

Collana *dei Contratti*

diretta da Emanuele Lucchini Guastalla

I contratti del consumatore

a cura di
Giovanna Capilli

con introduzione di
Guido Alpa



G. Giappichelli Editore – Torino



lamiaLibreria

Introduzione

Consumatori e mercato

Sommario

1. “Consumatore”: la costruzione di un concetto giuridico. – 2. La nozione economica di consumatore. – 3. La nozione sociologica di consumatore. – 4. Il mercato digitale. – 5. Il consumatore post-moderno: *consumer* v. *prosumer*. – 6. La discussione attuale sulla nozione di consumatore.

1. “Consumatore”: la costruzione di un concetto giuridico

«*Consumo dunque sono*» intitola il suo libro sulla società dei consumi il sociologo polacco Zygmunt Bauman. Questa formula è la parodia del motto di Cartesio «*cogito ergo sum*», e rappresenta il modo di essere, di sentirsi e di partecipare alla società di ogni individuo in epoca post-moderna. Nella società dei consumatori «*nessuno può diventare soggetto senza prima trasformarsi in merce, e nessuno può tenere al sicuro la sua soggettività senza riportare in vita, risuscitare e reintegrare costantemente le capacità che vengono attribuite e richieste a merce vendibile*»¹. Questa è una delle caratteristiche fondamentali della società odierna, anche se la categoria del consumo e la figura del consumatore hanno accompagnato l'uomo per tutta la sua storia. Ovviamente, così dicendo si applicano le categorie

¹ Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 17, ove si richiama G. SIMMEL, *Le metropoli e la vita dello spirito* (1902-1903), trad. it., Armando, Roma, 1995, p. 43 che già all'inizio del secolo aveva messo in guardia contro le società uniformi e piatte nelle quali l'individuo poteva elevarsi mediante i suoi oggetti.

moderne ai fenomeni antichi, ma anche guardandoci dal compiere operazioni antistoriche, non si può negare che la realizzazione dei bisogni sia una costante della nostra storia. Chi ha tentato di tracciarne il cammino, dall'Oriente all'Occidente, dagli inizi della vita arcaica alla "globalizzazione del desiderio" ha declinato le fasi di questo processo storico sottolineando la stretta connessione tra vita individuale e vita sociale, aggregazioni isolate e aggregazioni più estese, vita delle società, produzione e circolazione delle merci, formazione dei mercati, produzione artigianale e produzione di massa, e finalmente consumo di massa².

Nel linguaggio comune "consumo", "consumatore", "società dei consumi" sono ormai usuali, ma nei secoli scorsi erano piuttosto riservati agli specialisti e del tutto ignorati dai giuristi.

Nella cultura giuridica italiana il vocabolo "consumatore" è penetrato con un certo ritardo, rispetto alla sua diffusione nelle esperienze anglofone, ove si è accreditato negli Stati Uniti e nel Regno Unito contemporaneamente. In quei Paesi, per ragioni diverse, di natura politica, sociale ed economica, il mercato – con la produzione di beni e servizi di massa – si è sviluppato un po' in anticipo rispetto agli altri Paesi dell'Europa continentale. Negli Stati Uniti gli studiosi dei diritti dei consumatori sono usi far risalire ad un messaggio speciale rivolto al Congresso nel 1962 dal Presidente John F. Kennedy la definizione dei primi programmi di intervento legislativo a favore dei "consumatori", intendendosi per tali tutti gli appartenenti alla società, considerati nella loro veste di acquirenti o di utenti di prodotti e servizi ("*all of us are consumers*"). E nel Regno Unito ha segnato una linea di demarcazione tra il passato e il futuro la pubblicazione del Rapporto al Parlamento da parte del Comitato per la tutela del consumatore diretto da Dennis Molony nel luglio dello stesso anno nel quale, con molta cautela, e senza pretendere di modificare la disciplina in vigore, si prendeva atto che il consumatore doveva considerarsi la controparte debole del rapporto isti-

²P.N. STEARNS, *Consumerism in World History. The Global Transformation of Desire*, Routledge, London-New York, 2001; A. PRASAD, *A Bird's Eye View. Historical Evolution of Consumer Protection and law in India*, in *Journal of Texas Consumer Law*, vol. 11, 2008.

tuito con l'imprenditore e che quindi era opportuno intervenire con qualche misura protettiva.

