

PRATICHE SLEALI E TUTELE LEGALI: DAL MODELLO
ECONOMICO ALLA DISCIPLINA GIURIDICA

Sommario: 1. Due questioni sulle pratiche commerciali sleali: quale concetto di “slealtà”? quali tutele individuali? – 2. I silenzi e le elusioni del dettato legale interno e comunitario. – 3. La teoria economica sottesa alla legislazione interna e comunitaria. – 4. Gli strumenti di politica del diritto suggeriti dalla teoria economica per la repressione delle pratiche commerciali scorrette, e in specie la regolazione giuridica degli scambi. – 5. (segue): a) cosa vietare. – 6. (segue): b) come rimediare. – 7. I rimedi invalidanti. – 8. I rimedi risarcitori. – 9. Conclusioni.

1.- Nei nostri tempi certamente la legge non fa economia. Ma, ciò nonostante, è l'economia che fa legge. I legislatori si affannano a moltiplicare giuste regole sugli scambi. Ma è l'utilità economica che li governa. Sia quando rende di fatto inefficaci le leggi che la contrastano. Sia quando fornisce l'ispirazione a quelle che l'assecondano. È discutibile se sia un bene. È certo che sia un fatto.

La disciplina giuridica dello scambio è così la storia di un difficile rapporto tra efficienza e giustizia. Difficile nella soluzione. Difficile nell'impostazione. Che appare molto diversa nelle codificazioni nazionali e nel diritto comunitario.

L'approccio delle codificazioni privilegia la dimensione individuale dello scambio: sebbene non la ignori è meno attento all'efficienza globale¹. Essenzialmente regola il contratto². La sua prima preoccupazione è piuttosto la giustizia: libertà del volere e tutela degli affidamenti.

L'approccio comunitario privilegia la dimensione collettiva dello scambio: gli aspetti individuali che tratta (come singole clausole³ o specifiche conformità⁴), appaiono manifestazioni di fenomeni seriali.

¹ Il fenomeno della decodificazione ed in generale della perdita di centralità del codice civile fu contemporaneo al diffondersi in ambito comunitario della nuova legislazione sul mercato. Il codice vigente era stato promulgato allorché gli studi neoclassici sull'equilibrio economico generale (.....) avevano già avuto ampia affermazione, ma non pare che i redattori ne abbiano tenuto gran conto. Appartiene invece soprattutto all'ultimo quarto del XX secolo l'affermazione anche da noi delle nuove teorie della concorrenza e del mercato (.....), e soprattutto dell'efficienza del sistema. Le corrispondenti norme, sostanzialmente estranee all'impianto del codice, sono state perciò collocate al di fuori di esso.

La maggior penetrazione presso i giuristi delle nuove teorie economiche sembra appartenere all'analisi economica del diritto (.....), che all'efficienza come criterio ordinante delle soluzioni giuridiche è specificamente ispirata.

² O, secondo una diversa prospettiva (P. Perlingieri,), la persona, ovviamente nella sua dimensione di operatore economico.

³ Cfr. gli artt 35 ss. del codice del consumo (in tema).

⁴ Cfr. gli artt. 128 ss. del codice del consumo (in tema).

Essenzialmente regola il mercato⁵. La sua prima preoccupazione è perciò l'efficienza: incentivare il mercato e correggerne i fallimenti.

Non può stupire, allora, la difficoltà di ricomporre dimensione collettiva e dimensione individuale, diritto comunitario del mercato e diritto interno dei contratti, giustizia ed efficienza. Il contesto legale è oggi segnato da una consolidata disciplina interna del contratto e da nuove scelte comunitarie sul mercato. E l'una e le altre non sono necessariamente coerenti. Ma questo non toglie la necessità di una ricomposizione. Necessaria per il governo giuridico delle dinamiche economiche e per la soluzione giudiziale delle controversie individuali.

Appartiene alla dottrina ed alla giurisprudenza il compito di ricomposizione. Il *diritto privato europeo*⁶ è appunto l'impresa teorica intesa a combinare teoria economica e teoria giuridica, tradizione nazionale e innovazione comunitaria. Le pratiche commerciali scorrette⁷ segnano un nuovo capitolo di questa storia.

⁵ Del resto, la formazione del mercato interno è stato il primo scopo dell'azione comunitaria. E il principio di sussidiarietà (su cui) impedirebbe l'invasione di campo.

Sull'approccio comunitario S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.

⁶ Che qui intendo come sforzo teorico di combinare, riconducendoli a razionalità, ordinamento interno e legislazione comunitaria, con la consapevolezza dei loro fondamenti politici ed economici.

Sul diritto privato europeo v *Diritto privato europeo*, I-IV, a cura di N. Lipari, Padova, ..., e ivi N. Lipari, *Introduzione*, I, p. 1 ss.; N. Scannicchio, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, ivi, I, p. 21 ss., p. 90 ss.; A. Tizzano, *Presentazione*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, I, Torino, 2000, p. V ss.; G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea*,, p. 10 ss.

⁷ La disciplina è stata introdotta dalla Direttiva 2005/29/CE (in tema, G. De Cristofaro, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, p. 1 ss.), recepita, quanto alla materia della pubblicità dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 145, e quanto alle pratiche commerciali dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (in tema G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. legisl. n. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium juris*, 2007, p. 1181 ss.) che ha inserito le disposizioni nel codice del consumo, artt. 18 e ss. (nuovo testo), poi corretto dal d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 (su cui G. De Cristofaro, *Il "cantiere aperto" del codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium juris*, 2008, p. 265 ss.).

Sul tema in generale v. *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 41 ss.; *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 84 ss.; *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 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)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008; L. Di Nella, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2007, p. 72 ss.; G. Howells, A. Micklitz, T.M., *European Fair Trading Law. The unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, 2006; E. Battelli, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in, 200..., p. 515 ss.

Esse concorrono certamente all'efficienza economica. Ma la loro stessa aggettivazione esprime un interno elemento assiologico⁸. Sotto la definizione di "pratiche commerciali scorrette" la nuova normativa intende infatti disciplinare: *a*) qualsiasi azione di promozione, vendita o fornitura di prodotti, *b*) che sia contraria alla diligenza professionale (perché di basso grado di competenza ed attenzione), *c*) con cui un professionista (o chi agisce per suo conto), *d*) arrivi a falsare in misura rilevante una decisione di natura commerciale, *e*) del consumatore. Ciò può avvenire soprattutto in due modi: *i*) inducendo in errore ("pratica ingannevole"), o *ii*) limitando la libertà di scelta ("pratica aggressiva"). La legge vieta tali pratiche. Il legislatore impone così una regola agli scambi, che può invalidare la prassi. E di cui il singolo operatore ha interesse a servirsi.

Di questo nuovo capitolo gli interpreti, per ora, sembrano non aver riconosciuto l'importanza. Con apprezzabili eccezioni⁹, non vi è stata molta attenzione alla novità legislativa, e poca alle sue ricadute. Un'evidente sottovalutazione di un intervento legislativo con il quale la regolazione diviene da ordine del mercato disciplina del contratto¹⁰.

Di qui la duplice domanda di queste pagine:

- anzitutto, quale concetto di slealtà risponde all'esigenza di coniugare efficienza e giustizia?
- e poi, le nuove regole come si riflettono sulle tradizionali tutele individuali?

2. – Il giurista che per rispondere a queste domande volesse secondo l'uso classico rifarsi all'intenzione del legislatore credendo di trovarla nel *dictum* di quello della direttiva o di quello del recepimento, si metterebbe in un penoso imbarazzo. Nessuno dei due è stato al suo gioco. Perché sul primo punto eludono e sul secondo tacciono. È il caso di rendersene conto.

