

Psicologia della decisione e tutela del consumatore*

Alberto Monti

1. INTRODUZIONE

Il tema che si va ad affrontare in questa sede concerne i complessi rapporti correnti tra psicologia della decisione e tutela del consumatore. Pur nella consapevolezza di farmi carico della fatica dell'ovvio, mi pare opportuno, anzitutto, segnalare che si tratta di due concetti aventi provenienza eterogenea. Ed infatti, se la nozione di "psicologia della decisione" attiene propriamente al campo di indagine delle scienze cognitive e comportamentali, quella di "tutela del consumatore" è di provenienza squisitamente giuridica.

In estrema sintesi, la "psicologia della decisione" si interessa di comprendere le modalità con le quali gli individui affrontano e risolvono i compiti decisionali, sia in condizione di incertezza, sia in ambienti ad elevato tasso informativo, occupandosi altresì della relazione tra emozioni e decisioni.

Dal canto suo, la "tutela del consumatore" costituisce obiettivo di politica del diritto – oggi affermatosi in tutti i sistemi giuridici appartenenti alla c.d. Tradizione Giuridica Occidentale – il cui processo di effettiva realizzazione parte dall'identificazione di una categoria di soggetti in ipotesi bisognosi di tutela (i c.d. "consumatori" appunto, ossia quei soggetti che si collocano sul fronte della domanda di mercato, idealmente – se non addirittura ideologicamente – opposti ai c.d. "professionisti") per giungere alla loro protezione mediante l'introduzione di norme imperative, sottratte all'autonomia privata. La cennata esigenza di tutela è generalmente giustificata dalla condizione di "debolezza" in cui verserebbe il consumatore (in parte derivante dalla sua carenza, a livello individuale, di potere contrattuale rispetto al professionista), nonché dalla presenza di rilevanti asimmetrie informative a suo svantaggio.

La ricognizione di una così marcata eterogeneità di provenienza comporta, in prima battuta, la necessità di individuare più chiaramente il piano di interazione sul quale si muovono oggi i rapporti tra questi due concetti: "psicologia della decisione" e "tutela del consumatore", soprattutto al fine di analizzare il grado di approfondimento interdisciplinare che caratterizza i discorsi intorno a tali rapporti.

Alberto Monti è Professore Associato di Diritto Privato Comparato Università Bocconi Milano.

* Saggio presentato alla conferenza interdisciplinare: "I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti" organizzato a Torino in data 14-16 dicembre 2006 dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino, dal Center for Cognitive Sciences del Politecnico di Torino e dal CLEI – Centre for the Comparative Analysis of Law and Economics, Economics of Law, Economics of Institutions (<http://www.cleicentre.org/>)

Direito e Democracia	v.8	n.1	pp.31-47	jan./jun. 2007
----------------------	-----	-----	----------	----------------

In prima e sommaria approssimazione, detto piano può essere individuato nell'oggettiva rilevanza che gli esiti degli studi di psicologia della decisione possono assumere: *(a)* nella determinazione più precisa dei connotati di quella asserita "debolezza" che andrebbe a caratterizzare gli appartenenti alla categoria dei consumatori, legittimandone così la protezione da parte dell'ordinamento giuridico e *(b)* nella individuazione delle concrete modalità di comunicazione delle informazioni necessarie a livellare le asimmetrie che li vedrebbero altrimenti sfavoriti rispetto ai professionisti.

In questa prospettiva, appare chiaro che l'interesse per una siffatta indagine non può e non deve restare confinato nella sfera ristretta dei circoli accademici, dovendosi per converso estendere sino al punto di informare i processi decisionali delle istituzioni pubbliche preposte all'identificazione non solo delle linee guida per la tutela del consumatore a livello politico e legislativo, ma anche delle concrete modalità di attuazione di tali direttive a livello pratico ed operativo.

L'impatto economico – ossia il costo – delle regole giuridiche promulgate dal legislatore nazionale ed europeo al dichiarato fine di "tutelare" il "consumatore" è, infatti, tutt'altro che insignificante per gli operatori del mercato unico, sicché appare quanto meno legittima la richiesta di una giustificazione la quali trovi il suo fondamento in solide basi sia teoriche, sia empiriche.

2. ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E MODELLI COMPORTAMENTALI

L'analisi economica ha insegnato ai giuristi l'importanza di vagliare i costi ed i benefici generati dalle regole giuridiche e, più in generale, gli effetti economici che tali regole producono, anche al fine di comprendere meglio i meccanismi di incentivo introdotti dai precetti normativi, i quali condizionano inesorabilmente le scelte compiute dai destinatari dei precetti medesimi, influenzando così il risultato finale di ogni intervento legislativo.

Sfatato il mito del positivismo giuridico, il quale inneggiava – in una sorta di delirio di onnipotenza – all'automatica conformazione delle condotte ai precetti e dei risultati di politica legislativa agli obiettivi prefissati, si è potuto agevolmente constatare che assai frequentemente le scelte dei consociati, siccome influenzate dalle norme giuridiche, conducono ad esiti di segno opposto rispetto a quelli che il legislatore si era originalmente prefigurato. Il caso italiano della legge sull'equo canone non è che uno tra i numerosi esempi che si possono addurre a sostegno di questa affermazione.