Non che fino a quel momento non vi fossero stati studi, ricerche o dibattiti intorno a questa problematica. La storia della responsabilità del produttore negli Stati Uniti affermatasi con fatica nell'ambito di una giurisprudenza dapprima favorevole all'impresa per ragioni di tutela del mercato (volendosi applicare il principio *caveat emptor*) e poi cautamente preoccupata dei danni subiti dai destinatari di prodotti e servizi, la istituzione di una apposita agenzia amministrativa (la Food and Drug Administration), la prevenzione delle frodi alimentari avevano preparato questo intervento del Presidente. Anche nel Regno Unito i consumatori si attivarono per tempo, e fondarono cooperative di consumo – come in Italia, peraltro – già alla fine dell'Ottocento, per offrire ai soci prodotti a prezzi inferiori a quelli acquisibili sul mercato, ma furono particolarmente attivi nel corso della Prima Guerra mondiale e poi nel periodo della recessione³. Ma se si pensa al “movimento” dei consumatori, non a un partito politico ma ad un orientamento di pensiero e di azione volto a prevenire le frodi alimentari, la diffusione di messaggi ingannevoli, la produzione di utensili pericolosi, si deve scendere al periodo posteriore alla Seconda Guerra mondiale. Vi sono però ricerche storiche che inquadrano il momento per la tutela dei consumatori in tempi più che noti.

Il messaggio di John F. Kennedy fece epoca⁴ perché per la prima volta vi si declinavano i “diritti dei consumatori”, cioè (i) il diritto alla sicurezza, per essere protetti dalla diffusione sul mercato di prodotti pericolosi per la salute o per la vita, (ii) il diritto ad essere informati ed essere protetti dai messaggi ingannevoli, decettivi, dalle etichette non veritiere e dalle altre pratiche commerciali, in modo che il consumatore possa fare scelte informate, (iii) il diritto di scegliere, possibilmente tra una varietà di prodotti e servizi a prezzi competitivi, di qualità soddi-

³ M. HILTON, *Consumerism in Twentieth-Century Britain: The Search for a Historical Movement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁴ *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest* (15 marzo 1962).

sfacente e a prezzi equi, (iv) il diritto di essere ascoltati, perché gli interessi dei consumatori possano essere presi nella giusta considerazione dalle politiche governative e i consumatori possano risolvere speditamente i loro conflitti in giudizio.

Non a caso l'elenco di questi diritti "essenziali" si può riscontrare nella Carta dei diritti dei consumatori del Consiglio d'Europa del 1973 e nella Risoluzione del Parlamento europeo del 1975⁵.

La nozione di consumatore è costruita, nella sua veste formale, dai giuristi sulla base delle analisi economiche e sociologiche, ed ha fatto fatica ad accreditarsi nella nostra esperienza, anche se per la verità non era ignorata del tutto: nel codice civile (del 1942) non si fa menzione del consumatore, ma piuttosto si parla in modo neutrale dell'acquirente nel contratto di vendita, del trasportato o del passeggero nel contratto di trasporto, del locatario nel contratto di locazione, del mutuatario nel contratto di mutuo, e così via; e tuttavia nella Relazione al codice civile predisposta dal Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Re si trova una menzione di questo termine a proposito della disciplina della concorrenza e dell'obbligo di contrattare imposto al monopolista. Il passo (n. 1046) recita così: «*In stretta connessione con la materia della concorrenza, si è voluto fissare un principio già contenuto in leggi speciali, e cioè l'obbligo da parte di tutte le imprese, che si trovino in condizioni di monopolio legale, di contrattare con chiunque lo richieda, osservando la parità di trattamento (art. 2597). Un tal principio si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza (...)*». Certo, si tratta di una tutela minimale, che non assicura affatto la scelta tra più tariffe, e tuttavia manifesta una certa consapevolezza del legislatore verso una categoria di soggetti che non possono negoziare le condizioni della prestazione loro offerta dall'imprenditore.

Il fatto che di consumatore si parli a proposito della concorrenza e quindi a proposito delle regole del mercato è il segno che l'origine della nozione si deve rinvenire proprio nelle analisi degli economisti.

⁵ G. ALPA-M. BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Cedam, Padova, 1979.

2. La nozione economica di consumatore

Alle scienze economiche si deve riconoscere il primato della definizione della categoria concettuale di consumo, e quindi della “figura” del consumatore. Una categoria che, come è noto, acquista un’attenzione particolare nella storia del pensiero economico classico. È nel corso degli ultimi due secoli che al consumo è stata riservata una funzione assai rilevante. Nei testi di economia politica la funzione del consumo era strettamente connessa con quella della produzione, e quest’ultima appariva come ancillare alla prima. Lo stesso Adam Smith ne *La ricchezza delle Nazioni* nel 1776 aveva cura di avvertire che «*il consumo è il solo fine e scopo di ogni produzione, e non ci si dovrebbe mai prender cura dell’interesse del produttore, se non in quanto ciò possa tornare necessario per promuovere quello del consumatore*».