2.1. – La definizione della slealtà è a ben vedere elusiva.

A prima vista la direttiva e il codice del consumo ne forniscono un'ampia formulazione. Vi concorrono due elementi: *a*) la contrarietà alla diligenza professionale, e cioè al normale grado di competenza e attenzione del professionista, secondo correttezza e buona fede, *b*)

⁸ E se così è, sarà determinante vedere come si intersechino nell'adottato concetto di scorrettezza commerciale, utilità e valori.

⁹ Oltre gli AA. citt. nella nt., v. C. Granelli, *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 776 ss.; R. Calvo, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, cit., p. 147 ss.

¹⁰ Dapprima il diritto di fonte comunitaria ha regolato singole tipologie di scambio: contratti fuori dai locali commerciali, contratti di viaggio, di multiproprietà, a distanza. Ma con la normativa sulle clausole vessatorie prima, ed oggi con quella sulle pratiche commerciali, viene costruita una normazione di carattere generale (G. De Cristofaro,; R. Calvo,) che anticipa parti di un possibile codice civile europeo. Gli interpreti citati, che quell'importanza hanno invece percepito, parlano giustamente di secondo pilastro del diritto contrattuale europeo.

l'attitudine a falsare il comportamento del consumatore, alterandone la capacità di decidere consapevolmente, e inducendolo ad una decisione che non avrebbe altrimenti preso.

Ad un miglior esame emerge una certa vacuità della definizione. Mentre sono ben determinate le fattispecie di slealtà elencate esemplificativamente¹¹ come azioni od omissioni ingannevoli o aggressive, la nozione generale ruota intorno a clausole generali¹². Come tali, esse sono intrinsecamente indeterminate, perché legate a standard elastici, come la diligenza, o a dati ipotetici, come la capacità di decidere diversamente. E ciò rende elusiva la nozione legale. È vero che la maggior parte dei casi concreti ricadrà nelle ipotesi specifiche elencate. Ma questo non toglie che il concetto di slealtà a livello della definizione legale resti vacuo. E la vacuità non può non risolversi in incertezza delle attività interpretative ed applicative.

Qual è infatti il senso della richiesta diligenza professionale? La dottrina è in imbarazzo a determinarlo¹³. Non solo e non tanto perché si tratta per natura di uno standard da apprezzare nel concreto; quanto perché la nozione presuppone una norma di quella prassi¹⁴ che appare al contempo indeterminabile e pericolosa.

Indeterminabile, perché il concetto della direttiva e ora del codice del consumo di pratica onesta, diligente, secondo buona fede, e secondo il normale grado di competenza ed attenzione che il consumatore può ragionevolmente attendersi, nel settore di attività del professionista, presuppone che il diritto faccia riferimento ad uno standard extralegale. Ma quale? Esso esiste in via esplicita solo se siano specificamente approvati dei codici di condotta, non a caso richiamati dalla legge¹⁵. Diversamente, dove cercarlo? La moltiplicazione dei riferimenti assiologici (onestà, buona fede, normalità, competenza, attenzione, ragionevolezza) non copre, anzi enfatizza questo vuoto concettuale.

Pericolosa, perché, come d'uso, quel vacuo concetto tenderà a riempirsi di contenuto attraverso riferimenti alla prassi, travestita da "natura delle cose". E così lo standard - extragiuridico ma normativo - secondo cui valutare le loro pratiche rischia di essere alla fine lo

¹¹ Esemplificativamente rispetto alla nozione generale. Il che non toglie che alcuni dei casi esemplificati siano tassativi: cfr. quelli degli artt. 23 e 26 Cod. consumo.

¹² Nello stesso senso M. Scali, *Commento all'art. 18, comma 1, lettera h*), in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, cit. p. 76.

¹³ Anche la migliore dottrina riesce piuttosto a dire cosa la diligenza del professionista non è (non è la diligenza dell'art. 1176c.c.), ma non propriamente cosa è (G. 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)*, cit., p. 143 ss., p. 150.

¹⁴ La direttiva parla espressamente di "pratiche di mercato oneste". Il recepimento ha omissso la locuzione (in tema G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale "scorretta"*, cit., p. 149).

¹⁵ Sui codici S. Stella, *Commento all'art. 27 bis*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 188 ss.; U. Troiani, *Commento all'art. 27 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, cit. p. 296 ss.

standard di fatto¹⁶ che i professionisti vorranno adottare, liberi se credono di giocare al ribasso.

E qual è il modo di stabilire se la scelta economica del consumatore è stata falsata? Le utilità sono per definizione un elemento soggettivo, che non coincide necessariamente con quel che la teoria economica conosce come preferenze rivelate¹⁷. Le preferenze rivelate, cioè le scelte fatte, quando le prassi commerciali sono scorrette non sono anche le scelte che sarebbero state fatte se il contesto di mercato fosse stato diverso.

Misurare sulla prassi dei professionisti e sulle effettive scelte dei consumatori la slealtà delle pratiche commerciali significherebbe insomma elevare a principio che quel che avviene conviene, rendendo del tutto inutile l'intervento normativo. Esso ha senso, e funziona, se ciò che avviene può essere confrontato con ciò che deve avvenire. Ma allora richiede un parametro che integri la clausola generale della regola legale. Un parametro che la legge però non fornisce, anche se fornisce degli esempi.

È dunque ragionevole concludere che in punto di definizione della fattispecie la normativa è elusiva.

2.2. – La conseguenza individuale della slealtà è del tutto taciuta.

Anche qui a prima vista i legislatori intervengono. Ma senza realmente dire. La direttiva da un lato ha ingiunto agli Stati di “assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali”¹⁸; ma dall'altro ha demandato alla loro discrezionalità stabilire se tali mezzi debbano consistere della sola azione amministrativa o anche giudiziaria, ad iniziativa di chi, con quale procedimento¹⁹. E soprattutto ha sancito²⁰ il principio che la normativa “*non pregiudica* i ricorsi individuali proposti da soggetti che siano stati lesi da una pratica commerciale sleale”, né “*pregiudica* l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto”²¹. E il codice del consumo ha di conseguenza confermato che la disciplina introdotta “*non pregiudica* l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto”²².

¹⁶ In barba alla logica per cui non si deve mai dedurre da è.

¹⁷ Fondamentali sul punto gli studi di P. Samuelson, a partire da *Social indifferent curves*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1938, p. 1 ss.; Id., *A note on the pure Theory of Consumer's Behaviour*, in *Economica*, 1938, p. 61 ss.

¹⁸ È evidente che il *private enforcement* derivante dall'azione individuale dei singoli interessati, renderebbe più incisivo, costante e capillare l'effetto del *public enforcement* previsto dalla direttiva.

¹⁹ Art. 11, par. 1° e 2°, della direttiva 2005/29/CE

²⁰ Direttiva 2005/29/CE, 9° considerando

²¹ Art. 3, 2° comma, della direttiva 2005/29/CE (corsivi, ovviamente, di chi scrive).

²² Art. 19, 2° comma, lett. a, del cod. consumo (corsivo, ovviamente, di chi scrive).

