



Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza



Franco Trubiani

SOMMARIO: 1. L'occasione di una rimeditazione. – 2. La “consapevolezza” del consumatore e le sue molteplici declinazioni. – 3. Trasparenza contrattuale e condizionamento psicologico del consumatore. – 4. Il superamento della nozione di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina. – 5. Brevi note sulle possibili ricadute operative.

1. L'occasione di una rimeditazione

Una recente ordinanza del Consiglio di Stato¹ offre, attraverso un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE, una importante occasione per tornare a riflettere su un tema assai discusso ed annoso: offrire un contenuto concreto alla “vuota” indicazione che, nell'art. 20 cod. cons., fa riferimento al consumatore medio al fine dell'applicazione della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette.

Giova sintetizzare brevemente il caso che costituisce per molti, e ovviamente *in primis* per la Corte di Giustizia UE, motivo per tornare a prendere di nuovo in considerazione una nozione aperta, priva di quelle puntuali definizioni che solitamente caratterizzano “i confini”² che si riferiscono agli attori del mercato ai quali il legislatore intende debba essere applicata in maniera specifica una determinata disciplina.

¹ Cons. Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, in *Foro it.*, V, 2022, c. 542 ss., con nota di BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di Palazzo Spada)*.

² Sul punto v., tra molti, MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, a cura

L'intervento del Consiglio di Stato si pone a seguito del ricorso di Compass s.p.a. contro una sanzione dell'Agcm che è intervenuta per un caso di una pratica commerciale scorretta aggressiva *ex art. 24 cod. cons.*³.

Il Supremo Consesso amministrativo ha deciso di procedere al rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia UE per cinque questioni che riguardano, in via principale, l'interpretazione della nozione di consumatore medio destinata ad incidere sulla corretta qualificazione di quella pratica commerciale, relativa alle c.d. vendite abbinata⁴, per cui in conseguenza del c.d. incorniciamento (*framing*) delle informazioni offerte al consumatore, la scelta di consumo operata da quest'ultimo rischia di apparire obbligata e senza alternative⁵, come descritto dal disposto di cui all'art. 6, par. 1, dir. 2005/29/UE che considera ingannevole una pratica commerciale che in qualsiasi modo inganni o possa ingannare il consumatore medio *"anche nella sua presentazione complessiva"*.

La nozione di "consumatore medio" appare, quindi, l'imprescindibile punto di partenza intorno al quale l'ordinanza incentra l'attenzione, offrendo a tutti una ragione per tornare a riflettere sul corretto modo di intendere questa muta nozione, rispetto alla quale si pone il problema di una rimeditazione di certo attenta a quanto hanno evidenziato gli studi di economia comportamentale, senza però privilegiare esclusivamente una corrente di pensiero, ma tenendo conto che anche sul piano normativo esiste già con-

di GENTILI, *Rimedi-1*, Milano, 2006, 530-532.

³ In rapida sintesi il caso: la società Compass offriva alla propria clientela, oltre ai prodotti finanziari ("finanziamenti"), anche polizze assicurative: (a) connesse al credito; (b) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in via indipendente ed autonoma (c.d. vendita *stand-alone*); (c) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in abbinamento ai prodotti di finanziamento ("polizze").

L'Agcm aveva sollevato censure unicamente con riferimento alla tipologia di coperture assicurative menzionata *sub lett. (c)*. L'offerta delle polizze, si precisa nel provvedimento, era rivolta prevalentemente ai consumatori che accedono al mercato del credito alle famiglie, tipicamente 'sotto-assicurati' e che, quindi, risultano naturalmente interessati a coperture assicurative, a protezione di eventi che potrebbero compromettere la loro capacità di produrre reddito e quindi di sostentamento, proprio e delle loro famiglie. Viene specificato infine – ed il passaggio appare rilevante – che la sottoscrizione delle polizze non era un presupposto per ottenere il finanziamento richiesto a Compass, né per ottenerlo a determinate condizioni economiche, non incidendo sull'esito della valutazione del merito creditizio. Il lungo procedimento, dopo il rigetto da parte dell'Agcm degli impegni proposti da Compass si conclude con l'accertamento di una pratica commerciale scorretta aggressiva *ex art. 24 ss. cod. cons.* e con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

⁴ Sul punto v., di recente, MARANO, *Vendite abbinata e tutela dell'assicurato nella bancassicurazione. Profili organizzativi*, Pisa, 2023.

⁵ Sul fenomeno delle c.d. distorsioni cognitive e per una dimostrazione sperimentale del problema si veda, di recente, DORIGONI, POLONIO, GRAFFEO, BONINI, *Analisi di movimenti oculari nella risoluzione di problemi commerciali. Il ruolo delle abilità numeriche e dell'impulsività cognitiva*, Milano, 2022, *passim*.

sapevolezza della rilevanza della razionalità limitata e, quindi, del tramonto dell'*homo oeconomicus* quale esclusivo riferimento sul quale fondarsi.

2. La “consapevolezza” del consumatore e le sue molteplici declinazioni

Ancor prima di soffermarsi sulla nozione di consumatore medio appare utile richiamare la nozione di consumatore e la difficoltà di una sua rinnovata *reductio ad unum* nel quadro di un concorrere di discipline, tenendo tuttavia presente la necessità di non perdere i capisaldi comuni nel moltiplicarsi delle specificità, le quali, tutte, convergono sulla importanza che assume la piena consapevolezza del consumatore, inteso nelle sue diverse accezioni.

La frammentazione della figura del consumatore a seguito della produzione di svariate normative di settore⁶ rappresenta oramai un dato evidente⁷ e che trova sempre maggiore riscontro anche a livello giurisprudenziale⁸.

L'esperienza della contrattazione bancaria, finanziaria, assicurativa e, da ultima, anche quella legata al mercato energetico ed al turismo, hanno definitivamente ampliato

⁶ Con particolare riguardo alla crisi di un mercato che si autoregola e che è fondato sulla idea di una interazione fra soggetti razionali fondamentale resta fondamentale il rinvio a DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 22.

⁷ Come aveva da tempo rilevato, fra i molti, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 688.

⁸ Si veda, a titolo esemplificativo e fra le più recenti, Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 688 ss., con nota di MINNECI, *Sul tramonto della teoria del “professionista di rimbalzo”*, sulla complessa questione dell'applicabilità della disciplina consumeristica ai negozi fideiussori su cui la Corte di Cassazione (v. poi, con riferimento all'applicazione del foro del consumatore, Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10673, in *Dejure*), solo qualche anno fa ha mutato il proprio orientamento considerando «consumatore» il fideiussore-persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio). Si nega, in sostanza, che la qualifica di professionista del fideiussore possa derivare dal debitore principale come se fosse un professionista (o un consumatore) «di riflesso» o «di rimbalzo», dovendo, più che altro, valorizzarsi il concreto ruolo svolto nello specifico affare, facendo sì che soltanto l'esame della posizione effettivamente ricoperta dal fideiussore (il quale potrebbe essere, magari, un familiare che rilasci la garanzia *affectionis causa*) rispetto al rapporto debitorio principale possa consentire di affermare o meno la ricorrenza della nozione di consumatore.

