



### Lo standard del consumatore medio tra *homo oeconomicus* e *homo heuristicus*



Edoardo Bacciardi

**SOMMARIO:** 1. *To be or not to be*. – 2. *Homo oeconomicus* vs. *homo heuristicus*. – 3. La progressiva emersione del *target* del consumatore medio “a razionalità limitata”. – 4. I rischi di un behaviorismo preso «troppo sul serio». – 5. Vendite abbinate, condizionamento del consumatore e *status quo bias*. – 6. L’integrazione tra *BLE* e diritto dei consumatori *as it should be*.

#### 1. *To be or not to be*

Il dilemma, espresso in forma amletica da J. Howard Beales III<sup>1</sup>, circa la fattibilità – e l’auspicabilità – di un’incorporazione della *Behavioral Law and Economics* (di seguito *BLE*) nell’*acquis communautaire* giunge dinanzi alla Corte di giustizia, chiamata a precisare se lo standard del consumatore “medio” ricalchi pedissequamente il modello di attore razionale elaborato dall’economia classica ovvero se il prototipo dell’individuo «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» (*considerando* 18 dir. 2005/29/CE) necessiti di un *upgrade* ermeneutico alla luce del contributo proveniente dagli studi di psicologia cognitiva.

L’occasione per investire il giudice unionale di tale – «epocale»<sup>2</sup> – questione nasce dal procedimento avviato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei con-

<sup>1</sup> HOWARD BEALES III, *Consumer Protection and Behavioral Economics: To BE or Not to BE?*, in *Competition Policy International*, 2008, IV, 149 ss., il quale – tre lustri or sono – riteneva che la *BLE* non possedesse ancora, nonostante il suo promettente sviluppo e la utilità degli spunti offerti per la migliore comprensione delle decisioni individuali, una «*empirical foundation*» tale da giustificare l’attitudine ad influenzare le scelte normative (pp. 166-167).

<sup>2</sup> BONA, BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuro-*

fronti di una società finanziaria, alla quale veniva contestata l'aggressività della pratica di abbinamento fra contratti di credito e polizze non collegate ai prestiti. Stante il rifiuto del professionista di introdurre una «separazione temporale» di sette giorni tra la conclusione dei due negozi oggetto del “pacchetto”, il Garante riteneva la proposta di impegni formulata nel corso della procedura<sup>3</sup> non sufficiente a «superare il condizionamento» dei consumatori ingenerato dalla vendita abbinata.

A supporto del ricorso e del successivo gravame, la finanziaria deduceva, fra gli altri motivi, la mancata dimostrazione degli specifici profili di scorrettezza della pratica censurata, nonché, di conseguenza, l'illegittima inversione dell'onere della prova circa la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione delle sanzioni previste nel codice del consumo. All'esito di un'analitica ricognizione del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, il Consiglio di Stato isola una serie di profili – quali la nozione di *average consumer* e gli effetti del c.d. incorniciamento delle informazioni – rilevanti ai fini della decisione e che, tuttavia, abbisognano di un chiarimento circa l'influenza esercitata dalle «teorie sulla razionalità limitata» sull'attuale conformazione delle tutele consumeristiche<sup>4</sup>.

---

*scienze varcano la soglia di palazzo Spada*), in *Foro It.*, 2022, XI, 546, a parere dei quali, una volta acquisita la consapevolezza che il mercato attuale si regge «per una parte considerevole sulle irrazionalità del consumatore», «la scelta è tra varie gradazioni di intervento e va condotta nell'ovvia consapevolezza che più è incisivo l'intervento, più si tutela la libertà del consumatore, più si guadagna in razionalità, tanto più ci si spinge verso un mercato che non potrà essere come l'attuale».

<sup>3</sup> La proposta di impegni formulata dal professionista si incentrava, in particolare, sulla garanzia di una maggiore trasparenza in merito alla facoltatività della polizza e sull'attribuzione, in capo al consumatore, di un'incondizionata facoltà di recesso circoscritta al prodotto assicurativo (cfr. *infra* n. 5).

<sup>4</sup> Cfr., senza pretesa di completezza, PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 451 ss.; BELLANTUONO, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, *Liuc Papers* n. 94, 2001; CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, 771 ss.; *Id.* (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008; *Id.*, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, 123 ss.; *Id.*, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *An. giur. ec.*, 2012, I, 1 ss.; AQUINO, *Anomalie cognitive e scelte dei consumatori*, in *Cons. dir. e merc.*, 2008, III, 56 ss.; DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, I, 1 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 167 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 309 ss.; ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014; MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, III, 497 ss.; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2017, 637 ss.; TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 106 ss.; CARBONE, *Paternalismo, perfezionismo e regole nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, II, 225 ss.; BACCIARDI, *Il recesso*

La risposta alle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio è gravida di conseguenze che travalicano i confini della disciplina delle pratiche sleali. Sebbene, infatti, il recepimento della dir. 2005/29/CE costituisca il terreno elettivo sul quale avviare una riflessione «più realistica»<sup>5</sup> in ordine alla formazione delle decisioni dei consumatori e alle tecniche di sfruttamento della loro razionalità limitata<sup>6</sup>, la misura del coefficiente di avvedutezza esigibile dalla controparte del professionista incide altresì – a titolo esemplificativo – sullo scrutinio riguardante la comprensibilità delle clausole contrattuali<sup>7</sup>, sulla valutazione dei limiti entro i quali gli obblighi informativi possono colmare l'asimmetria di ponderazione connotante le negoziazioni *b2c*<sup>8</sup> e sulla perimetrazione della ragionevole aspettativa che scolpisce il giudizio di conformità nella vendita dei beni di consumo<sup>9</sup>.

---

*del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019; LIACE, *Sulle emozioni e le reazioni dell'investitore irrazionale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 140 ss.; SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 2020, I, 493 ss.; ZOPPINI, voce «*Contratto ed economia comportamentale*», in *Enc. dir.*, I tematici, I, *Contratto*, Milano, 2021, 313 ss.

<sup>5</sup> CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, cit., 123.

<sup>6</sup> GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 54-55.

<sup>7</sup> Fra gli elementi di criticità segnalati da Guido Alpa a tre anni di distanza dal recepimento della direttiva sulle clausole vessatorie figuravano – in particolare – i seguenti quesiti: «nel valutare la chiarezza e la comprensibilità, si deve assumere come modello il consumatore medio (nel caso del diritto italiano, il buon padre di famiglia) oppure il consumatore “ragionevole”? Si deve tener conto della diligenza media con cui il consumatore deve leggere e capire le clausole? Si deve tener conto del consumatore in concreto, e cioè delle particolari circostanze in cui il contratto è stato concluso?» (ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, IV, 1184).

Il rilievo della *bounded rationality* nella contrattazione standardizzata viene altresì sottolineato da PARDOLESI, PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato 1996, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, 378, ad avviso dei quali la «normale ignoranza dei consumatori circa il contenuto dei contratti stipulati routinariamente non è effetto indotto da patologica superficialità, ma esprime appieno la razionalità limitata che governa i nostri comportamenti».

<sup>8</sup> ZOPPINI, voce «*Contratto ed economia comportamentale*», cit., 317-318, il quale rimarca la distanza fra la «logica sottesa all'economia dell'informazione» – imperniata sull'assunto che il disequilibrio conoscitivo fra le parti possa essere colmato mediante la previsione di specifici obblighi di *disclosure* – e «la riflessione ispirata dalla *BLE*», ove «l'informazione precontrattuale, anche quando comunicata correttamente, può essere irrilevante e non recepita del tutto se il momento in cui è trasmessa è tardivo» e, in particolare, successivo alla «determinazione psicologica d'acquisto».

<sup>9</sup> Rispetto all'alternativa tra un consumatore «critico e responsabile» ovvero «presuntivamente incapace di apprezzare il significato complessivo del regolamento contrattuale» – viene osservato – il *target* di agente sotteso al giudizio di conformità dei beni di consumo rappresenta un possibile «medio di conciliazione», nella misura in cui la *ragionevole aspettativa* «adombra il riferimento a ciò che, secondo regole di comune esperienza, una persona media può essere indotta ad aspettarsi da un certo tipo di contratto» (PAGLIANTINI, voce «*Trasparenza contrattuale*», in *Enc. Dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 1290-1291).

L'inidoneità del «consumatore-tipo (“medio”) sufficientemente avveduto ed accorto» a fungere da «parametro della valutazione della capacità ingannevole della *réclame*» era stata segnalata, con largo anticipo rispetto all’emanazione delle prime direttive dedicate all’*advertising*, dalla più autorevole dottrina industrialista<sup>10</sup>, la quale aveva posto in rilievo, con altrettanta lungimiranza, l’esigenza di integrare l’accertamento della decettività delle tecniche di *marketing* con «cognizioni e rilevazioni scientifiche» implicanti la «conoscenza di dati tecnici, economici e sociologici che, per la loro estrema specialità, esulano di massima dalla formazione culturale del giudice (e del giurista in genere)»<sup>11</sup>.