L'interprete potrebbe anche voler argomentare che quel “non pregiudica” non impedisce di stabilire che sia stato innovato tra l'altro anche il tradizionale sistema

Il corretto significato della singolare formula adottata sembra essere che l'introduzione dell'istituto delle pratiche scorrette non produce nessuna modifica delle regole tradizionali di governo dei rapporti individuali: invalidità, risarcimento. Se così è, delle due l'una. Se applicando alla pratica scorretta quelle regole non si configura il loro caso (illecito e risarcimento; "vizio" e invalidità), nessuna tutela individuale è concessa. Se invece si configura, è concessa la relativa tutela individuale.

Occorre perciò domandarsi se le fattispecie ora rese rilevanti dal legislatore comunitario (e da quello nazionale del recepimento) come scorrette nell'ottica del mercato, siano sussumibili nel tradizionale sistema delle regole del rapporto individuale, ed allora rilevanti per la loro applicazione. Rilevanti, anzitutto, per il corretto contenuto della scelta negoziale che a seguito di quelle pratiche si forma, e quindi nell'ottica della sua validità. Rilevanti, poi, per il corretto comportamento delle parti del rapporto, e quindi nell'ottica di un risarcimento.

In concreto la domanda da porsi è questa: una pratica scorretta (nel senso generale), una pratica ingannevole, una pratica aggressiva, le pratiche individuate nelle liste legali come ingannevoli, ovvero come aggressive, possono essere sussunte, ai fini dell'atto negoziale su cui incidono, nelle tradizionali ipotesi di nullità e di annullabilità? possono essere sussunte, ai fini delle conseguenze del comportamento, nella tradizionale categoria dell'illecito produttivo di danno ingiusto risarcibile?

Sono domande cui la nuova normativa non dà alcuna risposta.

3. – Non potendo trovare la risposta alle sue domande nel *dictum* del legislatore, l'interprete deve cercarla altrove. Cercare cioè un criterio, non espresso nella legge ma in essa implicato, che gli dica in che senso una pratica è sleale, e se ciò integra gli estremi per invalidare la scelta negoziale, o per esigere un risarcimento.

Poiché quel criterio per quanto non espresso non può essere estraneo all'intenzione del legislatore, occorre che sia nella teoria che la ispira e concorre a definirne la *ratio legis*. Ma qui si tratta di plurime e diverse "intenzioni" di differenti legislatori: le discipline del codice dell'illecito e dell'invalidità, e la disciplina comunitaria delle pratiche scorrette. E quindi plurime potrebbero essere le teorie (e le *rationes*) che le ispirano. Esiste una teoria unitaria che fondi scorrettezza, invalidità, illecito? e che valga tanto per il diritto

dell'invalidità e del risarcimento. Non condividendo questa tesi, per le ragioni che più avanti saranno chiarite, se ne lascia ad altri la dimostrazione.

Oppure potrebbe, esattamente al contrario, voler argomentare invece che, dicendo che la nuova disciplina "non pregiudica", si è inteso espressamente escludere che le regole sui rapporti individuali possano applicarsi alle prassi scorrette con un qualunque effetto. Non condividendo neppure questa tesi, la si lascia qui cadere.

comunitario da cui la nozione di pratica sleale deriva, quanto per il diritto interno che regola l'invalidità e l'illecito?

Per rispondere, occorre riconsiderare l'ispirazione dei codici e quella del diritto comunitario.

Possiamo allora, per seguire l'evoluzione storica, iniziare dai primi. Le tradizioni nazionali hanno certamente le loro diversità. Ma in tutte le prime codificazioni si sono ispirate come si sa ai principi liberali e liberisti coevi, anche se sin dalle origini non è mancato il rilievo dell'ordine pubblico, anche economico, e presto fattori diversi, di ordine interno e di competizione internazionale, hanno spinto gli ordinamenti europei ad atteggiamenti interventisti fino al dirigismo²³, alla metà del secolo scorso divenuti dominanti²⁴.

La diversa ispirazione della costruzione europea ha però mutato i sistemi nazionali. Essa è anche più rigorosamente liberista: dopo essersi limitata per tre decenni a difendere la concorrenza, a partire dalla metà degli anni ottanta la Comunità ha iniziato ad edificare un diritto dello scambio armonizzato aderente alle concezioni economiche del libero mercato. Anche se, con le modifiche ai Trattati degli anni novanta, ha programmato anche interventi di politica sociale²⁵, di cui è difficile dire se siano ulteriore effetto della logica liberista o espressione di una diversa ispirazione, con essa concorrente²⁶, che vuole far lavorare l'economia per la giustizia²⁷. I trattati oggi ci offrono, se non una compiuta scelta di sistema, almeno una formula sacramentale intesa ad esprimerne il senso generale²⁸: *economia sociale di mercato*²⁹.

²³ Si deve come noto a J.M. Keynes (J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 2005) la sistemazione teorica del ruolo dell'intervento pubblico. Che – è importante notarlo, non era tanto critica al mercato, quanto alle distorsioni introdotte dal sistema capitalistico

È ben noto che dopo il predominio neoliberista degli anni novanta il ruolo dello stato va riguadagnando terreno e consenso. Sul tema: J. Stiglitz, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992. Nella prospettiva interna e dal punto di vista giuridico: M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e organizzazione*, Bologna, 2008; AA.VV., *Il governo dell'economia e delle istituzioni*, Milano, 1997.

²⁴ Per l'esperienza italiana, nella letteratura giuridica v. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1996, p. 13 ss.; ampie indicazioni bibliografiche in A. Gentili, *Artt. 41, 45 e 47 Cost.*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, *Impresa, proprietà e credito*, Milano, 1989, p. 5 ss.

²⁵ Riavvicinandosi così alle Costituzioni, come nota S. Polidori, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1 ss., p. 8.

²⁶ R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 145 ss.

²⁷ Un dibattito in tema si trova in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996. Vale forse anche qui la tesi della *Janus-faced ideology* di cui parlano G. Howells e T.M. Wilhelmsson, *EC consumer Law*, cit., p.89.

²⁸ . Non ne risulta facilmente, però, quel che la dottrina usa oggi chiamare una *costituzione economica*, e cioè l'insieme delle regole fondamentali in materia di rapporti economici, attraverso le quali resta codificata la relativa scelta di sistema, ossia il modello di economia fornito dal diritto vigente

L'idea che la costituzione possa essere smembrata in plurime "costituzioni" dei singoli ambiti regolati risale a Carl Schmitt. In tema di costituzione economica G.U. Rescigno, *Costituzione economica*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2001; M. Coccozza, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, I, Torino, 1999, p.144; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1996; M. Luciani, *Economia nel*

Le prospettive del codice e del diritto comunitario sono dunque certamente diverse, ma si può dire che si basino su una comune teoria economica (sebbene certo più moderna nel secondo). È, come noto, l'economia neoclassica.

Il suo punto di partenza è che non solo la produzione ma anche lo scambio sia fonte di arricchimento³⁰, nel senso (proprio del marginalismo³¹ sopravvenuto alla fine dell'ottocento) che scambiare,

diritto costituzionale, in *Dig. Pubbl.* IV, Torino, 1990, p.373ss.; v. anche, più settorialmente, F. Merusi, *Disciplina dei rapporti valutari e costituzione monetaria*, in *Banca Impr. Soc.*, 1989, p. 349 ss.

²⁹ Anche l'interprete più fervente europeista non può non notare che in prima lettura la formula è un ossimoro: mercato e economia sociale sono prospettive storicamente per lo più alternative. Maliziosamente, questo ossimoro pare una di quelle formule vaghe che proprio perché tali possono andar bene a tutti. E che ognuno interpreta a suo modo. In seconda lettura la formula è il motto di una visione ordolibérale intesa a conciliare l'intoccabile libertà economica con l'irrinunciabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce.