Ma allora, se l'obiettivo è quello di giungere a prevedere con un certo grado di approssimazione i risultati economici che scaturiranno dalle regole giuridiche – nella prospettiva di garantire un minimo di coerenza alle formule declamatorie che spesso accompagnano le riforme legislative – appare chiara la necessità per il giurista di dotarsi di strumenti di previsione che consentano di anticipare le possibili reazioni dei destinatari

delle regole di nuova produzione. Il che si traduce nella necessità di individuare modelli comportamentali i quali consentano di vagliare con sufficiente accuratezza le modalità con le quali i destinatari delle norme giuridiche orienteranno le proprie condotte, al fine di garantire l'allineamento degli esiti concreti di un dato intervento normativo con gli obiettivi di politica economica e legislativa annunciati in sede di promulgazione, o comunque adottati a motivazione e giustificazione di tale intervento.

In quest'ottica, la *Law & Economics* di stampo neoclassico ha tradizionalmente costruito i propri modelli analitici assumendo, tra il resto, la perfetta razionalità degli agenti economici, ossia la piena rispondenza dei loro modelli di comportamento al paradigma della c.d. "teoria delle scelte razionali", a sua volta fondata sulla stabilità delle preferenze individuali – le quali debbono essere ordinate su una scala dotata delle caratteristiche di completezza, transitività e riflessività – e sulla massimizzazione dell'utilità individuale (per il consumatore) o del profitto (per l'impresa) quale obiettivo tendenziale di ogni scelta ⁽¹⁾.

L'interazione tra agenti razionali e massimizzanti i quali operano in condizione di perfetta informazione ed in assenza di costi transattivi genera un mercato perfettamente concorrenziale ove i prodotti siano tra loro omogenei, le funzioni di produzione e di costo siano uguali per tutti e non sussistano barriere all'ingresso o all'uscita.

Tuttavia, se il paradigma della teoria delle scelte razionali si è dimostrato assai utile per l'analisi della condotta di attori istituzionali dotati di sofisticati strumenti preposti al governo dei loro processi decisionali interni – si pensi, ad esempio, al caso di una società commerciale multinazionale –, un simile approccio perde progressivamente smalto se applicato all'analisi della condotta delle persone fisiche le quali agiscono nel contesto della propria sfera privata, sino a giungere a denotare caratteri di preoccupante somiglianza con il famigerato "apricatole" evocato da Mitchell Polinsky nell'arguta introduzione al suo manuale di analisi economica del diritto ⁽²⁾.

In questo contesto, dunque, si è avvertita l'urgenza di ricercare modelli comportamentali alternativi, i quali rispecchiassero più accuratamente le effettive modalità di orientamento della condotta degli individui posti dinnanzi alle scelte indotte dalle regole giuridiche ⁽³⁾. Le scienze cognitive e comportamentali ⁽⁴⁾ hanno così contribuito

⁽¹⁾ Posner, Richard A. 1979. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory," *Journal of Legal Studies*, 8:103-40; Posner, Richard A. 1992. *Economic Analysis of Law*, 4th ed. (Boston: Little Brown); Posner, Richard. 1998. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. *Stanford Law Review* 50: 1551-1575; Korobkin, Russel e Thomas Ulen. 2000. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. *California Law Review* 88: 1051-1144

⁽²⁾ Polinsky, Mitchell A. 1989, *An Introduction to Law and Economics*, Little, Brown and Company

⁽³⁾ Thaler, Richard H. 1996. "Doing Economics Without Homo Economicus," in *Foundations of Research in Economics: How Do Economists Do Economics?*, ed. Steven G. Medema and Warren J. Samuels, 227-37 (Brookfield, VT: Edward Elgar Publishing Company)

⁽⁴⁾ Rabin, Matthew. 1998. *Psychology and Economics*. *Journal of Economic Literature* 36:11-46; Camerer, Colin e George Loewenstein. 2003. "Behavioral Economics: Past, Present, Future." In *Advances in Behavioral Economics*, ed. Colin Camerer, George Loewenstein and Matthew Rabin. Princeton: Princeton University Press

significativamente ad arricchire il bagaglio tecnico dei giuristi che si interessano di analisi economica ⁽⁵⁾, fornendo loro strumenti nuovi fondati su concetti quali la “razionalità limitata” (*bounded rationality*) ⁽⁶⁾ ed l’”effetto dotazione” (*endowment effect*) ⁽⁷⁾.

Nella medesima prospettiva, si è giunti alla consapevolezza che gli individui a volte mostrano un’eccessiva fiducia nelle proprie abilità (*optimistic bias*) ⁽⁸⁾; in numerose situazioni, infatti, le persone dimostrano di giudicarsi più brave della media anche quando ciò non è vero: la maggioranza degli automobilisti, ad esempio, ritiene di essere un guidatore migliore rispetto alla media.

La psicologia cognitiva ha poi dimostrato l’esistenza di una serie di strategie che gli individui impiegano nell’affrontare le decisioni, sia qualora tali decisioni debbano essere prese in condizione di incertezza o scarsità di informazioni ⁽⁹⁾, sia al fine di selezionare le informazioni rilevanti in ambienti il cui tasso di informazione è così alto da mettere in crisi le capacità di analisi dell’individuo ⁽¹⁰⁾. Si pensi, in questo ambito, alla c.d. euristica della disponibilità ed alla c.d. euristica dell’ancoraggio che ci hanno segnalato gli studi empirici condotti tra gli altri da Tversky e Kahneman ⁽¹¹⁾.