A distanza di oltre mezzo secolo da tale, duplice, intuizione, le argomentazioni poste a corredo dell’ordinanza in commento stimolano una riflessione sui vantaggi – e sulle possibili controindicazioni – discendenti da un aggiornamento dell’*identikit* del consumatore medio alla luce dell’interazione fra diritto privato europeo e *BLE*.

## 2. *Homo oeconomicus vs. homo heuristicus*

Al cuore del rinvio pregiudiziale in esame si pone, come accennato, l’alternativa fra un archetipo di consumatore medio perfettamente sovrapponibile alla «nozione classica dell’*homo oeconomicus*» – di cui vengono sintetizzati i principali tratti fisionomici<sup>12</sup> – e uno standard di agente elaborato alla luce della constatazione che «le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni “irragionevoli”», in quanto indotte da scorciatoie psicologiche (*euristiche*<sup>13</sup>) in grado di facilitare le scelte individuali e, talvolta, di comprometterne gli esiti<sup>14</sup>.

La staffetta tra *homo oeconomicus* e *homo heuristicus*, inteso quale prototipo decisionale incline ad autodeterminarsi mediante giudizi *semplificati*<sup>15</sup>, scandisce l’intera

<sup>10</sup> GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, 98.

<sup>11</sup> GHIDINI, *op. cit.*, 99-100.

<sup>12</sup> Si tratta di un soggetto – evidenzia il Consiglio di Stato – «in possesso di quattro caratteristiche fondamentali: a) è un uomo giudice competente ed esclusivo dei propri interessi (stabili, completi e indipendenti dal contesto); b) è fortemente motivato a massimizzare la loro realizzazione; c) è orientato a fare ciò sulla base di un calcolo utilitaristico; d) valuta ogni bene desiderato in termini di utilità marginale».

<sup>13</sup> TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 185, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Torino, 2018; KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Torino, 2022.

<sup>14</sup> Per una mappatura delle variabili in grado di limitare la razionalità degli agenti economici, cfr. il fondamentale contributo di H. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

<sup>15</sup> Ciò non significa, peraltro, che alcune scorciatoie psicologiche non possano condurre a «buoni risultati» [MONTI, GIGERENZER, MARTIGNON, *Le decisioni in ambito finanziario: dall’*homo oeconomicus* all’*homo heuristicus**, in BALCONI, ANTONIETTI (a cura di), *Scegliere, comprare. Dinamiche di acquisto in psicologia e neuroscienze*, Milano, 2009, 58], al punto che, come accenneremo (*infra* n. 4), parte della dottrina ritiene che il ragionamento euristico sia suscettibile di determinare un incre-

evoluzione del diritto dei consumi, tanto nell'esperienza giuridica americana – ove l'ibridazione del *reasonable consumer* con innesti comportamentali risulta ormai collaudata – quanto nella dimensione europea.

Riguardo al modello statunitense, la protezione dei consociati dagli effetti distortivi dell'*advertising* – estesa, in una prima fase, (anche) agli utenti maggiormente predisposti a cadere vittima di errori cognitivi – è stata plasmata, a partire dagli anni '80, sul (ben più ristretto) paradigma del consumatore *ragionevole*<sup>16</sup>. La crescente diffusione di studi sul rilievo giuridico dei *behavioral biases*<sup>17</sup> ha contribuito, complice la crisi finanziaria del 2008<sup>18</sup>, a (ri)orientare il consumerismo d'oltreoceano verso un approccio meno ottimista rispetto al grado di razionalità delle scelte individuali e, dunque, più aperto alla contaminazione con le ricerche di *BLE*.

Volgendo lo sguardo al vecchio continente, i destinatari elettivi delle tutele consumeristiche furono originariamente identificati con i soggetti *più deboli* raggiunti dalle strategie di *marketing* delle imprese, stante l'esigenza di proteggere «*those who could not cope with the increased choice and the resulting risks*»<sup>19</sup>. La successiva edificazione del mercato comune è stata, per converso, forgiata su un modello di attore economico prossimo al paradigma neoclassico, con un inevitabile innalzamento delle capacità di attenzione, acume e spirito critico esigibili dal contraente non professionale<sup>20</sup>.

Una fotografia del *target* di agente oggi scolpito nel *considerando* 18 della dir. 2005/29/CE emerge, nitidamente, nelle motivazioni della sentenza *Mars*, ove il giudice unionale, a fronte di una campagna pubblicitaria che offriva agli acquirenti una percentuale di prodotto gratuita raffigurata in modo distorto (ed ovviamente superiore a quella effettiva) sulla confezione, escluse l'ingannevolezza di tale rappresentazione grafica, ritenendo «legittimo presumere che un consumatore munito di un normale potere di discernimento sappia che non sussiste necessariamente una connessione tra la dimen-

---

mento, e non una riduzione, del livello di accuratezza delle decisioni (GIGERENZER, BRIGHTON, *Homo Heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences*, in *Topics in Cognitive Science*, 2009, 107 ss.).

<sup>16</sup> HACKER, *The Behavioral Divide. A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU*, in *European Review of Contract Law*, 2015, 307-308.

<sup>17</sup> Cfr. JOLLS, SUNSTEIN, THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 50, 1471 ss., giudicato il «*foundational paper of the discipline*» da HACKER, *More Behavioral vs. More Economic Approach: Explaining the Behavioral Divide between the United States and the European Union*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2016, 377, nt. 119.

<sup>18</sup> HACKER, *op. ult. cit.*, 377-378.

<sup>19</sup> Cfr., riguardo alla «*first generation of national consumer law*», MICKLITZ, *The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A bitersweet polemic*, Working Paper, EUI LAW, 2012/03.

<sup>20</sup> STUYCK, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 391-392; HACKER, *The Behavioral Divide*, *cit.*, 311 ss.

sione delle diciture pubblicitarie relative ad un aumento della quantità del prodotto e l'entità dell'aumento stesso»<sup>21</sup>.

Quanto alla ricorsiva descrizione dell'*average consumer* in termini di soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», tale formula – divenuta un vero e proprio «fatto costitutivo della tutela europea»<sup>22</sup> – è stata coniata dalla Corte di giustizia al fine di sciogliere l'alternativa, sottoposta dal *Bundesverwaltungsgericht*, fra un archetipo di consumatore «disattento ed acritico» ovvero «attento ed accorto»<sup>23</sup>. La netta preferenza (sinora) accordata alla seconda opzione è ascrivibile, per un verso, alla presunzione che i destinatari delle comunicazioni pubblicitarie «will inform themselves about the quality and price of products and will make intelligent choices»<sup>24</sup>, nonché, per un altro verso, al postulato secondo cui il «rischio di inganno dei consumatori» connaturato alle pratiche commerciali può «prevalere» sulle «esigenze della libera circolazione delle merci» soltanto laddove esso risulti «sufficientemente grave»<sup>25</sup>.

Una maggiore attenzione ai processi psicologici di consumo si registra, inizialmente, sul terreno della disciplina dei segni distintivi e, in particolare, riguardo allo scrutinio sulla *confondibilità* tra i marchi dei prodotti esposti nei supermercati, all'interno dei quali il cliente è solito impiegare «poco tempo tra i successivi acquisti», risultando «guidato più da un'impressione che dal raffronto diretto» dei marchi stessi<sup>26</sup>. La constatazione che, su un piano più generale, «il consumatore medio solo raramente ha la possibilità di procedere a un confronto diretto dei vari marchi», facendo piuttosto «affidamento sull'immagine non perfetta che ne ha mantenuto nella memoria»<sup>27</sup>, ha indotto la giurisprudenza unionale ad assegnare agli elementi figurativi del marchio – solitamente muniti di una valenza distintiva inferiore rispetto a quelli denominativi – un ruolo «più importante» nella «percezione» degli acquirenti<sup>28</sup>.

L'eventualità che il destinatario di determinate sollecitazioni pubblicitarie possa assumere una «scelta che non è sempre razionale» viene riconosciuta *apertis verbis* nella

<sup>21</sup> Corte di giustizia, 6 luglio 1995, causa C-470/93, sulla quale cfr. PURNHAGEN, VAN HERPEN, *Can Bonus Packs Misdemeanor Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's Mars Judgement*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 217 ss.

Il caso *Mars* viene menzionato, a riprova dell'adozione di uno standard di consumatore «adeguatamente informato e razionale», da PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2007, 747, ad avviso della quale il modello di *average consumer* elaborato dal giudice unionale è «scarsamente aderente alla realtà», rivelando una «sopravalutazione delle capacità del consumatore» che collide con le acquisizioni provenienti dagli studi comportamentali (pp. 752-754).

<sup>22</sup> PAGLIANTINI, voce «Contratti del consumatore», in *Enc. dir., I tematici*, I, cit., 73.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, 16 luglio 1998, causa C-210/96.

