzione, preferissero differenziare la tutela dei consumatori in base ai diversi contesti economici, si renderebbe necessaria la distinzione tra mercati non regolati e «mercati aventi ad oggetto *public utilities*». I primi sarebbero soggetti senz'altro alla normativa comunitaria generale sulle PCS, mentre i mercati regolati verrebbero ad essere disciplinati, «anche per i profili consumeristici, dalle direttive settoriali (e dai relativi atti interni di recepimento)»[481].

Nella seconda opzione, per contro, la direttiva 2005/29/CE avrebbe la funzione di uniformare il più possibile la condotta degli imprenditori all'interno del mercato unico. Di conseguenza, non vi dovrebbero essere distinzioni particolari legate ai singoli contesti economici (regolati e non). Secondo la convincente ricostruzione di un autore, allora, «fatti salvi eventuali aspetti specifici – che a mio avviso andrebbero però chiaramente individuati – la direttiva dovrebbe trovare applicazione generalizzata, operando come strumento di tutela complementare rispetto agli (eventuali) apparati settoriali»[482].

Lungi dall'esprimere una posizione chiara sul punto, i giudici di Lussemburgo, nella recente pronuncia pregiudiziale, hanno definito i soli rapporti tra normative nel settore nella specie rilevante, quello delle comunicazioni elettroniche. Avrò modo di approfondire tale profilo a breve[483].

In ogni caso, il primo quesito pregiudiziale va letto congiuntamente al secondo relativo al principio di specialità. La «scelta di campo» suddetta avrebbe

---

[480] Cfr. CAPPAI, *op. cit.*, p. 913.
[481] Così opportunamente CAPPAI, *op. cit.*, p. 915.
[482] V. CAPPAI, *op. cit.*, p. 915.
[483] V. *infra* al par. 8 del presente cap. II.

richiesto, infatti, anche l'adesione a una delle possibili declinazioni del principio. Il Consiglio di Stato si chiedeva se la specialità, di cui all'art. 3, comma 4, dir., dovesse applicarsi al rapporto tra ordinamenti normativi (è la cd. specialità «per settori» o «per materie»), o tra singole previsioni legislative (si tratta della cd. specialità «per fattispecie»[484] o «per norme»), ovvero ancora tra Autorità.

In un discorso di politica generale a tutela dei consumatori, qualora, a livello comunitario, si preferisse dar risalto ai singoli contesti economici regolati per perseguire una protezione specifica del bacino di utenza di ciascuno di essi, si dovrebbe probabilmente optare per una specialità «per settori» o «per materie»: dovrebbero essere le singole fonti settoriali a stabilire di volta in volta gli interessi in concreto prevalenti. E il professionista potrebbe essere soggetto a quei «soli obblighi di comportamento specifici, frutto di una preventiva tecnica di bilanciamento indicata direttamente a livello primario (e sub-primario)»[485].

Se, invece, si dovesse prediligere un'applicazione il più possibile generalizzata della direttiva sulle PCS – optando per la seconda tra le politiche proconsumeristiche europee ipotizzate – sarebbe, nella mia opinione, più appropriato il criterio della specialità «per fattispecie» o «per norme»: le autorità di *enforcement* nazionali verrebbero chiamate ad enucleare, nella prassi applicativa, i comportamenti in concreto esigibili dai professionisti anche nei mercati regolati.

Seppure in modo poco esaustivo, la Corte di Giustizia, nella pronuncia dello scorso settembre, sembrerebbe aver preferito quest'ultima declinazione del principio di specialità[486].

Ai fini di una corretta attuazione dello schema della specialità, occorreva rispondere anche al terzo quesito proposto dal Consiglio di Stato: se la nozione di «contrasto», *ex* art. 3, comma 4, dir. dovesse intendersi come «radicale antinomia», o se potesse, invece, leggersi in senso più ampio, come mera

---

[484] Tale accezione del principio può declinarsi – come è noto – nella specialità «per fattispecie concrete» o «per fattispecie astratte». Stando alla posizione espressa dal Consiglio di Stato nelle Adunanze Plenarie del 2016, si tratterebbe della specialità «per fattispecie *concrete*» e non «astratte». Si rinvia, sul punto, alle riflessioni svolte nel par. precedente.

[485] Così CAPPAI, *op. cit.*, p. 916.

[486] La Corte avrebbe così implicitamente aderito alla tesi espressa dall'Avvocato generale Campos Sànchez-Bordona nelle sue conclusioni motivate, presentate il 31 maggio 2018 (cause riunite *A.G.C.M.-Wind Tre S.p.A.*, C-54/17 e *A.G.C.M.-Vodafone Italia S.p.A.*, C-55/17), consultabili sul sito *http://www.curia.europa.eu*. Egli, al punto 107, ha chiarito come non debba necessariamente sussistere un sistema settoriale di protezione dei consumatori, affinché le norme della fonte comunitaria del 2005 vengano disapplicate. «Invero – continua l'Avv. –, il sistema istituito da tale direttiva, in quanto sistema di protezione generale, non cede il passo, in quanto tale, ad alcun sistema». Piuttosto, a cedere il passo sarebbero alcune delle sue disposizioni ed esclusivamente nella misura in cui ve ne siano altre che disciplinino «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali», a norma dell'art. 3, comma 4, dir. Rinvio, ancora una volta, alle osservazioni riportate *infra* al par. 8 del presente cap. II.

esistenza di una «disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alla specificità del settore»[487].

La risposta a un simile quesito sembrava essere già stata espressa nelle Linee Guida del 2016, laddove la Commissione UE aveva chiarito come il contrasto tra norme potesse ricomprendere la semplice sovrapposizione tra le medesime. Sennonché, l'istituzione comunitaria, in senso diametralmente opposto, nella lettera di messa in mora all'Italia del 2013[488], affermava che «il termine "contrasto" (…) fa[cesse] chiaramente riferimento all'opposizione o all'incompatibilità tra norme».

La Corte di Giustizia (almeno) su tale profilo non lascia spazio ad ulteriori oscillazioni, spiegando che la nozione implichi «una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturale in quanto diverse»[489].

L'interpretazione adottata dalla Corte mi sembra convincente. Essa sostiene che la semplice differenza tra le disposizioni poste a paragone non costituisce di per sé un'antinomia che le rende del tutto incompatibili. Tale differenza non osterebbe, dunque, alla coesistenza di entrambi i contenuti normativi, che potrebbero trovare contemporanea applicazione tramite una «formula inclusiva». Nell'unica eventualità in cui siffatta operazione non fosse possibile, la divergenza fra le previsioni comporterebbe la prevalenza solo di una delle due, ossia di quella più specifica.

Una simile esegesi, a mio avviso, ha il pregio di consentire la contemporanea vigenza di *lex generalis* e *specialis*, applicando la normativa di settore, esclusivamente quando la concorrenza fra discipline non sia realizzabile[490].

L'ulteriore interrogativo sollevato dalla sezione rimettente concerneva la nozione di «norme comunitarie». Il Consiglio di Stato si domandava, in particolare, se essa fosse da intendersi in senso stretto, con riguardo «alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse», ovvero se potesse leggersi in senso ampio, ricomprendendo così anche le «disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo».

Quest'ultima definizione avrebbe l'effetto di allargare in modo significativo la possibile applicazione prevalente di norme speciali. Tali norme

---

[487] Sull'accezione, a mio avviso, preferibile del termine «contrasto» mi sono già espressa *supra* al termine del par. 4 del presente cap. II.
[488] Si rinvia *supra* al par. 5 del presente cap. II.
[489] In questo passaggio, la Corte riprende pressoché alla lettera le conclusioni motivate dell'Avvocato generale Campos Sànchez-Bordona, 31 maggio 2018, cit., punto 124.
[490] *Contra* MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, cit., p. 526.

potrebbero, infatti, ricomprendere anche previsioni di diritto interno prive di un collegamento stretto o diretto con la legislazione comunitaria[491]. Un simile ampliamento del campo applicativo della *lex specialis*, per certi versi auspicabile, rischierebbe, però, di compromettere l'obiettivo di armonizzazione completa perseguito dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

Tale lettura sarebbe, in ogni caso, da prediligere, qualora, tra le due politiche comunitarie suddette, l'Unione optasse chiaramente per quella volta a perseguire una specifica protezione dei consumatori nei mercati regolati. Le direttive settoriali pongono, infatti, in prevalenza prescrizioni puntuali o mere norme di principio, rinviando alle singole Autorità di Regolazione nazionali – di regola di raccordo tra loro e sotto la guida di un apposito organismo europeo individuato dalle direttive medesime[492]– l'adozione di atti normativi che descrivano le fattispecie in modo più ampio e articolato. E, allora, attraverso una lettura estensiva della nozione di «norma comunitaria», potrebbe riconoscersi una copertura euro-unitaria alle delibere delle *Authorities* che, pur non trovando un fondamento puntuale nelle norme primarie europee e nazionali, perseguano obiettivi coerenti con quelli fissati dalle discipline primarie[493]. In tal modo, le *leges speciales* potrebbero costruire fattispecie di illecito raffrontabili con quelle tipizzate dalla direttiva 2005/29[494].

Il silenzio della Corte di Giustizia su tali interrogativi nella pronuncia pregiudiziale appare invero assordante.

In ultimo, tenendo conto anche della possibilità, emersa nella prassi giurisprudenziale, di un trattamento differenziato delle categorie di pratiche commerciali scorrette, la Sesta Sezione si chiedeva se il principio di diritto statuito dalle Plenarie del 2016 trovasse applicazione anche ai casi in cui, rispetto alla singola fattispecie concreta, «esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata sul diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime "pratiche aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime "pratiche scorrette"».

---

[491] Cfr. MOSCA, *op. ult. cit.*, p. 527.

[492] A titolo esemplificativo, si pensi al *Body of European Regulators in Electronic Comunication* (BEREC), istituito nel mercato delle comunicazioni elettroniche dal Reg. (CE) n. 1211/2009, ovvero all'*Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER) nell'ambito energetico, costituita dal Reg. (CE) n. 713/2009. Per approfondimenti, si veda CAPPAI, *op. cit.*, p. 916.

[493] Osserva opportunamente l'Avvocato generale Campos Sànchez-Bordona, nelle sue conclusioni motivate, 31 maggio 2018, cit., punto 119, che per garantire l'applicabilità di simili norme nazionali più dettagliate non occorra includerle nella categoria «norme dell'Unione», ma sia sufficiente ricondurle alla direttiva settoriale dalla quale provengono e verificare se quest'ultima possa prevalere sulla *lex generalis*, laddove siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 3, comma 4, dir.

[494] Così ipotizza giustamente CAPPAI, *op. cit.*, p. 917.

Tale questione sembrava porsi come «quesito di chiusura» dell'intero rinvio pregiudiziale. Essa trovava la propria giustificazione nel fatto che sia le Linee Guida della Commissione[495], sia la sentenza *Abcur* della Corte di Giustizia richiamassero il caso di una pratica commerciale aggressiva, come esempio di condotta ricompresa esclusivamente nell'ambito della direttiva sulle PCS, senza essere, quindi, disciplinata, al contempo, da una normativa di settore[496]. Le ultime Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato avevano, come è noto, affermato una posizione ancora più netta sul punto, concludendo che la condotta promozionale aggressiva fosse sempre e inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'Autorità Antitrust.

Nel paragrafo precedente ho già avuto modo di rilevare le criticità di un simile principio di diritto. Mi sembra opportuno, in questa sede, aggiungere che esso parrebbe introdurre surrettiziamente distinzioni di valore tra le categorie legislative di pratiche commerciali scorrette, che vanno al di là del dato normativo. La direttiva sulle PCS, pur delineando le attività aggressive come illeciti implicitamente più gravi rispetto alla pubblicità ingannevole – almeno sotto il profilo delle conseguenze sui consumatori che ne siano vittime –, non pone, infatti, alcuna gerarchia esplicita tra le varie fattispecie ivi contemplate.

Sull'ultima questione, la Corte di Giustizia ha ritenuto di non doversi esprimere affatto, limitandosi ad escludere che la direttiva settoriale vigente nell'ambito delle comunicazioni elettroniche contempli condotte rientranti nelle nozioni di pratiche commerciali aggressive o «in ogni caso» aggressive.

8. *L'intervento ben poco risolutivo della Corte di Giustizia CE: un'occasione mancata.*

Come ho già avuto modo di anticipare[497], il 13 settembre 2018, la seconda sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di Stato in merito all'interpretazione di alcune previsioni della direttiva 2005/29, da applicare allo specifico settore delle telecomunicazioni[498].

L'esegesi della Corte di Giustizia appariva ai più decisiva per poter finalmente definire, in piena conformità con il diritto euro-unitario, il binomio discipline-autorità competenti nel contrastare le pratiche commerciali scorrette all'interno dei mercati regolati italiani.

---

[495] V. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit.
[496] Cfr. MOSCA, *op. ult. cit.*, p. 527.
[497] V. *supra* al par. 7 del presente cap. II.
[498] V. Corte CE, 13 settembre 2018, cit.

Viste le continue oscillazioni della giurisprudenza e della legislazione nazionale sul punto, i quesiti sottoposti ai magistrati europei avrebbero richiesto una risposta ampia e il più possibile esaustiva. Una risposta che, seppure inevitabilmente riferita al settore strettamente coinvolto nella vertenza, potesse estendersi, in via interpretativa, a tutti i mercati regolati e a tutte le ipotesi di potenziale conflitto di una *lex specialis* con la direttiva del 2005. In tal modo, almeno indirettamente, si sarebbe potuta risolvere la questione della compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons. Su tale questione, è bene precisarlo, i magistrati europei non erano tenuti ad esprimersi, giacché il Consiglio di Stato non ne aveva fatto oggetto di alcun quesito specifico. Tuttavia, una risposta più esauriente della Corte avrebbe potuto contribuire a fare luce anche su un simile profilo.

Sennonché, i giudici di Lussemburgo, più o meno consapevolmente, si sono ben guardati dall'affrontare in modo approfondito il collegamento tra normative e autorità competenti nell'ambito delle attività promozionali sleali. Le aspettative di quanti confidavano in una soluzione definitiva della questione esaminata in queste pagine sono state così disattese: lungi dall'offrire una conclusiva «quadratura del cerchio», la decisione sorvola sugli elementi più salenti sottoposti all'attenzione della Corte e non giunge ad un chiarimento utile e persuasivo.

Dopo aver riassunto i fatti e riportato i quesiti sollevati in sede di rinvio, la Corte di Giustizia affronta le questioni pregiudiziali, esaminando congiuntamente le prime due e le restanti cinque, senza offrire alcuna risposta all'ultima.

Una simile tecnica argomentativa già di per sé mi lascia perplessa. Per quanto i quesiti fossero tutti strettamente collegati l'uno all'altro, ciascuno di essi avrebbe richiesto un'analisi approfondita. Trattando simultaneamente più questioni, i giudici europei hanno invero aggirato alcuni interrogativi e chiarito solo superficialmente altri. Fatico poi davvero a comprendere per quale ragione, secondo la Corte, «non occorre rispondere alla settima questione».

Segnatamente, i magistrati comunitari, in primo luogo, hanno stabilito che la nozione di fornitura non richiesta, quale pratica commerciale «in ogni caso» aggressiva, ricomprenda certamente le condotte degli operatori di telecomunicazioni oggetto dei procedimenti principali, «consistenti nella commercializzazione (…) di carte SIM sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi».

È irrilevante – continua la pronuncia – che l'utilizzo di siffatti servizi abbia richiesto, in alcuni casi, «un'azione consapevole da parte del consumatore», o che questi abbia avuto l'opportunità di optare per la loro disattivazione. L'acquirente medio di carte SIM non è in alcun modo consapevole del fatto che, al momento dell'acquisto della carta, essa contenga automaticamente servizi aggiuntivi; ovvero che, una volta inserita la SIM in un dispositivo mobile, quest'ultimo possa collegarsi a Internet all'insaputa del consumatore con costi ulteriori, non preventivabili.

A conferma di tali osservazioni, la Corte aggiunge che il prezzo costituisce un'informazione necessaria, nella specie occultata dai professionisti, affinché l'acquirente assuma una decisione di consumo consapevole.

I rilevi dei giudici europei su tali questioni appaiono interessanti, perché ammettono, seppure implicitamente, la possibilità di pratiche commerciali aggressive in forma omissiva. Un'eventualità quest'ultima che solo alcuni autori avevano sostenuto espressamente e su cui io stessa ho manifestato alcuni dubbi[499].

In secondo luogo, con riferimento alle ulteriori questioni analizzate cumulativamente, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che l'art. 3, comma 4 e il *Considerando* n. 10 dir. vanno interpretati nel senso che la disciplina generale debba applicarsi «soltanto qualora non esistano specifiche norme del diritto dell'Unione che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»[500].

Dal momento che la direttiva «servizio universale» non contiene «norme disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come la fornitura non richiesta»[501] e la stessa direttiva prevede che le sue disposizioni si applichino «fatte salve le norme [dell'Unione] in materia di tutela dei consumatori», la Corte conclude che nei procedimenti principali valgano esclusivamente «le norme pertinenti della direttiva 2005/29»[502].

Da siffatte considerazioni mi sembra possibile evincere che i giudici europei abbiano optato per una declinazione del principio di specialità «per

---

[499] Cfr. BERTANI, *Relazione* dal titolo *Pratiche commerciali ingannevoli fra disciplina generale e regolazione di settore*, cit. Già in occasione del convegno ferrarese e, in termini ancora più netti in un secondo momento, l'a. ha, però, sollevato condivisibili perplessità sul punto (BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, cit., p. 943). Rinvio alle considerazioni che ho espresso *supra* al par. 6.1. del presente cap. II.

[500] Sul punto la sentenza richiama Corte CE, 16 luglio 2015, *Abcur*, cause riunite C-544/13 e C-545/13, cit. (v. punto 58 della sentenza).

[501] V. punto 66 della sentenza della Corte.

[502] V. punto 69 della sentenza della Corte.

fattispecie (astratte)» o «per norme»[503]. Tuttavia, a mio avviso, sarebbe stato più opportuno se si fosse esplicitata chiaramente l'esegesi prescelta.

Inoltre, resta inspiegabilmente irrisolta la questione relativa alla nozione di «norma comunitaria». La pronuncia pregiudiziale rinvia genericamente alle disposizioni europee: non viene affatto chiarito se l'antitesi tra *leges speciales* e *lex generalis* – riprendendo il quesito formulato dalla Sesta Sezione – riguardi, in senso stretto, «le sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché le norme di diretta trasposizione delle stesse», ovvero, in senso ampio, ricomprenda anche le «disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo». Nel silenzio della Corte su tale profilo – silenzio che io stessa ho definito assordante[504]–, direi che dovrebbe privilegiarsi una lettura restrittiva del concetto in esame.

Quanto alla nozione di «contrasto», i giudici di Lussemburgo l'hanno intesa, in definitiva, quale sinonimo di divergenza insuperabile. Su tale interpretazione mi sono già espressa[505]. In questa sede, mi limito solo a ribadire che la scelta esegetica della Corte con riferimento a tale termine sia stata quella, a mio avviso, preferibile per le ragioni esplicitate in precedenza.

Sebbene i magistrati comunitari non dicano nulla in proposito, dal tenore complessivo della sentenza parrebbe poi emergere una preferenza per l'applicazione trasversale e il più possibile generalizzata della direttiva sulle PCS, nella sua funzione di «rete di sicurezza», a scapito delle eventuali discipline settoriali concomitanti. Lo si evince, nella mia opinione, dal passaggio in cui la Corte afferma che la fattispecie di fornitura non richiesta, dovendo essere valutata alla luce della direttiva 2005/29, non può essere sanzionata dall'Autorità Nazionale di Regolazione prevista dalla direttiva (speciale) «servizio universale»[506]. La fonte comunitaria del 2005, quale *lex generalis*, dovrà essere, allora, il riferimento costante, la «rete», appunto, che risolve dubbi applicativi e lacune. In tal senso, la sentenza ha il merito di offrire, seppure tra le righe, indicazioni utili a definire il rapporto tra discipline e autorità competenti nell'ambito delle pratiche commerciali sleali.

Infine, mi sembra grave l'omissione dei giudici comunitari sul quesito pregiudiziale «di chiusura», formulato, tra l'altro, in termini molto chiari dal Consiglio di Stato: esso avrebbe necessitato di una valutazione particolarmente approfondita da parte della Corte europea. I magistrati italiani si erano chiesti se per una condotta aggressiva o «in ogni caso» aggressiva, realizzata in un mercato regolato, dovesse trovare comunque applicazione in via esclusiva la *lex*

[503] Lo accennavo già *supra* al par. 7 del presente cap. II.
[504] V. *supra* al par. 7 del presente cap. II.
[505] V. *supra* al par. 7 del presente cap. II.
[506] V. punto 70 della sentenza della Corte.

generalis, anche a fronte di una *lex specialis* che avesse disciplinato la medesima fattispecie in modo compiuto. La Corte di Giustizia ha ritenuto la questione fondata su una premessa errata, ossia quella per cui la direttiva «servizio universale» si occupi direttamente anche di pratiche commerciali di tipo aggressivo, ragion per cui, a detta dei giudici, non occorre offrire alcuna risposta all'interrogativo suddetto.

Ma è chiaro che, pur partendo dal caso di specie, il quesito della Sesta Sezione avesse valenza generale. I magistrati europei, per contro, si sono trincerati dietro la peculiare vertenza da cui è originato il rinvio, per eludere del tutto il quesito. Un chiarimento da parte della Corte sarebbe stato invero fondamentale, tenendo conto anche della possibilità, emersa nella prassi[507], di riservare un trattamento differenziato alle tipologie di pratiche commerciali scorrette, a fronte di una (ipotetica) maggiore gravità delle attività promozionali aggressive rispetto a quelle ingannevoli.

In conclusione, la sentenza della Corte di Giustizia dello scorso settembre appare deludente. Pur offrendo alcuni spunti, essa non risponde adeguatamente ai molti interrogativi emersi in questi anni in merito al collegamento tra discipline e *Authorities* nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette.

Resta, inoltre, ancora aperto il problema dell'euro-compatibilità del comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. Come anticipavo poc'anzi, sul punto non è rilevabile alcuna omissione dei giudici europei, dal momento che essi non sono stati direttamente interpellati sulla questione. Tuttavia, una risposta più esaustiva agli altri quesiti pregiudiziali avrebbe potuto essere d'aiuto anche su tale profilo.

Mi preme qui ribadire[508] come, nella mia opinione, l'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons. si ponga in aperto contrasto con la lettera dell'art. 19, comma 3, cod. cons., che, a sua volta, ha recepito pedissequamente l'art. 3, comma 4, dir. Nell'impossibilità di individuare una lettura della disposizione conforme al diritto comunitario, l'unica strada percorribile è, a mio avviso, disapplicare il comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., facendo prevalere l'art. 19, comma 3, cod. cons./art. 3, comma 4, dir. Mi sembra, peraltro, significativo e ben poco confortante il fatto che la procedura d'infrazione intentata nel 2013 dalla Commissione UE nei confronti dell'Italia per violazione della direttiva sulle PCS[509] risulti tuttora in corso.

---

[507] V. *supra* ai par. 6.1. e 7 del presente cap. II.
[508] V. *supra* al par. 5.1. del presente cap. II.
[509] Procedura di cui ho dato ampiamente atto *supra* al par. 5 del presente cap. II.

CAPITOLO TERZO

VERSO UNA NUOVA CORRETTEZZA PROFESSIONALE DELL'IMPRENDITORE SUL MERCATO NELL'ARTICOLATO QUADRO NORMATIVO

SOMMARIO: *1. - Il professionista nelle pratiche commerciali scorrette e la definizione generale dettata dal codice del consumo. 1.1. - Segue: il professionista «indiretto». 2. - La nozione d'impresa tra diritto europeo e tradizione civilistica italiana. La possibile assimilazione del professionista intellettuale all'imprenditore. 3. - La definizione di pratica commerciale scorretta e i principi di buona fede, correttezza e lealtà previsti dal codice del consumo. 4. - I parametri di valutazione della scorrettezza: a) la contrarietà alla diligenza professionale. 4.1. - La diligenza del professionista tra disciplina consumeristica e codice civile. 4.2. - L'agire diligente e secondo correttezza nello specifico contesto delle pratiche commerciali. 5. - I parametri di valutazione della scorrettezza: b) l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio. 6. - Lo standard del consumatore medio e la relazione di proporzionalità inversa con la diligenza professionale. 7. - La scorrettezza del professionista e la sorte del contratto concluso a valle di una pratica commerciale vietata. 7.1. - Il dibattito intorno ai rimedi civilistici: la nullità. 7.2. - Segue: l'annullabilità e la tesi del «doppio binario» di tutele. 7.3. - Lo strumento del recesso unilaterale: una proposta controversa. 8. - La protezione del consumatore e del mercato come scelta di responsabilità: l'obbligo del risarcimento dei danni del professionista scorretto.*

1. *Il professionista nelle pratiche commerciali scorrette e la definizione generale dettata dal codice del consumo.*

Il professionista, quale soggetto destinatario del divieto di pratiche commerciali scorrette, è definito dall'art. 18, comma 1, lett. b) cod. cons., che riprende testualmente il disposto dell'art. 2, comma 1, lett. b) dir. È tale «qualsiasi persona fisica o giuridica che nelle pratiche commerciali scorrette agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome e per conto del professionista»[510].

[510] In dottrina, si è osservato che la definizione di professionista corrisponde sostanzialmente a quella usuale di matrice comunitaria, quale controparte del consumatore. V. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 81. Per approfondimenti sulla nozione di professionista si rinvia, inoltre a: BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di DE

Una simile definizione è speculare a quella dettata in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 2, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 145/2007[511]) e risulta meno approssimativa delle precedenti, di derivazione comunitaria, prescritte in materia di contratti[512].

L'art. 18 non riproduce esattamente la previsione contenuta, già prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, tra le «Disposizioni generali», nell'art. 3, comma 1, lett. c) cod. cons. Quest'ultimo qualifica, infatti, come «professionista», «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario». Il consumatore o utente, precisa ancora la lettera a) della medesima disposizione, è, invece, «la persona fisica – mai la persona giuridica – che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»[513].

L'ambito di operatività della definizione generale di professionista, *ex* art. 3, è più circoscritto di quello proprio della simmetrica nozione di consumatore ivi riportata: benché la norma non faccia espressamente salva la previsione «speciale» dettata dall'art. 18 cod. cons., è chiaro che per il Titolo III debba valere esclusivamente quest'ultima definizione[514].

CRISTOFARO, cit., p. 99; EAD., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1°, c. cons.)*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 121.

[511] Tale disposizione recita: «professionista: qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisce in nome e per conto del professionista».

[512] Così PARTISANI, *Il professionista*, in AA. VV., *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, diretto da FRANZONI, Parte II, Art. 18, Torino, 2008, p. 68.

[513] Si precisa che nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette e, dunque, per quel che interessa il presente lavoro, vige la definizione di consumatore, prevista dall'art. 18, comma 1, lett. a) cod. cons. Ai sensi di quest'ultima norma, è «consumatore» «qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo [il III, rubricato *Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali*], agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». A ben vedere, però, tale nozione, a seguito della riforma attuata dal d.lgs. n. 146/2007, corrisponde oggi sostanzialmente a quella generale, di cui all'art. 3 cod. cons. L'art. 18, nella sua versione originaria, prevedeva, invece, una definizione ben più ampia, che abbracciava qualsiasi persona fisica ma anche giuridica, destinataria diretta o indiretta delle comunicazioni commerciali. La previsione, pertanto, imponeva, in capo ai professionisti, un obbligo generale di comportarsi secondo correttezza nei confronti di tutti i consociati, consumatori e non, a cui fossero diretti i messaggi pubblicitari. È altresì vero che un obbligo di questo tipo è attualmente garantito dalla contemporanea vigenza del d.lgs. n. 145/2007, il quale – come è noto – protegge i professionisti concorrenti dalla pubblicità ingannevole. Ragion per cui, nel suo complesso, la disciplina non è mutata e permane tuttora l'esigenza di offrire una tutela generalizzata, indistintamente, a tutti i soggetti che agiscano sul mercato.

[514] In una *Segnalazione* del 5 gennaio 2012, dal titolo «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza», l'A.G.C.M. aveva, peraltro, suggerito di «estendere alle microimprese gli strumenti di tutela nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive», così che l'Autorità stessa potesse intervenire anche qualora le

A differenza della nozione generale, quella «speciale», prevista in tema di PCS, allude a «qualsiasi» persona fisica o giuridica. Il professionista, dunque, è tale, indipendentemente dalla finalità ideale o lucrativa perseguita o dalla sua qualificazione pubblica o privata, purché egli contratti per uno scopo connesso all'esercizio di un'attività non genericamente imprenditoriale, ma specificamente «commerciale, industriale, artigianale»[515]. Attività, nello svolgimento della quale il professionista potrà porre in essere condotte promozionali sleali rivolte ai consumatori (e ai concorrenti).

Dal confronto testuale degli artt. 18, comma 1, lett. b) e 3, comma 1, lett. c) cod. cons., è possibile rilevare due ulteriori profili di divergenza: *in primis*, nel precetto di portata più generale manca il riferimento al «quadro» dell'attività economico-professionale. Un simile riferimento, peraltro, figurava già nell'originario concetto di matrice europea, confluito, in un primo tempo, negli artt. 1469 *bis* ss. c.c., in tema di clausole abusive[516].

---

condotte scorrette fossero poste in essere a danno di microimprese, «a prescindere dall'esistenza di qualunque messaggio pubblicitario». Il Governo ha accolto prontamente la proposta, adottando il d.l. n. 1/2012, convertito nella l. n. 27/2012, la quale ha inserito nel comma 1 dell'art. 18 cod. cons. la lettera d-*bis*) sulle microimprese. Tale definizione rileva ai fini dell'interpretazione e applicazione dell'art. 19, comma 1, cod. cons., anch'esso parzialmente modificato nel 2012, il quale statuisce che nell'ambito di operatività del Titolo III del codice rientrino le «pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché [al]le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007 n. 145». La nozione di microimprese comprende le entità, le società o le associazioni «che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro». L'inclusione delle pratiche commerciali tra professionisti e microimprese nell'ambito di operatività di alcune delle disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29 è perfettamente compatibile con la fonte comunitaria medesima, la quale non impedisce agli Stati membri di inserire, nel campo di applicazione delle norme attuative, pratiche commerciali a rigore non rientranti nella sfera di operatività della stessa (DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, cit., Artt. 18 e 19, p. 126 ss. e 136 ss.).

[515] L'art. 3, d.lgs. n. 221 del 2007, recante disposizioni correttive ed integrative al codice del consumo, ha opportunamente aggiunto anche all'art. 3 cod. cons. il riferimento all'attività commerciale o artigianale. La precisazione, peraltro, non è innovativa, giacché, pure sotto la vigenza della definizione originaria, le figure di commerciante e artigiano non potevano che rientrare nella nozione in esame. Per approfondimenti, si rinvia a MEMMO, *La nozione di professionista. Il professionista pubblico*, in AA. VV., *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, diretto da FRANZONI, cit., Art. 3, p. 19.

[516] Il capo XIV *bis* sui contratti del consumatore, contenente gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* c.c., era stato inserito nel codice civile dalla l. n. 52/1996. Con l'entrata in vigore del codice del consumo, l'art. 142 cod. cons. ha poi sostituito gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* con il solo art. 1469 *bis* c.c. Tale ultima norma attualmente prevede che «Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli». La disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori è, quindi, confluita negli artt. 33 ss. cod. cons. Il testo previgente dell'art. 1469 *bis*, comma 2, c.c. recitava: «(…) Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, *nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale*, utilizza il contratto di

In secundis, a differire è il lessico impiegato nell'ultima parte delle due disposizioni, al fine di ricomprendere nella nozione di professionista anche colui che agisca sul mercato non direttamente, ma avvalendosi dell'ausilio di terzi.

La dottrina ha ritenuto poco significativo il primo elemento di diversità, ossia la mancata menzione, all'interno dell'art. 3, del «quadro» dell'attività imprenditoriale. Quest'ultima locuzione, a ben vedere, può ritenersi implicita nella stessa nozione di professionista, che deve pur sempre delinearsi – come si preciserà ancora meglio tra un momento – in contrapposizione a quella di consumatore finale. Con il termine professionista non si rinvia, dunque, al solo soggetto che realizzi operazioni economiche «caratteristiche» della propria attività professionale, ma si fa senz'altro riferimento anche a chi ponga in essere atti e/o concluda contratti meramente «connessi» all'attività professionale medesima, senza costituirne una diretta esplicazione[517].

Sul punto, aveva avuto occasione di esprimersi anche la giurisprudenza di legittimità[518], invero in un'epoca in cui il rinvio al «quadro» dello svolgersi dell'attività economica era ancora possibile, giacché l'espressione compariva esplicitamente all'interno della definizione generale, riportata, allora, nell'art. 1469 *bis* c.c.[519].

Al di là della differenza lessicale segnalata, il concetto di professionista – lo si anticipava poc'anzi – deve sempre intendersi in senso antitetico, ma anche simmetrico, rispetto a quello di consumatore. Mentre quest'ultimo agisce per un

---

cui al primo comma». In argomento, *ex multis*, v. BONOFIGLIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469* bis *cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 178 ss.; SABATUCCI, *Ambito di applicazione dell'art. 1469* bis *c.c. e questioni di legittimità costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, III, p. 668 ss.; MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469* bis *e seguenti c.c.*, in *Contr.*, 2000, V, p. 442 ss.

[517] V. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 82; DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contr. e impr.*, 2007, VI, p. 1539.

[518] Si menzionano, esemplificativamente, due pronunce dei giudici di legittimità. Nella prima, la Suprema Corte aveva cassato una decisione del giudice di pace, ove si era qualificato come consumatore finale, anziché come professionista, un imprenditore agricolo esercente la propria attività nei confronti della compagnia assicurativa, con la quale aveva, in precedenza, stipulato un contratto per la copertura dei rischi derivanti dalla sua professione. Si legge nella sentenza: «Perché ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente – *come si evince dalla parola "quadro"* – che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale» (Cass., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 2). Nella seconda sentenza, la Cassazione aveva escluso che potesse qualificarsi come consumatore l'avvocato che aveva sottoscritto un contratto di assicurazione per danni legati all'esercizio della sua attività professionale. Un simile contratto risultava, infatti, stipulato allo scopo, strettamente connesso alla professione, di garantirsi dai rischi della responsabilità civile, cui può essere esposto il professionista nella sua attività (Cass., 9 novembre 2006, n. 23892, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 11). Nello stesso senso, si vedano anche Cass., 27 novembre 2006, n. 25121; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 6; Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685 ss., con nota di DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*.

[519] Sul testo del previgente art. 1469 *bis* c.c. si rinvia *supra* alla nota 516.

impiego esclusivamente privato del bene o servizio dedotto nel (possibile) contratto, ossia del tutto estraneo a una qualsivoglia attività imprenditoriale; il professionista, invece, compie atti da collocare, in ogni caso, nell'ambito, nel contesto o nel quadro, che dir si voglia, di un'attività economica, «commerciale, industriale, artigianale o professionale».

Come si è espressa efficacemente la dottrina, le definizioni di professionista e consumatore, quindi, «sono non solo in antitesi, ma l'una è l'immagine riflessa dall'altra allo specchio». Ragion per cui esse si pongono fra loro in una contrapposizione «estensivo-dimensionale», oltre che «qualitativa»: più una delle due nozioni è intesa in senso restrittivo, più l'altra può essere delineata, corrispondentemente, in modo ampio e allargato[520].

A tal proposito, ritengo opportuno menzionare una sentenza della Corte di Giustizia relativa all'acquisto di beni o servizi per un uso non esclusivamente privato ma promiscuo[521]. La pronuncia, invero piuttosto risalente, si basava su una normativa non più in vigore (la Convenzione di Bruxelles)[522]. Tuttavia, in tale occasione, i giudici di Lussemburgo hanno affermato un principio di diritto ancora attuale, a conferma proprio del rapporto antitetico/speculare tra le due nozioni suddette. La Corte, in particolare, ha chiarito che chi concluda una

---

[520] Cfr. ZORZI GALGANO, *op. cit.*, p. 83.

[521] V. Corte CE, 20 gennaio 2005, *Gruber*, C-464/01, in *Racc.*, 2005, p. I-439. La controversia contrapponeva il signor Gruber, imprenditore agricolo proprietario di una fattoria situata in Austria Superiore vicino alla frontiera tedesca e la Bay Wa AG, una società con sede in Germania, titolare di un punto vendita di materiali da costruzione situato non lontano dalla fattoria del signor Gruber. Tale fattoria in parte era adibita ad uso abitativo, ma comprendeva anche un allevamento di più di 200 suini, una grande sala macchine e silos contenenti dal 10 al 15% della quantità totale di mangimi necessari all'allevamento. Il signor Gruber si era rivolto alla società Bay Wa AG per sostituire il tetto della fattoria. Dopo alcuni contatti telefonici, egli si era recato personalmente nel punto vendita e aveva acquistato le tegole. Sennonché, dopo la consegna e una volta montate, le tegole presentavano rilevanti differenze cromatiche, nonostante la promessa di un colore uniforme, ragion per cui il tetto andava rifatto. Il signor Gruber, allora, aveva chiesto in giudizio il risarcimento del danno alla società tedesca, qualificandosi come consumatore e rivolgendosi al giudice del luogo del suo domicilio, ossia il tribunale austriaco. Il giudice adito, respingendo l'eccezione di incompetenza sollevata dal convenuto, si era dichiarato competente a decidere la causa. Il giudice d'appello, invece, dando ragione alla società tedesca appellante, ha dichiarato la propria incompetenza. Il signor Gruber, quindi, si è rivolto alla Corte Suprema austriaca, la quale ha sospeso il giudizio e demandato, tra le altre, la seguente questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia: in base alla Convenzione di Bruxelles, un contratto avente ad oggetto un bene destinato ad un uso promiscuo, in parte privato e in parte professionale, può definirsi concluso da un consumatore?

[522] La Convenzione di Bruxelles del 1968 «concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale» è stata dapprima sostituita dal Regolamento (CE) n. 44 del 2001 e successivamente dal Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, anche noto come Regolamento «Bruxelles I *bis*», in vigore dal 10 gennaio 2015. Tali sostituzioni, con riferimento alle considerazioni riportate in queste pagine, non hanno molta rilevanza. Il Regolamento «Bruxelles I *bis*», infatti, prevede, come in precedenza la Convenzione del 1968, che il concetto di consumatore si riferisca a «contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale» (art. 17). Pertanto, le conclusioni della Corte di Giustizia nella sentenza 20 gennaio 2005, cit. e i ragionamenti alla base delle stesse potrebbero presumibilmente trovare conferma ancora oggi.

compravendita di beni o servizi di uso promiscuo debba ritenersi, sino a prova contraria, non un consumatore, ma un professionista.

Tale ultima definizione, dunque, è stata qui intesa in senso ampio, restringendo proporzionalmente la portata significativa della contrapposta nozione di consumatore. Lo svolgimento di un'attività di tipo imprenditoriale, secondo i giudici, costituiva un elemento essenziale per delimitare il concetto in esame. Ragionando *a contrario*, concludeva la Corte, il soggetto interessato avrebbe potuto invocare lo *status* di consumatore, solo nella misura in cui il nesso tra il contratto d'acquisto di beni/servizi destinati ad uso promiscuo e l'attività professionale svolta dal medesimo «fosse [stato] talmente modesto da divenire marginale ed avesse [avuto] quindi solo un ruolo *trascurabile* nel contesto dell'operazione, considerata nel suo insieme, per cui il contratto [era] stato concluso»[523].

1.1. *Segue: il professionista «indiretto».*

Tornando al confronto tra le definizioni degli artt. 3 e 18 cod. cons., la dottrina ha avanzato maggiori perplessità sulla seconda differenza menzionata nel paragrafo precedente, relativa al lessico impiegato per indicare l'eventuale terzo, ausiliario del professionista. Come si accennava poc'anzi, infatti, se l'art. 3 fa rinvio «all'intermediario», l'art. 18 si riferisce, invece, a «chiunque agisce in nome o per conto del professionista». I due concetti non parrebbero *prima facie* assimilabili.

La figura dell'intermediario, richiamata nella nozione più generale, ricomprende tutti coloro che ricoprano una posizione intermedia nella catena produttiva-distributiva, ossia, più precisamente, «qualunque soggetto professionale che in posizione autonoma rispetto al produttore del bene o al fornitore di servizio, interviene nella catena produttiva-distributiva»[524].

Sarebbe troppo riduttivo, in tal caso, ricorrere alla mera perifrasi di «persona che agisce in nome e per conto di», come pure era stato suggerito dal Consiglio di Stato in un suo risalente parere[525]. Seguendo quest'ultima

---

[523] Così Corte CE, 20 gennaio 2005, *Gruber*, C-464/01, cit., punto 39.

[524] Così BELLISARIO, *Disposizioni generali*, in AA. VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ALPA-ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, Art. 3, comma 1, lett. d), p. 82; LUCCHESI, *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA. VV., *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di VETTORI, Padova, 2007, Artt. 21-23, p. 56.

[525] V. Cons. St., 20 dicembre 2004, n. 11602, punto 8.3, consultabile su *https://www.personaedanno.it/articolo/cons-stato-20-dicembre-2004-parere-n-11602-pres-de-lise-est-lodi-carbone-buonvino-pozzi-e-caringella-il-codice-del-consumo*, ove si legge: «Per restituire omogeneità alla terminologia utilizzata è preferibile (…) che anche nella definizione estensiva di professionista di cui alla lettera c) si utilizzi, così come a proposito del produttore

indicazione ermeneutica, infatti, il riferimento all'intermediario si svaluterebbe oltremodo, poiché l'imputabilità degli effetti dell'atto al professionista verrebbe comunque garantita dall'applicazione dell'istituto generale della rappresentanza diretta e indiretta[526].

Ecco perché ritengo più opportuno aderire all'opposta tesi, che assegna un ambito applicativo autonomo alla norma di portata generale. Per intermediario si dovrà intendere, allora, oltre al rappresentante e al mandatario, qualunque soggetto (l'agente, il mediatore, il vettore, lo spedizioniere … e così via) che incida sull'atto di consumo, interponendosi nella catena produttiva-distributiva[527]. E ciò, anche nell'eventualità in cui questi non agisca né in nome né per conto del produttore.

Ma vi è di più. Coordinando la definizione di professionista con quella di prodotto, si potrebbe ampliare ulteriormente il novero dei soggetti potenzialmente responsabili nei confronti dei consumatori, sino a ricomprendere nel concetto di intermediario, figure del tutto autonome rispetto al professionista-produttore, quali i prestatori di servizi, che si inseriscano comunque nella catena di produzione e distribuzione[528].

Siffatto concetto, nella sua accezione più lata, rinvierebbe alla nozione di intermediario così come è intesa nel linguaggio economico. Si pensi solo al caso dell'«intermediario finanziario», quale soggetto che si interpone nella circolazione dei prodotti finanziari e può svolgere in piena autonomia ulteriori servizi destinati ai consumatori finali. Ebbene, nell'allocare prodotti ai risparmiatori, egli potrà essere chiamato a rispondere nei loro confronti per causa e titolo indipendenti da quelli, per ipotesi, richiamabili dai consumatori nei confronti dell'«emittente-produttore».

In definitiva, il riferimento all'intermediario nella nozione generale di professionista consente di estendere la portata significativa dell'art. 3 cod. cons. ben oltre quanto strettamente ammissibile in forza dell'espressione dell'agire «in

---

(lettera d), la nozione di intermediario piuttosto che quella più generica di "persona che agisce in nome e per conto di"».

[526] Cfr. CHINÈ, *Disposizioni generali e finalità*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 3, p. 27.

[527] V. BELLISARIO, *op. cit.*, p. 82; CHINÈ, *op. cit.*, p. 27.

[528] Tale tesi potrebbe essere avvalorata dal fatto che l'art. 18, comma 1, lett. c) cod. cons. definisce il prodotto, oltre che come bene, anche come servizio (il «prodotto» è «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni»), realizzando così una completa equiparazione tra i due termini. L'intermediario potrebbe, quindi, essere assimilato al fornitore di servizi. Peraltro, è lo stesso legislatore che, nel delineare la nozione di produttore all'interno del codice del consumo, lo equipara all'intermediario del fabbricante del bene o del prestatore del servizio, figure professionalmente autonome rispetto al produttore medesimo. Si veda, in proposito, la nozione dettata dall'art. 103, comma 1, lett. d) cod. cons. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 97.

nome e per conto di», di cui all'art. 18. Con l'effetto – invero auspicabile nell'ottica di promuovere la più ampia tutela possibile dei consumatori – di accrescere la responsabilità dei professionisti sul mercato.

Sennonché, nell'ambito delle pratiche commerciali, appare più corretto applicare la locuzione impiegata dalla direttiva e poi trasfusa nell'art. 18 cod. cons. La lettera della disposizione e la sua collocazione in apertura del Titolo III, esclusivamente dedicato alle pratiche vietate depongono, infatti, a favore di una simile interpretazione.

L'espressione dell'«agire in nome e per conto di» è, inoltre, più tecnica del sostantivo intermediario[529]. A ciò si aggiunga che essa è stata sempre intesa in senso molto ampio, anche dalla prassi antecedente alla riforma del 2007[530]. Il che ha consentito di garantire, in ogni caso, una tutela rafforzata dei consumatori, che siano stati vittime di illeciti commessi da «chiunque agisca in nome e per conto del» professionista originario.

Un'interpretazione ampia della locuzione suddetta è stata, in ultimo, confermata dalle Linee Guida della Commissione UE del 2016 e dagli esempi ivi riportati di professionista «indiretto», perseguibile per PCS[531]. Come si legge in un simile atto, ai sensi dell'art. 2, lett. b) dir., in combinato disposto con le pertinenti leggi nazionali in materia di responsabilità e sanzioni, un professionista potrà essere ritenuto responsabile in solido con un altro della violazione della direttiva commessa da quest'ultimo per conto del primo.

La dottrina ha, infine, osservato che la più tecnica espressione dell'«agire per conto di» impedisca, almeno in teoria, che un operatore economico – a fronte

---

[529] Cfr. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, cit., p. 99; EAD., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1°, c. cons.)*, cit., p. 123.

[530] Come rileva ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 99, con riferimento, in particolare, alla pubblicità non trasparente a danno dei consumatori si riteneva all'epoca «sufficiente, ai fini della sua sanzionabilità, il riscontro di un beneficio promozionale riflesso a vantaggio del professionista per così dire originario (ad es. in caso di pubblicità redazionale)».

[531] V. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit., p. 34. Si riporta il caso di un'impresa che aveva inserito annunci pubblicitari sui mezzi di informazione in nome e per conto di un'altra impresa, la quale forniva i servizi pubblicizzati. La prima impresa era stata correttamente considerata un professionista, ai sensi delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva, da un organo giurisdizionale lettone (v. *Administratīvās rajona tiesas spriedums lietā* n. A420632710, 8 marzo 2012). Le Linee Guida riferiscono, inoltre, che le autorità nazionali di protezione dei consumatori avevano condotto, attraverso la rete europea di cooperazione per la tutela dei consumatori, un intervento esecutivo congiunto riguardante gli acquisti all'interno di applicazioni (*in-app*) nei giochi online. In un simile intervento, tali autorità avevano opportunamente chiarito che, sebbene la responsabilità primaria del contenuto di una *app* spetti allo sviluppatore, anche i fornitori di *app store* possono essere ritenuti responsabili, laddove non abbiano garantito che i giochi sulla piattaforma non contengano esortazioni dirette ai bambini.

di una pluralità di professionisti autonomi eventualmente coinvolti in un'operazione commerciale – possa dover rispondere di pratiche scorrette, alla cui produzione non abbia in alcun modo concorso, né abbia avuto possibilità alcuna di eliminarne o limitarne gli effetti in danno dei consumatori[532]. Tale dottrina cita, in proposito, l'esempio dell'*hosting provider*, nell'eventualità di attività scorrette compiute attraverso le vie telematiche di cui egli sia gestore.

La prassi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, tuttavia, ha attestato come sia tutt'altro che agevole per una simile figura professionale dimostrare in concreto la propria estraneità ai fatti. In effetti, l'esegesi particolarmente lata della locuzione dell'«agire per conto di» rende assai ardua la prova, anche per un siffatto professionista, di non aver svolto alcun ruolo attivo e consapevole nella realizzazione di una pratica sleale[533].

In conclusione, alla luce delle osservazioni svolte anche nel paragrafo precedente, è possibile affermare che la definizione di professionista rilevante in materia di pratiche commerciali scorrette non ponga problemi nuovi o ulteriori rispetto al più generale concetto di matrice comunitaria, nonostante le segnalate differenze rispetto al disposto dell'art. 3 cod. cons. Il dibattito dottrinale sulle nozioni di professionista contenute nel codice del consumo, invero diverse solo all'apparenza o per elementi di secondaria importanza, appare, quindi, assai fumoso. Le divergenze nella formulazione letterale delle varie definizioni, infatti, non sono in grado, a mio avviso, di marcare differenze davvero significative, tanto da meritare le svariate letture e riflessioni che pure sono state da alcuni suggerite e da me riportate in queste pagine. Si noti, peraltro, che quelli di professionista e consumatore, *ex* artt. 18 ss. cod. cons., sono concetti specifici, inseriti – come è noto – in sede di recepimento della direttiva del 2005. In tale occasione, si sono volute delineare nozioni «speciali» relative all'ambito delle sole pratiche commerciali. In ogni caso, allora, i profili di diversità di siffatte nozioni rispetto alle definizioni generali – profili che appaiono, però, lo si è

---

[532] V. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 99.

[533] V. A.G.C.M., 5 aprile 2017, Provv. n. 23536 (PS/10611), caso *Ticketbis-mercato secondario*. La vicenda riguardava una società di gestione di una piattaforma on line specializzata nella vendita di biglietti per eventi culturali, sportivi e musicali. Il procedimento istruttorio avviato dal Garante aveva evidenziato «la scarsa chiarezza delle informazioni veicolate in quanto inidonee a chiarire al consumatore il ruolo rivestito dal professionista, ossia se rivenditore ufficiale dei biglietti o se, piuttosto, mero intermediario del mercato secondario». Al professionista venivano, quindi, contestate omissioni in merito al valore dei biglietti, ai posti a cui i biglietti danno titolo per accedere agli eventi e ai diritti contrattuali esercitabili dai consumatori. La difesa della società di essere un mero intermediario del mercato secondario, in quanto *hosting provider*, non ha convinto l'Antitrust. Quest'ultima ha ritenuto, invece, l'articolazione della condotta contestata come direttamente riconducibile all'attività svolta nella piattaforma. Le modalità di remunerazione del professionista e l'interesse dimostrato dal medesimo per il buon esito delle transazioni effettuate – interesse che si evince dalle affermazioni riportate sul proprio sito web – denotavano, infatti, «un [suo] ruolo attivo e consapevole nella realizzazione della pratica».

detto, del tutto secondari – si giustificano proprio in ragione del carattere di specialità delle stesse.

2. *La nozione d'impresa tra diritto europeo e tradizione civilistica italiana. La possibile assimilazione del professionista intellettuale all'imprenditore.*

La definizione di professionista relativa alle pratiche commerciali scorrette richiama la nozione di impresa propria dell'ordinamento comunitario[534]: il professionista, che ponga in essere pratiche vietate, altri non è che l'imprenditore, secondo l'accezione ivi prevista.

I concetti di impresa e imprenditore dettati in ambito europeo non coincidono, però, con quelli elaborati dalla dottrina e giurisprudenza italiana e consacrati nel codice civile e nelle leggi speciali[535] [536].

Nell'ordinamento nazionale, la definizione di impresa si ricava da quella di imprenditore, quale homo oeconomicus che realizza il proprio profitto sotto l'egida dello Stato. L'impresa è, dunque, l'attività professionale organizzata dell'imprenditore[537]; non si risolve nell'atto di commercio anche occasionale e non riguarda la sola industria, ma tutte le attività economiche. La fattispecie impresa si connota, pertanto, inscindibilmente di un'attività produttiva, manifestazione di autonomia ed iniziativa economica, e di un'organizzazione di mezzi personali e patrimoniali[538].

In dottrina, emergono poi due concezioni opposte di impresa: soggettiva e oggettiva. La prima si incentra sui soggetti, protagonisti dell'attività economica; la seconda, sugli atti di commercio e l'attività esercitata. Si parla anche, in proposito, di teoria istituzionalistica e teoria contrattualistica, entrambe valide e applicabili alla nozione dell'art. 2082 c.c.[539]. Come si è opportunamente segnalato, il codice civile non scioglie, infatti, il dilemma se l'impresa sia attività imputata a un soggetto (individuale o collettivo) o un fascio di contratti. Le due teorie, quindi, «si dividono il campo»[540].

---

[534] Sulla nozione di impresa comunitaria si vedano, *ex multis*: CASSOTTANA-NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 267 ss.; GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, I, p. 1 ss.
[535] V. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 511.
[536] Per un'ampia ricostruzione storica della nozione di impresa in Italia, si rinvia a GROSSI, *Itinerarii dell'impresa*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1999, II, p. 999 ss.
[537] V. ALPA, *op. cit.*, p. 513.
[538] Cfr. OPPO, *Voce Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
[539] Tale disposizione prevede: «É imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».
[540] Così ALPA, *op. cit.*, p. 513.

La definizione civilistica tradizionale – come si anticipava – appare distante da quella comunitaria, ove non si fa distinzione alcuna tra imprenditore e impresa, impresa pubblica e privata, attività meramente commerciale e professionale, piccola e grande impresa.

L'approccio di diritto europeo non è istituzionale, ma funzionale. La concezione di impresa o *undertaking* è strumentale allo scopo di promuovere la libera concorrenza e la libera circolazione di persone, beni, capitali e servizi nel mercato unico[541]. La semplificazione di concetti è, d'altra parte, inevitabile, anche solo per poter compensare tutti i fenomeni e le concezioni emergenti dai singoli ordinamenti nazionali[542].

Manca, a livello comunitario, una definizione univoca di impresa[543], ma quel che tendenzialmente interessa è l'attività oggettiva[544]. Con tale termine, si allude, infatti, ad un'attività economica diretta all'offerta sul mercato di beni e servizi e, quindi, non confondibile con la forza lavoro. L'impresa-imprenditore non si identifica con il prestatore di lavoro subordinato e implica l'assunzione di un rischio finanziario, nell'eventualità in cui l'attività non abbia successo. Non è indispensabile un vero e proprio scopo di lucro[545], ma è sufficiente che beni e servizi siano offerti dietro corrispettivo, o che il lavoro svolto comporti costi e ricavi[546]. Si ragiona, dunque, di un'attività sempre volta al profitto – requisito non richiesto nel nostro sistema giuridico, né dalla disciplina delle società –; un'attività che non deve poi farsi carico di esigenze sociali. Di conseguenza, gli enti no profit non sono considerati imprese, salvo che il loro oggetto non venga a consistere in un comportamento economico volto al profitto[547].

Come ha osservato, inoltre, la dottrina, la definizione comunitaria di impresa fa leva sulla pura e semplice rilevanza economica dell'attività e dell'organizzazione che la pone in essere, mentre restano in secondo piano i

---

[541] Si fa riferimento ad una nozione prettamente economica di impresa, come rilevano FERRARA JR.-CORSI, *L'impresa comunitaria*, in *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, p. 54.
[542] Così ALPA, *op. cit.*, p. 514.
[543] E ciò, nonostante l'essenziale apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che si è ripetutamente pronunciata sull'argomento. D'altra parte, si ragiona pur sempre di «concetti fluidi, non sovrapponibili a quelli derivanti dai sistemi nazionali» (ALPA, *op. cit.*, p. 514).
[544] Si è rilevato come una simile nozione sia completamente diversa da quella condivisa da molti ordinamenti, giacché scioglie il rapporto giuridico formale tra l'attività economica esercitata ed il soggetto giuridico cui viene ascritta, per affidarsi ad elementi esogeni alla fattispecie (BERLINGUER, *Voce Professioni legali (dir. comun.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 1012).
[545] V. Decisione 92/521/CEE della Commissione del 27 ottobre 1992, in *GUCE*, L326, 12 novembre 1992, p. 31 ss.
[546] V. BONFANTE e COTTINO, *La nozione di imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2001, p. 456.
[547] Così ALPA, *op. cit.*, p. 514.

diversi caratteri e qualificazioni formali che, in funzione delle differenti finalità, l'attività e l'organizzazione possono assumere[548].

Alla luce dei rilievi appena enunciati, nell'ordinamento comunitario anche l'attività del professionista intellettuale può essere qualificata come attività economica d'impresa, consistendo nell'offerta di prestazioni riconducibili alla figura dei servizi forniti dietro corrispettivo[549]. Ne consegue che i soggetti esercenti tale attività sono definibili come imprese e gli ordini professionali come «associazioni di imprese (…) sottoposti alla normativa a tutela della concorrenza»[550].

Per contro, se l'art. 2082 c.c. nulla dice sulla possibilità di considerare imprenditori i professionisti intellettuali, secondo l'opinione dottrinale e giurisprudenziale consolidata, essa sarebbe esclusa dall'art. 2238 c.c.[551]. Ai sensi del comma 1, infatti, solo qualora l'esercizio della professione costituisca «elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa», potrà applicarsi la relativa disciplina legislativa[552]. È stato notato che se pure l'espressione è ambigua e difficilmente decifrabile, essa non lo è al punto da non poterne ricavare la chiara indicazione legislativa che l'attività professionale non è di per sé e in quanto tale attività di impresa[553].

Il comma 2 dell'art. 2238 c.c. estende, inoltre, al professionista la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, allorché impieghi sostituti e ausiliari. Il rinvio esclusivo a tale normativa costituirebbe, secondo la ricostruzione prevalente, un'ulteriore conferma dell'intenzione del legislatore di non ricondurre il professionista nello schema dell'imprenditore civile.

Un autore conclude, allora, che lo svolgimento professionale di un'attività, definibile come produttiva di ricchezza, è sì condizione necessaria

---

[548] Cfr. CORAPI, *Voce Impresa (dir. comun.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 735.

[549] In questi termini, si è espressa l'A.G.C.M. nella Delibera 1° dicembre 1994, n. 2523, in *Corr. giur.*, 1995, p. 120, con nota di R. DANOVI, *Le libere professioni e l'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. Per approfondimenti, si rinvia a TERESI, *Voce Professioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 2.

[550] V. Corte CE, 23 aprile 1991, *Hofner e Elser*, C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979; 16 novembre 1995, *Fédération Francaise des sociétés d'assurance e altri*, C-244/94, in *Racc.*, 1995, p. I-4013; 11 dicembre 1997, *Job Centre Coop*, C-55/96, in *Racc.*, 1997, p. I-7119. In dottrina, si rinvia a SCASSELLATI SFORZOLINI-RIZZA, *La tensione fra regole di concorrenza comunitarie e regole professionali e deontologiche professionali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 17.

[551] In generale, sul tema, v. IBBA, *Professione intellettuale e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 558 ss.; MANGO, *Professione intellettuale e impresa*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 113 ss.

[552] Cfr. GALGANO, *Imprenditore e professionista intellettuale*, in *Tratt. dir. civ.*, III, II ed., Padova, 2010, p. 400.

[553] V. BONFANTE-COTTINO, *La nozione di imprenditore*, cit., p. 449. JAEGER-DENOZZA-TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, VI ed., Milano, 2006, p. 21 osservano che l'inciso del codice civile non significa, in ogni caso, che il professionista diventi imprenditore, quando la sua attività non abbia carattere personale. ANTEO GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 52 e FARINA, *Esercizio di professione intellettuale e organizzazione d'impresa*, in *Impr. e soc.*, *Studi per Graziani*, V, Napoli, 1968, p. 2092 parrebbero, invece, sostenere la tesi opposta.

per l'assunzione della qualità di imprenditore, ma non ne è condizione sufficiente. Esistono, infatti, attività, quali per l'appunto quelle dei professionisti intellettuali, che pur consistendo nella produzione di beni o servizi, e quantunque esercitate professionalmente, non danno luogo nel nostro ordinamento ad un'impresa[554].