Sul tema si vedano le riflessioni di BARBA, *Professionista di riflesso*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2018, 1251 ss., spec. 1268-1269.

l'ambito delle definizioni, prevedendo, in particolare, un raccordo tra le discipline di settore ed i principi a carattere “generale” espressi dal Codice del consumo⁹.

Un interessante punto di partenza si può rinvenire, già con maggiore evidenza rispetto ad altri settori, nella tutela del consumatore nel settore energetico e nel settore del turismo¹⁰, che rappresentano utili esempi atti a verificare il raccordo tra discipline orizzontali e verticali: questo raccordo impone di tener conto delle novità, le quali, tuttavia non sempre travolgono del tutto ciò che esiste e persiste¹¹.

⁹ I rapporti tra codice civile e codici di settore sono stati attentamente indagati dalla dottrina, con particolare riferimento proprio al rapporto tra codice civile e codice del consumo. La notorietà del dibattito esime dal richiamare in questa sede la copiosa e ben nota letteratura, limitandosi ad un rinvio di carattere generale, cfr. CARLEO, *Codici di settore*, in *Enc. giur. Treccani, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009, 469 ss.

¹⁰ Con riferimento alla figura del turista, la novella del 2018 (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62) ha recepito la scelta metodologica adottata dalla Direttiva 2015/2302/UE, alla stregua della quale la nozione di “turista” lascia il posto a quella più ampia di “viaggiatore”; favorevoli a questa scelta si mostrano essere DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1113 ss.; GRISI, MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, II ed., Torino, 2018, 204.

All'interno di questa nozione rientrano, accanto ai consumatori, i “rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti che prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori” (considerando 7), con l'esclusione dei “pacchetti” riconducibili ad un accordo quadro per l'organizzazione di viaggi stipulato fra professionisti.

Ne discende un rilievo assai maggiore del profilo oggettivo rispetto a quello soggettivo, anche se la persistente rilevanza del consumatore potrebbe rinvenirsi nella necessità di ricorrere alla disciplina generale del diritto dei contratti e, quindi anche dei contratti del consumatore, per quanto riguarda gli aspetti non disciplinati. La qualità di consumatore, inglobata in quella di viaggiatore, di turista, ma anche di passeggero (nei contratti di trasporto), di ospite (nei contratti di albergo) ha di certo perso la sua identità: si è progressivamente determinata non tanto una segmentazione della figura del consumatore, che pure rappresenta tuttora un indiscusso riferimento, quanto, piuttosto un dilatarsi dei suoi contorni che ne hanno sfocato i tratti caratterizzanti.

¹¹ A questo riguardo emerge con particolare forza la nuova figura del *prosumer*: sul punto di recente, v. RUGGERI, *Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, 392 ss., la quale ritiene che in questo settore “si assiste, pertanto, ad una ulteriore evoluzione dei criteri che delimitano l'operare delle protezioni consumeristiche stabilendo che colui che gestisce l'impianto produttivo non potrà mai essere considerato consumatore bensì sarà un professionista al servizio dell'autoconsumatore”. In argomento v. anche MAUGERI, «Smart contracts», «smart grids» e «smart meters»: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/«prosumer», in *Studi senesi*, 2020, 85 ss.; MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing». Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42-bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 630 ss.; CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1185 ss.

Sorgono, difatti, forti difficoltà qualora si tenti di applicare il criterio della specialità al fine di risolvere le antinomie fra Codice del consumo e discipline che, in base ad altre logiche sistematizzanti, sembrano segmenti indipendenti, i quali vanno però collegati in una dimensione giuridica più ampia e complessa.

Ogni nuova definizione, tuttavia, sembra richiamare, per utilizzare la bella immagine offerta da un'attenta autrice, “*un sasso gettato con crescente vigore nell'acqua di uno stagno*”¹². Si determina, difatti, il dilatarsi del perimetro dei cerchi che, però, vengono ad aggiungersi l'uno all'altro, ma che, in quanto concentrici, impongono, comunque, di non ignorare del tutto la centralità del consumatore nel dilatarsi di una figura la quale si amplia, pur non travolgendo la primitiva configurazione.

Si impone, pertanto, la ricerca di criteri idonei ad individuare correttamente i rapporti tra le diverse discipline.

Per quanto riguarda il tema della libertà di scelta del consumatore, nelle sue diverse accezioni, e che in questa sede maggiormente interessa, va notato che esso si pone con riferimento ad una ulteriore moltiplicazione: quella determinata dal poliformismo degli obblighi informativi.

Gli obblighi informativi costituiscono uno dei pilastri, ma non certamente l'unico, sul quale si basa la consapevolezza. Tali obblighi si caratterizzano in diversi modi, assumono connotati diversi ed una diversa rilevanza con riferimento a specifiche attività di consumo, risulta tuttavia innegabile che essi mirano al medesimo risultato¹³.

Frammentazione e riagggregazione che segnano la nozione di consumatore e la sua consapevolezza riaffiorano, quindi, anche per quanto riguarda il modo di intendere il consumatore medio, dovendo tenere conto del punto nodale dal quale muove ogni ragionamento al riguardo: si guarda, difatti, alla necessaria consapevolezza che deve assistere le scelte di consumo e coinvolge, già a monte, la figura del consumatore medio, che tutte queste figure dovrebbe ricomprendere¹⁴.

Tornando al caso posto alla base dell'ordinanza del Consiglio di Stato sopra richiamata, che si riferisce ai clienti di una finanziaria con riferimento ad una ipotesi di ven-

¹² ROSSI CARLEO, *Il turista - viaggiatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 639.

¹³ Il tema trascende queste brevi notazioni, seppure ne costituisce una necessaria premessa proprio per guardare al concorrere delle discipline, come peraltro accenneremo ancora in seguito, utile per un inquadramento appare un primo rinvio a ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023, 254 ss.