<sup>24</sup> Conclusioni dell'AG Fennelly del 16 settembre 1999, causa C-220/98.

<sup>25</sup> Corte di giustizia, 26 novembre 1996, causa C-313/94.

<sup>26</sup> Tribunale di Primo Grado, 12 settembre 2007, causa T-363/04.

<sup>27</sup> Corte di giustizia, 22 giugno 1999, causa C-342/97.

<sup>28</sup> Tribunale di Primo Grado, 11 dicembre 2014, causa T-480/12.

sentenza *Purely Creative*, dove la prospettazione ai consumatori della disponibilità di un omaggio è stata stigmatizzata – e ricondotta alla pratica descritta nel punto 31 dell’allegato alla direttiva del 2005 – in ragione dell’assunto per cui la semplice idea di «prendere possesso del premio» può indirizzare la controparte del professionista verso decisioni «che non avrebbe preso altrimenti, come quella di scegliere il metodo più rapido per conoscere il premio vinto, quando invece tale metodo può essere quello che comporta il costo più elevato»<sup>29</sup>.

Un’ulteriore pronuncia – stavolta in materia di etichettatura – salutata con favore dai sostenitori di una necessaria revisione del prototipo del consumatore medio<sup>30</sup> è quella resa nel caso *Teekanne*<sup>31</sup>, riguardante la discrasia fra lo slogan che prometteva agli acquirenti di un infuso di frutta una «avventura al lampone/vaniglia» e l’elenco degli ingredienti riportato sulla confezione, dalla cui lettura emergeva l’assenza di tali aromi. Investita della questione, la Corte di giustizia ha statuito che i dati sulla composizione del preparato si rivelavano, per quanto esaustivi, inidonei a «correggere in maniera sufficiente l’impressione errata o equivoca del consumatore (...) risultante dagli altri elementi» del *packaging*<sup>32</sup>.

### 3. La progressiva emersione del *target* del consumatore medio “a razionalità limitata”

A sostegno della opportunità di un *restyling* della nozione di consumatore medio, il Consiglio di Stato sottolinea come le «considerazioni sulla razionalità limitata» degli attori economici, a lungo rimaste «patrimonio pressoché esclusivo delle riflessioni dottrinali», abbiano assunto un crescente rilievo tanto nel diritto derivato nazionale – in relazione al quale viene richiamata la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri

<sup>29</sup> Corte di giustizia, 18 ottobre 2012, causa C-428/11.

In particolare, i consumatori venivano genericamente informati di avere «diritto a reclamare» una serie di beni/servizi, i quali «spaziavano da un premio di notevole valore» ai «premi più comuni». Al fine di «scoprire che cosa aveva diritto a reclamare», il cliente poteva chiamare un numero di telefono a tariffa maggiorata, usare un servizio di messaggistica di testo a suo carico, oppure ottenere l’informazione mediante posta ordinaria. Considerato il «minore rilievo» dato «alla via postale rispetto a quella telefonica a tariffa maggiorata», era stato riscontrato che «oltre il 99% di coloro che reclamavano un premio avevano diritto a ricevere i premi più comuni, il cui valore equivaleva in pratica a una parte consistente di quanto già pagato in spese telefoniche o per messaggi di testo, oppure in spese fissate per la consegna e l’assicurazione».

<sup>30</sup> Cfr. PURNHAGEN, *More Reality in the CJEU’s Interpretation of the Average Consumer Benchmark - Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2017, 437 ss.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, 4 giugno 2015, causa C-195/14.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, 4 giugno 2015, causa C-195/14.

in materia di analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione – quanto negli «atti ufficiali dell'Unione Europea» e nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>33</sup>.

L'esigenza di allineare la normazione consumeristica ai principi di «analisi sociologica e psicologica» dei comportamenti di acquisto emerge dalla stessa relazione illustrativa del codice del consumo, nella quale si evidenzia che le dottrine economiche incentrate sugli «assiomi» della «razionalità assoluta» e della «completa informazione degli attori economici» sono state «radicalmente riformulate» grazie allo sviluppo di «nuovi studi» in grado di mettere meglio a fuoco le «dimensioni connotanti la strutturale debolezza del consumatore»<sup>34</sup>.

Il dialogo fra *consumer protection* e *BLE* si intensifica nell'orbita del diritto privato europeo, ove l'approfondimento delle reazioni psicologiche individuali assurge, da almeno un decennio, a «elemento chiave» per il successo delle politiche comunitarie<sup>35</sup>. Degni di menzione si rivelano, a tale proposito, i rapporti finali dello studio sulla *Consumer Vulnerability*<sup>36</sup> e del *Fitness Check*<sup>37</sup>, nonché, da ultimo, il *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment*, che edifica sui risultati mutuati dall'indagine comportamentale una «nuova tassonomia»<sup>38</sup> delle politiche di *marketing* adottate dalle imprese nella dimensione digitale.

La consacrazione della *BLE* quale parte integrante dello strumentario interpretativo delle fonti consumeristiche sembra essere avvenuta in relazione alla pratica – menzionata dal giudice del rinvio – del c.d. *framing*. Il riferimento operato dall'art. 6 dir. 2005/29/CE alla possibile ingannevolezza di un'informazione «di fatto corretta» trova, invero, coerente sviluppo sia negli Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della direttiva – la cui ultima versione riconduce i c.d. *dark patterns*<sup>39</sup> entro la categoria delle tecniche manipolatorie – sia nel Reg. (UE) 2022/2065, il quale inibisce ai fornitori di piattaforme *online* di «distorcere o limitare l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dei desti-

<sup>33</sup> Il giudice del rinvio menziona, in particolare, la sentenza *Purely Creative* (sulla quale cfr. *supra* n. 2).

<sup>34</sup> Siffatta direttiva metodologica è rimasta, tuttavia, priva di un immediato e significativo sviluppo; GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., 72.

<sup>35</sup> VAN BAVEL, HERRMANN, ESPOSITO, PROESTAKIS, *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, 3.

<sup>36</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Consumer Vulnerability across Key Markets in the European Union, Executive Summary*, 2016.

<sup>37</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing law, Final Report Part 1 – Main Report*, 2017.

<sup>38</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment: Dark Patterns and Manipulative Personalisation*, Final Report, 2022.

<sup>39</sup> I «percorsi oscuri» sono definiti, negli stessi Orientamenti, come un «tipo di *nudging* (spinta gentile) malevolo» incorporato nelle «interfacce di progettazione digitale» ed alternativamente basato su dati personalizzati ovvero sullo sfruttamento di «errori euristici e comportamentali».

natari del servizio» – ivi compresi i consumatori<sup>40</sup> – «attraverso la struttura, la progettazione o le funzionalità di un’interfaccia online o di una parte della stessa» (*considerando* 67)<sup>41</sup>.

Alla riformulazione dello standard del consumatore *medio* dovrebbe auspicabilmente fare da *pendant* un aggiornamento del *target*, ad esso limitrofo e complementare<sup>42</sup>, del consumatore *vulnerabile*, attualmente ancorato ai fattori – «età», «infermità» e «ingenuità» – tipizzati dall’art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE.

Riflessa attraverso le lenti dell’analisi comportamentale, la vulnerabilità – intesa quale limitata capacità di massimizzazione delle decisioni individuali<sup>43</sup> – tende ad emanciparsi dal rigido collegamento con la condizione di alcuni gruppi di consumatori, attraversando orizzontalmente l’intera platea dei destinatari di determinate pratiche commerciali. Esempio, in questa prospettiva, si rivela il settore del *marketing* digitale personalizzato, mediante il quale le imprese riescono – complice l’adozione di sofisticate tecniche di profilazione<sup>44</sup> – a insinuarsi nelle «finestre di vulnerabilità»<sup>45</sup> che si aprono, in modo intermittente, anche negli utenti più vigili e avveduti<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> È il *considerando* 2 del Reg. 2022/2065/UE, in particolare, a precisare che «gli utenti commerciali, i consumatori e gli altri utenti devono essere considerati “destinatari del servizio”».

<sup>41</sup> Il *considerando* 67 del Regolamento lascia impregiudicate – escludendone la qualificazione in termini di *percorso oscuro* – le «pratiche legittime, ad esempio nel campo della pubblicità, conformi al diritto dell’Unione» e puntualizza che le norme sui *dark patterns* «dovrebbero essere interpretate come atte a disciplinare le pratiche vietate che rientrano nell’ambito di applicazione del presente regolamento nella misura in cui tali pratiche non siano già contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679». Riguardo a tale aspetto, l’art. 25 Reg. (UE) 2022/2065 sancisce, da un lato, che «i fornitori di piattaforme online non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate», escludendo, da un altro lato, l’applicazione del divieto «alle pratiche contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679».