Le due nozioni d'impresa – comunitaria e nazionale – parrebbero, quindi, inconciliabili. E la figura del professionista intellettuale, in Italia, non sembrerebbe affatto assimilabile al concetto di imprenditore. Tuttavia, sotto la spinta dell'ordinamento europeo, il quadro sta rapidamente cambiando[555].

Si rilevi, innanzitutto, che uno dei motivi di contrasto tra il Consiglio Nazionale Forense (d'ora in avanti anche semplicemente CNF) e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è dato proprio dalla definizione di impresa: se il CNF continua a tenere distinta l'attività intellettuale da quella commerciale, con la conseguenza di escludere l'applicazione della disciplina sulla concorrenza ad un ente pubblico con funzioni di regolazione e senza finalità di profitto; per contro, l'Antitrust definisce gli avvocati come imprese e il CNF come un'associazione di imprese[556].

Sul punto si registra poi una recente apertura della giustizia amministrativa che ha chiarito come il Consiglio Nazionale Forense, accanto all'attività amministrativa e giurisdizionale, possa svolgere anche attività «d'impresa»[557]. Si legge, infatti, nella sentenza che «l'ordinamento [italiano] si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico», ragion per cui si ammette che «uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura

---

[554] Così GALGANO, *Imprenditore e professionista intellettuale*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 400.

[555] Si veda il mio SPEZIALE, *Sulle prospettive di difesa dalle pratiche commerciali scorrette mediante* soft law, cit., p. 1440 ss., ove rilevo i punti di contatto tra i codici di condotta in tema di PCS e i codici deontologici degli ordini professionali ad ulteriore conferma dell'assimilabilità delle due figure.

[556] Secondo ALPA, *op. cit.*, p. 514, l'A.G.C.M. commetterebbe così due errori, giacché parrebbe ignorare sia l'attività intellettuale propria dell'avvocato, sia le funzioni giurisdizionali e di controllo del CNF. Tale ultimo organo, proprio in ragione di tali funzioni, non può – a detta dell'a. – essere scambiato per un'associazione che cura gli interessi professionali o imprenditoriali, come Confindustria, Confcommercio, Confesercenti, etc. In verità, l'attività intellettuale caratteristica della professione forense e le funzioni tipiche del CNF non sono, a mio avviso, decisive per negare l'inclusione dei professionisti intellettuali nel novero degli imprenditori. Una certa attività o funzione, infatti, non ne esclude necessariamente altre più strettamente attinenti all'esercizio dell'impresa. Sul punto, offre un chiarimento anche la recente giurisprudenza amministrativa, che si menzionerà *infra* nel testo. In ogni caso, sulla scorta dell'ordinamento comunitario e nonostante le resistenze della dottrina e di parte della giurisprudenza, ritengo l'assimilazione professionista intellettuale-imprenditore ormai inevitabile.

[557] V. Cons. St., 22 marzo 2016, n. 1164, in *Foro it.*, 2016, 9, III, c. 457.

privatistica»[558]. Tali affermazioni sarebbero – a detta del Consiglio di Stato – supportate dalla giurisprudenza europea e nazionale, laddove si è rilevato che un'organizzazione professionale, la quale adotti un codice deontologico, non eserciti una funzione sociale, ma neppure prerogative tipiche dei pubblici poteri. Piuttosto, «essa "appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica"»[559].

Anche con riferimento ad ordini professionali diversi da quello degli avvocati, i tribunali amministrativi hanno puntualizzato che la nozione di impresa, a cui occorre fare riferimento per applicare la normativa antitrust, è quella propria del diritto comunitario, riferibile a tutti i soggetti «attivi» sul mercato. «Per questo sono ormai considerate "imprese" [quantomeno, aggiungerei] ai fini specifici della tutela della concorrenza anche gli esercenti le professioni intellettuali che offrono sul mercato, dietro corrispettivo, servizi suscettibili di valore economico»[560].

A tali pronunce ha fatto eco anche la Corte di Cassazione, che riprendendo la lettura tradizionale dell'art. 2082 c.c., ha ammesso la possibilità che i professionisti intellettuali assumano la qualità di imprenditore commerciale, qualora esercitino la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa[561].

---

[558] Prosegue la pronuncia: «Questa nozione "funzionale" di ente pubblico, "ci insegna, infatti, che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa". La conseguenza che ne deriva è "che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali" (in questo senso, Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660)». Simili considerazioni sulla natura «cangiante» degli enti pubblici, sebbene consentano di avvicinare i Consigli dell'Ordine ad associazioni di imprese, non paiono sufficienti a qualificarli come tali in mancanza di elementi ulteriori, precisati dalla giurisprudenza di legittimità. Come si chiarirà *infra* nella nota 561, occorre, infatti, comunque un esercizio della professione forense in forma societaria, che lasci pensare che «il sostrato amministrativo [cessi] di essere meramente strumentale» e un professionista che non faccia solo l'avvocato o il commercialista, ma svolga «una prevalente opera di organizzazione dei fattori produttivi» (si esprime in questi termini Cass., sez. lav., 9 febbraio 2016, n. 2520, in *Diritto & Giustizia*, VIII, 2016, p. 46, con nota di LEVERONE, *L'avvocato non è un imprenditore commerciale se non esercita un'attività distinta da quella professionale*, in una massima che cito per intero nella nota 561).

[559] La sentenza rinvia, dunque, a Corte CE, 18 luglio 2013, *Consiglio nazionale dei geologi*, C-136/12; Cons. St., 22 gennaio 2015, n. 238, in *Riv. not.*, 2015, 3, II, p. 571 con nota di MUSOLINO, *Il compenso professionale: decoro, qualità della prestazione e dignità del lavoro*.

[560] V. TAR del Lazio, 16 febbraio 2015, n. 2688, in *Redazione Giuffré 2015*, in una controversia che contrapponeva l'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Bolzano e altri all'A.G.C.M. (e altri). Tale precedente è menzionato, con riferimento ancora una volta al Consiglio Nazionale Forense, dal TAR del Lazio, 1° luglio 2015, n. 8778, in *Foro amm.*, 2015, VII-VIII, c. 2017. Quest'ultima sentenza è riportata anche in ALPA, *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Torino, 2016, p. 242.

[561] Aggiunge poi la Suprema Corte: «ciò vale solo in quanto essi svolgano una distinta e assorbente attività che si contraddistingue da quella professionale proprio per il diverso ruolo che assume il sostrato organizzativo il quale cessa di essere meramente strumentale e per il diverso apporto del professionista, non più circoscritto alle prestazioni d'opera intellettuale, ma

A riprova della lenta ma progressiva assimilazione, anche nel nostro Paese, del professionista intellettuale all'imprenditore, si menzioni poi un esempio, costituito da una novella legislativa relativa (ancora una volta) al settore professionale degli avvocati. La l. 4 agosto 2017, n. 124 ha, infatti, modificato l'art. 4 e introdotto l'art. 4 bis alla Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense (l. n. 247/2012). Superando il divieto inizialmente sancito dalla l. n. 1815/1939 per qualsiasi attività professionale protetta[562], la riforma ha consentito l'esercizio della professione forense in forma societaria, aprendo persino alla partecipazione di soci non avvocati, purché in minoranza di quote. Resta fermo il principio della personalità della prestazione professionale e la responsabilità del singolo professionista che abbia eseguito la prestazione oggetto del contratto d'opera intellettuale. Non si può, però, sottovalutare la portata innovativa della l. n. 124/2017, che, coerentemente con la giurisprudenza menzionata, avvicina in modo significativo le due nozioni di impresa e la figura del professionista d'opera intellettuale all'imprenditore[563].

Mi sia concessa, infine, un'ultima osservazione. L'assimilazione dei due concetti suddetti può essere invero basata sul dato testuale dell'art. 18, comma 1, lett. b) cod. cons. Ai sensi di tale norma – come è noto –, è professionista la persona fisica o giuridica che «agisce nel quadro della sua attività (…) professionale». Tale ultima qualifica segue quelle di «commerciale, industriale o artigianale», le quali, in senso lato e con qualche forzatura, avrebbero potuto esse stesse intendersi come un richiamo indiretto alle libere professioni. Sennonché, a simili qualifiche il legislatore ha aggiunto esplicitamente l'aggettivo «professionale». E, allora, nel fare espresso riferimento a tale attività accanto a quella commerciale, etc., la norma non può che alludere ai professionisti intellettuali. Una simile interpretazione della norma «speciale», di cui all'art. 18, consente senz'altro di assimilare questa categoria di lavoratori agli imprenditori, eludendo il problema del contrasto tra le due nozioni –

---

involgente una prevalente opera di organizzazione di fattori produttivi che si affiancano all'attività tecnica ai fini della produzione del servizio» (Cass., sez. lav., 9 febbraio 2016, n. 2520, cit.). L'assimilazione non potrebbe esservi, dunque, per quei professionisti che non operino con una simile strumentazione organizzativa (in forma societaria).

[562] Il generale divieto di esercitare in forma societaria le attività professionali, stabilito nell'art. 2 della l. del 1939, era stato poi abrogato dall'art. 24, l. n. 266/1997 (cd. legge Bersani), la quale delegava ad un decreto interministeriale la puntuale previsione dei requisiti per l'esercizio in tale forma delle professioni protette.

[563] La dottrina già da tempo aveva segnalato, con riferimento agli esercenti le professioni intellettuali *non* protette – all'epoca i soli che potessero unirsi in società –, come la prestazione d'opera dei soci fosse giuridicamente un conferimento di servizi in società, in niente diverso da ogni altro conferimento di servizi; l'attività esterna della società non si sarebbe differenziata affatto dall'attività di qualsiasi altra società che avesse offerto al pubblico servizi. Si sarebbe trattato, in ogni caso, di una società avente ad oggetto un'impresa di produzione di servizi, classificabile *ex* art. 2195, comma 1, n. 1 c.c. (GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, cit., p. 9).

comunitaria e nazionale – d'impresa, enunciato in queste pagine. Problema che, in ogni caso, potrebbe essere risolto in forza della supremazia del diritto europeo e, quindi, dalla definizione onnicomprensiva di impresa desumibile dalla legislazione comunitaria e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, su cui mi sono già ampiamente soffermata.

3. *La definizione di pratica commerciale scorretta e i principi di buona fede, correttezza e lealtà previsti dal codice del consumo.*

Dopo aver esaminato il concetto di professionista perseguibile per attività promozionali sleali[564], appare ora opportuno soffermarsi sulla nozione generale di pratica commerciale scorretta.

Essa è dettata dall'art. 20, comma 2, cod. cons., la cui formulazione testuale riprende – non letteralmente, come avrò modo di chiarire tra un momento – la definizione riportata nell'art. 5, comma 2, dir.[565].

Non tornerò sui rapporti tra «superclausola» generale-nozioni intermedie di pratiche ingannevoli e aggressive-cd. «liste nere» di pratiche in «ogni caso» vietate, su cui mi sono già ampiamente soffermata in precedenza[566]. Anche qui mi preme, tuttavia, ribadire che nell'interpretazione, a mio avviso, preferibile, la «superclausola» generale operi in via residuale: essa deve trovare applicazione nell'eventualità in cui si configuri un'attività pubblicitaria vietata, non inquadrabile all'interno delle previsioni degli artt. 21 e ss. cod. cons. Il che non assegna, però, lo sottolineo ancora una volta, un ruolo secondario all'art. 20, comma 2. Tale disposizione resta, invece, il fulcro dell'intera disciplina, sia perché la «superclausola» ha il ruolo di definire i criteri generali che qualificano come scorretta una pratica commerciale; sia perché essa funge da «norma di chiusura», che interviene nei (rari) casi in cui le previsioni «speciali» non riescano a «catturare» la fattispecie concreta, avendo il professionista realizzato un'attività non inquadrabile nelle fattispecie astratte più analitiche, *ex* artt. 21 ss. cod. cons.[567].

Come si accennava poc'anzi, la nozione generale contenuta nel codice del consumo riproduce sostanzialmente quella prevista dalla direttiva 2005/29. Ai sensi dell'art. 5, comma 2, dir., una pratica commerciale è sleale, se integra contemporaneamente due requisiti: a) «è contraria alle norme di diligenza

---

[564] V. *supra* ai par. da 1 a 2 del presente cap. III.
[565] V. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 143.
[566] Si rinvia, in particolare, *supra* ai par. 2.1. e 2.2. del cap. I.
[567] Si rinvia, ancora una volta, *supra* ai par. 2.2. del cap. I.

professionale»; b) «falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

A ben vedere, la definizione di recepimento nazionale e quella comunitaria divergono in diversi punti.

In primis, l'art. 20 cod. cons. discorre di contrarietà alla diligenza professionale e non alle *norme di* diligenza professionale. Come la dottrina ha opportunamente rilevato, si tratta, però, di una discordanza di poco conto, spiegabile nei termini di un mero miglioramento linguistico nella formulazione del testo normativo[568].

Possono, invece, rivelarsi più importanti due altre differenze lessicali. Secondo la nozione riportata all'interno del nostro codice del consumo, va ritenuta scorretta la pratica che «*è* falsa o idonea a falsare…» e non quella che «*falsa o è idonea a falsare*…», come si legge, invece – lo si diceva poc'anzi –, nell'ambito della fonte europea del 2005.

L'interpretazione letterale dell'art. 20 cod. cons. porterebbe a definire come scorretta una pratica, oltre che se contraria alla diligenza professionale, per la sua «falsità», per così dire, intrinseca, ovvero, in alternativa, per la sua attitudine a falsare le scelte d'acquisto dei consumatori.

Parte della dottrina ritiene, però, un simile esito inaccettabile, poiché – si sostiene – una pratica commerciale non è mai di per sé o intrinsecamente falsa; semmai, sarebbero false unicamente le informazioni che, per il tramite della medesima, vengano divulgate al pubblico[569]. Siffatta dottrina argomenta poi che vi è tutta una serie di pratiche commerciali, la cui antigiuridicità non è affatto rappresentata dalla falsità del contenuto delle comunicazioni, quanto piuttosto dalle modalità con cui il professionista decide di relazionarsi con i consumatori. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle azioni ingannevoli per confusione o per violazione dei codici di condotta, alle omissioni ingannevoli di informazioni rilevanti o perché poco trasparenti, ovvero ancora alle pratiche commerciali aggressive[570].

Quest'ultima argomentazione, seppure corretta, non mi sembra, tuttavia, estendibile a tutte le pratiche commerciali. In ogni caso, siffatta tesi non mi convince. Basti qui richiamare la definizione generale, di cui all'art. 18, comma 1, lett. d) cod. cons., che per «pratica commerciale» – come è noto – intende «qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione, comunicazione

---

[568] Cfr. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 298.
[569] V. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 144; DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 298.
[570] Così DI NELLA, *op. ult. cit.*, p. 298, in part. alla nota 27.

commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto…». Ma, allora, attribuire qualità palesemente non vere ad un prodotto reclamizzato, ossia, in altri termini, dichiarare il falso, costituirà certamente una «pratica intrinsecamente falsa». Se, ad esempio, in un *claim* si promuove una lozione per capelli con proprietà «miracolose», promettendosi l'impossibile (una rapida ricrescita dei capelli caduti), nella mia opinione, si ha a che fare con un'attività pubblicitaria falsa in sé e la falsità atterrà proprio al contenuto della suddetta comunicazione commerciale. In ogni caso, fatico a comprendere la differenza tra «pratica intrinsecamente falsa» e pratica che diffonda informazioni false.

La dottrina che si tenta in questa sede di confutare sostiene, inoltre, che una lettura troppo aderente al dato testuale dell'art. 20 cod. cons. risulti incoerente con la struttura «a piramide» della disciplina e, in particolare, con le nozioni intermedie di pratiche ingannevoli (ancor più che con quelle di pratiche aggressive). Non capisco, tuttavia, in quali termini si realizzerebbe un simile contrasto.

Secondo la ricostruzione che qui si critica, una simile esegesi risulterebbe in palese contraddizione con il diritto europeo[571]. Ma così non è, se il verbo «falsa …» riportato nell'art. 20 non viene isolato dal contesto dell'intera disposizione. Si torni all'esempio della pratica commerciale che promuove una lozione per capelli dagli effetti prodigiosi. Una simile pubblicità è intrinsecamente falsa (perché dichiara il falso), e, in ogni caso, anche a voler prescindere da tale profilo, certamente essa «falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio». Letta in questi termini, la definizione del codice del consumo italiano rispecchia perfettamente quella dettata dalla direttiva (art. 5).

In ogni caso, in forza della supremazia della fonte comunitaria, un'interpretazione della disposizione nazionale in senso conforme al diritto euro-unitario è imprescindibile. D'altronde, come pure ha rilevato un autore[572], «appare tutt'altro che inverosimile che il legislatore italiano si sia discostato in questo punto dalla formulazione della direttiva non tanto in virtù di una scelta consapevole e ponderata, quanto piuttosto per una mera svista dovuta a superficialità e disattenzione!».

Un ulteriore elemento di diversità lessicale, rinvenibile nella disposizione nazionale, posta a confronto con quella comunitaria, è dato dall'aggettivo «apprezzabile», preferito a «rilevante»: ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons.,

---

[571] Tanto più tenuto conto della portata di armonizzazione completa della fonte sulle PCS (DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 144).
[572] V. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 144.

la pratica scorretta deve essere, dunque, idonea a falsare in misura *apprezzabile* il comportamento economico del consumatore medio.

Tale novità è stata invero giudicata positivamente dalla dottrina, che ha ritenuto l'espressione più idonea a garantire la massima protezione per i consumatori, rispetto al termine utilizzato nella versione italiana della direttiva. La parola «apprezzabile», preferita dal nostro legislatore, abbraccia, infatti, un numero di pratiche potenzialmente più ampio, richiedendo all'attività promozionale scorretta un'idoneità ad incidere sulle decisioni economiche dei consumatori in misura minore rispetto a quanto lasci intendere l'espressione «rilevante». Quest'ultimo aggettivo, invece, come osserva giustamente un autore, richiederebbe «quantitativamente una maggiore influenza della pratica» sulle scelte d'acquisto dei consumatori, al fine di poterla ricondurre all'interno del divieto generale[573]. Nei termini in cui è formulato dalla disposizione italiana, quindi, il divieto pone in opportuna evidenza la naturale destinazione della pratica commerciale ad influire sulle scelte dei singoli consumatori e garantisce a questi ultimi una tutela più estesa[574].

L'importanza di quest'ultimo profilo è confermata, peraltro, dallo stretto legame tra disciplina sulle PCS e art. 39 cod. cons.[575]. Ai sensi di tale previsione, «le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori».

Prima di esaminare nel dettaglio i requisiti normativamente richiesti affinché una pratica commerciale possa dirsi sleale[576], occorrerà, dunque, chiarire il rapporto intercorrente tra la scorrettezza, di cui all'art. 20 cod. cons. e «i principi di correttezza, buona fede e lealtà», richiamati dall'art. 39. Un simile chiarimento appare tanto più opportuno, in considerazione del fatto che nell'elenco dei diritti fondamentali dei consumatori (e utenti), di cui all'art. 2, comma 2, cod. cons., la lett. c *bis*)[577] prevede espressamente il diritto

---

[573] V. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, cit., p. 299, in part. alla nota 28.
[574] Cfr. TOMMASI, *op. cit.*, p. 56. D'altra parte, la *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/Cee, 97/7/Ce e 98/27/Ce (direttiva sulle pratiche commerciali sleali)*, COM (2003) 356 def., 18 giugno 2003, p. 14, nella presentazione generale del divieto *ex* art. 5 dir., ha chiarito che «la pratica commerciale, considerata nel contesto, deve avere un effetto sufficientemente significativo da modificare o essere idonea a modificare il comportamento del consumatore».
[575] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 58.
[576] Tali requisiti sono stati menzionati all'inizio del presente par. e saranno oggetto *infra* dei par. 4 e 5 del presente cap. III.
[577] Tale comma è stato aggiunto all'art. 2, comma 2, cod. cons. dal d.lgs. n. 221/2007.

«all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà»[578].

Non è revocabile in dubbio che i principi della lett. c *bis*) dell'art. 2 siano i medesimi a cui fa riferimento l'art. 39 cod. cons. Come è dato leggere nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 206/2005, infatti, l'art. 39 «introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali». L'affermazione trova ulteriore conferma nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 221/2007, laddove si precisa che la lett. c *bis*) – aggiunta proprio in tale sede – detti «una disposizione di richiamo ai principi di correttezza, lealtà e buona fede, conformemente con quanto previsto dalla Direttiva 2005/29/Ce in materia di pratiche commerciali sleali recepita con il decreto n. 146 del 2007».

Dalla stretta connessione tra le norme menzionate, si desume, innanzitutto, che l'espressione «pratiche commerciali», riportata all'interno dell'art. 2 cod. cons., vada letta nel senso chiarito dall'art. 18, comma 1, lett. d) cod. cons. e, quindi, nell'accezione specificamente prevista dalla disciplina sulle PCS. Parimenti, nella stessa accezione, va intesa anche la locuzione «attività», invero preferita alla formula «pratiche commerciali», contenuta nell'art. 39 cod. cons.

In secondo luogo, ed è questo il corollario più importante, la qualificazione di una pratica commerciale come scorretta, ai sensi degli artt. 20 e ss. cod. cons., esprimerà certamente la sua non rispondenza ai «principi di buona fede, correttezza e lealtà», richiamati dal combinato disposto degli artt. 2 e 39 cod. cons.

In conclusione, il professionista che viola il divieto di pratiche commerciali scorrette viene meno, con un simile comportamento, al precetto di cui all'art. 39 cod. cons. e lede, al contempo, un diritto riconosciuto come fondamentale per i consumatori (e utenti) dall'art. 2, comma 2, lett. c *bis*)[579].

4. *I parametri di valutazione della scorrettezza: a) la contrarietà alla diligenza professionale.*

Si rende quanto mai necessaria, a questo punto della trattazione, la disamina dei parametri richiesti dalla «superclausola» generale, al fine di valutare una pratica commerciale e poterla qualificare come scorretta.

Il primo requisito ivi previsto è – come è noto – la contrarietà alla diligenza professionale. Soccorre, sul punto, la nozione riportata nell'art. 18,

---

[578] Cfr. DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 1086.
[579] V. DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1086.

comma 1, lett. h) cod. cons., che definisce la diligenza professionale come «il normale grado della specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

Tale nozione, sulla quale intendo ora soffermarmi diffusamente, appare tutt'altro che lineare[580].

Al pari della «superclausola» generale, esaminata in precedenza, essa si discosta in più punti dalla definizione riportata nel testo della direttiva.

Nella fonte comunitaria, infatti, all'art. 2, comma 1, lett. h), la diligenza professionale è intesa come il normale grado[581] della «speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori», «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista».

Una dottrina ha osservato che il *focus* della nozione italiana è sui consumatori, destinatari della pratica commerciale realizzata dal professionista: in forza dell'art. 18 cod. cons., è nella loro ottica che occorre porsi, per poter delimitare quella specifica competenza e attenzione che si richieda in concreto all'imprenditore. Fin qui non posso che concordare con siffatta lettura. La formulazione italiana sembra, in effetti, sottolineare come siano i consumatori ad «attendersi», *rectius* esigere dal professionista un certo grado di diligenza. Sennonché, la stessa dottrina aggiunge poi che la direttiva assumerebbe, invece, il punto di vista di un «"osservatore" terzo e neutrale»[582]. Tale rilievo mi sembra assolutamente infondato. Dall'enunciato dell'art. 2, comma 1, lett. h) dir. non è dato rinvenire alcun elemento che confermi una simile interpretazione. E comunque una lettura complessiva delle due norme, in base alla formulazione letterale, non consente di giungere a tali conclusioni. La previsione comunitaria e quella nazionale, con parole diverse, esprimono entrambe una disciplina orientata alla tutela dei consumatori.

---

[580] Come si è rilevato, infatti, essa coniuga in un unico contesto figure tradizionalmente distinte, quali la diligenza, la buona fede, la correttezza e la ragionevolezza (PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, IV, p. 1123).

[581] Si osservi, peraltro, che l'aggettivo «normale» compare inspiegabilmente solo nella versione italiana e non nelle altre versioni linguistiche della direttiva. Non si comprende il perché di tale scelta, compiuta a suo tempo dagli uffici incaricati di predisporre la traduzione italiana della fonte comunitaria. Parimenti, poco chiara è la decisione del nostro Governo di mantenere l'aggettivo in sede di recepimento della direttiva. Sul punto, cfr. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 146, in part. alla nota 6; ID., *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1090, in part. alla nota 48.

[582] V. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 147.

Ad ogni modo, giudico in termini positivi le parole diverse utilizzate dal legislatore italiano, dal momento che – almeno sotto questo profilo – esse esprimono in termini ancora più chiari la necessità di offrire la massima protezione possibile ai consumatori, coerentemente con la *ratio* della direttiva.

D'altra parte, non si può non tenere in debita considerazione la diseguaglianza di partenza tra il professionista e la sua potenziale controparte contrattuale, ontologicamente più debole sul mercato e penalizzata da asimmetria informativa[583]. L'imprenditore svolge un'attività che – come si è detto più volte – è oggettivamente destinata a condizionare le scelte dei consumatori. Questi ultimi, in un fenomeno di massa, quale è quello delle pratiche commerciali, subiscono (in genere) passivamente le offerte promozionali predisposte dai professionisti[584] e si trovano in una posizione di svantaggio, che il legislatore tenta, per l'appunto, di riequilibrare mediante un sistema normativo, come quello in esame, finalizzato a tutelarli nel modo più ampio possibile. Pertanto, coerentemente, dovranno essere i soggetti più deboli, protetti dalla disciplina, ad «attendersi ragionevolmente» uno standard (elevato) di diligenza dagli imprenditori con cui si rapportano sul mercato.

Un'altra differenza tra la nozione comunitaria e quella nazionale di diligenza professionale consiste nei parametri, rispetto ai quali delimitare le «ragionevoli aspettative», menzionate dalle due disposizioni: al «principio generale di buona fede», il legislatore italiano ha preferito «i principi di correttezza e buona fede»; mentre il rinvio alle «pratiche di mercato oneste», contenuto nella definizione europea è, lo si è già accennato precedentemente[585], totalmente scomparso.

Il venir meno di quest'ultimo rinvio può essere accolto, invero, con favore. La dottrina si era espressa in termini molto critici sulla locuzione «pratiche di mercato oneste»: riecheggiando gli «usi onesti in materia industriale o commerciale», di cui all'art. 10 *bis* della Convenzione di Unione di Parigi[586],

---

[583] Il consumatore è parte debole, in quanto non è in grado di influire sul contenuto del contratto, predisposto dal professionista, o più correttamente perché parte non competente, «ma occasionale, "profana" rispetto all'atto che compie»; il professionista, al contrario, ordinariamente pone in essere quell'atto, poiché esso costituisce diretta espressione della propria attività d'impresa. Egli deve, dunque, presumersi più competente e informato del consumatore. V. GABRIELLI, *I contraenti*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di SIRENA, Milano, 2006, p. 130.
[584] Cfr. TOMMASI, *op. cit.*, p. 89-90.
[585] V. *supra* al par. 3.1. del cap. I.
[586] Si tratta della Convenzione di Parigi per la Protezione della Proprietà Industriale del 20 marzo 1883, riveduta a Bruxelles il 14 dicembre 1900, a Washington il 2 giugno 1911, all'Aja il 6 novembre 1925, a Londra il 2 giugno 1934, a Lisbona il 31 ottobre 1958 e, infine, a Stoccolma il 14 luglio 1967. L'art. 10 *bis*, rubricato *Concorrenza sleale*, in particolare, dispone: «1. I Paesi dell'Unione sono tenuti ad assicurare ai cittadini dei Paesi dell'Unione una protezione effettiva contro la concorrenza sleale. 2. *Costituisce un atto di concorrenza sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale.* 3. Dovranno

l'espressione, a detta di molti, avrebbe, infatti, integrato un parametro di valutazione tipicamente corporativo[587]. Tuttavia, è vero anche che, come ha osservato altra dottrina, nella direttiva non si parli di «usi», ma di mere «pratiche», due termini che appaiono tutt'altro che sinonimici[588]. Inoltre, il suddetto art. 10 *bis* non è citato in nessun passo dei lavori preparatori della fonte comunitaria del 2005. Il che non parrebbe una semplice coincidenza o una dimenticanza. In ogni caso, il richiamo alle «pratiche di mercato oneste», di cui all'art. 2 dir., non poteva e non può, a mio avviso, leggersi come un mero riferimento alle condotte abitualmente tenute dai professionisti in un determinato settore. Condotte che riceverebbero così una sorta di legittimazione morale *a priori*[589]. Nelle «pratiche di mercato oneste» andrebbero, semmai, ravvisati tutti quei comportamenti, a cui sono tenuti (o quantomeno dovrebbero esserlo) i professionisti[590]. Come ha osservato un autore, però, il rinvio all'onestà ha comunque «un suono moralistico e autocelebrativo»[591]. Ecco perché, in definitiva – lo si diceva poc'anzi –, la scomparsa di una simile locuzione nella normativa di recepimento italiana può essere letta positivamente.

Con riferimento poi al connubio buona fede-correttezza, che il nostro legislatore utilizza in luogo del «principio generale di buona fede», presente

---

particolarmente essere vietati: 1) tutti i fatti di natura tale da ingenerare confusione, qualunque ne sia il mezzo, con lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente; 2) le asserzioni false, nell'esercizio del commercio, tali da discreditare lo stabilimento, i prodotti o l'attività industriale o commerciale di un concorrente; 3) le indicazioni o asserzioni il cui uso, nell'esercizio del commercio, possa trarre in errore il pubblico sulla natura, il modo di fabbricazione, le caratteristiche, l'attitudine all'uso o la quantità delle merci».

587 Cfr., per tutti, MELI, *Voce Pubblicità ingannevole*, cit., p. 7.

588 V. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 147.

589 Letto in questi termini, il parametro avrebbe avuto una valenza prettamente corporativa, costituendo un'affermazione senza se e senza ma del settore professionale. Affermazione, però, inaccettabile, perché del tutto incompatibile con la *ratio* della direttiva, *rectius* con il dichiarato obiettivo di apprestare un «elevato livello di protezione dei consumatori». Osserva MELI, *op. ult. cit.*, p. 7, che, in questo modo, il trattamento delle pratiche descritte nella fonte comunitaria si sarebbe riportato indietro anche rispetto al nostro diritto della concorrenza sleale, ove si è ormai acquisita da tempo una concezione non corporativa della correttezza professionale. Per approfondimenti su quest'ultimo punto, si veda GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in AA. VV., *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1991, Artt. 2098-2601, p. 274 ss.

590 Si esprime così anche DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 147. D'altra parte, i parametri di giudizio in termini di slealtà delle condotte professionali devono essere normativi, mai meramente empirici (KOCH, *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressive geschaftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Amburgo, 2006, p. 34). Dovendo sostanziarsi in un criterio ricavabile dal solo ordinamento giuridico e non altrove, l'onestà di una pratica di mercato va, dunque, concepita non come richiamo alla morale imprenditoriale, ma nel senso della piena conformità a regole e precetti propri del sistema giuridico (BRÖMMELMEYER, *Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Colonia, 2007, p. 298).

591 Così DI RAIMO, *L'art. 14 della direttiva 2005/29/Ce*, in AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 299.

nella direttiva, esso rappresenta uno dei criteri di determinazione del significato della diligenza professionale.

A fronte della portata precettiva e vincolante dell'art. 18 cod. cons., tale connubio viene ad incidere sull'agire diligente, cosicché la condotta del professionista può dirsi tale, nella misura in cui risulti anche conforme alle regole desumibili in via di concretizzazione dalla correttezza-buona fede[592]. In altri termini, è proprio attraverso simili parametri, che è possibile individuare il livello di competenza, cura e attenzione, cui ci si può legittimamente attendere che il professionista si attenga[593]. Certo, non si tratta degli unici parametri possibili, ma il loro legame linguistico con la diligenza professionale – come si è osservato – smentisce la tesi che ascrive quasi ad un errore redazionale la loro previsione all'interno della definizione in esame. Chi sostiene una simile tesi ritiene, infatti, surrettizia l'inclusione dei due termini nel concetto di diligenza e ne rivendica una portata normativa autonoma[594]. Tale ricostruzione appare, tuttavia, poco condivisibile, perché si spinge ben al di là di quanto suggerito dalla lettera della previsione – sia comunitaria, sia nazionale, sebbene con le divergenze di lessico poc'anzi segnalate –.

Si rende, infine, necessaria una precisazione: correttezza e buona fede vanno lette come un'endiadi[595]. Non è dato rintracciare ragioni sufficienti per distinguere i due concetti[596], abbandonando così una nozione e un uso linguistico «oramai pacifici nel senso della sinonimia dei termini e dell'unicità del significato»[597].

---

[592] Si esprime opportunamente in questi termini PIRAINO, *op. cit.*, p. 1153.
[593] Così DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 121.
[594] V. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, cit., p. 54.
[595] I due termini ci pervengono, infatti, legati da un'endiadi dalla tradizione novecentesca, non solo italiana. Si pensi solo al *Treu und Glauben* del § 242 BGB, che già in epoca medioevale costituiva un sinonimo della *bona fides* nell'ambito dei rapporti contrattuali e alla *good faith and fairness* o *fair dealing* della dottrina e giurisprudenza anglo-americana (v., *ex multis*, BRIDGE, *Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?*, in *Canadian Business Law Journal*, 1984, IX, p. 385 ss.; O' CONNOR, *Good Faith in English Law*, Brookfield, U.S.A., 1990). Per approfondimenti e ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia a PIRAINO, *op. cit.*, p. 1155.
[596] *Contra* RABITTI, *Divieto delle pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., Art. 20, p. 149, la quale sostiene che la correttezza debba avere un significato autonomo, diverso dalla buona fede, consistendo nella correttezza professionale che impone all'imprenditore l'obbligo di osservare regole rigorose. «Tali regole – afferma l'a. – non si limitano alla legge ed eventualmente al contratto, ma (…) discendono anche dalle pratiche commerciali oneste e dai codici deontologici». Dello stesso avviso, SCALI, *Definizioni*, ivi, Art. 18, lett. h), p. 79, la quale, sebbene reputi condivisibile l'orientamento tradizionale che legge il riferimento alle regole di correttezza e buona fede come un'endiadi, sostiene che per la disposizione di cui all'art. 18 cod. cons. debba ritenersi diversamente. A suo avviso, infatti, la correttezza professionale non potrebbe essere ricondotta *tout court* alla correttezza, «poiché al rispetto di determinate regole di condotta è chiamato non già un debitore qualunque, bensì un soggetto qualificato dall'agire nell'ambito della propria attività professionale». Tali posizioni non mi convincono, in forza di quanto affermato nel testo.
[597] Così opportunamente PIRAINO, *op. cit.*, p. 1154. Nella dottrina italiana, a titolo meramente esemplificativo, si rinvia a SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*,

È vero che nel diritto italiano la correttezza figura talvolta disgiunta dalla buona fede, specie nel diritto dell'impresa: si pensi solo agli artt. 2423, 2497 e 2598 c.c., il primo dedicato alla correttezza dei bilanci, il secondo relativo ai doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e il terzo sancito in materia di concorrenza sleale.

Un autore suggerisce, allora, di riservare alla correttezza il significato di ottemperanza a regole oggettive, siano esse norme della convivenza sociale, regole tecniche o principi giuridici. E ciò a prescindere dalla buona fede oggettiva[598], che si tradurrebbe, invece, in un profilo di equità del caso concreto[599].

Tale posizione, però, non mi convince, poiché, a ben vedere, la scelta di isolare, in alcune previsioni, il termine «correttezza» esprime semplicemente l'intento legislativo di utilizzare il concetto, laddove (in genere) vengano in rilievo obblighi *ex lege* o derivanti da altre fonti. Un esempio significativo di un uso di questo tipo è dato dall'art. 1175 c.c. Per contro, il legislatore nazionale preferisce riservare la locuzione «buona fede» alla materia più squisitamente contrattuale. Si tratta, dunque, di una mera sfumatura linguistica, priva di reale rilievo sotto il profilo sostanziale. Essa non offre, in definitiva, alcuna conferma ai tentativi di ritagliare una portata significativa autonoma al termine «correttezza».

La migliore dottrina conclude, allora, che la distinzione tra correttezza e buona fede costituisce un falso problema e legge i due termini come un'endiadi[600].

Torino, 1949, p. 14; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Dir. comm.*, 1954, p. 368, 393-394, 396; MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, II, p. 603; PASTERIS, *Correttezza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, IV, p. 877; GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 277 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, 1987, p. 272-273; BESSONE-D'ANGELO, *Voce Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, p. 1; GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, *Relazione* all'incontro di studio tenutosi a Tivoli il 6-10 giugno 1994, reperibile sul sito web *http://www.personaedanno.it/dA/64b459ae41/allegato/AA_019343_resource1_orig.pdf*; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 132 ss.

[598] La buona fede, nell'ambito delle PCS, deve certamente intendersi come buona fede in senso oggettivo. Quest'ultima, come si è tentato di chiarire nel presente lavoro, collima con la correttezza. Osserva DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., p. 125 che nella buona fede oggettiva gli organi comunitari hanno individuato la matrice comune della disciplina sulle clausole abusive e di quella sulle pratiche commerciali. Sulla distinzione tra buona fede in senso oggettivo e buona fede in senso soggettivo, v. SACCO, *op. cit.*, p. 14 e 53; GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 355; LOI-TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 14; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, Torino, 1988, II, p. 178; ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in AA. VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 220.

[599] Si esprime così LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, cit., p. 52, sulla scia di CARUSI, *Voce Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1962, p. 709.

[600] Il vero punto è, semmai, nella loro origine in epoche diverse. Il che giustifica il fatto che la correttezza più recente sia fortemente legata al principio di solidarietà, mentre la buona fede più

4.1. *La diligenza del professionista tra disciplina consumeristica e codice civile.*

Al di là delle divergenze lessicali tra la definizione di diligenza professionale introdotta nel nostro sistema dal d.lgs. n. 146/2007 e quella originariamente prevista nella direttiva 2005/29, è ineludibile, a questo punto, una riflessione sul reale significato della nozione in esame. Tanto più tenuto conto della sua importanza: come ha rilevato un autore, non esiste, infatti, provvedimento dell'A.G.C.M. in tema di pratiche commerciali scorrette, «nel quale manchi un passaggio espressamente dedicato ad argomentare la sussistenza del requisito della contrarietà alla diligenza professionale»[601].

Si è opportunamente osservato[602] che le locuzioni di «diligenza professionale» e «grado della specifica competenza e attenzione» evochino, *prima facie*, la diligenza richiesta al professionista-debitore nell'adempimento delle obbligazioni, a norma dell'art. 1176, comma 2, c.c., ovvero gli elementi costitutivi della colpa nell'illecito civile, *ex* art. 2043 c.c.: la negligenza, l'imprudenza o l'imperizia.

Tuttavia, innanzitutto, deve escludersi qualsivoglia assimilazione tra la diligenza dovuta dall'imprenditore nell'ambito delle PCS e la diligenza intesa quale criterio valutativo dell'esattezza dell'adempimento nelle obbligazioni «inerenti all'esercizio di un'attività professionale»[603]. L'accostamento investe, semmai, soltanto l'agente modello a cui applicare la regola di diligenza, che «non è qui come lì il *bonus pater familias* ma *l'homo eiusdem professionis et condicionis*»[604].

È chiaro, però, che la diligenza richiesta dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali ha una portata ben più ampia di quella di fonte contrattuale,

---

risalente sia maggiormente ispirata al rispetto della sostanza del vincolo. Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 132 ss., in part. 141-143 e 150-152; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 370 ss.

[601] Così MELI, *«Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di* de minimis, cit., p. 7.

[602] V. DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1090.

[603] Come osserva PONTIROLI, *La disciplina delle pratiche sleali: questioni e tendenze evolutive recenti, con particolare riguardo al settore del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, III, p. 380, in part. nota 23, la definizione specifica dell'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons. diverge dalla nozione sottostante all'art. 1176, comma 2, c.c., la quale prende in considerazione lo sforzo che il debitore deve porre in atto nell'adempimento dell'obbligazione e non il normale grado di competenza e attenzione del professionista ai principi generali di correttezza e buona fede seguiti nello specifico settore, richiesto dalla norma consumeristica.

[604] Così PIRAINO, *op. cit.*, p. 1125. In proposito, v. anche INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali prime valutazioni*, in *Dir. com. e scambi intern.*, 2006, p. 372; MASSA, *Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni*, in AA. VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 20, p. 141 ss.; PARTISANI, *op. cit.*, p. 71.

dal momento che non si limita a regolare l'adempimento delle obbligazioni, peraltro al fine di ottenere un risarcimento del danno *ex* art. 1218 c.c., ma riguarda la fase che va dal contatto sociale sino all'eventuale momento patologico del rapporto[605]. E non occorre neppure l'effettiva produzione del danno, giacché la pratica commerciale viola la diligenza professionale – come è noto – non soltanto se falsa, ma anche se è meramente *idonea a falsare* una decisione di natura commerciale del consumatore[606].

Parimenti, la nozione di cui all'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons. non ha nulla a che vedere con il livello di diligenza, prudenza, perizia, la cui mancata adozione rende *colposa* la condotta del soggetto che, secondo il disposto dell'art. 2043 c.c., cagioni ad altri un danno ingiusto[607]. Tale rilievo trova conferma nell'art. 11 dir., che impone agli Stati membri di conferire al giudice o all'organo amministrativo di diritto interno il potere di inibire il compimento o la continuazione della pratica commerciale sleale «anche in assenza di prove (…) in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista». Ragion per cui una pratica può senz'altro ritenersi sleale anche in mancanza di dolo o colpa[608].

In definitiva, lo si ribadisce e lo ha affermato anche la giurisprudenza amministrativa, «si tratta di una nozione di "diligenza professionale" che assume rilievo specifico nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano»[609].

Un parallelismo, a mio avviso, più calzante tra la diligenza in esame e la normativa civilistica tradizionale può essere, semmai, rinvenuto nell'art. 1337 c.c.

L'agire diligente, richiesto dalla disciplina in tema di PCS, si colloca, infatti, all'interno di una dinamica idonea ad approdare, come si accennava poc'anzi, ad un contatto relazionale; esso è, inoltre, vincolato al rispetto dell'endiadi correttezza-buona fede; prescinde dall'effettiva conclusione di un contratto e/o dall'esistenza di una prestazione; è, infine, idoneo a condizionare

---

605 V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 65 e PIRAINO, *op. cit.*, p. 1125.
606 Cfr. PIRAINO, *op. cit.*, p. 1125.
607 V. ancora DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1090.
608 Cfr. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto alla concorrenza sleale?*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 15.
609 Così Cons. St., 31 gennaio 2011, n. 720, in *Riv. dir. ind.*, 2012, III, p. 320. In dottrina, v. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1188. Quanto, invece, alla nozione di diligenza prevista nel codice civile, si rinvia a: RODOTÀ, *Voce Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.; RAVAZZONI, *Voce Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 5.

il comportamento economico dell'altra parte, che faccia ragionevole affidamento sulla lealtà del suo interlocutore[610].

Tali profili evocano chiaramente l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede in fase di formazione del contratto, *ex* art. 1337 c.c.

Le trattative, se apprezzate in termini dinamici, prescindono, infatti, – come si è rilevato in dottrina – «dalle situazioni "a monte" e da quelle "a valle"»: in tale fase, le parti si limitano a valutare la compatibilità tra le rispettive esigenze, «potendo anche non arrivare alla dimensione statica dell'atto»[611]. In altri termini, lo svolgimento delle trattative, così come accade per le pratiche commerciali, è focalizzato sulle condotte dei soggetti coinvolti, potenzialmente idonee a determinare scelte economicamente rilevanti. Simili condotte non hanno la propria ragion d'essere nel raggiungimento del risultato, che resta solo eventuale e può anche non trovare alcuna concretizzazione[612]. D'altronde, i numerosi pareri contrastanti in dottrina hanno dimostrato come sia particolarmente difficile individuare il momento in cui, avviata una trattativa, possa sorgere un ragionevole affidamento sulla conclusione di un valido contratto[613]. Ecco perché è possibile sostenere che l'art. 1337 c.c., nel dettare il

---

[610] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 73.

[611] Così TOMMASI, *op. cit.*, p. 73-74. Sul tema, si vedano anche ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, in *Quad. rass. dir. civ.*, Napoli, 1999, p. 12 e p. 19; ID., *La condizione tra atto e attività. Prospettive metodologiche*, in AA. VV., *La condizione nel contratto tra «atto» e «attività»*, a cura di ALCARO, Padova, 2008, p. 212. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012, p. 37 chiarisce: «è opinione assai diffusa che le trattative costituiscano un'attività diretta a dar vita ad un contratto; ma l'affermazione si manifesta insufficiente in quanto non indica quali siano gli interessi che vengono in gioco nella fase precontrattuale, interessi per la cui protezione è appunto disposto il dovere di buona fede (…). Invero, durante le trattative i soggetti cercano di formarsi un'idea sul contenuto del contratto che stanno per stipulare, in modo da controllare se vi sia corrispondenza tra il risultato pratico che intendono conseguire e quello che si realizzerebbe se concludessero quel determinato negozio. Quando si convincono, sulla base dell'opinione maturata durante le trattative, che il futuro contratto appare strumento idoneo per il raggiungimento dello scopo perseguito, si dichiarano pronti a stipularlo».

[612] Con riferimento alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, Atti del Convegno A.G.C.M.- Luiss Università degli studi di Roma Tre, tenutosi a Roma il 19 marzo 2010, p. 11 ha sottolineato opportunamente che «l'attenzione, incentrata in precedenza essenzialmente sull'atto, viene a focalizzarsi sull'attività determinando, in tal modo, un significativo ampliamento della nozione di "consumatore", ormai svincolato dalla sua posizione di contraente e "destinatario di una tutela più pervasiva, non ristretta al momento dell'acquisto, ma allargata a promuovere il cittadino nella sua complessiva realizzazione di un soggetto, che non deve essere ingannato dal mercato" (il virgolettato è ripreso da DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008, p. 4, nota 17)».

[613] La dottrina ha tentato di individuare un criterio appagante, ma non è parso tale, ad esempio, il rinvio alla serietà delle trattative. Risulta tutt'altro che agevole chiarire le circostanze in base alle quali una trattativa possa dirsi seria (v., in proposito, STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, p. 27). Neppure può essere sufficiente il fatto che le parti abbiano esaminato tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere. Come affermava già molti anni or sono CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 8, è comunque necessario

quomodo delle condotte in fase precontrattuale, non crei obblighi relativi al futuro contratto, ma obblighi di comportamento all'interno della fase stessa[614].

Date le analogie, non mancano, tuttavia, gli elementi di divergenza tra le trattative previste nel codice civile e le pratiche commerciali disciplinate dalla direttiva del 2005. E, di conseguenza, tra gli obblighi dell'agire secondo buona fede e quelli dell'agire in modo conforme alla diligenza professionale.

Le regole civilistiche presuppongono, infatti, l'uguaglianza formale tra le parti in un mercato strutturato, almeno nella loro impostazione originaria[615]. Per contro, le previsioni di derivazione comunitaria nell'ambito delle PCS non possono prescindere dallo squilibrio di partenza esistente tra professionisti e consumatori. Tali previsioni, come si è osservato più volte nel presente lavoro, trovano la propria *ratio* nella regolamentazione del mercato, al fine di correggerne i possibili fallimenti.

Peraltro, come pure la dottrina ha rilevato, l'operatore economico professionale, nel commercializzare i propri prodotti, risponde ad un'esigenza per così dire «costitutiva» della sua presenza sul mercato: a differenza di un qualsiasi contraente di diritto privato, egli *deve* vendere e massimizzare i propri utili a scapito dei suoi *competitors*. L'imprenditore, quindi, non può che creare un processo informativo finalizzato a «catturare» i potenziali acquirenti e, al contempo, a differenziare la propria offerta da quella dei concorrenti[616]. Diversamente dall'ambito civilistico tradizionale, le pratiche commerciali si collocano in una dimensione di massa: consentono di strutturare, senza costi per i consumatori, quel luogo di incontro, ove normalmente si attua la contrattazione[617].

Inoltre, se nella logica delle trattative, *ex* art. 1337 c.c., si ha una partecipazione attiva dei soggetti coinvolti, i destinatari delle pratiche commerciali, lo si è già detto poc'anzi, versano generalmente in uno stato di

---

che «le volontà delle parti si determinino ulteriormente su tutta intiera la materia del rapporto discusso». La valutazione degli elementi essenziali non basta, infatti, ad ingenerare l'affidamento sulla conclusione del contratto, perché potrebbe mancare una visione di insieme del rapporto completa e approfondita e le parti potrebbero avere una mera prospettiva parziale di uno o più punti isolati. Né, infine, convincono i ragionamenti incentrati sul cd. stadio avanzato delle trattative, ossia su un criterio semplicemente temporale. Tra l'altro, come si è rilevato, quello che viene indicato comunemente come lo stadio avanzato delle trattative, in realtà, spesso comporta l'apertura di una nuova fase nel processo formativo del contratto, con il sorgere per le parti dell'onere di avvertirsi in presenza di ostacoli alla conclusione del medesimo (SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, p. 247).

[614] V. ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 536.

[615] Parlo di impostazione originaria della norma, perché nelle sue applicazioni concrete, l'art. 1337 c.c. è stato riferito anche a rapporti caratterizzati da squilibrio contrattuale, quale quello tra impresa monopolistica e utente *ex* art. 2597 c.c., o quello tra datore di lavoro e lavoratore subordinato *ex* artt. 2094 ss. c.c.

[616] Cfr. TOMMASI, *op. cit.*, p. 88.

[617] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 89.

passività rispetto all'attività promozionale del professionista. Il che rende gli obblighi di condotta imposti a quest'ultimo, nella mia opinione, ancora più stringenti: l'imprenditore, che gode di un'evidente posizione di vantaggio sul mercato, ha così uno speciale dovere di protezione nei confronti dei consumatori[618].

Nonostante le segnalate differenze, è indubitabile, a mio avviso, che la diligenza professionale, definita nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, rappresenti una nozione sì ben lontana dalla diligenza richiesta al debitore dall'art. 1176, comma 2, c.c., nonché dal concetto di colpa, di cui all'art. 2043 c.c., ma affine sotto molteplici profili con l'agire secondo correttezza nelle trattative, previsto dall'art. 1337 c.c.

4.2. *L'agire diligente e secondo correttezza nello specifico contesto delle pratiche commerciali.*

Una volta chiarito quel che la diligenza professionale, *ex* art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons. non è[619], occorre chiedersi in che cosa essa effettivamente consista.

La «specifica competenza e attenzione», di cui parla la norma, rinvia alla competenza tecnica del professionista, applicata al prodotto da pubblicizzare. Si fa riferimento al *know-how* imprenditoriale, ossia a quel bagaglio di conoscenze relativo ai beni immessi sul mercato, di cui il professionista è in possesso. Bagaglio che egli è tenuto a mettere in pratica, nel momento in cui realizza attività promozionali, volte a favorire l'acquisto di certi prodotti.

Il concetto di diligenza professionale allude, dunque, alla cura, cautela, tensione verso i consumatori, destinatari delle attività pubblicitarie. Essi, a fronte del *gap* informativo che li svantaggia in partenza, devono essere messi in condizione di comprendere appieno il contenuto degli input pubblicitari che ricevono. La diligenza che l'ordinamento esige dai professionisti potrà essere

---

[618] V. TAR del Lazio, 15 giugno 2009, n. 5625, cit., che ha confermato l'esistenza di una «posizione di garanzia» o «dovere di protezione» a carico dei soggetti operanti [nella specie] nel settore delle telecomunicazioni, da intendersi alla stregua di uno «standard di diligenza particolarmente elevato, non riconducibile ai soli canoni civilistici di valutazione della condotta ed esteso ad una fase ben antecedente rispetto all'eventuale conclusione del contratto». In dottrina, FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, III, p. 166 ha precisato che il consumatore diviene destinatario di una tutela non più ristretta al solo momento dell'acquisto, ma allargata all'intero «processo del consumo»: «vengono infatti in rilievo le condotte poste in essere dal professionista prima, durante e dopo il contratto stesso e, in ciascuna fase, l'attività deve essere improntata ai canoni della diligenza professionale e non deve alterare la libertà di scelta del consumatore».

[619] Nel par. precedente si è precisato, infatti, che il concetto non ha nulla a che vedere con l'art. 1176, comma 2, c.c., né con l'art. 2043 c.c., ma presenta, semmai, affinità con l'art. 1337 c.c. Sul punto si avrà modo di tornare *infra* al par. 7.3. del presente cap. III.

tanto più elevata, quanto maggiore sarà l'asimmetria informativa specifica in cui versi il consumatore, con cui il professionista entri in contatto[620].

Ecco, quindi, che la diligenza nell'ambito delle PCS, lungi dal rappresentare un mero risvolto della colpa[621] costituisce, invece, la fonte di determinazione del contenuto dell'obbligo dell'imprenditore, al fine di preservare la piena libertà di scelta dei consumatori. Una libertà quest'ultima, che deve essere sorretta dalla contezza del significato reale dell'affare che si vuole concludere[622].

Coerentemente, la giurisprudenza ha affermato che la nozione in esame «include anche la preventiva e scrupolosa verifica della qualità e completezza della propria attività comunicazionale, in particolare per quanto concerne elementi, quali le caratteristiche dell'offerta e la natura del processo di vendita, evidentemente fondamentali per il consumatore al fine di valutare l'effettiva convenienza dell'offerta e determinare in maniera pienamente consapevole il proprio comportamento economico in rapporto alle stesse»[623].

La diligenza professionale, intesa in questi termini, deve informarsi alla correttezza, o meglio alla summenzionata endiadi correttezza-buona fede.

---

[620] A tal proposito, è opportuno menzionare una recente pronuncia dell'A.G.C.M., ove, nel sanzionare per pratiche commerciali scorrette un noto marchio di telefonia, l'Autorità si è espressa in questi termini: «Suggerire, per i prodotti già acquistati dai consumatori, l'installazione di firmware che ne modificano significativamente le caratteristiche funzionali già ampiamente pubblicizzate, tacendo la possibilità che essi ne riducano in maniera sensibile le prestazioni in determinate condizioni, non appare conforme alla diligenza professionale ragionevolmente esigibile in base ai principi generali di correttezza e di buona fede, doverosa per società di un gruppo leader di mercato operante a livello mondiale nel settore dell'alta tecnologia». Come si legge ancora nello stesso provvedimento: «Samsung ha potuto indurre i consumatori ad accettare tali aggiornamenti anche grazie all'asimmetria informativa esistente con i consumatori, che sono costretti a riporre la loro fiducia in quanto affermato da Samsung sulla utilità e bontà di tali aggiornamenti». V. A.G.C.M., 25 settembre 2018, Provv. n. 27363 (PS/11009), caso *Samsung-aggiornamento software*; analogamente, sempre in tema di cd. obsolescenza programmata, si veda la pronuncia gemella: A.G.C.M., 25 settembre 2018, Provv. n. 27365 (PS/11039), caso *Apple-aggiornamento sofware*. Entrambi i provvedimenti sono visionabili sul sito web *http://www.agcm.it*.

[621] Non condivido, infatti, la tesi di chi riserva alla diligenza il ruolo circoscritto di criterio di valutazione della colpevolezza del professionista. Secondo LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, cit., p. 47, «il dato testuale è chiaro nel senso che la violazione dei criteri di diligenza (cioè la "negligenza") non è requisito essenziale ai fini dell'inibitoria delle PCS. Ciò implica che – continua l'a. – *la negligenza non è un connotato essenziale della fattispecie della PCS* [corsivo non mio], ma solo della fattispecie della "pratica commerciale scorretta colpevole"».

[622] Si esprime in questi termini PIRAINO, *op. cit.*, p. 1151, il quale aggiunge che soltanto così si scongiura l'esito di una marginalizzazione della diligenza a vantaggio della correttezza-buona fede nell'impianto complessivo, dato dagli artt. 18 e ss. cod. cons.

[623] V. A.G.C.M., 25 febbraio 2015, Provv. n. 25336 (PS/9177), caso *Volley-fidelity card*. Si è ulteriormente precisato che è «ravvisabile pubblicità ingannevole in un'offerta, che non fornisca ai potenziali utenti informazioni corrette, secondo standard di diligenza tali, da consentire al consumatore di orientarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale» (Cons. St., 19 gennaio 2012, n. 209, in *Dir. mar.*, 2013, p. 459; conf., Cons. St., 31 gennaio 2011, n. 720, cit.).

Quest'ultima esprime un concetto più ampio della diligenza[624], riferendosi al complesso di regole di comportamento, a cui l'imprenditore è chiamato ad attenersi: regole di fonte legislativa – primaria o secondaria[625]–, autodisciplinare[626], o ancora desumibili dalla prassi commerciale del settore e dai codici deontologici[627]. Si ragiona così di un insieme di norme in continua espansione, che richiede un impegno sempre maggiore al professionista. Un siffatto obbligo di correttezza non è definibile alla stregua di criteri rigidi e predeterminati: esso non può che variare a seconda delle cautele che le singole circostanze esigono[628].

In definitiva, quale livello di competenze specialistiche, cura e attenzione[629] possa e debba considerarsi dovuto dall'imprenditore è questione che va risolta, volta per volta, in base alle specifiche peculiarità del caso concreto[630]. É così che l'ancoraggio al canone di diligenza professionale consente alla normativa a tutela dei consumatori di spiegare al meglio il proprio «effetto utile». Il sistema di tutele può, dunque, plasmarsi nel modo più conforme alle necessità del caso concreto[631].

Si rende opportuna poi un'ulteriore precisazione. Come l'A.G.C.M. ha avuto occasione di evidenziare, la contrarietà di una pratica alla diligenza professionale si realizza quando l'imprenditore «violi i canoni di correttezza, perizia, attenzione, cura e salvaguardia pretendibili dall'"agente modello"»[632]. Nell'ambito delle PCS, è consolidato, infatti, il richiamo al tipo di agente che

---

[624] La diligenza, nella mia opinione, si riferisce alla specifica competenza e attenzione relativa ai beni messi in commercio. Essa, a differenza dell'endiadi correttezza-buona fede, attiene, dunque, più strettamente ai prodotti da promuovere sul mercato. Sembra, invece, sovrapporre i due concetti AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto alla concorrenza sleale?*, cit., p. 15, a detta del quale la diligenza professionale, a cui rinvia la direttiva, consisterebbe in regole obiettive di condotta a cui deve conformarsi l'attività imprenditoriale. L'a. aggiunge poi che il parametro della diligenza professionale avrebbe la medesima natura dei principi della correttezza professionale, *ex* art. 2598 c.c.

[625] Mi riferisco alle norme settoriali, i cui rapporti con la disciplina generale sono stati descritti *supra* nel cap. II e su cui tornerò tra un momento.

[626] Si tratta di quella fonte di *soft law* costituita dai codici di condotta, su cui mi sono soffermata *supra* nei par. 3 e ss. del cap. I, a cui faccio rinvio.

[627] Cfr. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, III, p. 738.

[628] V. SPEZIALE, *Sulle prospettive di difesa dalle pratiche commerciali scorrette mediante* soft law, cit., p. 1452; ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, V, p. 329, il quale menziona (nella nota 7): TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 3696.

[629] Livello che DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1090, opportunamente riferisce alla sfera degli interessi patrimoniali dei consumatori e, *in primis*, al loro interesse ad assumere «decisioni di natura commerciale» consapevoli e informate.

[630] In particolare, come avrò modo di chiarire a breve, si dovrà tenere in debito conto la natura dell'attività esercitata dal professionista e le caratteristiche della pratica commerciale impiegata. Cfr., sul punto, DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1090.