Non è infrequente, ad esempio, che, nel fornire una stima riguardo alla possibile verifica di eventi futuri, le persone si rifacciano alla loro esperienza con riguardo all’accadimento di eventi simili nel passato: la stima della probabilità di un evento viene quindi compiuta sulla base della vividità e dell’impatto emotivo di un ricordo, piuttosto che sulla probabilità oggettiva. Questo fenomeno determina, per esempio, l’incremento nella domanda di assicurazione in determinato luogo nell’immediato seguito di un evento catastrofe naturale, senza alcuna apparente giustificazione in termini di incremento delle probabilità ⁽¹²⁾. L’euristica dell’ancoraggio, dal canto suo,

⁽⁵⁾ Eisenberg, Melvin A. 1995. “The Limits of Cognition and the Limits of Contract”, 47 Stan. L. Rev. 211; Sunstein, Cass. 2000. Introduction. In Behavioral Law & Economics, ed. Cass Sunstein, 1-10. Cambridge: Cambridge University Press

⁽⁶⁾ Simon, Herbert A. 1979. “Rational Decisionmaking in Business Organizations,” American Economic Review, 69, 493- 513

⁽⁷⁾ Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler. 1990. “Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem,” Journal of Political Economy, 98:1325-48; Korobkin, Russell. 2003. “The Endowment Effect and Legal Analysis,” in Symposium: Empirical Legal Realism: A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior, Northwestern University Law Review, 97:1227-93; Plott, Charles R. & Kathryn Zeiler. 2005. “The Willingness to Pay–Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect,’ Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations,” American Economic Review, 95:530-45

⁽⁸⁾ Weinstein, Neil D. 1980. “Unrealistic Optimism About Future Life Events,” Journal of Personality and Social Psychology, 39:806-20; DeJoy, David M. 1989. “The Optimism Bias and Traffic Accident Risk Perception,” Accident Analysis and Prevention, 21:333-40

⁽⁹⁾ Kahneman, Daniel, Paul Slovic and Amos Tversky eds., 1982. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, (New York: Cambridge University Press)

⁽¹⁰⁾ Gilovich, Thomas, Dale Griffin and Daniel Kahneman (ed.). 2002. Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment. (New York: Cambridge University Press)

⁽¹¹⁾ Tversky, Amos and Daniel Kahneman. 1973. “Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability,” Cognitive Psychology 5:207-32; Kahneman, Daniel and Amos Tversky. 1979. “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk,” Econometrica, 47:263-91; Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler. 1990. “Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem,” Journal of Political Economy, 98:1325-48

⁽¹²⁾ Kahneman, Daniel and Amos Tversky. 1979. “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk,” Econometrica, 47:263-91; Camerer, Colin F. and Howard Kunreuther. 1989. “Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications,” Journal of Policy Analysis & Management, 8:565-92

fa sì che qualora un individuo sia chiamato a fornire una stima di probabilità di un evento, detta stima venga sistematicamente influenzata da un termine di paragone.

Vi è poi una serie di problematiche collegate all'orizzonte temporale nel quale si collocano le scelte degli individui, i quali si trovano spesso a trascurare o addirittura pregiudicare i propri obiettivi di lungo periodo, cedendo sistematicamente alle tentazioni nel breve (c.d. *bounded willpower*).

Non mi pare, tuttavia, che ai nostri fini possa esaurirsi qui la rilevanza della "psicologia della decisione".

Ed infatti, se da un lato i modelli comportamentali alternativi a quello proposto dalla teoria delle scelte razionali servono a comprendere meglio come gli individui orientano la propria condotta dinnanzi ai precetti giuridici⁽¹³⁾, dall'altro detti modelli di condotta possono fornire una giustificazione o, quanto meno, una spiegazione di quelle regole giuridiche di carattere imperativo le quali impongono restrizioni al libero operare degli agenti economici sul mercato introducendo, per esempio, vincoli di forma oppure diritti non rinunciabili ed obblighi inderogabili allo scopo dichiarato di proteggere il consumatore.

Secondo l'analisi economica, nell'ambito del diritto dei contratti le norme inderogabili (*mandatory rules*), in quanto restrittive dell'ambito di esercizio dell'autonomia privata, possono trovare giustificazione soltanto in presenza di fallimenti del mercato. In quest'ottica, dunque, qualsiasi deviazione dallo standard di razionalità, costituendo possibile fonte di un fallimento del mercato, potrebbe legittimare l'intervento correttivo dell'ordinamento giuridico.

Ma, al fine di determinare le precise modalità di un intervento correttivo che sia davvero efficace e risolutivo, è necessario anzitutto comprendere nel dettaglio i contorni del "problema" che si intende affrontare e risolvere, sicché in questa prospettiva il prodotto della ricerca nel campo delle scienze cognitive e comportamentali acquisisce rilevanza cruciale.