<sup>42</sup> ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012, 76, la quale sottolinea che «la tutela del consumatore vulnerabile non ha fini diversi dalla tutela del consumatore medio», risultando, entrambe, strumentali alla protezione della «libertà del consumatore che, “in concreto”, può essere parte di un rapporto di consumo» ed al quale deve essere garantita la possibilità di assumere «decisioni (...) consapevoli e libere».

<sup>43</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Consumer vulnerability*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, III, 413.

<sup>45</sup> CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, 1033.

<sup>46</sup> Evidenziano – in merito alla caratura trasversale della vulnerabilità digitale – HELBERGER, MICKLITZ, SAX, STRYCHARZ, *Surveillance, Consent and The Vulnerable Consumer. Regaining Citizen Agency in the Information Economy*, in HELBERGER, LYNSKEY, MICKLITZ, ROTT, SAX, STRYCHARZ, *Eu Consumer Protection 2.0. Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Brussels, 2021, 11: «Every consumer has a persuasion profile. The digitization of consumer markets and electronic transactions has enabled entirely new forms of personalized persuasion strategies that discover, and build on, individual biases, weaknesses, preferences and needs and that can be directed, very purposefully, at making

L'enfatico rilievo secondo cui «*we are all vulnerable in the digital economy*»<sup>47</sup> rende indifferibile una cernita, non necessariamente circoscritta all'ambiente digitale, degli elementi *situazionali*<sup>48</sup> ritenuti in grado, anche alla luce degli esiti della riflessione behaviorista, di indurre i consumatori ad assumere – in violazione dell'obiettivo unionale di presidiarne la «libertà di scelta»<sup>49</sup> – decisioni *inconsapevoli*.

#### 4. I rischi di un behaviorismo preso «troppo sul serio»

Così riassunto il percorso di graduale avvicinamento tra diritto privato europeo e scienze comportamentali, è necessario dare conto – altrettanto sinteticamente – degli effetti collaterali discendenti dalla trasposizione normativa dei risultati attinti dalla *BLE*.

Un primo elemento di criticità riguarda l'ambiente *sperimentale* nel quale vengo- no indagate le alterazioni motivazionali degli agenti economici<sup>50</sup>, la cui differenza con il «mondo reale»<sup>51</sup> rende complessa la generalizzazione degli esiti – fondati su presupposti e premesse tendenzialmente non replicabili<sup>52</sup> – raggiunti dai behavioristi. Questa difficoltà metodologica è destinata ad acuirsi esponenzialmente laddove si pretenda di condensare le acquisizioni della psicologia cognitiva in soluzioni normative applicabili (anche) in contesti situazionali e/o segmenti di mercato nei quali il medesimo esperimento avrebbe potuto condurre a conclusioni diverse<sup>53</sup>.

---

*consumers – even those that do not belong to the typical categories of vulnerable consumers – vulnerable, in the sense of affecting their ability to rationally deal with a particular marketing practice».*

<sup>47</sup> SØRENSEN, SEIN, ROTT, *Response of the European Law Institute (European Commission's Public Consultation on Digital Fairness – Fitness Check on EU Consumer Law)*, 2023 ([www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu)).

<sup>48</sup> Sul concetto di vulnerabilità situazionale cfr. HILL, SHARMA, *Consumer Vulnerability*, in *Journal of Consumer Psychology*, 2020, 30, 3, 562.

<sup>49</sup> M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, IV, 1280, a parere del quale «il fatto che le scelte del consumatore non si possano misurare sulla base di un criterio oggettivo di razionalità può convincere dell'impossibilità di una perfetta efficienza allocativa, ma non toglie che le scelte dei consumatori, comunque motivate, siano scelte libere di persone reali, che come tali meritano comunque rispetto in linea di principio».

<sup>50</sup> MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, *FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 48*, 2002, 2017.

<sup>51</sup> POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, in *Stanford Law Review*, 1997, 1570.

<sup>52</sup> RIZZO, *The Paternalistic Turn in Behavioral Law and Economics: A Critique*, in *Review of Law & Economics*, 2021, 262-263.

<sup>53</sup> Cfr., in relazione alla disciplina delle clausole abusive, FAURE, LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 354-355, i quali evidenziano, al netto di tali osservazioni critiche, che l'apporto delle scienze comportamentali «*can and should be used to draft effective and efficient behaviourally informed consumer policy*».

Altra parte della dottrina ha – ancor più alla radice – messo in dubbio la condivisibilità dell'assunto secondo cui le euristiche «*are always second best*»<sup>54</sup> rispetto al ragionamento non intuitivo, con la conseguente, potenziale, fallacia dell'assioma che desume dalla razionalità limitata degli individui l'esigenza di un intervento di matrice paternalistica. A differenza della *rational choice theory* – viene osservato – lo studio delle euristiche agevola la comprensione delle *modalità* attraverso le quali gli individui elaborano i propri giudizi<sup>55</sup>, dimostrando che i c.dd. pensieri veloci conducono spesso (e non solo raramente) a deliberazioni volitive efficienti<sup>56</sup>.

Nel restringere, in questa sede, il campo di osservazione all'impatto delle intuizioni comportamentali – supponiamo scientificamente corrette – sulla regolamentazione euronitaria delle pratiche sleali, la censura indiscriminata di tutte le strategie di *marketing* che fanno leva sui *behavioral biases* dei consumatori arrecherebbe un eccessivo *vulnus* alla libertà di espressione, anche pubblicitaria, presidiata dalle fonti sovranazionali<sup>57</sup>. Tanto più viene dilatata la pletora delle distorsioni cognitive potenzialmente suscettibili di assumere rilievo giuridico, quanto più angusti divengono, invero, i margini entro i quali le imprese possono «incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori»<sup>58</sup> senza alterarne la capacità di determinarsi consapevolmente.

Escludendo la improbità delle pratiche commerciali che si limitano a *sollecitare* – senza per questo rendere «inautentica»<sup>59</sup> – una decisione di consumo, la dir. 2005/29/CE istituisce una regola *de minimis*<sup>60</sup> che merita di essere preservata, con i dovuti accorgimenti, anche a fronte di una riduzione del coefficiente di avvedutezza esigibile dal

<sup>54</sup> GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 2015, 374.

<sup>55</sup> BRENNCKE, *Reconceptualizing Behaviorally Informed Consumer Law and Policy*, 2022, ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4238596](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4238596)), 57: «heuristics relate to the process of decision-making whereas rational choice theory is silent about the causal processes underlying choice and about which choice process ought to be the rational one».

<sup>56</sup> STANOVICH, *Perceiving rationality correctly*, in *Psychonomic Bulletin & Review*, 2018, 810 ss.; GIGERENZER, BRIGHTON, *Homo Heuristicus*, cit., 134-137.

<sup>57</sup> Sulla riconducibilità del *commercial speech* all'art. 10 CEDU e all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cfr. Corte di giustizia, 3 febbraio 2021, causa C-555/19.

<sup>58</sup> *Considerando* 6 dir. 2005/29/CE. Sul problema della individuazione del coefficiente di suggestività che le imprese possono legittimamente raggiungere nell'*advertising*, ci sia consentito il rinvio a BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali «generalmente ammesse»*, in *Persona e mercato*, 2021, IV, 799 ss.

<sup>59</sup> GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 53.

<sup>60</sup> MELI, «Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di *de minimis* nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in MELI, MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 38-40, a giudizio del quale l'interprete è chiamato a «guardare (...) ai potenziali effetti complessivi di una pratica (...), ponendoli in una relazione di proporzionalità con i costi richiesti al professionista per evitarli: tanto minori saranno i primi, tanto meno rigoroso dovrà essere il giudizio sull'adeguatezza dei costi affrontati dal professionista per evitare l'esito scorretto, e viceversa».

consumatore «non specializzato»<sup>61</sup> e, tendenzialmente, non disposto a investire tempo e risorse per reperire informazioni il cui costo di acquisizione «è superiore al guadagno» che «prevede di ricavare»<sup>62</sup>.

La sterilizzazione di qualsiasi effetto persuasivo dell'*advertising* comprometterebbe, peraltro, l'«equilibrio» – alla cui conservazione il *target* di *average consumer* è istituzionalmente preordinato<sup>63</sup> – tra la duplice esigenza di «proteggere il consumatore» e «promuovere il libero scambio su un mercato aperto e concorrenziale» (Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della dir. 2005/29/CE; 2021/C-526/01). Si pensi, a tale riguardo, alla collaudata influenza che il c.d. *pricing \$9 tricking* esercita sui comportamenti di acquisto in ragione della «illusione di convenienza» promanante dall'abitudine degli individui a prestare «maggiore attenzione alle cifre di sinistra del numero» che esprime il prezzo dei prodotti<sup>64</sup>. Nonostante tale espediente venga adottato per «indurre (magari sporadicamente) in errore una parte (magari minoritaria) dei consumatori», la scelta legislativa di «mettere al bando» i prezzi *a terminazione 9* potrebbe «naturalmente (...) sembrare stravagante»<sup>65</sup> e, con ogni probabilità, ultronea rispetto allo scopo di presidiare la corretta formazione del consenso del consumatore medio, sia pure (ri)qualificato in termini di attore a razionalità “scemata”.