¹⁴ In una interessante prospettiva attenta al consumatore e alle nuove vulnerabilità che, in una visione trasversale, arriva a superare la categoria uniforme del consumatore medio, spostando l'attenzione “*sulle modalità con cui uno Stato responsabile deve operare per andare incontro ai bisogni derivanti dalla dipendenza inevitabile e derivativa degli individui*” e che rinviene “*nella tecnologia il perno da cui muovere per tornare ad una unità di sistema*”, v. RABITTI, BASSAN, *Il consumatore e le nuove vulnerabilità*, Introduzione a “*Il consumatore vulnerabile fra innovazione e diritti fondamentali*”, *Consumerism 2022*, Quindicesimo rapporto annuale a cura dell'Università degli Studi “Roma Tre”; la versione integrale del Rapporto è consultabile su <https://www.consumersforum.it/iniziative/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html>.

dita abbinata di prodotti, viene subito in rilievo che esso si caratterizza per il concorrere di due differenti discipline legislative che debbono trovare applicazione: quella relativa ai prodotti assicurativi, il cui riferimento va nello specifico al disposto di cui all'art. 120 *quinquies* cod. ass. ("Vendita abbinata"), come introdotto dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 di "Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa" e quella relativa alle pratiche commerciali scorrette introdotta dalla dir. 2005/29/UE e recepita dal Codice del consumo negli artt. 18 ss. cod. cons.¹⁵.

In effetti è a questa disciplina, per così dire trasversale, alla quale sembra doversi raccordare la disciplina assicurativa.

Essa, peraltro, nel valorizzare la consapevolezza delle scelte, sembra aver recepito anche a livello normativo il superamento della concezione «paternalistica»¹⁶ che spesso ha accompagnato la disciplina dei contratti del consumatore, potenziando il ruolo «sovvrano» del consumatore¹⁷ e, soprattutto, andando oltre l'atto in senso stretto¹⁸ e mirando ad una dimensione più ampia¹⁹, rispetto a quella dei nostri tradizionali concetti giuridici²⁰.

Determinante appare segnalare al riguardo come questa disciplina abbia aperto ad una nuova considerazione dei processi decisionali dei consumatori²¹, tenendo già conto delle aperture che devono contrassegnare la figura del consumatore medio. Difatti con

¹⁵ Sul punto si veda MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in Banca borsa tit. cred., 2011, 334 ss.; Id., *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, ivi, 2012, 576 ss.; GENOVESE, RANIELI, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, 2021, 531 ss., spec. 560 ss.

¹⁶ BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in ROSSI CARLEO, MINERVINI (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 322.

¹⁷ BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 262.

¹⁸ Ad esempio, il concetto di comportamento esercitato in modo scorretto può condurre a ledere interessi rilevanti per il diritto (IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 1055). Nella tradizionale dogmatica italiana si rimanda all'importante opera di FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 203 ss., il quale ricorda che la disciplina dei comportamenti può concernere i diversi aspetti "senza dover necessariamente potersi totalmente risolvere nelle classiche categorie dell'atto e del diritto soggettivo".

¹⁹ Discorre espressamente di passaggio "dall'atto all'attività", ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in Eur. dir. priv., 2010, 703. In modo simile anche ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in Contr. impr., 2011, 922. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato 26 settembre 2011, n. 5368, in Foro amm., I, 2011, 2886 ss.

²⁰ TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, 17-18.

²¹ CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale, Napoli, 2011, 123.

l'art. 20 cod. cons. il legislatore stabilisce che: “2. *Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.* 3. *Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo*”²².

Non può, quindi, revocarsi in dubbio che, seppure non solo, di certo la scorrettezza si pone come contraltare alle regole che mirano a conformare il mercato prescrivendo comportamenti adeguati e che trovano un aspetto fondamentale nella prevenzione.

Da questa angolazione occorre guardare alla centralità della consapevolezza sulla quale si incentra la scelta che accompagna l'atto di consumo. In questa prospettiva balza evidente il profilo della manipolazione delle informazioni offerte al consumatore che possono influenzare le scelte di consumo di quest'ultimo, tenendo conto che occorre a tale riguardo considerare non solo la debolezza del consumatore, ma anche la sua eventuale vulnerabilità²³.

3. Trasparenza contrattuale e condizionamento psicologico del consumatore

Al pari che in altre discipline che tecnicamente e in modo ampio possiamo definire di carattere finanziario, il tema delle pratiche commerciali scorrette in ambito assicurativo si lega certamente all'ambito della trasparenza contrattuale intesa nel senso più ampio, cioè con riferimento alla sua prospettiva “relazionale”, intesa, quindi, nel duplice

²² In particolare, in presenza di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili alla pratica o al bene o servizio cui essa si riferisce chiaramente individuabile (nella sua identità e nei fattori che ne determinano la debolezza) e sempre che il professionista possa ragionevolmente prevedere che la pratica commerciale cui fa ricorso per le sue caratteristiche o per la natura del bene o servizio che ne costituisce oggetto sia idonea ad influenzare in misura apprezzabile le decisioni delle persone suscettibili di essere ricomprese nel gruppo in questione, l'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico dei consumatori ai fini di una sua possibile qualificazione in termini di scorrettezza deve essere appurata ponendosi nell'ottica del membro medio del gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili, nonostante la pratica si rivolga alla generalità dei consumatori e non soltanto alle persone appartenenti a tale gruppo.

²³ Ancora una volta appare importante il rinvio al Rapporto del *Consumers Forum* precedentemente citato alla nota 14.

senso di correttezza nell'attività con specifica attenzione al mercato nel suo complesso²⁴ e correttezza nel singolo rapporto contrattuale²⁵.

Le innumerevoli prescrizioni normative di stampo europeo che prevedono forti obblighi formali ed informativi²⁶ tesi a realizzare una piena esplicazione della libertà di scelta del singolo²⁷, trovano la loro fonte di legittimazione nella figura del consumatore medio²⁸, inteso come l'archetipo del soggetto razionale²⁹.

Sembrirebbe, pertanto, che la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette e quella specialistica in materia di vendita di prodotti assicurativi "abbinati" possano trovare un punto in comune.

Nello specifico la vendita di un prodotto "abbinato" può certamente essere intesa come una *species* del più ampio *genus* relativo alle pratiche commerciali scorrette, comprensiva di tutte quelle condotte, poste in essere da un contraente asseritamente privilegiato sul piano dell'informazione³⁰ e della forza contrattuale³¹ e finalizzate, generica-

²⁴ Imprescindibile è l'attenzione che occorre porre, anche per superare quello che appare il mito della razionalità economica, all'aspetto delle "dinamiche irrazionali del mercato", rinviando a GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 37 ss.

²⁵ CAPOBIANCO, *Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Dir. merc. ass.*, 2018, 16.