Come noto, la formula risale alla Scuola di Friburgo, ed agli studi (tra altri) di W. Eucken, e poi di W. Röpke, ed in generale al pensiero ordolibérale. Quel che è certo è l'influenza che sulla scelta europea ha avuto il peso della Germania, in cui la tesi si è soprattutto formata ed ha conosciuto il maggior successo. Quel che è dubbio, e non può essere approfondito qui è fino a che punto l'intenzione dell'Unione europea denominata economia sociale di mercato coincida con il concetto ordolibérale di economia sociale di mercato. In tema di recente F. Felice, *L'economia sociale di mercato*, Roma, 2009.

Una prospettiva che, almeno quanto alla sua attuazione europea, ha suscitato un critico *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti* (leggibile in *ELJ*, 2004, p. 653 ss. In tema A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.) in cui si lamenta soprattutto il difetto di legittimazione democratica dei legislatori europei, l'esclusiva concentrazione sul solo problema delle asimmetrie informative a fronte di ben altre cause di debolezza negoziale, l'indifferenza per lo sfruttamento e l'esclusione sociale, la necessità per una vera giustizia sociale di interventi eteronomi sul contenuto dei contratti, la necessità di una solidarietà anche "orizzontale" (e cioè direttamente tra le parti dello scambio e non solo da parte dello Stato verso il c.d. contraente debole) come quella sanzionata in molte Costituzioni europee, e quindi – in sintesi – l'incapacità del diritto contrattuale europeo di ridistribuire ricchezza, in luogo di fermarsi a credere che il consumatore una volta informato possa fare da sé un contratto giusto (oltre il *Manifesto*, cit., v. anche T.M. Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *ELJ*, 2004, p. 726 ss.; Id., *The abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *JCL*, 2004, p. 317 ss.)

³⁰ La tesi ha avuto una lunga e costante elaborazione. Adam Smith teorizzò un secolo più tardi (A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, scritta tra il 1767 e il 1773 fu pubblicata nel 1776, l'ed. qui cit. è *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1892) il contributo che lo scambio dà alla ricchezza delle nazioni, esaltando il beneficio generale prodotto dagli interessi egoistici con la fortunata metafora della mano invisibile.

La letteratura su Smith è amplissima. Qui mi limito a ricordare alcune opere di carattere storico: W.J. Barber, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 21 ss.; A. Roncaglia, P. Sylos Labini, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 17 ss.; P.D. Groenewegen, G. Viaggi, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 115 ss.; E. Screpanti, S. Zamagni, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 94 ss.

³¹ Fondamentali i contributi di L. Walras, *Elements d'economie politique pure ou theorie de la richesse sociale* (1874-77); C. Menger, *Principi fondamentali di*

sebbene non produca nuova ricchezza, produce nuovo valore, aumentando, attraverso una allocazione soggettivamente migliore, la soddisfazione dei bisogni³². L'arricchimento individuale inoltre, nonostante il movente egoistico, produce arricchimento della collettività e fonda un equilibrio economico generale³³. L'efficienza privata è giustizia pubblica. Ciò significa, inoltre, che lo scambio ha in se stesso la sua migliore regola: l'utilità. Ciascuno guidato dalle sue utilità cede ed acquisisce fino alla situazione per lui ottimale. Che è anche l'ottimo della collettività³⁴.

Una fede totale in questa dottrina, che pure è alla base dei diritti nazionali e comunitari dello scambio, escluderebbe addirittura la regolazione legale. Per comprenderne perciò le ragioni occorre considerare le condizioni subordinatamente alle quali gli scambi sono fonte di arricchimento. Le leggi della domanda e dell'offerta, ed il prezzo di equilibrio che esse determinano, operano infatti *solo se gli scambisti sono agenti pienamente razionali*. Altrimenti non c'è vera utilità e tutta la costruzione teorica cade. Ma nessuna scelta è razionale se non è libera e consapevole. Era apparso ovvio già agli antichi che la disparità di forza tra i contraenti porta a scambi iniqui. La razionalità dell'*homo oeconomicus*³⁵ presuppone coscienza e libertà. Nei fatti

economia politica, Bari, 1925, p. 131 ss, p. 214 ss.; e W.S. Jevons, *Teoria dell'economia politica*, Torino, 1952, p. 57 ss., p. 80 ss.

In tema A. Roncaglia, P. Sylos Labini, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 31 ss.; W.J. Barber, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 151 ss.; P.D. Groenewegen, G. Viaggi, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 187 ss.; E. Screpanti, S. Zamagni, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 213 ss.

³² La duplice valenza del concetto di "valore", economica ed etica, è approfondita nella nostra letteratura recente da A. Donise, *Valore*, Napoli, 2008, e da A. Zhok, *Il concetto di valore: dall'etica all'economia*, Milano, 2001.

³³ Sulle teorie dell'equilibrio economico, in prospettiva sociopolitica, B. Ingrao, G. Israel, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit. *passim*; A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, cit. 2005.

³⁴ Non però anche sempre l'ottimo *per* la collettività (come osservava già V. Pareto,).

³⁵ La concezione tradizionale è quella neoclassica di cui si è detto nel testo. Ovviamente non si riduce al solo artificiale procedimento supposto da Walras, ma anche ai contributi della scuola austriaca e alla più realistica visione teorizzata da A. Marshall, *Principi di economia*, Torino, 1959, p. 83 ss.

Per il riesame critico, da varie prospettive, v. M. Godelier, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970; G.B. Richardson, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968, pp. 25-56; G. S. Becker, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998, *passim*, ma spec. p. 447 ss.; AA. VV., *Behavioral Law and Economics*, ed. by C. Sunstein, Cambridge, 2007; A. Sen, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; D.L. McFadden, *Razionalità per economisti?*, in *Critica della ragione economica*, a cura di M. Motterlini e M. Piattelli Palmarini, Milano, 2005, p. 25 ss.; D. Khaneman, *Mappe di razionalità limitata. Indagine sui giudizi e le scelte intuitivi*, *ivi*, p. 77 ss.; M. Piattelli Palmarini, M. Motterlini, *Galleria degli errori economici*, *ivi*, p. 233 ss.

Gli studi sulla razionalità sono notoriamente sterminati anche a prescindere dal concetto di razionalità economica. Per una prospettiva sociologica C. A. Marletti, *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, 2006.

però l'*homo oeconomicus* è solo un mito e la razionalità economica degli uomini è limitata³⁶. Dalla disinformazione o più spesso dalle asimmetrie di informazione³⁷. Da propensioni psicologiche³⁸, come l'avversione al rischio. Da suggestioni pubblicitarie³⁹. Dalla distanza. Da pratiche sleali, aggressive o ingannevoli. E – non dimentichiamolo - dal bisogno. Inoltre, poiché gli scambi individuali non avvengono nel vuoto, ma in un contesto – il mercato⁴⁰ – anche l'eventuale irrazionalità del mercato vi influisce. Tale limitata razionalità travolge la tesi che gli scambi siano, solo perché voluti, sempre efficienti e giusti. È giusto che gli individui siano liberi di realizzare interessi e gusti. Ma nelle loro scelte economiche essi spesso falliscono. E con essi fallisce il mercato⁴¹.

4. - Ecco dunque le ragioni di una regolamentazione giuridica degli scambi, quantunque fondata sui presupposti neoclassici. Il mercato fallisce. L'individuo fallisce. La legge serve a prevenire e correggere

Cfr. inoltre S. Latouche, *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea*, Torino, 2007.