Al bilanciamento fra *consumer protection* e competitività delle imprese si giustappone il conflitto, *interno* alla vasta ed eterogenea categoria dei consumatori<sup>66</sup>, fra gli interessi degli utenti più inclini a cadere vittima di pregiudizi cognitivi e quelli di coloro che agiscono sul mercato con un grado di attenzione medio o superiore alla media.

A titolo esemplificativo, la ipotetica scelta legislativa di proibire il *mail-in rebate* – consistente nella prospettazione di un futuro risparmio di spesa condizionato all'invio al produttore di uno o più *coupon* entro una scadenza predeterminata – impedirebbe alle imprese di “scommettere” sulla inerzia dei propri clienti, inducendole a concedere

<sup>61</sup> BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2° ed., Padova, 2020, 208, che riconduce a tale modello il soggetto che opera nei «mercati dei prodotti di largo consumo» in modo «pressoché automatico, impegnando solo un minimo grado di attenzione nella scelta e nell'acquisto».

<sup>62</sup> PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata*, cit., 464.

<sup>63</sup> «Uno standard di protezione che implicasse un livello di tutela inclusivo di *tutti* i consumatori» – viene sottolineato – «caricherebbe le imprese di oneri *sproporzionati*, perché eccessivamente gravosi, convertendosi nell'opposto di una variabile comportamentale *market oriented*» (PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, I, 5; Id., *Il consumatore fra-stagliato*, Pisa, 2021, 164).

<sup>64</sup> LUGLI, *Neuroshopping. Come e perché acquistiamo*, Milano, 2011, 195.

<sup>65</sup> CATERINA, *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons. dir. merc.*, 2012, II, 78.

<sup>66</sup> La possibilità di individuare dei (sotto)gruppi di utenti muniti di un grado di avvedutezza superiore o inferiore rispetto a quella dell'*average consumer* emerge, peraltro, dal riferimento al «membro medio» (del gruppo di consumatori) operato dall'art. 20 cod cons., di guisa che può rendersi necessario «un adattamento del parametro [del consumatore medio] alle peculiari caratteristiche (“medie”) dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i messaggi pubblicitari, le dichiarazioni e le comunicazioni finalizzate alla promozione di un bene o di un servizio» (DE CRISTOFARO, voce «Pratiche commerciali scorrette», in *Enc. Dir.*, Annali, V, cit., 1095).

sconti «certi, ma di entità minore», con il duplice risultato di «incrementare il benessere dei consumatori che di fatto non usufruiscono dello sconto condizionato» e di «diminuire[...] il benessere del gruppo di consumatori che sono invece disposti ad affrontare la fatica di adempiere le condizioni imposte dal produttore pur di ottenere lo sconto»<sup>67</sup>. La necessità di soppesare il «*welfare gained by vulnerable consumers*» e il «*welfare loss suffered from non-vulnerable consumers*»<sup>68</sup> rende tutt'altro che agevole l'individuazione della soluzione normativa migliore per i consumatori, intesi quale «*continuum that runs from very sophisticated to very vulnerable*»<sup>69</sup>.

Infine, la condivisibile esigenza di accordare rilievo a talune delle euristiche fallaci che scandiscono i comportamenti di acquisto non può assurgere ad alibi per depotenziare le politiche di *educazione* del consumatore, il cui rafforzamento si rivela imprescindibile affinché la progressiva «sostificazione» delle tecniche di cattura del consenso elaborate dalle imprese possa, almeno in parte, essere compensata dalla parallela «crescita nelle conoscenze» dei relativi destinatari<sup>70</sup>. L'idea che individua nelle tendenze irrazionali dei consociati una variabile ineliminabile del mercato<sup>71</sup> – come tale suscettibile, al più, di essere *aggirata* da un intervento legislativo<sup>72</sup> – rischia, peraltro, di tramutare la giusta attenzione riservata alla psicologia del consumatore in uno «psicologismo» esclusivamente empirico, legittimante la creazione di uno *status* di debolezza strutturale del contraente non professionale<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1085.

<sup>68</sup> TRZASKOWSKI, *Lawful Distortion of Consumers' Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive*, 2016 (<https://research-api.cbs.dk/ws/portalfiles/portal/46855307>), 6.

<sup>69</sup> TRZASKOWSKI, *The Unfair Commercial Practices Directive and Vulnerable Consumers (Paper presented at 14th Conference of the International Association of Consumer Law)*, 2013, 38.

<sup>70</sup> Cfr., in relazione al discrimine fra *dolus malus* e *dolus bonus*, FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 344. Il consumatore che opera in un dato momento storico – osserva l'A. – non si trova «necessariamente (...) ad essere più sprovveduto del consumatore del passato», di guisa che la «maggiore tutela del consumatore, dell'assicurato, del cliente della banca, non deriva da una progressiva debolezza della categoria dei consumatori, bensì riflette un fenomeno più generale di tutela civile della persona in un settore particolare della sua attività».

<sup>71</sup> ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 327, il quale sottolinea che la legislazione europea «solo in parte punta a prevenire comportamenti economici irrazionali attraverso l'educazione del consumatore e la sua informazione; prevalentemente, invece, dà per acquisito il fatto che questi comportamenti irrazionali esistono e sono permanenti».

<sup>72</sup> Tale approccio viene richiamato, in senso critico, da POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, cit., 1575; ID., *Behavioral Law And Economics: A Critique, Economic Education Bulletin*, 2002, 32-33.

<sup>73</sup> BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 427 ss.

Riassumendo i *cons* di un rilettura behaviorista del diritto dei consumi presa «troppo sul serio»<sup>74</sup>, l'edificazione di un modello di *average consumer* a razionalità (eccessivamente) limitata rischia a) di identificare, sulla base di indicazioni elaborate in un *habitat* sperimentale, il *target* europeo di consumatore con un soggetto irrimediabilmente ingenuo e sprovveduto; b) di alterare l'equilibrio tra la difesa della consapevolezza delle decisioni di consumo e la tutela (anche costituzionale) dell'*advertising*, conducendo ad un mercato «senza pubblicità», giudicato da taluno un esito ancora «più deprimente di un mercato con alcune manipolazioni e distorsioni delle preferenze»<sup>75</sup>; c) di generare una serie di costi a carico dell'intera platea dei consumatori, ivi compresi coloro che operano sul mercato con un livello di attenzione pari o superiore alla media; d) di affidare le sorti della *consumer protection* a interventi di matrice esclusivamente paternalistica, lasciando sullo sfondo iniziative e misure atte a stimolare, «*by educating consumers about being a consumer*»<sup>76</sup>, l'attitudine critica dei destinatari delle strategie di *marketing*.

## 5. Vendite abbinate, condizionamento del consumatore e *status quo bias*

Dirigendo l'attenzione verso la pratica commerciale sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, la condotta stigmatizzata dal Garante concerne l'«abbinamento forzoso, al momento della stipula di contratti di finanziamento personale, di prodotti assicurativi non collegati al credito, di cui la stessa finanziaria è intermediaria». Lo «stato di bisogno in cui normalmente versa chi chiede un finanziamento» svela, effettivamente, una condizione di debolezza dell'aspirante mutuatario, discendente non tanto da un *deficit* di ponderazione quanto piuttosto dal «timore di non vedere approvato il finanziamento», suscettibile di indurlo ad accettare, supinamente, la combinazione tra polizza e prestito.

Individuata l'esigenza di tutela del consumatore raggiunto dalla pratica in esame, è utile operare un raffronto tra le soluzioni rispettivamente indicate dall'AGCM e dal professionista al fine di permettere ai clienti di decidere consapevolmente e, soprattutto, *liberamente* se acquistare o meno il «pacchetto» reclamizzato dalla finanziaria.

Ad avviso del Garante, il rischio di una coartazione psicologica del contraente può essere scongiurato soltanto tramite un disallineamento cronologico di sette giorni tra la sottoscrizione del finanziamento e la collocazione del prodotto assicurativo. La previsione di un siffatto *spatium deliberandi* assumerebbe – si legge nell'ordinanza in commento – le fattezze di una «deroga al principio della possibilità di abbinamento», giustificata in

<sup>74</sup> MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously?*, cit.

<sup>75</sup> GÓMEZ POMAR, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *Indret*, 2006, I, 8.

<sup>76</sup> TWIGG-FLESNER, *The Importance of Law and Harmonization for the EU's Confident Consumer*, in LECZYKIEWICZ, WEATHERILL (a cura di), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement*, Oxford, 2016, 201.

ragione del pericolo di condizionamento determinato dalla simultanea conclusione dei due contratti.

