

## Regole prescrittive e funzioni descrittive: una stretta di mano necessaria tra diritto e psicologia

Gianluca Sicchiero  
(Professore ordinario di Diritto privato  
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

**Abstract** The law protects the will of the parties from deceit and to this end it can make a contract become void. However, it does not specify how intense the deception must be; it also does not take into account the diversity of people this deception is directed at. The consumer code contains a much more detailed set of rules to protect consumers on a more general level. However, even in this one, there are not tools to distinguish false advertising from legitimate advertising. It is also the case where you might have a misleading advertising even when telling the truth. This is because the law lacks concepts ranging from psychology, such as that of illusory competitive advantage. More generally, there is a need for the lawyer to have assessment tools which belong to psychology, without which they are at risk of not being able to properly assess the phenomena of modern advertising.

Il codice civile presta una scarsa attenzione agli aspetti psicologici delle vicende umane.

L'idea tutta ottocentesca che l'uguaglianza dei soggetti si caratterizzi con una indiscussa capacità di affrontare alla pari ogni sfida della vita, ha infatti relegato in un angolo gli eventi cui si è attribuita rilevanza patologica per il diritto.

Imperante la filosofia del negozio giuridico, della volontà creatrice, come poteva accettarsi – se mai si fosse prospettata, bisogna ammettere – la possibilità che la mente si pieghi agli abbagli della pubblicità o degli irretimenti?

Poche perciò le regole che troviamo e per le quali o si è in presenza di una malattia tale da minare la stessa capacità (dove l'interdizione o l'inabilitazione del soggetto) oppure occorre una capacità ingannatoria talmente intensa da raffigurare un vero raggirio, posto che gli imbrogli che riguardano solo il contenuto del contratto ma non la volontà di concluderlo non giustificano la rimozione dell'atto volitivo ma solo il risarcimento dei danni.

Relazione al convegno *Pratiche commerciali e vantaggi competitivi illusori: un confronto tra discipline giuridiche e psicologiche*, tenutosi il 10 giugno 2016 a Venezia ed organizzato dal Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia e dal Dipartimento di Economia e management dell'Università di Trento.

Già qui si prospettano peraltro le questioni per le quali il convegno si tiene: quando si può parlare di volontà formatasi in modo opposto a quella che altrimenti si sarebbe manifestata, mancando i raggiri?

Se si esaminano le pronunce in materia si scopre anzitutto che sono relativamente rare, come se l'inganno di cui parla il codice non si avverasse quasi mai; si afferma ad esempio che:

*«Le false o omesse indicazioni di fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della sua volontà contrattuale possono comportare l'annullamento del contratto per dolo, nel caso in cui la controparte, qualora fosse stata a conoscenza delle circostanze maliziosamente taciute, non avrebbe concluso il contratto, o possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse».*

Tuttavia si pretende dalla parte ingannata, in definitiva, che non si sia lasciata ingannare: *«salvo che il contraente mendace non provi che la controparte era comunque a conoscenza dei fatti da lui maliziosamente occultati o che avrebbe potuto conoscerli, usando la normale diligenza»* (Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479).

Un caso davvero eclatante della misura dell'inganno rilevante è quello del mediatore, dato che si prospetta la *«truffa contrattuale nel comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell'immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare»* (Cass., 27 marzo 2001, n. 4441).

Sebbene il codice civile taccia, la letteratura ed i giudici sono da tempo d'accordo sul rilievo che anche il silenzio possa dar vita ad un raggio; si tratta del c.d. dolo omissivo: *«la reticenza del contraente si atteggia quale tipico fenomeno di dolo omissivo realizzato in palese violazione del principio generale di buona fede»* (Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779).

Su questa base il giurista si trova spesso ad operare in diverse zone grigie.

Ad esempio come si fa a sapere se, in presenza di determinati raggiri, il contraente avrebbe concluso il contratto ma a condizioni diverse oppure non lo avrebbe concluso affatto?