³⁶ Sulla razionalità limitata H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; J. Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983; cfr. inoltre M. Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, cit., p. 173 ss., spec. p. 180 ss.

Si parla per questa influenza del modo di presentazione sulla razionalità della scelta, di *framing effect* (sul quale lo studio di riferimento è quello di R. Kahneman, A. Tversky, "Prospect Theory": *An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, p. 263 ss).

³⁷ L'opera di riferimento obbligato è qui come noto G. Akerlof, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, p. 488 ss.

³⁸ Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica (e per l'economia cognitiva v. R. Viale, *Quale mente per l'economia cognitiva*, cit., p. 233 ss) ovvero sociologica (Ph. Steiner, *op. cit.*, p. 33).

³⁹ L'opera di riferimento è qui, ovviamente, V. Packard, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.

⁴⁰ Per quanto riguarda le teorie del mercato rinvio alla nt. 20 che precede. V. inoltre G. Bertola, *Il mercato*, Bologna, 2006.

⁴¹ Storicamente, queste ragioni hanno giustificato un intervento pubblico correttivo. Ma l'intervento pubblico – quantunque giustificato dalla difesa dell'utilità generale - non può dare alcuna garanzia di ripristino della razionalità, degli individui e del mercato. Sprovvisto dell'intelligenza diffusa propria del mercato, esso funziona grazie ad un'organizzazione. Ma per lo più degenera in burocrazia inefficiente. Ed esposta a muoversi spesso secondo convenienza politica che secondo convenienza economica. E comunque al di fuori delle regole della libera concorrenza (per il carattere burocratico dell'intervento pubblico rinvio ancora a L. von Mises, *Burocrazia*, cit.; per una critica più ampia v. ancora L. von Mises, *Socialismo*, cit.; F.K.A. von Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, cit., spec. p. 154 ss.) Anche la razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò anch'esso fallisce. Sussistono pertanto gravi ragioni politiche ed economiche per dubitare del fatto che l'intervento pubblico sia una valida alternativa all'economia di mercato. Ciò però non risolve ancora il problema dei suoi fallimenti. E talora la strada dell'intervento statale appare quantunque non ottimale pragmaticamente obbligata.

Per il rapporto tra intervento e concorrenza dal punto di vista comunitario un quadro è ora in C. Iannone, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009.

questi fallimenti. La teoria neoclassica non ne è inconsapevole. Sa che sfruttando la loro preponderanza economica le imprese per assicurarsi profitti forzano la propensione all'acquisto, e così fanno virare il mercato al contempo verso l'inefficienza (in luogo di beni migliori e soddisfazione maggiore del cliente si hanno beni peggiori e soddisfazione minore, con un netto calo di utilità generale) e l'iniquità (in luogo di libere e consapevoli procedure di formazione della scelta negoziale individuale si hanno anomalie conoscitive o volitive, con una netta lesione della libertà). In alcune sue espressioni assume che il mercato si autocorregga. Ma l'esperienza smentisce. In altre, tramutandosi da scienza descrittiva in scienza normativa⁴², indica strumenti alla politica economica.

Quello classico – preventivo - è stato a lungo visto nella difesa della concorrenza: essa infatti riconduce le imprese per essere competitive a desistere da comportamenti profittatori, ed emargina quelle che non ne siano capaci. In tal modo, un meccanismo interno alla stessa offerta corregge gli squilibri che questa genera. Ma la concorrenza è difficile da difendere, e comunque agendo dal solo lato dell'offerta non è sufficiente. Economia e diritto sono allora costretti ad interrogarsi sugli ulteriori mezzi, operanti anche dal lato della domanda, di governo degli scambi.

In astratto un legislatore ha quattro vie.

La prima è l'inerzia. Le teorie economiche che esaltano la spontaneità del mercato come condizione della sua massima efficienza sconsigliano recisamente di sostituire un ordine artificiale al suo ordine naturale⁴³. Ritengono che il mercato farà da sé il meglio possibile. Sembrerebbe dunque a prima vista escluso qualunque intervento sulla libera negoziazione⁴⁴. Ma la moderna letteratura sui costi transattivi da un lato, e sulla razionalità dell'operatore economico dall'altro, corrode i presupposti sui quali quell'approccio si fondava. Così, se oggi nessuno mette più in dubbio le virtù del mercato, è pur vero che esso è al centro della scienza economica per i suoi fallimenti⁴⁵. E rispetto ai fallimenti si impone la necessità di una politica.

La seconda è, all'opposto, la conformazione delle dinamiche economiche ad iniziativa dello stato⁴⁶. Ciò può avvenire per gradi crescenti: solo attraverso la leva fiscale, o addirittura attraverso l'intervento pubblico nelle attività. Questa via è stata largamente seguita nell'esperienza europea continentale, ma con risultati deludenti. Si è dimostrato che nulla garantisce che l'azione dello stato sia esente da fallimenti; ed oggi la teoria economica prevalente suggerisce quantomeno minimalismo

⁴² Sul carattere normativo della scienza economica G. Myrdal,

⁴³ F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, spec. p. 48 ss.

⁴⁴ Per questo approccio rimane fondamentale F.A. von Hayek, *op. cit.*, spec. p. 73 ss.

⁴⁵ Sui fallimenti del mercato.....

⁴⁶ Per un quadro oggi M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; una moderna teorizzazione in J. Stiglitz,

La terza è l'incentivo statale a *countervailing powers* che bilancino il potere economico delle imprese. La storia conosce il caso paradigmatico dell'organizzazione sindacale. Sono immaginabili vicende parallele: nel campo ad esempio dell'ambiente, o appunto dei consumatori. Organizzare i loro interessi collettivi, in via preventiva o successiva, nella negoziazione o nelle controversie (come oggi si fa introducendo azioni collettive risarcitorie), forgia un contrappeso alla potenza delle imprese.

La quarta e più radicale è la regolazione del mercato. O meglio la correzione dei suoi fallimenti attraverso regole giuridiche che ne rimuovano se possibile le cause, e comunque ne rimedino gli effetti. Ma non ogni tipo di fallimento conosce rimedi sperimentati. Se alle restrizioni della concorrenza rimedia ormai in ogni economia progredita (ma da noi solo da meno di un ventennio) l'apparato antitrust (che d'altronde interviene ben più sul capitalismo⁴⁷ che sul mercato in sé), altri fallimenti cercano ancora la loro terapia.

Le prime due vie sono evidentemente alternative, ed hanno segnato epoche successive della storia economica. In una certa misura appaiono entrambe superate. Le ulteriori due possono essere cumulative, e di fatto sono oggi concretamente usate anche dalla politica economica europea.

Appunto dell'ultima è espressione la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.

In questa luce appare distintivo delle pratiche sleali che un comportamento del professionista, per profittarne, produce irrazionalità: delle dinamiche di mercato anzitutto, e della scelta negoziale del consumatore poi. La disciplina normativa è intesa a ripristinare quella razionalità, vietando quel comportamento, e se necessario rimediandovi. Una completa comprensione della normativa sulle pratiche sleali deve interrogarsi perciò su cosa vietare e come rimediare.

5. – Per comprendere cosa vietare bisogna tornare alla *ratio* della normativa sulle pratiche commerciali scorrette.