E David Ricardo, per parte sua, sottolineava che «*nessuno produce se non allo scopo di consumare o vendere, e non vende mai se non con l’intenzione di comprare qualche altra merce che possa essergli immediatamente utile o che possa contribuire alla produzione futura*»⁶. Il consumatore è identificato nello *homo oeconomicus*, che avvalendosi della sua esperienza e della sua competenza, si confronta con la controparte imprenditrice, e quindi è in grado di reggere il confronto e di concludere l’affare senza particolari ausili.

La teoria classica del liberismo economico ha teorizzato la posizione del consumatore «re del mercato»⁷. Secondo Hutt «*la sovranità del consumatore si riferisce al potere di controllo esercitato dagli individui sulla scelta degli usi cui le risorse scarse di un Paese possono essere dedicate*». Su questi assunti si sono edificate successivamente le nuove idee, e poi la stessa rivoluzione keynesiana. Con l’avvento delle società a capitali-

⁶ Per un’analisi diffusa di queste teorie v. G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 1986, cap. 1 e bibliografia; v. S. VITALE, *Consumismo e società contemporanea*, Sansoni, Firenze, 1975.

⁷ W.H. HUTT, *Economists and the public: a study of competition and opinion (1936)*, Transaction Publishers, New Brunswick-London, 1990.

simo avanzato, la nuova realtà impone di apportare sensibili correttivi alla teoria classica, e lo studio del ruolo e della funzione del consumo è compiuto in una diversa prospettiva. Nelle indagini a esso dedicate acquistano particolare rilievo i contributi di Galbraith⁸ e Baran e Sweezy⁹, economisti di diversa formazione ma accomunati dall'intento di apportare correttivi ai meccanismi mediante i quali si sviluppa l'economia nelle società opulente. Consumatore e mercato, infatti, sono assoggettati alle strategie di profitto delle imprese più forti. Il mercato non è più soltanto il luogo di incontro di domanda e di offerta, il luogo del conflitto e della mediazione tra forze opposte, bensì il teatro di strategie attuate da chi controlla il mercato¹⁰.

La situazione oggettiva e la prospettiva di analisi vengono così completamente rovesciate. Il consumatore diventa "uno strumento della produzione", e il mercato, lungi dal riflettere direttive ispirate alla massima libertà degli operatori economici, cioè le due parti contrapposte degli imprenditori e dei consumatori, considerati su un piano di parità, appare piuttosto come il luogo dove si registrano prevaricazioni in danno di una massa di acquirenti e di utenti che non sono in grado di effettuare le scelte migliori. In tal modo l'economia si sviluppa non per canali dipendenti da libere e consapevoli scelte delle persone singole o dei gruppi sociali, quali realtà autonome, ma per l'influsso continuo e assillante delle tecniche persuasive e spesso decettive dei fornitori di beni e servizi. È in questo scenario, nel quale si scontrano rivoluzioni interne alla dinamica del mercato, strategie di produzione, concentrazioni di imprese, modificazioni del tessuto sociale, che si sottopongono oggi ad analisi i problemi del consumo e, di riflesso, i problemi relativi alla posizione del

⁸ J.K. GALBRAITH, *The new industrial State*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1967.

⁹ P.A. BARAN-P.M. SWEEZY, *Monopoly capital. An essay on the American economic and social order*, Monthly Review Press, New York, 1966 (trad. it., *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, Einaudi, Torino, 1968).

¹⁰ V. M. BESSONE, *Prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, XXV, pp. 97-139.

consumatore nel mercato, di fronte alla grande impresa di produzione e di distribuzione.

Gli studiosi del libero mercato hanno elaborato la teoria del *surplus* del consumatore, cioè il beneficio derivante dalla possibilità di raggiungere il miglior prezzo a condizioni di parità di potere economico. Ma mentre il surplus del produttore è misurabile in termini monetari, quello del consumatore è misurabile solo in termini di utilità (Marshall e Hicks). Negli studi in materia il termine è stato utilizzato anche dagli economisti di scuola marxiana e neoricardiana per indicare la capacità del sistema di creare un'eccedenza di beni rispetto alle quantità, per usi intermedi e per le sussistenze dei lavoratori, necessarie per la loro produzione. Secondo gli schemi teorici il surplus dovrebbe poi essere diviso tra capitalisti e lavoratori.

Oggi però lo scenario è diventato più complesso: (i) da un lato si è revocato in dubbio l'assunto che il consumatore si comporta in modo razionale, sul quale è fondata tutta la politica di protezione incentrata sulla informazione orientata ad effettuare le scelte migliori; (ii) dall'altro il mercato preso in considerazione non è più soltanto quello nazionale, ma, per quanto riguarda il nostro Paese, si deve tener conto del *mercato integrato a livello europeo*, nonché (iii) del fenomeno universale della *globalizzazione*.