A preservare la libertà contrattuale del consumatore sarebbero invece sufficienti, secondo il professionista, il potenziamento degli obblighi di *disclosure* riguardanti la facoltatività della polizza e l'attribuzione, in capo all'aderente, di un incondizionato diritto di recesso circoscritto all'assicurazione. Quanto alla necessaria separazione temporale fra i due contratti, la finanziaria ritiene che un «effetto analogo» possa essere conseguito mediante l'assunzione del duplice impegno di contattare il cliente sette giorni dopo la conclusione dell'affare – al fine di sondarne il persistente interesse a fruire dell'*insurance product* – e di farsi carico del premio assicurativo nelle more tra la collocazione della polizza e il contatto telefonico con il consumatore.

L'alternativa tra lo *sfasamento cronologico dei contratti abbinati* e il mantenimento della loro *contemporanea sottoscrizione corredata dalla libera recedibilità dal contratto di assicurazione* sottende, a ben vedere, il diverso rilievo accordato allo *status quo bias*<sup>77</sup>, espressivo della tendenza degli individui a conservare la situazione corrente – intesa, in questa sede, come sommatoria delle precedenti scelte negoziali – rispetto alla possibilità di una variazione, anche ove quest'ultima venga associata ad un possibile miglioramento. Mentre, dunque, l'interesse del professionista a *catturare* contestualmente il *duplice* consenso del cliente alla sottoscrizione del finanziamento e della polizza cela una “scommessa” sulla successiva inerzia di una larga quota di contraenti, la soluzione ipotizzata dal Garante permette al consumatore di valutare la convenienza del prodotto assicurativo *dopo* il conseguimento del prestito e, dunque, *al riparo* da qualsivoglia condizionamento emotivo<sup>78</sup>.

Acclarata la non perfetta equipollenza – anche nella prospettiva della *BLE* – tra le richieste formulate dall'AGCM e gli impegni proposti dalla finanziaria, occorre valutare se la *maggior tutela* del cliente risultante dall'imposizione di un intervallo temporale fra le due componenti della vendita abbinata giustifichi l'introduzione di una *deroga* alla

<sup>77</sup> SAMUELSON, ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, I, 7 ss.; KAHNEMAN, KNETSCH, THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, V, 193 ss.

<sup>78</sup> Su un piano generale – è stato osservato – il rilievo delle «condizioni soggettive di vulnerabilità» interessate dalle pratiche aggressive non è necessariamente legato a un «giudizio sulla razionalità economica» del comportamento del consumatore, di guisa che le molestie, le coercizioni e gli indebiti condizionamenti sono censurabili *anche laddove* l'ipotetica resistenza o l'ipotetica reazione a tali comportamenti non comportino un costo per il consumatore (...) ed a maggior ragione *indipendentemente* da un giudizio di proporzione economica tra un simile eventuale costo ed il valore della scelta di natura commerciale sulla quale la pratica commerciale esercita un'influenza; ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 130-131, ad avviso del quale un siffatto giudizio (sulla razionalità economica del consumatore), pur non essendo *irrelevante* – nella misura in cui può assumere significato la «asseverazione di media incapacità (...) di resistenza o di reazione» – non è *necessario* in quanto non *richiesto* dalla fattispecie generale di scorrettezza né dalle fattispecie della lista nera delle pratiche aggressive.

facoltà delle imprese di proporre «un prodotto assicurativo (...) insieme a un prodotto o servizio accessorio diverso da un'assicurazione, come parte di un pacchetto o dello stesso accordo» (art. 24, par. 1, dir. 2016/97/UE).

Alcune, prime, indicazioni possono essere tratte dalla stessa giurisprudenza unionale, la quale ha avuto occasione di censurare la normativa nazionale introduttiva di una «presunzione di illegittimità» delle offerte congiunte, ritenuta incompatibile sia con il vincolo dell'armonizzazione completa posto dal legislatore europeo, sia con la «economia generale delle disposizioni della direttiva»<sup>79</sup>. In una successiva decisione – riguardante la campagna di vendita di un computer con una serie di programmi preinstallati – la compatibilità delle *combined offers* con i principi della direttiva viene subordinata alla triplice condizione che il destinatario riceva una «informazione corretta», che l'offerta sia conforme «alle aspettative di gran parte dei consumatori» e che venga lasciata all'aderente la possibilità di «accettare tutti gli elementi di tale offerta o di recedere dalla vendita»<sup>80</sup>.

Se, dunque – da un lato – il vincolo della *full harmonization* inibisce la previsione di «divieti assoluti» afferenti a pratiche commerciali diverse da quelle enumerate nell'allegato alla dir. 2005/29/CE<sup>81</sup>, una limitazione delle offerte congiunte diviene – da un altro lato – ammissibile nel settore dei servizi finanziari (art. 3, par. 9), rispetto al quale la stessa direttiva contempla una «eccezione all'obiettivo di armonizzazione completa»<sup>82</sup> alla luce della particolare «complessità» dell'operazione negoziale (*considerando* 9) e della conseguente sussistenza di «rischi specifici» di cui «il consumatore non è sempre sufficientemente informato»<sup>83</sup>. Muovendo da tali premesse, il divieto – introdotto ad opera del legislatore belga – di offerte congiunte comprensive di «almeno un servizio finanziario» è stato giudicato conforme alla direttiva del 2005, stante il pericolo di un *deficit* di trasparenza sul «contenuto effettivo» e le «caratteristiche reali» della combinazione di prodotti<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Corte di giustizia, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1059 ss., con nota di DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*.

<sup>80</sup> Corte di giustizia, 7 settembre 2016, causa C-310/15.

<sup>81</sup> DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 1065, il quale sottolinea che «nell'intera UE le pratiche commerciali non inserite in tale lista non potranno (...) mai considerarsi illecite *in quanto tali*, ma soltanto se e nella misura in cui, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, rivelino caratteristiche tali da consentire di qualificarle come azioni o omissioni “ingannevoli” (ex artt. 6 e 7 della direttiva) ovvero come pratiche “aggressive” (ex art. 8 della direttiva) o ancora come sleali in quanto contrarie alla “diligenza professionale” e idonee a falsare il comportamento economico del consumatore medio (ai sensi della nozione generale di cui al par. 2 dell'art. 5)».

<sup>82</sup> Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, in *Contratti*, 2013, X, 939, con nota di PICCIANO.

<sup>83</sup> Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, cit.

<sup>84</sup> Corte di giustizia, 18 luglio 2013, causa C-265/12, cit.

Venendo alla fattispecie – particolarmente «delicata»<sup>85</sup> – dell’abbinamento tra prodotti assicurativi e finanziamenti, le due *lettere al mercato* inviate nel 2015 e nel 2020, in entrambi i casi congiuntamente, dalla Banca d’Italia e dall’IVASS mettono in rilievo le criticità connesse a tale combinazione, evidenziando – ai fini che qui interessano – l’opportunità che le «polizze qualificate come facoltative» siano «effettivamente prospettate alla clientela quale servizio aggiuntivo opzionale», senza che nei colloqui di vendita vengano utilizzate espressioni tali da «incutere nel cliente timori di vario genere che possano indurlo a ritenere necessaria la sottoscrizione della polizza»<sup>86</sup>.

Nel lustrò intercorso fra gli anzidetti documenti delle Autorità di Vigilanza si inserisce l’emanazione della dir. 2016/97/UE, la quale prende atto dell’elevato coefficiente di rischio sotteso alla strategia di abbinamento in esame, al punto che l’ultimo paragrafo dell’art. 24 – richiamato dal giudice del rinvio – autorizza i legislatori municipali a «mantenere o adottare disposizioni supplementari più rigorose» ovvero a «intervenire in casi specifici» per «vietare la vendita di un’assicurazione assieme a un servizio o prodotto accessorio diverso da un’assicurazione, come parte di un pacchetto o dello stesso accordo, quando possono dimostrare che tali pratiche sono dannose per i consumatori»<sup>87</sup>.

Alla luce di tali coordinate normative, la Corte di giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla euroconformità dell’interpretazione tesa a condizionare l’ammissibilità della vendita congiunta di polizze e finanziamenti alla dissociazione temporale fra la conclusione dei rispettivi contratti, tenuto conto del grado di razionalità (limitata) del consumatore medio.

Ipotizzando, ed auspicando – alla luce delle considerazioni svolte – che la Corte assuma quale parametro di riferimento un contraente meno avveduto rispetto al «mito»<sup>88</sup> dell’*homo oeconomicus*, l’esito del rinvio pregiudiziale non appare, in ogni caso, scontato.

L’aprioristica subordinazione della legittimità delle vendite abbinate alla scissione cronologica – e dunque, di fatto, a un *disabbinamento* – delle componenti negoziali del “pacchetto” rischia, invero, di tradursi in una (generalizzata) presunzione di slealtà di (qualsiasi) offerta congiunta di prodotti assicurativi e non assicurativi. L’esigenza – predicata dalla Corte di giustizia in relazione alle pratiche non espressamente proibite della direttiva – di posporre ad una valutazione in concreto l’accertamento della scorrettezza di una determinata condotta commerciale<sup>89</sup> dovrebbe, *a fortiori*, essere valorizzata con

<sup>85</sup> DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 182.