²⁶ Sul punto la bibliografia è sterminata, in luogo di tanti, si rimanda compiutamente a PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 7, il quale osserva che "le norme sulla trasparenza lungi dal dettare dei requisiti di struttura della fattispecie, pongono in realtà il diverso problema di una sufficiente 'adeguatezza', tale perché per lo più parametrata ai comuni canoni dell'ordinaria conoscenza, nella formulazione e stesura di tutte le clausole contrattuali unilateralmente predisposte. [...] Di talché, per il tramite della trasparenza, quel che si contestualizza è anzitutto un problema di sciente pienezza del consenso prestato (dal consumatore) e non di qualità intrinseca del documento contrattuale. La trasparenza, nel lessico del legislatore europeo, evoca infatti (pur se non solo) una questione di formarsi responsabile della volontà in seno al contratto standard, non un requisito di forma [...] la trasparenza di un testo contrattuale, valore mezzo e non fine, illumina l'an ed il quantum dell'accordo, mentre la forma non ha nulla a che spartire con la consapevolezza che il consumatore abbia dei propri diritti contrattuali. La forma, infatti, o c'è o manca".

²⁷ Spunti interessanti si trovano in ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, 873 ss.

²⁸ Una "meta-figura" per PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato"*, Pisa, 2021, 163; una figura "inesistente" nella realtà secondo MINERVINI, *Informazione e contratti dei consumatori*, in TESCIONE, SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoreponsabilità*, Napoli, 2008, 138.

²⁹ DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi Urbinati*, 2014, 245.

³⁰ Sulla progressiva emersione della tutela della posizione del destinatario dell'informazione nei differenti piani del diritto all'informazione e degli obblighi di comunicazione delle informazioni nei rapporti contrattuali, che tuttavia "presentano significativi punti di contatto", v. CUFFARO, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, 22. Sulla dimensione meta-individuale della comunicazione nell'ambito delle politiche di marketing si veda ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, 5 ss.

³¹ Sul punto, in luogo di tanti, si rimanda agli studi di ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, il quale, nei diversi contributi ivi raccolti, delinea i tratti distintivi, sul piano concettuale, nor-

mente, all’ottenimento di un vantaggio in modo ingiustificato a scapito della controparte “debole” che spesso, peraltro, viene rappresentata in soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche³².

Di conseguenza il rischio concreto è quello di condizionare la scelta economica del consumatore alterandone la capacità di orientarla in modo consapevole oppure limitandola attraverso pressioni o condizionamenti psicologici³³, attraverso il vantaggio persuasivo che deriva dall’aspettativa del consumatore in ordine all’esito della pratica di finanziamento³⁴.

La complessità tecnica della contrattazione finanziaria/assicurativa, divenuta sempre più accentuata nel corso del tempo³⁵, ha fatto sì che spesso il consumatore si trovi in una situazione particolarmente svantaggiata rispetto al professionista che è in grado, non solo di predisporre il testo contrattuale, ma anche di conformare unilateralmente anche “*le stesse utilità che, in ipotesi, quel rapporto è in grado di procurare al cliente*”³⁶.

mativo e rimediabile, della categoria del contratto asimmetrico: v., in particolare, ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, 2005, 65 ss. e spec. 85 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, ivi, 91 ss. e spec. 102 ss.; ID.; *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

³² Tale aspetto è plasticamente delineato in numerosi provvedimenti dell’Agcm: tra gli altri si vedano Prov. n. 28159 (Unicredit – Vendita abbinata ai mutui), in Boll. n. 11 del 18 febbraio 2020; Prov. n. 20883 (Crefin Money – Pubblicità finanziamenti), in Boll. n. 10 del 10 marzo 2010; Prov. n. 20005 (Ambrosiana Finanziamenti), in Boll. n. 26 del 25 giugno 2009; Prov. n. 18723 (Gruppo Cerruti Multiservice – Costi finanziamento), in Boll. n. 31 del 7 agosto 2008, tutti consultabili in *www.agcm.it*.

³³ Come evidenziato in particolare da GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 39.

³⁴ GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato*, in MELI, MARANO (a cura di), *Le tutele del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 54. Sul contenuto e i limiti della verifica del merito creditizio si rimanda, tra gli altri, a SANTAGATA, *La concessione abusiva del credito*, Torino, 2020, 41 ss., spec. 62-66.

³⁵ Sul punto v. CIAN, *L’informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in GABRIELLI, LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2011, 213.

³⁶ Così NERVI, *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri nell’esperienza italiana*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 294. Sul punto si veda anche PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, 1298, il quale osserva che l’esigenza di trasparenza si lega necessariamente alla predisposizione unilaterale del contratto.

Il moltiplicarsi di svariate normative settoriali³⁷ volte ad aumentare le informazioni da offrire ai consumatori³⁸ non sembra aver soddisfatto le esigenze di tutela degli stessi³⁹: l'aumento quantitativo delle informazioni (specialmente con una informazione eccessivamente standardizzata⁴⁰), difatti, rischia di aumentare la confusione del consumatore/cliente⁴¹, in particolare nel settore finanziario-assicurativo⁴².

L'informazione che difetta di chiarezza⁴³ può, di conseguenza, determinare una riduzione delle conoscenze utilizzabili⁴⁴. Oltre al modo, rileva il quanto: un eccesso di

³⁷ CUFFARO, *Gli obblighi di informazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 546, parla espressamente di “*miriade di obblighi informativi*” previsti dalle varie norme in materia di tutela del consumatore.

³⁸ Sul punto, da tempo e tra gli altri, v. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 349 ss.

³⁹ Il dato sembra acquisito dalla dottrina più attenta: tra gli altri v. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 357; DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in DI RAIMO, GENTILI (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016, 345; BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 165. Con riferimento specifico all'economia comportamentale si rimanda a ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in ROJAS ELGUETA, VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 13 ss.

⁴⁰ R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 325, ad avviso della quale l'esito è paradossale se si considera che lo scopo dell'informazione specialmente nei servizi finanziari è la formazione di una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto che nella prassi dovrebbe essere un processo concreto ed individuale.

⁴¹ Gli studi sul c.d. “*information overload*” rivelano una questione definita “*per nulla bagatella*” (così PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2011, 791).

⁴² Cfr. Corte Giust. UE, 23 aprile 2015, C-96/14 (in *Contratti*, 2015, 762 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 885 ss., con nota di LANDINI, “*Oggetto oscuro*” e tutela del consumatore), la quale afferma che anche la trasparenza deve essere intesa come comprensione della clausola non solo in chiave lessicale, ma anche di possibile impatto sulla propria sfera economica; Corte Giust. UE, 20 settembre 2017, C-186/16, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 502 ss., con nota di CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*; in *Corr. giur.*, 2018, 745 ss., con nota di ALESSANDRI, *Dalla Corte di Giustizia un test per valutare l'assoggettabilità delle clausole contrattuali al sindacato di abusività*. Per una visione di insieme v. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra “dottrina” delle Corti ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 651 ss.