Uno dei capisaldi del sistema capitalistico è appunto dato dal presupposto delle scelte razionali che compie il consumatore. Gli economisti hanno affrontato il problema con diverse prospettive. La più semplice – propria della c.d. economia dell'informazione – si studia di rimediare al deficit informativo, alla asimmetria informativa delle parti in gioco che implica proprio uno dei “fallimenti del mercato” (*market failures*), con la prescrizione di trasmissione di dati, documenti, chiarimenti, sia all'atto della conclusione dell'operazione economica (*transaction*) imposta alla parte più forte ed informata – l'imprenditore – e a vantaggio della parte debole, il consumatore, l'utente, l'investitore non istituzionale, sia nel corso del rapporto, se si tratta di un rapporto di durata. Un altro indirizzo preferisce puntare sul ruolo delle istituzioni, e quindi sulla *regolazione* del mercato da parte dei diversi attori che oggi ne sono parte componente

essenziale (si pensi alle Autorità amministrative indipendenti), e sul ruolo delle associazioni che difendono gli interessi contrapposti, le associazioni dei consumatori e le associazioni degli imprenditori, o sul ruolo di enti privati dotati di imparzialità, che offrono servizi per verificare la conformità dei prodotti e delle prestazioni offerte dalle imprese alle prescrizioni normative. Un altro indirizzo si affida alle valutazioni dell'“analisi economica del diritto” che calcola i c.d. costi transattivi, cioè i costi richiesti all'impresa per acquisire e fornire le informazioni, i costi per la ricerca del contraente, i costi di intermediazione, i costi per definire l'accordo, e cerca un equilibrio tra questo tipo di costi e i vantaggi acquisiti dai consumatori. Questi due indirizzi assumono a base la teoria del comportamento razionale, la quale è anche riprodotta nel pensiero giuridico classico e nella gran parte dei sistemi organizzati secondo codici ¹¹.

Infine, l'indirizzo comportamentale (che si affida alla *behaviour economics*), che studia appunto i comportamenti del consumatore, e che contesta la razionalità come unico criterio di orientamento e come unico criterio di riferimento per la composizione dei conflitti. Il consumatore non necessariamente si comporta in modo razionale e non necessariamente la razionalità è prescritta dalle norme. In altri termini, il consumatore è in grado di percepire le informazioni trasmessegli, è in grado di utilizzarle a proprio vantaggio, e quanto dovrebbe spendere per collocarsi sullo stesso piano del suo interlocutore imprenditoriale? E come dovrebbe comportarsi l'impresa nella selezione delle informazioni da sottoporre al consumatore?

3. La nozione sociologica di consumatore

Una letteratura immensa si è dedicata da più di mezzo secolo all'analisi del comportamento del consumatore, inteso come

¹¹ A. ZOPPINI, *Le domande che si propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del “buon padre di famiglia”*, in G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale – Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma TrE-Press, Roma, 2014, p. 13.

singolo, nell'ambiente in cui opera, e alla individuazione dei suoi desideri oltre che alle modalità con cui l'impresa induce i desideri¹². È la scienza del marketing che ricorre anche alla psicologia del profondo per collegare beni e servizi a simboli e a status sociali¹³. Sotto il profilo comportamentistico, poi, è agevole rilevare quanto sia vero, particolarmente nella società odierna, l'assunto secondo il quale i consumi sono tra le più tipiche espressioni degli orientamenti socioculturali di una società e possono essere un utilissimo strumento di studio della dinamica e della struttura sociale. Si è addirittura costruita una "filosofia del consumo", proprio perché l'atto del consumo «è un atto esistenziale molto complesso in cui l'uomo esprime e manifesta compiutamente se stesso, la propria personalità, il proprio stile di vita, il proprio modo di essere nel mondo, i significati e i valori che attribuisce a se stesso, alle cose e alle situazioni, i giudizi e le scelte che compie nei confronti della totalità dell'esistenza»¹⁴.

L'analisi sociologica propone l'eliminazione degli effetti nocivi, salvando quanto di positivo esiste nella società odierna, con questi obiettivi: un razionale sviluppo produttivo, un'accurata selezione dei bisogni e quindi dei consumi, l'eliminazione degli sprechi¹⁵.

È pur vero che si registrano, oggi, singolari coincidenze di prospettiva tra chi descrive il fenomeno del consumismo come un tutto unitario e chi, facendosi portatore di ideologie diverse, propone un'interpretazione del fenomeno dei consumi secondo le categorie e i meccanismi della sociologia dei ruoli, prescindendo quindi dalle connotazioni di classe.

¹² V. G. KATONA, *The powerful consumer*, McGraw-Hill, New York, 1960 (trad. it., *L'uomo consumatore*, Etas Kompass, Milano 1964).

¹³ V. P.F. LAZARSFELD, *Metodologia e ricerca sociologica*, a cura di V. CAPECCHI, Il Mulino, Bologna, 1967.