L'unico che può dirlo è il contraente ingannato e questo impedisce ogni controllo sulla veridicità della sua dichiarazione, salvi casi assolutamente rari ed ignoti alla giurisprudenza in cui il contratto dica in anticipo quale sia il rilievo attribuito alle informazioni che si ricevono.

D'altro canto, quali meccanismi abbiamo per comprendere le diverse condizioni cui avrei concluso il contratto?

In secondo luogo quando si può dire che una dichiarazione sia idonea ad ingannare?

Gli esempi dei manuali non si trovano nelle sentenze; i casi che emergono sono soprattutto di silenzi: non hai detto che il bene aveva difetti; che sull'immobile pendevano cause ecc. ma sono ipotesi talmente eclatanti che non ci aiutano ad una teorizzazione dei requisiti dell'inganno rilevante.

In altre parole nel diritto del codice civile vi è una considerazione asettica delle parti, tutte astrattamente uguali quando invece non lo sono mai; l'attenzione del legislatore pare cioè tutta orientata all'atto come feticcio da salvaguardare, salve le ipotesi così estreme da rendere evidente che volontà formatasi correttamente non vi fu.

In realtà è più facile comprendere le ragioni di questi problemi se si evidenzia che si parla quasi sempre di ipotesi di raggiuri, per così dire, individuali, ovvero quando un contraente inganna un altro, mentre la nostra attenzione oggi è diretta soprattutto ai casi di comportamenti scorretti diretti alla generalità delle persone.

Il codice del 1942 si è infatti rivelato inidoneo a costituire uno strumento di tutela della massa dei consumatori, sia perché all'origine non li considerava soggetti rilevanti dal profilo giuridico, sia perché non si era posto il problema della composizione sociologica dei destinatari della comunicazione.

Ben sappiamo però che è necessario considerare proprio questi indici se vogliamo che la tutela si ponga anche come strumento preventivo di protezione, come meccanismo dissuasore.

A tal fine costituisce dunque un punto di partenza il rilievo che il messaggio pubblicitario è diretto non a quello specifico contraente di quell'unico contratto, ma ad una massa di soggetti la cui composizione è assolutamente eterogenea: dal ragazzino alla persona anziana; dal plurilaureato a chi magari sia analfabeta di ritorno.

I giudici non sembrano porsi così il problema perché ritengono talora che, in generale, sia «*sufficiente che si tratti di una prassi e che questa sia rivolta in incertam personam, sicché l'elemento materiale della pratica commerciale scorretta può estrinsecarsi anche in condotte che nei fatti poi risultano soggettivamente identificabili, senza necessità che la stessa debba dirigersi, numericamente, contro una consistente percentuale di consumatori, o clienti, dell'impresa*» (Cons. Stato, 7 settembre 2012, n. 4753).

Questa indicazione, che in gran parte condivido, non mi convince però del tutto: è ingannevole o comunque illecito il messaggio pubblicitario che dica che un certo prodotto ci "mette le ali", nel senso che qualcuno possa lamentare che invece le ali non gli sono cresciute?

Certamente no, ma in realtà è il grado di comprensione del soggetto destinatario del messaggio che può comportare una tutela "al rialzo" rispetto alla protezione da accordarsi ad altre fasce di età.

Ad esempio un tempo erano frequenti le pubblicità televisive in cui i giocattoli per i bambini si muovevano da soli, volavano, trottavano come se fossero animati: un adulto nemmeno si poneva il problema che ciò fosse finto; un bambino di pochi anni invece ci credeva ed è probabilmente

proprio per questo che tali pubblicità sono da tempo scomparse.

Quindi non penso che si possa valutare della bontà del messaggio dicendo che è rivolto alla generalità delle persone senza alcuna ulteriore distinzione, perché davvero non sempre il messaggio merita censura.

In tal senso ritengo corretta la decisione per cui una pubblicità, emendata da taluni contenuti che potrebbero colpire le fasce dei consumatori più giovani, possa allora restare validamente sul mercato perché diretta agli altri.