[631] TAR del Lazio, 15 gennaio 2018, n. 464.

[632] V. *Relazione* annuale sull'attività svolta, presentata il 30 aprile 2009, p. 254, consultabile sul sito web *http://www.agcm.it*.

svolga quella determinata attività d'impresa, nella quale si risolve la pubblicità oggetto di valutazione. Sulla figura dell'«agente modello», variamente declinata a seconda dei settori economici, si è soffermata anche la dottrina, che ha sottolineato l'importanza delle caratteristiche dell'attività esercitata, nella determinazione del parametro della diligenza professionale[633].

Con riferimento, ad esempio, al mercato dei servizi finanziari, l'A.G.C.M. ha precisato che la banca, attrezzata a svolgere la propria attività con elevata diligenza professionale interna, sia parimenti obbligata, nei rapporti con l'utenza, a un'elevata diligenza professionale esterna. Il Garante, in proposito, ha fatto leva sia sulla disciplina settoriale che sovrintende allo svolgimento delle attività bancarie, sia sulla normativa generale, per stabilire che gli obblighi di correttezza, vincolanti per gli operatori del settore, risultino, nella specie, particolarmente stringenti[634]. Va detto, peraltro, che l'Antitrust, nel definire la diligenza professionale richiesta all'operatore bancario, è incorsa talvolta in estremizzazioni: in alcuni provvedimenti[635], poi cassati – almeno in primo grado

---

[633] V. TOMMASI, *op. cit.*, p. 65; MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2011, III, p. 352.

[634] V. ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 203. Come ha puntualizzato FIORENTINO, *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, Intervento nel Convegno organizzato dall'ABI, dal titolo *Dimensione cliente 2010. «La* Costumer Experience *nel mercato* retail», 25 marzo 2010, p. 10, consultabile su *http://www.agcm.it*, che, in qualità di Segretario generale dell'A.G.C.M., riportava il punto di vista del Garante: «Chiediamo un approccio *consumer oriented*. Che le comunicazioni commerciali siano chiare, complete e di agevole lettura. Che i comportamenti siano trasparenti, corretti e che siano informati a quello che – in altri contesti – si direbbe una sorta di "dovere di soccorso" nei confronti della clientela, in termini di assistenza e di garanzie. Mi sembra che tutto questo si possa più ampiamente definire "diligenza professionale"».

[635] V., tra gli altri, A.G.C.M., 7 agosto 2008, Provv. n. 18727 (PS/1187), caso *Portabilità mutuo-Intesa San Paolo* e A.G.C.M., 12 marzo 2009, Provv. n. 19622 (PS/740), caso *Barclays Bank-Estinzione mutuo*, ove l'*Authority*, dall'anomalia delle condotte dei clienti (che avevano optato in gran numero per le operazioni più onerose di sostituzione attiva del mutuo, in luogo della più favorevole portabilità attiva), aveva tratto la «prova indiretta» di pratiche commerciali scorrette poste in essere dalla banca. Si legge nel provvedimento: «In questo contesto, deve ritenersi che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche nell'informazione alla clientela debbano ricostruirsi tenendo conto dei (…) dati normativi [disciplina generale sulle PCS, specie nei *Considerando* nn. 10 e 14 dir., in combinazione con il d.l. n. 7/2007 e successive modificazioni, in tema di portabilità dei mutui] e del *favor* espresso dal legislatore per la portabilità gratuita dei mutui, nel senso di riconoscere uno specifico dovere a carico della banca di dare al cliente un'informazione corretta circa le condizioni di mercato e la disciplina normativa in materia di portabilità dei mutui». Le altre decisioni del Garante in argomento sono reperibili alla pagina web *http://www.agcm.it/*.

– in sede amministrativa[636], si è spinta al punto di conferire «carattere "paternalistico"» alla tutela del consumatore di prodotti e servizi finanziari[637].

Generalizzando e, quindi, guardando a tutti i settori regolati e non solo a quello bancario – che, invero, presenta profili di complessità peculiari –, si richiede ai professionisti che operino in simili mercati «il massimo sforzo di puntuale e piena osservanza delle previsioni settoriali che regolano l'attività»[638]. Se la diligenza professionale richiesta al professionista nelle pratiche commerciali «deve essere esercizio oggettivamente e soggettivamente (…) corretto di competenze e di attenzione»[639], all'imprenditore che operi in un settore regolato si richiede una diligenza (ancora più) specifica ed elevata, perché la regolazione di settore incrementa l'aspettativa di correttezza del consumatore[640].

Peraltro, l'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» presente nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons.[641], secondo quanto riportato nella Relazione illustrativa al d.lgs. n. 21/2014 e nei Protocolli d'intesa successivi alla novella, deve essere inteso nel senso di escludere, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale da parte dell'imprenditore[642]. Un comportamento del professionista conforme alla regolazione di settore costituirà, allora, un

---

[636] Cfr., fra le altre, TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 3692, cit.; TAR del Lazio, 24 novembre 2009, n. 11589; Cons. St., 23 dicembre 2010, n. 9329. In particolare, i ricorsi sono stati accolti, laddove i professionisti lamentavano il difetto di istruttoria sugli elementi necessari ad accertare una condotta come pratica e l'omessa considerazione dell'ambiguità del quadro legislativo vigente in argomento all'epoca dei fatti. Tali ambiguità sono venute meno, solo a seguito della l. n. 2/2009, che, avendo chiarito l'esatta portata delle previsioni in materia, ha confermato la ragion d'essere delle incertezze interpretative preesistenti e, di conseguenza, anche l'assenza di intento decettivo in capo agli istituti di credito. Per approfondimenti, v. ANNA GENOVESE, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 375 ss.

[637] V. ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 203.

[638] Così ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 204, nota 7.

[639] Così ANNA GENOVESE, *Relazione* dal titolo *Diligenza professionale*, tenuta al Seminario AIPPI del 17 novembre 2011, presso l'Università Europea, reperibile su *http://aippi.it/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/relazione-genovese-diligenza-professionale.pdf*, p. 4.

[640] In giurisprudenza, si veda un caso significativo: A.G.C.M., 16 giugno 2010, Provv. n. 21253 (PS/4126), caso *Barclays Bank-Rata di Cauzione*.

[641] Su cui mi sono già ampiamente soffermata *supra* al par. 5 del cap. II.

[642] Nella *Relazione* illustrativa al d.lgs. n. 21/2014, cit., p. 11, si legge: «La questione da cui origina la procedura di infrazione è risolta riconoscendo (…) la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il Codice del Consumo (…) senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione». In senso conforme, il Protocollo di intesa A.G.C.M.-AGCOM del 23 dicembre 2016 dispone: «In base a quanto previsto dall'articolo 27, comma 1 *bis*, del Codice del consumo, il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale». Si vedano, inoltre, i Protocolli A.G.C.M.-AEEGSI, A.G.C.M.-Banca d'Italia, A.G.C.M.-Ivass. Sull'importanza di tali accordi tra *Authorities*, v. *supra* al par. 5.1. del cap. II. Per approfondimenti ulteriori, si rinvia a PERUGINI, *op. cit.*, p. 52.

comportamento diligente. Sotto la vigenza della pregressa disciplina, invece, dottrina e giurisprudenza erano giunte a esiti di segno opposto[643].

In conclusione, se la nozione in esame, così come prevista nella direttiva e poi recepita nel codice del consumo, funge da minimo comune denominatore della diligenza richiesta all'imprenditore, per il singolo mercato rilevante[644], il canone di comportamento preteso dovrà assumere connotati sempre più specifici. E si renderà, di volta in volta, necessaria l'adozione di determinati accorgimenti e misure, al fine di scongiurare un possibile pregiudizio nei confronti dei consumatori.

5. *I parametri di valutazione della scorrettezza: b) l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.*

Intendo ora dedicare la mia analisi al secondo elemento costitutivo della nozione generale di pratica commerciale scorretta, che consiste, a norma dell'art. 20, comma 2, cod. cons., nell'idoneità della pratica a «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o alla quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

Rinviando anche qui alla ricostruzione già svolta in merito ai rapporti tra «superclausola» generale, definizioni intermedie e cd. «liste nere» di attività «in ogni caso» vietate[645], una pratica diversa da quelle riportate negli elenchi degli artt. 23 e 26 cod. cons. e non qualificabile come «ingannevole» o «aggressiva», *ex* artt. 21-22 e 24-25[646], può essere considerata scorretta, solo se, oltre alla contrarietà alla diligenza professionale, realizzi il secondo presupposto suddetto[647].

---

[643] Secondo il Cons. St., 31 gennaio 2011, n. 72, il rispetto della normativa di settore non sarebbe valso «ad esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore». La dottrina affermava, in proposito, che la violazione di norme di settore configurasse anche violazione della diligenza professionale, mentre l'osservanza della *lex specialis* non esaurisse l'assolvimento degli obblighi compresi nella diligenza professionale. Si veda, sul punto, ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 204; TOMMASI, *op. cit.*, p. 66; MELI, *«Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di* de minimis, cit., p. 10.

[644] Per approfondimenti in tema di mercato rilevante, si rinvia a BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Roma, 1995.

[645] V. *supra* al par. 2.2. del cap. I.

[646] Tali definizioni sono di per sé sufficienti, ai fini della valutazione di ingannevolezza o aggressività di una determinata pratica commerciale, senza che occorra fare ricorso all'art. 20, comma 2, cod. cons. Quest'ultima norma ha, infatti, portata solo residuale. Si rinvia, ancora una volta, alle osservazioni riportate *supra* al par. 2.2. del cap. I.

[647] Cfr. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 153.

Come la dottrina ha opportunamente rilevato, nell'idoneità a «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio» trova espressione un assunto fondamentale della disciplina in esame. La scorrettezza è, infatti, «predicato riferibile solo ai comportamenti suscettibili di ledere interessi economici dei consumatori»[648].

La direttiva lo esplicita sin dall'art. 1, laddove si afferma l'intento della medesima di armonizzare le legislazioni nazionali «in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori». Anche l'art. 20 cod. cons. lega la scorrettezza di una pratica commerciale alla potenziale lesione di tali interessi, quando afferma che essa deve essere tale da incidere in misura apprezzabile sul «comportamento economico (…) del consumatore medio». E tale conclusione è comunque implicitamente desumibile pure nel nostro ordinamento, sia in base alla supremazia del diritto europeo su quello nazionale, sia, più semplicemente, in ragione della *ratio* e del contenuto complessivo del *corpus* normativo.

Dall'apposita definizione della locuzione «falsare in misura apprezzabile[649] il comportamento economico dei consumatori», dettata dall'art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons., si evince che essa indichi l'idoneità dell'attività promozionale ad «alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»[650].

Perché una pratica integri la locuzione suddetta, quindi, è sufficiente che le condotte tenute dai professionisti siano di per sé e oggettivamente suscettibili di alterare in modo sensibile la capacità di scelta dei destinatari. Non occorre, altresì, che le condotte siano state realizzate intenzionalmente dagli imprenditori, con lo scopo precipuo di cagionare una siffatta alterazione[651]. Ai fini della valutazione di scorrettezza, basta la mera volontarietà del comportamento; sono, invece, irrilevanti le ulteriori eventuali connotazioni soggettive, in termini di intenzionalità o negligenza[652].

---

[648] Così DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 154.

[649] Come si è già anticipato *supra* al par. 2 del presente cap. III, a cui si rinvia, l'aggettivo «apprezzabile» è stato preferito al termine «rilevante», riportato nella versione italiana della direttiva. Tale novità è stata giudicata positivamente dalla dottrina, la quale ha ritenuto l'espressione scelta dal nostro legislatore più idonea a garantire la massima protezione per i consumatori.

[650] V. DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1091.

[651] V. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà di scelta del consumatore*, cit., p. 108; DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1189, in part. nota 28.

[652] V. GIANOLA, *Voce Pratiche commerciali sleali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, IV, 2008, p. 388.

La definizione del parametro in esame richiede, quale corollario dell'alterazione della capacità decisionale, l'assunzione da parte del consumatore medio di una «decisione di natura commerciale». Decisione che, senza l'alterazione, egli non avrebbe assunto.

Tale nozione, già presente nella versione italiana della direttiva, è stata ritenuta «a dir poco infelice» da un autore[653]. Il concetto di «decisione di natura commerciale» è particolarmente ampio, ricomprendendo sia la scelta di instaurare o meno con un professionista un determinato rapporto contrattuale relativo a un bene o servizio, sia le scelte sul tenore delle singole clausole del regolamento contrattuale[654], sia la stessa scelta delle modalità con cui (e dei luoghi in cui) manifestare la volontà di stipulare un contratto[655]. L'autore suddetto sostiene, allora, che sarebbe stata più rispondente ai contenuti della nozione *de qua* la locuzione di «determinazione negoziale».

Per quanto corretta, una simile affermazione non mi convince: se è vero che, nel contesto della norma, la «decisione di natura commerciale» rinvia alla conclusione di un contratto, quale finalizzazione ultima dell'attività svolta dal professionista, un esito di questo tipo – come ho avuto occasione di rilevare più volte – è solo potenziale e può anche in concreto mancare. In una disposizione di portata generalissima, quale è l'art. 20, comma 2, cod. cons.[656], non poteva non utilizzarsi la locuzione più ampia, in effetti prescelta dal legislatore. Delimitare il perimetro della norma alle sole determinazioni contrattuali avrebbe lasciato intendere, invece, che la scorrettezza di una pratica, qui in rilievo per l'aspetto specifico della sua idoneità a falsare le scelte d'acquisto dei consumatori, richiedesse imprescindibilmente la conclusione di un contratto.

---

[653] Così DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 155.

[654] Tale regolamento è poi destinato a governare il rapporto da instaurare. Le sue clausole dovranno riguardare, innanzitutto, l'ammontare, i tempi e le modalità di pagamento del corrispettivo del bene/servizio, che il professionista sia tenuto, in base al contratto, a fornire al consumatore.

[655] V. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 155; ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà di scelta del consumatore*, cit., p. 106; FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, p. 57. Come osserva MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 107, la definizione consente di sostenere che la potenziale induzione ad una decisione di natura commerciale non riguardi solo l'*an* della scelta, ma anche tutte le condizioni alle quali essa può essere effettuata. Si rinvia, inoltre, al disposto dell'art. 18, comma 1, lett. m), cod. cons., già menzionato *supra* nel par. 2.4. del cap. I, in part. alla nota 143, ma che mi sembra opportuno, in questa sede, ribadire. Si definisce «di natura commerciale», la «decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla».

[656] La disposizione è stata opportunamente definita una «superclausola» generale (al cui interno vengono a confluire più clausole generali). Io stessa ho utilizzato tale espressione *supra* al par. 2.1. del cap. I, riprendendo la calzante locuzione impiegata da ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 458.

Nella categoria di «decisione di natura commerciale» viene poi fatta rientrare anche l'opzione del consumatore in merito all'esercizio di un diritto, di cui egli sia divenuto titolare in forza di un'apposita clausola del regolamento contrattuale, ovvero *ex lege*.

Tale affermazione appare coerente con la chiara inclusione, all'interno del novero delle pratiche sleali, di comportamenti successivi alla stipulazione di un contratto e tenuti nel corso dell'esecuzione dello stesso[657]. Quanto ai diritti *ex lege*, non si tratta esclusivamente di quelli contemplati da discipline comunitarie (e relative disposizioni di recepimento), ma anche di diritti che il legislatore italiano abbia introdotto di sua iniziativa con apposite previsioni[658]; e ancora di diritti riconosciuti da norme generali e, quindi, applicabili a prescindere dalla qualificazione dei contraenti in termini di professionista e consumatore e dall'inerenza a un'attività imprenditoriale degli scopi perseguiti[659].

La dottrina, inoltre, si è interrogata sulla valenza significativa della «idoneità» della pratica ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, *ex* art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons.: ci si è chiesti se siffatta locuzione configuri un requisito autonomo rispetto all'«attitudine della pratica ad indurre il consumatore a prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti assunto»[660].

---

[657] V. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo*, in Studium Iuris, 2015, II, p. 182.

[658] Il Consiglio di Stato, a proposito di contratti di mutuo già conclusi, ha qualificato come pratica commerciale scorretta il ritardo nell'applicazione della disciplina in materia di cancellazione semplificata delle ipoteche relative ai mutui immobiliari (Cons. St., 26 settembre 2011, n. 5368, in *Foro amm.*, 2011, c. 2886). Si tratta proprio di un esempio in cui il comportamento del professionista, nella specie la banca, risultava preclusivo dell'esercizio di un diritto accordato ai clienti da una legge introdotta dal legislatore nazionale di sua iniziativa (il d.l. n. 7/2007, convertito nella l. n. 40/2007; v., in part., art. 13, co. 8 *sexies*-8 *quaterdecies*). Sempre in tema di diniego di diritti spettanti ai consumatori a seguito del perfezionamento del vincolo contrattuale, si veda poi A.G.C.M., 6 ottobre 2010, Provv. n. 21656 (PS/1097), caso *Errebi Auto-Estensione Garanzia Peugeot*, laddove la scorrettezza risiedeva nell'ingannevolezza delle informazioni rese dall'imprenditore sulla possibilità di beneficiare di una garanzia opzionale a pagamento a seguito della scadenza di quella legale.

[659] Così DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1092. Si pensi, ad esempio, al diritto di recesso spettante al consumatore, *ex* artt. 64 ss., 67 *duodecies* e 73 cod. cons., ossia in forza di disposizioni di recepimento delle direttive in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali (direttiva 85/577/CEE), di contratti stipulati a distanza (direttive 97/7/CEE e 2002/65/CE), di contratti di *timesharing* immobiliari (direttiva 94/47/CEE); nonché ai diritti inerenti alla responsabilità del produttore di prodotti difettosi ed esercitabili, ai sensi degli artt. 130 ss. cod. cons., dal consumatore che abbia scoperto difetti di conformità nel bene consegnatogli dal professionista in esecuzione di un contratto di vendita di beni al consumo; e ancora ai diritti, prescritti dagli artt. 82 ss. cod. cons., in capo al consumatore/acquirente di pacchetti turistici nei confronti del venditore e dell'organizzatore. Quanto alle previsioni di diritto interno (che non siano frutto del recepimento di fonti comunitarie), si pensi solo, esemplificativamente, alle disposizioni del Titolo II e del Titolo III del Libro IV del codice civile.

[660] Cfr. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà di scelta del consumatore*, cit., p. 107.

Dal dibattito sul punto sono emerse due possibili letture. Secondo una prima ricostruzione, l'«attitudine della pratica …» integra un presupposto diverso e aggiuntivo rispetto all'«idoneità ad alterare …». Il che richiederebbe un'apposita dimostrazione e un separato accertamento. Vi è chi ha affermato che questa fosse proprio l'intenzione originaria della Commissione UE, poiché nella Relazione illustrativa alla proposta di direttiva, datata 2003, si diceva che la pratica commerciale dovesse «avere un effetto sufficientemente significativo da modificare o essere idonea a modificare il comportamento del consumatore» e «produrre tale effetto riducendo la capacità del consumatore di assumere una decisione con cognizione di causa»[661].

Una seconda tesi sostiene, invece, che la locuzione «attitudine della pratica» costituisca una mera esplicazione dell'avverbio «sensibilmente»: in tanto la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole potrebbe dirsi alterata, in quanto la pratica commerciale sia stata, sotto il profilo causale, decisiva nell'indurre il consumatore stesso a una scelta. A favore di tale esegesi sembra deporre l'avverbio «pertanto»: esso parrebbe sottolineare come ad aver spinto verso una determinata decisione il consumatore debba essere stata l'alterazione sensibile della sua capacità di scelta, conseguente alla pratica vietata[662]. Sennonché, a detta di alcuni, una simile lettura svilirebbe la portata dell'avverbio «sensibilmente»[663]. Avverbio che gli organi comunitari hanno volutamente inserito nel testo della direttiva, al fine di escludere dalla nozione di slealtà tutte le condotte professionali prive di potenzialità pregiudizievoli autenticamente rilevanti[664] ed evitare di ricomprendere nel divieto anche fattispecie meramente «bagatellari»[665].

Un simile dibattito dottrinale si rivela, a mio avviso, sterile. La distinzione tra l'«attitudine della pratica …» e l'«idoneità ad alterare…» mi sembra, infatti, davvero poco utile, giacché rende solo più complicata l'interpretazione di una disposizione, a ben vedere, lineare. L'art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons. richiede semplicemente: a) «l'impiego», ossia l'utilizzo; b) «di una pratica commerciale», definita nella stessa norma alla lett. d); c) «idonea a

---

[661] V. *Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, COM (2003) 356 def., Bruxelles, 18 giugno 2003, cit., p. 14, punto 54.
[662] In tal senso, RADAIDEH, *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005, p. 263 ss.
[663] Secondo la ricostruzione di DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale sleale e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 131.
[664] D'altronde, come chiarisce il *Considerando* n. 6 dir. «secondo il principio di proporzionalità, la presente direttiva tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali sleali allorché queste sono rilevanti, ma riconosce che l'impatto sui consumatori in alcuni casi può essere trascurabile».
[665] Cfr. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 106 ss.

falsare», ossia potenzialmente in grado di produrre una falsa alterazione della realtà; d) «sensibilmente», quindi in misura rilevante; e) «la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole»; f) «inducendolo pertanto a», ossia provocando come conseguenza; g) «[l'assumere] una decisione di natura commerciale», definita nella lett. m) del medesimo art. 18; h) decisione «che [egli] non avrebbe altrimenti preso», ossia non avrebbe mai assunto, in mancanza della slealtà.

In ogni caso, volendo schierarmi nel segnalato dibattito, ritengo più convincente la seconda fra le ricostruzioni ermeneutiche prospettate. L'ultima parte della disposizione è introdotta – lo si diceva poc'anzi – dall'avverbio «pertanto», che conferisce di certo valore deduttivo-conclusivo all'affermazione che segue: essa risulterà finalizzata a chiarire e rinforzare quanto già detto nel primo enunciato. E lo farà nei termini appena esplicati. Termini, a mio giudizio, ben più lineari di quanto non parrebbe evincersi dalle suddette contrapposizioni dottrinali.

Le attività meramente bagatellari non andranno comunque ricomprese nel divieto di pratiche commerciali scorrette. Tale rilievo, benché non esplicitato in alcuna norma, è, infatti, agevolmente desumibile dalla stessa «superclausola» generale e dalla *ratio* complessiva della disciplina. Non vi è alcuna necessità di ancorarlo all'avverbio «sensibilmente». Quest'ultimo, però, concorre a rafforzare, sul piano letterale, la mancanza di rilievo di comportamenti che, per quanto scorretti, non abbiano un peso tale da incidere sulla decisione del consumatore. L'applicazione della normativa è, allora, chiaramente limitata alle sole pratiche il cui impatto sia «rilevante» o «apprezzabile» e non «trascurabile». D'altra parte, un simile impatto viene parametrato non su un consumatore qualsiasi, ma sul «consumatore medio»[666]. Tali elementi, come la dottrina ha sottolineato[667], suggeriscono l'introduzione, in una certa misura, di una regola di *caveat emptor*, oltre alla rinuncia ad imporre alle imprese oneri economici sproporzionati, al fine di eliminare ogni sia pur piccola fattispecie sleale. In altri termini, il legislatore, nell'adottare simili espressioni, avrebbe dettato una vera e propria regola di *de minimis*[668].

---

[666] Tutti questi presupposti svolgono una funzione di filtro tra ciò che è protetto e ciò che non lo è. V. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. «tipi» protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, VI, p. 1057 ss., in part. p. 1072. L'a. rileva, inoltre, che la scelta del livello di consumatore su cui parametrare la tutela, in ultima istanza, riguardi la decisione di gravare o meno le imprese di costi di informazione che sarebbero poi scaricati sui consumatori che di quelle informazioni non hanno bisogno.

[667] V. MELI, *«Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di* de minimis, cit., p. 4.

[668] Così MELI, *op. ult. cit.*, p. 4; ID., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, cit., p. 273 aggiunge che il principio di proporzionalità costituisce un limite generale di tutta l'azione comunitaria ed è correttamente richiamato in via generale dal *Considerando* n. 6 dir.; BERNITZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of*

È poi opinione condivisa che l'alterazione apprezzabile della capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole con effetto pregiudizievole a suo danno sussista sia quando la pratica scorretta incida in positivo sulla sua capacità d'acquisto[669], sia quando essa incida in senso solo negativo[670], dissuadendolo dal concludere un contratto, dal porre fine a un rapporto contrattuale di durata già esistente, o dall'esercitare un diritto *ex contractu*; ovvero ancora spingendolo ad accettare l'inserimento nel regolamento contrattuale di certe clausole e non altre, a stipulare il contratto con determinate modalità (nei locali commerciali e non con tecniche di comunicazione a distanza, per esempio), ovvero, infine, ad optare per un determinato rimedio tra quelli previsti in via alternativa dalla legge (quale la sostituzione di un prodotto non conforme, in luogo della meno onerosa riparazione del bene), etc.[671].

Occorre, infine, svolgere un'ultima riflessione sulla definizione dell'art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons. Tale norma prende in considerazione la sola idoneità della pratica ad alterare la capacità del consumatore di assumere una decisione consapevole e non invece l'attitudine a «limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore»[672].

Secondo una dottrina, allora, le pratiche commerciali che incidano sulle informazioni necessarie a prendere decisioni di consumo, travisandole, alterandole o omettendole, sarebbero certamente sussumibili nella «superclausola» generale, *ex* art. 20, comma 2, cod. cons.; ma lo stesso non potrebbe dirsi per quelle pratiche che, senza alterare, falsare, omettere o ridurre siffatte informazioni, si prestino soltanto a condizionare la libertà di scelta dei

---

Unfair Competition, in WEATHERILL-BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Tecnniques*, Oxford, 2007, p. 40.

[669] Spingendolo ad accettare di concludere un contratto che senza la pratica commerciale scorretta non avrebbe mai stipulato.

[670] Si precisa che, a norma dell'art. 18, comma 1, lett. m) cod. cons., «tale decisione [di natura commerciale] può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla».

[671] V. DE CRISTOFARO, *Voce Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1093; ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 108.

[672] In tal senso, secondo DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 157, la norma appare coerente con il *Considerando* n. 6 dir., il quale chiarisce che «la presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il product placement consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento *senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole* [il corsivo non è mio]». Credo che quest'ultima locuzione non vada, tuttavia, sopravvalutata né decontestualizzata dalla disposizione in cui è inserita. Essa ha semplicemente una funzione esplicativa, poiché chiarisce qual è il minimo comune denominatore delle attività promozionali lecite, menzionate nel *Considerando* n. 6: la mancata limitazione della capacità decisionale dei consumatori. L'inciso attribuisce così «all'intera norma un significato semplicemente confermativo del requisito generale della "apprezzabilità" della distorsione della libertà di scelta del consumatore» (LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, cit., p. 70). Sulla base delle considerazioni riportate *infra* nel testo ritengo, quindi, che una pratica commerciale possa dirsi sleale ogni qual volta incida sulle scelte d'acquisto dei consumatori, anche solo condizionandone la libertà di decisione.

consumatori[673]. Ne conseguirebbe – continua tale dottrina – che le pratiche commerciali non riconducibili negli elenchi, di cui agli artt. 23 e 26 cod. cons., né nelle nozioni intermedie di pratiche «ingannevoli» e «aggressive», *ex* artt. 21-22 e 24-25, possano essere definite scorrette, in forza della «superclausola» generale, solo qualora influiscano sulle informazioni di cui i consumatori abbisognano per decidere «con cognizione di causa»[674]. Non potrebbero, per contro, definirsi tali, ove incidano soltanto sulla libertà di scelta dei consumatori, senza compromettere la completezza e/o l'esattezza delle informazioni in loro possesso. Il che – conclude la citata dottrina – ridurrebbe drasticamente gli spazi di operatività della nozione generale[675].

Simili osservazioni appaiono, nella ma opinione, poco condivisibili. Innanzitutto, ritengo alquanto limitato il novero dei casi in cui possa concretizzarsi una pratica scorretta, la quale, al contempo, non alteri, falsi, ometta, o riduca le informazioni relative a un certo prodotto/servizio.

Ho già avuto occasione di rilevare che una pratica commerciale possa essere intrinsecamente falsa[676] e/o trasmettere informazioni nel complesso false. É possibile, però, anche realizzare attività promozionali con contenuti veritieri, la cui scorrettezza dipenda da altri fattori: ad esempio, dall'insistenza, sino alla vera e propria molestia, con cui un *call center* suggerisca l'abbonamento a un servizio tramite chiamate ripetute negli orari più inopportuni, *ex* art. 22, comma 1, lett. c) cod. cons.; o ancora l'ipotesi in cui la slealtà derivi dalle modalità di presentazione del bene. Si pensi alla pratica consistente nell'esibizione di un marchio di qualità, senza avere la necessaria autorizzazione (art. 21, comma 1, lett. b) cod. cons.). A ben vedere, una simile condotta si traduce, però, pur sempre in una trasmissione di informazioni false, nella specie, in merito al possesso dell'autorizzazione necessaria ad esporre il marchio. A conferma, ancora una volta, di come il problema rilevato dalla dottrina si ponga in un numero di ipotesi davvero ridotto.

Ad ogni modo, casi come questi, in cui più difficilmente si possa ragionare di alterazione/omissione/riduzione delle informazioni a disposizione dei consumatori, dovranno comunque ricondursi al divieto generale dell'art. 20, comma 2, cod. cons., per ragioni di ordine logico-sistematico.

---

[673] Così DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 1189-1190.
[674] Cfr. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 158.
[675] Così DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 159.
[676] V. *supra* al par. 3 del presente cap. III, ove ho confutato la dottrina che nega siffatta possibilità. In tale occasione ho riportato l'esempio di un *claim* che promuova una lozione per capelli con proprietà «miracolose», promettendo l'impossibile (una rapida ricrescita dei capelli caduti) e, dunque, il falso.

La locuzione di «decisione consapevole», *ex* art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons., va letta, infatti, in senso estensivo: essa non può non ricomprendere ogni pratica che presenti l'attitudine ad incidere sulla capacità del consumatore medio di assumere in modo spontaneo una decisione commerciale. Egli, al momento dell'acquisto, dovrà sentirsi libero da qualsivoglia influenza esterna, di portata e natura tali da far apparire la sua decisione non autonoma né autodeterminata[677]. La sua libertà di scelta si pone, in definitiva, come limite alla libertà economica della controparte professionale[678]: quest'ultima, nella sua attività d'impresa, non deve porre in essere modalità e tecniche «connesse alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto» (art. 18, comma 1, lett. d) cod. cons.), che possano incidere anche solo potenzialmente sul diritto all'autodeterminazione dei consumatori[679].

6. *Lo standard del consumatore medio e la relazione di proporzionalità inversa con la diligenza professionale.*

La «superclausola» generale, di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons., che è stata oggetto di attenta disamina nei suoi elementi costitutivi[680], rinvia al parametro del «consumatore medio»[681].

Nella proposta di direttiva del 2003 figurava un'apposita definizione del parametro, distinta ed autonoma rispetto a quella di consumatore: nell'art. 2, comma 1, lett. b) si stabiliva che per «consumatore medio» dovesse intendersi «il consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto»[682]. La Commissione europea assumeva così a modello non un soggetto debole e

---

[677] Dello stesso avviso, con riferimento all'art. 2, comma 1, lett. e) dir. sono KOCH, *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressive geschaftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, cit., p. 39 ss. e VEELKEN, *Kunderfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2004, p. 24.

[678] Come si è opportunamente osservato, tutelare la libertà di scelta del consumatore «non significa impedire alle imprese di far leva sul "consumismo", facendo ricorso a strategie di marketing che inducano i consumatori a desiderare beni di consumo anche perché condizionati da ciò che viene solo proposto; piuttosto ciò che viene impedito è l'abuso di queste tecniche, che si può tradurre nell'alterare il processo di determinazione della volontà dei consumatori in maniera apprezzabile nella fase finale della scelta d'acquisto» (RABITTI, *Delle pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di ROSSI CARLEO, cit., Art. 20, p. 150-151). Per approfondimenti sul fenomeno del consumismo in Italia, si veda SCARPELLINI, *L'Italia dei consumi*, Bari, 2008.

[679] V. ROSSI CARLEO, *Definizioni*, in AA. VV., *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di ROSSI CARLEO, cit., Art. 18, comma 1, lett. e), p. 67.

[680] Si rinvia *supra* ai par. 4 e ss. del presente cap. III.

[681] La definizione della locuzione «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori», contenuta nell'art. 18, comma 1, lett. e) cod. cons. – su cui mi sono soffermata *supra* al par. 4 del presente cap. III – menziona, invece, il consumatore *sic et simpliciter*. V. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., p. 161.

[682] V. *Proposta di direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, COM (2003) 356 def., Bruxelles, 18 giugno 2003, cit., p. 24.

vulnerabile, bensì un consumatore critico e consapevole, perché normalmente informato e avveduto. Il che risultava pienamente conforme alla nozione elaborata dalla Corte di Giustizia[683] già sotto la vigenza della normativa europea sui marchi d'impresa[684] e sulla pubblicità ingannevole e comparativa[685], oltre che con riferimento alla commercializzazione di specifiche categorie di prodotti[686].

La definizione proposta dalla Commissione è stata poi ampliata dal Parlamento europeo, nel parere reso in prima lettura[687], con l'espressione «tenuto conto delle circostanze sociali, culturali e linguistiche», al fine di conferirle maggiore elasticità e adattarla meglio alle peculiarità del caso concreto.

Con una simile integrazione, il parametro è stato, infine, inserito dal Consiglio in un apposito *Considerando*, il n. 18 e non in una previsione *ad hoc* all'interno del testo normativo, come nelle intenzioni originarie. L'art. 2 dir. non riporta, pertanto, alcuna definizione di «consumatore medio», mentre il *Considerando* n. 18, dopo aver riconosciuto l'opportunità di «proteggere tutti i consumatori dalle pratiche sleali», puntualizza che «la Corte di Giustizia ha ritenuto necessario, nel decidere in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico». E conclude: «conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia».

D'altronde, come ho rilevato più volte nel presente lavoro, la scorrettezza di un messaggio promozionale deve essere valutata in rapporto alla sua idoneità

---

683 Cfr. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 734 ss.

684 V., tra le tante, Corte CE, 12 febbraio 2004, *Henkel*, C-218/01, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 130; 6 maggio 2003, *Libertel Groep BV*, C-104/01, in *Dir. ind.*, 2004, p. 33 ss.; 22 giugno 1999, *Lloyd Schuhfabrik Mever GmbH*, C-342/97, in *Dir. ind.*, 1999, p. 317 ss.

685 V. Corte CE, 19 aprile 2007, *De Landtsheer Emmanuel SA*, C-381/05, in *Dir. ind.*, 2007, p. 386 ss., punto 22; 19 settembre 2006, *Lidl Belgum GmbH & Co. KG*, C-356/04, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 619, punti 77 ss.; 8 aprile 2003, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG*, C-44/01, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 458, punto 55.

686 Cfr. Corte CE, 24 ottobre 2002, *Linhart*, C-99/01, in *Racc.*, p. I-9375, punto 31; 13 gennaio 2000, *Estée Lauder*, C-220/98, cit., punti 27 ss.; 16 luglio 1998, *Gut Springenheide e Tusky*, C-210/96, cit., punti 31 ss.

687 Il Parlamento UE ha, quindi, superato i timori del Comitato economico e sociale, che, nel suo parere sulla proposta di direttiva, aveva evidenziato come il parametro del consumatore medio, enucleato dalla Commissione, avrebbe potuto pregiudicare il carattere protettivo delle politiche comunitarie a tutela dei consumatori, lasciando sprovvisti di protezione i soggetti meno informati e istruiti (v. *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (direttiva sulle pratiche commerciali sleali)*, COM (2003) 356 def. - 2003/0134 (COD)).

ad alterare la libertà di scelta del consumatore. È proprio tale libertà di scelta il bene giuridico oggetto della complessiva tutela disegnata nel diritto dell'Unione Europea, sia in una disciplina specifica, quale è la direttiva sulle PCS, sia nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e conseguentemente nella legislazione e giurisprudenza nazionale.

Ma, come si è giustamente osservato, l'accertamento dell'idoneità ad ingannare o turbare richiede necessariamente l'individuazione di un certo standard o parametro soggettivo, ossia il «riferimento alla capacità di intendere e volere di un consumatore tipizzato»[688]. Se, da un lato, anche l'inganno meglio congeniato può cadere nel vuoto dinanzi a un interlocutore particolarmente avveduto e attento, dall'altro, un inganno grossolano e ben riconoscibile può avere effetto su una persona particolarmente sprovveduta.

Si è discusso, in passato, se lo standard da adottare dovesse essere quello di un consumatore «medio» o se, in base al criterio di precauzione, dovesse farsi riferimento al consumatore culturalmente e psicologicamente «più debole» della media.

Nella visione oggi prevalente del diritto dei consumi, liberale e non più paternalistica, uno standard troppo rigoroso è apparso, tuttavia, inefficiente: il rinvio al «consumatore più debole» avrebbe comportato il divieto di una quantità tale di messaggi commerciali, da privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, seppure parziali e interessate, contribuiscono a ravvivare l'interesse dei consumatori e ad animare il gioco della concorrenza. Inoltre, la costruzione di un mercato caratterizzato dall'attivismo degli utenti implica, quale auspicabile corollario, il rifiuto di scelte normative che spingano i medesimi a delegare totalmente al potere pubblico la tutela dei propri interessi.

Ecco perché, lo si accennava poc'anzi, la Corte di Giustizia, a partire dagli anni novanta, ha adottato lo standard del «consumatore medio», dotato di un buon livello di istruzione e con capacità critica nelle scelte d'acquisto[689].

Il parametro europeo vincola il legislatore nazionale, che pur non avendo espressamente recepito il testo del *Considerando* n. 18, ha introdotto – come si diceva – il riferimento al «consumatore medio» nella norma che prescrive il generale divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20, comma 2, cod. cons.).

Lo standard si basa su due criteri: l'istruzione generale e l'attenzione rivolta all'atto d'acquisto. La normativa sulle PCS pone, a ben vedere, a carico del consumatore, un peculiare onere di diligenza. Il modello del «consumatore

---

[688] Così LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, cit., p. 62.

[689] Cfr. Corte CE, 10 novembre 1982, *Rau*, C-261/81, cit.; 18 maggio 1993, *Yves Rocher*, C-126/91, cit.; 6 luglio 1995, *Mars*, C-470/93, cit.; 16 luglio 1998, *Gut Springenheide e Tusky*, C-210/96, cit.

medio» rinvia, infatti, ad un corredo di abilità, informazioni, conoscenze ed esperienze non banali, che fanno del consumatore stesso un protagonista attivo e responsabile e non un mero spettatore sul mercato. L'obbligo di diligenza gravante su tale soggetto ha così per contenuto ogni attività di ricerca, analisi ed elaborazione delle informazioni sulle offerte in campo, che risulti esigibile dall'*average consumer* di un determinato prodotto/servizio[690].

Al consumatore medio non è richiesto, però, il possesso di alcuna perizia specifica, essendo sufficiente un certo grado di cultura generale[691]. Nell'applicare in concreto la nozione in esame, rilevano – come è noto – fattori sociali, culturali e linguistici. L'interprete è chiamato a verificare se e in quale misura simili fattori incidano sulla percezione del messaggio pubblicitario, oggetto del giudizio di scorrettezza, dal momento che esso potrebbe essere inteso dai consumatori di un Paese UE diversamente rispetto ai consumatori di un altro Paese.

Così ragionando, emerge uno specifico limite alla misura della diligenza richiesta all'imprenditore nell'ambito delle pratiche commerciali[692]. La diligenza professionale può, infatti, definirsi come un parametro relazionale: essa deve essere determinata in modo inversamente proporzionale rispetto alla diligenza dovuta dal consumatore medio[693]. L'agire diligente dell'imprenditore sul mercato può, in tal senso, integrare il bagaglio di conoscenze ed esperienze del consumatore medio, *rectius* rimediare ai suoi limiti cognitivi e all'asimmetria informativa di cui egli ontologicamente soffre, consentendogli, in definitiva, di assumere decisioni realmente consapevoli sull'effettiva convenienza di un'offerta commerciale[694].

La natura relazionale della nozione di diligenza professionale rispetto alla misura della diligenza dovuta dal consumatore medio pone poi in particolare rilievo il parametro qui in esame. Il concetto di «consumatore medio» presenta,

---

[690] Il tutto al netto delle limitazioni di razionalità che gli imputa la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. V. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, cit., p. 58.

[691] Cfr. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, cit., p. 64-65.

[692] Un altro limite, posto in rilevo da BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 58 e che, per ragioni di sintesi inserisco in nota, è costituito dal caso fortuito. In capo al professionista incombe, infatti, un'obbligazione di protezione avente ad oggetto qualsiasi comportamento commissivo od omissivo indispensabile, affinché il consumatore medio compia scelte libere e consapevoli, con l'eccezione delle ipotesi in cui il fattore pregiudizievole della libertà o della consapevolezza di questa scelta dipenda da circostanze non prevedibili o comunque non dominabili dall'agire umano.

[693] V. BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 58-59.

[694] Sulla diligenza esigibile in capo al consumatore medio, cfr. le considerazioni svolte da PUNZI, *«Ragionevolmente attento ed avveduto». Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza*, in AA. VV., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, p. 529 ss.

infatti, una portata semantica più agevolmente definibile e può concorrere a determinare meglio il contenuto della diligenza richiesta all'imprenditore che realizzi pratiche commerciali sul mercato[695].

Si precisi, in ultimo, che, in determinate circostanze, il giudice comunitario ha utilizzato la peculiare nozione di «consumatore medio non specializzato», facendo riferimento al consumatore dotato sì di una discreta capacità cognitiva e valutativa, ma che dedichi una limitata ponderazione al prodotto da acquistare e alle sue specifiche caratteristiche[696]. È quanto accade nei settori ove sono commercializzati beni cd. di largo consumo, quali, a titolo esemplificativo, i beni alimentari, ovvero quelli per la pulizia della casa o la cura della persona, etc. Trattandosi di prodotti destinati a un pubblico ampio e «generalizzato», posti sul mercato a un prezzo esiguo, essi sono oggetto di acquisto da parte di una tipologia di consumatori in media poco attenta a vagliarne nel dettaglio ogni singola caratteristica. La valutazione di consumo data è, quindi, sintetica e complessiva, non già specificamente analitica. Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, in simili ipotesi, lo standard di riferimento, al fine di valutare la scorrettezza di una pratica, coincide con il consumatore medio «generalizzato», ossia quel consumatore che ha una conoscenza – per l'appunto – meramente generale dei beni che sta acquistando, senza averne in concreto la piena contezza. Un simile acquirente manca delle informazioni tecniche e delle nozioni specifiche riguardo ai prodotti che compera. Inoltre, in ragione del prezzo ridotto, tale consumatore, in via tendenziale, non pondera con la dovuta attenzione i suoi atti d'acquisto[697].

7. *La scorrettezza del professionista e la sorte del contratto concluso a valle di una pratica commerciale vietata.*

Al termine dell'esame dei parametri prescritti dalla «superclausola» generale, *ex* art. 20, comma 2, cod. cons.[698], intendo ora interrogarmi sulla sorte del contratto (eventualmente) concluso a valle di una pratica commerciale vietata. Più in particolare, mi chiedo: quale rimedio può azionare il consumatore avverso forme di contrattazione che siano il frutto di attività promozionali sleali

---

[695] Il che conferma, ancora una volta, come la nozione di diligenza professionale non abbia valenza meramente corporativa e non sia un criterio di valutazione da forgiare solo in ambito endoprofessionale. V. *supra* al par. 4 del presente cap. III.
[696] V. LABELLA, *op. cit.*, p. 722.
[697] V. Trib. CE, 6 ottobre 2004, *New look Ltd*, T-117/03, T-118/03, T-119/03 e T-171/03; Corte CE, 29 aprile 2004, *Procter & Gamble*, C-468/01, in *Racc.*, 2004, p. I-5141; Corte CE, 19 settembre 2006, *Lidl*, C-356/04, in *Racc.*, 2006, p. I-8501.
[698] Su tali parametri, con una particolare attenzione alla diligenza richiesta al professionista sul mercato, mi sono diffusamente soffermata *supra* ai par. 4 e ss. del presente cap. III.

da parte dell'impresa[699]? La risposta ad un simile quesito concorrerà a delineare ulteriormente la nozione di correttezza professionale richiesta all'imprenditore nell'ambito delle PCS.

Punto di partenza è l'art. 19, comma 2, lett. a) cod. cons., ai sensi del quale la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette «non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto». Nonostante una parte della dottrina avesse auspicato un chiarimento legislativo, in sede di attuazione della normativa europea, tale previsione si è limitata a ripetere pedissequamente il disposto dell'art. 3, comma 2, dir.[700].

Coerentemente con le opportunità consentite dalla fonte comunitaria, il legislatore nazionale avrebbe, invece, ben potuto cogliere l'occasione per specificare i rimedi civilistici – nullità/annullabilità del contratto, risarcimento del danno, o altro – accessibili in concreto al singolo consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta. In alternativa, si sarebbero potuti introdurre rimedi nuovi, non desumibili dalle disposizioni esistenti e calibrati *ad hoc* sulle attività promozionali vietate.

Si è preferito, piuttosto, addossare integralmente all'interprete il delicato compito di coordinare il divieto di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori con i rimedi civilistici dettati dal nostro sistema normativo[701].

Il dibattito dottrinale che ne è seguito è stato particolarmente vivace e ha visto contrapporsi tesi divergenti, ciascuna in parte censurabile e suscettibile di obiezioni critiche, fino a una prima e parziale soluzione offerta dalle sentenze della Cassazione nel 2007, su cui tornerò tra un momento[702].

Dalla regola dettata dall'art. 19 cod. cons., si evincono due considerazioni preliminari: innanzitutto, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si aggiunge a quella del contratto. Ciascuna normativa mantiene, infatti, il proprio tipico ambito di applicazione, l'una riferendosi, per l'appunto, a «pratiche», ossia condotte, attività; l'altra, a singoli atti[703].

In secondo luogo, la nuova disciplina non implica né esclude automaticamente l'applicazione del diritto contrattuale generale: una pratica

---

[699] V. STANCA, *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, I, p. 204.

[700] Tale articolo dispone: «La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto».

[701] Cfr. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, X, p. 778.

[702] V. *infra* al par. 7.1. del presente cap. III.

[703] Cfr. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. e impr.*, 2011, IV-V, p. 922; EAD., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 164 ss.

commerciale, dunque, non è di per sé e in quanto tale causa di invalidità di un contratto[704] [705]. Il che non significa, però, che le due normative restino fra loro totalmente impermeabili, senza ripercussioni l'una sull'altra[706]. D'altronde, vi è chi ha giustamente rilevato che la locuzione «non pregiudica», nel contesto della direttiva, non costituisca l'«equivalente di "non ha alcun tipo di ricadute"», ma vada intesa nel senso che essa «"incide sul diritto dei contratti se e nei modi che i diversi ordinamenti sceglieranno espressamente o tacitamente attraverso il rinvio al sistema"»[707]. Non vi sarebbe ragione, infatti, per ritenere che il legislatore italiano, nel riproporre una formula identica affermasse qualcosa di diverso dal legislatore europeo.

L'art. 3 dir. (e conseguentemente l'art. 19 cod. cons.) trova la propria giustificazione nel fatto che la direttiva del 2005 tuteli prevalentemente il mercato e con esso gli interessi economici dei consumatori, intesi globalmente come categoria, senza incidere in via diretta e immediata sulla protezione individuale del singolo utente[708]. Tuttavia, è altrettanto vero che l'assenza di qualsivoglia indicazione in ordine alla sorte del contratto stipulato per effetto di una pratica sleale evidenzi un profilo di contraddittorietà nella disciplina europea: l'intervento comunitario, finalizzato – come è noto – a realizzare l'armonizzazione massima degli ordinamenti nazionali, trascurando del tutto la descrizione dell'apparato rimediale, viene meno, infatti, all'obiettivo di garantire un'omogeneità nelle tecniche di reazione alla scorrettezza dei diversi Stati

---

[704] A meno che, come si preciserà meglio *infra* ai par. 7.1. e 7.2. del presente cap. III, tale pratica non si sostanzi in un vizio che sia senz'altro riconducibile alle ipotesi di nullità o annullabilità.

[705] V. CAMARDI, *op. cit.*, p. 413.

[706] In forza del principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, l'insieme delle regole e dei principi originati dal diritto comunitario non può non riflettersi sulla tutela dettata dal codice civile in tema di contratti, introducendo così nel sistema complessivamente inteso una maggiore e più adeguata protezione degli interessi emergenti (PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 227). In argomento, si rinvia poi a ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

[707] Così MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale sui contratti*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 265 ss., in part. p. 267-268. In una prospettiva comparatistica, si vedano, inoltre, LABELLA, *op. cit.*, p. 712 ss. e DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 880 ss.

[708] D'altra parte, il *Considerando* n. 9 dir., precedentemente alla regola per cui «la direttiva non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni relative al diritto contrattuale (…)», dispone: «la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale». Le due regole sono chiaramente accumunabili dal riferimento a un ambito individuale di protezione. Peraltro, l'impiego del termine «neppure» ha un valore rafforzativo del legame sussistente tra le previsioni. Sulla tutela giudiziale dettata nell'ambito delle PCS, mi soffermerò *infra* nei par. 1 ss. del cap. IV, a cui sin da ora faccio rinvio.

membri[709]. Obiettivo, quest'ultimo, coerente proprio con il livello di armonizzazione perseguito dalla fonte comunitaria.

7.1. *Il dibattito intorno ai rimedi civilistici: la nullità.*

La dottrina prevalente, all'esito del dibattito a cui si accennava nel paragrafo precedente, ha concluso che la slealtà di una pratica commerciale possa essere tanto determinante da condizionare l'*an* della stipulazione del contratto. E laddove questo fosse concluso, la slealtà medesima potrebbe finire per incidere in radice sull'efficacia del vincolo obbligatorio che ne deriva.

Nel silenzio del legislatore italiano, pertanto, la questione centrale è quella dell'individuazione della tecnica attraverso la quale giungere alla declaratoria di siffatta inefficacia. Come è noto, la prima soluzione ipotizzata è apparsa quella dell'invalidità, distinguendosi da parte degli interpreti tra il rimedio generale della nullità e quello più specifico dell'annullabilità.

La nullità, suggerita invero nei commenti più risalenti[710], sarebbe una nullità virtuale, perché non espressamente sancita dal legislatore, eppure certamente compresa nel divieto generale di pratiche commerciali scorrette, tanto da rendere illecito il contratto. Si tratterebbe poi di una nullità di protezione, prevista unicamente nell'interesse diretto e immediato del contraente-consumatore. Tale nullità, rilevabile d'ufficio e imprescrittibile, sarebbe, inoltre, parziale: non essendo per lo più interessati gli elementi essenziali del contratto, essa invaliderebbe le singole clausole del regolamento contrattuale, e non il contratto di consumo nella sua interezza. Quest'ultimo, in forza del principio di conservazione, dovrebbe, invece, rimanere complessivamente valido ed efficace.

Su tutte le caratteristiche della nullità appena menzionate si sono sollevate obiezioni in dottrina[711].

In primo luogo, per quanto riguarda la parziarietà, essa mal si attaglia agli esempi di pratiche commerciali vietate e relativi contratti: si pensi

---

[709] V. STANCA, *op. cit.*, p. 208; TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, X, p. 777.

[710] V. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 245 ss.; GENTILI, *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, cit., p. 171. In un suo lavoro successivo, alla luce dell'intervento della Cassazione a sezioni unite, quest'ultimo a. è tornato sull'argomento, preferendo, pur con alcune riserve, il rimedio dell'annullabilità (GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 37 ss.).

[711] Cfr., tra gli altri, DI CATALDO, *Conclusioni*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 333 ss.; GRANELLI, *op. cit.*, p. 779 ss.; CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, cit., p. 147 ss.; MAUGERI, *op. cit.*, p. 281 critica la nullità come rimedio generale, ma la ammette in casi particolari.

all'affermazione non rispondente al vero, da parte del professionista, di essere firmatario di un codice di condotta, *ex* art. 23, comma 1, lett. a) cod. cons.; ovvero all'esibizione di un marchio di fiducia o di qualità, senza averne l'autorizzazione (lett. b)); ovvero ancora, all'asserzione, contraria al vero, che un codice di condotta abbia l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura (lett. c)). Come si è opportunamente osservato, in simili fattispecie «non ci sono parti del contratto da eliminare lasciando in piedi la rimanente parte»[712].

In secondo luogo, per quanto riguarda la natura di nullità di protezione, vi è chi ha invocato l'art. 143 cod. cons., che definisce come irrinunciabili i diritti attribuiti ai consumatori e sancisce la nullità di qualsivoglia pattuizione in contrasto con le norme del codice. Si è, allora, sostenuto che, in generale, possa essere colpito da nullità di protezione, *ex* art. 36 cod. cons.[713], ogni accordo in violazione di tali diritti, equità, correttezza e buona fede compresi. A ben vedere, però, l'art. 143 cod. cons. si limita a prevedere la nullità della clausola con cui il consumatore rinunci pattiziamente a propri diritti *ex lege* irrinunciabili. E, dunque, tale disposizione non potrebbe eleggersi a statuto generale di tutte le nullità previste nel codice del consumo[714].

In terzo luogo, con riguardo alla natura di nullità virtuale, si è argomentato che la nullità prevista dall'art. 1418[715], comma 1, c.c. non consegue alla violazione di qualsiasi norma imperativa, occorrendo, per contro, che quest'ultima attenga specificamente al contenuto del contratto come atto[716].

---

[712] Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, p. 270.

[713] Si tratta di una nullità che «opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice», come precisa il comma 3 dell'art. 36 cod. cons., rubricato, per l'appunto, *Nullità di protezione* e riferito alle clausole considerate vessatorie, a norma degli artt. 33-34 cod. cons.

[714] In terzo luogo, una parte della dottrina ha sostenuto la tesi della nullità, in riferimento alle pratiche aggressive, rinviando all'art. 16, comma 4, d.lgs. n. 190/2005, concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori. La disposizione prevede espressamente il rimedio della nullità per sanzionare la pratica aggressiva ivi menzionata. La norma è poi confluita nell'art. 67 *septies decies*, comma 4, cod. cons., il quale commina la nullità del contratto in materia di servizi finanziari, quale conseguenza delle fattispecie in cui il professionista-fornitore ostacoli il diritto di recesso del consumatore, o rifiuti il rimborso delle somme pagate dopo il recesso, o violi i corrispondenti obblighi di informativa precontrattuale, così da alterare significativamente la rappresentazione del consumatore circa le caratteristiche del prodotto. Il comma 5 del medesimo art. precisa che si tratti di una nullità relativa, che può essere fatta valere dal solo consumatore e non anche dal fornitore, e obbliga il fornitore medesimo a restituire quanto ricevuto. V. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, cit., p. 62.

[715] Ai sensi dell'art. 1418 c.c., rubricato *Cause di nullità del contratto*: «1. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. 2. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. 3. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge».

[716] In altri termini, la nullità deve necessariamente conseguire alla mancanza di uno o più dei requisiti del contratto (come atto), elencati tassativamente nel comma 2 dell'art. 1418 c.c. Sul punto, la dottrina, già prima delle sezioni unite del 2007, rinviava a una sentenza della Suprema

Ecco, dunque, che, richiamando la tradizionale dicotomia tra «norme di validità» e «norme di comportamento»[717], si riproduce un dibattito già acceso in altri ambiti, tutti collegati all'attuazione e al rispetto di norme di derivazione comunitaria e attinenti al buon funzionamento del mercato. Alcuni autori hanno sostenuto che le pratiche commerciali scorrette rappresentino una mera violazione di norme di comportamento e non abbiano incidenza alcuna sul contenuto dell'atto, *rectius* su uno dei suoi elementi costitutivi[718]. Le condotte vietate non potrebbero, pertanto, dar luogo alla nullità del contratto concluso tra il consumatore vittima della scorrettezza e il professionista autore della medesima.

I sostenitori della nullità l'hanno, infine, giustificata in ragione dell'irrazionalità della scelta di consumo e, dunque, del contratto viziato da attività promozionali scorrette. Ma anche siffatto argomento appare poco risolutivo, giacché, sulla base della medesima premessa, vi è chi, per contro, è giunto a optare per l'annullamento[719].

Corte del 2005, secondo cui «la contrarietà a norme imperative considerata quale causa di nullità del contratto postula che essa attenga a elementi intrinseci dell'atto che riguardino la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti nel corso delle trattative o dell'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità» (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105).

[717] In realtà, una simile dicotomia, almeno nella sua accezione più rigida, può dirsi superata o in via di definitivo superamento, già solo guardando alle discipline in tema di clausole abusive e di subfornitura nelle attività produttive, le quali prescrivono, rispettivamente, la nullità delle clausole abusive e dei patti che realizzino abusi di dipendenza economica. Non manca, tuttavia, chi ritiene che il rimedio invalidante, previsto per clausole abusive dall'art. 36 cod. cons., trovi la propria giustificazione nello squilibrio tra le posizioni contrattuali e non nella violazione di una regola di correttezza (MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. III, Milano, 1998, p. 539 ss.). A sostegno di tale ultima tesi, un altro autore (POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001, p. 236 ss.) ritiene che la condotta abusiva, contraria a buona fede, non costituisca la ragione ultima della nullità, bensì un mero presupposto di operatività della stessa. Il rimedio si giustificherebbe, allora, per l'alterazione della causa dello scambio di prestazioni, dovuta a un'irragionevole sperequazione nella distribuzione di vantaggi e svantaggi e non nella violazione della buona fede. Al di là di simili posizioni più «conservative», ulteriori dimostrazioni dell'anacronismo della non interferenza tra regole di correttezza e di validità possono, però, trarsi dalla disciplina in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e di contratti a distanza, laddove si configura uno stretto legame tra l'inosservanza dei doveri informativi, fondati sulla correttezza e l'efficacia del consenso. Si veda, in proposito, STANCA, *op. cit.*, p. 212.

[718] Cfr. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI-ROSSI CARLEO, cit., p. 235 ss.

[719] GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *Relazione* al Convegno dal titolo *La riforma del Codice del Consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, cit., consultabile su *http://www.agcm.it*; ID., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., p. 37 ss.

Si ricordi che l'intervento della Cassazione a sezioni unite nel 2007[720] ha sciolto definitivamente la questione[721]. Tale soluzione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza più recente[722].

Tutt'al più, taluni interpreti hanno poi ammesso il ricorso alla nullità, nell'eventualità in cui essa sia espressamente prevista come conseguenza dei comportamenti tenuti dai contraenti, anche in una fase prodromica alla conclusione del contratto[723]. In simili ipotesi, non verrebbe, però, in rilievo una nullità virtuale, *ex* art. 1418, comma 1, c.c., bensì una nullità testuale, a norma del comma 3 del medesimo articolo. In alternativa, non si è escluso che un contratto viziato da condotte promozionali sleali possa pur sempre rivelarsi nullo «per altre autonome ragioni»[724].

---

[720] V. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr.*, 2008, III, p. 221 ss., con nota di SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*. Per altri commenti, si rinvia a GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, ivi, p. 393 ss.; MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, ivi, p. 403 ss.; SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* ratio decidendi *e* obiter dicta *delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.; VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.

[721] In un caso di intermediazione finanziaria, la Suprema Corte ha precisato che la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati può dare luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ovvero a responsabilità contrattuale, con eventuale risoluzione del contratto di intermediazione, a seconda che la violazione avvenga in una fase anteriore alla stipulazione di tale contratto o in esecuzione dello stesso; ma non può mai comportare una nullità, *ex* art. 1418, comma 1, c.c., mancando un'esplicita previsione normativa in tal senso. Infatti, a detta delle sezioni unite, «deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità». V. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 933-934.