Essa si rivela espressione centrale di tutta la politica consumeristica⁴⁸. La posizione di queste norme nella legislazione

⁴⁷ Per un inquadramento del capitalismo: M. Beaud, *Storia del capitalismo, dal Rinascimento alla New Economy*, Milano, 2004; F. Jameson, *Postmodernismo, ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, Roma, 2007; P. Bowles, *Il capitalismo*, Bologna, 2009; per la critica al capitalismo, a parte ovviamente il marxismo, e limitandosi a visioni più moderne, F. Braudel, *La dinamica del capitalismo*, Bologna, 1988; S. Latouche, *Breve trattato della decrescita serena*, Torino, 2008; Z. Baumann, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁸ Divenuta politica comunitaria ufficiale solo con l'Atto Unico del 1985, essa esprime in questa prospettiva un approccio "neocapitalistico" secondo il quale il miglior funzionamento del mercato non può prescindere dalla protezione dei diritti fondamentali di consumatori e utenti. In tema (ma la letteratura è amplissima) tra altri G. Ghidini, *I diritti dei consumatori come civil rights del mercato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, a cura di L. Klesta Dosi, Padova, 2000, p.43 ss., p. 44; G. Alpa,

comunitaria sul mercato è infatti centrale. Esse esprimono nel modo più diretto ciò che è sotteso a tutte. Che cioè l'incentivazione degli standard qualitativi dei beni o servizi a protezione dei consumatori ha anzitutto effetti di incentivazione economica⁴⁹. Ma al contempo, è uno strumento di politica sociale inteso ad elevare, con la loro libertà, il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori⁵⁰. Efficienza economica e giustizia sociale. Ovvero economia sociale di mercato.

Imporla non significa imporre al mercato una costrizione, ma solo ripristinarne il retto funzionamento. Un incontro veramente libero e consapevole della domanda e dell'offerta. L'intervento legislativo è qui procedurale, non di contenuto. Non sovrappone una giustizia politica opinabile all'efficienza dello scambio, bensì ne riconduce l'essere al dover essere. Nella teoria che sta alla base dell'approccio di cui la normativa sulle pratiche è espressione, non c'è alcuno standard cui rapportarsi. Essa ci dice che le concrete operazioni di scambio a

Introduzione al diritto dei consumatori, Roma-Bari, 2006; Id., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

⁴⁹ Poiché il consumatore è l'anello finale della catena distributiva, comporta necessariamente un miglioramento dell'offerta, e quindi un incentivo all'efficienza delle imprese e del mercato; nel quale, dovendo mantenere standard elevati, le imprese meno efficienti perché meno capaci di contrarre i costi e di diminuire i prezzi fino al livello minimo possibile, saranno progressivamente emarginate. Infatti, l'elevazione degli standard dei prodotti e dei servizi forniti, in termini di qualità, utilità, sicurezza per le persone che li usano, è anche un potentissimo strumento di incentivazione di una produzione migliore e quindi più competitiva; il mantenimento per quanto possibile di prezzi contenuti è anche uno strumento efficace per rendere complessivamente più competitiva la produzione degli operatori economici del mercato unico europeo, che oggi si trovano nel quadro della globalizzazione a concorrere con produzioni provenienti da paesi che hanno maggiore abbondanza di materie prime, o manodopera meno costosa. E dunque diventa uno strumento di politica economica.

Su tutto ciò S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss,

⁵⁰ La conferma è nella nozione di consumatore adottata dal diritto europeo. Buona parte della dottrina, sospinta da assonanze, vi ravvisa un contraente debole (alla stessa stregua dei lavoratori, dei conduttori di immobili urbani, dei coltivatori diretti e simili). Vi è del vero: la disparità di forza contrattuale. Ma sui punti di contatto prevalgono le differenze. Come detto quella di consumatore *non* è una condizione sociale ma un ruolo. La sua debolezza è tecnica: non sapere, non avere alternative; non politica. E' giusto dire che nel moderno diritto ai fini dell'applicazione di un diritto speciale rilevano, come qui, gli status; ma qui lo status è giuridico, non di ceto. Per questo non può essere seguita l'idea che la protezione dei consumatori sia tutela di una classe non agiata, in tal senso debole e per tal fine protetta (V. Roppo, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. Dir.*, 1975, p. 701 ss, p. 718. *Contra* G. Alpa, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 22 s.), da commisurare in base ai bisogni. Il *favor* per il consumatore è – e per ora resta – della stessa natura del favore per il debitore. Del resto, se così non fosse non avrebbe senso la definizione ormai tralatizia del consumatore, che lo coglie non per le sue capacità o per i suoi bisogni, ma per gli scopi non professionali del negozio. In piena contraddizione con la sua presunta debolezza sociale, che sussisterebbe anche nelle negoziazioni professionali (si pensi al lavoratore), e in perfetta coerenza al ruolo, di acquirente non professionale, che non gli consente di sopportare pari costi di informazione.

Una costruzione generale di *favor* per il contraente debole è ora in A.P. Scarso, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006 (e *ivi* ulteriore bibliografia).

causa dell'approfitamento della limitata razionalità del consumatore e dei costi transattivi che incontra, non avvengono in modo corrispondente al modello ideale di scambio libero e consapevole. Ci dice che quindi non realizzano quel surplus di ricchezza che giustifica lo scambio, e sono perciò inefficienti (e anche inique). L'aforisma celebre del contrattualismo, *qui dit contrat dit juste*⁵¹, torna così ad essere vero: è infatti giusto ed efficiente il contratto che risulta da una corretta procedura di formazione ed incontro della domanda e dell'offerta.

Il legislatore si dimostra consapevole del fatto che presupposto che può dar luogo a delle pratiche scorrette è il potere di mercato del professionista. Lo mostra espressamente laddove a proposito delle pratiche aggressive definisce l'indebito condizionamento attraverso il quale si perpetrano come sfruttamento di una posizione di potere⁵². Ma discorso non diverso è da fare per le pratiche ingannevoli: qui base del potere è il possesso di informazioni che il professionista ha e potrebbe condividere con il consumatore che invece ne è privo; e l'informazione è potere. La disciplina delle pratiche scorrette è dunque anch'essa argine all'indebito sfruttamento del proprio potere economico e dell'altrui razionalità limitata. Una forma di regolazione che completa nella dimensione collettiva la disciplina dello scambio dei diritti nazionali, armonizzandola⁵³, per rendere più efficiente ed equo il mercato interno.

Ma il restauro di quella giustizia procedurale richiede un governo ad essa coerente delle prassi dell'impresa relative alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori in cui si annida la causa prossima del problema, vale a dire lo sfruttamento della razionalità limitata del consumatore.

La teoria ci svela così il senso della nozione di scorrettezza. E più specificamente dell'ambigua, e *prima facie* vacua, nozione di contrarietà alla diligenza professionale. Essa consiste infatti semplicemente nell'*approfitamento* della razionalità limitata del consumatore. Non si richiede altro. E' sufficiente che il professionista di fatto profitti dello svantaggio negoziale del consumatore perché lo scambio non sia efficiente e il diritto abbia ragione di intervenire.

⁵¹ La formalizzazione della tesi che in ogni scambio, in quanto effetto di utilità e costi marginali, il prezzo in cui si incontrano domanda ed offerta è per definizione giusto, non si trova tanto nella letteratura economica neoclassica quanto negli scritti di un filosofo coevo, Alfred Jules Emile Fouillée, che lo ha teorizzato con il celebre aforisma citato. Se infatti ciascuno guidato dalle sue utilità cede ed acquisisce fino alla situazione per lui ottimale nelle circostanze date, quell'allocazione dei beni è la migliore possibile. E dunque nessun criterio esterno, e di contenuto, ma solo un criterio interno, procedurale, può governare e legittimare gli scambi.