Capire con maggior grado di dettaglio come un consumatore compie le proprie scelte⁽¹⁴⁾ può innanzitutto servire allo scopo di aumentarne la consapevolezza, mettendo a nudo le tecniche di *marketing* che si fondano proprio sulla individuazione di strategie decisionali più o meno inconsapevoli (euristiche e *bias*). Si pensi, ad esempio, al fatto – ormai ben noto a tutti – che la disposizione dei prodotti sugli scaffali dei supermercati non è affatto casuale, bensì è il frutto di attenti studi comportamentali diretti alla massimizzazione del profitto dell'imprenditore.

L'attività istituzionale di monitoraggio diretta e prevenire e reprimere la messa in opera di comportamenti decettivi in danno al consumatore – quali, ad esempio,

⁽¹³⁾ Jolls, Christine, Cass R. Sunstein and Richard Thaler. 1998. "A Behavioral Approach to Law and Economics," *Stanford Law Review*, 50:1471-1550

⁽¹⁴⁾ Thaler, Richard H. 1980. "Toward A Positive Theory of Consumer Choice," *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1:39-60

l'introduzione di diciture fuorvianti nell'etichettatura dei prodotti, oppure la comunicazione di messaggi ingannevoli attraverso il canale della pubblicità – risulta poi certamente agevolata da una migliore e più precisa comprensione di come tali informazioni e messaggi vengono effettivamente recepiti dal consumatore, andando ad influenzare le sue scelte.

Qualora, poi, al fine di livellare le asimmetrie informative che vedono il consumatore in condizione di svantaggio rispetto alla controparte, si introducano obblighi di informazione a carico delle imprese, ecco allora che – per assicurare l'effettivo conseguimento dell'obiettivo prefissato – diviene strettamente necessario comprendere come modulare il contenuto di detti obblighi, sia in relazione al volume ed alla qualità delle informazioni da trasmettere al consumatore, sia in relazione alle concrete modalità espressive che debbono veicolare dette informazioni, tenendo in debita considerazione i limiti cognitivi che affliggono il destinatario della comunicazione.

3. FINALITÀ, STRUMENTI E TECNICHE DI TUTELA GIURIDICA DEL CONSUMATORE

Come anticipato, la “tutela del consumatore” costituisce obiettivo di politica del diritto perseguito oggi, seppur con l'impiego di strumenti tecnici non sempre omogenei, dalla maggior parte dei sistemi giuridici occidentali.

La Commissione Europea, nell'identificare le finalità della “tutela del consumatore”, afferma che:

Consumer policy is central to the EU's objective of continuously improving the quality of life of all EU citizens. The aim of promoting the interests, health and safety of consumers in the EU is enshrined in articles 153 and 95 of the Treaty establishing the European Community. EU consumer policy aims to ensure that the internal market is open, fair and transparent, so that consumers can exercise real choice; rogue traders are excluded and consumers and business can take advantage of its potential. Consumer policy involves:

- increasing consumer confidence in the internal market which contributes to the improvement of business competitiveness by setting a regulatory framework that is the same and equally enforced across the European market and that protects consumers effectively;
- strengthening consumers' position on the market place by the development of consumer education tools and the active support of EU consumer organisations and their involvement in policy making;
- ensuring that consumer concerns are taken into account in all EU policies;
- complementing Member States' consumer policy;

- collecting consumer-related data to support the development of legislative proposals and other initiatives.

(http://ec.europa.eu/consumers/overview/index_en.htm)

Dal canto suo, la U.S. Federal Trade Commission definisce così i propri compiti in materia di tutela del consumatore:

The Bureau of Consumer Protection's mandate is to protect consumers against unfair, deceptive, or fraudulent practices. The Bureau enforces a variety of consumer protection laws enacted by Congress, as well as trade regulation rules issued by the Commission. Its actions include individual company and industry-wide investigations, administrative and federal court litigation, rulemaking proceedings, and consumer and business education. In addition, the Bureau contributes to the Commission's on-going efforts to inform Congress and other government entities of the impact that proposed actions could have on consumers. (<http://www.ftc.gov/ftc/consumer/home.html>)

In questo contesto, ai nostri fini è di indubbio interesse notare che, quanto meno a livello declamatorio, il legislatore italiano dimostra di apprezzare l'importanza di un approccio interdisciplinare che tenga in debita considerazione le più recenti tendenze evolutive dell'analisi economica comportamentale.

Ed infatti, nella relazione introduttiva al Codice del Consumo ⁽¹⁵⁾, il Ministro delle Attività produttive riferisce che la necessità di riordinare e armonizzare la normativa in tema di tutela dei consumatori trova solide giustificazioni formali nelle teorie economiche e commerciali sui processi di acquisto e di consumo.

Tali dottrine, infatti, rappresentano l'esito di una complessa evoluzione, che parte dai modelli classici e neoclassici sul consumatore, incentrate sugli assiomi della razionalità assoluta e della completa informazione degli attori economici. Le più moderne tesi ricostruttive sono state radicalmente riformulate, grazie al contributo dei primi studiosi, che hanno introdotto principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale "teoria del consumatore". Lo sviluppo dei nuovi studi ha consentito di identificare le dimensioni connotanti la strutturale debolezza del consumatore. Ne è derivato un ricco quadro concettuale, idoneo a descrivere e interpretare comportamenti e processi d'acquisto.