¹⁴ V. J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Denoël, Paris, 1970 (trad. it., *La società dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 1976); v. G. RAGONE, *Psicosociologia dei consumi*, Isedi, Milano, 1974.

¹⁵ V. G. FABRIS, *Sociologia dei consumi*, Hoepli, Milano, 1971; G. PETRONI, *La sociologia dei consumi*, FrancoAngeli, Milano, 1969.

Ma una proposta di questo tipo non sembra corretta, non solo perché, pur mutuata dalle categorie del pensiero marxiano¹⁶, si presenta come una vera e propria distorsione di esse, ma soprattutto perché non sembra idonea a descrivere la vera dinamica della realtà e dei rapporti sociali.

Allo stesso modo sembra fuorviante l'equiparazione di consumatori e lavoratori dipendenti, dietro la quale si cela l'esigenza di considerare i consumatori come una categoria dotata degli strumenti di lotta propri dei lavoratori e di calarli nella dinamica dei rapporti sociali come un corpo uniforme e livellato. È certamente riduttiva la definizione che Tonner¹⁷ dà del consumatore («*non proprietario di mezzi di produzione, che fa fronte alle esigenze del proprio sostentamento con il corrispettivo della prestazione di lavoratore dipendente*») e non è vero che gli interessi dei consumatori in quanto tali si identifichino tout court con gli interessi dei lavoratori; è invece ovvio che «*vi sono consumatori-lavoratori e consumatori-capitalisti*».

Da queste considerazioni si possono far discendere due corollari: a) se è vero che i consumatori in quanto tali non costituiscono una categoria, è però vero che tra i consumatori si possono distinguere varie categorie, di volta in volta definite non tanto dal tipo di oggetti di consumo verso cui sono orientati i singoli, quanto piuttosto dalle differenze di ceto e di classe che esistono tra un consumatore e l'altro; b) se è vero che i consumatori non si possono identificare con i lavoratori, è anche vero però che i lavoratori, in quanto consumatori, ben possono orientarsi nelle loro rivendicazioni, progettando strategie relative ai consumi, alla loro estensione, al loro controllo e così via.

Minore attenzione si è riservata, per contro, alla nascita, alle strategie, alla natura stessa dei gruppi o delle associazioni di consumatori. Eppure, proprio all'operare sotto forma di gruppo, piuttosto che all'iniziativa individuale, si deve l'emergere dei

¹⁶ V. C. NAPOLEONI, *La posizione del consumo nella teoria economica*, in *La rivista trimestrale*, 1962, pp. 3-12.

¹⁷ K. TONNER, *Zum Stellenwert des Verbraucherschutzes*, in *Demokratie und Recht*, 1975, pp. 119-134.

bisogni di tutela e la concreta azione, per così dire, “politica” dei consumatori.

L’identificazione di un interesse di gruppo, superindividuale o addirittura collettivo, ha portato, comunque, alla definizione di una nuova prospettiva di indagine, che si è avviata soprattutto nel settore delle scienze giuridiche: se nei singoli sistemi si può dar corpo, dare cioè cittadinanza, a interessi di tipo superindividuale, si può proteggere il consumatore in quanto membro di un gruppo. È il problema, giuridicamente inteso, della “tutelabilità degli interessi diffusi” e della legittimazione processuale delle associazioni di consumatori¹⁸.

4. Il mercato digitale

Con la Comunicazione del 6 maggio 2015 la Commissione europea ha trasmesso al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni [COM (2015), 192 final] un quadro complessivo che traccia la strategia comunitaria per la realizzazione del mercato digitale unico in Europa.

La strategia così disegnata prevede l’organizzazione di un impressionante piano di azioni volto a migliorare l’accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi digitali in Europa, proposte legislative riguardanti le norme contrattuali transfrontaliere per uniformare la disciplina dei rapporti contrattuali istituiti tra imprese e consumatori aventi ad oggetto beni e servizi di natura digitale, la revisione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori, il miglioramento delle regole sulla concorrenza nel commercio elettronico, proposte di riforma della disciplina del diritto d’autore, delle telecomunicazioni e dei servizi di media audiovisivi, miglioramenti sulla sicurezza dei dati e delle comunicazioni per via telematica.

¹⁸ V. M. CAPPELLETTI, *Presentazione*, in A. GAMBARO (a cura di), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1976; v. altresì G. ALPA, *Strategie d’impresa e tutela del consumatore – Per una critica del fenomeno “consumerism”*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 485.

Perché questo interesse concentrato sul mercato digitale? Perché, spiega l'allora Presidente della Commissione Jean-Claude Juncker, creando un mercato unico nel settore delle tecnologie digitali si potrà promuovere una ulteriore crescita economica dell'Europa creando non solo un aumento della vendita di prodotti e servizi di questo tipo ma anche posti di lavoro e benessere diffuso. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), precisa la Comunicazione, *«non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni. Via via che ne aumenta l'integrazione in tutti i settori della nostra economia e società, internet e le tecnologie digitali ci trasformano la vita, ci trasformano il modo di lavorare, nella sfera tanto personale quanto professionale e collettiva»* (p. 3).