[722] V. Cass., 1° giugno 2016, n. 11401, in *Diritto & Giustizia 2016*; Cass., 8 febbraio 2016, n. 2414, in *Guida al dir. 2016*; Cass., 10 aprile 2014, n. 8462, in *Giust. civ. mass. 2014*; Trib. Roma, 3 marzo 2017, n. 4393, in *Redazione Giuffrè 2017*. In tali pronunce, è ribadito che «unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile, ove non altrimenti stabilito dalla legge, di determinare la nullità e non già la violazione di norme riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità» (Cass., 1° giugno 2016, n. 11401, cit.). In verità, tale tesi si presta a considerazioni critiche. La lettura dell'art. 1418 c.c. mi sembra, infatti parziale, poiché fondata sul carattere assorbente del secondo comma della medesima disposizione, che prevede cause di invalidità connesse all'atto contrattuale. Ma il comma 2 ha invero solo portata esplicativa – volendo definire ipotesi certe di nullità – e non esaustiva. Pertanto, il comma 1 dell'art. 1418 c.c., nella misura in cui menziona le norme imperative, potrà includere anche previsioni che impongano un determinato comportamento, qualora esso presenti carattere di imperatività, ossia persegua interessi di natura pubblicistica o superindividuale che debbono, in ogni caso, prevalere sulla volontà delle parti. D'altronde, la tradizionale dicotomia tra «norme di validità» e «norme di comportamento» può dirsi oramai in fase di definitivo superamento (v. *supra* alla nota 717).

[723] Lo ricorda anche GRANELLI, *op. cit.*, p. 779-780.

[724] Così, ancora, GRANELLI, *op. cit.*, p. 780-781. L'a. riporta, a titolo esemplificativo, una serie di casi. Ne cito alcuni: se il prodotto oggetto di vendita si rivela inesistente, il relativo contratto sarà nullo non in conseguenza di una condotta scorretta del professionista, *ex* art. 1418, comma 1, c.c., ma per impossibilità del suo oggetto, contrariamente a quanto preteso dall'art. 1346 c.c.

7.2. *Segue: l'annullabilità e la tesi del «doppio binario» di tutele.*

Una volta esclusa la soluzione della nullità nei termini esaminati nel paragrafo precedente, buona parte della dottrina ha optato per il rimedio dell'annullamento del contratto concluso a valle di un'attività promozionale ingannevole o aggressiva[725].

In effetti, siffatta attività integra, di volta in volta, la violazione di una tipica regola di comportamento prescritta in capo al professionista, analogamente a quanto accade nel diritto contrattuale per i vizi del consenso. Questi ultimi, nella *ratio* del codice civile, appaiono istituzionalmente finalizzati a reprimere ben definite condotte scorrette, anche omissive, perpetrate da uno dei contraenti[726]. I vizi del consenso, più frequentemente invocati nell'ambito delle PCS, sono: il dolo per le condotte ingannevoli e la violenza (morale) per quelle aggressive[727].

Si è osservato che l'art. 21 cod. cons., nel definire le pratiche ingannevoli di tipo commissivo, richiami la categoria del dolo. La disposizione – come è noto[728]– tipizza dettagliatamente le situazioni che possono dar vita ad un'azione ingannevole. É tale, *in primis*, «una pratica che contiene informazioni non rispondenti al vero, o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio», ingannandolo almeno su uno degli elementi elencati nello stesso art. 21. La dottrina favorevole al rimedio in esame ha rilevato, quindi, che simili ipotesi siano «sostanzialmente riconducibili allo schema del dolo determinante, il quale nel nostro ordinamento è [per l'appunto] causa di annullabilità del contratto *ex* art. 1439»[729].

(e dall'art. 1418, comma 2, c.c.); oppure, se la vendita del prodotto avviene in forma illecita, il relativo contratto sarà colpito da nullità, ancora una volta, non *ex* art. 1418, comma 1, c.c., in quanto il professionista abbia falsamente affermato la liceità della vendita, ma *ex* art. 1418, comma 2, c.c., nella misura in cui risultino illeciti la causa o l'oggetto del contratto stesso, ai sensi degli artt. 1343 e 1346 c.c.

[725] MAUGERI, *op. cit.*, p. 282 lo ha definito un rimedio «meno distonico rispetto al sistema» della nullità (di protezione).

[726] V., per tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 399 ss.

[727] In tal senso, si sono espressi ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 942; NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p. 238; GRANELLI, *op. cit.*, p. 776; CAMARDI, *op. cit.*, p. 117 ss. È rimasta minoritaria la posizione di DI CATALDO, *op. cit.*, p. 342, che ha affermato: «la caratteristica strutturale delle pratiche commerciali dette, dal legislatore, "aggressive" non mi pare (almeno, in via generale) abbia nulla a che fare (nonostante la falsa suggestione verbale) con la violenza civilistica, ma gravita anch'essa, se mai, nell'orbita del dolo».

[728] V. *supra* al par. 2.4. del cap. I.

[729] Così NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p. 239.

Si è, allora, affermato che le azioni ingannevoli, di cui all'art. 21 cod. cons., semplifichino il giudizio di rilevanza del comportamento doloso: il riscontro delle circostanze che, nella fattispecie astratta, accompagnano il mendacio dovrebbe, infatti, ritenersi sufficiente per la valutazione di rilevanza del dolo determinante[730]. Occorrerebbe, però, pur sempre accertare l'effettività del dolo nel concreto, ossia nella percezione del singolo consumatore, parte in causa nella controversia civilistica e non già dell'astratto consumatore medio. Ma come alcuni autori hanno opportunamente osservato, l'azione ingannevole, diversamente da quella di annullamento per dolo, è vietata dalla normativa sulle PCS, proprio perché meramente idonea ad indurre in errore il consumatore medio. In altri termini, quel che qui rileva è la decettività solo potenziale della pratica, a prescindere dall'inganno effettivo. «Sicché l'applicazione della disciplina del dolo negoziale finirebbe per tradire la finalità protettiva che la normativa si prefigge quale obiettivo»[731].

I fautori della tesi dell'annullamento del contratto sostengono poi che il giudizio di rilevanza del comportamento doloso risulti ancora più semplificato in rapporto alle pratiche commerciali «in ogni caso» ingannevoli della cd. «lista nera» (art. 23 cod. cons.): in simili fattispecie, il dolo dovrebbe ritenersi di per sé determinante, senza la necessità di valutare in concreto la sua effettiva idoneità decettiva sul singolo consumatore[732]. Ne conseguirebbe un'inversione dell'onere probatorio, poiché il consumatore, nelle ipotesi di azioni «in ogni caso» ingannevoli, verrebbe esonerato dal dimostrare l'incidenza del comportamento doloso dell'imprenditore sulla sua scelta d'acquisto[733].

Ma anche quest'ultima affermazione non convince, giacché la valutazione dell'effettiva incidenza sul consumatore concreto di una pratica scorretta, pure se contenuta nelle cd. *black lists*, sembrerebbe inevitabile, in ragione della diversità fra la tutela civilistica del singolo contraente e la tutela di tipo amministrativo[734], prescritta per la generalità dei consumatori dalla

---

[730] V. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 943.
[731] Così STANCA, *op. cit.*, p. 215.
[732] Di tale avviso è NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p. 240.
[733] Oltre a NUZZO, *op. ult. cit.*, p. 239, lo afferma MAUGERI, *op. cit.*, p. 283.
[734] Solo nella tutela di tipo amministrativo, infatti, l'art. 27, comma 5, cod. cons. prescrive espressamente (e in ogni caso) un meccanismo di tipo presuntivo, con la conseguente inversione dell'onere probatorio: l'A.G.C.M. può disporre che il professionista fornisca prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale oggetto di giudizio. In tal modo, egli può dimostrare (indirettamente) l'assenza di dolo da parte sua o l'inidoneità del medesimo a incidere effettivamente sull'attività promozionale rilevante nel caso concreto. Sulla tutela dinanzi all'Autorità Garante mi soffermerò *infra* nei par. 1 ss. del cap. IV.

disciplina sulle PCS[735]. D'altronde, se non fosse il consumatore che domanda l'annullamento a dover provare l'incidenza determinante del dolo sulla sua decisione economica, un simile onere probatorio verrebbe addossato al professionista. Eventualità quest'ultima inammissibile, perché all'imprenditore verrebbe richiesta un'improbabile prova in negativo, in ordine all'irrilevanza della sua condotta dolosa sulla decisione economica del singolo consumatore. Si potrebbe, semmai, ipotizzare il ricorso a una presunzione semplice, rimessa al libero apprezzamento del giudice. Questi, dinanzi a una pratica commerciale «in ogni caso» ingannevole, darebbe per presunta la rilevanza del dolo determinante del professionista citato in giudizio, sino a prova contraria[736]. Siffatta tesi mi sembra più convincente: in tal modo si estenderebbe al giudizio civile, seppure con qualche adattamento, il meccanismo probatorio previsto nella tutela amministrativa dinanzi all'A.G.C.M.[737]. La prova contraria richiesta al professionista risulterebbe, tuttavia, particolarmente ardua.

A rendere ancora più complicata l'applicazione dello strumento dell'annullamento, contribuisce il rilievo delle omissioni ingannevoli nella normativa di derivazione comunitaria (art. 22 cod. cons.). Esse consistono – come è noto[738]– nella mancata affermazione, o nell'occultamento di informazioni rilevanti, necessarie al consumatore medio per addivenire alla scelta consapevole di concludere il contratto[739].

Nel nostro sistema, tuttavia, il silenzio, il tacere, la cd. reticenza di una parte contrattuale anche su elementi di interesse della controparte non bastano di per sé a integrare il dolo omissivo con efficacia invalidante del contratto[740]. La reticenza, per essere causa di invalidità, deve, di regola, rientrare in un quadro di condotte circostanziate, preordinate a realizzare astutamente il mendacio e, quindi, dirette ad indurre in errore la parte contrattuale che chieda in giudizio l'annullamento.

Sennonché, secondo i fautori della soluzione in esame, la funzione dell'art. 22 cod. cons. consisterebbe solo nel semplificare il giudizio sulla rilevanza della condotta, analogamente a quanto ipotizzato per le pratiche commissive. In particolare, l'accertamento delle omissioni ingannevoli dovrebbe vertere esclusivamente sulle circostanze idonee a ingannare il

---

[735] V. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., p. 943-944, in part. nota 50.
[736] Così ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 191, spec. nota 59.
[737] Tale sistema probatorio presuntivo è stato brevemente descritto *supra* nella nota 734. Sulla tutela dinanzi all'Autorità Garante tornerò *infra* nei par. 1 ss. del cap. IV.
[738] V. *supra* al par. 2.4. del cap. I.
[739] V. STANCA, *op. cit.*, p. 214.
[740] Si veda l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, espresso specialmente nella sentenza del 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1454.

consumatore medio, salva la necessità di provare pur sempre la concreta efficacia ingannevole dell'omissione rispetto alla scelta economica del consumatore che agisca in giudizio[741]. Quest'ultima tesi, però, appare confutabile a fronte delle segnalate divergenze tra dolo omissivo civilistico e omissione ingannevole rilevante per la normativa consumeristica.

Con riferimento poi alle pratiche commerciali aggressive – lo si è anticipato in apertura del presente paragrafo –, la nozione, riportata nell'art. 24 cod. cons., è stata ritenuta evocativa del rimedio dell'annullamento per violenza (morale)[742].

Ma come pure attenta dottrina ha posto in evidenza, la tutela collettiva contro le pratiche aggressive, diversamente dall'impugnativa per violenza, non richiede la minaccia di un «male ingiusto e notevole» (art. 1435 c.c.[743]), accontentandosi del fatto che simili fattispecie si traducano, a danno dei consumatori, in molestie, ossia condotte insistenti e defatiganti, volte a fiaccare la resistenza all'acquisto del consumatore medio[744]; o nello sfruttamento da parte dell'imprenditore «di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione» su quest'ultimo[745]; ovvero ancora in coercizioni[746]. Ebbene, tali comportamenti – tutti – difficilmente si prestano ad essere ricondotti, in concreto, nel concetto civilistico di violenza (morale)[747].

Riprendendo il ragionamento svolto per le pratiche decettive, dinanzi a simili fattispecie, si dovrà, sotto il profilo probatorio, accertare comunque l'efficacia determinante della violenza nell'alterare in concreto la capacità valutativa del singolo consumatore indotto all'acquisto. Le pratiche commerciali «in ogni caso» aggressive potrebbero implicare anch'esse una semplificazione del giudizio di rilevanza del comportamento violento e, di riflesso, dell'onere

---

[741] Così CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, cit., p. 205.

[742] Quest'ultima disposizione, infatti, definisce come «aggressiva», la pratica commerciale che «limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto», per effetto di intromissioni nella sua sfera personale, esercitate mediante molestie, coercizione o indebito condizionamento. Per approfondimenti, v. *supra* al par. 2.4. del cap. I.

[743] Ai sensi dell'art. 1435 c.c., rubricato *Caratteri della violenza*, «La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone».

[744] Si pensi alle ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali via telefono, fax, etc., di cui all'art. 26, comma 1, lett. c) cod. cons.

[745] Come, ad esempio, lo sfruttamento di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità valutativa del consumatore, *ex* art. 25, comma 1, lett. c) cod. cons.

[746] Si può fare riferimento, esemplificativamente, all'inclusione in un messaggio pubblicitario di un'esortazione diretta ai bambini, affinché acquistino i prodotti reclamizzati o convincano i genitori o altri adulti a farlo, a norma dell'art. 26, comma 1, lett. e) cod. cons.

[747] Così GRANELLI, *op. cit.*, p. 782. Gli fa eco DALLE VEDOVE, *op. cit.*, p. 150, che esclude, almeno in linea teorica, la possibilità di estendere analogicamente la nozione di violenza morale a tutte le pratiche commerciali aggressive.

della prova gravante sul consumatore[748]. E anche qui si potrebbe ipotizzare il ricorso a una presunzione semplice di rilevanza della condotta vietata.

Alle obiezioni mosse finora al rimedio dell'annullamento, si aggiunga che tale tradizionale categoria invalidante è pressoché ignorata dal diritto europeo[749].

Una parte della dottrina, pure favorevole all'annullabilità del contratto concluso a valle di una pratica commerciale scorretta, ha suggerito, allora, un'ulteriore variante: la tesi del «doppio binario»[750].

Premessa «l'esistenza di un "doppio livello" di tutele – collettiva e individuale –» contro le PCS, esso non comporterebbe, a detta di un autore, che «le rispettive discipline costituiscano monadi reciprocamente impermeabili»[751]. L'interprete dovrebbe, infatti, verificare se e come la normativa di matrice comunitaria possa incidere sull'interpretazione e applicazione del diritto comune dei contratti. Il che gli consentirebbe di ampliare l'ambito applicativo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette rispetto alla sua impostazione originaria, avvalorando, se del caso, tesi dottrinali e/o giurisprudenziali inizialmente minoritarie.

L'annullabilità per dolo o per violenza (morale) potrebbe così configurarsi in un ampio ventaglio di ipotesi di slealtà, quale rimedio civilistico per la tutela individuale del contraente-consumatore.

Per ragioni di sintesi, mi limiterò a riportare un paio di applicazioni pratiche di tale ricostruzione.

Così, ad esempio, la normativa sulle PCS prescinde da qualsivoglia indagine sull'intenzionalità o la negligenza del professionista. Una simile opzione normativa sembra collidere con la tesi tradizionale, prevalente in

---

[748] Così NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p. 243.

[749] Così STANCA, *op. cit.*, p. 215, la quale rileva che l'unico ambito in cui si discute di annullabilità è quello delle assicurazioni. Il riferimento è: alla Direttiva 92/96/CEE del Consiglio del 10 novembre 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 79/267/CEE e 90/619/CEE (terza direttiva assicurazione vita); alla direttiva 92/49/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione non vita); e, in ultimo, alla direttiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009, concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità. Per approfondimenti, si rinvia a GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, II, p. 200 ss.; SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 202.

[750] CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, cit., p. 238 discorre di un «doppio binario di tutele: alla tutela collettiva, il cui protagonista è il consumatore "medio", s'affianca quella di diritto comune, la quale concerne il singolo rapporto obbligatorio isolatamente considerato». La tesi viene poi ripresa e sviluppata da GRANELLI, *op. cit.*, p. 782 ss.

[751] Così GRANELLI, *op. cit.*, p. 783.

giurisprudenza, secondo la quale il raggiro produrrebbe l'annullabilità del contratto solo se intenzionale. In altri termini, occorrerebbe il cd. *animus decipiendi*, ossia la coscienza e la volontà di ingannare la controparte per indurla a concludere il contratto. Sennonché, la scelta normativa in tema di pratiche commerciali sleali appare in sintonia con la tesi dottrinale che afferma una qualche rilevanza anche del cd. dolo colposo, ossia dell'inganno involontario, ai fini dell'impugnativa per dolo del contratto di diritto comune. La lettura congiunta delle due discipline potrebbe, pertanto, avvalorare tale ultima tesi, rimasta a lungo minoritaria.

Un'altra applicazione concreta del cd. «doppio binario» è la seguente: l'art. 21, comma 1, cod. cons. vieta – come è noto – il semplice mendacio, purché idoneo «a indurre in errore il consumatore medio», con una statuizione che contrasta apertamente con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, secondo il quale ai fini dell'annullabilità del contratto occorra il mendacio circostanziato. Per contro, la disposizione del codice del consumo riporterebbe in auge l'indirizzo giurisprudenziale minoritario, che proclama la rilevanza della mera affermazione del falso o della mera negazione del vero, non ulteriormente circostanziate, ossia per l'appunto del semplice mendacio, purché abbia determinato in concreto il consenso del *deceptus*. Anche qui, l'interpretazione della normativa di derivazione comunitaria si rifletterebbe sull'esegesi in tema di annullabilità, alimentando con nuova linfa opzioni ermeneutiche precedentemente minoritarie.

Una simile tesi, per quanto affascinante, risulta, a mio avviso, di difficile applicazione. È vero, come pure ho sostenuto, che le disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette non possono non avere ripercussioni sulla normativa civilistica[752]. Tuttavia, concordo con chi mette in guardia sulla possibilità di riversare *sic et simpliciter* la logica adottata nel codice speciale all'interno del codice generale, «operando una tacita ma non secondaria riforma del "punto di vista" adottato dal secondo» in tema di annullabilità[753]. Se, infatti, oggetto di tutela nel codice del consumo è la trasparenza del mercato mediante la regolazione delle attività delle imprese; il codice civile promuove, invece, la continuità dei traffici commerciali, attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, salvo solo che si verifichi una concreta distorsione della volontà del singolo contraente, per effetto di condotte riprovevoli dell'altro. È chiara, conclude tale dottrina, la linea di demarcazione tra le due normative, al punto da impedire quell'automatico travaso di presupposti e quella conseguente commistione di effetti che

[752] V. *supra* al par. 7 del presente cap. III.
[753] Così CAMARDI, *op. cit.*, p. 417.

rischierebbe di snaturarle[754]. Si assisterebbe, altrimenti, «ad un'eterogenesi dei fini delle due discipline»[755].

Mi permetto di aggiungere, infine, che la tesi del «doppio binario» parrebbe richiedere al giudice uno sforzo interpretativo eccessivo, riservandogli margini di discrezionalità tali, da poter minare l'obiettivo della protezione massima dei consumatori.

7.3. *Lo strumento del recesso unilaterale: una proposta controversa.*

Alla luce delle critiche rivolte ai rimedi invalidanti tradizionali – riportate in precedenza[756]–, si rende, in ultimo, necessaria la ricerca di strumenti alternativi in risposta alla slealtà del professionista. Slealtà, che si sia cristallizzata nel contratto concluso con il singolo consumatore. Ci si chiede, in altri termini, se il consumatore che intenda rimuovere il vincolo obbligatorio sorto per effetto della pratica vietata possa reperire soluzioni diverse dalla nullità e dall'annullabilità, che gli consentano di definire il più celermente possibile il suo rapporto con la controparte imprenditoriale[757].

Come si è avuto modo di approfondire nel corso del presente lavoro[758], la disciplina sulle PCS presenta carattere trasversale e si innesta su altre normative di tipo settoriale, mirate a garantire le ragioni del contraente debole. Queste ultime possono rivelarsi più precise in punto di rimedi esperibili[759]. Mi riferisco alle norme sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali e a distanza[760].

Da tali disposizioni, vi è chi ritiene che si possa mutuare uno strumento di protezione non invalidante, ma comunque funzionale alla liberazione dal vincolo contrattuale: il recesso.

Va, però, subito precisato che, conformemente a quanto previsto dall'art. 1373 c.c., il quale esclude l'operatività del rimedio in assenza di previsione

---

[754] Cfr. CAMARDI, *op. cit.*, p. 410. Si veda anche GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, I, p. 8 ss. e in part. p. 15.
[755] Così CAMARDI, *op. cit.*, p. 417.
[756] V. *supra* ai par. 7.1. ss. del presente cap. III.
[757] Cfr. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., p. 106.
[758] Si rinvia *supra* al cap. II, in part. al par. 1.
[759] V. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo: il «sistema» dei rimedi negoziali*, cit., p. 185.
[760] V. Direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, recepita dal d.lgs. n. 50/1992 e poi confluita nel codice del consumo, agli artt. 44 ss.; nonché la Direttiva 97/7/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, attuata con il d.lgs. n. 185/1999 e poi confluita anch'essa nel codice del consumo, agli artt. 50 ss. Simili previsioni sono state, infine, ulteriormente riformate dal d.lgs. n. 21/2014 (art. 1).

espressa, il recesso non potrebbe trovare applicazione, laddove non fosse possibile integrare la disciplina sulle PCS con disposizioni normative che lo comminino esplicitamente. Il che, a ben vedere, riduce fortemente l'esperibilità del rimedio.

L'utilizzazione dello stesso sarebbe, invece, più agevole, nei casi in cui esso fosse espressamente previsto.

In particolare, proprio nell'ambito appena menzionato dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali e a distanza, l'art. 52 cod. cons. concede al consumatore un periodo di ripensamento, entro il quale poter recedere dal contratto, senza dover offrire motivazione alcuna, né sostenere costi aggiuntivi. Il riferimento è a tutte le fattispecie in cui il professionista promuova sollecitazioni commerciali con l'ausilio di tecniche di comunicazione a distanza, ossia mediante quegli strumenti di negoziazione che meglio si prestano a integrare pratiche commerciali scorrette. L'intento di chi se ne avvale è, infatti, quello di catturare l'attenzione del consumatore e indurlo a stipulare in tempi stretti contratti di varia natura e oggetti diversi[761]. Perseguendo un simile obiettivo, l'imprenditore potrà, ad esempio, alterare la realtà dei fatti, inducendo in errore il cliente in ordine all'esistenza, alla natura o alle caratteristiche principali del bene pubblicizzato, *ex* art. 21 cod. cons.; oppure dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo di tempo molto limitato e/o a condizioni particolari, a norma dell'art. 23, comma 1, lett. g) cod. cons.; oppure ancora effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni via telefono, fax, posta elettronica, etc., integrando la pratica commerciale «in ogni caso» aggressiva dell'art. 26, comma 1, lett. c) cod. cons.; e così via.

Ebbene, ricorrendo tali vicende[762], fra le due discipline può instaurarsi un nesso di complementarietà, che apre alla loro integrazione[763]. Anche nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, ma solo, lo ribadisco, a fronte di una previsione legislativa espressa, come nelle ipotesi appena citate, potrà così applicarsi lo strumento flessibile e di facile fruizione del cd. *jus poenitendi*.

In siffatti casi, la stabilità del rapporto professionista-consumatore verrà subordinata al decorso di un termine relativamente breve, ma comunque sufficiente alla parte contrattuale debole, per svolgere una riflessione più accorta sull'acquisto. Il decorso del termine non pregiudicherà, al contempo, la sicurezza

---

[761] V. MUSOLINO, *Particolari modalità di conclusione del contratto*, in AA. VV., *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di CAPOBIANCO-PERLINGERI, cit., Art. 64, p. 347. Cfr. anche GENTILI, *Il codice del consumo e i rapporti on line*, in *Dir. internet*, 2005, VI, p. 547.

[762] Ossia laddove le pratiche commerciali scorrette, di cui agli artt. 21 ss. cod. cons., integrino anche fattispecie di contratti conclusi fuori dei locali commerciali e a distanza.

[763] Così FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., p. 112.

nei traffici commerciali. Inoltre, in quanto atto unilaterale recettizio[764], il recesso non è subordinato a un'azione processuale, né a particolari obblighi formali[765]. L'esercizio del diritto sarebbe poi pur sempre vincolato al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza[766], senza che il consumatore debba esplicitare le ragioni che lo abbiano indotto a mutare intendimento. Si esclude anche che il venditore possa imporgli, in via convenzionale, la corresponsione di danni dovuti al mero ritiro del consenso. Una simile utilizzazione implicherebbe la perdita del carattere di eccezionalità del *jus poenitendi* (art. 1373 c.c.), facendone, nei limiti consentiti, uno strumento ordinario di reazione agli illeciti[767]. Ma, come ho più volte sottolineato, i limiti consentiti appaiono particolarmente ristretti, ragion per cui quella del recesso non appare, in definitiva, la soluzione più consona nell'eventualità di un contratto concluso a valle di una pratica commerciale vietata.

8. *La protezione del consumatore e del mercato come scelta di responsabilità: l'obbligo del risarcimento dei danni del professionista scorretto.*

A ben vedere, un'ulteriore opzione, alternativa al recesso e ai rimedi invalidanti tradizionali potrebbe essere data dall'impostazione della questione della contrattazione per effetto di pratiche commerciali scorrette, in termini di responsabilità e di conseguente risarcimento del danno: quel danno cagionato al consumatore-contraente proprio da una pratica vietata.

Come pure si è precisato, non si tratterebbe di «un rimedio contrattuale in senso stretto», giacché «appare più corretto qualificarlo come un rimedio civilistico (…)»[768]. Il che consentirebbe, peraltro, di porre l'accento sull'attività sleale fonte di responsabilità.

Per evitare una distorsione delle decisioni d'acquisto del consumatore medio e la vanificazione delle operazioni economiche, che inevitabilmente

---

[764] In argomento, v. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 80 ss.; DE NOVA, *Il recesso*, in AA. VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1995, vol. X, p. 317; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in AA. VV., *Il codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Milano, 1998, Artt. 1372-1373, p. 313. Con specifico riferimento ai contratti in ambito consumeristico, v. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011.

[765] V. Corte CE, 22 aprile 1999, *Detzinger*, C-423/97. Per approfondimenti, si rinvia a BARCA, *op. cit.*, p. 47.

[766] Si rinvia, sul punto, a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Corr. giur.*, 2009, XII, p. 1577 ss., con nota di MACARIO, *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese; spunti da una recente sentenza della Cassazione*.

[767] V. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo*, cit., p. 186.

[768] Cfr. LABELLA, *op. cit.*, p. 740.

discenderebbe dall'applicazione dei rimedi tradizionali, con l'ulteriore corollario di una vera e propria distorsione del mercato, la disciplina sulle PCS impone un peculiare obbligo di diligenza in capo al professionista.

Esso allude – come è noto[769]– alla specifica competenza tecnica dell'imprenditore, applicata al prodotto da pubblicizzare. Si fa riferimento all'agire con cura, cautela, tensione verso i consumatori, destinatari delle attività promozionali. Un agire che deve, a sua volta, informarsi alla correttezza, *rectius* all'endiadi correttezza-buona fede. Quest'ultima rinvia al complesso di regole di comportamento, a cui il professionista è chiamato ad attenersi: regole di fonte legislativa e/o autodisciplinare, o ancora desumibili dalle prassi commerciali di settore e dai codici deontologici.

Per il solo fatto di svolgere attività d'impresa, il professionista è, quindi, soggetto ad un obbligo di diligenza, che se violato, ben potrà comportare il risarcimento del danno conseguente[770].

Tale rimedio, di stampo civilistico, appartiene al singolo consumatore danneggiato e non alla massa a cui è rivolta la pratica commerciale[771]. Il risarcimento del danno tutela così proprio il consumatore-contraente, le cui decisioni di acquisto siano state condizionate dalla slealtà imprenditoriale.

Come la dottrina ha sottolineato[772], è la *relazione* tra soggetti che entrano in contatto mediante la pratica commerciale scorretta, a creare le condizioni per l'insorgere tra gli stessi di un rapporto obbligatorio. Quest'ultimo si connota, in primo luogo, dall'obbligo di consentire la conservazione della sfera giuridica del consumatore e, se trasgredito, genera responsabilità contrattuale, a prescindere dall'effettiva conclusione o meno di un contratto. D'altra parte, lo «sviamento» dalle decisioni di natura economica del consumatore medio si colloca in una fase antecedente alla scelta effettiva di consumo. È la fase precontrattuale, che non necessariamente conduce, lo si è detto più volte, «alla formazione di un negozio invalido», ma determina «una decisione economica che il consumatore non avrebbe altrimenti preso, ossia quella di non concludere un contratto, concluderlo ma a condizioni diverse, o stipulare un contratto diverso»[773]. La decisione condizionata produce, in ogni caso, una situazione peggiore rispetto a quella in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della slealtà[774].

---

[769] Su tale obbligo mi sono già ampiamente soffermata nel corso del presente capitolo. V. *supra* ai par. 4-4.2.
[770] V. LABELLA, *op. cit.*, p. 738.
[771] Tale massa è tutelata mediante strumenti di carattere pubblicistico, giustificati proprio dalla portata generalizzata delle pratiche commerciali. Sul punto tornerò *infra* nei par. 1 ss. del cap. IV.
[772] LABELLA, *op. cit.*, p. 739.
[773] Così LABELLA, *op. cit.*, p. 734.
[774] Tale lesione è meritevole di ristoro a fronte della cd. *culpa in contrahendo*, teorizzata da Von Jehring e poi sviluppatasi lungo linee di pensiero, che hanno, infine, condotto, tra gli altri,

Pertanto, non si ravvisano ostacoli all'applicazione dell'art. 1337 c.c. e all'ammissibilità del risarcimento del danno[775] [776].

Come ho già avuto modo di rilevare[777], se non mancano profili di divergenza tra l'obbligo dettato dall'art. 1337 c.c. e quello di agire secondo diligenza professionale nell'ambito delle pratiche commerciali, neppure si possono trascurare i molteplici elementi di affinità[778]. Ai sensi del codice civile, i contraenti devono comportarsi secondo buona fede e correttezza durante le trattative, ossia prima della conclusione del contratto. Un comportamento difforme è fonte di responsabilità precontrattuale. Parimenti, il professionista sul mercato potrà perpetrare una condotta contraria alla diligenza dovuta, realizzando un'attività promozionale illecita, idonea ad influenzare in maniera determinante il consumatore medio. Nella misura in cui la condotta vietata arrechi un pregiudizio allo specifico consumatore con cui l'imprenditore sia entrato in contatto, quest'ultimo sarà senz'altro tenuto a risarcire il consumatore leso.

Il risarcimento del danno potrebbe, in definitiva, «costituire il migliore e più generale strumento di reazione individuale contro le pratiche commerciali sleali», anche perché più facilmente adattabile alle circostanze concrete[779]. Esso

---

all'esito di sganciare la responsabilità precontrattuale dall'invalidità e ancorarla all'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza. V. VON JEHRING, Culpa in contrahendo *oder Schadensersatz bei nicht zur Perfektion gelante Vertragën*, in *Jahrb f.d. Dogmatik d. heut. Röm. U. deut. Privatr.*, 1861. Cfr. poi MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, III, p. 273 ss.

[775] Dello stesso avviso, è anche TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 780. L'a., a p. 781, ammette, inoltre, l'applicabilità dell'azione risarcitoria, *ex* art. 2043 c.c., con l'onere per il consumatore di dimostrare i fatti costitutivi dell'illecito. Al giudizio ordinario non si potrebbe estendere, infatti, la diversa regola operante per il procedimento dinanzi all'A.G.C.M. (art. 27, comma 5, cod. cons.). In forza di tale ultima regola, è il professionista a dover provare, con allegazioni fattuali, di non aver potuto ragionevolmente prevedere l'impatto negativo di una pratica sui consumatori (v. *supra* alla nota 734). In realtà, almeno per le attività promozionali in «ogni caso» ingannevoli o aggressive, non escluderei l'applicabilità nel giudizio ordinario di una presunzione semplice del dolo determinante o della violenza morale, salvo prova contraria del professionista, con un meccanismo probatorio analogo a quello appena menzionato e proprio del giudizio amministrativo. Ho suggerito tale soluzione *supra* al par. 7.2. del presente cap. III. Ritengo, in ogni caso, che la responsabilità precontrattuale, di cui all'art. 1337 c.c., sia meglio confacente al rimedio risarcitorio esperibile nell'ambito delle PCS rispetto a quella extracontrattuale, *ex* art. 2043 c.c.

[776] Il danno risarcibile consisterebbe, però, nel solo interesse contrattuale negativo, ossia nelle spese sostenute e nelle perdite sofferte dal consumatore e non anche nell'interesse positivo, dato dagli utili che egli avrebbe conseguito, se il contratto fosse stato correttamente concluso. V., *ex multis*, Cass., 3 dicembre 2015, n. 34625, in *Guida al dir. 2016*, VI, p. 55; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giust. civ. mass. 2011*; Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Dir. e giust.*, 2005, XXX, p. 17, con nota di GARUFI, *Nelle trattative l'ente è come il privato*.

[777] V. *supra* al par. 4.1. del presente capitolo III.

[778] TOMMASI, *op. cit.*, p. 77 ha opportunamente evidenziato le «potenzialità rimaste inespresse» dell'art. 1337 c.c.

[779] Così TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 780, la quale aggiunge che ne è «riprova la [allora – il saggio risale al 2009 –] recente introduzione delle azioni collettive finalizzate al risarcimento dei *mass torts*», specificamente esercitabili anche nell'ambito delle PCS. Il riferimento è all'art. 140 *bis* (rubricato *Azione di classe*), inserito nel codice del consumo dalla l. n. 244/2007, poi più

potrebbe, in ogni caso, affiancarsi agli altri strumenti invalidanti, laddove la singola fattispecie dovesse presentare i presupposti prescritti per il loro esercizio. Vi è chi sottolinea, infatti, che, lungi dal poter essere selezionato *a priori*, il rimedio più adeguato al caso concreto dovrebbe essere individuato, volta per volta, misurandolo alle esigenze avvertite dalla parte vittima della scorrettezza. Il giurista avveduto – continua tale dottrina –, nel ricostruire la regola da applicare dovrebbe sempre valorizzarne le peculiarità funzionali e, dunque, ancorare alla realtà la propria valutazione[780].

Va conclusivamente osservato che l'impatto pratico delle disquisizioni sull'argomento si è rivelato piuttosto modesto. A fronte dei tanto numerosi interventi dottrinali citati in queste pagine, risultano pressoché assenti casi giurisprudenziali in cui singoli consumatori si siano rivolti ai giudici ordinari per «liberarsi» da contratti che non avrebbero stipulato (o avrebbero stipulato a condizioni diverse), se non fossero rimasti vittime di pratiche commerciali sleali. Nella prassi, si sono largamente preferite le misure inibitorie e cautelari, oltre a quelle sanzionatorie irrogate dall'A.G.C.M. Tali misure sono state ritenute, per svariate ragioni, risposte più adeguate alle esigenze di tutela prospettate[781].

D'altra parte, come un autore ha giustamente affermato, il problema dei rimedi individuali dei consumatori contro le condotte professionali illegittime è «non solo e non tanto quello della loro idoneità allo scopo, quanto quello della loro appetibilità per chi dovrebbe servirsene»[782]. Appetibilità invero compromessa, nel nostro ordinamento, dai ben noti mali che affliggono la giustizia civile[783]. Ecco perché lo stesso autore suggeriva il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione per via stragiudiziale (le cd. A.D.R., *Alternative*

---

volte modificato. A dire il vero, come si è opportunamente osservato in un lavoro più recente, benché l'entrata in vigore della norma fosse stata salutata con favore, ad oggi le *class actions* «effettivamente intentate e giunte a sentenza si contano su un palmo della mano» (così GIRINELLI, *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario remediale del* public and private enforcement, in *Jus civile*, 2016, VI, p. 462). Le ragioni sono molteplici: la diffidenza degli operatori del diritto, che le considerano uno strumento estraneo alla tradizione giuridica nazionale; la constatazione che difficilmente un singolo consumatore si rende portatore degli interessi di categoria. L'azione di classe si presta, infatti, ad essere effettivamente promossa da soggetti economici forti ed esperti; infine, la circostanza che le poche *class actions* esperite con successo in Italia si sono concluse con la concessione di risarcimenti irrisori. Per approfondimenti ulteriori, si rinvia a GIRINELLI, *op. cit.*, p. 449 ss. Sul tema avrò modo di soffermarmi *infra* ai par. 6 ss. del capitolo IV.

[780] V. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo*, cit., p. 183-184.

[781] Cfr. GRISI, *op. cit.*, p. 16.

[782] Così GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, XI, p. 735.

[783] Mi riferisco ai tempi lunghi dei processi e ai costi da sostenere nell'attesa di una pronuncia definitiva. Come si legge nel Libro verde della Commissione delle Comunità europee «sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori», COM (2008), 794 def., Bruxelles, 27 novembre 2008, p. 4, punto 2.9., «i costi elevati e il rischio di vertenze giudiziarie rendono antieconomico per il consumatore pagare spese di giustizia, avvocati ed esperti per un importo che può risultare superiore al risarcimento richiesto».

Dispute Resolutions, nella dicitura anglosassone). E, in effetti, tale via sembra essere quella verso cui si orienta il legislatore (comunitario e, di riflesso, nazionale), giacché, in sede di attuazione della direttiva 2013/11/UE[784], è stato recentemente introdotto, nel codice del consumo, un apposito Titolo, il II *bis* (artt. 141 ss.[785]), dedicato, per l'appunto, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie[786]. Appare prematuro oggi trarre conclusioni sulla reale effettività degli strumenti prescritti dalle nuove norme anche all'ambito delle PCS. Non si possono, tuttavia, sottovalutare sin da ora la portata innovativa di simili previsioni e le opportunità che esse offrono in tema di rimedi a disposizione del singolo consumatore contro gli illeciti imprenditoriali. Si tratterebbe, come è noto, di strumenti alternativi a quelli tradizionali qui ampiamente esaminati. Con riferimento a questi ultimi resto convinta, in definitiva, che si debba prediligere la via della responsabilità in capo ai professionisti e del conseguente obbligo risarcitorio verso i consumatori danneggiati.

[784] V. Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).
[785] Tali articoli sono stati inseriti nel codice del consumo dal d.lgs. n. 130/2015, con vigenza dal 9 gennaio 2016.
[786] Il comma 10 dell'art. 141 cod. cons. fa salvo, in ogni caso, il diritto del consumatore di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

CAPITOLO QUARTO

IL CONTROLLO DELL'ATTIVITÁ IMPRENDITORIALE IN TEMA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. I CASI PRATICI ALLA LUCE DEL SISTEMA DI TUTELA E SANZIONI

SOMMARIO: *1. - La via amministrativa prescelta dal legislatore italiano nella repressione delle attività promozionali vietate. 2. - Il ruolo riservato all'A.G.C.M. nel codice del consumo e il potere di agire d'ufficio dell'Autorità. 2.1. - Segue: gli altri poteri di* public enforcement *del Garante. I rimedi* soft *e le sanzioni amministrative pecuniarie. 3. - L'impugnazione delle decisioni dell'A.G.C.M. e il sindacato «debole» del giudice amministrativo: considerazioni critiche. 4. - Il coordinamento tra controllo amministrativo e autodisciplinare sulle pratiche commerciali scorrette. 4.1. - Segue: la scarsa valorizzazione del «ruolo deflattivo» dei codici di condotta nel contenzioso tra imprese e consumatori. 5. - L'area di giurisdizione del giudice ordinario. 6. - L'azione inibitoria e l'azione di classe come strumenti collettivi di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette. 7. - L'effettività in concreto della tutela inibitoria collettiva. 8. - La* class action *italiana nella giurisprudenza: i limiti attuali e le prospettive future di un rimedio dalla fisionomia ancora incerta. 9. - Il cd.* dieselgate *fra Responsabilità Sociale d'Impresa e scarsa efficacia dissuasiva delle sanzioni.*

1. *La via amministrativa prescelta dal legislatore italiano nella repressione delle attività promozionali vietate.*

Il codice del consumo, all'art. 27, individua il soggetto incaricato del *public enforcement*[787] dei divieti delle pratiche commerciali scorrette nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.): essa dispone di poteri d'intervento generale e trasversale nei diversi settori economici[788]. Le

[787] Mi permetto di ricordare brevemente la distinzione tra *public* e *private enforcement*. Il primo concetto richiama la libera circolazione di persone, merci e capitali, prescritta a livello europeo. Le misure di *public enforcement* mirano, infatti, a massimizzare il benessere dei consumatori, intesi come categoria e a tutelare le istanze imprenditoriali di competizione in un libero mercato. Si ragiona, dunque, di una dimensione macroeconomica. Nel *private enforcement* ci si pone, invece, in un'ottica squisitamente individuale e, quindi, microeconomica, giacché si ha riguardo alla singola operazione commerciale e all'individuo che ne viene di volta in volta danneggiato. Per approfondimenti, si rinvia a MICCOLI, *Tra* public *e* private enforcement*: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus civile*, 2017, IV, p. 348.

[788] V. ANNA GENOVESE, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Alcune considerazioni,*

sue decisioni sono poi impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, investito della giurisdizione esclusiva in materia, ai sensi dell'art. 27, comma 13, cod. cons.[789].

Il legislatore italiano, nel demandare all'Autorità amministrativa già competente nella tutela della concorrenza e del mercato[790] la repressione delle PCS, ha dato seguito alle indicazioni riportate nell'art. 11 dir.[791]. La direttiva 2005/29, in punto di *enforcement*, lasciava ampi margini di autonomia ai singoli ordinamenti nazionali[792]. E, infatti, pur disciplinando in modo particolarmente puntuale e analitico gli aspetti di diritto sostanziale afferenti alle pratiche commerciali vietate, tale fonte non dettava, con lo stesso rigore, un apparato rimediale realmente efficiente per reprimere le fattispecie proibite[793].

Ho già rilevato l'assenza, nel testo della direttiva, di una qualsivoglia indicazione in ordine alla sorte del contratto (eventualmente) stipulato per effetto di un'attività promozionale sleale. Il silenzio del legislatore europeo sugli strumenti di *private enforcement* esperibili dal consumatore-contraente, vittima di una scorrettezza imprenditoriale, ha destato quell'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale, di cui ho dato conto[794].

Parimenti, come si diceva poc'anzi, la direttiva ha delegato ogni questione di *public enforcement* agli Stati membri, con la sola condizione che essi predisponessero «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della (…) direttiva nell'interesse dei consumatori» (art. 11, comma 1, dir.). In sede di attuazione della fonte comunitaria, spettava, dunque, ai singoli Stati la scelta fra una tutela giudiziaria e una tutela amministrativa o entrambe[795].

---

in AA. VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di GAMBINO, Torino, 2011, p. 276.

[789] Sulle competenze dell'Autorità Garante e sui limiti del giudizio di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, avrò modo di soffermarmi *infra* nei par. 2, 2.1. e 3 del presente cap. IV.

[790] Essa aveva già dato prova di operare con autorevolezza ed efficacia, applicando la l. n. 287/1990 (cd. legge antitrust) e la disciplina che, sin dal d.lgs. n. 74/1992, vietava la pubblicità ingannevole (ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, in AA. VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ANNA GENOVESE, cit., p. 210).

[791] Si è fatto cenno a tale previsione *supra* al par. 2 del cap. I e al par. 1 del cap. II.

[792] Il capitolo relativo all'*enforcement* dei divieti era, infatti, sottratto al regime di armonizzazione piena della direttiva. V. ANNA GENOVESE, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Alcune considerazioni*, cit., p. 279.

[793] Cfr. GIRINELLI, *op. cit.*, p. 455.

[794] V. *supra* ai par. 7 e ss. del cap. III.

[795] Essi, infatti, avrebbero potuto scegliere tra molteplici alternative: affidare la tutela della disciplina delle PCS all'autorità giudiziaria ordinaria; incaricare un'autorità amministrativa della tutela in via esclusiva; affidare all'autorità amministrativa il compito di promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Le soluzioni esposte dalla direttiva non sono alternative tra loro, dal momento che la congiunzione utilizzata è duplice: e/o (così GIRINELLI, *op. cit.*, p. 455). La terza opzione rappresenta una sorta di ibrido delle prime due. La dottrina era stata particolarmente critica

Come auspicato da più parti, anche in sedi istituzionali[796], nella fase di gestazione della legislazione, il d.lgs. n. 146 del 2007 ha, quindi, optato per la via amministrativa, confermando la scelta di fondo già effettuata in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, al momento del recepimento della direttiva 84/450/CEE[797]. Si può, allora, senz'altro affermare che l'A.G.C.M. rappresenta l'Autorità di riferimento per la tutela dei consumatori.

La novella del 2007 ha, al contempo, riconosciuto un ruolo residuale al procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (d'ora in avanti anche A.G.O.), concernente essenzialmente le pretese risarcitorie e restitutorie facenti capo ai singoli consumatori[798]. La possibilità di esperire, di fronte al giudice ordinario, un'azione di classe a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, nonché degli interessi collettivi degli stessi (art. 140 *bis* cod. cons.) è stata, infatti, introdotta nell'ordinamento in un secondo momento. Tale strumento, in ogni caso, fatica ancora oggi e non poco ad attecchire nel nostro sistema[799].

La via amministrativa prescelta nell'ambito delle PCS dal legislatore italiano non è stata, tuttavia, esente da critiche.

---

sull'eventualità di affidare all'autorità giudiziaria ordinaria le determinazioni in tema di pratiche commerciali scorrette, demandando all'autorità amministrativa il potere di promozione della relativa azione. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 270-271 paventava la possibilità di un tale «pubblico ministero del consumatore», definendolo come un vero e proprio «*monstrum* giuridico».

[796] Nella *Relazione* alle Camere del giugno 2007 sull'attività svolta nel 2006, il Presidente dell'A.G.C.M. aveva sottolineato come la l. n. 287 del 1990 a tutela della concorrenza e del mercato non consentisse la repressione di abusi e scorrettezze che non fossero posti in essere da un'impresa in posizione dominante, ma danneggiassero consumatori e concorrenti. Pertanto, egli aveva auspicato che per simili condotte, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE, si attribuisse all'A.G.C.M. la competenza ad intervenire. Analoghi auspici aveva espresso la dottrina prevalente. Cfr. CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 79 ss., in part. p. 81, laddove l'a. si augurava che le attribuzioni dell'A.G.C.M. venissero estese sino a ricomprendervi quelle per la prevenzione e repressione delle pratiche commerciali sleali, ferma la necessità di coordinarne, però, i poteri con quelli di cui era già allora titolare il giudice ordinario, *ex* art. 139 cod. cons.; ID., *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 287.

[797] Scelta poi ulteriormente confermata dal parallelo d.lgs. n. 145/2007, che – come è noto (v. *supra* al par. 1 del cap. I) – ha dato attuazione all'art. 14 della direttiva 2005/29, modificando la disciplina di recepimento della direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

[798] V. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di DE CRISTOFARO, cit., p. 385.

[799] Su tale profilo avrò modo di soffermarmi diffusamente *infra* ai par. 6 e 8 del presente cap. IV.

In particolare, vi è chi[800] ha parlato di «alluvionale proliferazione di attribuzioni» in capo all'Antitrust[801], priva di «una qualche logica razionale». Governi e maggioranze succedutisi nel tempo – prosegue tale autore – hanno preferito sottrarre al giudice naturale questioni che, per complessità e delicatezza, avrebbero dovuto trovare un «giudice – a loro dire – "migliore"» nell'A.G.C.M.

Sennonché, al di là delle (ben note) inefficienze della magistratura ordinaria, siffatta dottrina sostiene che essa soltanto avrebbe garantito il giusto processo, nel pieno contraddittorio tra le parti, dinanzi a un giudice terzo, imparziale e munito di un livello di competenza tecnica soddisfacente[802].

In aggiunta, secondo una simile ricostruzione, il procedimento davanti all'Autorità Garante non avrebbe presentato alcun reale vantaggio sul piano dei tempi rispetto al giudizio cautelare dinanzi all'A.G.O., quale suo naturale punto di confronto, data l'informalità della procedura e la sommarietà del giudizio che caratterizza entrambi[803].

Vi è poi chi ha messo in guardia dall'interventismo dell'Antitrust, manifestando il timore che i suoi provvedimenti non risultassero sempre giustificabili «in un'ottica di tipo funzionale alla tutela di interessi diffusi», ma costituissero talvolta «strumento di soluzione di conflitti interindividuali, in una pericolosa sovrapposizione (…) con il ruolo del giudice ordinario»[804].

---

[800] V. DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Conc. e merc.*, 2010, p. 497.

[801] Oltre alla repressione delle PCS che qui interessa, l'a. si riferisce alle competenze che sono state, negli anni, attribuite all'Autorità Garante in ambiti settoriali eterogenei: in particolare, in tema di abuso di competenza economica (l. n. 287/1990), pubblicità ingannevole (d.lgs. n. 74/1992) e comparativa (d.lgs. n. 67/2000), ripartizione dei diritti di trasmissione delle partite di calcio (l. n. 78/1999), rispetto degli obblighi di separazione societaria per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale o operanti in regime di monopolio legale e che intendano svolgere la propria attività in settori diversi (l. n. 57/1991), concentrazione nel mercato della distribuzione cinematografica e della sale cinematografiche (d.lgs. n. 28/2004), conflitto di interessi di titolari di incarichi governativi (l. n. 215/2004), servizi pubblici locali di rilevanza economica (d.P.R. n. 168/2010); pubblicità tra imprese (d.lgs. n. 145/2007). V. DI CATALDO, *op. ult. cit.*, p. 497; GIRINELLI, *op. cit.*, p. 456, spec. nota 20.

[802] Il riferimento implicito è chiaramente agli artt. 24 e 111 Cost. Quanto alla competenza tecnica, DI CATALDO, *op. cit.*, p. 499 osserva che la magistratura ordinaria si presenta dotata di un filtro all'accesso che, per quanto discutibile e discusso sotto molti profili nel suo attuale funzionamento, appare, però, notevolmente più «spesso» rispetto ai canali di accesso allo staff dell'Autorità garante. Tali canali di reclutamento, in effetti, difficilmente potrebbero offrire garanzie analoghe sul piano della selezione e dell'indipendenza del personale. Va segnalato, tuttavia, lo sforzo dell'attuale governo di rendere il più possibile trasparente e meritocratica la procedura di insediamento dei membri dell'A.G.C.M. La nomina del nuovo presidente dell'Autorità, il dott. Rustichelli, è avvenuta il 20 dicembre 2018 all'esito di «una pratica pubblica che prima ad ora non era mai stata possibile» (così il Presidente della camera dei deputati, Fico, nelle dichiarazioni rilasciate alla stampa. Per approfondimenti, si veda SERAFINI, *Rustichelli all'Antitrust, ora il nodo Consob*, in *http://www.ilsole24ore.com*, 21 dicembre 2018, p. 7).

[803] Così ancora DI CATALDO, *op. cit.*, p. 498.

[804] Così GUIZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella*

Infine, un autore ha prospettato, quale risultato negativo non disgiunto dall'attivismo dell'Autorità Garante nell'ambito delle PCS, il possibile arretramento sul fronte della tutela antitrust attiva dei mercati, con la conseguenza di lasciare «sguarnito» proprio «il territorio» per cui l'A.G.C.M. era stata istituita nel 1990[805] [806].

Simili rilievi, per quanto in parte corretti, non mi sembrano, però, decisivi.

Lo scarso successo dell'azione di classe, a cui si accennava poc'anzi, appare, a mio avviso, già piuttosto emblematico delle difficoltà insite nel demandare la repressione delle pratiche commerciali scorrette alla giustizia ordinaria. L'*enforcement* previsto dall'art. 140 *bis* cod. cons. ha invero dimensione collettiva e non individuale. Esso risulta, tuttavia, pur sempre finalizzato a predisporre quei «mezzi adeguati ed efficaci», richiamati dal comma 1 dell'art. 11 dir.[807].

Come pure altra dottrina ha posto in evidenza, la tutela giurisdizionale dei diritti individuali dei consumatori si connota poi per la rilevanza economica

---

disciplina della concorrenza sleale, in AA. VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di GAMBINO, cit., p. 306. L'a. si interroga sull'utilità di riconoscere in capo all'Autorità Garante il potere di intervenire, ad esempio, dinanzi al caso di un rivenditore di auto di Gorizia, che non abbia fornito in forma sufficientemente specifica, al singolo acquirente di un veicolo usato, informazioni sull'inesistenza del diritto alla riparazione gratuita, in senso difforme da quanto previsto dal codice del consumo; o davanti alla fattispecie del singolo albergatore di Venezia, che, sul proprio sito internet, fornisca indicazioni ingannevoli sulla distanza della struttura dal centro città; e così via. Simili vicende del tutto insignificanti – conclude l'a. – attingono a un livello di illiceità che può ricevere adeguata protezione sul piano privatistico, senza bisogno di scomodare l'apparato delle sanzioni pubblicistiche (GUIZZI, *op. cit.*, p. 307). Tale posizione non mi convince. Come chiarirò tra un momento nel testo, se demandate all'A.G.O., tali vicende – proprio perché di dimensioni pressoché bagatellari – sarebbero, infatti, di competenza del giudice di pace, con tutti i limiti di una giurisdizione affidata ad un organo non professionale.

[805] Si esprime in questi termini DI CATALDO, nella *Relazione* dal titolo *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un impegno a tempo pieno per il diritto antitrust. Verso una minore discrezionalità di azione e un più intenso controllo giudiziario*, nel Convegno organizzato dall'Università Europea di Roma, il 26 marzo 2010, all'interno del JEAN MONNET PROGRAMME e intitolato: *La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*. Le relazioni sono visionabili all'indirizzo web *http://www.dimt.it/index.php/it/eventiprenotazioni/10780-23la-tutela-del-consumatore-jean-monnet-programme*.

[806] Tralascio, in questa sede, le critiche di chi ha reputato ingiustificata e invasiva la competenza dell'A.G.C.M. nel contrastare le attività promozionali vietate, laddove esse siano state realizzate all'interno dei settori economici regolati (cfr. MAIMERI, *Le competenze delle altre Autorità*, in JEAN MONNET PROGRAMME, *La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, Università Europea di Roma, 26 marzo 2010, cit.). L'argomento dei rapporti tra normative e *Authorities* è stato, infatti, già ampiamente esaminato *supra* nel cap. II, a cui rinvio integralmente.

[807] Al momento del saggio di DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, ampiamente citato in queste pagine, la norma non era ancora entrata in vigore o forse vigeva da pochi mesi. In ogni caso, non vi erano elementi sufficienti per estendere la valutazione anche alla nuova *class action* italiana.

spesso modesta delle controversie, quale conseguenza della nozione stessa di bene o servizio di consumo[808].

Se, ragionando in via meramente ipotetica, il legislatore avesse demandato tale tutela all'A.G.O, ben di rado il valore delle cause promosse dai consumatori *uti singuli* avrebbe superato il minimo richiesto per sottrarsi alla competenza del giudice di pace. L'andamento del processo avrebbe scontato, allora, i pregi – costi ridotti per spese, onorari e diritti, nonché probabilmente la possibilità di pervenire in modo celere a una decisione e l'eventualità di fare ricorso alla conciliazione in sede non contenziosa, *ex* art. 322 c.p.c. –, ma anche i difetti di una giurisdizione affidata ad un organo non professionale. Quest'ultimo, per di più, nelle cause non eccedenti il valore di 1.100 euro[809] o non vertenti sulle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1342 c.c., avrebbe deciso ricorrendo al «pericoloso strumento dell'equità»[810]. Il soccombente avrebbe così potuto impugnare la sentenza solo per violazione di norme costituzionali, comunitarie, o dei principi regolatori della materia[811].

Per non parlare poi, sempre a fronte del carattere economicamente modesto delle cause, dell'eccezionalità delle ipotesi in cui le parti si sarebbero potute rivolgere al giudice di legittimità. Ragion per cui, la Suprema Corte non avrebbe esercitato alcun controllo sull'esatta osservanza e l'uniforme applicazione del diritto oggettivo[812]. E la carenza di nomofilachia – rileva ancora la dottrina – avrebbe prodotto il rischio di decisioni tra loro difformi e poco

---

[808] V. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 383. Invero, lo stesso DI CATALDO, *op. cit.*, p. 499 rileva che buona parte delle pratiche commerciali scorrette appare complessivamente di natura quasi bagatellare. Sembra confermare tale rilevo, ma per giungere ad esiti interpretativi diversi da quelli sostenuti in queste pagine, anche GUIZZI, *op. cit.*, p. 307.

[809] Si precisi che il valore di 1.100 euro verrà innalzato a 2.500 a partire dal 31 ottobre 2021, con l'entrata in vigore della modifica legislativa del comma 2 dell'art. 113 c.p.c., intervenuta ad opera del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116.

[810] Così CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 384.

[811] Secondo quanto previsto dall'art. 339, comma 3, c.p.c. Si ricordi che la Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Giur. it.*, 2005, p. 677 ss. ha affermato la compatibilità della decisione secondo equità con il principio di legalità, su cui si fonda la tutela giurisdizionale dei diritti e la soggezione del giudice alla legge, soltanto in quanto essa sia fondata sui principi informatori della materia. In tale occasione, la Consulta ha chiarito che «il giudizio di equità non è e non può essere un giudizio extra-giuridico, ma deve trovare i suoi limiti in quel medesimo ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale, poiché una equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche». In verità, allora, lo strumento dell'equità non è così «pericoloso», come pure una dottrina ha sostenuto (v. CIATTI, *op. ult. cit.*, p. 384). Dovendo conformarsi alle regole fondamentali della materia, esso non interverrà mai «in sostituzione» del diritto, ma potrà solo integrarlo. Come precisa ancora la summenzionata sentenza della Corte costituzionale, «la sola funzione che può riconoscersi alla giurisdizione di equità è quella di individuare la regola di giudizio non scritta, che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua dei principi cui si ispira la disciplina positiva». Risulta, pertanto, ridotto il margine di «creatività» effettivamente concesso al giudice in sede equitativa.

[812] Un controllo di questo tipo nel contenzioso in esame risulta, infatti, pressoché inesistente.

conoscibili, in ogni caso inidonee ad orientare i comportamenti e le strategie di comunicazione dei professionisti.

Si tenga presente anche che l'elevata diffusività delle attività commerciali scorrette avrebbe richiesto una pronuncia il più possibile rapida, di certo non conseguibile con le tempistiche eccessivamente dilatate del giudizio di cognizione ordinaria. E, allora, il ricorso alla tutela d'urgenza – come d'altronde si è già anticipato – sarebbe stato «pressoché imprescindibile»[813]. Ma, dal momento che il giudice di pace è sfornito del potere di emettere pronunce cautelari, una simile competenza sarebbe stata attribuita al tribunale. In tal modo, due organi giudiziari differenti, l'uno in via generale e nel merito, l'altro nei casi – frequentissimi – d'urgenza, si sarebbero sovrapposti nella cognizione di cause aventi ad oggetto pratiche commerciali sleali. Il che avrebbe comportato all'evidenza tutta una serie di complicazioni invero evitabili.

Pertanto, la risoluzione di attribuire all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato «primario ruolo o diretta responsabilità nell'applicazione della nuova normativa sulle pratiche commerciali scorrette»[814] si è rivelata, a mio avviso, la più soddisfacente.

Alle osservazioni riportate sinora, si aggiunga che tale risoluzione trovi giustificazione anche nella natura sovra-individuale degli interessi protetti dalla disciplina. Difficilmente si sarebbe potuta realizzare una tutela efficace attraverso il mero procedimento giurisdizionale, calibrato per antonomasia sulle esigenze di protezione delle posizioni giuridiche vantate dai singoli[815].