In questa cornice il legislatore italiano intende collocare i principi sottostanti al fabbisogno di tutela del consumatore. Sempre secondo il Ministero, dunque, la

⁽¹⁵⁾ Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, di seguito "Codice"

codificazione della normativa in materia di tutela dei consumatori e degli utenti è stata condotta con riferimento a un contorno di teorie e modelli concettuali consolidati, nella letteratura economica sul comportamento del consumatore e, più in generale, negli studi delle tecniche di mercato e del marketing. In particolare, la relazione prosegue nell'affermare che la struttura e l'articolazione del Codice sono state ispirate ai modelli sul processo d'acquisto del consumatore, che ne evidenziano i principali stadi in una logica sequenziale:

In tale senso, le norme del Codice sono da considerarsi in piena sintonia con la teoria delle fondamentali fasi del processo. Si parte da quelle volte a favorire l'educazione e l'informazione del consumatore nei momenti corrispondenti all'emergere dei bisogni e dei desideri di acquisto e possesso, concernenti beni e servizi di consumo. Si prosegue con le fasi che tutelano il consumatore, nel delicato stato della raccolta di informazioni da fonti istituzionali, commerciali, personali ed empiriche. Si considerano ancora i momenti che sostengono la razionalità e la trasparenza dei processi valutativi sulle alternative di scelta del consumatore. Si prevedono norme tese a garantire la correttezza dei processi negoziali e delle forme contrattuali da cui discendono le decisioni d'acquisto, l'uso e il consumo. A conclusione di tale sequenza sono state poste le norme concernenti le interazioni commerciali da cui hanno origine le valutazioni di soddisfazione o insoddisfazione, nonché i comportamenti relazionali, considerando come tali anche quelli di natura conflittuale.

La Relazione al Codice conclude quindi sul punto sostenendo che:

Il Codice muove da alcune consolidate definizioni sulla natura degli interventi di tutela del consumatore: 'insieme di politiche ed azioni attuate per assicurare che tutti i consumatori ottengano ciò che vorrebbero veramente (se fossero pienamente informati)'. La redazione delle singole norme è ispirata dagli approfondimenti che in diverse aree disciplinari (dalla psicologia economica, alla finanza comportamentale, alle tecniche di mercato) sono stati condotti per descrivere e interpretare gli effettivi scostamenti fra la condizione ideale, postulata dai modelli microeconomici classici e neoclassici, e quella effettiva, riscontrabile nelle moderne economie di mercato.

Ciò premesso – e ricordato che, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del Codice, consumatore è soltanto «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*» –, giova segnalare che a livello operativo la tutela giuridica del consumatore, sul piano dei rapporti contrattuali con il professionista, si è sino ad oggi sostanziata in tre principali tipologie di intervento che hanno caratterizzato la linea di azione del legislatore europeo:

1. la previsione di specifici obblighi di informazione a carico dell'impresa che

si rivolge al mercato, accompagnata dalla indicazione più o meno generica dei requisiti di forma che debbono essere rispettati all'atto di comunicazione di tali informazione al consumatore;

2. la previsione, in forma di diritto irrinunciabile, della possibilità per il consumatore di liberarsi unilateralmente dal vincolo negoziale entro un certo termine qualora il contratto sia particolarmente complesso oppure sia stato concluso mediante l'impiego di determinate tecniche di marketing, quali ad esempio la vendita fuori dai locali commerciali e la vendita a distanza.

3. la previsione dell'invalidità di una serie di clausole contrattuali – considerate dal legislatore come indesiderabili per il consumatore – qualora dette clausole siano contenute in contratti standard predisposti unilateralmente dall'impresa per l'adesione del consumatore.

3.1. Obblighi di informazione

In relazione al primo aspetto, l'articolo 5, comma 3, del Codice del Consumo, stabilisce che le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere *«adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata»* ed *«espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore»*.

In aggiunta a questa direttiva di contenuto assai generico, specifici obblighi informativi sono poi imposti da numerose norme oggi raccolte nel Codice del Consumo, tra le quali è significativo ricordare ai nostri fini quelle che richiedono:

- l'indicazione per i prodotti in vendita del prezzo per unità di misura, oltre al prezzo di vendita, al fine di rendere più agevole per il consumatore la comparazione della convenienza di prodotti sostituibili offerti sul mercato in confezioni di diversa capienza (art. 14);

- per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la comunicazione dell'esistenza del diritto di recesso (art. 47);

- per i contratti a distanza, la previa comunicazione di una serie di notizie in merito all'identità del professionista, alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, al prezzo, comprese tutte le tasse e le imposte, alle spese di consegna, alle modalità del pagamento, all'esistenza del diritto di recesso o all'esclusione dello stesso, alle modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso, alla durata della validità dell'offerta e del prezzo, alla durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica (art. 52);

- sempre per i contratti a distanza, la conferma per iscritto o su altro supporto duraturo di tutte le informazioni sopra menzionate, nonché la comunicazione di altre informazioni tra cui le condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso,

l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può presentare reclami, le informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti;

- per i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (multiproprietà e time share), la previa consegna di un documento informativo avente il contenuto previsto in dettaglio dall'art. 70;

- per contratti aventi ad oggetto pacchetti turistici, la comunicazione di una serie articolata di informazioni sulle caratteristiche del servizio (articoli 85, 86 e 87).