«L'economia digitale è in grado di espandere i mercati, promuovere servizi migliori a prezzi migliori, offrire più scelta e creare nuove fonti di occupazione. Il mercato unico digitale può creare opportunità per nuove startup e permettere alle imprese esistenti di crescere e di profittare della scala offerta da un mercato di oltre 500 milioni di persone».

La strategia intende migliorare l'accesso online ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese eliminando in tempi rapidi le differenze fondamentali che separano il mondo online dal mondo offline al fine di abbattere le barriere che bloccano l'attività online attraverso le frontiere; creare sviluppo delle reti e dei servizi digitali; effettuare investimenti nelle infrastrutture e nelle tecnologie delle TIC.

Per poter ottenere questi risultati la Commissione intende procedere anche a modificare, migliorare e integrare l'assetto normativo che regola il settore del commercio elettronico transfrontaliero: *«la prospettiva di doversi adattare a 28 normative nazionali diverse in materia di tutela dei consumatori e di contratti scoraggia le imprese dal lanciarsi nel commercio transfrontaliero e impedisce ai consumatori di profittare delle offerte più convenienti e dell'intera gamma d'offerta online».* Secondo le stime effettuate dalla Commissione, i consumatori, potendo scegliere prodotti e servizi nel mercato europeo integrato, potrebbero risparmiare 11,7 miliardi di euro l'anno e si aprirebbe-

ro i mercati per le piccole e medie imprese (PMI), di cui solo il 7%, attualmente, compie operazioni oltre frontiera.

Oltre alla fiducia dei consumatori e delle imprese nell'uso delle tecnologie informatiche occorre, secondo la Commissione, procedere nella uniformazione e nella armonizzazione delle regole giuridiche che disciplinano le operazioni concernenti beni e servizi. Attualmente sono uniformate le regole sulla informazione e sul recesso; debbono ancora essere uniformati i rimedi disponibili in caso di mancanza di conformità dei beni e dei servizi alle qualità promesse, sussistendo solo regole armonizzate al minimo livello.

Di qui le proposte di direttiva sulle vendite di prodotti digitali e di abolizione del c.d. geoblocco, uno dei vari mezzi a cui le imprese ricorrono per segmentare i mercati lungo i confini nazionali (restrizioni territoriali) limitando le possibilità e la scelta ai consumatori, le proposte di revisione della disciplina del diritto d'autore, le proposte di estendere le c.d. piattaforme on line.

Ovviamente, l'impiego delle tecnologie informatiche implica la tutela dei dati personali e il controllo delle informazioni diffuse in internet. Qui si incrociano aspetti di diritto privato, civile e commerciale, con aspetti di diritto costituzionale (l'accesso ad internet e la "costituzione per internet"), e con aspetti di diritto penale, particolarmente connessi con i reati di diffamazione, pornografia, terrorismo, riciclaggio di denaro di provenienza illecita.

«La Commissione mira a sostenere un mercato unico digitale inclusivo nel quale i cittadini e le imprese abbiano le competenze necessarie e possano usufruire di servizi elettronici interconnessi e plurilingue che spazino dalla pubblica amministrazione alla giustizia, dalla sanità all'energia e ai trasporti»: attraverso il mercato unico digitale si coglie la trasformazione della società contemporanea che consente non solo di estendere la comunicazione a tutti i cittadini europei ma anche di coinvolgere in questo sviluppo i cittadini extracomunitari che operano nei Paesi Membri. Si realizza in altri termini una maggiore integrazione, che nasce da operazioni economiche ma non si limita alla considerazione solo patrimoniale dei rapporti tra le persone

e non ha come obiettivo la mercificazione della persona.

In altri termini, si rafforzano i diritti dei consumatori, attraverso il mercato digitale, e si rafforza il programma di uniformazione del diritto privato europeo.