<sup>86</sup> Lettera al mercato del 17 marzo 2020 (consultabile al link [https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2020/17-03/Comunicazione\\_BI\\_IVASS\\_Polizze\\_abbinare\\_17.3.20.pdf](https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2020/17-03/Comunicazione_BI_IVASS_Polizze_abbinare_17.3.20.pdf)).

<sup>87</sup> In ossequio a tale indicazione della direttiva, l’art. 120 *quinquies*, comma 5, d.lgs. 209/2005 attribuisce all’IVASS il potere di inibire l’abbinamento tra prodotti assicurativi e non assicurativi – «indipendentemente dal fatto che l’accessorietà afferisca all’assicurazione o al servizio o prodotto diverso dall’assicurazione» – qualora esso sia suscettibile di recare nocumento ai destinatari dell’offerta congiunta.

<sup>88</sup> GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., 48.

<sup>89</sup> Nel censurare la normativa nazionale introduttiva di un divieto generalizzato delle vendite

riferimento alle strategie di vendita, come quella censurata dall'AGCM, espressamente regolate dal legislatore unionale.

Il pericolo che la contestuale sottoscrizione di polizza e prestito acutizzi la vulnerabilità psicologica degli aspiranti mutuatari può, verosimilmente, essere scongiurato attraverso l'adozione delle misure che la stessa finanziaria aveva indicato nelle more del procedimento avviato dal Garante, finalizzate a «rendere ancora più chiara» la non obbligatorietà della polizza e ad assicurare, tramite un contatto telefonico successivo alla stipula, la consapevolezza del consumatore circa la possibilità di recedere gratuitamente dall'assicurazione. Ove correttamente adempiuti, tali impegni si rivelano idonei – *ex ante* – a ridimensionare il rischio di sfruttamento, da parte dell'impresa, dei timori che fisiologicamente accompagnano la richiesta di un prestito, nonché – *ex post* – a consentire ai contraenti eventualmente condizionati dalla strategia di abbinamento di rimuovere, selettivamente, la sola componente assicurativa dell'operazione economica conclusa. Sotto quest'ultimo profilo, l'obbligo postcontrattuale della finanziaria di contattare il cliente a distanza di sette giorni dal perfezionamento dell'affare può svolgere una funzione di *alert* per i consumatori meno attenti, concorrendo a neutralizzare, almeno in parte, l'*inertia bias* conseguente all'acquisto del pacchetto.

## 6. L'integrazione tra BLE e diritto dei consumatori *as it should be*

Le questioni pregiudiziali sollevate nell'ordinanza in commento offrono alla Corte di giustizia l'occasione di recepire l'istanza di un «ripensamento»<sup>90</sup> del diritto dei consumi e del modello di *average consumer*, tuttora infeudati – al netto delle sporadiche aperture della giurisprudenza unionale – entro gli schemi della teoria della scelta razionale.

A prescindere dal responso della Corte sulla (s)lealtà della pratica censurata dal Garante, la strada dell'indifferenza nei confronti del *background* comportamentale delle negoziazioni *b2c* non sembra utilmente percorribile, favorendo la sedimentazione di un diritto europeo «contro-produttivo»<sup>91</sup> e insensibile alla naturale imprevedibilità degli

---

sottocosto, la Corte di giustizia ha osservato che tale pratica «non figura[...] tra le pratiche di cui all'allegato I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali» e, pertanto, la «irrogazione di una sanzione per violazione del divieto (...) non può basarsi su una presunzione che spetterebbe al professionista confutare» (Corte di Giustizia, 19 ottobre 2017, causa C-295/16, sulla quale cfr. HACKER, SCHAFER, *European Union Litigation*, in *European Review of Contract Law*, 2018, 69-70).

<sup>90</sup> HOWELLS, TWIGG-FLESNER, WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Londra, 2018.

<sup>91</sup> MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, III, 871.

individui<sup>92</sup>, le cui «devianze conoscitive e decisionali» meritano di essere trattate «alla stregua d'una forma di fallimento del mercato»<sup>93</sup>.

Se dunque, tornando al dubbio amletico dal quale abbiamo preso le mosse, pare del tutto condivisibile l'assunto secondo cui le scienze comportamentali debbano essere un invitato di pietra nel processo di sviluppo del diritto privato europeo<sup>94</sup> – chiamato a misurarsi con le nuove sfide poste dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel *marketing*<sup>95</sup> – occorre, ciò nondimeno, chiarire *come* ed entro quali limiti possa proficuamente instaurarsi un dialogo tra psicologia della decisione e tutele consumeristiche.

La dialettica fra *consumer protection* e *BLE* non può, certamente, ridursi ad una delega in bianco nei confronti dei risultati provenienti dal laboratorio del behaviorista, il cui rilievo giuridico deve, di contro, essere scrupolosamente vagliato dall'interprete<sup>96</sup> in ossequio alla scelta legislativa – desumibile dall'articolato della dir. 2005/29/CE – di escludere dal novero delle pratiche vietate le strategie commerciali che, senza «alterare, falsare, omettere o ridurre» le informazioni di cui il consumatore necessita per assumere una decisione consapevole, incidono sul grado di «libertà», «autonomia» e «spontaneità» delle scelte di acquisto<sup>97</sup>. La constatazione che «influenzare le decisioni dei consumatori non equivale [sempre] a trarli in inganno»<sup>98</sup> impone di circoscrivere le politiche di *de-biasing* alle ipotesi in cui l'intervento all'uopo necessario sia «efficace», «giustificato» e

<sup>92</sup> Si rivelerebbe «inopportuno», invero, «considerare, in ogni caso, la figura del consumatore avvertito e responsabile, figura che si fonda sulla presunzione che alla asimmetria di potere contrattuale si possa rimediare con una quantità di informazioni e una quantità di rimedi sufficienti a pareggiare le due posizioni contrapposte» (ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 357).

<sup>93</sup> ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 207-208; ID., voce «Contratto ed economia comportamentale», cit., 314.

<sup>94</sup> «Solo un approccio aperto al dialogo con le scienze cognitive» – evidenzia CATERINA, *Pater-nalismo e antipateralismo nel diritto privato*, cit., 795 – «consente di affrontare adeguatamente i problemi connessi alla protezione dei consumatori, sia de iure condito che de iure condendo». Ad avviso dell'A., in particolare, «non si tratta solo di prendere atto, con la migliore letteratura, che il problema non è semplicemente la informazione subottimale dei consumatori, ma sono i limiti cognitivi che rendono inevitabili strategie subottimali di decisione, e che richiedono rimedi ben più energici della imposizione di obblighi di informazione».

<sup>95</sup> Riguardo alle «tecniche subliminali» stigmatizzate dall'art. 5 della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale cfr. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, 2022, III, 346 ss.; A. GALLI, *Algorithmic Marketing and Eu Law on Unfair Commercial Practices*, Springer, 2022, 264 ss.

<sup>96</sup> Evidenzia – opportunamente – PERSAD, *When, and How, Should Cognitive Bias Matter to Law?*, in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2014, 64: «I am not rejecting the possibility that heuristics and biases can be normatively criticizable or endorsable. What I am arguing is that these criticisms or endorsements must come by way of normative argument: behavioral science does not and cannot show on its own that biases or heuristics are either desirable or objectionable».

<sup>97</sup> DE CRISTOFARO, voce «Pratiche commerciali scorrette», cit., 1093.

<sup>98</sup> BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 123.

«poco invasivo»<sup>99</sup>, tenuto conto che i costi macroeconomici derivanti dalle condotte irrazionali dei consociati sono, in taluni settori di mercato, meno elevati di quelli ingenerati dagli sforzi messi in atto per contrastarle<sup>100</sup>.

Una tale *Cost-Benefit Analysis* si coniuga perfettamente con l'approccio – radicatosi sul versante della dialettica fra *contratto* e *mercato* – secondo cui la difesa del contraente debole non costituisce lo scopo «finale» del legislatore, rivelandosi strumentale al corretto funzionamento del mercato unico<sup>101</sup>. Dall'angolo visuale della disciplina in materia di pratiche scorrette, in particolare, la tutela della *consapevolezza* delle decisioni di consumo costituisce un obiettivo «intermedio»<sup>102</sup> rispetto allo sviluppo di una competizione virtuosa fra i professionisti ed alla implementazione della fiducia dei consumatori nel mercato.