Alle norme appena richiamate se ne aggiungono numerose altre, contenute, tra l'altro, nel Testo Unico Bancario ⁽¹⁶⁾ – ad esempio in materia di credito al consumo: pensiamo alla disciplina del TAEG – e nel Testo Unico dell'intermediazione finanziaria ⁽¹⁷⁾.

In relazione ai cennati obblighi informativi, è interessante notare che, fatta eccezione per la generica indicazione prevista all'art. 5, comma 3 del Codice del Consumo e per il requisito della forma scritta (o della trasmissione delle informazioni su altro supporto duraturo), non pare sia stata dedicata particolare attenzione da parte del legislatore alle tecniche di comunicazione ed alle modalità espressive in concreto impiegate dal professionista nella trasmissione delle informazioni al consumatore.

E questo è certamente l'ambito nel quale il contributo delle scienze cognitive può risultare più prezioso al fine di individuare le più efficaci tecniche di informazione del consumatore, tenendo conto delle peculiari modalità con le quali dette informazioni vengono dallo stesso recepite e processate.

In proposito, speciale attenzione merita la disposizione contenuta nell'articolo 166 del Codice delle Assicurazioni ⁽¹⁸⁾. Com'è noto, con la legge 29 luglio 2003 n.229 il legislatore italiano ha conferito ampia delega al governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni, nel rispetto dei numerosi principi e criteri direttivi tra i quali figura altresì la tutela dei consumatori e, più in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari.

In aderenza ai contenuti della delega, l'articolo 166 del Codice delle Assicurazioni stabilisce che il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente e che le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato debbono essere riportate mediante caratteri di particolare evidenza.

⁽¹⁶⁾ Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385

⁽¹⁷⁾ Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58

⁽¹⁸⁾ Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n.209

La norma si colloca nel più ampio contesto delle moderne regole, sia di fonte legislativa che giurisprudenziale, le quali dettano precisi obblighi di trasparenza ed informazione all'impresa che si rivolge al mercato. Sul fronte degli interventi legislativi, oltre alle disposizioni di cui al Titolo XIII del Codice della Assicurazioni, si rammenti altresì quanto previsto dagli articoli 34 comma 2 e 35 del Codice del Consumo, applicabili anche ai contratti di assicurazione stipulati con i consumatori. Com'è noto, in forza della prima tra le disposizioni appena citate, la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto (ossia principalmente la definizione e delimitazione del rischio da trasferire per mezzo del contratto di assicurazione), né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile; la seconda norma citata stabilisce invece che nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile e, in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

L'introduzione di requisiti di chiarezza nella dinamica del rapporto tra imprese di assicurazioni e singoli assicurati è giustificata, come detto, dal rilievo di una asimmetria informativa in riguardo alle regole pattizie preordinate al governo della relazione. Collocando la questione in una prospettiva comparatistica, si osserverà come gli strumenti giuridici utilizzati per far fronte a tale squilibrio sono molteplici; tuttavia, si noterà anche come in realtà tutti questi strumenti vadano ad operare intervenendo principalmente sulla condotta del parlante, al quale è richiesto di esprimersi con chiarezza, comprensibilità ed esaustività non solo nel contratto, ma anche in tutte le fasi propedeutiche alla sua conclusione.

Le note difficoltà di comunicazione che affliggono le relazioni commerciali tra impresa e mercato *retail* veicolate dal contratto standard risultano ancora più accentuate e dense di aspetti conflittuali ove si prenda in considerazione il rapporto assicurativo di massa. In questo contesto, il paradigma del contratto quale espressione della volontà delle parti risulta quanto mai fuorviante.

Del resto, giova segnalare che la contrattazione standard appare essenziale per il corretto funzionamento dell'assicurazione dei rischi di massa. Soltanto attraverso l'assunzione di una serie considerevole di rischi omogenei ma tra loro indipendenti, infatti, l'assicuratore è in grado di affrontare il rischio in condizione di neutralità, avvalendosi della c.d. legge dei grandi numeri. La negoziazione individuale dei termini della garanzia da parte dei singoli assicurati non pare quindi il traguardo verso il quale dirigersi.

Esaminando il contenuto e la portata applicativa del precetto di ordine generale veicolato dal primo comma dell'art. 166 del Codice delle Assicurazioni, in forza del quale «*il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente*», pare anzitutto opportuno rilevare come si tratti, da un lato, di un'estensione oltre i confini della contrattazione standard al consumo di quella direttiva di chiarezza e comprensibilità già contenuta nel primo comma

dell'articolo 35 del Codice del Consumo, e dall'altro di un ampliamento delle forme espressive le quali debbono conformarsi alla direttiva in discorso. In termini più distesi, si noterà che la norma in esame concerne non solo i criteri di redazione del documento contrattuale vero e proprio, ossia il testo di polizza, ma anche qualsiasi documento consegnato dall'impresa al contraente, ivi compresi i questionari preliminari, la nota informativa ed ogni altra comunicazione.

La formulazione del precetto è invero assai ampia, in quanto si chiede genericamente all'impresa di esprimersi «*in modo chiaro ed esauriente*», sicché riesce assai difficile figurarsene in concreto la futura portata applicativa.