⁴³ Dovero di chiarezza che deve necessariamente accompagnarsi a quello di comprensibilità, come ha insegnato diversi anni fa un Maestro come Emilio Betti nella sua *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 59-60, secondo cui “*ovunque ci troviamo in presenza di forme sensibili, attraverso le quali un altro spirito, in esse oggettivo, parla al nostro, facendo appello alla nostra intelligenza, ivi entra in movimento la nostra attività interpretativa per intendere quale senso abbiano quelle forme, quale messaggio c'invia, che cosa esse vogliono dire*”. Chiarezza e comprensibilità, pertanto, attengono al momento in cui un soggetto – ricevente – attribuisce ad un significante un significato.

⁴⁴ Da ultimo nell'ambito della giurisprudenza europea, v. Corte Giust. UE, 7 aprile 2022, C-249/21, in *Dejure*.

informazioni, può determinare un’incapacità di selezionare le notizie importanti e produrre un risultato analogo a quello dell’assenza di informazioni⁴⁵.

La tutela si sposta, peraltro, dal piano preventivo a quello successivo, occorre, difatti, ricorrere ai rimedi e dimostrare in concreto che dalla informazione non adeguata sia derivato un reale pregiudizio per il consumatore e/o che essa abbia inciso sul suo consenso, altrimenti il consumatore stesso dovrà essere considerato negligente o quantomeno pigro⁴⁶, non meritevole di una tutela specifica e, di conseguenza, non potrà esperire i rimedi previsti dall’ordinamento⁴⁷.

Di conseguenza, in caso di sua negligenza (magari anche legata a distrazione o superficialità), dovrà escludersi la sussistenza di alcuna conseguenza pregiudizievole suscettibile di essere compensata in via risarcitoria⁴⁸.

Proprio a questo riguardo emerge, quindi, la necessità non solo e non tanto di riguardare i modi idonei a raggiungere la consapevolezza, quanto piuttosto di verificare i criteri che questa consapevolezza sorreggono. In questa prospettiva andrebbe considerato il modo di intendere il consumatore medio.

4. Il superamento della nozione di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina

La questione centrale riguarda, difatti, l’interpretazione della nozione di consumatore medio ex art. 20 cod. cons. ai fini dell’applicazione della disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette⁴⁹.

⁴⁵ Per la convinzione che la quantità di informazioni non è sempre sufficiente a garantire una tutela efficiente del contraente debole, quanto piuttosto risulta necessario che i dati siano predisposti nella maniera più idonea a garantirne l’evidenza e la comprensibilità (CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 792 ss., spec. 795-796).

⁴⁶ Ritiene che il consumatore debba essere protetto dai rischi “di oscurità e ambiguità, non dalla pigrizia o dalla ingenuità”, GENTILI, *Senso e consenso*, II, Torino, 2015, 635.

⁴⁷ Per una riflessione più generale si vedano le pagine di TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, II, Milano, 2014, 1387 ss.

⁴⁸ Di qui la difficile distinzione in concreto tra il consumatore “ingenuo” e quello “prudente”, v. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 8-9.

⁴⁹ Da notare come l’espressione “consumatore medio”, priva di una sua definizione, sia comunemente utilizzata nei testi normativi europei: si veda da ultimo il Reg. UE 19 ottobre 2022, n. 2065 (c.d. *Digital Services Act*), il cui art. 6, co. 3 (“*Memorizzazione di informazioni*”) recita “*Il paragrafo 1 non si applica in relazione alla responsabilità prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori per le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, qualora tali piattaforme online presentino informazioni specifiche o rendano altrimenti possibile l’operazione specifica in questione in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell’operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo*”.

Il Consiglio di Stato nella decisione sopra richiamata⁵⁰ chiede alla Corte di Giustizia UE se la nozione in questione “*non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza e di conseguenza rimandi non solo alla nozione classica dell’*homo oeconomicus* ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni ‘irragionevoli’ se paramtrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi*”, soffermandosi diffusamente sul tema e dimostrando, come appaia ormai imprescindibile la necessità di tener conto dell’evoluzione degli studi della c.d. economia comportamentale, la quale, giova ribadirlo, è stata anche recepita dal legislatore in alcuni recenti provvedimenti, entrando così nel sistema che va considerato nella sua complessità⁵¹.

Uno dei molti meriti della ordinanza si rinviene proprio nella presa di coscienza da parte della giurisprudenza di un dibattito molto alto che da tempo, e non solo in Europa, è sempre più intenso e che pone in discussione il tema della valenza della nozione di consumatore medio nell’ambito di un settore ritenuto, per eccellenza, “*Law in a Changing Society*”⁵².

Non può essere questa la sede per affrontare compiutamente un tema così complesso ma può giovare svolgere alcune considerazioni utili ad inquadrare meglio la questione, sia pure con uno sguardo maggiormente rivolto al passato, passato che non sembra po-

⁵⁰ Vedi nota 1.

⁵¹ L’ordinanza di Consiglio di Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, cit. (30), ricorda anche la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2018, recante “*Approvazione della Guida all’analisi e alla verifica dell’impatto della regolamentazione, in attuazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2017, n. 169*”, in cui al punto 5.3, Scheda 1 si legge testualmente che “*Già da diversi anni gli studi di psicologia cognitiva hanno messo in evidenza i forti limiti delle ipotesi di razionalità su cui poggiano i modelli economici tradizionali. Anche grazie ai passi avanti fatti e alle evidenze messe a disposizione dalle scienze cognitive, è possibile affermare che esistono due diversi sistemi cognitivi che governano i comportamenti umani: quello deliberativo, che è più razionale e analitico, ma anche più lento; e quello intuitivo, più veloce, spesso irrazionale e basato su scelte istintive. I due sistemi non solo convivono, ma interagiscono nel corso della definizione di scelte che, sulla base delle convinzioni prevalenti, dovrebbero rispondere solo a motivazioni razionali. Succede, quindi, che in decisioni di consumo e investimento, e specialmente in quelle molto rilevanti, gli individui siano influenzati in modo dirimente da fattori anche non razionali, comportandosi in modo a volte incoerente rispetto a quanto previsto dalle tradizionali ipotesi di massimizzazione dell’utilità e del profitto. Le persone ricorrono frequentemente a regole euristiche che consentono di semplificare i processi decisionali e di effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie. Ciò, tuttavia, può determinare errori cognitivi e scelte che, in ultima analisi, riducono il benessere*”.

⁵² Come rileva, soffermandosi proprio sulla possibilità di superare una concezione del consumatore medio basata esclusivamente sull’*homo oeconomicus*, MRABITTI, *Il diritto dei consumatori*, in LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 339 ss., spec. 349-351.

tersi e doversi ignorare nell’ambito di un dibattito su di un tema che appare sempre più in voga: il consumatore irrazionale.

La figura del consumatore medio è stata fino ad ora tipizzata prendendo a modello un soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto (ma non specializzato)⁵³, che, valutate tutte le circostanze del caso, si aspetterebbe un determinato comportamento da parte del professionista⁵⁴.