5. Il consumatore post-moderno: *consumer* v. *prosumer*

Oggi per illustrare la posizione di produttore e consumatore, di imprenditore e cliente, i sociologi hanno coniato un nuovo termine, il *prosumer*, composto di una parte (*pro*-producer; *sumer*-consumer) di entrambe le parole normalmente usate in senso antinomico per dimostrare che la distanza tra i due protagonisti del mercato si è andata riducendo. Esso non riguarda l'intero mercato, ma i settori di mercato in cui beni e servizi si possono produrre da sé e quindi il consumatore li produce per sé e per la cerchia dei famigliari diventando a sua volta imprenditore occasionale, artigiano, operaio, *factotum*¹⁹ oppure si attiva nella condivisione di servizi che mette in comune con altri per dividere profitti e costi (c.d. *co-sharing*). Ciò implica anche un diverso atteggiamento delle imprese, che – dicono i sociologi – debbono imparare a mettersi «nei panni del consumatore»²⁰: l'impresa apre le porte ai consumatori, li coinvolge nel processo di produzione, di predisposizione di beni e servizi, li ascolta e li utilizza come consulenti per i propri progetti. È un nuovo modo di intendere il rapporto con i consumatori, che stimola la loro innovazione e ovviamente è valorizzato dall'impiego delle tecnologie informatiche. Il *prosumer* partecipa all'aggiornamento dei prodotti, alla creazione di nuovi prodotti ed esplicita nuove esigenze, anche nel settore della comunicazione.

Quando si pensa dunque al *consumatore* si deve pensare ad una nozione costruita di momento in momento, che economicamente e sociologicamente è esposta ad un continuo adattamento, perfezionamento, e adeguamento, sì che le definizioni

¹⁹ G. FABRIS, *Customer Knowledge Marketing*, in *Consumatori, Diritti & Mercato*, 2008, 1, p. 91 ss.

²⁰ G. FABRIS, *op. ult. cit.*, p. 93.

normative di consumatore, se troppo dettagliate e precise, finiscono per non essere più adatte ai tempi. La nozione di consumatore è dunque sottoposta ad una tensione: da un lato, più neutrale e astratta essa è, più la forma è adattabile nel tempo e nello spazio alle nuove esigenze; dall'altro, più si sale in neutralità e astrazione, più il diritto si allontana dalla realtà, trattando tutti i consumatori sullo stesso piano, senza considerare la loro età, il sesso, la condizione sociale, la loro capacità cognitiva, la loro razionalità, e senza quindi ritagliare le regole a cui le imprese debbono uniformarsi in modo tale da soddisfare adeguatamente le loro esigenze.

6. La discussione attuale sulla nozione di consumatore

In dottrina, sulla base delle regole complessivamente introdotte dall'Unione europea, dei programmi di politica sociale delineati dall'Unione e progressivamente attuati, ma anche tenendo conto dell'evolvere delle situazioni nazionali e della comparazione con i modelli extraeuropei, si è nuovamente acceso il dibattito sul significato attuale della nozione di consumatore e sui rimedi con i quali possa essere più adeguatamente protetto.

In diversi contributi²¹ Hans Micklitz ha sottolineato la distanza tra l'indirizzo proprio del modello europeo, incentrato sulla libertà limitata del mercato in cui il consumatore opera come attore informato, rispetto al modello statunitense attuale in cui la tutela del consumatore non si persegue attraverso l'informazione ma, di riflesso, attraverso l'efficienza del mercato. In questa alternativa gioca un ruolo fondamentale il principio della razionalità comportamentale del consumatore, principio che sembra ora abbandonato dall'American Law Institute, che si occupa dei progetti legislativi più rilevanti per la società e l'economia statunitense. Ed allora quale modello prevarrà se si

²¹ H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, pp. 859-889. N. REICH-H.W. MICKLITZ-K. TONNER, *European Consumer Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 45 ss.

dovesse raggiungere l'accordo tra Unione europea e Stati Uniti per un mercato integrato? In altri termini, l'estensione dell'ingresso nel mercato di settori di distribuzione di beni e servizi offerti in internet e quindi aperti all'accesso di tutti implica che il consumatore sia sempre più immerso nei rapporti economici e sia considerato una pedina dell'intero sistema – è il c.d. consumatore “mercatizzato”. Di più. Essendo i mercati frammentati – c'è il mercato delle merci, quello dei servizi, il mercato della somministrazione di energie elementari quali acqua, gas, elettricità, il mercato delle banche e degli intermediari finanziari – il consumatore appare anch'esso “frammentato” perché in ciascuno di questi mercati riceve una tutela differenziata. Ed, ancora, il consumatore è disancorato dalla definizione neutrale e unificante di cui si è detto quando di volta in volta lo si considera sicuro ed agguerrito, oppure responsabile, oppure “debole”. Ad ogni graduazione di modi di essere e quindi di situazioni corrisponde un diverso apparato di regole e rimedi. Una risposta a tutto ciò è stato il consumatore “costituzionalizzato”, cioè il consumatore inteso come portatore di valori fondamentali.

Il giudizio di Micklitz è molto severo: «*il consumatore è stato sfiancato dal peso normativo e politico che gli ha imposto di comportarsi come il buono e attivo agente di mercato, come un circospetto e attento cliente*»; insomma egli dubita che la costituzionalizzazione della sua posizione giuridica sia sufficiente difesa per i milioni di persone che ogni giorno si rivolgono al mercato.