L'Autorità, peraltro, si avvale di personale selezionato secondo criteri di imparzialità (conformemente a quanto richiesto dall'art. 11 dir.)[816], esperto e qualificato, «addestrato – come pure si è opportunamente sottolineato – da due decenni di pratica nel diritto antitrust e di maneggio della pubblicità ingannevole e comparativa»[817]. I costi del procedimento per le parti sono particolarmente

---

[813] Così CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 384.

[814] Così ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 210.

[815] Una conferma di tale affermazione sembra essere lo scarso successo, più volte chiamato in causa nel presente par., dell'azione di classe, *ex* art. 140 *bis* cod. cons. V. *infra* ai par. 6 e 8 del presente cap. IV.

[816] I suoi componenti sono, infatti, nominati tra persone di notoria indipendenza su decisione adottata d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato; il presidente deve aver ricoperto ruoli istituzionali di grande prestigio e responsabilità e gli altri quattro componenti vanno selezionati tra i magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti o della Corte di Cassazione, nonché tra i professori universitari ordinari in materie economiche o giuridiche, o ancora tra personalità di vertice dei settori economici dotate di riconosciuta professionalità. L'Autorità ha competenza in via esclusiva nelle deliberazioni di norme concernenti l'organizzazione, il funzionamento, il personale e la gestione delle spese. Con specifico riferimento alla procedura di selezione del nuovo presidente dell'A.G.C.M., si rinvia alle considerazioni svolte *supra* al termine della nota 802.

[817] Così CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 386. Sull'applicazione della disciplina pregressa si vedano FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *La pubblicità ingannevole (commento al D.L. 25 gennaio 1992, n. 74)*, Milano, 1993, p. 253 ss.

modesti e vi è l'ulteriore profilo, a mio parere decisamente positivo, di aver concentrato in un unico giudizio la tutela cautelare e quella a cognizione piena.

L'opzione legislativa, inoltre, ha avuto il merito di favorire orientamenti il più possibile univoci e facilmente conoscibili (mediante il Bollettino pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità), agevolando così gli operatori professionali nell'adottare comportamenti e strategie comunicative corrette.

D'altra parte, una pratica commerciale sleale produce un perturbamento dell'assetto concorrenziale del mercato, alla cui salvaguardia – come è ben noto – è istituzionalmente preposta proprio l'A.G.C.M. È apparso, quindi, in qualche misura inevitabile concentrare, in capo alla medesima Autorità, le competenze richieste in materia antitrust e quelle prescritte nell'ambito delle PCS[818].

Non ne è, però, conseguito, a mio avviso, alcun ridimensionamento – che pure qualcuno aveva paventato[819]– della funzione di promozione della libera concorrenza sul mercato. Funzione che l'Autorità esercita ai sensi della l. n. 287/1990.

In ogni caso, la scelta del legislatore ha codificato la stretta connessione tra la correttezza delle relazioni tra imprese e i rapporti con i consumatori. Tali piani sono fra loro reciprocamente integrati: entrambi i *corpora* normativi costituiscono, infatti, espressione generale delle regole di correttezza che l'Antitrust è chiamata ad applicare secondo una logica coerente e unitaria[820] [821].

La scelta di attribuire all'A.G.C.M. i poteri di *enforcement* pubblico dei divieti di pratiche commerciali scorrette, per quanto soddisfacente, presenta anche, si badi bene, dei limiti, ad esempio, sotto il profilo della reale efficacia dissuasiva delle sanzioni. Sul punto avrò modo di tornare più avanti, esaminando il cd. *dieselgate*[822].

Per il momento, tuttavia, posso concludere che, al di là degli inconvenienti che qualsiasi opzione normativa avrebbe inevitabilmente presentato, quella preferita dal legislatore del 2007, alla luce delle osservazioni riportate in queste pagine, resta, nella mia opinione, la migliore possibile.

---

[818] Proprio come aveva auspicato CIATTI, *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, cit., p. 81.

[819] V. DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un impegno a tempo pieno per il diritto antitrust. Verso una minore discrezionalità di azione e un più intenso controllo giudiziario*, cit.

[820] V. STELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 27, p. 243; CATRICALÀ-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 66.

[821] Come si è già accennato *supra* nella nota 797, in capo all'Autorità è rimasta poi la competenza ad applicare il d.lgs. n. 145 del 2007, che – come è noto (v. *supra* al par. 1. del cap. I) –, in attuazione dell'art. 14 della dir. 2005/29, ha recepito la normativa comunitaria in tema di pubblicità ingannevole e comparativa tra professionisti. La materia della pubblicità ingannevole e comparativa cd. *B2B* (*Business to Business*) è stata così espunta dal codice del consumo.

[822] V. *infra* al par. 9 del presente cap. IV.

2. *Il ruolo riservato all'A.G.C.M. nel codice del consumo e il potere di agire d'ufficio dell'Autorità.*

L'art. 27 cod. cons., rubricato *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, delinea, nei suoi tratti fondamentali, il procedimento amministrativo per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e individua dettagliatamente le attribuzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Quest'ultima esercita i suoi poteri anche quale autorità competente per l'applicazione del Regolamento 2006/2004/CE, che disciplina la cooperazione tra le autorità pubbliche designate da ciascuno Stato membro come responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, nell'ipotesi della commissione di «infrazioni infra-comunitarie»[823]. La fonte europea del 2006 è espressamente richiamata dal comma 1 dello stesso art. 27 cod. cons.

Come si è già anticipato[824], l'Autorità Garante è altresì competente a reprimere la pubblicità ingannevole e comparativa. Il d.lgs. n. 145 del 2007, dando attuazione all'art. 14 della direttiva 2005/29, ha, infatti, recepito la nuova normativa comunitaria in materia, in sostituzione di quella originariamente dettata dalla direttiva 84/450/CEE[825]. La pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti cd. *B2B* (*Business to Business*), a partire dal 2007, è stata così espunta dal codice del consumo, ma continua ad essere controllata e sanzionata dall'Antitrust. D'altra parte, non si sarebbe potuto stabilire diversamente: il legislatore italiano, pur avendo preferito la via della frammentazione soggettiva, con discipline in parte parallele, organizzate rigidamente per coppie di relazioni tra soggetti (professionisti/consumatori; professionisti/professionisti)[826], intendeva, in ogni caso, garantire l'attuazione e il rispetto di norme di

---

[823] V. Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori»). Con la locuzione «infrazione infra-comunitaria», si fa riferimento a qualsiasi atto od omissione contrari alle norme di protezione degli interessi dei consumatori, o in danno degli interessi collettivi dei consumatori che risiedano in uno o più Stati membri diversi da quello in cui ha avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione incriminati, o in cui è stabilito il venditore o il fornitore responsabile, o ancora in cui si riscontrino elementi di prova o beni riconducibili all'azione o all'omissione (art. 3, lett. b) Reg. n. 2006/2004). Tra gli strumenti di cooperazione previsti risulta particolarmente efficace l'esercizio, da parte dell'Autorità nazionale, del potere di rivolgersi ad altra Autorità straniera, al fine di adottare una misura esecutiva volta alla cessazione della pratica commerciale illecita diffusa in Italia da operatori pubblicitari stranieri (art. 8, Reg. n. 2006/2004). Per approfondimenti, v. STELLA, *op. cit.*, p. 244. La stessa A.G.C.M., nella *Relazione* annuale, presentata il 31 marzo 2013, consultabile sul sito web *http://www.agcm.it*, p. 161-162, ha riconosciuto l'importanza cruciale delle azioni comuni dei Paesi UE e ha dichiarato di partecipare costantemente alle iniziative comunitarie volte a rafforzare la tutela dei consumatori.
[824] V. *supra* al par. 1 del presente cap. IV.
[825] V. *supra* al par. 1 del cap. I.
[826] Si rinvia, ancora una volta, *supra* al par. 1 del cap. I.

derivazione europea, attinenti, in definitiva, al migliore funzionamento del mercato unico. E l'Autorità preposta a realizzare un simile obiettivo nel nostro sistema è proprio l'A.G.C.M.

La disciplina del procedimento per PCS, oltre che dall'art. 27 cod. cons., è dettata dalle disposizioni del Regolamento sulle procedure istruttorie adottato dall'*Authority* medesima[827]. Tale regolamento non riguarda la sola materia delle attività promozionali vietate, ma anche la pubblicità ingannevole e comparativa, le clausole vessatorie e i contratti di consumo, nonché, infine, il divieto di discriminazioni in danno dei potenziali acquirenti. Si prevede, dunque, un unico modello procedurale per l'applicazione di tutte le normative poste a tutela dei consumatori[828].

L'avvio del procedimento dinanzi all'Autorità può avvenire su denuncia di parte o *ex officio*. Uno dei contenuti innovativi qualificanti dei decreti attuativi della direttiva del 2005 – entrambi, sia il d.lgs. n. 146, sia il n. 145 del 2007 – è dato proprio dalla previsione della competenza del Garante a contrastare la pubblicità illecita e le pratiche commerciali scorrette anche d'ufficio[829].

La novità legislativa era stata suggerita da più parti[830], ma ha destato reazioni contrastanti in dottrina.

Alcuni autori hanno sostenuto che l'ufficiosità dell'azione potesse minare la credibilità dell'Antitrust, compromettendone la neutralità e l'imparzialità di giudizio[831].

Inoltre, a detta degli stessi, l'iniziativa *ex officio* dell'*Authority* non sarebbe stata ricompresa tra le opzioni consentite agli Stati membri in sede di recepimento della direttiva 2005/29. Quest'ultima, infatti, avrebbe pur sempre richiesto l'attivazione dell'*enforcement* dei divieti di pratiche commerciali sleali da parte di un soggetto terzo, di natura pubblica o privata. Il carattere pieno e completo dell'armonizzazione, secondo tale dottrina, non avrebbe consentito ai legislatori nazionali di ampliare la tutela apprestata, oltre quanto statuito dalla fonte europea[832].

---

[827] V. *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*, Delibera A.G.C.M., 1° aprile 2015, n. 25411 (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94), consultabile sul sito web *http//www.agcm.it*.

[828] V. STELLA, *op. cit.*, p. 250.

[829] V. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 231.

[830] Cfr., tra gli altri, AUTERI, *I poteri dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., p. 271 ss.

[831] V. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 63 ss.; CIATTI, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Padova, 2013, Art. 27, p. 229.

[832] Così CIATTI, *op. ult. cit.*, p. 229; FLORIDIA, *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, in *Dir. ind.*, 2009, II, p. 177.

Quest'ultimo rilievo mi pare facilmente contestabile. Anche a voler ravvisare una certa «creatività» del legislatore italiano nel dare seguito alle prescrizioni comunitarie in punto di *enforcement*, queste ultime non appaiono, però, particolarmente stringenti, *rectius* tassative. Ragion per cui mi sembrerebbe eccessivo ravvisare forzature o addirittura violazioni del diritto europeo nella normativa di attuazione. D'altra parte, come ho già avuto modo di sottolineare[833], l'apparato rimediale dettato dalla direttiva, diversamente dai suoi contenuti di diritto sostanziale, risulta piuttosto carente[834]. La lettera dell'art. 11 dir. nulla dice sull'eventualità che il soggetto amministrativo, a cui il singolo Stato UE demandi la tutela contro le PCS, intervenga *motu proprio* nel reprimere le fattispecie proibite. E, anzi, la disposizione comunitaria concedeva agli ordinamenti nazionali un margine di discrezionalità particolarmente ampio, con la sola condizione che essi adottassero «mezzi adeguati ed efficaci» di contrasto alle attività promozionali sleali. Ecco, quindi, che la decisione del legislatore italiano sui poteri di iniziativa del Garante risponde perfettamente alla *ratio* della previsione europea.

Difficilmente condivisibile è poi la tesi per cui la procedibilità d'ufficio potrebbe minare l'imparzialità dell'A.G.C.M. Al contrario – come pure altra dottrina ha giustamente sottolineato –, l'intervento *motu proprio* dell'Autorità rende più efficace il *public enforcement* delle pratiche commerciali scorrette. L'Antitrust può così preselezionare gli interventi, senza dover necessariamente dare seguito a denunce magari pretestuose o relative a condotte nella specie sleali, ma isolate o episodiche e, quindi, concretamente poco rilevanti[835]. Nel consentire al Garante di avviare il procedimento d'ufficio, il legislatore ha, dunque, introdotto una regola di *de minimis*[836], che data la mole dei casi e la scarsità di risorse disponibili, risulta certamente opportuna. La selezione degli interventi autorizza l'A.G.C.M. a non procedere a fronte di condotte inidonee a

---

[833] V. *supra* al par. 1 del presente cap. IV.

[834] Cfr. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, in *Giur. comm.*, 2011, VI, p. 807.

[835] Tale possibilità è stata poi esplicitata nelle ultime versioni del Regolamento sulle procedure istruttorie dell'A.G.C.M. Il Regolamento attualmente vigente, all'art. 5, comma 1, lett. f) chiarisce che la fase pre-istruttoria possa essere chiusa nel caso di «non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire». La stessa Antitrust si è espressa favorevolmente su tale novità – inserita a partire dal Regolamento sulle procedure istruttorie del 2012, adottato con la delibera n. 23788 – nella *Relazione* annuale per l'attività svolta, presentata il 31 marzo 2013, cit., p. 176, affermando di aver potuto così adottare una *policy* orientata ad alcune priorità di azione, individuate in funzione del grado di pregiudizio arrecato al comportamento economico del consumatore e al funzionamento dei mercati.

[836] Si esprime in questi termini la stessa A.G.C.M. nella *Relazione* annuale per l'attività svolta, presentata il 31 marzo 2013, cit., p. 176.

falsare in misura apprezzabile le scelte d'acquisto dei consumatori, tenuto conto del soggetto di volta in volta danneggiato e delle caratteristiche oggettive del singolo comportamento incriminato.

D'altra parte, l'Antitrust non potrebbe mai eleggersi a «pubblico tutore di interessi privati»[837]. E, allora, – conclude un'autrice –, la normativa sulle PCS «contribuisce ad allontanare l'Autorità dal modello di funzionamento dell'agenzia di "aggiudicazione" e la avvicina al modello di funzionamento dell'amministrazione attiva e "orientata al risultato", che sarebbe, in ultima analisi, il buon funzionamento dei mercati»[838].

Quanto, infine, alla possibile attivazione del procedimento dinanzi al Garante su denuncia di parte, l'art. 27, comma 2, cod. cons. riconosce la legittimazione a ricorrere a «ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse»[839]. Nel contesto poc'anzi descritto, l'istanza di parte non costituisce più una condizione di procedibilità, ma un atto con cui vengono portati a conoscenza dell'*Authority* elementi utili all'avvio dell'istruttoria[840]. Con la previsione dell'iniziativa d'ufficio è, infatti, venuta meno ogni esigenza di verifica sulla legittimazione del denunciante. L'avvio *motu proprio* del procedimento ha anche escluso la necessità di distinguere i casi di pubblicità illecita, vietata dal d.lgs. n. 145/2007, nell'interesse dei professionisti, e i casi di pratiche commerciali scorrette, proibite dal d.lgs. n. 146/2007, nei confronti dei consumatori[841].

---

[837] Così ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 231-232.

[838] Così ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 232.

[839] La formula è forse poco felice sul piano tecnico, dal momento che anche le «organizzazioni» hanno soggettività giuridica. V. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, cit., p. 387. L'a. rileva poi che l'art. 11 dir. imponeva agli Stati membri di prevedere mezzi tali da consentire ai portatori di un «legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali» di promuovere un'azione in giudizio (comma 1, lett. a)) e/o di «sottoporre tali pratiche al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi» (lett. b)). Secondo l'a., un'interpretazione strettamente letterale della disposizione avrebbe dovuto far riferire l'interesse a combattere le PCS alla mera promozione dell'azione giudiziaria (lett. a)) e ai ricorsi proposti dinanzi all'*Authority*, non certo alle ipotesi in cui essa proceda d'ufficio, come, invece, la normativa di recepimento le consente di fare. È vero anche, però – continua Ciatti –, che l'interesse ad agire è concettualmente legato a doppio filo con quello di azione (*contra* ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 220 ss.) e, dunque, a quello di iniziativa, sia essa di parte privata o pubblica. A tale ultimo proposito, egli cita CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile. Premesse storiche e sistematiche*, vol. I, ed. II, orig. Padova, 1943, ora ID., *Opere giuridiche*, IV, Napoli, 1970, p. 192. Tuttavia, come ho già sostenuto nel testo, una simile tesi non mi convince, dal momento che la formulazione letterale dell'art. 11 dir. è generica e concedeva un ampio margine di discrezionalità ai Paesi UE in merito alla configurazione dei sistemi di *enforcement* nazionale dei divieti di PCS. Pertanto, la procedibilità d'ufficio da parte dell'A.G.C.M. non contrasta e anzi risulta perfettamente coerente con la lettera della disposizione comunitaria.

[840] V. STELLA, *op. cit.*, p. 251.

[841] Cfr. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 230; MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 94-95.

Il riferimento all'interesse del denunciante appare, però, tuttora significativo ad altri fini, ossia per determinare la posizione del medesimo all'interno del procedimento amministrativo, per l'intervento e l'accesso agli atti e ancora nell'eventualità in cui l'istante decida di impugnare, in sede giurisdizionale, la decisione dell'Antitrust. A tale scopo, occorrerà pur sempre appurare che chi presenti la denuncia si faccia portatore di un apprezzabile interesse all'accertamento del carattere scorretto della condotta imprenditoriale.

2.1. *Segue: gli altri poteri di* public enforcement *del Garante. I rimedi* soft *e le sanzioni amministrative pecuniarie.*

Il potere di avvio *ex officio* del procedimento dinanzi all'A.G.C.M. – su cui mi sono largamente soffermata poc'anzi[842]– non costituisce la sola novità introdotta dal legislatore italiano nell'ambito dell'*enforcement* amministrativo dei divieti di pratiche commerciali scorrette.

Le ulteriori innovazioni recate dai d.lgs. nn. 145 e 146 del 2007, in sede di attuazione della direttiva 2005/29, consistono: nell'attribuzione al Garante di poteri inquisitori più penetranti; nella previsione, in capo all'Antitrust, di nuovi poteri di definizione transattiva, patteggiata o negoziale, che dir si voglia, del procedimento; nell'inasprimento delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili a fronte di un'attività promozionale illecita[843]. Nel 2012, peraltro, in occasione della cd. *spending review*, è stato prescritto un inasprimento sanzionatorio ulteriore, poi confermato dal d.lgs. n. 21 del 2014, che – come è noto – ha recepito la direttiva comunitaria cd. *consumer rights*[844].

La novella legislativa del 2007, dunque, dando seguito agli auspici espressi sul punto dalla dottrina[845], in primo luogo, ha assicurato più ampi poteri di indagine agli uffici dell'Autorità Garante, consentendole, tra l'altro, la richiesta formale di informazioni connesse a una procedura già avviata e l'irrogazione di sanzioni pecuniarie in capo al professionista, nell'ipotesi di sua inottemperanza alla richiesta suddetta[846].

---

[842] V. *supra* al par. 2 del presente cap. IV.
[843] Cfr. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 213.
[844] A norma dell'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, il massimo edittale delle sanzioni, in materia di pratiche commerciali scorrette, *ex* art. 27, comma 12, cod. cons., è stato aumentato a 5.000.000 di euro. Tale disposizione è stata già menzionata *supra* nel par. 4 del cap. II. Si rilevi, peraltro, che, in seguito, l'art. 1, comma 7 del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 ha abrogato il comma 12 *quinquiesdecies* dell'art. 23 della legge di *spending review*, confermando, in ogni caso, il suddetto importo massimo delle sanzioni amministrative.
[845] V. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 282.
[846] V. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 234.

A norma dell'art. 27, comma 2, cod. cons., l'Antitrust, al fine di determinare la scorrettezza delle pratiche oggetto di valutazione, può poi avvalersi dei poteri investigativi ed esecutivi previsti dal Regolamento 2006/2004/CE, anche in relazione ad infrazioni non transfrontaliere. L'esercizio di tali poteri è meglio specificato nella normativa interna sulle procedure istruttorie, adottata dalla stessa A.G.C.M. (artt. 13 e 14)[847]. Quest'ultima, tra l'altro, può servirsi della collaborazione della Guardia di Finanza e, secondo quanto disposto dalla direttiva 2005/29, il suo intervento prescinde dal fatto che i consumatori si trovino nello stesso territorio ove è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

Inoltre, proprio nell'ambito dei poteri investigativi ed esecutivi riconosciuti al Garante dalla fonte europea del 2006, il regolamento sulle procedure istruttorie consente all'Autorità di fruire dell'efficace strumento della cd. *moral suasion*: nell'eventualità in cui una determinata attività pubblicitaria non presenti profili di particolare gravità, l'A.G.C.M. può, infatti, ottenere l'immediata rimozione, da parte dell'imprenditore, della condotta scorretta, ancor prima, o meglio escludendo del tutto l'avvio di un'onerosa istruttoria.

Un simile rimedio *soft* consente all'Antitrust di decongestionare la sua attività amministrativa. Attività che, in precedenza, era apparsa ingessata dalla necessità di attivazione del Garante anche a fronte di fattispecie meramente bagatellari[848]. Si ragiona ancora una volta di un criterio di *de minimis*[849], finalizzato a focalizzare gli interventi dell'*Authority* sui casi di slealtà di maggiore impatto, nell'ottica della più efficiente tutela dei consumatori.

Come la stessa A.G.C.M. ha avuto modo di osservare, un uso accorto della *moral suasion*, in combinazione con gli altri strumenti prescritti dalla normativa consumeristica, permette di «orientare» gli operatori commerciali verso comportamenti più virtuosi, con l'effetto di innalzare il livello di legalità e correttezza delle attività sul mercato[850].

Si segnalano, in proposito, le recenti azioni di *moral suasion*, che hanno efficacemente risolto la cd. questione degli *influencer marketing*. Mi riferisco al fenomeno dei messaggi diffusi attraverso i *social media* da personaggi famosi, i quali sono così in grado di influenzare i gusti del pubblico, senza, tuttavia,

---

[847] V. *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*, Delibera A.G.C.M., 1° aprile 2015, n. 25411, cit. Si tratta, nel dettaglio, del potere di disporre ispezioni, richiedere informazioni, commissionare perizie, analisi statistiche ed economiche e consultare esperti.

[848] V. STELLA, *op. cit.*, p. 252.

[849] Così come realizza una funzione di *de minimis* l'avviabilità d'ufficio del procedimento (v. *supra* al par. 2 del presente cap. IV).

[850] V. *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2018, consultabile sul sito *http://www.agcm.it*, p. 46 ss.

rappresentare in modo sempre chiaro e trasparente il carattere promozionale dei *claim*. L'inserimento di *post*, immagini e contenuti nei *social network* da parte di volti noti del mondo on line, che mostrino sostegno o approvazione (cd. *endorsement*) per determinati marchi, si è rivelata, infatti – citando i termini impiegati dalla stessa Autorità –, «una potente forma di pubblicità»[851]. Ma una pubblicità, per l'appunto, potenzialmente ingannevole, giacché gli *influencer* spesso non palesano ai consumatori, in modo inequivocabile, la finalità pubblicitaria delle loro comunicazioni.

A conclusione del suo intervento *soft*, l'A.G.C.M. ha invitato, quindi, i destinatari della *moral suasion* a rendere chiaramente riconoscibile la finalità promozionale, laddove sussistente, dei contenuti diffusi sulle piattaforme *social*, attraverso l'inserimento di apposite avvertenze (ad esempio, *hashtag* che segnalino contenuti pubblicitari).

La stessa Autorità ha poi constatato una risposta pienamente collaborativa da parte degli *influencer*, i quali non si sono limitati a recepire le sue indicazioni con riferimento ai messaggi specificamente oggetto di *moral suasion*, ma le hanno applicate anche ai contenuti relativi ad altri *brand*. Al contempo, i titolari dei marchi hanno dichiarato l'impegno a richiedere agli eventuali *testimonial* di conformarsi *pro futuro* ai principi delineati dall'*Authority*[852].

Un simile caso concreto, a tutta evidenza, dimostra quella capacità, propria dell'Antitrust, di orientare in senso corretto e leale le condotte degli imprenditori sul mercato, a cui si accennava poc'anzi. Essa produce benefici tangibili e rilevanti per i consumatori.

Un ulteriore strumento *soft* efficacemente utilizzato dall'A.G.C.M., al fine di eliminare comportamenti professionali illeciti, con effetto dissuasivo anche per gli altri operatori commerciali, è rappresentato dagli impegni.

---

[851] Così *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2018, cit., p. 199.

[852] Si legge poi in un recente comunicato stampa dell'A.G.C.M. (6 agosto 2018), visionabile sempre sul sito internet *http://www.agcm.it*, che si è reso necessario un secondo intervento *soft* del Garante nell'*influencer marketing*, questa volta rivolto a *influencer* con un numero di *follower* più ridotto, ma comunque rilevante. L'Autorità, dopo aver ricordato che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale, affinché l'intento commerciale di una comunicazione sia percepibile dal consumatore, ha evidenziato come il divieto di pubblicità occulta abbia portata generale e debba essere applicato anche con riferimento alle comunicazioni diffuse tramite i *social network*, non potendo gli *influencer* lasciar credere di agire in modo spontaneo e disinteressato se, in realtà, stanno promuovendo un *brand*. Ecco, quindi, che se, da un lato, la visualizzazione di prodotti unitamente al posizionamento sull'immagine di un *tag* o un'etichetta che rinviano al profilo Instagram o al sito del *brand* sono idonei ad esprimere un effetto pubblicitario; dall'altro, la mancanza di ulteriori elementi può non rendere evidente per tutti i consumatori l'eventuale natura promozionale delle comunicazioni. L'Antitrust conclude, dunque, ribadendo il suo impegno nel monitorare il fenomeno, in ragione dell'ampiezza e del proliferare dei contenuti sui *social network* e nell'adottare le misure di volta in volta più opportune per contrastarlo.

L'Autorità, in particolare, può ottenere dall'imprenditore responsabile di un'attività pubblicitaria vietata, la quale però manchi delle caratteristiche di manifesta scorrettezza e gravità, l'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o eliminandone i profili di illegittimità. Simili impegni, se valutati come idonei, possono essere resi obbligatori per il professionista dal Garante medesimo, senza che quest'ultimo proceda all'accertamento dell'infrazione (art. 27, comma 7, cod. cons.).

Gli impegni costituiscono una novità fra quelle – menzionate in apertura del presente paragrafo – introdotte dalla novella del 2007[853], al chiaro scopo di definire in via transattiva o negoziale, sempre laddove possibile, i giudizi di slealtà. Il corollario di un uso razionale delle risorse umane e strumentali dell'Antitrust è, ancora una volta, un risparmio notevole in termini di tempi e costi[854].

Come nel caso della *moral suasion*, la direttiva non faceva menzione di tale modalità di *public enforcement*. Ma non per questo, la previsione normativa degli impegni si pone in contrasto con la disciplina europea, dal momento che il potere dell'Autorità di assumere decisioni negoziate risulta perfettamente coerente con gli orientamenti del diritto comunitario in punto di tutela amministrativa della concorrenza[855].

Ma vi è di più. Il suddetto potere dell'Autorità Garante è oggetto di espressa previsione nel Regolamento 2006/2004/CE sulla cooperazione tra le autorità responsabili della normativa a protezione dei consumatori. L'art. 4, comma 6, lett. e) del Regolamento lo include anzi tra i poteri di cui devono obbligatoriamente munirsi le *Authorities* nazionali della «rete cooperante». La legittimità degli impegni è, dunque, fuori discussione.

Simile strumento si è rivelato – come si anticipava – davvero efficace. Lo dimostrano i recenti casi, in cui l'A.G.C.M. ha chiuso con impegni procedimenti avviati verso grandi professionisti, quali Poste Italiane, Whirpool, Candy Hoover ed Electrolux, nonché verso alcuni importanti produttori di conserve alimentari[856].

---

[853] V. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 236, la quale precisa che le disposizioni dei decreti ricalchino quelle dell'art. 14 *ter* della l. n. 287/1990.

[854] Lo rileva la stessa A.G.C.M. nella *Relazione* annuale, presentata il 31 marzo 2017, cit., p. 58.

[855] Cfr. ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 237; LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14* ter*, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in AA. VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di CINTIOLI-OLIVIERI, Milano, 2007, p. 16, sotto la vigenza della normativa antecedente alla novella del 2007 e con riferimento ai procedimenti per illeciti antitrust, già rilevava che una soluzione «patteggiata» di simili procedimenti potesse essere solo formalmente innovativa.

[856] La condotta realizzata da Poste Italiane consisteva, in particolare, nella modifica unilaterale delle condizioni del conto «BancoPosta Click» e della carta «Postamat», divenuta da gratuita a pagamento. Nella specie, l'A.G.C.M. ha ottenuto che l'imprenditore rimborsasse pure i canoni

Con riferimento agli interventi *soft* dell'*Authority* appena esaminati (la *moral suasion* e gli impegni), occorre, infine, porre in evidenza l'importanza degli input che la stessa A.G.C.M. quotidianamente riceve dal mercato, ossia dai consumatori e dai soggetti collettivi che li rappresentano, nonché dai concorrenti e dalle relative associazioni di categoria[857]. Per tale ragione, l'Autorità, in una prospettiva di dialogo costante con tutti gli *stakeholders*, di recente, ha instaurato la lodevole prassi di incontrare periodicamente le associazioni dei consumatori, al fine di instaurare con i soggetti contrattualmente più deboli sul mercato un dialogo e un confronto il più possibile costruttivo e proficuo. Tale dato va senz'altro letto positivamente, potendo «contribuire a prevenire, ancor prima di curare» le distorsioni e i fallimenti di mercato, prodotti «da comportamenti opportunistici delle imprese facenti leva sull'asimmetria, informativa e di potere contrattuale, esistente tra professionisti e consumatori (o anche microimprese)»[858].

Al di là dei rimedi *soft* di cui pure, lo si è ampiamente detto, l'Autorità dispone e si avvale, essa nondimeno utilizza i suoi più stringenti poteri di *enforcement*, ogniqualvolta le fattispecie affrontate richiedano l'applicazione degli strumenti tradizionali, fondati sulle competenze di accertamento e sanzione delle infrazioni, anche in vista dell'effetto di deterrenza che ne consegue[859].

A tal proposito, vorrei, in ultimo, soffermarmi sul progressivo inasprimento del sistema sanzionatorio degli illeciti sul mercato, fortemente voluto dal legislatore nazionale (che sul punto si è espresso più volte e in anni diversi). Avrò modo di tornare diffusamente su tale profilo più avanti, quando analizzerò il *dieselgate* e nell'occasione mi interrogherò sulla reale dissuasività

---

della suddetta carta, i quali fossero già stati addebitati ai clienti. Con riferimento, invece, ai produttori di conserve alimentari (ad esempio, pomodori), l'Autorità ha preteso l'adeguamento a un elevato standard di trasparenza, con l'eliminazione dall'etichettatura dei beni di elementi grafici suscettibili di ingenerare nei consumatori il falso convincimento che l'indicazione «*made in Italy*» riguardasse l'origine della materia e non il luogo di trasformazione della stessa. Il tutto anche a prescindere dalla stretta applicazione della normativa sull'etichettatura dei prodotti. Infine, nel settore dei grandi elettrodomestici, Whirpool, Candy Hoover ed Electrolux si sono impegnate a rimuovere comportamenti che il Garante aveva giudicato lesivi dei diritti di assistenza post vendita a domicilio, in relazione, nello specifico, alla richiesta di pagamento di diritti di chiamata per gli interventi in garanzia, all'esclusione di alcune parti (usurabili) dei prodotti dalla garanzia legale, all'utilizzazione di numeri a sovrapprezzo per le richieste di intervento. L'Antitrust ha preteso, in aggiunta, l'ulteriore impegno da parte degli imprenditori di settore di adottare misure volte a rendere pienamente edotti i consumatori dei diritti ad essi spettanti. Si rinvia alla *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2017, cit., p. 48-49.

[857] Lo ha rilevato la stessa Autorità nella *Relazione* annuale, presentata il 31 marzo 2016, cit., p. 58-59.

[858] Così *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2016, cit., p. 59.

[859] V. *Relazione* annuale dell'A.G.C.M., presentata il 31 marzo 2016, cit., p. 58.

delle sanzioni amministrative pecuniarie, pure innalzate nel loro massimo edittale dalle novelle normative del 2007 e del 2012-2014[860].

Le sanzioni irrogabili ai professionisti oscillano oggi tra 5.000 e 5.000.000 euro[861], a seconda della gravità della condotta, della durata della violazione e della dimensione economica dell'impresa. L'Autorità può, inoltre, ordinare la pubblicazione del provvedimento di condanna sui quotidiani, a spese del professionista. Qualora le imprese sanzionate non dovessero adeguarsi ai *dicta* dell'*Authority*, essa può sospenderne l'attività d'impresa per un periodo non superiore a trenta giorni[862].

Le sanzioni amministrative previste per la pubblicità ingannevole dalla disciplina abrogata e per l'inosservanza degli ordini del Garante sono state, quindi, raddoppiate (il massimo edittale è stato portato da 250.000 euro a 500.000 euro), fino a raggiungere, con la più recente riforma legislativa, la ragguardevole cifra massima di 5.000.000 euro[863].

Si tratta di una sanzione non indifferente, che può risultare molto alta, laddove in concreto colpisca un'impresa media o piccola. Ma lo stesso non potrà dirsi per le grandi multinazionali, le quali invero dominano il mercato globale e che, producendo un fatturato annuo particolarmente elevato, potrebbero essere tutt'altro che dissuase dal commettere attività promozionali illecite. D'altronde, proprio con riferimento al *dieselgate*, è stata la stessa Autorità Garante a prendere atto di un simile profilo problematico[864].

Infine, in punto di rimedi afflittivi contro le PCS, attenta dottrina rileva che, «seppure l'aspetto delle sanzioni in generale fosse uno di quelli considerati più in dettaglio, nella Direttiva non sono contemplate sanzioni»[865]. L'art. 11 dir., infatti, richiede la mera previsione di inibitorie definitive o cautelari, anche in assenza di prove sulla perdita o sul danno, ovvero in merito all'intenzionalità o alla negligenza della condotta professionale. La norma consente poi la pubblicazione della «decisione per esteso, o in parte, e nella forma che [gli Stati membri] ritengano opportuna» o di una dichiarazione rettificativa. L'art. 13 dir. puntualizza, però, che debbano essere gli ordinamenti nazionali a determinare le

---

[860] V. *infra* al par. 9 del presente cap. IV.

[861] Ma nel caso delle pratiche commerciali scorrette, di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 cod. cons. (relative a prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, ovvero idonee a raggiungere bambini e adolescenti, minacciandone la sicurezza), la sanzione, ai sensi dell'art. 27, comma 9, cod. cons., non potrà essere inferiore a 50.000 euro.

[862] Si vedano i commi 7 e 12 dell'art. 27 cod. cons. Per approfondimenti, cfr. GIRINELLI, *op. cit.*, p. 457.

[863] Come ho già anticipato in apertura del presente par., in tal senso ha disposto l'art. 23, comma 12 *quinquiesdecies* del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 e poi abrogato nel 2014 dal d.lgs. n. 21 (art. 1, comma 7), che ha però confermato la suddetta misura sanzionatoria massima.

[864] Si rinvia, ancora una volta, *infra* al par. 9 del presente cap. IV.

[865] Così ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 242-243.

sanzioni – effettive, proporzionate e dissuasive –, da applicare in caso di inosservanza delle disposizioni attuative della fonte comunitaria.

Vi è, allora, chi ha affermato che la direttiva, con riguardo alle misure sanzionatorie, non offra indicazioni lineari e univoche[866].

Segnatamente, non sarebbe chiaro se l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività si riferiscano alle misure comminate dal solo art. 11 dir., oppure anche a sanzioni ulteriori, purché prevedibili. La fonte europea, peraltro, non puntualizza se occorra predisporre misure specifiche – pur sempre effettive, proporzionate e dissuasive –, per l'inosservanza dell'inibitoria e l'inottemperanza all'ordine di pubblicazione, *ex* art. 11.

Il dato letterale delle disposizioni comunitarie spingerebbe *prima facie* a ritenere le suddette caratteristiche riferibili alla sole sanzioni strettamente prescritte dalla direttiva – l'inibitoria e la pubblicazione delle decisioni – e non anche alle misure ulteriori, eventualmente introdotte dai singoli legislatori in sede di recepimento della normativa sovranazionale[867].

Sennonché, la stessa direttiva, nel richiedere agli Stati membri di conferire, se del caso, all'autorità di *public enforcement* il potere di far cessare le pratiche commerciali sleali o di vietare l'attività scorretta non ancora posta in essere ma imminente (art. 11, comma 2), non esclude e anzi sembra suggerire la previsione di sanzioni (aggiuntive), anche amministrative pecuniarie, per l'inosservanza dell'inibitoria e l'inottemperanza all'ordine di pubblicazione della decisione.

D'altra parte, a livello europeo, un'altra fonte vincolante, il più volte menzionato Regolamento 2006/2004/CE, prevede esplicitamente il potere di esigere dalla parte incriminata il versamento di una somma allo Stato (o ad altro beneficiario), nell'eventualità di inosservanza degli ordini e delle decisioni dell'autorità competente a contestare le infrazioni ivi disciplinate (art. 4, comma 6, lett. g)).

In ogni caso, né la direttiva 2005/29, né il Regolamento del 2006 escludono l'irrogazione di sanzioni pecuniarie in via contestuale all'accertamento di slealtà commesse dai professionisti sul mercato[868].

In conclusione, alla luce delle osservazioni svolte, appare preferibile riferire le caratteristiche della effettività, proporzionalità e dissuasività a tutte le sanzioni irrogabili nell'ambito del *public enforcement* dei divieti di PCS: non solo, dunque, all'inibitoria e alla pubblicazione delle decisioni dell'*Authority*, ma anche alle sanzioni amministrative pecuniarie.

---

[866] V. ANNA GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 243.
[867] In tal senso, v. MICKLITZ, *Legal Redress*, in HOWELLS-MICKLITZ-WILHELMSSON, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practises Directive*, cit., p. 217 ss.
[868] V. ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 243-244.

3. *L'impugnazione delle decisioni dell'A.G.C.M. e il sindacato «debole» del giudice amministrativo: considerazioni critiche.*

Come si è già anticipato[869], i provvedimenti emessi dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo. Il TAR del Lazio è munito di giurisdizione esclusiva in materia e le sue decisioni sono, a loro volta, impugnabili, secondo le regole consuete, davanti al Consiglio di Stato[870].

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 (cd. Codice del processo amministrativo o c.p.a.), il primo periodo del comma 13 dell'art. 27 cod. cons.[871] è stato modificato, nel senso che il controllo giudiziale sui provvedimenti dell'A.G.C.M. è attualmente disciplinato dagli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. b) c.p.a.[872].

Ma l'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. non ha fatto altro che confermare l'opzione già effettuata nella vigenza del precedente regime, ossia quella di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti i provvedimenti, anche sanzionatori, delle autorità amministrative indipendenti, tra cui, per l'appunto, l'A.G.C.M.

Siffatta opzione deriva dall'applicazione di alcuni principi del nostro sistema, ma – come si è giustamente osservato[873]– essi non erano invalicabili. Lo dimostra il fatto che il legislatore nazionale, in altri settori, vi abbia pienamente derogato. Si pensi solo all'ambito della *privacy*, ove tutte le controversie sono state devolute all'autorità giudiziaria ordinaria, incluse quelle inerenti i provvedimenti del Garante[874]. Tale decisione, tra l'altro, è stata

---

[869] V. *supra* al par. 1 del presente cap. IV.

[870] Alternativamente, è ammissibile la proposizione del ricorso straordinario al capo dello Stato, *ex* artt. 8 ss. del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

[871] Tale periodo recitava: «I ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

[872] Cfr. STELLA, *op. cit.*, p. 269.

[873] V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, cit., p. 810.

[874] Mi riferisco all'art. 152 del Codice della *privacy*. Si consideri, tra l'altro, che l'A.G.O. è stata, fino alla metà del 2010, il giudice competente a decidere nel giudizio di opposizione contro i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob, ai sensi degli artt. 145 T.U.B. (d.lgs. n. 385/1993) e 195 T.U.F. (d.lgs. n. 58/1998). Tali ultime norme sono state poi abrogate dal Codice del processo amministrativo. L'art. 133, comma 1, lett. l) c.p.a. dispone: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: (…) l) le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112 *bis*, 113 e 128 *duodecies* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, [dalla Commissione nazionale per le società e la borsa] (…)». La disposizione, novellata più volte, è stata oggetto di due pronunce di parziale illegittimità costituzionale tra il 2012 e il 2014. Nella sua attuale formulazione, essa menziona anche tutti i provvedimenti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

confermata dalle recenti riforme legislative in tema di protezione dei dati personali[875].

Nel caso delle pratiche commerciali scorrette, la scelta del giudice amministrativo come giudice competente a decidere sui provvedimenti dell'A.G.C.M. non era, dunque, obbligata. Concordo con chi la ritiene una scelta poco felice, almeno fintanto che – come chiarirò tra un momento – si riconosca al TAR del Lazio un mero controllo «di tipo debole» sulle decisioni dell'Antitrust. Tenuto conto poi dell'esistenza di regole devianti, neppure si può tollerare tale scelta, «dicendo che non avrebbe potuto essere diversa, proprio perché questo non è affatto vero»[876].

D'altronde, secondo un'autorevole dottrina, i principali problemi delle autorità indipendenti sono due e uno di essi è il problema di «chi le controlla»[877]. Il nostro sistema ha optato per il giudice amministrativo, ma, come si diceva, si è assestato su una posizione che riconosce allo stesso solo un sindacato «debole» sui provvedimenti dell'A.G.C.M.

Il «sindacato di legittimità» del TAR del Lazio, secondo le parole del Consiglio di Stato, «non si estende al merito»: esso «deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate»[878]. Siffatto controllo, quindi, «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile e il proprio modello logico di attuazione del cd. "concetto giuridico indeterminato" all'operato dell'Autorità»[879].

In una simile prospettiva, il sindacato del giudice amministrativo verterà solo sulla veridicità dei fatti posti alla base della decisione impugnata, sulla logicità della «contestualizzazione» dei «concetti giuridici indeterminati» previsti dalle norme e sulla correttezza logica del raffronto fra i fatti accertati e le regole, così come «contestualizzate» dal Garante. Tale controllo può sì

---

[875] Il Codice della *privacy*, ossia il d.lgs. n. 196 del 2003, è stato, infatti, più volte modificato. L'ultima riforma, in ordine di tempo, è stata introdotta dal d.lgs. n. 101 del 2018, di adeguamento del quadro normativo nazionale alle disposizioni del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)».

[876] Così DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, cit., p. 810.

[877] Così CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE-FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 220. L'altro problema è «a chi rispondono». Si veda, sul punto, anche DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, cit., p. 481.

[878] Così Cons. St., 12 ottobre 2017, n. 4733, in *Foro amm.*, 2017, X, c. 2027.

[879] V. Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199, in *Corr. giur.*, 2003, IV, p. 491 ss., con nota di NEGRI, *Configurazione «debole» (nel caso di assicurazioni r.c.a.) del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato?*.

estendersi ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per valutare la legittimità del provvedimento Antitrust; tali profili non dovranno, però, includere apprezzamenti aventi un oggettivo margine di opinabilità. Nella ricostruzione di clausole generali poste alla base della decisione dell'ente (si pensi, ad esempio, alla nozione di «mercato rilevante»), il sindacato dei magistrati amministrativi non potrà, quindi, mai sostituirsi alle valutazioni espresse dall'A.G.C.M.[880].

Al TAR è, in definitiva, preclusa ogni possibilità di rimpiazzare con il proprio l'apprezzamento dell'Autorità Antitrust[881]. Soltanto con riferimento alle sanzioni irrogate, esso può decidere con cognizione piena, estesa al merito delle misure prescritte[882] [883].

Tuttavia, va detto che questo tipo di controllo è quello specifico che l'ordinamento attribuisce al TAR nel giudizio di legittimità. E anche quando la legge consente un sindacato più ampio, esteso al merito, ai sensi degli artt. 7, commi 3 e 6 e 134 c.p.a., il tribunale amministrativo non può, in ogni caso, esercitare un potere sostitutivo, che rimane pur sempre in capo alla pubblica

---

[880] Occorre, però, che la definizione di concetti giuridici indeterminati «sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione della legge» (Cons. St., 12 ottobre 2017, n. 4733, cit.). Si osservi, peraltro, che tali principi sono stati recepiti nel d.lgs. n. 3/2017 (di attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, «relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»), il quale, all'art. 7, comma 1, recita: «(…) Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche a profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

[881] A fronte di concetti giuridici indeterminati, il sindacato amministrativo si tradurrà, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della decisione del Garante, nella mera verifica della non esorbitanza della stessa dai margini oggettivi di opinabilità. Cfr. Cons. St., 14 ottobre 2016, n. 4266, in *Foro amm.*, 2016, X, c. 2347 (s.m.); Cons. St., 11 luglio 2016, n. 3047, in *Foro amm.*, 2016, VII-VIII, c. 1796 (s.m.); Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2004, III, c. 6.

[882] Si badi che, a norma dell'art. 31 della l. n. 287/1990, «Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 24 novembre 1981, n. 689». Tale riferimento ricomprende in sé anche l'art. 23, l. n. 689/1981, che attribuisce al giudice – ma a quello ordinario – il potere di modificare la sanzione decisa dall'autorità amministrativa. Sennonché, il sindacato sulle sanzioni antitrust (e quindi anche sulle PCS) è stato ritenuto appartenere, in via esclusiva, al giudice amministrativo (Cass., sez. un., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, c. 732), dal momento che il rinvio contenuto nelle l. nn. 287/1990 e 689/1981 è stato inteso come limitato alle sole regole sostanziali della legge del 1981 e non anche alle previsioni ivi dettate in tema di giurisdizione. In ogni caso, l'art. 134, comma 1, lett. c) c.p.a. – menzionato in apertura del presente paragrafo – riconosce espressamente al giudice amministrativo una cognizione estesa al merito nelle controversie riguardanti le sanzioni pecuniarie applicate dalle autorità amministrative indipendenti.

[883] Sul punto, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'esercizio del sindacato di merito, il quale sfoci nella modificazione dell'entità della sanzione in sostituzione della correlativa determinazione dell'Autorità, «si risolve nell'adozione di una sentenza ad efficacia costitutiva, a completamento della fattispecie sostanziale, con riferimento al *quantum* della sanzione, quale rideterminata in sede giudiziale (fermo restando l'*an*)» (Cons. St., 28 gennaio 2016, n. 289, in *Redazione Giuffrè amministrativo 2016*).

amministrazione interessata (nella specie, l'A.G.C.M.). Peraltro, non si può trascurare il fatto che un sindacato di legittimità molto penetrante condizioni in misura rilevante il soggetto che ne è destinatario, con un'influenza che risulterà ancora più forte quando il controllo si estenda al merito.

Nella mia opinione, sarebbe stato preferibile affidare il controllo dei provvedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette a un giudice che potesse esercitare un sindacato pieno ed esclusivo. Come si è rilevato in dottrina, il rischio della soluzione italiana[884] consiste in «un depotenziamento forte e ingiustificabile sia dell'interesse generale, sia dell'interesse delle parti ad un giudizio veramente in più gradi e a cognizione piena»[885]. Per quanto la si sia più volte definita soddisfacente[886], la scelta di affidare all'A.G.C.M. l'*enforcement* pubblico dei divieti di PCS presenta, infatti, delle carenze: innanzitutto, sotto il profilo della non indipendenza dell'organo che istruisce e giudica il procedimento – per quanto esso si avvalga, lo si è detto[887], di personale selezionato secondo criteri di imparzialità, esperto e qualificato –; in secondo luogo, rispetto all'assenza di un pieno contraddittorio tra le parti e, infine, a fronte della più debole difesa garantita in giudizio alle stesse. Simili carenze, che ontologicamente affliggono i procedimenti dinanzi a enti paragiurisdizionali, si ripercuotono inevitabilmente sugli ulteriori gradi di giudizio, non essendo pieno o forte il controllo del giudice in sede di impugnazione.

Occorre, però, dare notizia di un'evoluzione giurisprudenziale in corso, proprio in merito all'estensione del sindacato dei magistrati amministrativi sulle decisioni dell'A.G.C.M.[888].

A partire dal 2004[889], presumibilmente sulla scorta dei rilievi critici sollevati dalla dottrina, in alcune sue pronunce, il Consiglio di Stato parrebbe aver preso atto dei termini del problema e della necessità di andare oltre le linee

---

[884] Essa non trova, tra l'altro, conforto nel sistema comunitario. Il giudice comunitario, pur muovendosi all'interno di un sindacato di legittimità, sugli atti della Commissione e delle altre istituzioni comunitarie esercita un controllo penetrante: egli non esita a vagliare *in toto* le decisioni della Commissione, sostituendo, se necessario, con i propri, i concetti utilizzati dai commissari, anche in ordine a nozioni «tecnicamente complesse» o «indeterminate» e relativi alle fattispecie legali coinvolte nei singoli casi sottoposti al suo esame. Si veda, in proposito, Trib. CE, 29 settembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, T-168/01, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, p. 1392, n. 5200. In tale vicenda giudiziaria, il Tribunale di primo grado della Comunità Europea ha parzialmente annullato un provvedimento con cui la Commissione aveva dichiarato l'illiceità di un accordo di limitazione delle importazioni parallele, *ex* art. 81 del Trattato CE. Il giudice UE ha ribaltato la decisione dei commissari di Bruxelles, dando un'autonoma valutazione del sistema dei prezzi esistente nel mercato rilevante e ha ritenuto l'intesa non lesiva della concorrenza.

[885] Così DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, cit., p. 814.

[886] V. *supra* al par. 1 del presente cap. IV.

[887] V., ancora una volta, *supra* al par. 1 del presente cap. IV.

[888] Cfr. GIRINELLI, *op. cit.*, p. 458.

[889] V. Cons. St., 30 luglio 2009, n. 4082, in *Foro amm. C.d.S. 2009*, VI, c. 1511 ss.; Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864, in *Foro amm. C.d.S. 2009*, IX, c. 2135.

su indicate. La dicotomia sindacato debole-forte del giudice amministrativo sui provvedimenti Antitrust, i quali costituiscano espressione di una discrezionalità tecnica, sembrerebbe, allora, superata o in via di superamento[890].

Siffatta giurisprudenza precisa che non rilevi la qualificazione del sindacato, ma il principio di effettività della tutela giudiziale. Il rispetto di tale principio richiede al giudice di vagliare se il potere attribuito alle autorità indipendenti sia stato esercitato correttamente. Ne conseguirebbe la cognizione piena dei magistrati sui provvedimenti delle *Authorities*: essa dovrebbe vertere sulle questioni di fatto e di diritto (con un controllo sia di legittimità sia di merito).

Ma vi è chi ha sostenuto che sarebbe comunque «azzardato dire che il tempo del sindacato "di tipo debole" è definitivamente superato»[891], giacché il venir meno della dicotomia controllo forte-debole si sarebbe attestato su un livello puramente declamatorio. Non concordo con questa ricostruzione, nella misura in cui i più recenti sviluppi della giurisprudenza amministrativa si consolidino nel senso di un sindacato più penetrante sulle decisioni dell'A.G.C.M.

In una pronuncia del 2016[892], si legge che in rapporto alle valutazioni tecniche, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi a un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo *intrinseco*. Il sindacato dei magistrati amministrativi dovrebbe essere per l'appunto «pieno e particolarmente penetrante», potendo «estendersi sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità». La stessa pronuncia individua «quale unica preclusione», nella tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività dell'Antitrust, «l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità».

Si potrebbe, allora, sostenere che residui, in ogni caso, l'idea – costituente il nodo centrale del sindacato «debole» –, secondo la quale sussista un limite invalicabile al controllo giudiziario[893]. Come ha chiarito il Consiglio di Stato, «il giudice non può [mai] sostituire la propria valutazione a quella dell'Autorità garante, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata [dalla medesima] nell'esercizio del proprio potere debba essere ritenuta

---

[890] V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, cit., p. 811.
[891] Così DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, cit., p. 483. *Contra*, però, LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, VI, p. 635.
[892] V. Cons. St., 14 ottobre 2016, n. 4266, cit.
[893] V. DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, cit., p. 483.

corretta»[894]. Tuttavia, così si trascura il fatto che un simile limite costituisce un elemento fisiologico della giurisdizione amministrativa. Quest'ultima, infatti – lo si diceva poc'anzi –, salvo previsioni espresse da parte del legislatore, non può mai esercitare un potere sostitutivo, anche se un controllo più incisivo sui contenuti delle decisioni dell'A.G.C.M. avrebbe di fatto un'influenza assai forte sul nuovo provvedimento che l'*Authority* dovrebbe assumere. Il che, pur non consentendo di ottenere, in tale ipotesi, l'effetto sostitutivo tipico del giudice ordinario, costituirebbe comunque un significativo passo in avanti nella capacità del giudice amministrativo di condizionare (realmente) le decisioni del Garante.

In conclusione, gli orientamenti suddetti e la formula del sindacato «di tipo debole» non necessariamente sono tali da descrivere in modo adeguato l'assetto esistente[895]. É vero, infatti, che la giurisdizione del giudice amministrativo dovrebbe essere di pura legittimità e, salvo l'ambito sanzionatorio, non potrebbe estendersi al merito. Inoltre, qualora il magistrato incorresse in questioni aventi «margini di opinabilità», dovrebbe ritenere esatta la statuizione dell'Antitrust, senza poter suggerire una sua posizione alternativa[896]. Ma i recenti sviluppi giurisprudenziali descritti nei precedenti capoversi sembrano aprire nuovi orizzonti al controllo esercitabile dalla giustizia amministrativa. Per esprimere una valutazione definitiva, occorrerà verificare se e in che misura tale evoluzione si consoliderà.

Una dottrina ha affermato che le posizioni soggettive coinvolte nell'ambito della tutela contro le attività promozionali sleali dovrebbero riacquistare il rango di veri e propri diritti soggettivi, invece di essere degradate a meri interessi legittimi. Di conseguenza, si suggerisce di restituire simili posizioni soggettive alla giurisdizione ordinaria[897].

Tale via mi sembra, però, difficilmente percorribile, specie a distanza di oltre dieci anni dal recepimento della direttiva sulle PCS e, dunque, dall'introduzione dell'attuale sistema di *public enforcement*. Tuttavia, si potrebbe, lo ribadisco, ugualmente porre rimedio alle carenze del sistema, dando seguito fino in fondo a quell'orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto. Il che consentirebbe di superare davvero, almeno nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, la rigida distinzione tra sindacato giudiziale forte e debole. Occorrerebbe, inoltre, implementare le tutele di *private enforcement*

---

[894] Così Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926, cit.
[895] *Contra* DI CATALDO, *op. ult. cit.*, p. 483.
[896] V. Cons. St., 12 febbraio 2007, n. 550, in *Foro amm. C.d.S. 2007*, XI, c. 3204, con nota di MUSSA, *Giurisdizione amministrativa ed atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*; Cons. St., 9 aprile 2009, n. 2201, in *Foro amm. C.d.S. 2009*, IV, c. 1012; TAR del Lazio, 18 dicembre 2009, n. 13131, in *DeJure*.
[897] Cfr. DI CATALDO, *op. ult. cit.*, p. 814.

dinanzi all'A.G.O., che non risultano ancora sufficientemente efficienti. Ma su tale profilo avrò modo di tornare più avanti[898].

4. *Il coordinamento tra controllo amministrativo e autodisciplinare sulle pratiche commerciali scorrette.*

Nel primo capitolo[899] osservavo che due sono gli elementi portanti nella disciplina sulle pratiche commerciali sleali: il pilastro legislativo, dato dalla direttiva del 2005 e dalla normativa di recepimento nazionale e il pilastro autodisciplinare. Nella stessa sede, mi interrogavo sul ruolo astrattamente riservato dalle fonti di *hard law* ai codici di condotta e sulla reale efficacia di simili strumenti *soft* nella repressione delle attività promozionali vietate, per poi concentrarmi sull'esperienza positiva in Italia del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale e sugli altri (pochi) casi di codici di condotta adottati in piena coerenza con le prescrizioni in tema di PCS.

Ritengo ora particolarmente utile collocare il sistema di autotutela privato, descritto in precedenza, all'interno dell'*enforcement* previsto per controllare e sanzionare le violazioni dei divieti di pratiche commerciali scorrette[900]. Un tale approccio interpretativo varrebbe, infatti, in questa sede, anche a precisare i confini del concetto di correttezza professionale dalla prospettiva delle relative infrazioni. Il quesito che mi pongo è il seguente: come si coordinano fra loro il procedimento autodisciplinare e quello dinanzi all'A.G.C.M.? Benché le norme di raccordo contenute nel codice del consumo facciano generico riferimento ai codici di condotta, si ragiona quasi esclusivamente del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale[901] e del suo organo giurisdizionale, il Giurì[902]; e, dunque, dei rapporti tra Giurì di autodisciplina e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[903].

---

[898] V. *infra*, spec. ai par. 6 e 8 del presente cap. IV.
[899] V. *supra* ai par. 3 e ss. del cap. I.
[900] *Enforcement* che costituisce oggetto di specifica trattazione del presente capitolo IV.
[901] Come si è già opportunamente sottolineato *supra* al par. 3.4. del cap. I, infatti, il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (c.a.) rappresenta l'esempio più riuscito di codice di condotta, pienamente conforme alle prescrizioni della direttiva e del codice del consumo. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 698 rileva che, nei provvedimenti dell'Autorità Garante, il riferimento è quasi sempre a questo codice autoregolamentare, ossia «al sistema che si avvicina di più, per contenuto, controlli ed esecutività delle decisioni, al modello ideale che consentirebbe davvero una sorta di integrazione forte con il sistema statale».
[902] Il Giurì, a norma dell'art. 32 c.a., esamina le comunicazioni che gli vengono sottoposte ed emette pronunce, disponendo che le parti interessate desistano dalle stesse, qualora esse appaiano non conformi alle norme del Codice (art. 38).
[903] Si sono occupati della questione, tra gli altri: MANFREDI, *Giurì di autodisciplina, autorità indipendenti e autorità giudiziaria*, in *Dir. ind.*, 2011, I, p. 61 ss.; FLORIDIA, *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, cit., p. 175 ss.;

L'art. 10 dir., come è noto, consentiva agli Stati membri di incoraggiare il controllo sulle attività pubblicitarie sleali esercitato dai responsabili dei codici di condotta[904] e non escludeva che gli ordinamenti nazionali, accanto alla tutela giurisdizionale e amministrativa, prescrivessero il ricorso agli organismi di autodisciplina, qualora fosse previsto un procedimento dinanzi agli stessi[905].

In aggiunta, l'art. 11 dir. prevedeva che l'organo giudiziario o amministrativo, a cui i singoli Stati membri avessero attribuito poteri di *enforcement*, potesse esigere, se opportuno, il ricorso in via preliminare ad altri mezzi per risolvere le controversie, tra cui, per l'appunto, il giudizio dinanzi all'organismo di autodisciplina[906]. La stessa norma attribuiva ai Paesi UE la facoltà di promuovere azioni giudiziarie nei confronti del responsabile del codice, laddove il codice stesso avesse incoraggiato a non rispettare i requisiti di legge[907].

In sede di attuazione della direttiva, il legislatore italiano, pur traendo ispirazione dalle norme europee, ha accolto invero in minima parte le proposte della fonte comunitaria[908]. Egli, infatti, non si è voluto spingere verso un modello di coordinamento «forte» o integrato tra sistema amministrativo e autodisciplinare[909], ma ha preferito reiterare quell'atteggiamento conservatore che aveva già mostrato al momento dell'introduzione della disciplina sulla pubblicità ingannevole[910].