Non meno complessa è poi l'analisi della norma di cui al secondo comma, la quale, specificando alcuni contenuti della direttiva di chiarezza ed esaustività sopra discussa, stabilisce che «*le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza*».

Se per un verso appare molto chiara la tipologia di problemi che una siffatta disposizione mira ad affrontare, giacché la norma appare tesa a minimizzare l'indesiderato "effetto sorpresa" provocato dal deliberato occultamento di previsioni sfavorevoli nei formulari contrattuali predisposti unilateralmente dall'impresa e così ad allineare maggiormente le ragionevoli aspettative dell'assicurato all'effettivo contenuto delle pattuizioni contrattuali espresse ⁽¹⁹⁾, per altro verso detta norma non pare cogliere appieno le specificità delle tecniche di redazione dei contratti assicurativi, formulando all'impresa una richiesta che difficilmente potrà in concreto portare alla effettiva soluzione del cennato problema.

Al fine di meglio comprendere la portata dell'affermazione, basti porre l'attenzione sul fatto che sovente in ambito assicurativo la maggior parte delle clausole contrattuali, siano esse condizioni o esclusioni, è proprio diretta a limitare l'ambito di operatività di quelle garanzie genericamente delineate nel c.d. *insuring agreement*, ossia in quella previsione di polizza che spesso viene rubricata nella prassi negoziale italiana come "oggetto dell'assicurazione". Le stesse definizioni contrattuali costituiscono limitazioni convenzionali del significato da attribuire alle espressioni impiegate in polizza, comportando così, quanto meno indirettamente, un'ulteriore delimitazione della garanzia offerta. Se a questo si aggiunge che le condizioni generali e particolari assai frequentemente prevedono decadenze e oneri a carico del contraente o dell'assicurato sia in caso di sinistro, sia in corrispondenza di scadenze e rinnovi, non riesce difficile immaginare come la particolare evidenza grafica conferita alla quasi totalità delle previsioni di polizza non sortirebbe affatto l'effetto desiderato. Da qui l'inopportunità, ad avviso di chi scrive, di un'acritica formale adesione al precetto in discorso.

⁽¹⁹⁾ Monti, Alberto. 2002. Buona fede e assicurazione. Milano: Giuffrè

Vi è poi un problema di fondo. Se da un lato è certamente vero che, come del resto già ricordato, tra i criteri direttivi individuati dalla legge delega figura in prima linea la tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, dall'altro non è men vero che l'ambito di applicazione della disposizione in commento non risulta affatto limitato ai contratti stipulati con il consumatore.

Orbene, se è agevole comprendere in linea teorica – ferme le perplessità operative più sopra manifestate – la *ratio* di un intervento del legislatore diretto a richiedere speciale evidenza grafica a determinate previsioni nei contratti al consumo, più ostica appare invece la giustificazione di un siffatto vincolo imposto alle tecniche di redazione nel contesto della contrattazione tra imprese, soprattutto ove gli accordi, come da prassi, vengano conclusi mediante l'intervento determinante di un broker il quale, dopo aver scrupolosamente esaminato e negoziato per conto del contraente le condizioni di garanzia, provvede all'emissione di un ordine fermo di copertura.

In ogni caso, pare opportuno precisare che la problematica potrebbe rimanere confinata sul piano teorico, giacché il legislatore delegato non ha ritenuto di prevedere espressamente alcuna sanzione per il caso di violazione dei precetti in commento. Ed infatti, non è dato cogliere univocamente l'effetto di una condotta che si ponga in violazione della disposizione di cui all'articolo 166 del Codice delle Assicurazioni.

In assenza di specifiche sanzioni, e sulla falsariga di quanto è già stato argomentato dalla più attenta dottrina in merito agli effetti della violazione della disposizione di cui all'articolo 35 del Codice del Consumo, non pare che al requisito della trasparenza possa legittimamente conferirsi rilievo "autonomo" e diverso dai riflessi che, in forza del ben noto canone ermeneutico dell'*interpretatio contra stipulatorem*, il difetto di chiarezza può spiegare sull'interpretazione del contratto redatto unilateralmente dall'impresa. In termini più distesi, non si ritiene che il difetto di chiarezza, comprensibilità ed esautività possa costituire in sé fattispecie autonoma di vessatorietà, né possa così comportare l'inefficacia della clausola redatta in violazione di tali precetti. Al limite, in aggiunta alle cennate conseguenze penalizzanti sul piano interpretativo, la mancanza di chiarezza da parte dell'impresa nella fase precontrattuale potrà dare ingresso ai rimedi risarcitori veicolati dall'art. 1337 del Codice civile, ove se dovesse ammettere l'applicazione anche in ipotesi di contratto validamente concluso.

Si potrebbe, forse, argomentare che, anche in assenza di specifiche indicazioni del legislatore, il difetto di evidenza grafica – sempre che si riescano a definire standard oggettivi di riferimento, quanto meno sul piano giurisprudenziale – può comunque ricondursi alla categoria del difetto di forma, con i ben noti effetti sulla validità ed efficacia delle clausole contrattuali non conformi. Per quanto suggestiva, non pare che la tesi possa meritare seria considerazione, né tanto meno accoglimento, soprattutto con riferimento alle clausole di limitazione della garanzia le quali sono addirittura sottratte, come più sopra ricordato, dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di clausole abusive e vessatorie.