È proprio la vocazione sistemica<sup>103</sup> delle tutele apprestate dalla dir. 2005/29/CE ad imporre un uso parsimonioso e selettivo dell'arsenale concettuale offerto dalla *BLE*, il cui *trapianto* nella legislazione europea deve essere filtrato, pena un inevitabile *rigetto*, alla luce della variegata morfologia degli interessi scolpiti nelle direttive consumeristiche. L'eventuale «abbassamento»<sup>104</sup> dello standard di *average consumer* risultante dall'apertura nei confronti delle scienze comportamentali dovrà, dunque, avvenire nel rispetto delle istanze regolatorie sottese all'elaborazione di una figura «ipotetica, virtuale e tipica»<sup>105</sup> – come tale inesistente *in rerum natura*<sup>106</sup> – che incarna la sintesi ineludibile<sup>107</sup> fra la tutela della formazione del consenso della parte debole e l'esigenza di non mortificare eccessivamente la *vis* suggestiva propria di ogni comunicazione commerciale<sup>108</sup>.

<sup>99</sup> SUNSTEIN, JOLLS, *Debiasing through Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 225, 2004, 33.

<sup>100</sup> SUNSTEIN, JOLLS, *op. loc. cit.*; BRENNCKE, *op. cit.*, 64.

<sup>101</sup> SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 793.

<sup>102</sup> BARGELLI, *Diritto dei contratti e diritto europeo*, in *Pactum*, I, 2022, 13.

<sup>103</sup> GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *Aida*, 2008, 302.

<sup>104</sup> COHEN, *Bringing down the Average: The Case for a Less Sophisticated Reasonableness Standard in US and EU Consumer Law*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2019, Vol. 32, 1 ss.

<sup>105</sup> MASSA, *Commento all'art. 20 cod. cons.*, in *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO con il coordinamento di BARBA e BARENGHI, V ed., Milano, 2019, 168.

<sup>106</sup> MINERVINI, *Informazione e contratti dei consumatori*, in TESCIONE, SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoresponsabilità*, Atti del Convegno di S. Trada (Reggio Calabria) 4-5.10.2002, Napoli, 2008, 138-139.

<sup>107</sup> Il *target* di *average consumer* plasmato dalla Corte di giustizia costituisce, in questi termini, il «frutto di una valutazione comparativa» dei diversi interessi in conflitto; cfr. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano, 2009, 105, la quale ritiene che l'adozione di uno standard di consumatore debole costituirebbe un «sicuro ostacolo nel percorso diretto a realizzare la concorrenza tra imprese e la formazione di un mercato competitivo» (pp. 108-109).

<sup>108</sup> La compresenza, nelle tecniche di *marketing*, di contenuti informativi e promozionali – ri-

A venire censurate sotto l'egida dei principi dell'economia comportamentale – in definitiva – dovrebbero essere le sole manipolazioni della razionalità limitata *sistematiche* e sufficientemente *gravi* da pregiudicare la consapevolezza delle decisioni di consumo<sup>109</sup>, non essendo immaginabile – né compatibile con il dovere di «autoresponsabilità indisponibile»<sup>110</sup> gravante su qualsiasi consociato – proteggere il consumatore dall'intero spettro di errori cognitivi quotidianamente sfruttati dalle imprese per elaborare una serie, altrettanto nutrita, di pratiche di *marketing*.

L'oscillazione del consumatore medio fra i poli dell'*homo oeconomicus* e dell'*homo heuristicus* non può, del resto, essere arrestata dal riferimento ad una generica *medietas* (o peggio *mediocritas*<sup>111</sup>) cognitiva, la quale finirebbe per appiattare il *target* europeo sul modello di un buon padre di famiglia 2.0. I contorni del paradigma, tanto artificiale quanto inevitabile<sup>112</sup>, dell'*average consumer* possono, piuttosto, essere ridisegnati valorizzando il canone della ragionevolezza<sup>113</sup> e scrutinando le determinazioni volitive degli attori non professionali alla luce della loro «concreta capacità critica»<sup>114</sup>, in ossequio alla preziosa indicazione metodologica secondo cui il consumatore può, di volta

---

spettivamente rivolti alla sfera «razionale» ed «emotiva» dei potenziali clienti – è sottolineata da ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali scorrette*, in MINERVINI, ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, 15.

<sup>109</sup> SCHEBESTA, PURNHAGEN, *Is the 'Behavioural Turn' in Consumer Law Taken by Dutch National Courts?*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken*, 2017, VI, 277-278.

<sup>110</sup> BARBA, *op. cit.*, 271.

<sup>111</sup> Lo scivolamento della «bonitas» perseguita dal legislatore in una «mediocritas» – denunciato, in relazione al prototipo del buon padre di famiglia, da NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, Milano, 1984, 92 – rischia di coinvolgere, *mutatis mutandis*, il *target* del consumatore medio, essendo già stato manifestato il timore che tale modello venga plasmato sulla falsariga della «mediocre person in society» (TZOULIA, *Imprints of Behavioural Research in EU Consumer Protection Legislation: The 'Average Consumer Test' in the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2017, VI, 258).

<sup>112</sup> WEATHERILL, *Who is the 'average consumer'?*, in WEATHERILL, BERNITS, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, 135.

<sup>113</sup> Nella sua accezione di «modello di comportamento» – è stato osservato – il giudizio di ragionevolezza si articola in tre fasi: «un primo momento volto a definire il modello astratto di riferimento a cui la parte deve conformare la propria condotta (e tale modello è quello della persona ragionevole), un secondo momento diretto ad *adeguare* quel comportamento alle circostanze concrete in cui la parte è chiamata ad agire (...) e, infine, un terzo momento volto ad accertare se la parte si è attenuta a quel modello, ha tenuto cioè un comportamento conforme a ciò che l'astratto modello avrebbe fatto nel caso concreto» (TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 558).

<sup>114</sup> ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 703, a parere della quale il canone della ragionevolezza rende più flessibile la «selezione delle situazioni meritevoli di tutela, così da recepire anche le situazioni anomale, nuove e marginali», a fronte delle quali il «consumatore ragionevole» resta un «soggetto libero, capace in qualche misura di operare una scelta consapevole, anche se non è necessariamente un agente razionale».

in volta, essere capace di scegliere «con tutta l'abilità» di cui dispone ovvero «preferire la strada più breve»<sup>115</sup>, con il rischio – solo in quest'ultimo caso – di incorrere in esiti fallaci.

La individuazione, demandata alla Corte di giustizia, del percorso da intraprendere per giungere ad un connubio tra diritto dei consumi e scienze comportamentali *as it should be* non sembra poter eludere una preventiva scelta di campo in ordine alla tipologia di (intervento sul) mercato su cui le istituzioni europee intendono plasmare le proprie future scelte di *policy*. L'auspicio, in questa prospettiva, è che l'innesto di alcuni elementi della *BLE* nell'*acquis communautaire* contribuisca ad imprimere alla legislazione unionale un assetto regolatorio che, lungi dall'identificarsi con un paternalismo puramente coercitivo – legittimante il fuorviante parallelismo tra *razionalità* (limitata) degli agenti economici e *capacità* (limitata) del consumatore<sup>116</sup> – «non comprima ma al contrario espanda» l'autonomia dei soggetti tutelati<sup>117</sup>, rimuovendo gli ostacoli alla loro piena ed effettiva partecipazione alle dinamiche del mercato.

## ABSTRACT

L'ordinanza in commento (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2022, n. 8650) sottopone alla Corte di Giustizia l'interrogativo se il *target* di consumatore medio canonizzato nella dir. 2005/29/CE sia perfettamente sovrapponibile alla «nozione classica dell'*homo oeconomicus*» ovvero se l'archetipo dell'individuo normalmente informato, ragionevolmente attento ed avveduto debba essere ridefinito alla luce delle «più recenti teorie sulla razionalità limitata». La necessità di individuare il coefficiente di ponderatezza esigibile dal consumatore stimola una riflessione sui vantaggi – e sui possibili effetti collaterali – discendenti dalla incorporazione della *Behavioural Law and Economics* nell'*acquis communautaire*.

*This paper comments on the request of preliminary reference judgement submitted by the «Consiglio di Stato» to the CJEU (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2022, n. 8650), concerning the interpretation of the notion of «average consumer». The highest Italian administrative jurisdiction asks whether the concept of “average consumer” canonized by Directive 2005/29/EC squarely fits within the «classic concept of homo oeconomicus», or if the archetype of the reasonably well informed, observant and circumspect individual should rather be redefined, in the light of the «findings of the most recent theories on bounded rationali-*

<sup>115</sup> KATONA, *L'uomo consumatore*, Milano, 1964, 261-262.

<sup>116</sup> La inopportunità di una compressione della capacità di agire del consumatore è rimarcata da A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, IV, 948, a giudizio del quale una siffatta limitazione si rivelerebbe «un rimedio peggiore del male».

<sup>117</sup> ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit., 185.

ty». The need to identify the level of attentiveness that can be expected from the consumer prompts some thoughts concerning the benefits – and the possible side effects – of integrating Behavioural Law and Economics into the *acquis communautaire*.