ID., *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Dir. ind.*, 2008, IV, p. 381 ss.; ALVANINI, *La non sindacabilità in sede di giurisdizione ordinaria delle decisioni dello IAP*, in *Dir. ind.*, 2010, V, p. 474 ss.; UBERTAZZI, *Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, IV, p. 374 ss.; F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 680 ss.

[904] È bene ribadire qui che si definisce «responsabile del codice», ai sensi degli artt. 2, comma 1, lett. g), dir. e 18, comma 1, lett. g), cod. cons. «qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo».

[905] V. STELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 27 *ter*, p. 276; CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit., p. 286-287; PINTO, *op. cit.*, p. 229.

[906] L'art. 11 dir. richiama, infatti, i mezzi di cui al precedente art. 10, rubricato *Codici di condotta*.

[907] A tale previsione, come si è già anticipato *supra* al par. 3.2. del cap. I, non è stato dato alcun seguito nel nostro ordinamento.

[908] V. MANFREDI, *op. cit.*, p. 65.

[909] Tale modello è previsto dal suddetto art. 11, comma 1, dir., ma è suggerito anche dal *Considerando* n. 20 dir., il quale – come è noto – afferma che «il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato». V. *supra* al par. 3.1. del cap. I.

[910] Cfr. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 690. Sulla normativa pregressa v. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., p. 150. Osserva TROIANI, *Autodisciplina*, in AA. VV., *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di ROSSI CARLEO, cit., Art. 27 *ter*, p. 308 che le differenze riscontrabili nella nuova disciplina non sono invero secondarie. Il vecchio art. 27 cod. cons. – vigente sino alla novella introdotta con il d.lgs. n. 146/2007 –, infatti, pur riconoscendo per la prima volta nell'ordinamento nazionale il ruolo degli organismi di autodisciplina, costituiti su base volontaria, nell'ambito della repressione della pubblicità ingannevole, faceva rientrare il possibile ricorso a tale strumento tra quelli genericamente utilizzabili dai privati, per regolare in via negoziale le controversie insorte. Tale possibilità veniva, quindi, parificata a quella disposta

Segnatamente, la sola regola di raccordo fra i due sistemi, presente nel nostro ordinamento, è costituita dall'art. 27 *ter* cod. cons. Tale disposizione prevede, innanzitutto, che i consumatori e i concorrenti, prima di avviare davanti all'A.G.C.M. la procedura amministrativa *ex* art. 27 cod. cons., possano rivolgersi all'organismo incaricato di dare attuazione al codice di condotta. Il comma 2 precisa, però, che «in ogni caso il ricorso ai sensi del presente articolo, qualunque sia l'esito della procedura, non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità (…) o il giudice competente». Il successivo comma 3 chiarisce, infine, che una volta iniziato il procedimento davanti all'organismo autodisciplinare, le parti possano convenire di non interpellare l'Antitrust fino alla pronuncia definitiva, ovvero, in alternativa, chiedere la sospensione del giudizio davanti al Garante, qualora lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. «L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni».

Nell'impianto legislativo nazionale non esiste, dunque, alcun rapporto di pregiudizialità tra la pronuncia del Giurì e il provvedimento dell'A.G.C.M.[911]. Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, sostenendo che la conformità dell'attività promozionale di un professionista ai parametri fissati dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria non basti ad attestare l'assolvimento degli oneri di diligenza imposti dal codice del consumo. Le valutazioni di un organismo autodisciplinare – afferma ancora il TAR del Lazio – non possono elidere le diverse competenze e la diversa natura dell'intervento dell'A.G.C.M.[912].

---

sulla base di altri istituti giuridici, quali la transazione, l'arbitrato, etc. Rileva ancora l'a. che, all'epoca, nel campo della pubblicità, già operava l'I.A.P. e le pronunce del Giurì erano state legittimate anche dalla giurisprudenza. Ragion per cui la norma aveva avuto, allora, uno scarso impatto innovativo. Per contro, il nuovo art. 27 *ter* cod. cons. lega in via definitiva il ricorso all'autodisciplina ad una previsione contenuta all'interno di un codice di condotta; la norma, al comma 2, contiene poi una disposizione non prevista nella precedente formulazione sui rapporti tra autodisciplina e A.G.C.M.

[911] V. STELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 27 *ter*, cit., p. 276-277; SEBASTIO, *Rapporto tra l'autodisciplina e le altre forme di tutela*, in AA. VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di CATRICALÀ-TROIANO, Torino, 2010, Art. 27 *ter*, p. 1835.

[912] Così TAR del Lazio, 13 dicembre 2010, n. 36119, in *DeJure*; sulla stessa linea: TAR del Lazio, 8 marzo 2013, n. 2481, in *Rass. dir. farm.*, 2014, V, p. 1107, laddove si è chiarito che l'adozione da parte dell'imprenditore, nel caso di specie, dei correttivi suggeriti dall'I.A.P., stante la permanenza dei profili di illiceità dei messaggi pubblicitari come individuati ai sensi delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, «non offriva comunque elementi a favore di una valutazione positiva dell'operato della ricorrente in termini di diligenza. Il professionista, infatti, avrebbe comunque dovuto porre in essere tutti gli accorgimenti necessari al fine di evitare che, nella percezione dei consumatori, l'efficacia e la possibilità di impiego dei prodotti fossero equivocate o sovrastimate».

Tuttavia, non è mancato chi, già sotto la vigenza della pregressa normativa, affermava che laddove il Giurì si fosse pronunciato per primo, l'Autorità Garante non avrebbe più avuto ragione di intervenire[913]. Certamente se, a seguito del provvedimento autodisciplinare, l'impresa che ne è destinataria, ha concretamente modificato la sua condotta, eliminando o riducendo i profili di slealtà, l'Antitrust non potrà che prenderne atto, quanto meno al momento della quantificazione della sanzione irrogabile al professionista[914].

Ma al di là di tale caso, a dire il vero poco frequente, che non preclude in senso assoluto l'intervento dell'autorità amministrativa, l'A.G.C.M. tende a reputare sempre sussistenti il suo potere di *enforcement* e l'interesse pubblico a pronunciarsi su una fattispecie illecita, anche a seguito dell'emissione di una decisione da parte dell'organismo di autodisciplina[915].

E anzi, dalla prassi del Garante[916] si evince che, di regola, esso non tiene affatto conto delle decisioni del Giurì e delle statuizioni del Comitato di controllo[917], né dell'eventuale presenza o adesione ai codici di condotta. Se, infatti, l'Antitrust spesso menziona la circostanza che gli organismi autoregolamentari abbiano assunto una decisione, positiva o negativa, su una determinata pratica commerciale; la stessa *Authority* finisce poi per non conferire alcun valore, nell'economia del procedimento, a tale menzione[918].

---

[913] Cfr. ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 186.

[914] V. A.G.C.M., 22 novembre 2010, Provv. n. 20624 (PS/3743), caso *Banca Mediolanum-Conto Mediolanum Freedom*. Nella parte della delibera dedicata alla quantificazione della sanzione, è dato leggere: «In ragione, tuttavia, della circostanza attenuante derivante dal ravvedimento operoso del professionista, che ha autonomamente sospeso la diffusione degli spot televisivi contestati e ha apportato alcuni interventi migliorativi ai messaggi pubblicitari al fine di rendere più chiare e complete per il consumatore le condizioni economiche dell'offerta, si ritiene di diminuire la sanzione indicata a 200.000 € (duecentomila euro)». Si noti un dato significativo, che pure la dottrina ha avuto occasione di porre in evidenza (F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 700): il Garante parla qui di *autonoma* sospensione degli spot e di ravvedimento operoso, quando invece, lo si legge poco sopra nello stesso provvedimento, la Banca Mediolanum aveva agito dietro espresso richiamo del sistema autodisciplinare («L'intera comunicazione pubblicitaria è stata modificata a partire da giugno 2009 ("Campagna *Freedom* giugno 2009", giugno-luglio 2009), per effetto di un provvedimento adottato dal Comitato di Controllo dell'Istituto di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (IAP) e della conseguente acquiescenza della Banca ad alcune delle contestazioni mosse»). Il che conferma ancora una volta la scarsa considerazione dell'Antitrust per le statuizioni del Giurì.

[915] V. A.G.C.M., 7 agosto 2008, Provv. n. 18721 (PS/195), caso *Alixir-Vivi al meglio*.

[916] V. A.G.C.M., 15 ottobre 2014, Provv. n. 25149 (PS/9152), caso *Bionike-Claim*, confermato da TAR del Lazio, 20 luglio 2015, n. 9866, in *Rass. dir. farm.*, 2015, VI, p. 1416; A.G.C.M., 3 novembre 2011, Provv. n. 22936 (PS/6229), caso *Redivox*; A.G.C.M., 3 marzo 2010, Provv. n. 20862 (PS/4030), caso *Vichy-Loreal-Garnier*; A.G.C.M., 19 febbraio 2009, Provv. n. 19538 (PS/383), caso *Suv a prezzo basso*; A.G.C.M., 26 marzo 2009, Provv. n. 19681 (PS/2295), caso *Servizi finanziamenti-omessa indicazione TAN e Tueg*.

[917] Quest'ultimo, a norma degli artt. 30 ss. c.a., è l'organo garante degli interessi generali dei consumatori, può sottoporre al Giurì comunicazioni commerciali a suo avviso non conformi alle regole del Codice, esprime pareri consultivi, può invitare il professionista a modificare la pubblicità non conforme o emettere un'ingiunzione di desistenza.

[918] V. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 698.

In alcuni provvedimenti, il Garante ha persino lasciato intendere che non fosse possibile nutrire eccessiva fiducia nel sistema di *soft law*, a causa della scarsa esecutività delle sue decisioni. D'altra parte, come pure si è affermato in dottrina, «l'autodisciplina è generalmente debole sul piano dei rimedi e delle sanzioni»[919]. Il Giurì ha il mero potere di inibire la prosecuzione di una campagna pubblicitaria contraria alle norme del codice di condotta e, in caso di inottemperanza, può reiterare l'ordine di cessazione della comunicazione commerciale interessata, dando notizia dell'inottemperanza medesima sui principali mezzi di stampa. Ma non può certo comminare sanzioni pecuniarie. Possibilità quest'ultima riservata esclusivamente a un ente di natura amministrativa, quale è l'Antitrust. E, allora, l'A.G.C.M., in varie occasioni, non ha mancato di sottolineare il fatto che le decisioni autodisciplinari fossero rimaste inattuate, magari a parecchi mesi di distanza dalla conclusione del relativo procedimento[920].

Va detto, però, anche che il Garante tende a valutare più gravemente la scorrettezza di un'attività promozionale, quando il professionista sottoposto ad attività istruttoria si sia discostato formalmente dalle prescrizioni riportate nei codici di condotta[921]; parimenti, se l'imprenditore non ha dato seguito alcuno

---

[919] Così LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, cit., p. 45. *Contra* UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 378, il quale sostiene, invece, che l'autodisciplina pubblicitaria abbia un buon livello di effettività e non solo per la «riprovazione sociale» che l'inibitoria di una certa pratica comporta, ma anche in forza dell'art. 41 c.a., che obbliga i media a dare esecuzione alle decisioni del Giurì anche quando non sono parti del procedimento.

[920] V. A.G.C.M., 7 agosto 2008, Provv. n. 18721 (PS/195), caso *Alixir-Vivi al meglio*, cit. Nella specie, il Garante ha rilevato che le confezioni dei prodotti contenenti la dicitura oggetto di contestazione fossero ancora in commercio. Il professionista si era, infatti, limitato solo «a modificare la dicitura "rallenta l'invecchiamento cellulare" a seguito del procedimento svolto innanzi allo IAP», senza apportare le ulteriori modifiche ivi prescritte. Si rinvia, inoltre, a A.G.C.M., 18 marzo 2010, Provv. n. 20919 (PS/4733), caso *Mediaset-Pubblicità comparativa Sky*, laddove l'Autorità ha sottolineato che gli impegni proposti da Mediaset, speculari a quelli assunti di fronte al Giurì, fossero comunque meritevoli di accoglimento in sede amministrativa, in ragione della maggiore efficacia del *public enforcement* rispetto al sistema di tutela autodisciplinare. Nel provvedimento si legge: «non rileva in questa sede quanto prospettato da Sky nelle proprie produzioni istruttorie in merito alla circostanza che l'applicazione degli impegni sia in qualche modo riconducibile al rispetto di prescrizioni dettate da organismi di autodisciplina. Oltre alla diversa efficacia dell'*enforcement* privatistico rispetto a quello garantito dall'intervento dell'Autorità, va considerato che la valutazione della condotta ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo non richiede un esame dell'atteggiamento soggettivo del professionista volto a verificare un effettivo ravvedimento».

[921] V. A.G.C.M., 6 agosto 2009, Provv. n. 20192 (PS/2690), caso *Power card-vinci con le Witch*, laddove il Garante ha sottolineato più volte la violazione da parte degli imprenditori di alcune disposizioni del Codice di Condotta per l'offerta dei Servizi a Sovrapprezzo e la Tutela dei Minori, sottoscritto dagli operatori del settore il 16 febbraio 2005. Si legge nella delibera: «Nella fattispecie, i professionisti in questione avrebbero dovuto tenere in debito conto la particolare vulnerabilità del *target* di riferimento dell'iniziativa promozionale intrapresa e adempiere ai particolareggiati obblighi informativi previsti dal Decreto Ministeriale n. 145/06 e dal Codice di Condotta garantendo una efficace tutela dei destinatari dell'iniziativa stessa. Di conseguenza, l'iniziativa promozionale effettuata avrebbe richiesto l'adozione di modalità comunicative improntate alla massima cautela e attenzione nonché idonee a garantire l'intelligibilità dei relativi contenuti e conseguenze anche da parte di un pubblico di bambini».

alle prescrizioni e ai divieti del Giurì, il suo debito di diligenza professionale è, in genere, considerato più elevato dall'Autorità[922].

Si tratta, tuttavia, solo di timidi segnali in un contesto generale in cui, come si è detto, i procedimenti dell'A.G.C.M. sono avviati a prescindere dall'eventuale esistenza di un contenzioso in sede autodisciplinare; non sono sospesi nel caso di effettiva pendenza di un procedimento dinanzi al Giurì; e non tengono conto dell'esito di quest'ultimo. Ragion per cui, è possibile asserire che manchi un serio e costruttivo dialogo tra le due istituzioni[923].

4.1. *Segue: la scarsa valorizzazione del «ruolo deflattivo» dei codici di condotta nel contenzioso tra imprese e consumatori.*

Alla luce delle osservazioni precedenti[924], appare condivisibile quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, che giudica del tutto inadeguata la regola di raccordo fra il controllo autodisciplinare e quello amministrativo sulle pratiche commerciali scorrette, dettata dall'art. 27 *ter* cod. cons.[925].

D'altronde, affinché i codici di condotta siano realmente efficaci nella repressione delle attività promozionali sleali, occorrerebbe che i vari sistemi di tutela fossero armonizzati e disegnati in modo da rendere possibile tale obiettivo[926]. Ma, allora, i ricorsi proponibili davanti a ciascun organo di controllo dovrebbero essere, se non equivalenti, quanto meno fungibili tra loro: entrambi i sistemi andrebbero sollecitati solo su istanza di parte e al fine di ottenere decisioni analoghe. Sennonché, come si è opportunamente rilevato[927], i meccanismi di *enforcement* previsti dal codice del consumo sono ben lontani dal garantire un simile equilibrio.

---

[922] V. A.G.C.M., 6 maggio 2010, Provv. n. 21082 (PS/4331), caso *Alpecin-Shampoo con caffeina*. Nella specie, l'Autorità ha affermato: «È evidente che, nonostante le precedenti sollecitazioni ricevute dallo IAP (alcune delle quali, ancorché di diversa natura e afferenti a *réclame* parzialmente difformi da quella qui contestata, restano, tuttora, condivisibili) a una maggiore correttezza dei messaggi pubblicitari già diffusi, il professionista, pur supportato dall'esperienza di un importante gruppo multinazionale, non ha dato seguito alle indicazioni pervenute prestando debita attenzione alla redazione dei testi, nei messaggi a stampa, nelle pagine web dedicate e sulle etichette dei flaconi, in vista della successiva programmazione pubblicitaria dei prodotti a marchio Alpecin».

[923] V. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 379.

[924] V. *supra* al par. 4 del presente cap. IV.

[925] Parlano di scarsa valorizzazione del «ruolo deflattivo» dei codici di condotta: FLORIDIA, *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, cit., p. 177, il quale asserisce che le norme di raccordo fossero insufficienti «già alla stregua del sistema anteriore alla distorta attuazione della Direttiva n. 29/05»; MANFREDI, *op. cit.*, p. 65; UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 374 ss.

[926] Così F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 694.

[927] Così FLORIDIA, *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, cit., p. 176.

In primo luogo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può agire anche d'ufficio (art. 27 cod. cons.)[928]. Siffatta possibilità, se ha avuto il merito di potenziare la tutela amministrativa avverso le pratiche commerciali scorrette[929], sbilancia il rapporto fra gli organi di controllo, non essendo prevista anche in sede autodisciplinare. E non potrebbe essere diversamente, giacché i codici di condotta – come è noto – realizzano il fenomeno della cd. «formazione negoziale del diritto», individuando norme che si impongono come il risultato di una contrattazione tra soggetti privati[930]. Quegli stessi soggetti privati potranno, essi soltanto, rivolgersi all'organismo incaricato dell'attuazione e del controllo del codice di condotta, per porre fine a una violazione delle sue regole.

In secondo luogo, l'A.G.C.M., oltre a inibire la prosecuzione di un'attività promozionale sleale, può irrogare cospicue sanzioni pecuniarie in capo al professionista scorretto (art. 27, comma 9, cod. cons.)[931]. Il che, ancora una volta, altera l'equilibrio tra i due sistemi, rendendo nettamente più punitivo quello amministrativo. Un giudizio pensato in termini così fortemente inquisitori, da un lato – lo si è detto più volte –, accresce l'effettività del *public enforcement*, ma dall'altro riduce lo spazio d'intervento dell'autodisciplina.

In sintesi, il legislatore italiano, contrariamente agli auspici espressi a livello comunitario, non ha adeguatamente valorizzato il potenziale ruolo deflattivo dei codici di condotta e, anzi, lo ha addirittura disincentivato. Il nostro ordinamento si caratterizza per una serie di fattori, che parrebbero finalizzati proprio a non attribuire alcun ruolo di sfogo al sistema di autotutela privata. Come si è già anticipato[932], il provvedimento di condanna del Giurì può al più inibire la pratica scorretta per il futuro, ma l'Autorità Garante ha il dovere di intervenire comunque. Essa deve avviare il procedimento anche in pendenza di un parallelo giudizio autodisciplinare, per poi proseguirlo, nonostante un'eventuale decisione di divieto del Giurì, che rappresenta per l'Antitrust un mero fatto.

Alle ragioni che in passato, sotto la vigenza della disciplina sulla pubblicità ingannevole, spingevano l'A.G.C.M. a seguire un simile schema d'azione, ossia il rispetto del principio di legalità e la diversa efficacia dell'apparato sanzionatorio in tema di esecutività dei provvedimenti, la normativa sulle PCS ne ha aggiunta un'altra: ai sensi dell'art. 27 cod. cons., l'*Authority* ha il potere/dovere di chiudere il procedimento, avviato anche d'ufficio, applicando sanzioni commisurate alla durata e alla gravità della

[928] V. *supra* al par. 2 del presente cap. IV.
[929] V. *supra* al par. 2 del presente cap. IV.
[930] V. *supra* al par. 3 del cap. I.
[931] V. *supra* al par. 2.1. del presente cap. IV.
[932] V. *supra* al par. 4 del presente cap. IV.

violazione, così da esercitare al meglio la funzione dissuasiva, specifica e generale[933]. La sanzione, nel caso in cui l'A.G.C.M. accerti un illecito, è, quindi, obbligatoria.

Fino al 2012, peraltro, l'Autorità Garante incamerava una quota parte delle multe emesse in materia di pratiche commerciali scorrette. La dottrina era stata particolarmente critica su tale profilo, sottolineando come un simile canale di finanziamento, *rectius* di autofinanziamento, desse vita a un grave conflitto di interessi all'interno dei centri decisionali del Garante[934]. Con specifico riferimento, per quel che qui rileva, ai rapporti con il Giurì di autodisciplina pubblicitaria, il fatto che l'*Authority* trattenesse una percentuale delle sanzioni irrogate non la incentivava di certo a cercare maggiori forme di coordinamento e integrazione con il sistema di tutele privato. Affermava un autore: «accontentarsi di una pronuncia (di divieto) dell'autodisciplina dichiarando cessata la materia del contendere o chiudere il procedimento con un mero divieto, essendo venuta meno la pratica grazie all'intervento degli organi autodisciplinari, [avrebbe significato] rinunciare a questa forma di essenziale autofinanziamento»[935].

Con il d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012 (cd. Decreto Cresci Italia), a decorrere dall'anno 2013, siffatto profilo è opportunamente venuto meno: è stata, infatti, introdotta una modalità unica di finanziamento, completamente nuova, posta esclusivamente a carico di talune categorie di operatori economici[936]. Ma restano fermi tutti gli altri fattori poco incentivanti del raccordo tra i sistemi di tutela descritti in queste pagine.

In ogni caso, non riesco ad essere completamente pessimista sul peso dei codici di condotta nel contrastare le pratiche commerciali sleali. Mi sembra anzi prevedibile e concordo con chi lo afferma[937], che il Giurì di autodisciplina continuerà comunque a dare un contributo sostanziale in tale ambito. E ciò,

---

[933] Cfr. F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 696.
[934] V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di* enforcement, cit., p. 820.
[935] Così F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 696.
[936] È stato previsto un contributo obbligatorio annuale a carico delle società di capitale con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro, pari a una quota di fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato. Segnatamente, il comma 7 *ter* dell'articolo 10 della l. n. 287/1990, introdotto dal comma 1 dell'art. 5 *bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, nel testo integrato dalla l. di conversione 24 marzo 2012, n. 27, dispone: «All'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro, fermi restando i criteri stabiliti dal comma 2 dell'articolo 16 della presente legge. La soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima». Come è dato apprendere dal sito web istituzionale dell'A.G.C.M., l'Autorità, con delibera n. 26922 del 10 gennaio 2018, ha tra l'altro deciso la riduzione del contributo di cui al suddetto comma 7 *ter* allo 0,055 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato a tale data (v. *http://www.agcm.it*).
[937] V. MANFREDI, *op. cit.*, p. 66; UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 379-380.

nonostante l'evidente riluttanza del legislatore nazionale, che, diversamente da altri settori[938], non sembra intenzionato a sfruttare un sistema di soluzione delle controversie, come quello di autodisciplina pubblicitaria, sperimentato da oltre mezzo secolo, rapido e (tendenzialmente) efficiente.

Se il Giurì continuerà ad offrire il suo importante apporto, sarà grazie a quegli stessi fattori che da decenni ne hanno consentito il radicamento nell'ambito pubblicitario: l'autorevolezza innegabile delle sue decisioni e la celerità con cui esse intervengono[939], al di là dei limiti nella reale esecutività delle stesse[940]. Il divario di reazione tra sistema amministrativo e autodisciplinare è palmare: l'A.G.C.M. conclude il procedimento in circa otto mesi, mentre al Giurì occorrono in media solo diciotto giorni[941].

A questi si aggiunga un ulteriore vantaggio, di cui il sistema di *soft law* pure beneficia e che attenta dottrina ha giustamente messo in evidenza: la natura contrattuale dell'autodisciplina[942]. Essa può giovare, nella concorrenza tra Autorità Garante e I.A.P., specie per il suo possibile rilievo nei giudizi di risarcimento dei danni subiti dal consumatore. La decisione (di natura contrattuale) con cui l'organismo autodisciplinare accerta un illecito può essere, infatti, spesa dall'interessato nel successivo procedimento civile di danni, al fine di ridurre il *thema probandum* e il *thema decidendum* a quanto già statuito dal Giurì. In tal modo, si può evitare la ripetizione, in sede giudiziale,

---

[938] Si tenga presente che il legislatore italiano ha recentemente introdotto, su sollecitazione comunitaria, un sistema di A.D.R., volto a snellire il carico giudiziario sulle controversie nazionali o transfrontaliere relative a contratti di vendita di beni o servizi. Mi riferisco agli artt. 141 ss. del nuovo Titolo II *bis* del codice del consumo, inserito dal d.lgs. n. 130/2015, a cui già accennavo *supra* al termine del cap. III. Il nuovo sistema di risoluzione extragiudiziale si applica a una fase successiva a quella qui in esame: non alla mera pubblicità ingannevole o aggressiva, prodromica all'eventuale conclusione di un contratto, ma proprio al contratto, che sia stato poi effettivamente stipulato tra professionista e consumatore. Contratto che risulterà, pertanto, viziato dalla pratica commerciale scorretta. Tali meccanismi di A.D.R. si svolgono davanti a organi che fanno capo al Ministero dello sviluppo economico e sono, quindi, soggetti al diretto controllo statale. Si tratta, a ben vedere, di un caso decisamente diverso dall'I.A.P. e dai codici di condotta, adottati su iniziativa di soggetti privati e pienamente autonomi dallo Stato. Non a caso, *supra* al par. 3.3. del cap. I, avevo inquadrato il fenomeno nell'ambito della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, elaborata da Santi Romano. Mi sembra, allora, e sono d'accordo sul punto con MANFREDI, *op. cit.*, p. 66, che il legislatore italiano non sia in senso assoluto contrario alla promozione di A.D.R., tutt'altro. Egli parrebbe, però, promuoverle, solo nella misura in cui esse possano svolgersi davanti a organismi istituiti e controllati direttamente dallo Stato.

[939] L'alternativa di rendere in qualche misura obbligatorio il ricorso all'autodisciplina rischierebbe, peraltro, di trasformarlo in una sorta di arbitrato obbligatorio. Il che sarebbe una contraddizione in termini. E, in ogni caso, l'ampia adesione al sistema che fa capo all'I.A.P. (adesione garantita dalle tecniche descritte *supra* nel par. 3.3. del cap. I), lo rende già molto penetrante, se si tiene presente che farne parte costituisce una condizione pressoché indispensabile per poter svolgere l'attività pubblicitaria. V. sul punto MANFREDI, *op. cit.*, p. 66.

[940] Limiti pure evidenziati *supra* al par. 4 del presente cap. IV.

[941] Per approfondimenti v. *http://www.iap.it*.

[942] Cfr. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 379-380.

dell'accertamento dell'inadempimento dell'obbligazione autodisciplinare già svolto dall'organismo a ciò deputato, con un notevole risparmio di tempi e costi.

In conclusione, sarebbe comunque auspicabile la promozione di un autentico e costruttivo dialogo tra l'Autorità Antitrust e il Giurì di autodisciplina pubblicitaria. Nel frattempo, non si può che assumere come un dato di fatto lo scarso coordinamento tra le attività delle due istituzioni, mettendo, però, a fuoco anche i punti di forza di entrambi i sistemi. D'altronde, ciascuno di essi riesce a funzionare, pur ponendosi in antagonismo o in concorrenza con l'altro.

5. *L'area di giurisdizione del giudice ordinario.*

Al termine dell'analisi dei rapporti tra tutela amministrativa e autodisciplinare nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette[943], ritengo opportuno soffermarmi sul ruolo riservato all'autorità giudiziaria ordinaria dalla normativa in esame.

L'art. 27, ultimo comma, cod. cons. fa salva la giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) e in materia di pubblicità comparativa, sulla violazione del diritto d'autore (protetto dalla l. n. 633/1941 e successive modificazioni) e dei marchi d'impresa (di cui al d.lgs. n. 30/2005 e successive modificazioni), nonché sulle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti.

Come si è giustamente osservato, la norma sembra avere una portata più ampia rispetto all'affermazione dell'ovvia convivenza dei diversi sistemi di tutela previsti nell'ordinamento: essa comporta che i provvedimenti dell'A.G.C.M. non pregiudichino, né limitino l'esperimento di qualsiasi altra azione civile, penale o amministrativa, a cui gli interessati siano legittimati, a tutela di loro posizioni soggettive, individuali o di categoria[944]. L'elencazione contenuta nel comma 15 dell'art. 27 cod. cons. non è, quindi, tassativa e non potrebbe essere altrimenti, a fronte del diritto alla tutela giurisdizionale, garantito a tutti dalla Costituzione (artt. 24, comma 1 e 111 Cost.). Con la conseguenza che rimangono sempre attivabili tutte le ordinarie azioni di danni fondate sulle responsabilità contrattuale o extracontrattuale[945].

Il giudizio sulla scorrettezza di una pratica commerciale e quello di accertamento di una condotta competitiva sleale, o comunque in violazione di

---

[943] Analisi svolta *supra* nei par. 4 e 4.1. del presente cap. IV.

[944] V. STELLA, *Pratiche commerciali scorrette*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 27, cit., p. 271.

[945] Sugli ulteriori rimedi collettivi esperibili dinanzi al giudice ordinario dai consumatori danneggiati da attività promozionali sleali avrò modo di soffermarmi *infra* ai par. 6-8 del presente cap. IV.

diritti di privativa industriale sono fra loro perfettamente impermeabili e autonomi. E l'autosufficienza di procedimenti e giudicati espressi si riverbera sui riti, anch'essi svincolati gli uni dagli altri.

D'altronde, la natura non giurisdizionale del procedimento davanti all'A.G.C.M. non consente di ipotizzare la sospensione del processo ordinario, *ex* art. 295 c.p.c.[946]. Né può comunque ritenersi che un procedimento sia pregiudiziale rispetto all'altro, posto che niente impedisce di adire il giudice ordinario con una domanda fondata su una pratica commerciale scorretta anche in assenza di una valutazione da parte del Garante (e viceversa)[947]. Si esclude, allora, che la decisione dell'Antitrust eserciti alcun effetto pregiudiziale sul processo davanti all'A.G.O.[948].

In merito alla medesima attività pubblicitaria sleale potranno, dunque, intervenire più autorità, ciascuna nel proprio ambito, con il rischio anche di provvedimenti in contraddizione tra loro. L'esperienza pratica ha, tuttavia, ridimensionato le preoccupazioni destate dalla possibile sovrapposizione di rimedi[949]. Inoltre, l'autonomia di giudizi è mitigata dal fatto che la decisione dell'Autorità Garante ben può valere nel processo civile, almeno quale elemento di prova della scorrettezza di una pratica commerciale[950]. Tanto più, visto che siffatta decisione è adottata al termine di un procedimento, quale è quello amministrativo, ove è garantito il contraddittorio – seppure con minori tutele

---

[946] L'art. 295 c.p.c. recita: «Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa».

[947] V. TADDEI ELMI, *Applicazione*, in AA. VV., *Codice del consumo. Aggiornamento pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di VETTORI, Padova, 2009, Artt. 27-27 *quater*, p. 135.

[948] Cass., 10 dicembre 2013, n. 27527, in *DeJure* ha affermato il principio per cui, a fronte del provvedimento dell'Autorità Garante, l'attore possa avvalersi in giudizio della presunzione della sussistenza del nesso causale fra la condotta sanzionata e il danno lamentato, fermo restando naturalmente il più ampio diritto della controparte di fornire la prova contraria. Le stesse conclusioni sono del resto ormai pacifiche in tema di rapporti tra A.G.C.M. e giudice ordinario nell'ambito dell'applicazione delle norme antitrust, ove possono aversi azioni proposte davanti al giudice civile senza precedenti pronunce dell'Autorità Antitrust (cd. *stand alone actions*), ovvero azioni intentate davanti all'autorità giurisdizionale ordinaria a seguito di un provvedimento dell'A.G.C.M. (cd. *follow-on actions*). Per approfondimenti sull'attuazione delle norme antitrust, v. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006.

[949] Non manca, tuttavia, chi ha rilevato possibili profili di incostituzionalità «in questo intrico normativo» (SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Dir. ind.*, 2011, I, p. 48).

[950] Più precisamente: il giudice ordinario adito, nel determinare l'illiceità di una pratica scorretta, potrà avvalersi in via immediata degli eventuali accertamenti dell'A.G.C.M., traendone elementi presuntivi rilevanti. Una pronuncia dell'Autorità Garante che escluda la scorrettezza, invece, non potrà essere annullata dal giudice ordinario, che, però, una volta constatata l'illegittimità della stessa, potrà disapplicarla.

rispetto a quelle previste per il contraddittorio davanti all'A.G.O. – e sono svolte accurate indagini economiche[951].

6. *L'azione inibitoria e l'azione di classe come strumenti collettivi di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette.*

Come si è anticipato poc'anzi[952], l'art. 27, ultimo comma, cod. cons. si limita a fare salva la tutela davanti al giudice ordinario degli imprenditori concorrenti pregiudicati dalle PCS. La norma ripete in sostanza quanto già disposto nella pregressa disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa[953]. Nulla dice sui rimedi che i consumatori, individualmente o tramite associazioni rappresentative, possano esperire dinanzi all'A.G.O. Mi sono già soffermata sugli strumenti civilistici dei quali i consumatori dispongano *uti singuli* per far fronte ad attività promozionali sleali[954]. Intendo ora occuparmi delle forme di tutela collettiva: l'azione inibitoria e quella di classe, rispettivamente previste dagli artt. 140 e 140 *bis* cod. cons.

Si osservi che l'azione di classe, *ex* art. 140 *bis* cod. cons., dopo un travagliato *iter* normativo, caratterizzato da rinvii e soprattutto da una modifica radicale del testo originario, introdotto dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (la finanziaria 2008)[955], è divenuta operativa solo a far data dal 1° gennaio 2010, per gli illeciti elencati nella norma e successivi al 15 agosto 2009[956]. E così, come la dottrina ha opportunamente messo in evidenza, per un gioco di sovrapposizioni legislative, da un lato, il rimedio ha potuto accogliere solo gli illeciti compiuti dopo il 15 agosto 2009; dall'altro, anche avendo riguardo a tali illeciti, le prime

---

951 V. TADDEI ELMI, *op. cit.*, p. 135.
952 V. *supra* al par. 5 del presente cap. IV.
953 A proposito del rapporto fra la tutela contro le PCS e quella offerta dall'attuale disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa, si rilevi che devono giudicarsi, in linea di principio, autonomi il procedimento di repressione di una pratica scorretta nei rapporti tra professionista e consumatore e quello volto a inibire la prosecuzione/eliminare gli effetti di messaggi ingannevoli e comparativi illeciti tra soli professionisti. Mi riferisco all'eventualità in cui la medesima condotta imprenditoriale risulti vietata sia dal d.lgs. n. 145 del 2007, sia dal codice del consumo. Al di là della suddetta tendenziale autonomia dei procedimenti, il coordinamento tra gli stessi sarà di fatto imposto in base al principio di economia processuale, onde evitare all'Autorità Garante la duplicazione dell'attività istruttoria e alle parti la ripetizione delle proprie difese. E allora mi sembra corretto ritenere che, in tali casi, il professionista, avendo violato due differenti discipline, seppure con un comportamento unico, vada sottoposto all'applicazione cumulata, sotto il profilo sanzionatorio, di entrambe le normative. È di tale condivisibile avviso CIATTI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 329. Altra parte della dottrina ritiene, invece, «assorbito» il procedimento ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 145/2007, sul presupposto opinabile che anche quest'ultima disciplina debba applicarsi in funzione di tutela, sia pure indiretta, dei consumatori (ANNA GENOVESE, *L'*enforcement *e le tutele*, cit., p. 218 ss.).
954 V. *supra* ai par. 7 ss. del cap. III e al par. 5 del presente cap. IV.
955 L'art. 140 *bis* cod. cons. è stato, infatti, interamente riscritto dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 (la cd. legge sviluppo).
956 Data di entrata in vigore della l. n. 99/2009.

azioni seriali si sono potute promuovere solo a partire dall'inizio del 2010, poiché l'art. 23, comma 16, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 (il cd. decreto anticrisi) ha rinviato l'operatività della disciplina al 1° gennaio 2010[957]. Il che dimostra la scarsa propensione del legislatore italiano verso il rimedio, che in effetti ad oggi non ha avuto particolare successo[958].

La «nuova» azione consente di ottenere l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione di somme spettanti ai singoli consumatori. In caso di accoglimento, il giudice ha la facoltà di determinare i criteri in base ai quali liquidare il *quantum* da corrispondere ai consumatori che hanno aderito all'azione o sono intervenuti nel giudizio[959].

Prima che la *class action*[960] facesse il proprio faticoso ingresso nell'ordinamento italiano, esisteva già l'azione *ex* art. 140 cod. cons.[961]. L'opportunità dell'azione risarcitoria di classe si è aggiunta così a un rimedio collettivo da tempo operante nel sistema, arricchendo il panorama degli strumenti esperibili e innalzando il livello di tutela dei consumatori, conformemente ai *dicta* della normativa europea.

A seguito del recepimento della direttiva 2005/29, l'azione inibitoria collettiva risulta attivabile anche in materia di pratiche commerciali scorrette[962]. Alcune perplessità sul punto erano state sollevate nella vigenza della pregressa disciplina. Ma già allora la giurisprudenza di legittimità aveva sciolto ogni dubbio, offrendo una risposta affermativa[963]. Trova, quindi, conferma il sistema

---

[957] V. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140* bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, IV, p. 349.

[958] Lo si è già anticipato *supra* al par. 1 del presente cap. IV.

[959] In quest'ultimo caso, peraltro, ai sensi del comma 12 dell'art. 140 *bis* cod. cons., il giudice assegna alle parti un termine non superiore a novanta giorni per raggiungere un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Se alla scadenza dei novanta giorni l'accordo non viene raggiunto, il giudice su istanza di almeno una parte, provvede egli stesso a liquidare le somme dovute.

[960] La formula «*class action*», con cui ci si riferisce allo strumento processuale italiano, è frutto di una mera assonanza con la *class action* americana: pur alludendo all'esperienza statunitense, che fa capo alla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, risalenti al 1938, tale espressione non si spinge più in là di una mera convenzione linguistica. V. ALPA, *L'art. 140*-bis *del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, II, p. 380.

[961] L'inibitoria collettiva era stata originariamente prevista nell'art. 3 del d.lgs. n. 281/1998. Sotto la vigenza della disciplina anteriore a quella sulle PCS, l'art. 7, comma 14 del d.lgs. n. 74/1992 rinviava a tale disposizione nei seguenti termini: «per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti derivanti dalle disposizioni del presente decreto si applica la l. 30 luglio 1998, 281, art. 3». La previsione è stata poi trasfusa letteralmente nell'art. 140 cod. cons.

[962] Sembra esprimersi, però, in termini dubitativi ARMONE, *Azione inibitoria*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 139, p. 851.

[963] Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Corr. giur.*, 2006, VI, p. 785, con nota di DI MAJO GIAQUINTO, *I diritti collettivi soggettivi delle associazioni dei consumatori*. Le sezioni unite, in tale occasione, avevano chiarito che, a fronte di una pubblicità ingannevole, la richiesta da parte di singoli consumatori e concorrenti di un provvedimento inibitorio all'A.G.C.M. non escludesse la possibilità per le associazioni dei consumatori di adire l'A.G.O. a tutela degli interessi collettivi dei medesimi. Il rimedio inibitorio demandato all'Antitrust non andava inteso, infatti, «come esclusivo ma come concorrente con quello ottenibile dal giudice ordinario». Come

del «doppio binario» di tutele, ovvero la coesistenza di due diverse inibitorie, una amministrativa, contemplata dall'art. 27 cod. cons., «che procede secondo un rito paracontenzioso, venato di componenti inquisitorie»[964] e l'altra di ordine giudiziario[965] [966].

L'azione di cui all'art. 140 cod. cons. può essere promossa esclusivamente dai soggetti indicati dall'art. 139 cod. cons., ossia da enti esponenziali privati riconosciuti dal Ministero dello sviluppo economico come associazioni di consumatori e utenti rappresentative a livello nazionale[967]. Tali associazioni devono essere iscritte in un apposito elenco, tenuto presso il Ministero e l'iscrizione sostituisce il controllo giudiziale di rappresentatività, in precedenza richiesto dall'art. 1469 *sexies* c.c.[968]. L'azione inibitoria avverso le PCS è, dunque, preclusa alle associazioni di consumatori aventi rilievo meramente locale: esse possono esclusivamente promuovere il procedimento amministrativo dinanzi all'A.G.C.M., *ex* art. 27 cod. cons.[969].

Si rilevi che l'ambito soggettivo di applicazione dell'azione inibitoria collettiva non coincide con quello dell'azione di classe. Quest'ultima, ai sensi dell'art. 140 *bis* cod. cons., nella sua formulazione più recente, è proponibile da ciascun componente della classe, per la tutela dei diritti individuali omogenei di tutti i consumatori colpiti dall'illecito[970].

---

rileva CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, V, p. 1215 e 1216-1217, la Cassazione consentiva così di teorizzare che «accanto a diritti soggettivi a beni suscettibili di appartenenza individuale, a diritti che quindi spettano a singoli individui, esistono non solo interessi, ma anche diritti soggettivi a beni non suscettibili di appartenenza individuale, cioè diritti soggettivi collettivi, di cui non possono affermarsi titolari i singoli, bensì può essere titolare solo una collettività più o meno determinata di soggetti».

[964] V. *supra* ai par. 1-3 del presente cap. IV.

[965] Così PALMIGIANO, *Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti* ex *art. 139 ed il relativo procedimento* ex *art. 140 del d.lgs. 206/2005*, in *Vita not.*, II, p. 1087. V. anche SPADA, *op. cit.*, p. 47.

[966] Accanto al «doppio binario» di tutele si profila, peraltro, un «terzo binario», rappresentato dalla tutela inibitoria avverso pratiche commerciali scorrette che integrino anche atti di concorrenza sleale. Il riferimento è all'art. 2599 c.c., i cui rimedi sono naturalmente sovrapponibili alla tutela collettiva, *ex* art. 140 cod. cons. In una simile eventualità, la peculiarità è data dalla legittimazione ad agire delle associazioni di professionisti. V. PALMIGIANO, *op. cit.*, p. 1088.

[967] Per gli illeciti transfrontalieri che colpiscono consumatori stranieri la legittimazione ad agire in via inibitoria spetta anche a organismi pubblici riconosciuti dai diversi Stati ed inseriti in un apposito elenco pubblicato sulla G.U.U.E. V. ARMONE, *Azione inibitoria*, in AA. VV., *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO, cit., Art. 139, cit., p. 851.

[968] Sui rapporti tra azione inibitoria collettiva e art. 1469 *sexies* c.c., oggi abrogato, si rinvia a CONTI, *L'inibitoria collettiva e l'art. 1469* sexies *c.c.: rapporti ancora da decifrare*, in *Corr. giur.*, 2003, IX, p. 1198 ss.

[969] V. PALMIGIANO, *op. cit.*, p. 1090.

[970] Come la dottrina ha osservato, un simile regime sconfessa in radice l'idea secondo cui la tutela degli interessi a dimensione non puramente individuale debba essere necessariamente affidata a soggetti istituzionalmente rappresentativi di tali interessi (DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Roma, 2011, p. 340).

A ben vedere, la possibilità di agire in via giurisdizionale per ottenere provvedimenti inibitori collettivi costituisce espressione di un potere particolarmente incisivo, idoneo a produrre conseguenze rilevanti. Per tale motivo, mi sembra ragionevole differenziare l'ambito soggettivo di applicazione dell'azione *ex* art. 140 cod. cons., attribuendo la facoltà di esperire siffatto rimedio, potenzialmente produttivo di effetti significativi sulle relazioni di mercato, non a tutte le associazioni a tutela dei consumatori, ma solo a quelle che abbiano una forza e una capacità rappresentativa degli interessi di categoria di dimensione nazionale[971]. Appare opportuno, infatti, garantire un uso più «responsabile» di uno strumento processuale assai invasivo.

Dal confronto fra le due azioni, anche alla luce dell'esperienza giurisprudenziale maturata negli anni di applicazione del solo rimedio a lungo esistente – l'inibitoria collettiva –[972], emerge quanto segue: chi agisce guardando all'illecito già perpetrato a danno «degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti», può chiedere al tribunale, innanzitutto, di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. L'art. 140 cod. cons., oltre all'inibitoria degli atti e comportamenti lesivi, consente, infatti, agli interessati di ottenere l'adozione di misure correttive o ripristinatorie (lett. b)). In secondo luogo, l'istante può agganciare a tali misure l'accertamento di un diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti a sé e ai singoli aderenti all'azione, questa volta esperita a norma dell'art. 140 *bis*, comma 1, cod. cons.

Ecco, allora, che la continuità tra i due rimedi – ripetendo le parole di un'autrice –, «balza agli occhi»[973]. Peraltro, gran parte dei risultati ottenibili con la tutela risarcitoria possono essere anticipati attraverso lo strumento inibitorio: già invocando l'art. 140 cod. cons., lo si è detto poc'anzi, è possibile ottenere una condanna ripristinatoria volta a reintegrare l'interesse violato. Inoltre, un'effettiva esigenza di accertamento sul piano collettivo del diritto al risarcimento del danno, come anche di introduzione, sul piano individuale, di singoli giudizi a valle, può, in concreto, mancare. In simili ipotesi, sarà sufficiente esperire il rimedio inibitorio collettivo, senza la necessità di ricorrere alla *class action*.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione delle due azioni, le associazioni di consumatori e utenti sono legittimate ad agire in inibitoria, *ex* art.

---

[971] *Contra*, però, DONZELLI, *op. cit.*, p. 341, il quale afferma che, a seguito dell'ingresso nell'ordinamento italiano della *class action*, il regime di legittimazione ad agire previsto per l'azione inibitoria collettiva non costituisca più una soluzione accettabile.

[972] Alcuni esempi applicativi verranno menzionati *infra* nel par. 7 del presente cap. IV.

[973] Così PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, I, p. 129.

140 cod. cons., per contrastare gli illeciti che colpiscano i diritti di cui all'art. 2 e le altre situazioni soggettive contemplate nelle materie disciplinate dal codice del consumo (pratiche commerciali scorrette incluse). Tali illeciti non devono necessariamente arrecare un danno. Il che consente di delimitare il raggio di azione del suddetto strumento rispetto alla *class action*. La lesione di interessi di tipo seriale[974] è fatto costitutivo anche del diritto al ristoro del danno, preteso in giudizio da ciascun componente della classe, eventualmente per il tramite di associazioni mandatarie e dai consumatori aderenti all'azione, *ex* art. 140 *bis* cod. cons. E, allora, come si anticipava prima parlando della continuità tra i due rimedi, laddove il pregiudizio a una situazione soggettiva di gruppo o di categoria non possa essere riparato esclusivamente con le misure correttive dell'art. 140 cod. cons., ma necessiti di ristoro monetario, si giustificherà il ricorso alla *class action*. Un simile pregiudizio, tra l'altro, se preso in considerazione singolarmente, ha spesso un ammontare poco significativo, o può risultare addirittura difficile da misurare. Ragion per cui, sarà tanto più opportuno denunciarlo mediante un'azione di classe.

Si è, quindi, affermato che le condotte vietate, fonte di lesione, di cui al comma 2 dell'art. 140 *bis* cod. cons., siano state tratteggiate in modo speculare ai diritti tutelati dall'art. 140 cod. cons.[975]: violazioni di rapporti contrattuali di serie; illeciti del produttore di beni o servizi verso i consumatori finali degli stessi; comportamenti anticoncorrenziali, ovvero, infine, per quel che qui più interessa, attività che integrino pratiche commerciali scorrette.

Da tali considerazioni, posti gli elementi di vicinanza tra le due azioni, si possono evincere alcune rilevanti differenze, oltre che sotto il profilo soggettivo, proprio sotto quello oggettivo: benché alla base di entrambi i rimedi collettivi vi sia l'aggressione a un diritto o interesse seriale, diverso è, infatti, il *petitum* dei due giudizi.

---

[974] Gli interessi del codice del consumo possono qualificarsi come seriali. Il legislatore li ha, infatti, enucleati, tratteggiandoli in modo più compiuto rispetto agli interessi meramente diffusi e ne ha riconosciuto la natura, al contempo, individuale e collettiva. Con specifico riferimento alle azioni esaminate nel presente par., la serialità può essere colta nelle situazioni soggettive di una collettività, che, se lese, possono far sorgere più diritti omologhi di tipo risarcitorio. Le situazioni soggettive, dal contenuto più vario, hanno in comune l'appartenenza di ciascun titolare alla medesima e ben determinata categoria di persone e l'identità del risultato perseguito. Ecco perché si parla di interessi seriali: essi si ripetono, con tratti uniformi, in capo ai soggetti di una categoria, ma non sono apprezzabili solo nella dimensione collettiva, giacché mantengono pur sempre la loro individualità (PAGNI, *op. ult. cit.*, p. 131-132). Tali interessi sono anche definiti, con terminologia più tecnica, isomorfi, perché hanno la stessa configurazione e conformazione (M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, X, p. 1932). Per ulteriori approfondimenti, si rinvia, inoltre, a DONZELLI, *Voce Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 1 ss.

[975] V. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140* bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 354.

L'azione *ex* art. 140 cod. cons. si colloca in una dimensione imprescindibilmente collettiva e ha una più diretta attinenza con le posizioni soggettive seriali. L'oggetto della *class action*, invece, è costituito da un diritto, quale è quello al risarcimento del danno, che pur trovando – come si è detto – nella lesione del diritto seriale il proprio fatto costitutivo, non coincide con esso. In altri termini, tra diritto seriale e diritto risarcitorio vi è un rapporto di pregiudizialità.

Di qui, un ulteriore elemento di divergenza fra le due azioni, costituito dall'efficacia della sentenza: l'art. 140 *bis*, al comma 14, prevede espressamente che il provvedimento che definisce il giudizio faccia stato anche nei confronti degli aderenti. Ma quel che «fa stato» è proprio l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni. Il rapporto seriale resta fuori dal procedimento. E coerentemente, si esclude qualsivoglia estensione *ultra partes* del giudicato, eccetto per chi abbia volutamente aderito al processo.

Un'estensione di questo tipo può, per contro, postularsi per l'azione inibitoria, *ex* art. 140 cod. cons. – articolo che (non a caso) non contiene una previsione analoga al suddetto comma 14 dell'art. 140 *bis* –. Il contenuto del provvedimento emesso all'esito di un giudizio inibitorio collettivo è, infatti, duplice: un accertamento, «la cui capacità di raggiungere i terzi estranei al giudizio si gioca sulla somiglianza con le fattispecie in cui si applica l'art. 1306 c.c.»[976]; e un ordine di cessazione del comportamento lesivo, unito all'adozione di misure correttive o ripristinatorie dello *status quo ante*, che, invece, per loro stessa natura, andranno a favore dei soggetti eventualmente minacciati dalla condotta illecita, anche laddove essi siano rimasti estranei al giudizio[977].

Traendo le fila di quanto appena detto, il riconoscimento della titolarità di un diritto risarcitorio, oggetto dell'azione di classe, postula a monte una situazione soggettiva di tipo seriale, ma ha, in definitiva, una consistenza necessariamente individuale. Come si è opportunamente sottolineato, se il risarcimento è invocabile in chiave seriale, esso deve però trasformarsi in «un abito confezionato su misura per ciascun componente della classe», una volta che siano state risolte le questioni comuni ai soggetti istanti[978]. Il che, tra l'altro,

---

[976] Così PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140* bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 359. L'art. 1306 c.c. precisamente dispone: «1. La sentenza pronunziata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori. 2. Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi».

[977] Così PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, cit., p. 135-136.

[978] Così PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140* bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 357.

rende particolarmente complicato il ricorso alla *class action*, qualora la riparazione non possa essere «omogeneizzata, nelle forme del riconoscimento di un indennizzo o di una restituzione»[979]. Ad ogni modo, al di là di quest'ultimo profilo – che pure mette in luce le difficoltà legate all'utilizzo dell'azione *ex* art. 140 *bis* cod. cons. –, mi preme qui evidenziare gli elementi di discontinuità tra i due rimedi giudiziali, nonostante i molteplici profili di contatto enunciati.

Comparando le azioni, emerge che il rimedio inibitorio consente di mettere a fuoco una precisa regola di condotta, desumibile dalla violazione dell'obbligo di non ledere gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti. Inoltre, la pronuncia emessa in via inibitoria contiene l'accertamento che l'obbligo è stato violato. Un simile accertamento non è, allora, dissimile da quello che sorregge la sentenza, di cui all'art. 140 *bis* cod. cons. Quest'ultima, però, in aggiunta, racchiude la condanna al risarcimento dei pregiudizi subiti dai consumatori, o la fissazione del criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione della somma dovuta a ciascun soggetto leso (comma 12)[980].

7. *L'effettività in concreto della tutela inibitoria collettiva.*

Nel paragrafo precedente[981] si sono poste a raffronto le due forme di tutela collettiva dei consumatori previste dal codice del consumo: l'azione inibitoria (art. 140) e l'azione di classe (art. 140 *bis*), entrambe esperibili anche nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette. Appare, a questo punto, più che mai opportuno verificare l'efficacia concreta di siffatti strumenti, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni.

Mentre l'attenzione di interpreti e commentatori si è concentrata principalmente sulla *class action*, il cui cammino – come preciserò meglio più avanti[982]– prosegue in salita, «l'altro filone della tutela collettiva consumeristica, quello imperniato sull'azione inibitoria, continua a generare verdetti che tentano di aggirare le prevaricazioni attuate in diversi settori di mercato»[983].

E, allora, se l'impressione generale che ho tratto dall'analisi delle pronunce sulle azioni di classe è stata quella di uno strumento processuale (almeno finora) altamente inefficiente[984], lo stesso non posso dire per il rimedio

---

979 Così PAGNI, *op. ult. cit.*, p. 357.
980 V. PAGNI, *op. ult. cit.*, p. 362.
981 V. *supra* al par. 6 del presente cap. IV.
982 V. *infra* al par. 8 del presente cap. IV.
983 Così *Note di richiami* al Trib. Roma, 23 dicembre 2013 (ord.), in *Foro it.*, 2014, I, c. 2265 ss.
984 Riprendendo le taglienti parole di DE SANTIS, *Recenti sviluppi della giurisprudenza sull'azione di classe a tutela dei consumatori*, consultabile in *http://www.treccani.it*, «la molteplicità di questioni interpretative poste dalla disciplina costituisce, più che un banco di

di cui all'art. 140 cod. cons. Quest'ultimo, peraltro, già prima che il legislatore vi affiancasse la *class action*, era stato esperito con successo in più occasioni. In una serie di provvedimenti resi nell'ambito di anatocismo bancario[985], telefonia[986] e *pay-tv*[987], a seguito di azioni promosse dalle associazioni in difesa dei consumatori, *ex* art. 137 cod. cons., le varie imprese coinvolte avevano subito sentenze di condanna, con l'obbligo aggiuntivo di tenere comportamenti volti a ristabilire lo *status quo ante*[988].

Presenta profili di particolare interesse, tra quelle appena menzionate, la pronuncia emessa nel settore della telefonia. In conseguenza di un'attività integrante una pratica commerciale scorretta, un operatore era stato condannato ad avvisare per lettera tutti i clienti sottoscrittori di una certa tipologia contrattuale, del fatto che, in forza della mancata attivazione del servizio ivi pattuito per causa ad esso imputabile, i clienti medesimi avrebbero avuto diritto, dietro domanda e accertamento dei requisiti necessari, alla restituzione di tutti i canoni versati al professionista dominante, a far data dalla sottoscrizione del contratto sino a quel momento.

In tempi più recenti, ma sempre anteriormente alla piena operatività dell'azione di classe nel nostro sistema, si è registrata un'ulteriore pronuncia degna di nota, in applicazione dell'art. 140 cod. cons. Si tratta di un'ordinanza collegiale del Tribunale di Milano, intervenuta in sede di reclamo avverso una

---

prova della capacità della classe forense di cimentarsi con un nuovo istituto, una secca nella quale si incagliano i tentativi di incremento della *deterrance* propria di uno strumento collettivo di *private enforcement*».

[985] V. Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3481; App. Torino, 1° marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, VIII, p. 1121 ss., con nota di NIVARRA, *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*; Trib. Palermo, 29 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2542; Trib. Palermo, 26 ottobre 2007, in *Redazione Giuffrè 2008*; Trib. Palermo, 22 giugno 2007, in *Redazione Giuffrè 2008*. A seguito dell'applicazione illecita, da parte di alcuni istituti di credito, di clausole contrattuali di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, i giudici si erano pronunciati sull'illegittimità del rifiuto opposto dalle banche di restituire quanto percepito a fronte dell'anatocismo applicato per ogni trimestre. Nella maggior parte dei casi (Trib. Milano, 15 settembre 2004, cit.; Trib. Palermo, 29 maggio 2006, cit.; Trib. Palermo, 26 ottobre 2007, cit.), i tribunali avevano, quindi, inibito al singolo istituto di credito convenuto di respingere le richieste dei correntisti per la restituzione delle somme in eccedenza, ossia, di fatto, avevano ordinato di provvedere al rimborso. In una sola pronuncia (App. Torino, 1° marzo 2005, cit.), il giudice aveva negato la tutela richiesta, sostenendo che essa avrebbe dovuto proporsi tramite un'azione risarcitoria avente come specifico oggetto la restituzione delle quantità di denaro indebitamente percepite dal professionista.

[986] V. Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1298.

[987] V. Trib. Roma, 30 aprile 2008, ord., in *Resp. civ.*, 2009, X, p. 792 ss., con nota di GRISALFI, *La tutela cautelare* ex *art. 140 Codice del consumo nei contratti di* pay tv. Nella specie, il tribunale aveva condannato una nota emittente di *pay-tv* a riaccreditare agli abbonati i costi addebitati per una rivista che essi non avevano mai richiesto, ma si erano visti ugualmente recapitare, maggiorati degli interessi legali.

[988] Tali comportamenti si erano poi riverberati direttamente sulla sfera individuale di consumatori e utenti (cfr. PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, cit., p. 139).

decisione emessa dai giudici meneghini, in tema di polizze assicurative *index linked*[989].

In questo caso, una società di assicurazioni aveva concluso con i suoi clienti un numero rilevante di polizze legate all'emissione di obbligazioni da parte del Gruppo Lehman Brothers. Quando le polizze erano ormai in scadenza, si poneva il problema del rimborso dei premi pagati. La società, affermando di agire nell'interesse dei sottoscrittori che, dal sopravvenuto fallimento della banca americana avrebbero visto drasticamente ridotta la possibilità di ottenere il rimborso del capitale versato, aveva rivolto agli stessi due proposte transattive. L'una era volta a «monetizzare» in misura forfettaria le polizze, mentre l'altra era finalizzata a convertire le medesime in nuovi contratti con scadenza successiva. Tali proposte venivano formalizzate tramite l'invio di lettere, laddove era esplicitato chiaramente l'intento del professionista di agire «in via straordinaria» a tutela dei suoi clienti.

Muovendo dalla considerazione che una corretta interpretazione delle polizze avrebbe comportato l'assunzione del rischio di insolvenza dell'emittente dei titoli in capo all'impresa assicuratrice e non certo ai suoi clienti, un'associazione a tutela dei consumatori promuoveva, allora, un'azione inibitoria in forma cautelare, *ex* art. 140, comma 8, cod. cons. La ricorrente chiedeva al giudice, una volta effettuato il relativo accertamento, di inibire all'impresa l'esecuzione dei contratti di transazione; di respingere le richieste di restituzione dei premi pagati già inoltrate; e, infine, di ingiungere alla società di adottare tutte le misure idonee a rimuovere gli effetti dannosi delle violazioni commesse.

In prima battuta, il Tribunale di Milano respingeva le istanze di tutela dei consumatori, poi invece parzialmente accolte – come si anticipava poc'anzi –, su proposizione di apposito reclamo. Il collegio meneghino ha condannato, infatti, l'impresa di assicurazioni ad inviare ai sottoscrittori una lettera di rettifica, nella quale avrebbe fatto presente che «probabilmente», con l'invio delle missive pregresse, essa aveva violato i loro diritti.