⁵² Cfr. art. 18, c. 1°, lett. l, cod. consumo.

⁵³ G. De Cristofaro, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le "pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori". La direttiva 2005/29/CE ed il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 1 ss., p. 2-3.

Insomma, nella teoria (per esprimerla con il lessico della normativa) falsare il comportamento è di per sé contrario alla diligenza⁵⁴.

Ma la teoria ci dice anche di più. Ci dice che le prassi dell'impresa che per via di disinformazione o di pressione provocano una decisione di natura commerciale non libera o non consapevole sono scorrette, *indipendentemente da qualsiasi intenzionalità del professionista*⁵⁵. Ciò che conta è infatti che il meccanismo della domanda e dell'offerta, o – se si preferisce – la formazione dell'accordo, sia alterato. In quanto l'impresa ne profitta, per ciò solo è in una posizione di non correttezza. Senza necessità di indagare se ciò avvenga in forza di un elemento soggettivo di colpa o dolo. Profittare dell'altrui razionalità limitata è *ex se* "colpevole".

6. – Per comprendere come rimediare bisogna tornare a considerare la fattispecie delle pratiche sleali nell'ottica dei rimedi legali recati dal diritto comunitario e dal diritto interno.

Dare una regola al comportamento economico del professionista sarebbe vacuo se non sussistessero sanzioni per la violazione. Ma si aprono qui due vie.

La prima, nella specie legata alle sanzioni direttamente disposte dal diritto comunitario, è quella che l'uso denomina ormai *public enforcement*. Per le pratiche scorrette sono previste sanzioni amministrative che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, o le altre autorità amministrative indipendenti in base a criteri di riparto di competenza che non possono qui essere approfonditi, applica d'ufficio o su sollecitazione di chiunque vi abbia interesse⁵⁶. La nostra giurisprudenza⁵⁷ dopo una prima esitazione si è convinta che protagonisti della normativa sulla concorrenza, ma più in generale sul mercato, siano anche i consumatori. Questo può fondare il loro interesse ai fini, appena ricordati, della sollecitazione dell'intervento delle autorità amministrative indipendenti. Ma per un'azione diretta è francamente dubbio che un singolo che non sia entrato in un concreto rapporto con l'impresa abbia legittimo interesse ai sensi dell'art. 100 cpc.

La seconda conduce alla possibilità di un parallelo *private enforcement* della normativa⁵⁸. La direttiva obbliga gli stati membri ad

⁵⁴ Nello stesso senso G. 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)*, cit., p....

E se così è, il concetto scientifico di pratica scorretta ha uno, non due elementi di contenuto: l'approfittamento dell'irrazionalità. Ciò che visto dal lato del consumatore che ne scapita è limite alla razionalità, visto dal lato del professionista che ne profitta è mancanza di diligenza. Per essere concreti: dare informazioni errate, omettere le dovute, condizionare la volontà, e quindi alterare sensibilmente il comportamento economico altrui, è di per sé e in ogni caso pratica scorretta.

⁵⁵ In tal senso

⁵⁶ Cfr. l'art. 27 del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146.

⁵⁷ Cass. S.U.,

⁵⁸ Sul *private enforcement*

assicurare che esistano mezzi anche giudiziari a disposizione di chiunque abbia un legittimo interesse a contrastare le pratiche scorrette. I possibili protagonisti si riducono a tre tipologie di soggetti.

I primi da considerare sono i concorrenti. Ad essi però la legittimazione appartiene sicuramente quando il comportamento che ai sensi della direttiva (e del recepimento) costituisce pratica sleale, costituisca anche, ai sensi dell'art. 2598 c.c., atto di concorrenza sleale; è invece dubbio se appartenga loro anche quando così non sia. Ma forse la risposta giusta è che oggi la disposizione finale sulla concorrenza sleale⁵⁹ ("ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda"), vada interpretata nel senso che essa comprende anche ogni atto contrario alla diligenza professionale che falsi una scelta del consumatore.

I secondi sono le associazioni dei consumatori e degli utenti. È indubbia, perché disciplinata dall'art. 139 del codice del consumo, la legittimazione di quelle inserite in uno speciale elenco di enti rappresentativi a livello nazionale. L'azione che esse possono esercitare per inibire i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, si estende a quelli che costituiscono pratica commerciale scorretta. A queste azioni vanno ora accostate le azioni risarcitorie collettive previste dall'art. 140 *bis* cod. consumo.

I terzi sono i singoli consumatori la cui scelta commerciale sia stata falsata. Qui però la questione si complica. Sul punto come detto sia la direttiva sia il recepimento tacciono. La risposta dunque va data in base al diritto interno, che unico regola la materia, reinterpretato in rapporto al diritto comunitario, con finalità di sistema. Il diritto privato europeo non è un sistema giuridico. Ma che così non sia non toglie che così *debba essere*. E non per un auspicio, ma per comando del legislatore comunitario. La produzione normativa comunitaria infatti non solo presuppone i sistemi nazionali, ma ne è istituzionalmente *sussidiaria*⁶⁰, perché per natura integrativa. L'ipotesi da verificare è perciò se con la qualificazione come "scorrette" di certe pratiche sul piano delle dinamiche di mercato, sul piano dei rapporti individuali il legislatore non abbia aggiunto nuovi casi alla casistica delle invalidità e/o degli illeciti, che sono i due tradizionali rimedi della tutela individuale.

⁵⁹ Art. 2598, n.3), c.c.: "[...compie atti di concorrenza sleale chiunque] si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda".

In tema

⁶⁰ Cfr. l'art. 5 del *Trattato istitutivo della Comunità europea come modificato dal Titolo II (art. G) del Trattato di Maastricht*: "La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato.

Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti, dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato".

Per un verso appare però difficile l'inquadramento della nozione di "pratica sleale" in queste tradizionali categorie concettuali del giurista. La pratica è infatti un fenomeno dei rapporti di mercato. Per contro, queste categorie tradizionali ineriscono a rapporti individuali. Bisogna allora chiedersi se prassi che il diritto del mercato qualifica negativamente per il pregiudizio che arrecano all'efficienza, appaiano ingiuste, e in qual senso, al diritto del contratto o del rapporto giuridico. Per l'altro saltano invece agli occhi delle assonanze tra gli elementi concettuali propri della fattispecie delle pratiche sleali e quelli tipici dell'invalidità e dell'illecito.

La contrarietà alla diligenza per assonanza richiama concetti che appartengono alla concezione dei rapporti obbligatori, precontrattuali e contrattuali. La diligenza è infatti un loro canone, e tali sono anche la correttezza e la buona fede. Se anche non si tratta della stessa diligenza, è comunque qui come lì in questione il *comportamento* del professionista, e la disciplina delle pratiche sleali è dunque regola di comportamento. La pratica sleale, ha dunque punti di contatto con la categoria dell'illecito.

L'attitudine a falsare la scelta del consumatore sempre per assonanza richiama invece concetti che appartengono alla concezione del negozio giuridico. L'autenticità della scelta compiuta, o – inversamente – l'anomala formazione della volontà, è infatti un suo canone. Quali che possano essere le differenze, è comunque in questione il *contenuto* della scelta del consumatore, e la disciplina delle pratiche sleali è dunque regola di contenuto. La pratica sleale ha dunque punti di contatto con la categoria dell'invalidità.