Infatti l'Autorità garante della concorrenza<sup>1</sup> ha detto che «*devono considerarsi idonei a sanare i possibili profili di illegittimità per violazione dell'art. 21, 4° comma, «codice del consumo» del messaggio pubblicitario diffuso di una bevanda energizzante a base di caffeina e taurina che suggerisca, soprattutto ai giovani, l'utilizzo del prodotto per migliorare le prestazioni della mente anche nel caso particolarmente delicato della guida di notte l'eliminazione in nuce di possibili fraintendimenti circa il target di riferimento dell'energy drink, la rinuncia al consiglio dell'assunzione del prodotto unitamente ad alcolici e all'induzione a comportamenti non prudenti o incauti (nello specifico l'autorità garante ha accettato e reso obbligatori gli impegni proposti dal professionista di ridurre l'enfasi posta sugli effetti della bevanda, di rimuovere dalla comunicazione scene e personaggi sotto forma di cartoon, rivolti principalmente ai giovani consumatori, di rinunciare alla promozione presso le scuole e sui canali indirizzati ad un pubblico di bambini e adolescenti, di evitare collegamenti tra l'assunzione del prodotto e il rischio di incidenti stradali e di inserire nei messaggi avvertenze quali «consumare moderatamente»*»).

È allora chiaro che, cambiando i punti di riferimento - ovvero ponendo al centro dell'attenzione i soggetti diversissimi cui il messaggio è diretto - quei pochi criteri che potevamo trarre dal codice civile e dalle sentenze saltano del tutto. Basti pensare che quando si dice che resta salvo il contratto allorché «*la controparte era comunque a conoscenza dei fatti da lui maliziosamente occultati o che avrebbe potuto conoscerli, usando la normale diligenza*», bisogna capire a chi ci si riferisca utilizzando il concetto di "normale diligenza": un qualsiasi inesistente uomo medio? una serie di persone medie di categorie non ancora individuate?

Io direi invece, in buona parte diversamente, che occorre valutare se il messaggio vada visto come potenziale veicolo di inganno, perché spinge nella direzione dell'acquisto utilizzando meccanismi che spostano l'attenzione su particolari non significativi dell'acquisto stesso, in relazione al soggetto cui il messaggio è diretto.

Ecco allora il senso, completamente diverso da quello che ricaviamo dal codice civile, del divieto di pratiche commerciali scorrette contenuto nel codice del consumo, dove si distinguono quelle ingannevoli da quelle

1 AGCM, 27 febbraio 2013, n. 24244, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2013, p. 677.

aggressive, entrambe potendo consistere in pubblicità ove si dica il vero ma senza che tanto basti a ritenerle legittime.

L'idea che possa considerarsi ingannevole un messaggio che, pur corretto (ma io direi "vero"), sia idoneo in qualsiasi modo ad indurre in errore il consumatore medio appare davvero un traguardo notevole rispetto alle previsioni del codice civile.

Dobbiamo certamente riconoscere che nemmeno il codice del consumo indica quale sia il criterio per individuare il percorso fisiologico di formazione della volontà, sicché il giurista potrebbe dire che, in fondo, il problema è stato solo spostato su altri fronti, ma rimane immutato: infatti nessuno può sondare *ex post* ciò che si sarebbe fatto di fronte ad una comunicazione diversa; solo il consumatore può dirlo e questo equivale rimettersi alle sue valutazioni postume.

Senonché il grande rilievo che svolgono, sempre per il giurista, regole come quelle ora indicate è proprio quello operato delle clausole generali, cioè di costituire strumenti dati al giudice per valutare il caso concreto che non può essere descritto analiticamente da una regola di dettaglio.

Il giurista è abituato alle clausole generali: buona fede, diligenza e fatto illecito ne costituiscono esempi imprescindibili, trattandosi semmai di individuare i criteri per rendere il giudizio non arbitrario; io ad esempio ho suggerito il criterio della ragionevolezza della scelta da motivare adeguatamente nella sentenza, seguendo suggerimenti importanti che mi sembrano pienamente condivisibili<sup>2</sup>.

Tuttavia in questa materia la ragionevolezza non serve a niente, perché ciò che è decisivo è la conoscenza dei meccanismi che inducono alla decisione, ovvero dei processi formativi della volontà e dei modi di indurla in altre direzioni.