---

[989] V. Trib. Milano, 21 dicembre 2009, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1627, con nota di ALMIERI-BECHI, *Polizze* index linked *e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*, intervenuta in sede di reclamo di Trib. Milano, 6 ottobre 2009, ord., in *Foro it.*, Rep. 2010. Entrambe le decisioni sono state, inoltre, annotate da GIUSSANI, *Tutela individuale e collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2010, VII, p. 1677 ss.; per altri commenti a margine dell'ordinanza collegiale, si rinvia anche a GABASSI, *L'inibitoria d'urgenza* ex *art. 140, 8° comma, cod. consumo: quale diritto? Quale tutela?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 729 ss.; GRECO, *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita* index linked, in *Obbl. e contr.*, 2010, VIII-IX, p. 577 ss.; TARANTINO, Caveat emptor*: polizze* index linked *e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 617 ss.

Per quel che più rileva, il Tribunale invocava il combinato disposto degli artt. 139, 140 e 2 cod. cons., facendovi discendere la legittimazione delle associazioni rappresentative dei consumatori ad agire contro gli illeciti commessi dalla società. Quest'ultima, nell'esecuzione o nella fase preparatoria del contratto, aveva leso i diritti fondamentali dei clienti alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, nonché all'adeguata informazione.

Al di là del fatto, pure messo in evidenza dalla dottrina, che il collegio inspiegabilmente non abbia qui richiamato le disposizioni del codice del consumo sulle PCS[990], un simile arresto giurisprudenziale risulta significativo, innanzitutto, perché accoglie le istanze dei consumatori, seppure parzialmente[991].

Inoltre, va segnalato il *focus* che il provvedimento pone sul principio di buona fede, in relazione sia ai summenzionati doveri di informazione dell'art. 2 cod. cons., sia alla regola generale enunciata dall'art. 1175 c.c.[992]. Il collegio, in più passaggi, ha sottolineato che l'impresa resistente non avesse agito con la correttezza richiesta, omettendo di rendere ai consumatori le necessarie e obiettive informazioni dovute in merito alle polizze *index linked* e alla restituzione del capitale minimo liquidabile.

Si ragiona chiaramente di omissioni ingannevoli, *ex* art. 22 cod. cons., nonostante i giudici non vi abbiano fatto alcun riferimento. Le missive inviate ai consumatori a seguito del *default* della Lehman Brothers davano falsamente per certo che i contraenti delle polizze vita collegate alle emissioni obbligazionarie del colosso americano non avessero il diritto di percepire alla scadenza il capitale investito al tempo della stipulazione del contratto.

Il Tribunale ha messo in evidenza, infine, il peculiare obbligo di diligenza, nel rispetto dell'endiadi correttezza-buona fede, violato dal professionista, il quale agiva in un settore particolarmente delicato, ove lo squilibrio contrattuale e l'asimmetria informativa in danno dei consumatori risultano più accentuati che in altri mercati[993].

---

[990] Né le discipline settoriali in materia assicurativa (codice delle assicurazioni private) e finanziaria (T.U.F.), certamente applicabili alla fattispecie in esame, concernente contratti di natura mista assicurativa-finanziaria (GABASSI, *op. cit.*, p. 730-731).

[991] Parzialmente, solo perché il Tribunale, ordinando alla compagnia assicuratrice l'invio di comunicazioni di rettifica ai clienti, aveva potuto metterli in condizione di agire in via individuale, al fine di tutelare in tale sede le proprie ragioni.

[992] V. GRECO, *op. cit.*, p. 586.

[993] «Se la società – si legge nella decisione – avesse usato la diligenza dovuta nell'attività interpretativa di quei contratti, diligenza esigibile da un contraente come la Cnp – la denominazione della società resistente è Cnp Unicredit vita s.p.a. –, considerando la sua qualifica di professionista del settore assicurativo, facente parte di un primario gruppo bancario internazionale, che ha a disposizione uffici legali interni e mezzi per assicurarsi la consulenza dei migliori legali professionisti, sarebbe giunta ad avere, quantomeno, il dubbio di essere essa

Segnalo, in ultimo, due pronunce di merito, emesse sempre in applicazione dell'art. 140 cod. cons., ma cronologicamente successive all'ingresso nel nostro ordinamento dell'azione di classe.

Una è un'ordinanza del Tribunale di Torino[994], la prima in cui il giudice ordinario abbia deciso esplicitamente su un'azione inibitoria collettiva di pubblicità ingannevole. Anche tale pronuncia è stata emessa in sede di reclamo, questa volta confermando quanto deciso dai giudici di prime cure, che già avevano accolto le istanze promosse dall'associazione a tutela dei consumatori.

Il caso riguardava una società concessionaria della Fiat, che aveva diffuso sulle pagine locali del quotidiano La Repubblica un messaggio promozionale relativo ad alcuni autoveicoli, con l'indicazione del prezzo base secondo la formula «Progresso *social cards*», definita espressamente «La formula vincente contro il caro vita al 20% dell'IVA». Negli annunci pubblicitari si precisava che l'acquisto non fosse vincolato a finanziamenti, assicurazioni o altri servizi aggiuntivi.

I consumatori, recatisi in concessionaria, avevano, tuttavia, appurato che le condizioni effettive della compravendita non risultassero conformi a quanto reclamizzato. Il prezzo reale dei veicoli era quello normale di mercato e non il costo più basso pubblicizzato; lo sconto veniva applicato solo in caso di acquisto di una seconda vettura, da parte del medesimo consumatore, nella stessa concessionaria ed entro un certo lasso di tempo; lo sconto non era poi pari all'IVA, ma al valore di riacquisto della prima automobile; infine, esso non veniva automaticamente concesso: occorreva, altresì, che la prima vettura, al momento del riacquisto, presentasse determinate condizioni d'uso.

L'ordinanza in commento ha, dunque, accolto le richieste dei consumatori, ritenendo ingannevole l'omissione delle informazioni relative ai reali presupposti per poter beneficiare dello sconto. Tale omissione si era rivelata certamente idonea ad indurre i consumatori ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso, *ex* art. 22 cod. cons.

Molto interessante è, peraltro, un passaggio della pronuncia, ove il collegio aderisce espressamente a un orientamento pacifico nella prassi dell'A.G.C.M. e nella giurisprudenza amministrativa[995]: quello per cui ai fini dell'ingannevolezza di un *claim* debba ritenersi sufficiente che la comunicazione commerciale abbia prodotto il cd. effetto civetta. Essa deve aver viziato la

---

stessa il soggetto obbligato, alla scadenza contrattuale, al rimborso del capitale minimo garantito alle controparti, giammai la certezza di nulla dovere in conseguenza del fallimento del gruppo Lehman Brothers per essere il rischio dell'emittente contrattualmente riservato sugli assicurati alla scadenza delle polizze».

[994] V. Trib. Torino, 30 dicembre 2011, ord., in *Giur. it.*, 2013, II, p. 386 ss., con nota di COPPO, *L'inibitoria cautelare di pubblicità ingannevole davanti al giudice ordinario*.

[995] Esplicita tale ragionamento TAR del Lazio, 21 luglio 2010, n. 27458, in *DeJure*.

volontà del consumatore, invogliandolo, se non a concludere l'acquisto, quanto meno a valutare meglio l'offerta[996].

L'informazione pubblicitaria era risultata, inoltre, intempestiva, poiché non aveva consentito ai destinatari, sin dal primo contatto, di «valutare l'offerta economica in tutti i suoi elementi essenziali al fine di percepirne chiaramente le condizioni di fruibilità e di poter conseguentemente operare una corretta scelta economica». Anche simili statuizioni del Tribunale appaiono in perfetta coerenza con le decisioni assunte dall'Autorità Garante in materia di PCS.

Nel caso di specie, infine, le informazioni sul prezzo erano indeterminate. Il messaggio si limitava a enfatizzare un costo base, a cui dovevano aggiungersi spese e oneri ulteriori, invero mai esplicitati, cosicché il prezzo finale effettivo non risultava chiaramente e immediatamente percepibile da parte dei consumatori[997].

Anche l'altra decisione a cui accennavo prima ha ad oggetto comunicazioni ingannevoli sui prezzi d'acquisto, nella specie, di biglietti aerei. Il caso, conclusosi con una pronuncia di parziale accoglimento da parte del Tribunale di Roma[998], faceva seguito a un certo numero di segnalazioni di pratiche commerciali scorrette, poste in essere da un'agenzia di viaggi on line. In particolare, le tariffe pubblicizzate sul sito web del professionista risultavano costantemente incrementate, nel momento in cui i consumatori ultimavano la procedura di prenotazione e compravendita dei biglietti, con l'addebito delle quote di gestione e del costo per l'utilizzo della carta di credito[999].

Secondo i giudici capitolini e come la giurisprudenza aveva sottolineato già nella vigenza del d.lgs. n. 74/1992, le modalità di presentazione del prezzo di certi beni potevano da sole essere idonee ad indurre in errore il consumatore, ponendosi in contrasto con la normativa sulla pubblicità ingannevole[1000]. Si osservava che, se dal punto di vista della chiarezza e trasparenza informativa è preferibile la tecnica promozionale basata sull'indicazione del prezzo finale onnicomprensivo, non si possono qualificare come ingannevoli tutte le formule pubblicitarie che si discostino da un simile modello. La comunicazione commerciale, in altri termini, non deve incarnare il più elevato standard possibile di chiarezza e semplicità. Ma deve pur sempre consentire «una percezione

---

[996] Non rilevava, peraltro – aggiungevano i giudici – «l'eventuale sanatoria in fase precontrattuale delle omissioni o scorrettezze informative».
[997] Cfr. COPPO, *op. cit.*, p. 391.
[998] V. Trib. Roma, 23 dicembre 2013, ord., in *Foro it.*, 2014, I, c. 2265.
[999] Analoga condotta veniva realizzata anche attraverso un'attività di *direct mailing*: la Bravofly S.A. – questo è il nome dell'impresa convenuta – inviava, infatti, quotidianamente *newsletter* agli internauti, indicando determinate tariffe. Ma una volta effettuato l'accesso sul sito internet dell'agenzia, non era affatto possibile ottenere il prezzo di acquisto pubblicizzato.
[1000] Il Tribunale rinvia a TAR del Lazio, 23 gennaio 2002, n. 631, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2971.

precisa e sufficientemente immediata dell'esborso finale richiesto al consumatore».

Anche nel caso di specie, il tribunale si è uniformato a un chiaro orientamento espresso in sede di tutela amministrativa contro le PCS[1001]. Orientamento che ha consentito senz'altro di concludere per la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dall'impresa resistente. L'informazione fornita, nella sua approssimazione, non permetteva al consumatore di avere piena contezza dell'impegno di spesa a cui sarebbe andato incontro, qualora si fosse deciso ad acquistare il biglietto aereo pubblicizzato.

Degno di nota appare, infine, un ulteriore profilo della pronuncia, che mette in evidenza le divergenze tra l'azione in esame e la *class action*. Il collegio romano ha opportunamente affermato che «la presente fattispecie – a differenza di altre, in cui la tutela inibitoria non è sufficiente ad escludere il perpetuarsi del pregiudizio (tipico il caso della circolazione di moduli contrattuali cartacei contenenti clausole abusive, o quello dell'attuata immissione in commercio di prodotti nocivi per la salute) – non prospetti un'esigenza specifica di neutralizzazione degli effetti dannosi della condotta illecita».

8. *La* class action *italiana nella giurisprudenza: i limiti attuali e le prospettive future di un rimedio dalla fisionomia ancora incerta.*

L'applicazione pratica dell'azione di classe *ex* art. 140 *bis* cod. cons., diversamente dalla tutela inibitoria collettiva[1002], continua a «deludere le aspettative di quanti confidano nell'efficacia di quello che avrebbe dovuto essere il più sofisticato ed efficiente strumento di *deterrence* delle condotte plurioffensive poste in essere dagli operatori del mercato»[1003].

Lo stesso legislatore nazionale parrebbe aver preso atto del fallimento del rimedio, essendo attualmente in discussione alle camere un disegno di legge recante disposizioni in materia di azione di classe[1004]. Tuttavia, almeno finché

[1001] V. TAR del Lazio, 12 novembre 2002, n. 9893, in *Foro it.*, Rep. 2003; Cons. St., 7 luglio 2008, n. 3345, in *Foro it.*, Rep. 2009; A.G.C.M., 27 marzo 2013, Provv. n. 24290 (IP/117B), caso *Ryanair*, tutte menzionate dai giudici capitolini.

[1002] Si rinvia alla rassegna giurisprudenziale delle azioni di cui all'art. 140 cod. cons., riportata *supra* al par. 7 del presente cap. IV.

[1003] Così DE SANTIS, *op. cit.*

[1004] V. NEGRI, *Accelera la* class action. *Boccia: legge contro le imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 settembre 2018, p. 31; ID., *La nuova* class action *punta su più adesioni e risarcimenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 settembre 2018, p. 26 (entrambi gli articoli sono consultabili sul sito web *http://www.ilsole24ore.com*). Il testo del d.d.l. è volto a potenziare il rimedio, ampliandone l'ambito di applicazione, sia soggettivo sia oggettivo. La riforma dovrebbe, infatti, inserire la *class action* nel codice di procedura civile, legittimando ad agire in giudizio non i soli consumatori, ma tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie a fronte di illeciti plurioffensivi, rispetto ai quali vi sia omogeneità dei diritti tutelabili. Sul versante oggettivo, viene prevista la

non verranno introdotte le modifiche prospettate, non posso tacere le difficoltà e i limiti che l'azione *ex* 140 *bis* cod. cons., nella sua attuale configurazione, incontra nella prassi. Tali fattori, nella materia delle pratiche commerciali scorrette, rendono la *class action* del tutto inidonea a soddisfare efficacemente le esigenze di tutela individuale dei consumatori[1005].

D'altronde, un simile rimedio consente sì al singolo di agire dinanzi all'A.G.O., per il ristoro del danno arrecatogli da un'attività promozionale sleale, ma non lo consente ad ogni consumatore, né per la riparazione di qualsivoglia tipologia di pregiudizio. La legittimazione ad agire è riconosciuta a «ciascun componente della classe», ossia al consumatore *uti singulus*, che sia stato leso da condotte imprenditoriali. La dimensione strettamente individuale della *legitimatio ad causam* viene, però, stemperata dal fatto che l'attore è chiamato a farsi portavoce delle istanze di una classe: egli fa valere in giudizio un suo diritto individuale, diritto di cui deve essere titolare effettivo; ma, al contempo, agisce a tutela degli interessi seriali di altri consumatori appartenenti alla medesima classe.

Sennonché, un giudizio in cui rilevano plurime situazioni soggettive individuali fra loro autonome ma omogenee non sarà in grado di accertare che ogni singolo consumatore abbia effettivamente risentito dell'incidenza causale della pratica commerciale scorretta, al di là della potenziale idoneità lesiva della stessa. In altri termini, appare arduo per il «componente della classe», nel contesto dell'azione di cui all'art. 140 *bis* cod. cons., dimostrare l'incidenza del comportamento professionale sleale sulle sue decisioni individuali. E, in ogni caso, come pure la dottrina ha opportunamente sottolineato, siffatta prova finirà per coincidere con quella della mera idoneità della pratica a danneggiare il consumatore. L'azione collettiva risulterà, allora, funzionale a garantire il risarcimento del danno omogeneo subito dall'insieme dei consumatori, «che è

---

possibilità di esperire lo strumento a tutela dei diritti individuali omogenei, nelle ipotesi di responsabilità da fatto illecito. L'azione potrebbe essere attivata nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente a fatti cagionati nello svolgimento delle rispettive attività. Tra le altre novità, va segnalata la previsione secondo cui, con la sentenza che accoglie la *class action*, il tribunale dichiara aperta la procedura di adesione e fissa un termine perentorio, non superiore a 180 giorni, affinché i soggetti portatori di diritti individuali omogenei aderiscano all'azione. Si introdurrebbe, in tal modo, un meccanismo di doppia adesione alla classe: dopo l'ordinanza che dichiara l'ammissibilità dell'azione e, per l'appunto, dopo la sentenza di condanna emessa dalla sezione di tribunale specializzata in materia d'impresa. Sul punto, si rinvia anche a PERGOLARI, Class action *potenziata: alla Camera, esame e audizioni sulla riforma*, 19 settembre 2018, in *http://www.edotto.com/articolo/class-action-alla-camera-esame-e-audizioni-sulla-riforma*.

[1005] V. ALCINI, *Pubblicità ingannevole e rimedi applicativi*, in *Giustizia civile.com*, 16 settembre 2015, p. 23.

ben diverso dal risarcimento del danno che il singolo consumatore ha concretamente subito per effetto della pratica»[1006].

Tali considerazioni sono sicuramente fondate. Tuttavia, resta ferma l'eventualità per il singolo consumatore di chiedere in separato giudizio i danni «più personalizzati», conseguenti al comportamento professionale sleale. Il che, a ben vedere, non riduce l'efficacia pratica dell'azione di classe. Tra l'altro, si consideri che sarebbe assai difficile poter introdurre in un giudizio risarcitorio di tipo collettivo le richieste più strettamente individuali di danno subito da ciascun consumatore.

Ulteriori conferme in tal senso sono ravvisabili nella possibilità prevista dall'art. 140 *bis* cod. cons. di determinare in via equitativa il danno risarcibile[1007]. Il giudice può così assumere una decisione analoga rispetto a tutti i soggetti coinvolti, senza dover vagliare le peculiarità di ciascuna posizione. Difficoltà aggiuntive sono connesse ai danni non patrimoniali eventualmente accertati nel corso del processo[1008]. Anche in tali casi, si ragionerà di pregiudizi aventi una dimensione necessariamente individuale, per i quali la *class action* appare strumento inefficace, ma pur sempre con la possibilità per il singolo di intentare un successivo giudizio risarcitorio individuale.

Ad ogni buon conto, l'analisi della casistica consente di cogliere i limiti e le problematiche poste dall'applicazione dell'azione di classe. La giurisprudenza di merito, tra oscillazioni e incertezze, è stata chiamata, in questi anni, a supplire in via ermeneutica alle lacune tecniche del testo di legge.

Delle decine di azioni proposte[1009], solo quattro (almeno per il momento) si sono concluse con pronunce di accoglimento. Tra le vertenze con esito

---

[1006] Così ALCINI, *op. cit.*, p. 23.

[1007] Osserva CHERTI, *Brevi note sui diritti tutelati dalla «nuova» azione di classe*, in *Obbl. e contr.*, 2010, II, p. 145 che non si vedono le ragioni per cui, se i consumatori forniscono piena prova di tutti i pregiudizi patiti, si debba fare ricorso al giudizio equitativo e non alla liquidazione piena della perdita subita dagli aderenti alla classe, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218 e 1223 c.c. L'a. segnala, allora, «una discriminazione di dubbia costituzionalità tra tutela (e risarcimento) delle posizioni del singolo consociato nel codice civile e situazione analoga, ma dagli esiti diversi, per il consumatore o utente che ricorre all'azione in parola».

[1008] La questione della risarcibilità del danno non patrimoniale in sede di azione di classe era stata risolta in termini radicalmente negativi in presenza del testo originario dell'art. 140 *bis* cod. cons. e anche in presenza del nuovo testo ha ricevuto soluzioni quanto meno caute (SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, III, p. 509). Si è rilevato, al riguardo, che «il rimedio in forma collettiva è ipotizzabile soprattutto se i danni risarcibili sono di tipo patrimoniale», mentre «difficoltà spesso insormontabili si pongono per il ricorso alla azione di classe in caso di danno non patrimoniale», proprio per la necessità non solo di determinare in concreto il *quantum*, ma anche, a monte, di accertare l'esistenza stessa del pregiudizio (v. MENCHINI-MOTTO, *Art. 140*-bis, in *http://www.judicium.it*).

[1009] V., *ex multis*, Trib. Firenze, 10 marzo 2014, ord., confermata da App. Firenze, 15 luglio 2014, ord., in *Foro it.*, 2015, I, c. 2778; Trib. Torino, 7 aprile 2011, in *Giur. mer.*, 2012, II, p. 367 ss., con nota di FIORIO, *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art.*

positivo, due non riguardano affatto l'ambito delle pratiche commerciali scorrette, ma presentano comunque profili di interesse.

In una, la Corte d'Appello di Milano ha condannato l'impresa di trasporti Trenord a risarcire oltre tremila persone a causa dei reiterati disservizi cagionati agli utenti nel 2012[1010]. La vertenza appare degna di segnalazione, perché, oltre ai danni patrimoniali, i giudici hanno ammesso il ristoro dei pregiudizi di tipo non patrimoniale uniformemente sofferti dai viaggiatori in termini di angosce e limitazione alla libertà di circolazione per la soppressione di corse, le estenuanti attese e i sovraffollamenti protrattisi per giorni. La sentenza reca una condanna per così dire «dimezzata» rispetto alla massa delle pretese risarcitorie dedotte in via aggregata[1011]. Il collegio meneghino, infatti, ha accolto l'eccezione di prescrizione sollevata da Trenord per le posizioni di oltre tremila utenti. Questi ultimi, stante il lunghissimo lasso di tempo trascorso tra gli inadempimenti addebitati all'impresa e la declaratoria di ammissibilità dell'azione (intervenuta solo in sede di reclamo[1012]), avevano posto in essere il primo atto interruttivo con il deposito dell'adesione e, quindi, ben oltre il termine annuale di prescrizione dei diritti in materia di trasporto, di cui all'art. 2951 c.c. Tale dato mi sembra significativo, perché pone in evidenza la macchinosità dei meccanismi dell'*opt-in* previsti per la *class action* e le lungaggini dei procedimenti: tutti fattori che finiscono per pregiudicare le istanze di tutela dei consumatori lesi.

L'altra pronuncia di accoglimento, a cui accennavo poc'anzi, è del Tribunale di Napoli e ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata a una dozzina di consumatori, acquirenti di un pacchetto turistico cd. tutto compreso[1013]. La decisione desta interesse, innanzitutto, perché si tratta della prima in ordine di tempo ad aver accolto una

---

140-bis e in *Corr. giur.*, 2011, VIII, p. 1108 ss., con nota di MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*; Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, IX, p. 869 ss., con nota di LIBERTINI-MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*; la pronuncia è stata confermata in appello da App. Torino, 27 ottobre 2010, ord., in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 332 ss., con nota di LUPOI, *Fumata nera per la prima* class action *all'italiana*.

[1010] V. App. Milano, 25 agosto 2017, n. 2828, in *Corr. giur.*, 2018, II, p. 243 ss., con nota di ZUFFI, *Arriva la prima maxi condanna di classe, anche se i diritti di molti aderenti risultano prescritti … ma davvero la citazione notificata* ex *art. 140* bis *c. cons. non ha effetto interruttivo istantaneo «collettivo»?*. La pronuncia ha ribaltato la sentenza di primo grado, che aveva, invece, rigettato nel merito tutte le domande proposte contro Trenord (Trib. Milano, 26 gennaio 2016, in *Dir. mar.*, 2017, I, p. 210 (s.m.), con nota di BARTOLINI, *Il diritto alla puntualità nel trasporto ferroviario di persone: l'azione di classe come possibile strumento di* enforcement*?*).

[1011] V. ZUFFI, *op. cit.*, p. 253.

[1012] V. App. Milano, 3 marzo 2014, ord., in *Foro it.*, 2014, I, c. 1619 e in *Giur. it.*, 2014, VIII-IX, p. 1910 ss., con nota di GIUSSANI, *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*.

[1013] V. Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, V, p. 1612 ss., con nota di PORCARI, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*.

class action; in secondo luogo, perché dalla lettura dell'*iter* argomentativo dei giudici emergono profili di incertezza e dichiarazioni distoniche rispetto al testo dell'art. 140 *bis* cod. cons., a riprova delle innumerevoli oscillazioni giurisprudenziali in materia[1014].

Passando ora ad esaminare le decisioni emesse nel peculiare ambito delle pratiche commerciali scorrette, segnalo una pronuncia della Corte d'Appello milanese, in cui una sola persona, rappresentata da un'associazione a tutela dei consumatori, ha ottenuto la restituzione di 14,50 euro, pari al costo di un test per l'autodiagnosi dell'influenza suina, pubblicizzato in modo ingannevole dalla società distributrice del prodotto in Italia[1015]. Nella specie, al consumatore istante è stato negato l'ulteriore danno non patrimoniale, chiesto, tra l'altro, anche dall'unico aderente all'azione; quest'ultimo si è visto rigettare *in toto* la sua domanda, non avendo, a detta dei giudici, adeguatamente provato l'avvenuto acquisto del test oggetto di causa.

I fatti risalgono al 2009, quando veniva commercializzato in Italia l'Ego Flu test, un test fai da te per diagnosticare l'influenza H1N1. Il foglietto illustrativo magnificava l'assoluta affidabilità dell'autoesame, poi smentita ufficialmente dall'allora Viceministro della salute Fazio che aveva dichiarato l'affidabilità dei soli test molecolari[1016]. La poca attendibilità dell'Ego Flu test dipendeva dalla scarsa considerazione dei cd. falsi negativi, ossia dalla ricorrenza di individui affetti dall'influenza suina, che sarebbero potuti risultare ugualmente negativi.

La sentenza meneghina ha il merito di aver fatto chiarezza su alcuni tra i tanti aspetti critici della disciplina contenuta nell'art. 140 *bis* cod. cons.[1017].

[1014] Mi limito qui a segnalare il fatto che la sentenza parli diffusamente di «interventori» per riferirsi agli aderenti, benché il comma 10 dell'art. 140 *bis* cod. cons. escluda esplicitamente l'intervento *ex* art. 105 c.p.c.; ammetta la possibilità, invero dubbia, che la domanda attorea si cumuli con la chiamata in causa di un terzo, dal quale l'impresa convenuta pretenda di essere garantita; aderisca, infine, a un'interpretazione particolarmente rigida del requisito dell'«identità» dei diritti fatti valere, al punto da negare il ristoro dei danni ad alcuni aderenti.

[1015] V. App. Milano, 26 agosto 2013, in *Foro it.*, I, c. 3326. La decisione ha ribaltato la sentenza di rigetto di primo grado del Trib. Milano, 13 marzo 2012, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1909. Si noti che l'ordinanza di ammissibilità di tale *class action* aveva rappresentato la prima *certification* italiana conclusasi con esito positivo (Trib. Milano, 20 dicembre 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2011, VII-VIII, p. 1789 ss., con nota di GORGONI, *Ancora prove tecniche di applicazione dell'azione di classe: un inventario di questioni irrisolte*).

[1016] Per tutti, cfr. Corriere della sera, 17 novembre 2009, visionabile in *http://www.corriere.it/*.

[1017] La Corte ha superato così alcune posizioni censurabili, espresse nello stesso anno, dal Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, cit. I giudici milanesi hanno rilevato l'inammissibilità dell'intervento volontario nel processo di classe e l'impossibilità di assimilare l'aderente a una parte processuale. Egli, infatti, è del tutto privo di potere di impulso nel processo e non può costituirsi mediante il semplice invio dell'atto di adesione, senza il ministero di un difensore. Quanto alla fase iniziale della *class action*, consistente nel filtro di ammissibilità, la Corte ha aderito alla posizione espressa da Cass., 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2304, nel senso che l'ordinanza che ammette l'azione non è idonea ad acquistare l'efficacia di giudicato interno, è sempre modificabile e revocabile e non preclude il riesame, da parte del giudice di merito, dei

Quanto ai profili di ingannevolezza della condotta professionale, i giudici hanno osservato che il messaggio reclamizzato sulla confezione del prodotto, unito alle spiegazioni riportate nel bugiardino, fosse senza dubbio idoneo a ingenerare nel consumatore medio la falsa convinzione di acquistare un prodotto sicuro, capace di diagnosticare l'influenza suina con una probabilità di successo prossima al 100%. Il collegio milanese ha aggiunto che la portata decettiva del *claim* dovesse valutarsi anche alla luce del particolare contesto di allarme generale in cui si collocava la sua distribuzione. Nel momento di commercializzazione del test vi era, infatti, una massiccia sensibilizzazione, da parte degli organi di informazione, in merito alle gravi conseguenze della diffusione dell'influenza H1N1. Dalla pronuncia emerge che il debito di diligenza professionale sia risultato tanto maggiore a fronte della situazione diffusa di panico da contagio, entro cui era stata effettuata la campagna promozionale scorretta.

L'ultima delle quattro azioni di classe esperite con esito positivo è una pronuncia della Corte d'Appello di Torino, che ha accertato la nullità delle clausole relative alle cd. «commissioni per scoperto di conto», apposte da Intesa Sanpaolo s.p.a. nei contratti di conto corrente sottoscritti dagli attori[1018]. La sentenza ha condannato la società convenuta a restituire alcune centinaia di euro indebitamente versate dagli attori dal 16 agosto 2009 in poi. I soggetti istanti avevano chiesto, tra gli altri, l'accertamento di pratiche commerciali scorrette commesse dall'istituto di credito citato in giudizio. Sennonché, tale profilo è risultato assorbito dalla declaratoria di nullità delle suddette clausole, intervenuta già in primo grado, per violazione del divieto espresso dall'art. 2 *bis* del d.l. n. 185/2008[1019]; onde, la pronuncia non ha avuto ad oggetto, in definitiva, la materia che qui interessa.

La vertenza appare, tuttavia, ugualmente degna di nota, giacché, sin dal primo grado, i giudici hanno accolto le richieste degli istanti, ammettendo, però, per un mero cavillo burocratico, solo tre delle centoquattro adesioni alla *class*

---

presupposti e delle condizioni per l'esperimento dello strumento. Può dirsi, pertanto, superata l'opinione per cui, il giudizio di ammissibilità non demandi al giudice un controllo meramente formale, ma gli imponga una valutazione di tipo sostanziale nel merito, da compiersi, però, allo stato degli atti (App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3545). Per ulteriori approfondimenti, cfr. DE SANTIS, *op. cit.*

[1018] V. App. Torino, 30 giugno 2016, in *Giur. it.*, 2017, I, p. 64 ss., con nota di FERRANTE, *La via italiana alla* class action *fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*. La sentenza è stata resa in appello a Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Giur. it.*, 2015, II, p. 331 ss., anch'essa annotata da FERRANTE, Class action *bancaria: verso regole punitive per i consumatori?*. L'ammissibilità della *class action* era stata, tra l'altro, decisa solo in sede di reclamo. Si veda App. Torino, 23 settembre 2011, ord., in *Danno e resp.*, 2012, XII, p. 1236 ss., con nota di FRATA, *L'art. 140* bis *Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito*.

[1019] L'art. 2 *bis* del d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n. 2/2009, ha, infatti, vietato espressamente la previsione di clausole aventi ad oggetto commissioni di massimo scoperto nei contratti bancari.

action. Il che ancora una volta mette in luce tutti i limiti di tale rimedio giudiziale. La decisione poi intervenuta in appello ha autorizzato i proponenti, sebbene vittoriosi prime cure, ad impugnare la sentenza del Tribunale nell'interesse degli aderenti soccombenti. Ma il collegio torinese ha, infine, confermato nel merito il diniego di tutela nei loro confronti, sostenendo, come già il tribunale di primo grado, che le adesioni, per essere valide, dovessero essere autenticate a mezzo di pubblico ufficiale (art. 21, comma 2 del d.P.R. n. 445/2000) e non con le forme semplificate della cd. autocertificazione (artt. 21, comma 1 e 38 del d.P.R. n. 445/2000).

Simili oneri formali non sono richiesti dall'art. 140 *bis* cod. cons. e, anzi, come pure attenta dottrina ha rilevato, parrebbero addirittura porsi *contra legem*. In ogni caso, mi trovo concorde con chi si chiede come possa mai concepirsi un'autentica notarile o comunque aggravata per un atto – come quello di adesione all'azione di classe – che si voleva quanto più possibile snello e informale[1020].

A fronte della rassegna giurisprudenziale riportata in queste pagine, non posso che trarre un bilancio negativo sulla reale effettività della *class action* italiana, nel tutelare i consumatori dagli illeciti imprenditoriali commessi sul mercato, pratiche commerciali scorrette incluse. Il mio è invero un bilancio solo parziale, poiché devo prendere atto di alcune vertenze ancora in corso, per le quali un esito positivo non è da escludere.

Una è l'azione di classe promossa contro la Fiat Chrysler Automobiles (FCA), a cui si addebitano pratiche commerciali scorrette, consistenti nell'asserita indicazione di dati non attendibili sui consumi e le immissioni di CO2 del veicolo Panda 3a serie 1.2. benzina 51 kW, in quanto sensibilmente inferiori a quelli ottenuti da appositi test di laboratorio. La Corte d'Appello di Torino, in sede di reclamo, ha dichiarato l'ammissibilità del rimedio esperito[1021] e l'associazione a tutela dei consumatori che si è fatta promotrice della *class action*, nel 2017, ha ultimato la raccolta di oltre ventunomila adesioni formali[1022]. Non resta, quindi, che attendere gli ulteriori sviluppi della vicenda.

Essa, peraltro, si colloca sullo stesso filone del cd. *dieselgate*, su cui mi soffermerò nel prossimo paragrafo[1023]. Anticipo sin da ora che l'azione di classe,

---

[1020] Così FERRANTE, *La via italiana alla* class action *fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, cit., p. 71.

[1021] V. App. Torino, 17 novembre 2015, ord., in *Foro it.*, 2016, I, c. 1017. In primo grado, si è pronunciato Trib. Torino, 15 luglio 2008, ord., in *Giur. comm.*, 2009, V, p. 1049 ss., con nota di GUIZZARDI, *I tribunali comunitari nazionali e i provvedimenti con efficacia* cross border *emessi in caso di contraffazione*.

[1022] Lo si evince dal sito dell'associazione Altroconsumo, *http://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/class-action-fiat*.

[1023] V. *infra* al par. 9 del presente cap. IV.

intentata contro il gruppo Volkswagen e Volkswagen Italia è tuttora in corso e ha recentemente superato il vaglio di ammissibilità da parte del Tribunale di Venezia[1024]. La vicenda merita un approfondimento particolare. Ecco perché, come dicevo, ho ritenuto di dedicarvi un paragrafo apposito.

In ultimo, segnalo il cd. caso Samsung «memorie bugiarde». Altroconsumo ha, infatti, proposto una *class action* contro il colosso tecnologico coreano, ammessa dal Tribunale di Milano[1025], a cui hanno già aderito oltre duemilatrecento consumatori[1026]. La vertenza riguarda la presunta diffusione da parte dell'impresa convenuta di informazioni ingannevoli sulla reale capacità di memoria ROM di alcuni suoi modelli di smartphone e tablet. Anche in quest'ultimo caso, si attendono gli ulteriori sviluppi della vicenda processuale.

9. *Il cd.* dieselgate *fra Responsabilità Sociale d'Impresa e scarsa efficacia dissuasiva delle sanzioni.*

Come ho già accennato[1027], una recente ordinanza del tribunale veneziano ha dichiarato l'ammissibilità della *class action* promossa dall'associazione Altroconsumo contro Volkswagen Aktiengesellschaft e Volkswagen Group Italia s.p.a.[1028]. La pronuncia si iscrive all'interno dello

---

[1024] V. Trib. Venezia, 25 maggio 2017, ord., in *Foro it.*, 2017, I, c. 2432 e in *Danno e resp.*, 2018, II, p. 214 ss., con nota di SELLINI, *Emissioni di ossido d'azoto della Volkswagen e vaglio di ammissibilità della* class action *in Italia*. Il reclamo proposto da Volkswagen è stato respinto da App. Venezia, 2 novembre 2017, n. 2966, ord., in *Dir. & Giust.*, 10 novembre 2017, che ha confermato il provvedimento del Tribunale.

[1025] Trib. Milano, 10 novembre 2016, ord., integrata da Trib. 10 aprile 2017, ord., entrambe visionabili all'indirizzo web *http://www.altroconsumo.it/info/ordinanza-tribunale-milano-samsung*.

[1026] Lo si apprende dal sito dell'associazione Altroconsumo, *http://www.altroconsumo.it/hi-tech/smartphone/news/class-action-memorie-smartphone*.

[1027] V. *supra* al par. 8 del presente cap. IV.

[1028] V. Trib. Venezia, 25 maggio 2017, ord., cit. Si tenga presente poi un'ulteriore pronuncia: Trib. Venezia, 12 gennaio 2016, ord., in *DeJure*. Altroconsumo, in qualità di rappresentante processuale di un soggetto acquirente un'autovettura Volkswagen Golf 1.6 TDI Blue Motion 77kW, aveva, infatti, già promosso un'azione di classe nei confronti del Gruppo, al fine di far accertare la pratica commerciale ingannevole consistente nella divulgazione presso il pubblico di dati errati e scorretti sui livelli di consumo ed emissioni dell'automobile, nonché di ottenere il risarcimento dei danni. Il Tribunale perveniva a una dichiarazione di inammissibilità per manifesta infondatezza dell'azione, rilevando che il procedimento di omologazione non fosse governato dalle case produttrici e le rilevazioni effettuate da un laboratorio terzo su indicazione dell'associazione promotrice non avessero rilievo probatorio. Secondo i giudici, si sarebbe trattato di una consulenza di parte stragiudiziale, basata su un metodo di verifica totalmente diverso da quello utilizzato in sede di omologazione. App. Venezia, 17 giugno 2016, ord., ha però dichiarato, in sede di reclamo, l'ammissibilità della suddetta *class action*. Il collegio ha ritenuto che l'azione non potesse dirsi manifestamente infondata, avendo parte attrice promosso test che non potevano dirsi privi di qualsiasi valore prima ancora di una qualsiasi istruzione probatoria. Quest'ultima vertenza, detta anche *Golfgate*, coinvolge circa cinquemila consumatori (contro le oltre novantamila adesioni del *dieselgate*, la *class action*, più volte menzionata, ammessa da Trib. Venezia, 25 maggio 2017, ord., cit., su cui mi soffermerò nel proseguo del

scandalo, noto alle cronache come *dieselgate*, che ha scosso il gruppo automobilistico Volkswagen per le emissioni inquinanti non conformi ai valori dichiarati in sede di omologazione, nell'ambito della vendita e distribuzione di autoveicoli e veicoli commerciali.

La vicenda offre significativi spunti di riflessione sul livello di deterrenza reale del sistema di *private* e *public enforcement* dei divieti delle pratiche commerciali scorrette, descritto in questo capitolo[1029]. Il cd. *dieselgate* consente, inoltre, di rilevare come sia sempre più avvertita l'esigenza di implementare forme di Responsabilità Sociale d'Impresa[1030], al fine di contemperare le crescenti potenzialità dannose delle attività industriali nei confronti della collettività e dell'ambiente[1031].

Ricordo brevemente i fatti che hanno dato origine al caso. Il 18 settembre 2015, l'Agenzia di Protezione Ambientale degli Stati Uniti (EPA) ha emesso un avviso di violazione nei confronti della casa automobilistica tedesca, per aver intenzionalmente programmato i motori a iniezione diretta (TDI) diesel turbocompressi, al fine di ridurre le emissioni di ossido di azoto (NOX) entro i limiti di legge durante i test di omologazione dei veicoli. Nella normale guida su strada, invece, la fuoriuscita dei gas di scarico avrebbe subìto un incremento fino a quaranta volte superiore. La stessa Volkswagen ha ammesso di aver installato su circa undici milioni di automobili, distribuite in tutto il globo tra il 2009 e il 2015, un software, il *defeat device*, in grado di manipolare ad arte i dati relativi alle emissioni inquinanti.

La condotta illecita della casa automobilistica tedesca ha determinato l'avvio di svariate iniziative legali, tra cui la suddetta azione di classe intentata dinanzi al Tribunale di Venezia, su cui tornerò più avanti. Ma ancora prima, le associazioni dei consumatori si sono rivolte all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Quest'ultima, con una pronuncia poi confermata dal TAR del Lazio[1032], ha accertato che la vendita in Italia degli oltre 710.000 veicoli muniti del *defeat device* integrasse una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lett. b) e 23, comma 1, lett. d) cod. cons. L'Autorità, pertanto, ha irrogato alla Volkswagen Italia, in solido con la casa madre tedesca, la sanzione pecuniaria massima di 5.000.000 euro.

---

paragrafo. Tale ultima azione nasce dall'iniziativa di due soggetti acquirenti un'autovettura Volkswagen Polo Euro 5 con motorizzazione EA 189).

[1029] Cfr. GARACI, *Il* dieselgate. *Riflessioni sul* private *e* public enforcement *nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, II, p. 61-62.

[1030] Su cui mi soffermerò a breve *infra* nel testo.

[1031] V. RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del* dieselgate, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, III, p. 427.

[1032] V. TAR del Lazio, 7 dicembre 2016, n. 7872, ord., reperibile sul sito web *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

Va detto che il Gruppo Volkswagen aveva incentrato la propria campagna promozionale sui valori della tutela ambientale, presentando i veicoli immessi sul mercato come prodotti particolarmente eco-compatibili.

Osserva l'A.G.C.M. che «i cosiddetti *claim* ambientali o verdi (detti anche *green claims* o *environmental claims*), diretti a suggerire o comunque a lasciar intendere o anche solo a evocare il minore o ridotto impatto ambientale del prodotto o servizio pubblicitario offerto, sono diventati un importante strumento pubblicitario in grado di orientare significativamente le scelte di acquisto dei consumatori, sulla base della loro accresciuta sensibilità verso tali tematiche». Il Garante, richiamandosi agli orientamenti emersi in sede internazionale[1033], ha aggiunto che sussiste un onere informativo minimo imprescindibile a carico dei professionisti, che intendano ricorrere a vanti ecologici dei propri prodotti: essi devono presentarli in modo necessariamente chiaro, veritiero, accurato, non ambiguo, né ingannevole. Tale onere, nella specie, è stato chiaramente trasgredito.

L'attività dei professionisti coinvolti nel *dieselgate* – continua il provvedimento dell'Antitrust – «integra una violazione grave degli obblighi di diligenza professionale, ponendosi ben oltre il mancato rispetto del normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si potrebbe attendere». Ne è una riprova il fatto che la stessa Volkswagen, in un messaggio diffuso a mezzo stampa, ha riconosciuto di aver «commesso un grave errore» e ha chiesto pubblicamente scusa ai consumatori.

La violazione dell'obbligo di diligenza è, dunque, tanto più grave, tenuto conto dell'importanza e della notorietà del gruppo imprenditoriale coinvolto. La collettività, da uno dei principali operatori mondiali del settore automobilistico, esige il rispetto di standard di correttezza professionale ben più elevati della media e certamente maggiori di quelli che potrebbe richiedere a un'azienda di piccole dimensioni.

In più, come si diceva, c'è il «fattore *green*». Nella realtà odierna, la competizione sui mercati avviene anche attraverso la rivendicazione di caratteristiche e innovazioni di prodotto, volte a preservare la natura e l'ambiente.

[1033] Nelle Linee Guida del 2016, al punto 5.1.2., si legge: «L'applicazione della direttiva alle asserzioni ambientali si può sintetizzare in due principi essenziali: I. sulla base delle disposizioni generali della direttiva, in particolare gli articoli 6 e 7, i professionisti devono presentare le loro dichiarazioni ecologiche in modo chiaro, specifico, accurato e inequivocabile, al fine di assicurare che i consumatori non siano indotti in errore» (v. *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 giugno 2016, SWD (2016) 163 *final*, cit., p. 97).

Il concetto di diligenza professionale – lo si è detto più volte[1034]– allude al *know-how* imprenditoriale relativo ai beni immessi sul mercato; e, quindi, alla cura, cautela, tensione verso i consumatori, destinatari delle attività promozionali. Ma il bagaglio di conoscenze che il professionista possiede e mette al servizio della sua attività include oggi sempre più spesso preoccupazioni esogene alla mera massimizzazione del profitto. Gli obiettivi imprenditoriali, infatti, appaiono allargati alle istanze provenienti dalla società civile. E la crescente attenzione per l'impatto non solo economico, ma anche ambientale e sociale, ha contribuito a rendere la reputazione aziendale un fattore competitivo strategico. Come la dottrina ha opportunamente affermato, la correttezza dei comportamenti e il grado di eticità espresso dall'azienda diventano così un terreno di concorrenza per fidelizzare la clientela, motivare le risorse umane e raccogliere tutti gli effetti positivi che implica il «produrre partecipazione»[1035].

È proprio questa l'idea alla base della Responsabilità Sociale d'Impresa (indicata anche con la sigla R.S.I.), a cui si accennava poc'anzi[1036]. Mi riferisco al fenomeno, particolarmente avvertito dal mondo imprenditoriale, che vede, specie negli ultimi decenni, molti professionisti aderire a programmi e iniziative finalizzati a conformare le proprie condotte a criteri di responsabilità sociale[1037].

Ebbene, proprio in quest'ottica si era posto anche il Gruppo Volkswagen. Divulgando specifici *green claim*, esso di fronte ai destinatari dei messaggi si proclamava «un produttore di autoveicoli che fa della tutela dell'ambiente uno dei suoi principali obiettivi e, verso la quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva»[1038].

[1034] V. spec. *supra* al par. 4.2 del cap. III.

[1035] V. FELICI, *L'etica come responsabilità collettiva*, in AA. VV., *Dall'etica ai codici etici. Come l'etica diventa progetto d'impresa*, a cura di FELICI, Milano, 2005, p. 26.

[1036] Nella dicitura anglosassone è la *Corporate Social Responsibility* (C.S.R.). La nozione è stata elaborata da Carroll, il quale ha ideato un modello piramidale di «*responsibility*», articolato su quattro livelli, che si ricollegano ad altrettante aspettative che la *corporation* deve soddisfare: di tipo economico, giuridico, etico e discrezionale (CARROLL, *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991, p. 42).

[1037] Il tema della R.S.I. è stato oggetto di ampi dibattiti in Italia, specialmente a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i reati particolarmente gravi ivi previsti, commessi dai dipendenti degli enti. Le imprese possono, tuttavia, essere esonerate da responsabilità, qualora abbiano adottato un «codice di comportamento», predisposto un modello organizzativo idoneo a prevenire le fattispecie criminose e nominato un organo di controllo esterno, al fine di rendere il sistema effettivo. Sull'argomento si rinvia a IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss. La dottrina sulla Responsabilità Sociale d'Impresa è molto ampia. Tra gli altri, si segnalano: GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005; CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale del mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, I, p. 108 ss.; ID., *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, III, p. 679 ss.; AA. VV., *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, a cura di PERULLI, Bologna, 2013.

[1038] Citando ancora una volta le parole impiegate dall'Autorità Antitrust nel provvedimento di condanna.

La manipolazione dei dati ha consentito così ai professionisti di accreditarsi presso il pubblico su livelli di emissioni di ossido di azoto inferiori a quelli reali.

Tale condotta appare, pertanto, idonea, secondo l'A.G.C.M., «a falsare in maniera rilevante il comportamento economico dei consumatori, inducendoli ad assumere una scelta di consumo di notevole importo economico che non avrebbero altrimenti preso ove consapevoli delle reali caratteristiche dei veicoli acquistati». La principale argomentazione su cui si fonda la condanna del Garante è proprio questa: se i clienti della Volkswagen avessero saputo della presenza del *defeat device* nella centralina delle automobili, essi non avrebbero proceduto all'acquisto.

Sennonché, non posso che concordare con chi rileva come, allo stato attuale, la sensibilità ecologica del consumatore medio non sia tale da indurlo a scegliere un prodotto più costoso, solo perché meno inquinante[1039]. Certo, l'idea è quella di chiamare in causa – e in effetti l'Autorità Garante lo fa espressamente – la Responsabilità Sociale d'Impresa, vincolandola ad un obbligo (implicito) di tenere fede alle dichiarazioni rese pubblicamente, in forma di messaggi promozionali, adesioni a codici di condotta, autocertificazioni *et similia*. L'intento del Garante è, quindi, nobile, tenuto conto del fatto che la crescente importanza dell'etica in ambito imprenditoriale si scontra pur sempre con la pressoché totale assenza di strumenti di coercizione. Ragion per cui la Responsabilità Sociale d'Impresa, al di là di dichiarazioni velleitarie, non è nulla di più, almeno per il momento, di un mero auspicio[1040]. Ma proprio per questo, l'argomentazione su cui l'A.G.C.M. pone più enfasi per emettere il suo verdetto mi sembra debole.

Si osservi poi che la sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità, benché consista nel massimo della pena prevista, appare chiaramente inadeguata in relazione alle dimensioni economiche dell'impresa[1041].

Del resto, è il Garante stesso a prenderne atto, specificando che l'importo della sanzione corrisponde a una percentuale inferiore all'1% dei fatturati complessivi dei professionisti coinvolti[1042]. E non potrebbe essere diversamente, perché nei sistemi di *civil law* come il nostro, le Autorità di Regolazione e l'A.G.O. non sono libere di fissare a proprio piacimento le sanzioni, ma,

---

[1039] V. RAJNERI, *op. cit.*, p. 418.
[1040] V. RAJNERI, *op. cit.*, p. 397.
[1041] L'ho già anticipato *supra* al par. 2.1. del presente cap. IV, nel descrivere in termini generali le sanzioni irrogabili dall'A.G.C.M.
[1042] In base ai dati riportati in una nota nel provvedimento dell'Antitrust, il fatturato registrato nel 2015 dalla Volkswagen Italia è pari a 4.272.367.749 euro e quello della casa madre tedesca ammonta a 73.510.000.000 euro.

diversamente da quel che avviene nei Paesi di *common law*, devono rispettare i limiti prefissati dal legislatore[1043].

Inoltre, nell'ottica dell'efficacia dissuasiva del sistema di *enforcement*, si deve considerare che le sanzioni amministrative vanno ad interagire con quelle previste dal diritto civile e penale. Occorre, allora, chiedersi se, raccordando la sanzione disposta dall'A.G.C.M. con gli altri rimedi, il nostro sistema, nel suo complesso, sia in grado di svolgere una funzione di deterrenza[1044].

Tralasciando gli strumenti potenzialmente attivabili sul piano contrattuale in caso di pratiche commerciali scorrette[1045], sussistono, nella specie, gli estremi dell'illecito civile, che consentono di promuovere azioni risarcitorie dei danni attraverso ricorsi giudiziali sia individuali, sia collettivi. Di qui l'azione *ex* art. 140 *bis* cod. cons., promossa dall'associazione Altroconsumo, a cui facevo riferimento prima.

Nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Venezia all'esito della prima fase del giudizio, si è rilevato come, alla luce della documentazione depositata da parte attrice e delle sanzioni irrogate in sede amministrativa, sussista un quadro indiziario sufficiente a ritenere non manifestamente infondata l'azione avviata nei confronti del gruppo automobilistico tedesco[1046]. L'accertamento dell'A.G.C.M., dunque, avrà un impatto importante nell'ambito dell'iniziativa risarcitoria collettiva.

Tuttavia, non possono qui trascurarsi i ben noti limiti della *class action* italiana[1047]: in primo luogo, il sistema dell'*opt-in*, che circoscrive gli effetti della decisione solo a coloro che hanno assunto l'iniziativa e poi aderito all'azione. Esso potrebbe rivelarsi un punto debole nella vertenza in esame, dal momento che il grado di dissuasività del rimedio dipenderà fortemente dal numero degli aderenti alla *class action*, *rectius* dal numero delle adesioni in definitiva ammesse[1048].

Si tengano presenti, tra l'altro, le problematiche relative all'accertamento dei danni risarcibili. Tanto più, visto che la Volkswagen ha prontamente azionato

---

[1043] Cfr. RAJNERI, *op. cit.*, p. 419.
[1044] V. GARACI, *op. cit.*, p. 67.
[1045] Su tali strumenti mi sono già soffermata *supra* ai par. 7 ss. del cap. III, a cui faccio rinvio.
[1046] V. SELLINI, *op. cit.*, p. 223.
[1047] Si rinvia, in proposito, *supra* al par. 8 del presente cap. IV.
[1048] Altroconsumo ha reso noto che le adesioni pervenute siano state oltre novanta mila (v. *http://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/altroconusmo-contro-volkswagen*). Esse sono attualmente al vaglio dei giudici, ma è difficile prevedere gli ulteriori sviluppi della vicenda, visti anche i precedenti. Si ricordi il caso delle commissioni per scoperto di conto, apposte da Intesa Sanpaolo s.p.a., menzionato *supra* nel par. 8 del presente cap. IV. Lì i giudici hanno accolto le richieste degli istanti, ma, per un mero cavillo burocratico, hanno ammesso solo tre delle centoquattro adesioni (Trib. Torino, 10 aprile 2014, cit., confermata da App. Torino, 30 giugno 2016, cit.). Ecco perché, benché qui gli aderenti siano molti di più, non me la sentirei di essere troppo ottimista sul numero finale dei consumatori realmente coinvolti nella causa.

un piano di richiami degli autoveicoli al fine di metterli a norma. Potrebbe, allora, escludersi la configurabilità di un danno patrimoniale in capo ai singoli proprietari delle vetture richiamate, salvo offrire la difficile prova di una riduzione delle prestazioni promesse, in conseguenza della riconduzione delle emissioni NOX entro i limiti di legge (ad es. dimostrando il maggior consumo di carburante, o lo stress di alcune parti del motore, ovvero ancora la perdita di potenza dello stesso, etc.)[1049].

Sotto il profilo del danno non patrimoniale, sebbene l'A.G.C.M. dia per acquisita la sensibilità del consumatore medio alla causa ecologista – argomentazione su cui ho già espresso i miei dubbi –, dinanzi al giudice ordinario potrebbe richiedersi una prova più consistente, per accertare che i consumatori abbiano realmente fondato le loro decisioni d'acquisto sull'eco-compatibilità dei prodotti[1050].

In ogni caso, il danno non patrimoniale più significativo, quello all'ambiente per inquinamento, non potrebbe essere invocato dai consumatori, né *uti singuli*, né quali membri di una classe. Essi potrebbero richiedere la mera lesione di un bene individuale compromesso dal deterioramento ambientale (la salute, il diritto di proprietà o altro diritto reale, ai sensi dell'art. 313, comma 7, d.lgs. n. 152/2006, cd. Testo Unico ambiente)[1051].

Non solo in Italia, ma anche negli altri Paesi UE, il danno ecologico causato dalla casa automobilistica tedesca sembra sfuggire a specifiche disposizioni normative. Come la dottrina ha giustamente evidenziato, «il punto è che la qualità dell'aria che noi respiriamo è già compromessa da così tanti fattori che risulta assai arduo dimostrare, applicando le teorie tradizionali sul nesso causale, che lo sforamento da parte di Volkswagen sia la causa di un danno alla salute apprezzabile, anche solo in termini di aumento del rischio di danno alla salute»[1052].

Dal quadro complessivo descritto, emerge, dunque, l'inidoneità del sistema di *enforcement* privato, seppure coordinato con quello pubblico, di svolgere un'adeguata funzione di deterrenza degli illeciti lucrativi d'impresa. Tanto più, laddove si ragioni di multinazionali con un fatturato annuo particolarmente elevato, le quali abbiano leso interessi giuridici protetti,

---

[1049] Così GARACI, *op. cit.*, p. 69-70. Nelle cause in corso in Austria risulta che siano state proposte domande per danni cagionati alle automobili nel rimontaggio (KRACHLER-RZEHORSKA, *«Dieselgate» and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Austria*, in *EuCML*, 2017, I, p. 36 ss.).

[1050] V. le considerazioni di FABBIO, *«Dieselgate» and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Italy*, in *EuCML*, 2017, I, p. 95.

[1051] V. GARACI, *op. cit.*, p. 70.

[1052] Così RAJNERI, *op. cit.*, p. 424.

producendo però danni di modesta entità o comunque non agevolmente dimostrabili.

D'altronde, la natura compensativa della responsabilità civile in Italia la rende soggetta al principio dell'integrale riparazione del danno e non consente di riconoscere ai soggetti lesi risarcimenti maggiori dei danni subiti[1053].

Si è osservato che il sistema potrebbe funzionare se l'insufficiente dissuasività dei rimedi di diritto privato e amministrativo fosse compensata dalla minaccia di sanzioni penali efficaci, da comminare direttamente alle persone fisiche che per la società abbiano agito, come accade in Germania o in Francia[1054].

Senza volermi dilungare in un ambito che non mi compete, mi limito qui a rilevare che in Italia, quanto più la struttura organizzativa di un'impresa è articolata, tanto più potrebbe risultare difficile imputare le responsabilità penali ai singoli che abbiano operato per la società. Appare poi ancora più arduo applicare il diritto penale interno alle imprese multinazionali, i cui vertici risiedano al di fuori del territorio nazionale ed europeo[1055].

Tuttavia, a parte quest'ultimo problema, invero risolvibile mediante meccanismi di coordinamento tra le diverse giurisdizioni penali eventualmente coinvolte, va detto che la struttura organizzativa complessa di una società non impedisce di per sé una repressione penale effettiva. Lo dimostra l'esperienza applicativa della disciplina in tema di infortuni sul lavoro o di quella sugli obblighi di sicurezza, o ancora delle regole in tema di anticorruzione. In verità, allora, un buon sistema di sanzioni penali potrebbe realmente rafforzare l'efficacia della normativa, soprattutto laddove la debolezza economica del trasgressore imponga di comminare sanzioni pecuniarie di modesto livello, o

---

[1053] Diversamente, negli Stati Uniti si prevedono i danni punitivi (*punitive damages*), che consentono al sistema risarcitorio di svolgere un'adeguata funzione di *deterrance*. Non si possono trascurare le recenti aperture giurisprudenziali in Italia sul tema (Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*). Le Sezioni Unite italiane, ammettendo la riconoscibilità delle sentenze straniere che contengono i danni punitivi, hanno affermato il principio per cui la funzione deterrente e sanzionatoria di tale tipologia di danni non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento. Ma va precisato che la Suprema Corte si è limitata ad ammettere la delibazione di sentenze straniere che dispongano il risarcimento dei *punitive damages*, sul presupposto che la condanna si fondi su un'espressa previsione legislativa nel Paese d'origine (principio di legalità). Non è possibile evincere il riconoscimento dell'istituto dei danni punitivi, quale figura generale in Italia, essendo sempre necessario a tal proposito un intervento normativo *ad hoc*.

[1054] V. RAJNERI, *op. cit.*, p. 429.

[1055] Tra l'altro, la riforma degli illeciti societari del 2002 (d.lgs. n. 61) ha in parte depenalizzato il settore e in parte trasformato i reati di pericolo in reati di danno, riproducendo anche in ambito penale i limiti di cui soffre il sistema di responsabilità civile dinanzi a danni difficilmente tangibili, come quelli agli interessi diffusi. Per un'analisi critica della riforma, v. FORTI, *«Paradigmi distributivi» e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, IV, p. 1603 ss.

comunque, siffatta debolezza, a fronte della condanna a elevati importi sanzionatori, difficilmente consenta di riscuoterli. Pertanto, la combinazione tra sanzioni penali ed economiche potrebbe costituire un deterrente, in generale, più utile della sola previsione di misure economiche. E tale situazione – in un'ottica rovesciata rispetto a quella precedentemente analizzata – potrebbe verificarsi proprio nei casi in cui la società responsabile dell'illecito abbia una potenzialità economica tale da poter sopportare agevolmente le sanzioni pecuniarie.

In definitiva, tenuto conto del fatto che la Responsabilità Sociale d'Impresa, ad oggi, non è nulla di più che una mera dichiarazione di intenti degli operatori forti sul mercato, in difetto di sanzioni realmente significative da parte delle autorità di *private* e *public enforcement*, anche la percezione sociale della gravità dell'illecito imprenditoriale si stempera. Con la conseguenza che il professionista non correrà neppure il rischio di perdere il bene forse più prezioso: la sua reputazione commerciale[1056].

[1056] Cfr. RAJNERI, *op. cit.*, p. 430.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Nell'articolato contesto delle pratiche commerciali scorrette che ho tentato sin qui di descrivere, emerge progressivamente e si amplia la nozione di correttezza professionale, che supera i confini codicistici nazionali. Si tratta di un concetto fluido non predeterminabile a priori, ma desumibile dalle condizioni peculiari in cui l'imprenditore opera. Le definizioni previste nella direttiva e nella normativa di recepimento nazionale restano senz'altro i fondamenti dell'interpretazione evolutiva. Tuttavia, nel singolo mercato rilevante e/o nella particolare situazione concreta, il canone di comportamento preteso dall'imprenditore dovrà assumere connotati più specifici: si renderà, di volta in volta, necessaria l'adozione di determinati accorgimenti e misure, al fine di scongiurare un possibile pregiudizio nei confronti dei consumatori.