Il consumatore medio si caratterizza, pertanto, per essere una figura *per relationem*, cioè legata alla condizione specifica che caratterizza il consumatore rispetto alla singola operazione e al contesto situazionale⁵⁵.

Tale parametro di matrice oggettiva potrebbe indurre a ricordare la figura del “buon padre di famiglia” di tradizione codicistica⁵⁶, almeno sotto il profilo del grado di cautela che egli utilizza per rapportarsi al mercato di riferimento quando effettua una scelta di consumo⁵⁷, anche se resta sempre la necessità di operare un bilanciamento fra una scelta che possa realmente definirsi consapevole e il grado di autoresponsabilità che comunque il consumatore deve assumersi.

L’adozione come paradigma di riferimento della nozione di consumatore del c.d. “*homo oeconomicus*”, inteso come modello di attore razionale, è divenuto negli anni “*fonte*

⁵³ ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 688. Per molti si rinvia, tra gli altri, a TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, 775; ZORZI GALGANO, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, 449; CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 408; GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 5.

⁵⁴ Critica già sul punto ADDIS, *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivo e questioni irrisolte*, in ROSSI CARLEO, MINERVINI (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 72, la quale ritiene il concetto di consumatore medio “desueto” poiché non considera che gli strumenti del *marketing* più moderno consentono di individuare e definire pratiche sempre più mirate non alla classe indistinta di consumatori ma ai soggetti sempre meglio individuati.

⁵⁵ Così S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, cit., 7. Sul punto si veda anche S. MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovraindebitato/esdebitato*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 611 ss.

⁵⁶ Figura che, secondo l’insegnamento di un Maestro del diritto civile, “*costituisce il metro dell’attività diretta alla tutela o realizzazione di interessi altrui, cosicché è insita in essa l’idea di una speciale sollecitudine che deve guidare l’obbligato nella sua attività*” (così GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968, 597; con più ampio riferimento alla teoria soggettivistica della responsabilità da inadempimento contrattuale v. ID., *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist. 1975, 188 ss.).

⁵⁷ Sulla nozione di diligenza professionale e sui rapporti tra diligenza, correttezza e buona fede v. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1117 ss.; sul punto v. anche DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, Ann., Milano, 2012, 1086 ss.

di produzione di regole giuridiche implicite”⁵⁸, anche per quanto riguarda le pratiche commerciali scorrette.

Il perimetro dei confini del modello di “consumatore medio” sul quale viene valutata la correttezza delle tecniche di *marketing* è stato conformato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE⁵⁹ che, in più occasioni, si è dimostrata fortemente legata alla nozione di “*homo oeconomicus*”, prescindendo dal contributo delle scienze comportamentali⁶⁰.

Ciò malgrado da diversi anni parte della letteratura economica ha sostenuto che il comportamento del consumatore sia volto a massimizzare il proprio benessere individuale e sia in qualche modo basato su elementi impulsivi ed emotivi⁶¹ e che la scelta di consumo sia pressoché sempre una scelta limitata nei propri processi cognitivi e decisionali e, pertanto, irrazionale negli esiti⁶².

D'altronde, come già osservato da autorevole dottrina, lo stesso mercato “*non è soltanto offerta di beni, ma pure offerta di dati suggestivi, emotivi, conoscitivi*”⁶³.

Anche nell'ambito della dottrina giuridica si è preso atto della necessità di sottoporre a revisione critica il modello tradizionale di agente dell'economia neoclassica che si basa su “*un sistema di mercati interdipendenti, e indipendenti da regolamentazioni esterne*”⁶⁴.

La riflessione, pertanto, si è spostata sugli aspetti giuridici della psicologia della decisione⁶⁵ e su di un diverso modello di “*homo heuristicus*”⁶⁶ da considerare alla base della

⁵⁸ Così ZOPPINI, voce *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. Dir., I Tematici*, Milano, 2022, 316, il quale aggiunge che quanto già sostenuto produce delle conseguenze sia sul piano del diritto privato generale che per quanto concerne il diritto privato regolatorio.

⁵⁹ Tra le altre v. già Corte Giust. UE, 6 luglio 1995, C-470/93; Corte Giust. UE, 16 luglio 1998, C-210/96.

⁶⁰ Fa eccezione la pronuncia “Tekanne” (Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-195/14), seppur con riferimento al differente settore dell'etichettatura dei prodotti alimentari. Il caso posto alla base della pronuncia riguardava un infuso che, recando in etichetta il riferimento grafico al lampone ed alla vaniglia, riportava nell'elenco ingredienti solo la presenza di aromi della frutta. La Corte ha ritenuto corretta la possibile valutazione di ingannevolezza del *packaging* che avrebbe potuto indurre un “consumatore medio” a ritenere presente la frutta tal quale anziché i semplici aromi. Sul punto, per un più dettagliato commento, si vedano GONZALEZ VAQUÈ, *El TJUE confirma y precisa su jurisprudencia sobre la eficacia informativa de la lista de ingredientes: la sentencia “Teekanne” de 4 de junio de 2015*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 43 ss.

⁶¹ ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 208.

⁶² Sintetizza così perfettamente ZOPPINI, voce *Contratto ed economia comportamentale*, cit., 314.

⁶³ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 73.

⁶⁴ Così GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., 81, nota 13. Nella dottrina economica, per tutti, v. MARENGO, PASQUALI, *Il mercato, l'impresa e il primato della conoscenza*, in VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, Milano, 2005, 53 ss.

⁶⁵ Sul punto v. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, trad. it. di Barile, Torino, 2018.

⁶⁶ TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012.

nozione di consumatore medio⁶⁷ che ricorda un paradigma di scelta che si caratterizza anche per delle “*scorciatoie mentali che semplificano le scelte individuali, rivelandosi, al contempo, foriere di mispercezioni suscettibili di comprometterne gli esiti*”⁶⁸.

Con l’espressione “razionalità limitata”⁶⁹ si vuole intendere il fatto che la capacità decisionale degli esseri umani risente dei limiti delle capacità cognitive di chi deve prendere la decisione rispetto al numero di stimoli ricevuti, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute⁷⁰.

La “razionalità limitata” stimolerebbe delle “distorsioni” nelle decisioni di scelta⁷¹.

Diversi studi hanno dimostrato che le scelte degli individui possono essere significativamente influenzate dal modo in cui un determinato problema viene loro esposto o dal modo in cui sono loro presentate una serie di alternative (c.d. *framing effect*). In sostanza le persone tendono a sottovalutare le conseguenze negative di azioni che producono un effetto positivo nell’immediato (c.d. *present bias*); inoltre nel raccogliere e se-

⁶⁷ Sul ruolo svolto dal «*principio della razionalità comportamentale del consumatore*» v. ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 355, che ne evidenzia la centralità dinanzi all’alternativa fra una tutela del contraente debole affidata agli obblighi informativi ovvero all’efficienza del mercato; sul punto v. anche PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L’intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in MASINI (a cura di), *Lo scaffale dell’inganno*, Milano, 2021, 99 ss.