Che talora i meccanismi utilizzati siano rozzi e quindi palesemente illegittimi non è problema su cui occorre perdere molto tempo: chi negherebbe la ragionevolezza della decisione che censura, nella pubblicità, «l'utilizzo di dati scientifici e statistici che esaltavano inesistenti proprietà terapeutiche del prodotto di prevenzione della caduta e rafforzamento delle radici dei capelli»? E lo stesso va detto a proposito delle innumerevoli pubblicità che vantano una inesistente capacità di favolose pillole dimagranti.

Mi interessano invece i casi in cui il messaggio si ammanta di dati veri che però ugualmente manipolano la volontà di chi debba decidere se effettuare o meno l'acquisto.

Non oso dire una parola in materia, perché è di competenza della scienza amica che collabora con noi, ma credo che a tutti possa essere evidente

2 SICCHIERO, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c.

che alle volte è la natura stessa che ci inganna, con colori, forme, odori, ciò di cui ovviamente non potremmo mai rimproverare nessuno, mentre in altri casi è l'agire dell'uomo che interferisce.

Ora è chiaro che se negassimo il diritto alla pubblicità, affermando che questa è sempre diretta a convincere a far qualcosa che spontaneamente non si è ancora messo in moto, scivoleremmo verso discorsi che nessuno vuol condividere, quantomeno perché presupporrebbero che ognuno di noi sia un perfetto incapace da proteggere anche da se stesso

Con l'amico Nicolao Bonini ho discusso del caso del mutuo: laddove alle condizioni del prestito si accompagna la foto di una ragazza che sorride, gli uomini spesso accettano costi maggiori rispetto all'ipotesi in cui manchi (ce n'è anche per le donne, sia chiaro). Eppure non mi sentirei in alcun modo di censurare questa pubblicità, dato che nessuno è ingannato, al massimo si distrae quando pure potrebbe non farlo. Credo che richiamare qui un principio di autoresponsabilità sia una risposta che possiamo accettare senza grande imbarazzo, anche perché non c'è il problema di proteggere persone in fasce d'età tali da poter essere raggirati sulla bontà delle clausole del mutuo "sorridente".

Ma ci sono altri dati sulla natura umana che impongono riflessioni più sottili: una ricerca sui provvedimenti sulla libertà personale degli imputati ha accertato che le richieste di scarcerazione sono quasi sempre respinte se esaminate dai giudici prima di pranzo; tutt'altro esito hanno quelle valutate a pancia piena<sup>3</sup>. Non so se i dati si riferiscano sempre ai medesimi magistrati oppure se questo aspetto non sia stato esaminato, ma è chiaro che se una tale decisione dipende (inconsiamente) dall'appetito, allora dobbiamo valutare con la massima serietà ogni aspetto del messaggio pubblicitario per ritenerlo adeguato e non ingannevole.

Ecco allora che è ingannevole, anzitutto, la pubblicità occulta, cioè quella veicolata da uno strumento che sembra parlare d'altro.

È il caso del messaggio pubblicitario «*che assume la forma di un redazionale; a tal fine, rileva, nel caso concreto, da un lato, lo scopo promozionale, che, in assenza di un chiaro rapporto di committenza, è suffragato dalla presenza di chiari elementi distintivi rispetto ad un servizio giornalistico (le immagini dei prodotti sono ingrandite, riquadrate in rosso ed isolate dal contesto, e vengono citati in modo specifico la marca, il prezzo e le principali caratteristiche dei prodotti); dall'altro lato, non è stato adottato alcun accorgimento o indicazione che renda evidente ai consumatori la natura promozionale del messaggio (non risultando alcuna indicazione quale «informazione pubblicitaria», né alcun format grafico che renda riconoscibile la vera natura del messaggio)*»<sup>4</sup>.