Ma sono realmente significative queste assonanze? Inoltre, regole di comportamento e regole di contenuto (o di validità) appartengono secondo la nostra scienza giuridica a ranghi concettuali diversi⁶¹ che fondano rimedi individuali diversi. Per l'uno e per l'altro problema si rivela qui di nuovo fondamentale la considerazione della teoria sottostante alla repressione delle pratiche scorrette ed alla disciplina basilare del contratto e dell'illecito.

7. - La disciplina della validità del contratto traduce fedelmente l'approccio liberista: una scelta negoziale è per definizione valida in quanto realizza interessi ed esprime la libertà degli individui. Ci sono limiti, naturalmente, di ordine pubblico. Ma a parte ciò, sin dal *Code*

⁶¹ In tema V. Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 130; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 171; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 202 ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 68; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 270; G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 111 ss.; G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 38 ss.; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 46 ss.

civil, per effetto del solo libero consenso⁶² la regola dello scambio, definita “uso pienamente libero della ragione”⁶³, ha forza di legge tra le parti⁶⁴: pone cioè la forza a disposizione della volontà⁶⁵. La legge non fa che tradurre in vincoli giuridici la volontà⁶⁶, ovvero in diritti gli interessi⁶⁷, e quindi porre la forza a disposizione della libertà che si esprime nella promessa.

Ma proprio perché fondamento della validità della scelta è la sua razionalità, essa è valida solo se non esistono cause di alterazione della capacità di intendere e volere. È cioè consapevole, ossia scevra da falsa rappresentazione della realtà, spontanea o indotta; e libera, ossia scevra da violenza o minaccia. Con l'avvertenza che i legislatori, attenti all'utilità sociale della circolazione dei beni, negano validità allo scambio, quantunque unilateralmente irrazionale, solo se il “vizio” è determinante, e se (poiché i soggetti coinvolti nello scambio sono sempre almeno due, e due sono perciò le razionalità soggettive in gioco) è opponibile⁶⁸.

In questa luce la fattispecie delle pratiche sleali, ingannevoli o aggressive, rivela una logica perfettamente coerente alla logica dell'invalidità.

Anzitutto falsare con l'inganno o l'aggressione l'altrui scelta la rende certamente più o meno irrazionale.

Inoltre, falsarla in modo “apprezzabile”⁶⁹ significa produrre un'irrazionalità certamente incidente sulla scelta. Si danno però due casi. Che la slealtà non abbia realmente determinato la scelta: qui in base al criterio evinto dalla ricostruzione teorica non c'è spazio per argomentare l'invalidità del contratto conseguito alla prassi scorretta. O che l'abbia determinata: qui è certo che alla scelta irrazionale consegue l'invalidità. Si tratta allora di chiedersi in qual forma: che tipo di invalidità? Sebbene sussista indubbiamente anche un interesse generale a pratiche commerciali corrette, il rimedio utile non è la

⁶² Cfr. ad es. C.E. Delvincourt, *Corso di codice civile*, VI, V, II, Napoli, 1828, p. 70. Come noto, si derogava così all'antica tradizione romanistica (cfr. ad. es. G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni*, I, § CCLXXI, Napoli, 1954, p. 231; ma l'identificazione almeno concettuale del patto con il consenso è già in A.F.J. Thibaut, *Sistema del diritto delle Pandette*, III, § 368, Napoli, 1857, p. 341).

⁶³ F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, III, § 106, Torino, 1900, p. 23

⁶⁴ Cfr. l'art. 1123 Cod. 1865, e oggi l'art. 1372 c.c.

⁶⁵ Se, infatti, il contratto è valido, l'ordinamento assiste con la coazione la sua esecuzione, e quindi garantisce la soddisfazione degli interessi cui è intesa la regola formata razionalmente dalle parti.

⁶⁶ B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, § 69, Torino, 1930, p. 203.

⁶⁷ Quasi superfluo ricordare la nozione di R. Jehring, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 60, del diritto soggettivo come interesse protetto. Più utile segnalare che da questo punto di vista essa non esprime nulla di diverso dalla nozione di potere della volontà di B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., loc. cit

⁶⁸ Se cioè l'altro contraente non poteva fare legittimo affidamento sull'impegno, conoscendo o dovendo riconoscere l'irrazionalità dell'altrui adesione.

⁶⁹ Art. 20, 2° c., Cod. consumo.

In tema G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della “scorrettezza”*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 125 ss.

nullità. Perché non ne ricorre né il caso di radicale difetto strutturale né quello di violazione dell'ordine pubblico; e perché una nullità necessariamente parziale che salvi l'affare ma espunga l'effetto della scorrettezza, dati i casi, è impensabile. E una nullità totale potrebbe pregiudicare in certi casi più del danno da slealtà. La forma coerente alla fattispecie e utile a rimediare è dunque quella dell'annullabilità: per falsa rappresentazione indotta dall'inganno commissivo od omissivo, o per la violenza sottesa alla pratica aggressiva. Del resto, l'interesse generale (con buona pace di Japiot) non è decisivo⁷⁰. Vi è interesse generale anche ad evitare errori violenze e raggiri, ma tutti i sistemi fanno qui prevalere la libertà individuale di scegliere la soluzione più utile fra conservazione e annullamento.

Infine, falsarla col proprio comportamento rende tutto ciò opponibile al professionista.

Le pratiche sleali possiedono dunque tutti gli elementi per la comminatoria di annullabilità dei contratti conclusi a loro seguito e per loro influsso⁷¹.

8. – Anche la disciplina tradizionale data dai codici all'illecito è coerente all'approccio liberale e liberista tradottosi nei fondamenti neoclassici, che abbiamo constatato sotteso al diritto comunitario ed alla normativa interna sui contratti. Nelle sue forme soggettive (o colpevoli) e oggettive la responsabilità patrimoniale rimedia a spostamenti patrimoniali irrazionali, perché privi di idonea giustificazione, e perché privi di utilità individuale e collettiva.

Anche qui però il diritto interno, proprio in coerenza a tutto ciò, e con attenzione all'utilità sociale, commina il risarcimento se e solo se l'atto è colpevole (salvo che valga una responsabilità oggettiva), ingiusto e dannoso. Bisogna allora chiedersi se tanto valga per le pratiche commerciali sleali.

Ebbene, quanto alla colpevolezza, si può ragionare in due modi. Che però portano allo stesso risultato. Si può osservare che l'approffittamento è sufficiente elemento di colpevolezza, e la mancanza di diligenza sua concretizzazione tipica. E si può osservare che l'impresa è soggetto tipico di rischio, che giustifica un collegamento non colposo ma meramente oggettivo alla responsabilità.

Quanto all'ingiustizia, non sembra esserci nessun dubbio che la disciplina repressiva delle pratiche scorrette è prova assoluta dal lato oggettivo della loro antigiuridicità, e dal lato soggettivo dell'ingiustizia del pregiudizio, in quanto lesivo di un interesse del consumatore rilevante e protetto.

Quanto infine al danno, occorre riconoscere che se da un lato esso può sussistere anche quando il consumatore chieda ed ottenga l'annullamento del contratto insoddisfacente stipulato per effetto della scorretta pratica professionale, sicché la relativa azione può cumularsi

⁷⁰ Nello stesso senso S. Polidori, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, cit., p. 9.

⁷¹ Nello stesso senso, lucidamente, R. Calvo,

alla domanda di annullamento, o essere proposta in suo luogo, dall'altro può anche non sussistere affatto, laddove l'aver falsato la scelta dell'acquirente non abbia prodotto a lui né pregiudizio patrimoniale né uno di quei pregiudizi non patrimoniali che pure consentono domande risarcitorie.