⁶⁸ Così BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali “generalmente ammesse”*, in *Pers. merc.*, 2021, 803.

⁶⁹ Tale sintagma si deve a SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, 257.

⁷⁰ Si vedano, tra gli altri, ad esempio DENOZZA, ID., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, I, 1 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 13 s.; 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; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell’uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, III, 497 ss.; 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; BATELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, IV, 579 ss.; ID., *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 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, 493 ss.; NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 22-24; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 207-208; ID., *Le domande che ci propone l’economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, cit., 13 ss.; ID., voce *Contratto ed economia comportamentale*, cit., 316 ss.

⁷¹ THALER, SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, 5 ss.

lezionare informazioni, l'individuo tende a prediligere quella che conferma le proprie ipotesi di partenza, piuttosto che quella che possa minarle (c.d. *bias* della conferma)⁷².

Ciò dimostrerebbe l'insufficienza e forse anche l'inadeguatezza di una nozione legislativa rigida come quella di consumatore⁷³ che non sembra più adeguata all'evoluzione delle tecniche commerciali e forse necessita, più che di un *restyling*⁷⁴, di una vera e propria rimediazione, come dimostra, più in generale, la crescente attenzione rivolta al consumatore vulnerabile.

5. Brevi note sulle possibili ricadute operative

Si possono svolgere, a questo punto, alcune riflessioni conclusive.

L'ordinanza del Consiglio di Stato più volte richiamata certamente merita apprezzamento per aver sollevato un problema di cui si discute oramai da tempo e che necessita di un chiarimento definitivo da parte della Corte UE.

A questo punto, in conclusione, viene naturale chiedersi quali saranno le sorti del consumatore medio.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, come si è visto, ha svolto nel corso degli anni un ruolo importante nel definire e interpretare la nozione di "consumatore medio" nel contesto della legislazione europea sulla tutela dei consumatori.

Le decisioni della Corte hanno chiarito che la nozione di consumatore medio non deve essere vista come un'entità astratta, ma piuttosto come una figura che rappresenta una media ragionevole dei comportamenti, degli interessi e delle aspettative dei consumatori effettivi; ciò, tuttavia, sulla base del paradigma classico dell'*homo oeconomicus*⁷⁵.

⁷² Per tutti si rimanda agli studi di SIMON, *Models of bounded rationality*, Cambridge, 1982; KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, *Judgement under uncertainty: heuristic and biases*, New York, 1982.

⁷³ Sul punto sia consentito il rinvio a TRUBIANI, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 133 ss. ed in CATRICALÀ, PIGNALOSA (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, 11 ss.

⁷⁴ INTRAVALIA, *Il restyling della nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 385 ss.

⁷⁵ Connesso ma differente è, invece, il tema della vulnerabilità del consumatore che trova un riferimento normativo espresso nel considerando n. 18 della dir. 2005/29/UE sulle pratiche commerciali sleali: lo stesso prevede, infatti, che accanto al parametro del consumatore medio desumibile dalla giurisprudenza della Corte è necessario introdurre disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultino particolarmente vulnerabili, con ciò facendo riferimento alla individuazione di specifiche categorie "target" per le quali la tutela ordinaria non risulti adeguata.

L'art. 5 par. 3 della direttiva stabilisce che "le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo (...)". Sul punto, per tutti, v. BATTELLI, *Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità*, in CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella*

L'ipotesi che si prende in considerazione è, invece, quella di una apertura da parte della Corte di Giustizia UE nei confronti degli studi dell'economia comportamentale.

Se la Corte, difatti, dovesse sposare la prospettiva che sembra offrire l'ordinanza del Consiglio di Stato, certamente vi potrà essere una rinnovata lettura sistematica che sarà volta a riempire di nuovi contenuti la figura del consumatore medio prestando attenzione alle dinamiche comportamentali⁷⁶ e adeguandolo alle moderne esigenze di un mercato in cui le scienze cognitive ed il *neuromarketing* trovano sempre più applicazione⁷⁷. Come necessario corollario sarà certamente considerata scorretta la pratica commerciale dell'incorniciamento (c.d. *framing*).

In questo modo la Corte di Giustizia UE potrebbe confermare la sua funzione “creatrice” del diritto⁷⁸ come spesso accade nell'ambito del diritto dei consumi⁷⁹, nella dichiarata ottica⁸⁰ del rispetto del principio di effettività⁸¹.

disciplina comune e nei mercati regolamentati, Napoli, 2022, 35 ss., spec. 53 ss.; ID., *Un contributo alla riflessione delle situazioni di vulnerabilità e di debolezza contrattuale nella prospettiva dei limiti dell'autonomia privata*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, 97 ss.

⁷⁶ Favorevoli al dialogo con le altre discipline tra cui le scienze comportamentali, GRUNDMANN, HACKER, *Theory of Choice and the Law - An Introduction*, in GRUNDMANN, HACKER (a cura di), *Theories of Choice: The Social Science and the Law of Decision Making*, Oxford, 2021, 3-4.

⁷⁷ Il *neuromarketing* viene utilizzato per studiare le risposte che si attivano a livello cerebrale nel momento in cui un potenziale cliente viene esposto a stimoli sensoriali quali, ad es., una pubblicità o l'esposizione di un *brand* (per un ampio inquadramento del fenomeno si rimanda a CARRUBBO, MENDOLA, *Le scelte “inconsapevoli” nelle nuove dinamiche d'acquisto. Il neuromarketing e la tutela del consumatore-follower*, Padova, 2022).

⁷⁸ Così RABITTI, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Pers. merc.*, 2018, 220 ss., la quale evidenzia sottolineare la natura ibrida di tale organo giurisdizionale, osservando che esso “*si distacca dalla logica del “giudice e le leggi e si muove in una dimensione più vicina al giudice di Common Law, connotata da una discrezionalità tale nelle scelte su come dare contenuto al diritto dell'UE che, quando interpreta, innova a tal punto il diritto da crearlo, stabilendo, contestualmente, di volta in volta, quale è il bene dell'UE e piegando ad esso i diritti nazionali*”.

⁷⁹ Basti pensare (come ricordato da RABITTI, *op. ult. cit.*, 230-231), ad esempio all'attività della Corte di Giustizia UE in materia di diritto processuale dei consumatori. La giurisprudenza europea si è reso necessario proprio per la mancanza di un meccanismo istituzionale di armonizzazione in materia processuale. Sul punto v. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 806 ss.

⁸⁰ Si vedano ad esempio Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-497/13, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10 ss., con nota di F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*; Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, in *Dejure*. Più di recente si veda Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, in *Judicium*, 2022, con nota di D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non oposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022: in attesa delle Sezioni Unite*.