3 Cfr. ENGLISH e BERNHARDT, *Errori di giudizio*, in *Mente e cervello*, 2013, n. 8, p. 94.

4 AGCM, 29 gennaio 2014, n. 24778, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2014, p. 434.

Qui di scorretto non c'è il contenuto della pubblicità, ma il fatto che la pubblicità stessa sia nascosta, come se non ci si dovesse accorgere della sua esistenza per non distrarre la propria attenzione; nello stesso senso approvo la decisione che sanziona un prodotto (Botaina 7000) il cui nome evoca una sostanza medica che non è inclusa nei suoi principi attivi (e quindi il consumatore dovrebbe accorgersene) e che è però ugualmente ingannevole: *«il messaggio pubblicitario diretto a promuovere l'acquisto on line di un prodotto cosmetico antirughe che, per come graficamente presentato e per i contenuti ed i termini utilizzati, non può che evocare che tra i suoi componenti vi sia tossina botulinica, deve ritenersi ingannevole, rilevando a poco che la stessa non sia ricompresa tra i principi attivi, richiedendo un livello di attenzione negli acquisti e di comprensione delle terminologie utilizzate che normalmente non si riscontrano nel consumatore medio: ai sensi dell'art. 21 d.leg. 206/2005 (c.d. codice del consumo) e, infatti, considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo induca o sia idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad un elemento determinante dell'offerta, così da spingerlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso»* (TAR Lazio, sez. I, 17 ottobre 2014, n. 10438).

E che dire dell'acqua della salute? Se la pubblicità non aggiungesse altro non ci sarebbero problemi, ma non è così; infatti associando la presenza di medici all'acqua, si crea l'illusione che questa possieda davvero capacità terapeutiche, sebbene non venga detto espressamente.

Ecco allora che per AGCM *«il messaggio pubblicitario di un'acqua minerale che utilizzi claim quali «acqua della salute», unitamente ad elementi comunicazionali che abbinino la stessa ad associazioni mediche di gastroenterologi e urologi e alle figure degli stessi medici, determinando, nei riguardi dei consumatori, sia una particolare amplificazione delle caratteristiche salutistiche del prodotto rispetto a quelli della concorrenza, sia un particolare affidamento sulle medesime proprietà; in questo modo, infatti, lo slogan «acqua della salute» perde la natura di vanto generico e meramente enfatico e diventa idoneo ad accreditare all'acqua effetti curativi che in realtà non possiede, a nulla rilevando che i benefici effetti rivendicati risultino autorizzati dal ministero della salute, in quanto l'accreditamento medico-scientifico vantato promette risultati ben maggiori rispetto a quelli effettivamente conseguibili»*<sup>5</sup>.

Dunque la sola enfasi non fa male; l'enfasi menzognera sì!

Fin qui abbiamo visto pubblicità che cercano di ingannare con somiglianze di nomi, omissioni di aspetti rilevanti e così via; ma anche la semplice verità, senza aggiunte, può essere menzognera?

5 AGCM, 19 dicembre 2014, n. 25250, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, p. 212.

Se l'obiettivo è proteggere dal rischio che la mente sia attratta dal canto delle sirene allora sì.

Dire ad esempio il vero, ma non tutto ciò che si propone con il prodotto, può occultare elementi che alle persone paiono comunque rilevanti, a prescindere dal fatto che si tratti di convinzioni opinabili.

E così *«poiché l'informazione corretta al consumo deve tenere presente il parametro medio di conoscenze esistente tra il pubblico dei consumatori, va considerato ingannevole il messaggio che presenti come composto da sola frutta (e, quindi, senza zucchero aggiunto) un omogeneizzato che in realtà contenga un ingrediente (il succo di frutta concentrato) che molti ritengono assimilabile, quanto ad effetti, allo zucchero; questo messaggio, che agisce proprio eludendo quel parametro medio di conoscenze, è ingannevole e decettivo ed è in grado di restringere la libertà di scelta del consumatore in ordine alle sue decisioni di acquisto; libertà di autodeterminazione che comprende anche quella di scegliere, nell'ambito delle varie tesi opinabili in ordine all'assimilabilità allo zucchero del succo concentrato, quella che conclude in senso affermativo e, quindi, può comportare la decisione consapevole di non acquistare il prodotto che contiene quell'ingrediente, pertanto, al di là dell'opinabilità delle tesi sul rapporto tra lo zucchero e il succo di frutta concentrato, nascondere comunque al consumatore l'esistenza di quest'ultimo ingrediente, e anzi utilizzare claims («cento per cento frutta» «senza zuccheri aggiunti») che fanno intendere la sua assenza, è effettivamente ingannevole»* (Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901).