Questa conclusione scaturisce dalle osservazioni che seguono.

Al di là delle divergenze tra i diversi «binari» di tutela esperibili e dei limiti che ciascun rimedio, individuale o collettivo, presenta, il concetto di diligenza professionale ha un'importanza cruciale in tutte le decisioni assunte in materia di pratiche commerciali scorrette.

Come si è tentato di chiarire nel presente lavoro[1057], tale concetto, quale standard essenziale per valutare la slealtà di una attività promozionale, deve essere definito alla luce dell'endiadi correttezza-buona fede. Siffatto binomio viene ad incidere sull'agire diligente, cosicché la condotta dell'imprenditore potrà dirsi tale, nella misura in cui risulti anche conforme alle regole desumibili in via di concretizzazione dalla correttezza-buona fede. Il comportamento professionale risulterà, invece, contrario alla diligenza richiesta e, quindi, scorretto (purché, come è noto, sia al contempo idoneo ad indurre in errore il consumatore medio[1058]), laddove violi le suddette regole. È proprio attraverso la correttezza-buona fede, che è possibile individuare quel livello di competenza, cura e attenzione che ci si può legittimamente attendere dal professionista.

L'esame della giurisprudenza sulle pratiche commerciali scorrette, inserito nella cornice delle previsioni legislative[1059], ha consentito di rinvenire un sistema di tutele che pone un *focus* diretto sul soggetto agente: il professionista-imprenditore[1060]. Quest'ultimo è tenuto a comportarsi correttamente sul mercato, adottando uno standard di diligenza particolarmente

---

[1057] V. *supra*, spec. al par. 4 del cap. III.
[1058] Devono, infatti, sussistere entrambi i parametri di valutazione della scorrettezza, di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons. V. *supra*, spec. ai par. 4 e 5 del cap. III.
[1059] Tali previsioni sono state dettagliatamente descritte *supra* al cap. I.
[1060] Cfr. ANGELINI, *op. cit.*, p. 329.

elevato, commisurato al complesso contesto di soggetti e interessi in cui si trova ad operare.

I consumatori con cui il professionista entra in contatto soffrono di un'asimmetria informativa di partenza che li rende ontologicamente più svantaggiati. Ecco, allora, che l'imprenditore, nel promuovere i propri prodotti, dovrà mettere i potenziali acquirenti in condizione di comprendere appieno il contenuto degli input pubblicitari che egli invia.

Inoltre, la diligenza che l'ordinamento esige dai professionisti potrà essere tanto più elevata, quanto maggiore sarà l'asimmetria informativa specifica in cui versino i consumatori nel singolo mercato rilevante. Si pensi, ad esempio, all'ambito bancario, dove gli operatori di settore, nell'interagire con i clienti, devono osservare standard di correttezza professionale non inferiori a quelli che adottano internamente per perseguire gli scopi dell'attività[1061]. L'A.G.C.M. ha, in proposito, precisato che la diligenza che i consumatori possono attendersi dalle imprese bancarie è quella che, di volta in volta, è in grado di neutralizzare i rischi commerciali connessi al forte squilibrio che caratterizza la relazione[1062].

Ma vi è di più. Alla definizione di diligenza professionale concorrono anche fattori esterni a quelli tipici del settore ove il professionista operi. Nella singola fattispecie concreta, infatti, possono rilevare contingenze particolari, legate al momento in cui la pratica commerciale viene diffusa. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso del test per l'autodiagnosi dell'influenza suina descritto nel capitolo quarto[1063], ove la portata ingannevole del *claim* e, dunque, il debito di diligenza professionale sono stati giudicati più severamente dai magistrati, proprio in considerazione del contesto di panico da contagio in cui il prodotto era stato distribuito.

In sintesi, l'imprenditore che gode di un'evidente posizione di vantaggio sul mercato, ha uno speciale dovere di protezione nei confronti dei consumatori. Tale dovere presenta un contenuto specifico, che varia a seconda delle molteplici componenti rilevanti in ciascun caso concreto.

Tra l'altro, è evidente, lo si è ampiamente detto[1064], che la diligenza, di cui all'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons., obblighi il professionista a uno standard comportamentale che arricchisce i tradizionali canoni civilistici di valutazione della condotta, impliciti all'art. 1176 c.c. Un simile obbligo ci è consegnato dall'analisi svolta come dotato di maggiore flessibilità, secondo le

---

[1061] V. ANNA GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, cit., p. 203.
[1062] V. A.G.C.M., 16 giugno 2010, Provv. n. 21253 (PS/4126), caso *Barclays Bank-Rata di Cauzione*, cit.
[1063] V. *supra* al par. 8 del cap. IV.
[1064] V. *supra* al par. 4.1. del cap. III.

cautele che le circostanze concrete esigono[1065]. Come si è opportunamente espressa la giurisprudenza amministrativa, l'ancoraggio al canone di diligenza consente alla normativa a tutela dei consumatori di spiegare al meglio il proprio «effetto utile»: il sistema di tutele può così plasmarsi nel modo più conforme alle necessità del caso concreto. Necessità, lo si è visto, molto variegate nell'ambito delle pratiche commerciali.

Nel corso del presente lavoro, si è descritto un quadro normativo particolarmente complesso, in cui interagiscono fonti pubbliche e private di regolamentazione[1066]. Si è poi dato atto dell'insufficiente valorizzazione dei codici di condotta e del «ruolo deflattivo» (per lo più solo) potenziale degli stessi nel contrastare le attività pubblicitarie vietate[1067]. Al contrario, si è cercato di focalizzare l'attenzione sul contributo che il sistema di *soft law* comunque offre nel delineare il comportamento preteso dal professionista sul mercato. E, infatti, nonostante lo scarso dialogo tra gli organi deputati a controllare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, occorre prendere atto che la delusione delle aspettative di diligenza professionale dell'imprenditore è stata avvertita come più grave dall'Autorità Garante, nei casi in cui questi si sia discostato formalmente dalle previsioni dei codici di condotta e/o non abbia dato seguito alle prescrizioni e ai divieti del Giurì[1068].

Inoltre, il *dieselgate* ha messo in luce la crescente importanza della Responsabilità Sociale d'Impresa[1069]. Un'importanza che certo, allo stato dei fatti, è più virtuale che reale. Ma è innegabile che l'idea stessa di impresa etica segni il passaggio da una logica di mera promozione dello *shareholders' value* – il valore per gli azionisti – ad una *stakeholder view*[1070]. Il che contribuisce ad ampliare gli obiettivi imprenditoriali, includendovi le istanze provenienti dalla società civile. L'impresa socialmente responsabile, tra l'altro, non viene meno alla propria vocazione lucrativa. Essa, però, allarga i propri orizzonti, inserendo nella *policy* aziendale preoccupazioni esogene alla mera massimizzazione dei profitti.

Come si è osservato in precedenza, l'attenzione per l'impatto non solo economico, ma anche ambientale e sociale delle attività, concorre e

---

[1065] V. ANGELINI, *op. cit.*, p. 329, il quale menziona (nella nota 7): TAR del Lazio, 6 aprile 2009, n. 3696.
[1066] V. *supra* al cap. I.
[1067] V. *supra* al par. 4.1. del cap. IV.
[1068] V. *supra* al par. 4 del cap. IV.
[1069] V. *supra* al par. 9 del cap. IV.
[1070] La R.S.I. consiste anche in un insieme di principi specifici circa il modo di trattare correttamente, oltre agli azionisti, tutti coloro che per vari motivi sono interessati alle attività dell'impresa, perché in essa «tengono una posta in gioco». Quest'ultimo è il significato letterale dell'inglese *stakeholders*: dipendenti, fornitori, risparmiatori, comunità in cui hanno sede le unità produttive (GALLINO, *op. cit.*, p. 9).

probabilmente concorrerà ancora di più in futuro all'evoluzione del concetto di correttezza dell'imprenditore sul mercato, per mezzo dei nuovi parametri emergenti, che si è tentato qui di ricostruire. Si pensi, nello specifico, ai settori di mercato, alla *soft law*, alle decisioni degli organi deputati al controllo delle pratiche commerciali, agli interventi della giurisdizione ordinaria e all'impatto della casistica offerta dalla prassi.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela del consumatore nei mercati energetici*, NAPOLITANO G.-ZOPPINI A. (a cura di), Bologna, 2015.

AA.VV., *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, D'ALBERTI M.-PAJNO A. (a cura di), Bologna, 2010.

AA.VV., *Codice civile*, PESCATORE G.-RUPERTO C. (a cura di), t. I, XVI ed., Milano, 2015.

AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, CATRICALÀ A.-TROIANO P. (a cura di), Torino, 2010.

AA.VV., *Codice del consumo*, CUFFARO V. (a cura di), III ed., Milano, 2015.

AA.VV., *Codice del consumo. Aggiornamento pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, VETTORI G. (a cura di), Padova, 2009.

AA.VV., *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, CAPOBIANCO E.-PERLINGIERI G. (a cura di), Napoli, 2009.

AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, ALPA G.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Napoli, 2005.

AA.VV., *Codice del Consumo commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza. Le norme complementari*, ROLLI R. (a cura di), Piacenza, 2013.

AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo, commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, FRANZONI M. (diretto da), Torino, 2008.

AA.VV., *Codici deontologici e autonomia privata*, ALPA G.-ZATTI P. (a cura di), Milano, 2006.

AA.VV., *Commentario al capo XIV*-bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, BIANCA M.-BUSNELLI F.D. (a cura di), Padova, 1999.

AA.VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, RUFFOLO

U. (a cura di), Milano, 2003.

AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A. (a cura di), Padova, 2013.

AA.VV., *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza. Appendice di aggiornamento*, UBERTAZZI L.C. (a cura di), Padova, 2008.

AA.VV., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, GALGANO F. (a cura di), Bologna-Roma, 1988.

AA.VV., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, DOLCINI E.-GIARDA A.-MUCCIARELLI F.-PALIERO C.E.-RIVA CRUGNOLA E. (a cura di), Milano, 1982.

AA.VV., *Concorrenza e mercato. Antitrust*, regulation, consumer welfare, intellectual property, GHIDINI G.-MARCHETTI P.-CLARICH M.-DI PORTO F. (diretta da), Milano, 2011.

AA.VV., *Dall'etica ai codici etici. Come l'etica diventa progetto d'impresa*, FELICI G. (a cura di), Milano, 2005.

AA.VV., *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1995.

AA.VV., *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività*, enforcement, ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2015.

AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE S. (a cura di), Milano, 2006.

AA.VV., *I contratti bancari*, CAPOBIANCO E. (a cura di), Torino, 2016.

AA.VV., *I contratti dei consumatori*, GABRIELLI E.-MINERVINI E. (a cura di), Torino, 2005.

AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008.

AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER P. (diretto da),

Milano, 1991.

AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, MAZZAMUTO S. (a cura di), Torino, 2002.

AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, GAMBINO A.M.-NAVA G. (a cura di), Torino, 2014.

AA.VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, CINTIOLI F.-OLIVIERI G. (a cura di), Milano, 2007.

AA.VV., *La comunicazione pubblicitaria d'impresa. Manuale giuridico teorico e pratico*, FRIGNANI A.-CARRARO W.-D'AMICO G. (a cura di), Milano, 2009.

AA.VV., *La condizione nel contratto tra «atto» e «attività»*, ALCARO F. (a cura di), Padova, 2008.

AA.VV., *La direttiva* consumer rights. *Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, GIUSTOLISI C. (a cura di), Roma, 2017.

AA.VV., *La nuova costituzione economica*, CASSESE S. (a cura di), IV ed., Roma-Bari, 2017.

AA.VV., *La pubblicità ingannevole. Commento sistematico alla disciplina vigente*, GHIDINI G.-GAMBINO A.M.-DE RASIS C.-ERRICO P.-FARUFFINI DI SEZZADIO F.-LAZZARETTI A. (a cura di), Milano, 2003.

AA.VV., *La responsabilità sociale d'impresa: idee e prassi*, PERULLI A. (a cura di), Bologna, 2013.

AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, MELI V.-MARANO P. (a cura di), Torino, 2011.

AA.VV., *Le condizioni generali di contratto*, BIANCA C.M. (a cura di), Milano, 1981.

AA.VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore,*

dell'utente, ZATTI P. (a cura di), Padova, 1996.

AA.VV., *Le forme della nullità*, PAGLIANTINI S. (a cura di), Torino, 2009.

AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009.

AA.VV., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *I quaderni del consumatore*, CAMERA DEL COMMERCIO DI ANCONA (a cura della), 2014, VI.

AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007.

AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007.

AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2008.

AA.VV., *Psicologia economica*, RUMIATI R.-RUBALTELLI E.-MISTRI M. (a cura di), Roma, 2008.

AA.VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, GAMBINO A.M. (a cura di), Torino, 2011.

AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. I, Milano, 2006.

AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. III, Milano, 1998.

AA.VV., *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO P. (diretto da), Torino, 1995.

AA.VV., *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, RABITTI BEDOGNI C.-BARUCCI P. (a cura di), t. I, Torino, 2010.

ADDIS M., *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese:*

aspetti positivi e questioni irrisolte, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, in *Quad. giur. comm.*, 2007, p. 72.

ALCARO F., *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, in *Quad. rass. dir. civ.*, Napoli, 1999, p. 12 e p. 19.

ALCARO F., *La condizione tra atto e attività. Prospettive metodologiche*, in AA.VV., *La condizione nel contratto tra «atto» e «attività»*, ALCARO F. (a cura di), Padova, 2008, p. 212.

ALCINI J., *Pubblicità ingannevole e rimedi applicativi*, in *Giustizia civile.com*, 16 settembre 2015, p. 23 ss.

ALMIERI A.P.-BECHI F., *Polizze* index linked *e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1627.

ALPA G., *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 536.

ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 360 ss.

ALPA G., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016.

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il «Codice del Consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, p. 1 ss.

ALPA G., *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Torino, 2016.

ALPA G., *L'art. 140*-bis *del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, II, p. 380.

ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, MAZZAMUTO S. (a cura di), Torino, 2002, p. 220.

ALPA G.-CHINÈ G., *Voce Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, vol. XV, Appendice, Torino, 1997, p. 549.

ALVANINI S., *La non sindacabilità in sede di giurisdizione ordinaria delle decisioni dello IAP*, in *Dir. ind.*, 2010, V, p. 474 ss.

ANAGNOSTARAS G., *The Unfair Commercial Practises Directive in Context: from Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Law Review*, 2010, XLVII, p. 149 e 163.

ANGELINI R., *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, V, p. 329.

ANTOLISEI F., *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, II, p. 209 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, VIII ed. riveduta e agg., CONTI L. (a cura di), Milano, 1980.

ARCHIUTTI D., *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in AA.VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, RUFFOLO U. (a cura di), Milano, 2003, p. 481.

ARMONE G., *Azione inibitoria*, in AA.VV., *Codice del consumo*, CUFFARO V. (a cura di), Milano, 2015, Art. 139, p. 851.

ARNAUDO L., *Concorrenza tra autorità indipendenti. Notarelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 916 ss.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.

ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

AUTERI P., *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, ZATTI P. (a cura di), Padova, 1996, p. 20.

AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto alla concorrenza sleale?*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 9.

AUTERI P., *I poteri dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Dir. ind.*, 2002, VI, p. 270 ss.

BALLESTRERO M.V., *Diritto sindacale*, Torino, 2012.

BARCA A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011.

BARGELLI E., *I codici di condotta*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 261 ss.

BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della Direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 84 ss.

BARGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1°, c. cons.)*, in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2008, p. 121 ss.

BARSI G.M., *Il conflitto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati approda alla Corte di Giustizia. Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio, n. 167*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, I, p. 151 ss.

BARTOLINI F., *Il diritto alla puntualità nel trasporto ferroviario di persone: l'azione di classe come possibile strumento di* enforcement*?*, in *Dir. mar.*, 2017, I, p. 210.

BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 267 ss.

BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2007, VI, p. 1426.

BELLISARIO E., *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, ALPA G.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Napoli, 2005, Art. 3, comma 1, lett. d), p. 82.

BENATTI F., *I codici deontologici come tutela essenziale del mercato*, in *Contr. e impr.*, 2015, II, p. 284.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012.

BERLINGUER A., *Voce Professioni legali (dir. comun.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 1012.

BERNITZ U., *The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition*, in WEATHERILL S.-BERNITZ U. (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Tecnniques*, Oxford, 2007.

BERTANI M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.

BERTANI M., *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 2018, IV, p. 926 ss.

BESSONE M.-D'ANGELO A., *Voce Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, p. 1 ss.

BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1987.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, Torino, 1988, II, p. 178.

BONFANTE G.-COTTINO G., *La nozione di imprenditore*, in *Trattato Cottino*, Padova, 2001, p. 456.

BONOFIGLIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469* bis *cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 178 ss.

BORRELLI F.S., *Autodisciplina pubblicitaria e leggi nazionali*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, I, p. 367 ss.

BRIDGE M.G., *Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?*, in *Canadian Business Law Journal*, 1984, IX, p. 385 ss.

BRÖMMELMEYER C., *Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Colonia, 2007, p. 298.

BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, Roma, 1995.

BUSSOLI L., *Responsabilità sociale, codici di condotta e pratiche commerciali sleali*, in AA.VV., *La responsabilità sociale d'impresa: idee e prassi*, PERULLI A. (a cura di), Bologna, 2013, p. 194.

CAFAGGI F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. e dir.*, 2001, IV, p. 552.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile. Premesse storiche e sistematiche*, vol. I, ed. II, orig. Padova, 1943, ora CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, IV, Napoli, 1970, p. 192.

CALISAI F., *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari - Il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 155.

CALVO R., *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, I, p. 74 ss.

CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 65 e 78.

CALVO R., *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 206.

CALVO R., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, CAPOBIANCO E.-PERLINGIERI G. (a cura di), Napoli, 2009, Art. 21, p. 79.

CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, VI, p. 408 e ss.

CANDIDO A., *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, VI, p. 1175 ss.

CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, V, p. 1215 ss.

CAPPAI M., *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, III-IV, p. 879 ss.

CARASCO E. F.-SINGH J. B., *The Content and Focus of the Codes of Ethics of the World's Largest Transnational Corporations*, in *Business and Society Review*, 2003, I, p. 72.

CARDONE A.-CRISAFI G., *Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità antitrust. Commento alla sentenza del T.A.R. Lazio n. 3398 del 2014*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, II, p. 271 ss.

CARFI V., *Pratiche commerciali: il comma 1*-bis *dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. della reg. dei merc.*, 2014, I, p. 215 ss.

CARONNA F., *Le pratiche commerciali scorrette e il credito ai consumatori*, in *Banc.*, 2011, p. 54.

CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

CARROLL A.B., *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991, p. 39 ss.

CARUSI F., *Voce Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1962, p. 709.

CARUSO M.A., *Le pratiche commerciali aggressive*, Padova, 2010.

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S.-FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 220.

CASSESE S.-FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

CASSOTTANA M.-NUZZO A., *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006.

CASTELLI L., *Recenti interventi comunitari in materia di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust: riflessi sulla disciplina nazionale*, in *Giur. comm.*, 2009, VI, p. 1198 ss.

CATRICALÀ A.-PIGNALOSA M.P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

CERDONIO CHIAROMONTE G., *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.

CHERTI S., *Brevi note sui diritti tutelati dalla «nuova» azione di classe*, in *Obbl. e contr.*, 2010, II, p. 145.

CHIASSONI P., *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2008, IV, p. 563 ss.

CHINÉ G., *Disposizioni generali e finali*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, CUFFARO V. (a cura di), Milano, 2015, Art. 3, p. 27.

CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto*

2007), DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2008, p. 385.

CIATTI A., *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva del 2005*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 79 ss.

CIATTI A., *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 269 ss.

CIATTI A., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A. (a cura di), Art. 27, Padova, 2013, p. 229.

CLARICH M., *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, V, p. 683 ss.

CONSOLO C., *Natura del Giurì di Autodisciplina pubblicitaria e fenomeni in senso lato arbitrali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 1993, p. 178.

CONTE G., *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale del mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, I, p. 115.

CONTE G., *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, III, p. 681.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. II, Roma-Bari, 2005.

CONTI L., *Voce Concorso apparente di norme*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1007 ss.

CONTI R., *L'inibitoria collettiva e l'art. 1469* sexies *c.c.: rapporti ancora da decifrare*, in *Corr. giur.*, 2003, IX, p. 1198 ss.

COPPO L., *L'inibitoria cautelare di pubblicità ingannevole davanti al giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 2013, II, p. 386 ss.

CORAPI D., *Voce Impresa (dir. comun.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 735.

COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, cit., p. 245 ss.

COTTAFAVI P., *Concorrenza sleale, pubblicità e consumatori*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza. Appendice di aggiornamento*, UBERTAZZI L. C. (a cura di), Padova, 2008, Art. 20, p. 97 ss.

D'AMICO G., *L'autoregolamentazione in materia pubblicitaria*, in AA.VV., *La comunicazione pubblicitaria d'impresa. Manuale giuridico teorico e pratico*, FRIGNANI A.-CARRARO W.-D'AMICO G. (a cura di), Milano, 2009, p. 226.

D'AMICO G., *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sula nullità)*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, PAGLIANTINI S. (a cura di), Torino, 2009, p. 1 ss.

D'ALBERTI M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, p. 705.

D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna, 2008.

DALLE VEDOVE G., *Le pratiche commerciali aggressive*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 117 ss.

DANOVI R., *Le libere professioni e l'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 120.

DAVOLA A., Bias *cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2017, II, p. 637 ss.

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 57 ss.

DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 2.

DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2008, p. 143 ss.

DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: prospettive*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 47 ss.

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 880 ss.

DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del Consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul «codice del consumo»*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, I, p. 43 ss.

DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in Studium Juris, 2007, XI, p. 1187.

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A. (a cura di), Padova, 2013, Art. 18, p. 141-143.

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A. (a cura di), Padova, 2013, Art. 19, p. 126 ss.

DE CRISTOFARO G., *Voce Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 1086 ss.

DE CRISTOFARO M., *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, X, p. 1932.

DE FRANCESCHI A., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A. (a cura di), Padova, 2013, Art. 21, p. 172.

DE FRANCESCO G., *Voce Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 416 ss.

DE FRANCESCO G., *Voce specialità (principio di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, Torino, 1987, vol. VII, p. 493.

DELLA CANANEA G., *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in AA.VV., *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, RABITTI BEDOGNI C.-BARUCCI P. (a cura di), t. I, Torino, 2010, p. 315.

DELL'AVERSANA F., L'actio finium regundorum *tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *For. quad. cost.*, 26 giugno 2012, p. 7-8.

DELLI PRISCOLI L., *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contr. e impr.*, 2007, VI, p. 1533 ss.

DELOGU L., *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, p. 87 ss.

DEL PRATO E., *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, IV, p. 764 ss.

DE NOVA G., *Il recesso*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO P. (diretto da), Torino, 1995, vol. X, p. 317.

DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie v. «tipi» protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, VI, p. 1057 ss.

DE RASIS C., *Il divieto di pubblicità ingannevole*, in AA.VV., *La pubblicità ingannevole. Commento sistematico alla disciplina vigente*, GHIDINI G.-GAMBINO A.M.-DE RASIS C.-ERRICO P.-FARUFFINI DI SEZZADIO F.-LAZZARETTI A. (a cura di), Milano, 2003, p. 20 ss.

DEVENNEY J.-KENNY M. (eds.), *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge, 2012.

DI CATALDO V., *Conclusioni*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008.

DI CATALDO V., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Conc. e merc.*, 2010, I, p. 467 ss.

DI CATALDO V., *Natura giuridica dell'Autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del Codice di Autodisciplina*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 114.

DI MAJO GIAQUINTO A., *Delle obbligazioni in generale*, in AA.VV., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, GALGANO F. (a cura di), Bologna-Roma, 1988, Artt. 1173-1176, p. 305 ss. (n. 1).

DI MAJO GIAQUINTO A., *I diritti collettivi soggettivi delle associazioni dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 2006, VI, p. 785.

DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

DI NELLA L., *Le pratiche commerciali sleali aggressive*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 216.

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 44 ss. e p. 62.

DI PORTO F., *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, VI, p. 957 ss.

DI RAIMO R., *L'art. 14 della direttiva 2005/29/CE e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*, in AA.VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, 2007, p. 289 ss.

DI RAIMO R., *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE: a margine di una proposta per il suo recepimento*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, II, p. 91 ss.

DOLCINI E., *Commento all'art. 9 l. 24.11.1981, n. 689*, in AA.VV., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, DOLCINI E.-GIARDA A.-MUCCIARELLI F.-PALIERO C.E.-RIVA CRUGNOLA E. (a cura di), Milano, 1982, p. 58.

DONA M., *Il Codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005.

DONA M., *L'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 198.

DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008.

DONZELLI R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Roma, 2011.

DONZELLI R., *Voce Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 1 ss.

FABBIO P., *I codici di condotta*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 159 ss.

FABBIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 706 ss.

FABBIO P., *«Dieselgate» and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Italy*, in *EuCML*, 2017, I, p. 95.

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e (apparente)* gap *normativo*, in Studium Iuris, 2015, II, p. 181 ss.

FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

FALZONE CALVISI M. G., *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, I, p. 101 ss.

FARINA F., *Esercizio di professione intellettuale e organizzazione d'impresa*, in *Impr. e soc.*, *Studi per Graziani*, V, Napoli, 1968, p. 2092.

FASANO A., *I vizi del consenso*, Torino, 2013.

FELICI G., *L'etica come responsabilità collettiva*, in AA.VV., *Dall'etica ai codici etici. Come l'etica diventa progetto d'impresa*, FELICI G. (a cura di), Milano, 2005, p. 26.

FERRANTE E., Class action *bancaria: verso regole punitive per i consumatori?*, in *Giur. it.*, 2015, II, p. 331 ss.

FERRANTE E., *La via italiana alla* class action *fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, in *Giur. it.*, 2017, I, p. 64 ss.

FERRARA F. jr.-CORSI F., *L'impresa comunitaria*, in *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014.

FICI A., *«Consumatore», «professionista» e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2002, XII, p. 1625 ss.

FIORENTINO L., *Atti del convegno «Le ragioni della concorrenza. Venti anni di antitrust italiano»*, Roma, 26 novembre 2010, in AA.VV., *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welafar, intellectual property*, GHIDINI G.-MARCHETTI P.-CLARICH M.-DI PORTO F. (diretto da), Milano, 2011, p. 865 ss.

FIORENTINO L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, III, p. 166.

FIORIO P., *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art. 140*-bis, in *Giur. mer.*, 2012, II, p. 367 ss.

FLORIDIA G., *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Dir. ind.*, 2008, IV, p. 381 ss.

FLORIDIA G., *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, in *Dir. ind.*, 2009, II, p. 175 ss.

FORTI G., *«Paradigmi distributivi» e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, IV, p. 1603 ss.

FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 549 ss.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER P. (fondato da) e BUSNELLI F.D. (diretto da), vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, Milano, 1998, p. 313.

FRATA L., *L'art. 140* bis *Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.*, 2012, XII, p. 1236 ss.

FUSI M.-TESTA P.-COTTAFAVI P., *La pubblicità ingannevole (Commento al D.L. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Milano, 1993.

GABASSI G., *L'inibitoria d'urgenza* ex *art. 140, 8° comma, cod. consumo: quale diritto? Quale tutela?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 729 ss.

GABRIELLI E., *I contraenti*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, SIRENA P. (a cura di), Milano, 2006, p. 130.

GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003,

p. 1149 ss.

GAGLIARDI A., *Pratiche commerciali scorrette*, Firenze, 2009.

GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, III, p. 889 ss.

GALGANO F., *Il contratto*, in *Corso di diritto civile*, Padova, 2007, p. 308.

GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, I, p. 1 ss.

GALGANO F., *Imprenditore e professionista intellettuale*, in *Trattato di diritto civile*, vol. III, II ed., Padova, 2010, p. 400.

GALGANO F., *Le nuove regole del mercato finanziario*, Firenze, 2009, p. 235 ss.

GALGANO F., *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 172 ss.

GALGANO F., *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, I, p. 1 ss.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. 1, II ed., Padova, 2010.

GALLINO L., *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

GALLO C.E., *La competenza sanzionatoria nei rapporti tra Agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, V, p. 1206 ss.

GATT L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in AA.VV., *Commentario al capo XIV*-bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, BIANCA M., BUSNELLI F.D. (a cura di), Padova, 1999, p. 134.

GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

GENOVESE ANNA, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *I contratti bancari*, CAPOBIANCO E. (a cura di), Torino,

2016, p. 375 ss.

GENOVESE ANNA, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 200 ss.

GENOVESE ANNA, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, MELI V.-MARANO P. (a cura di), Torino, 2011, p. 41 ss.

GENOVESE ANNA, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Alcune considerazioni*, in AA.VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, GAMBINO A.M. (a cura di), Torino, 2011, p. 276.

GENOVESE ANNA, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, IV, p. 762 ss.

GENOVESE ANNA, *L'*enforcement *e le tutele*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 209 ss.

GENOVESE ANTEO, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova.

GENTILI A., *Disinformazione e invalidità, i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, III, p. 393 ss.

GENTILI A., *Il codice del consumo e i rapporti on line*, in *Dir. internet*, 2005, VI, p. 547.

GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, II, p. 200 ss.

GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, p. 37 ss.

GHEZZI F., *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, IV, p. 680 ss.

GHIDINI G., *Concorrenza e mercato. Antitrust*, regulation, consumer welfare, intellectual property, Milano, 2012, p. 335 e 336.

GHIDINI G., *Della concorrenza sleale*, in AA.VV., *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER P. (diretto da), Milano, 1991, Artt. 2098-2601, p. 274 ss.

GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, II ed., 2008.

GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 355.

GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIANOLA A., *Voce Pratiche commerciali sleali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, IV, 2008, p. 388.

GIRINELLI F., *L'accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario remediale del* public and private enforcement, in *Jus civile*, 2016, VI, p. 449 ss.

GIUSSANI A., *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*, in *Giur. it.*, 2014, VIII-IX, p. 1910 ss.

GIUSSANI A., *Tutela individuale e collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2010, VII, p. 1677 ss.

GORGONI M., *Ancora prove tecniche di applicazione dell'azione di classe: un inventario di questioni irrisolte*, in *Giur. mer.*, 2011, VII-VIII, p. 1789 ss.

GRANELLI C., *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, XI, p. 733.

GRANELLI C., *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, X, p. 781 ss.

GRAZZINI B., *L'origine negoziale del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, in AA.VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, RUFFOLO U. (a cura di), Milano, 2003, p. 12 ss.

GRAZZINI B., *Norme preliminari e generali*, in AA.VV., *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, RUFFOLO U. (a cura di), Milano, 2003, p. 5.

GRECO A., *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita* index linked, in *Obbl. e contr.*, VIII-IX, 2010, p. 577 ss.

GRISALFI R., *La tutela cautelare* ex *art. 140 Codice del consumo nei contratti di* pay tv, in *Resp. civ.*, 2009, X, p. 792 ss.

GRISI G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, I, p. 8 ss.

GROSSI P., Itinerarii *dell'impresa*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1999, vol. II, p. 999 ss.

GUASTINI R., *L'interpretazione degli atti normativi*, Milano, 2004.

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contr.*, 2007, II, p. 175.

GUGGINO V., *Considerazioni intorno alla natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, I, p. 331 ss.

GUIZZARDI S., *I tribunali comunitari nazionali e i provvedimenti con efficacia* cross border *emessi in caso di contraffazione*, in *Giur. comm.*, 2009, V, p. 1049 ss.

GUIZZI G., *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in AA.VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, GAMBINO A.M. (a cura di), Torino, 2011, p. 306.

HANSON J.D.-KYSAR D.A., *Taking Behavioralism Seriously: the Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, LXXIV, p. 630 ss.

HANSON J.D.-KYSAR D.A., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999, CXII, p. 1420 ss.

HENNING BODEWIG F., *Unfair Competition Law. European Union and Member States, The Hague, Kluwer Law International*, 2006.

HOWELLS G.-MICKLITZ V.-WILHELMSSON T., *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practises Directive, Markets and Law*, 2006.

IBBA C., *Professione intellettuale e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 558 ss.

INCARDONA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali prime valutazioni*, in *Dir. com. e scambi intern.*, 2006, p. 372.

INCADORNA R.-PONCIBÓ C., *The Average Consumer, The Unfair Commercial Practice Directive, and The Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007, p. 21 ss.

IRTI N., *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 693 ss.

IRTI N., *Introduzione al volume L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. X.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, III ed., Milano, 1989.

IUDICA G., *Il codice di autodisciplina pubblicitaria*, in AA.VV., *Codici deontologici e autonomia privata*, ALPA G.-ZATTI P. (a cura di), Milano, 2006, p. 159 ss.

JAEGER P.G.-DENOZZA F.-TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, VI ed., Milano, 2006, p. 21.

KOCH E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressive*

geschaftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie, Amburgo, 2006, p. 34.

KRACHLER C.-RZEHORSKA M., *«Dieselgate» and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in Austria*, in *EuCML*, 2017, I, p. 36 ss.

LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, III, p. 688 ss.

LAMBRINI P., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010.

LA PERGOLA S., *Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette, Commento all'art. 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014*, in AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, GAMBINO A.M.-NAVA G. (a cura di), Torino, 2014, p. 386 ss.

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche scorrette*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 27 ss.

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, I, p. 73 ss.

LIBERTINI M., *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14* ter*, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in AA.VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, CINTIOLI F.-OLIVIERI G. (a cura di), Milano, 2007, p. 16.

LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, VI, p. 635.

LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, V, p. 883.

LIBERTINI M., *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1979.

LIBERTINI M.-MAUGERI M.R., *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, IX, p. 869 ss.

LIPARI N., *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 308.

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1998, p. 259.

LOI M.L.-TESSITORE F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975.

LORENZONI L., *Il riparto di competenze tra Autorità Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. it. Antitrust*, 2015, I, p. 83 ss.

LO SURDO C., *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA.VV., *Codice del consumo*, CUFFARO V. (a cura di), III ed., Milano, 2015, Art. 20, p. 138 ss.

LUCCHESI F., *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commentario*, VETTORI G. (a cura di), Padova, 2007, Artt. 21-23, p. 56.

LUPOI M.A., *Fumata nera per la prima* class action *all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 332 ss.

MACARIO F., *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese; spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, XII, p. 1577 ss.

MAFFEIS D., *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469* bis *e seguenti c.c.*, in *Contr.*, 2000, V, p. 442 ss.

MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, III, p. 403 ss.

MAGRI G., *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, III, p. 269 ss.

MANFREDI G., *Giurì di autodisciplina, autorità indipendenti e autorità giudiziaria*, in *Dir. ind.*, 2011, I, p. 61 ss.

MANGO E., *Professione intellettuale e impresa*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 113 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015.

MARICONDA V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, II, p. 223 ss.

MARINO G., *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 2014, I, p. 137 ss.

MARINUCCI E., *Il difficile decollo dell'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, VIII, p. 1108 ss.

MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009.

MARUOTTI L., *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 63 ss.

MASERA L., *Voce Concorso di norme e concorso di reati*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE S. (a cura di), Milano, 2006, p. 1159 ss.

MASSA F., *Pratiche commerciali ingannevoli*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, CUFFARO V. (a cura di), Milano, 2015, Art. 21, p. 160.

MAUGERI M.R., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE A. (a cura di), Padova, 2008, p. 265 ss.

MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 478.

MAZZÙ C.-MINERVINI E., *Definizioni*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 18, comma 1, lett. n), p. 101 ss.

MELI V., *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, V, p. 576 ss.

MELI V., *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2011, III, p. 352.

MELI V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994.

MELI V., *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2008, p. 257 ss.

MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, GENOVESE ANNA (a cura di), Padova, 2008, p. 87 ss.

MELI V., *Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Dir., banca e merc. fin.*, 2012, III, p. 401 ss.

MELI V., *Voce Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006.

MELI V., *«Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di* de minimis, in AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, MELI V.-MARANO P. (a cura di), Torino, 2011, p. 4 ss.

MEMMO D., *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, FRANZONI M. (a cura di), Torino, 2008, p. I, Art. 1, p. 8.

MEMMO D., *La nozione di professionista. Il professionista pubblico*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, FRANZONI M. (diretto da), Torino, 2008, p. I, Art. 3, p. 19.

MEMMO D., *Le clausole generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 50 ss.

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Dir. comm.*, 1954, p. 368 ss.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno, Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. III, Milano, 1998, p. 539 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, III, p. 273 ss.

MENGOZZI P., *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Milano, 2011.

MEO G., *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Ass.*, 2014, III, p. 519 ss.

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

MERUSI F.-PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003.

MICCOLI L., *Tra* public *e* private enforcement*: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in *Jus civile*, 2017, IV, p. 348 ss.

MICKLITZ V., *Legal Redress*, in HOWELLS G.-MICKLITZ V.-

WILHELMSSON T. (eds.), *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practises Directive, Markets and Law*, 2006, p. 217 ss.

MICKLITZ V., *The General Clause On Unfair Practises*, in HOWELLS G.-MICKLITZ V.-WILHELMSSON T. (eds.), *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practises Directive, Markets and Law*, 2006, p. 119 ss.

MONTEL A., *Voce Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, II, p. 603.

MOSCA V., *Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, in *Merc. conc. e reg.*, 2013, III, p. 26 ss.

MOSCA V., *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, IV, p. 519 ss.

MUSOLINO G., *Particolari modalità di conclusione del contratto*, in AA.VV., *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, CAPOBIANCO E.-PERLINGIERI G. (a cura di), Napoli, 2009, Art. 64, p. 347.

MUSSA A., *Giurisdizione amministrativa ed atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro amm. C.d.S. 2007*, XI, c. 3204.

NASTI I., *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'*actio finium regundorum *del Consiglio di Stato*, in *Corr. giur.*, 2012, XI, p. 1367 ss.

NAVA G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Quad. dir. merc. tec.*, 2014, I, p. 44 ss.

NEGRI M., *Configurazione «debole» (nel caso di assicurazioni r.c.a.) del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato?*, in *Corr. giur.*, 2003, IV, p. 491 ss.

NIVARRA L., *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, in *Corr. giur.*, 2005, VIII, p. 1121 ss.

NOBILE A., *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr./Europa*, 2014, I, p. 180 ss.

NUZZO M., *Definizioni*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 18, comma 1, lett. f), p. 70.

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 235 ss.

O' CONNOR J.F., *Good Faith in English Law*, Brookfield, U.S.A., 1990.

OPPO G., *Voce Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XVI, 1989, p. 1 ss.

PAGNI I., *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, I, p. 127 ss.

PAGNI I., *L'azione di classe del nuovo art. 140* bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, IV, p. 349 ss.

PALMIERI A.-PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613.

PALMIGIANO A., *Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti* ex *art. 139 ed il relativo procedimento* ex *art. 140 del d.lgs. 206/2005*, in *Vita not.*, II, p. 1087.

PARCU P., *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Cons., dir. merc.*, 2009, p. 80.

PARTISANI R., *Il professionista*, in AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, FRANZONI M. (diretto da), p. II, Torino, 2008, Art. 18, p. 68.

PASTERIS C., *Voce Correttezza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, IV, p. 877.

PERFETTI U., *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2011.

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545.

PERUGINI S., *Il* public enforcement *e la tutela del consumatore dopo il recepimento della direttiva 2011/83/CE*, in AA.VV., *La direttiva* consumer rights. *Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, GIUSTOLISI C. (a cura di), Roma, 2017, p. 224.

PERUGINI S., *I «nuovi» strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, VII, p. 50.

PERUGINI S., *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 126.

PERUGINI S., *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività*, enforcement, ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2015, p. 179.

PERULLI A., *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in AA.VV., *La responsabilità sociale d'impresa: idee e prassi*, PERULLI A. (a cura di), Bologna, 2013, p. 14.

PINTO F., *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 219 ss.

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, IV, p. 1117 ss.

PIZZOLANTE G., *La nozione di consumatore nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. intern.*, 2003, p. 319 ss.

POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli,

2001.

PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 734 ss.

PONTIROLI L., *La disciplina delle pratiche sleali: questioni e tendenze evolutive recenti, con particolare riguardo al settore del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, III, p. 380 ss.

PORCARI F., *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, V, p. 1612 ss.

PUNZI A., *«Ragionevolmente attento ed avveduto». Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, p. 529 ss.

RABITTI M., *Divieto delle pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 20, p. 149 ss.

RADAIDEH M., *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005, p. 263 ss.

RAJNERI E., *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del* dieselgate, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, III, p. 427 ss.

RASPANTI M.R., *Il nuovo assetto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette: «*Reddite quae sunt auctoritatis auctoritati*»*, in *Conc. merc.*, 2015, I, p. 155 ss.

RAVAZZONI A., *Voce Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XI, 1989, p. 1 ss.

RICOTTA F.-COSTABILE M., *Riferimenti teorici multidisciplinari: economia, teoria del consumatore, marketing management*, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, ALPA G.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Napoli, 2005, p. 106 ss.

RICOTTA F.-COSTABILE M., *Strategie di marketing del consumatore:*

proposizioni di ricerca sul fabbisogno di consumer protection, in *Macro & Micro Marketing*, 2003, III, p. 401 ss.

RIVA I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, II, p. 754.

ROBERTI G.M., *Lo statuto europeo del consumatore energetico*, in AA.VV., *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela del consumatore nei mercati energetici*, NAPOLITANO G.-ZOPPINI A. (a cura di), Bologna, 2015, p. 68-69.

RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in AA.VV., *I contratti in generale*, ALPA G.-BESSONE M. (a cura di), vol. I, Torino, 1991, p. 390 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

RODOTÀ S., *Voce diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1945, p. 29 ss., p. 104 ss.

ROSSELLO C., *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. e impr.*, 1995, I, p. 137 ss.

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, III, p. 685 ss.

ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Milano, 2007, p. 1 ss.

ROSSI CARLEO L., *Definizioni*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 18, comma 1, lett. e), p. 67.

ROSSI CARLEO L., *Il Codice del Consumo, prime impressioni tra critiche e consensi*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, I, p. 33 ss.

ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

RUBIN J.L., *The Truth about Trinko*, in *50 Antitrust Bull.*, 2005, IV, p. 725 ss.

RUPERTO C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Disposizioni sulla legge in generale*, Milano, 2012.

SABATUCCI A., *Ambito di applicazione dell'art. 1469* bis *c.c. e questioni di legittimità costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, III, p. 668 ss.

SACCO R., *Il consenso*, in AA.VV. *I contratti in generale*, GABRIELLI E. (a cura di), II ed., Milano, 2006, p. 438 ss.

SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

SALANITRO U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel Progetto* Acquis, in *Europa e dir. priv.*, 2009, I, p. 59 ss.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche:* ratio decidendi *e* obiter dicta *delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss.

SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contr.*, 2008, III, p. 221 ss.

SANGIOVANNI V., *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari - Il commento*, in *Danno e resp.*, 2009, V, p. 506 ss.

SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008.

SCALI M., *Definizioni*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*, MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 18, comma 1, lett. h), p. 79.

SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 202.

SCASSELLATI SFORZOLINI G.-RIZZA C., *La tensione fra regole di concorrenza comunitarie e regole professionali e deontologiche professionali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 17.

SCHÜLLER B., *The Definition of Consumer in Eu Law*, in DEVENNEY J.-KENNY M. (eds.), *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge, 2012, p. 136-137.

SCHULZE R.- SCHULTE NÖLKE H., *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, 2003, p. 21.

SCHÜNEMANN W.B., *Generalklauslen und Regelbeispiele*, in *Juristenzeitung*, 2007, p. 271 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, III, p. 509.

SEBASTIO V., *Rapporto tra l'autodisciplina e le altre forme di tutela*, in AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, CATRICALÀ A.-TROIANO P. (a cura di), Torino, 2010, Art. 27 *ter*, p. 1835.

SELLINI V., *Emissioni di ossido d'azoto della Volkswagen e vaglio di ammissibilità della* class action *in Italia*, in *Danno e resp.*, 2018, II, p. 214 ss.

SENIGAGLIA R., *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in AA.VV., *La responsabilità sociale d'impresa: idee e prassi*, PERULLI A. (a cura di), Bologna, 2013, p. 88-89.

SERVELLO R.M., *Disposizioni sulla legge in generale*, in AA.VV., *Codice civile*, PESCATORE G.-RUPERTO C. (a cura di), t. I, XVI ed., Milano, 2015, Art. 8, p. 18 ss.

SILVERIO S., *Il parziale* revirement *del Consiglio di Stato in tema di specialità «per settori» (Brevi osservazioni a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4)*, in *Foro amm.*, 2016, V, p. 1158 ss.

SORDELLI L., *Voce Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXV, 1991, p. 24.

SPADA P., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. ind.*, 2011, I, p. 45 ss.

SPADARO G., *Violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario e disciplina dei vizi del consenso: note a margine di una (discutibile) pronuncia di merito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 506.

SPEZIALE I., *Sulle prospettive di difesa dalle pratiche commerciali scorrette mediante* soft law, in *Contr. e impr.*, 2018, IV, p. 1416 ss.

SPIEZIA V., *Il reato progressivo*, Udine, 1937.

STANCA S., *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, I, p. 204.

STELLA S., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, CUFFARO V. (a cura di), Milano, 2015, Art. 27, p. 243 ss.

STELLA S., *Pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, CUFFARO V. (a cura di), Milano, 2015, Art. 27 *bis*, p. 274.

STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996.

STRUKUL V., *La variegata esperienza dei codici di condotta, tra diritto dei contratti e autodisciplina*, in *Obbl. e contr.*, 2011, X, p. 681 ss.

STUYUCK J.-TERRYN E.-VAN DICK T., *Confidence through fairness? The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practises in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2006, XLIII, p. 130 ss.

TADDEI ELMI G., *Applicazione*, in AA.VV., *Codice del consumo. Aggiornamento pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, VETTORI G. (a cura di), Padova, 2009, Artt. 27-27 *quater*, p. 135 ss.

TARANTINO A., Caveat emptor*: polizze* index linked *e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 617 ss.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TEDESCHI M., *Marketing e psicologia del consumatore*, in AA.VV., *Psicologia economica*, RUMIATI R. (a cura di), Roma, 2008.

TENELLA SILLANI C., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, X, p. 775.

TERESI F., *Voce Ordini e collegi professionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1995, p. 456.

TERESI F., *Voce Professioni*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, p. 2.

TESAURO G.-D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

TETTAMANTI R., *Arbitrato e codici di autodisciplina*, in *Contr.*, 2004, p. 858 ss.

THATCHER M., *Reforming National Regulatory Institutions: the EU and Cross-National Variety in European Network industries*, in HANCKÈ B.-RHODES M.-THATCHER M. (eds.), *Beyond varieties of capitalism: conflict, contradiction, and complementarities in the European economy*, Oxford, 2007, p. 147 ss.

TOLA M., *Pratiche commerciali scorrette e prodotti finanziari*, in AA.VV., *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, MELI V.-MARANO P. (a cura di), Torino, 2011, p. 114 ss.

TOMMASI S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012.

TORCHIA L., *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, X, p. 953 ss.

TRIPODI E.M.-BELLI C., *Codice del consumo. Commentario del D.Lgs. 206/2005 e successive modifiche e integrazioni*, Bologna, 2008.

TROIANI U., *Autodisciplina*, in AA.VV., *Le modifiche al codice del consumo*,

ROSSI CARLEO L. (a cura di), Torino, 2009, Art. 27 *ter*, p. 308.

TROIANI U., *Codici di condotta nelle pratiche scorrette*, in *Merc. e consum.*, Roma, 2009, p. 28 ss.

UBERTAZZI L.C., *Le PCS e il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, IV, p. 374 ss.

ULMER E.-BEIER F. K., *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*, vol. I, Milano, 1968.

VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in AA.VV., *I contratti dei consumatori*, GABRIELLI E.-MINERVINI E. (a cura di), Torino, 2005, p. 673.

VEELKEN W., *Kunderfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken*, in *Wettbewerb im Recht und Praxis*, 2004, p. 24.

VERVAELE J.A.E., Ne bis in idem*: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 32 ss.

VETTORI G., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, II, p. 104 ss.

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, III-IV, p. 226.

VITELLI F., *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013, p. 298 ss.

VON JEHRING R., Culpa in contrahendo *oder Schadensersatz bei nicht zur Perfektion gelante Vertragën*, in *Jahrb f.d. Dogmatik d. heut. Röm. U. deut. Privatr.*, 1861.

ZOPPINI A., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo* ius variandi *nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in AA.VV., *La direttiva* consumer rights. *Impianto sistematico*

della direttiva di armonizzazione massima, GIUSTOLISI C. (a cura di), Roma, 2017, p. 7 ss.

ZORZI GALGANO N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr./Europa*, 2010, II, p. 549 ss.

ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), vol. LXII, Padova, 2012.

ZORZI GALGANO N., *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. e impr.*, 2010, II, p. 458.

ZORZI GALGANO N., *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. e impr.*, 2011, IV-V, p. 921 ss.

ZUFFI B., *Arriva la prima maxi condanna di classe, anche se i diritti di molti aderenti risultano prescritti … ma davvero la citazione notificata* ex *art. 140* bis *c. cons. non ha effetto interruttivo istantaneo «collettivo»?*, in *Corr. giur.*, 2018, II, p. 243 ss.

SITOGRAFIA

ALTROCONSUMO, *Home*, in http://www.altroconsumo.it, ultima visita 29.10.2018;

AULETTA A., *Funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria e diritto comunitario*, in http://www.neldiritto.it, 2015, u. v. 29.10.2018;

BARLETTA M., *La funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in http://www.diritto.it, 2012, u. v. 29.10.2018;

BOSO CARETTA A.-CAZZATO C.E., *Pratiche commerciali e comunicazioni: le* authorities *collaborano?*, in *IlSole24ore*, 8 ottobre 2013, in http://www.diritto24.ilsole24ore.com/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2013/10/pratiche-commerciali-scorrette-e-comunicazioni-elettroniche-verso-una-maggiore-collaborazione-tra-le-authorities-.php?uuid=ABn3hjC&refresh_ce=1, u. v. 29.10.2018;

BRUZZONE G., *Convergenza tra tutela del consumatore e tutela del mercato: la prospettiva economica*, nella Relazione al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;

CAPONIGRO R., *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=33234&content=La+giurisprudenza+dell%27Adunanza+Plenaria+del+Consiglio+di+Stato+nel+sistema+delle+fonti&content_author=%3Cb%3ERoberto+Caponigro%3C/b%3E, 2017, II, u. v. 29.10.2018;

CINTIOLI F., *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in http://www.giustamm.it, 2015, II, p. 8-9, u. v. 29.10.2018;

CLARICH M., *Le competenze in materia di diritti dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, nella Relazione al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;

Consumerismo.it - il Giornale Utile, in http://www.consumerismo.it/, u. v. 29.10.2018;

DALIA C., *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in *Comparazione e diritto civile*, in http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/dalia_condominio.pdf, u. v. 29.10.2018;

DELL'AVERSANA F., *L'*actio finium regundorum *tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum di quad. cost.*, 26 giugno

2012, in https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=books&cd=1&ved=0ahUKEwjG6fvA_pDgAhUK6RoKHaYUCn0QFggqMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.forumcostituzionale.it%2Fwordpress%2Fimages%2Fstories%2Fpdf%2Fdocumenti_forum%2Fgiurisprudenza%2Fgiurisdizioni_amministrative%2F0013_dellaversana.pdf&usg=AOvVaw09__PAg82Z6hJO-c7TYdCb, u. v. 29.10.2018;

DENOZZA F., *Concorrenza e tutela del consumatore: conflitto e complementarietà*, nella Relazione al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;

DE SANTIS A.D., *Recenti sviluppi della giurisprudenza sull'azione di classe a tutela dei consumatori*, in http://www.treccani.it, u. v. 29.10.2018;

DI CATALDO V., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: un impegno a tempo pieno per il diritto antitrust. Verso una minore discrezionalità di azione e un più intenso controllo giudiziario*, nella Relazione al Convegno organizzato dall'Università Europea di Roma, 26 marzo 2010, all'interno del JEAN MONNET PROGRAMME, dal titolo *La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in http://www.dimt.it/index.php/it/eventiprenotazioni/10780-23la-tutela-del-consumatore-jean-monnet-programme, u. v. 29.10.2018;

FIORENTINO L., *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, Intervento nel Convegno organizzato dall'ABI, dal titolo *Dimensione cliente 2010. «La* Costumer Experience *nel mercato* retail», 25 marzo 2010, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;

FRANZA E., *Profili di vigilanza nelle pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra intermediari e cliente*, in http://www.giustamm.it, 2016, III, u. v. 29.10.2018;

FUSARO P., *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in http://www.federalismi.it, 2013, VII, p. 1 ss., u. v. 29.10.2018;

GALGANO F., *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, Relazione all'incontro di studio tenutosi a Tivoli il 6-10 giugno 1994, in https://www.personaedanno.it/dA/64b459ae41/allegato/AA_019343_resource1_orig.pdf, u. v. 29.10.2018;

GAROFOLI R., *Autorità indipendenti. Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, in http://www.treccani.it, u. v. 29.10.2018;

GENOVESE ANNA, *La diligenza professionale (Università Europea – Seminario AIPPI – 17 novembre 2011)*, in

https://aippiit.files.wordpress.com/2012/01/relazione-genovese-diligenza-professionale.pdf, u. v. 29.10.2018;
GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, nell'intervento presentato al Convegno a Roma dell'A.G.C.M. del 19 marzo 2010, dal titolo *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;
GIORDANO C.-NAPOLITANO A., *La tutela del consumatore tra AGCM e AGCom: una partita chiusa?*, in http://www.deiustitia.it, p. 29, u. v. 29.10.2018;
GRISI G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Jus Civile*, in http://www.juscivile.it/contributi/17%20-%20Giuseppe%20Grisi.pdf, u. v. 29.10.2018;
LIBERTINI M., *Il diritto dei consumatori come paradigma del diritto della concorrenza*, nell'intervento al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;
MAIMERI F., *Le competenze delle altre Autorità*, Relazione nel Convegno organizzato dall'Università Europea di Roma, 26 marzo 2010, all'interno del JEAN MONNET PROGRAMME, dal titolo *La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, in http://www.dimt.it/index.php/it/eventiprenotazioni/10780-23la-tutela-del-consumatore-jean-monnet-programme, u. v. 29.10.2018;
MELI V., *Pratiche commerciali scorrette* in *"Diritto on line" – Treccani*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/pratiche-commerciali-scorrette_(Diritto_on_line)/, u. v. 29.10.2018;
MENCHINI S.-MOTTO A., *Art. 140*-bis, in http://www.judicium.it, u. v. 29.10.2018;
MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, in http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/musio_obblighi.pdf, u. v. 29.10.2018;
NAPOLITANO G., *Il riparto di competenze tra organi di indirizzo politico e autorità indipendenti in materia di tutela dei consumatori*, nell'intervento al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;
NEGRI A., *Accelera la* class action. *Boccia: legge contro le imprese*, in http://www.quotidiano.ilsole24ore.com, 27 settembre 2018, p. 31, u. v. 29.10.2018;

NEGRI A., *La nuova* class action *punta su più adesioni e risarcimenti*, in http://www.quotidiano.ilsole24ore.com, 18 settembre 2018, p. 26, u. v. 29.10.2018;
PERGOLARI E., Class action *potenziata: alla Camera, esame e audizioni sulla riforma*, 19 settembre 2018, in https://www.edotto.com/articolo/class-action-alla-camera-esame-e-audizioni-sulla-riforma, u. v. 29.10.2018;
PETTI R., *Il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Riflessioni sul decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21*, in http://www.federalismi.it, 2015, XIX, p. 12-13, u. v. 29.10.2018;
POLITO A. M., *Consob e AGCM? Un breve parere al commento del Consiglio di Stato n. 3999/2008*, in http://www.diritto.it/consob-o-agcm-un-breve-commento-al-parere-del-consiglio-di-stato-n-39992008/, u. v. 29.10.2018;
ROSSI S., *La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, Relazione al Convegno organizzato dal C.N.E.L., Roma, 12 luglio 2012, dal titolo *La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato*, in http://www.bancaditalia.it, 2012, u. v. 29.10.2018;
SANDULLI M. A., *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in http://www.giustamm.it, 2012, u. v. 29.10.2018;
SERAFINI L., *Rustichelli all'Antitrust, ora il nodo Consob*, in http://www.ilsole24ore.com, 21 dicembre 2018, p. 7, u. v. 06.02.2019;
SIRAGUSA M.-CARONNA F., *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, nell'intervento al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale dell'A.G.C.M., in http://www.agcm.it/, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale dell'AGCOM, in http://www.agcom.it, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale della Camera di Commercio di Milano-Monza Brianza-Lodi, *Raccolta Provinciale Usi relativa al quinquennio 2005-2010*, in http://www.milomb.camcom.it/raccolta-provinciale-usi, p. 515, *sub* art. 3, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale della Camera di Commercio di Milano-Monza Brianza-Lodi, *Regolazione di mercato*, in http://www.milomb.camcom.it/codici-di-autodisciplina, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale della Camera di Commercio di Roma, *Raccolta Provinciale Usi pubblicata nel 2013*, in http://www.rm.camcom.it/pagina316_usi-e-consuetudini.html, p. 116, *sub* 514 - Certificazioni, Codici di condotta e Loghi, u. v. 29.10.2018;

Sito istituzionale della Consob, in *http://www.consob.it/web/area-pubblica/consob*, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale della giustizia amministrativa, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*, u. v. 29.10.2018;
Sito istituzionale dell'I.A.P., in *http://www.iap.it/*, u. v. 29.10.2018;
TORCHIA L., *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio di Stato a Roma, 25-26 settembre 2013, dal titolo *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *https://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf*, u. v. 29.10.2018;
ZOPPINI A., *Tutela dei consumatori e regole di funzionamento del mercato: i problemi aperti*, nell'intervento al Convegno A.G.C.M. del 29 gennaio 2010 - *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, in *http://www.agcm.it/*, u. v. 29.10.2018.

ABSTRACT

Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori si collocano all'interno di un sistema normativo complesso, articolato su due livelli: legislativo ed autodisciplinare. Il «pilastro» legislativo è dato dalla direttiva 2005/29/CE, le cui disposizioni sui rapporti cd. *B2C* (*Business to Consumer*), esaminati in questo lavoro, sono state recepite nel codice del consumo italiano (artt. 18 ss.). Il «secondo pilastro» è costituito dai codici di condotta, che individuano regole che si impongono come il risultato di una contrattazione tra privati e concorrono con le fonti pubbliche di produzione del diritto a contrastare le attività promozionali vietate.

L'analisi concerne, innanzitutto, il rapporto di integrazione tra i due livelli normativi.

Successivamente, lo studio si concentra sulla difficile relazione tra discipline – quadro e settoriali – e autorità – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e singole Autorità di regolazione – nella repressione delle pratiche commerciali scorrette.

Nel proseguo della dissertazione, si tenta di individuare una nuova nozione di correttezza professionale richiesta all'imprenditore sul mercato a tutela dei consumatori. Tale correttezza, emergente nell'ambito generale delle pratiche commerciali, presenterà connotati più specifici nei settori regolati e a seconda delle condizioni particolari in cui il professionista, di volta in volta, operi.

Nella parte finale della tesi, vengono analizzate la prassi dell'A.G.C.M. e la casistica giurisprudenziale, le quali offrono un ulteriore apporto, per poter delineare in concreto i tratti caratterizzanti di un concetto ancora in divenire.

Lo studio si chiude con alcune osservazioni conclusive di carattere generale sulla correttezza professionale.