Questa lucida analisi ci deve avvertire non solo della necessità di valutare volta per volta la posizione del consumatore nell'ambito dei singoli rapporti ma anche della necessità di considerare come non illimitate le potenzialità del diritto e in generale della tutela *giuridica* del consumatore. In altri termini, sembra assolutamente opportuna una definizione chiara di base del consumatore, che ne ritagli gli aspetti essenziali e sia funzionale all'interpretazione e all'applicazione delle norme; sembra insopprimibile una specificazione, rispetto alla definizione generale, delle situazioni in cui particolari rapporti richiedono di prendere in considerazione non il consumatore *medio*, ma il consumatore *debole*. Sembra inopportuno considerare, in ogni

caso, la figura del consumatore *avvertito e responsabile*, figura che si fonda sulla presunzione che alla asimmetria informativa e alla asimmetria di potere contrattuale si possa rimediare con una quantità di informazioni e una quantità di rimedi sufficienti a pareggiare le due posizioni contrapposte. Sembra invece lodevole la “costituzionalizzazione” della posizione giuridica del consumatore non solo perché essa corrisponde alla nozione offerta dalla Carta dei diritti fondamentali, ma anche perché la critica radicale che denuncia nella costruzione della figura del consumatore una creatura del capitalismo avanzato in danno – o in spregio – della tutela della *persona* è del tutto miope. Non c’è identità, ovviamente, tra posizione giuridica della persona *tout court* e posizione giuridica del consumatore, ma non si può negare che l’essere consumatore sia una dimensione della persona, e che, promuovendo la tutela del consumatore si promuova la tutela della persona, cioè la sua salute (per l’appunto tutelandola dalle frodi alimentari, dai prodotti dannosi, dai farmaci pericolosi), la sua sfera privata (per l’appunto tutelandola dalle pratiche sleali e dall’uso illecito delle banche dati), il suo patrimonio (per l’appunto tutelandola dalle clausole vessatorie, dagli inganni pubblicitari, dalle operazioni economiche concluse sotto la pressione di pratiche scorrette, dagli investimenti inappropriati), ed estendendo la tutela anche agli aspetti processuali con la individuazione di rimedi *ad hoc* (l’accesso alla giustizia mediante rimedi individuali e collettivi).

Sulla nozione di consumatore si è raccolta una ampia messe di sentenze, poiché la definizione restrittiva scelta dal legislatore e confermata nel testo raccolto nel codice del consumo è parsa, anche in dottrina, troppo angusta. Tuttavia in più occasioni, prima della novella dell’art. 7 del d.l. n. 1/2012 (che ha inserito all’art. 18, comma 1, c. cons. la lett. *d-bis* e ha esteso la tutela prevista per i consumatori alle microimprese limitatamente alle pratiche commerciali scorrette)²², la Corte costituzionale ha escluso che la disposizione che ne dà la definizione e con ciò circoscrive la normativa di tutela solo alle persone fisiche non sia in contrasto con i principi della Costituzione. Con l’ordi-

²² Cfr. capitolo IV, par. 4 del presente manuale.

nanza n. 469 del 22 novembre 202 la Corte ha ritenuto non fondata, in riferimento agli artt. 3, 25 e 41 Cost., la questione della legittimità costituzionale dell'art. 1469-bis, comma 2, c.c. [corrispondente ora all'art. 3, comma 1, lett. a), c. cons.]: «*nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in quanto non risulta censurabile la scelta del legislatore di attribuire – in conformità al testo della direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, alla normativa di numerosi paesi membri dell'Unione europea nonché al progetto, in fase di elaborazione, di codice civile europeo – la qualità di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, escludendo con ciò dalla relativa speciale tutela tutti quei soggetti – quali professionisti, piccoli imprenditori e artigiani – che in forma individuale o anche collettiva agiscono per scopi comunque connessi all'attività economica, quantunque senza finalità di lucro: la predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuata in base a modelli uniformi nei diversi paesi dell'Unione europea, costituisce infatti di per sé sola una idonea ragione di politica legislativa a sostegno di questa scelta, tanto più in quanto non irragionevolmente diretta a tutelare soggetti che agendo, secondo l'“id quod plerumque accidit”, in modo occasionale, saltuario e non professionale, sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare su un piano di parità. Il principio della precostituzione del giudice, d'altra parte – per come reiteratamente affermato – è rispettato qualora l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non già in vista di singole controversie; né può ritenersi sussistente la lesione di detto principio in riferimento all'impossibilità di applicare, al giudizio in cui sia convenuta una società di capitali, in conseguenza del difetto della qualità di consumatore, la regola sul foro previsto dall'art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c., mentre priva di consistenza, per mancanza di chiara e adeguata motivazione, è la censura secondo cui la lamentata disparità di trattamento tra privato consumatore e piccolo imprenditore possa determinare una limitazione della concorrenza e un ostacolo al libero mercato».*