Nessuna bugia quindi; ma un messaggio che ugualmente ha la capacità di attrarre l'attenzione su taluni particolari e deviarla da altri, scientifici o meno che siano ma che appartengono comunque alla nostra libertà di scegliere quel che ci aggrada

Mi ha poi convinto anche di più il caso Chupa Chups, casa dolciaria sanzionata da AGCM nel 2006 (prov. PI 15816, inedito ma reperibile sul sito dell'Autorità) perché nella pubblicità trasmessa in fasce orarie cui assistono gli adolescenti diceva che quella caramella ha lo zero per cento di grassi: fatto vero ma non per questo meno ingannevole sugli effetti delle caramelle per la dieta.

L'autorità ha detto che *«il messaggio è stato diffuso in fasce orarie fruibili da un pubblico di minori, si avvale di protagonisti nei quali i bambini e gli adolescenti possono agevolmente identificarsi e, per la sua formulazione complessiva nonché per la peculiarità dell'argomento toccato che ha grande presa su bambini e adolescenti di oggi, sempre più spesso afflitti da problemi di peso, è idoneo ad integrare la suddetta violazione in quanto suscettibile di abusare della naturale credulità e mancanza di esperienza dei minori in ordine alle caratteristiche "nutrizionali" delle caramelle e alle conseguenze, sulla forma fisica, del consumo delle stesse. Alla luce delle suesposte motivazioni, dunque, il messaggio pubblicitario in questio-*



*ne risulta ingannevole in relazione all'idoneità del messaggio, in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, ad abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza».*

Ed ora entro nel vivo dell'argomento, che subito lascerò ad altri: lo stesso messaggio, se fosse stato diretto agli adulti, sarebbe stato meno ingannevole?

Se il concetto, che ho appreso dagli amici psicologi, è quello di vantaggio competitivo illusorio allora no; cioè se una qualità, pur vera, mi viene rappresentata come decisiva per la scelta di quel prodotto, quando in realtà ogni prodotto simile ha le medesime caratteristiche, allora la dichiarazione è ingannevole.

D'altronde nessuno trasmette alcuna pubblicità che, pur corrispondente al vero, parli di un vantaggio competitivo illusorio che però competitivo non sia, nel senso, ad es., che nessuno pubblicizza caramelle "senza alluminio", dato che non convincerebbe alcun consumatore a comprarle pur dicendo il vero.

Ritengo che questo concetto sia davvero importante perché se si esaminano le decisioni in materia di pubblicità ingannevole, ciò che compare sono soprattutto messaggi menzogneri o incompleti, quando si affermano qualità non esistenti oppure si nascondono difficoltà che l'uso del prodotto porta con sé oppure ancora si evocano qualità che il bene non possiede.

Ora possediamo però uno strumento diverso, capace di assottigliare l'inevitabile zona grigia delle formule astratte, perché consente di censurare - oltre alla bugia ed al silenzio malizioso - anche la "verità maliziosa" e quindi di costruire un catalogo di limiti di operatività della pubblicità che ancora non abbiamo completato.

Si tratta quindi di un concetto ben più avanzato rispetto ai risultati cui la scienza giuridica può arrivare utilizzando solo c.d. "mezzi propri", dato che a tutti i giuristi pare ingannevole un messaggio incompleto, ma non ha invece ancora a mani gli strumenti per valutare la nozione di vantaggio competitivo illusorio, che dobbiamo farci prestare per imparare ad usarli.

Ed è una delle ragioni che impone a scienze così apparentemente rivolte ad oggetti diversi, di creare una sinergia che, a ben vedere, ha come obiettivo l'interesse della collettività a rapporti il più possibile leali e nei quali ognuno di noi possa liberamente (o, almeno con minori inganni) operare le proprie scelte.