⁸¹ Sul punto il riferimento va agli studi di Giuseppe Vettori: si veda, per tutti, VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

Tuttavia sembra avvertirsi sempre di più, anche in questo specifico settore, la esigenza di certezza e calcolabilità del diritto⁸²: un mercato efficiente, specialmente nell'ottica della sempre maggiore evoluzione tecnologica⁸³ che spinge ad un sistema di commercio, legato alle grandi piattaforme digitali, più rapido e al contempo insidioso, in cui sono chiare e precise, anzitutto, le nozioni legislative relative ai soggetti giuridici e, di conseguenza, i confini legittimi delle azioni consentite agli operatori economici rappresenta, senza dubbio, la prima forma di tutela del consumatore⁸⁴.

Il rischio che si paventa è quello di un possibile ritorno in forma attenuata di un paternalismo consumeristico aggiornato ai tempi odierni⁸⁵ con il connesso rischio di compressione dell'autonomia privata su cui si basa il corretto funzionamento del mercato unico europeo⁸⁶; si tratterà, pertanto, di trovare un bilanciamento adeguato tra le diverse istanze in gioco fissando un punto di equilibrio tra la concorrenzialità del mercato e la tutela del consumatore⁸⁷, magari tornando a riflettere sull'educazione al consumo ex artt. 2, lett. d e 4 cod. cons., come diritto fondamentale del consumatore⁸⁸ e, ancor pri-

⁸² Il riferimento ovviamente va a IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

⁸³ Si vedano ad es. i sistemi di intelligenza artificiale di riconoscimento delle emozioni, cioè sistemi *software* finalizzati all'identificazione o alla deduzione di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici. Un interessante riferimento normativo si coglie nella Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle pratiche di intelligenza artificiale COM(2021) 206 final agli artt. 3, punto 34 e 52, par. 1. Sul punto si rimanda a ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, 347 ss.

⁸⁴ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 701, parla espressamente del consumatore come "figura che non deve essere tutelata ma rispettata, quale parte di un mercato regolamentato in modo da consentirgli non solo di agire liberamente come 'cives' o meglio, come 'persona', ma altresì di assurgere ad un rilievo macroeconomico, divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda".

⁸⁵ Segnala correttamente BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 427 ss., che vi sia il concreto rischio di una "degenerazione ermeneutica e dogmatica" nel settore delle pratiche aggressive ed evidenzia il "timore (...) che la prevalenza del dato empirico, quello che recupera attraverso i fatti concreti la rilevanza delle percezioni psicologiche individuali, ancorché elaborate con metodo statistico, consolidi una dogmatica nostalgica che accompagni la disciplina di protezione del consumatore sulla strada del ritorno al consumatore debole per struttura (status)".

⁸⁶ Sul punto, tra gli altri e con diverse sfumature, si vedano LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016, 30 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1275 ss. ed in MAZZAMUTO, NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 73 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 184 ss.; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 201 ss.

⁸⁷ In argomento si rimanda alle pagine di IRTI, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 475 ss.

⁸⁸ Sul punto v. ROSSI CARLEO, *sub art. 4 - Educazione del consumatore*, in ALPA ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 14 ss. Sui diritti fondamentali del consumatore si veda, per tutti, ALPA, *I diritti dei consumatori e il codice del consumo nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 3 ss.

ma, sul dettato dell’art. 169 TFUE che non pone solo l’informazione come pilastro atto a determinare quel riequilibrio che possa consentire alle parti un effettivo esercizio della autonomia, ma fa riferimento, congiuntamente, ad educazione ed informazione.

Peraltro una riconsiderazione dell’*homo oeconomicus*, dovrebbe anche tener conto che al consumatore, nel quadro della politica europea di crescita solidale e sostenibile, è assegnato un “potere di scelta” che non è più esercitato solo sulla base della convenienza economica, ma anche sulla base di canoni ulteriori e diversi⁸⁹ ed in questo senso una attenzione rivolta alla economia comportamentale, potrebbe aprirci ulteriori nuovi orizzonti.

Di certo, quindi, la futura pronuncia della Corte di Giustizia UE dovrà contribuire a riconcettualizzare la nozione di consumatore medio e potrà farlo secondo i contributi offerti dalle scienze comportamentali, ponendo le basi, anzitutto, per una valutazione dinamica, che possa quanto meno incidere sull’efficacia concreta, degli obblighi informativi che gli operatori economici saranno tenuti ad offrire ai consumatori⁹⁰ e possa, nel contempo, determinare una sorta di *actio finium regundorum* tra le pratiche commerciali lecite e quelle scorrette.

ABSTRACT

Lo scritto, prendendo spunto dall’ordinanza del Consiglio di Stato 10 ottobre 2022 n. 8650, analizza la nozione di consumatore medio come previsto dall’art. 20 del Codice del consumo. Nello specifico si ragiona in ordine al superamento della figura di *homo oeconomicus* come parametro di riferimento della disciplina e al possibile contributo delle scienze comportamentali.

L’autore, inoltre approfondisce le possibili ricadute operative della futura pronuncia della Corte di Giustizia UE ipotizzando che la stessa ponga le basi, anzitutto, per una riconcettualizzazione della nozione di consumatore medio ma anche per una valutazione dinamica che possa incidere sull’efficacia in concreto degli obblighi informativi gravanti sui professionisti nei confronti dei consumatori e che possa chiarire il confine tra le pratiche commerciali corrette e quelle scorrette.

The paper, based on the Council of State ordinance of October 10, 2022, no. 8650, analyzes the notion of the average consumer as provided for in Article 20 of the Italian Consumer

⁸⁹ Ancora una volta senza addentrarci in un tema che richiederebbe una ben ampia riflessione, appare sufficiente, a titolo semplificativo, un richiamo alle c.d. “scelte etiche”, le quali, come si ritiene diffusamente, potrebbero far leva sull’etica quale strumento di *marketing*. Per una riflessione di base sul tema si rimanda alle ormai classiche opere di BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2007; ID., *L’etica in un mondo di consumatori*, Roma-Bari, 2007.

⁹⁰ GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., 62-63; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, 2011, 595 ss.

Code. Specifically, it considers the overcoming of the notion of the homo oeconomicus as a reference parameter for the discipline and the possible contribution of behavioral sciences that could fill the figure of the average consumer with new content.

The author also explores the possible operational implications of the future ruling of the EU Court of Justice, hypothesizing that it will lay the groundwork, first and foremost, for a re-conceptualization of the notion of the average consumer, but also for a dynamic evaluation that can at least affect the concrete effectiveness of the information obligations that sellers will be required to offer to consumers and that may clarify the border between fair & unfair business-to-consumer commercial practices.