Conclusivamente, pare di poter affermare che la norma in discorso merita di essere accolta alla stregua di un invito rivolto alle imprese, e soprattutto a quelle che concentrano la propria attività nel mercato delle polizze al consumo, a rivedere i propri standard contrattuali, nonché tutti i documenti impiegati nella commercializzazione dei prodotti assicurativi, al fine di renderli più comprensibili ed accessibili al lettore, nell'ottica di un tendenziale riallineamento tra aspettative ragionevoli dei contraenti ed effettivo contenuto delle pattuizioni contrattuali espresse, con l'avvertimento che il mancato rispetto delle indicazioni fornite dal legislatore potrà comportare effetti penalizzanti sul piano dell'interpretazione del contratto, nonché eventuali responsabilità a carico dell'impresa, ma solo ove la sua condotta si sia effettivamente posta in contrasto con il canone di buona fede, rinviando così ad un approccio casistico che è proprio del formante giurisprudenziale.

In questa prospettiva, appare ovvio che il contributo delle scienze cognitive e comportamentali potrà fornire prezioso ausilio tanto alle imprese, quanto alle corti ed agli altri decisori istituzionali.

3.2. Diritto di recesso

Passando ad esaminare la seconda tipologia di intervento, pare utile segnalare anzitutto l'articolo 64 del Codice del Consumo, il quale stabilisce che per i contratti e per le proposte contrattuali a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali il consumatore ha in linea generale il diritto di recedere senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di dieci giorni lavorativi.

L'art. 73 del Codice del Consumo, in materia di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (multiproprietà e time share), prevede a sua volta che entro dieci giorni lavorativi dalla conclusione del contratto l'acquirente può recedere dallo stesso senza specificarne il motivo. In tale caso l'acquirente non è tenuto a pagare alcuna penalità e deve rimborsare al venditore solo le spese sostenute e documentate per la conclusione del contratto e di cui è fatta menzione nello stesso, purché si tratti di spese relative ad atti da espletare tassativamente prima dello scadere del periodo di recesso.

Analogamente, in forza dell'art. 177 del Codice delle Assicurazioni, il contraente può recedere da un contratto individuale di assicurazione sulla vita entro trenta giorni dal momento in cui ha ricevuto comunicazione che il contratto è concluso e l'impresa di assicurazione è obbligata ad informare il contraente di tale diritto; i termini e le modalità per l'esercizio dello stesso devono poi essere espressamente evidenziati nella proposta e nel contratto di assicurazione.

Ulteriore esempio è costituito dall'art. 30, comma 6 del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria (TUF) il quale stabilisce che l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede ovvero collocati a distanza ai sensi dell'articolo 32 TUF è sospesa per la

durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. La medesima disciplina si applica alle proposte contrattuali effettuate fuori sede ovvero a distanza ai sensi dell'articolo 32 TUF. L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente.

Tutte queste norme parrebbero essere giustificate dalla necessità di affrontare la problematica collegata all'orizzonte temporale nel quale si collocano le scelte dei consumatori. Come anticipato, infatti, i consumatori si trovano spesso a trascurare o addirittura pregiudicare i propri obiettivi di lungo periodo, cedendo alle tentazioni nel breve (c.d. *bounded willpower*), soprattutto ove pressati da tecniche di *marketing* particolarmente aggressive ⁽²⁰⁾.

Se, dunque, la scelta di tutelare – mediante la concessione di un c.d. *cooling off period* – i consumatori e gli investitori che stipulino determinate tipologie di contratti caratterizzati da speciale complessità (contratti individuali di assicurazione sulla vita), ovvero che stipulino contratti in determinate condizioni (vendita a distanza, vendita fuori dei locali commerciali, offerta fuori sede), si giustifica con il fine di garantire la certezza che la stipulazione risponda effettivamente alla volontà del consumatore (configurandosi così alla stregua di una riallocazione di risorse davvero efficiente in senso paretiano), meno chiari risultano i criteri impiegati dal legislatore nella selezione delle tipologie di operazioni in relazione alle quali viene garantito questo diritto di ripensamento giacché, come discusso, il condizionamento delle scelte del consumatore mediante lo sfruttamento delle sue “debolezze” cognitive è ipotesi tutt'altro che infrequente nella prassi, anche al di fuori delle fattispecie sopra descritte.

L'approfondimento delle problematiche dal punto di vista della psicologia cognitiva può, dunque, servire allo scopo di individuare con maggiore chiarezza e precisione la linea di demarcazione oltre la quale non è opportuno assecondare tali “debolezze” del consumatore.

3.3. Invalidità di clausole contenute nei contratti per adesione

L'ultima tipologia di intervento normativo a tutela del consumatore in ambito contrattuale si concreta nella previsione della invalidità di una serie di clausole introdotte nei contratti standard predisposti dal professionista per l'adesione del consumatore.

Si tratta, in principalità, delle disposizioni veicolate dagli articoli 33 e seguenti del Codice del Consumo, in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori.

⁽²⁰⁾ Eisenberg, Melvin A. 1995. “The Limits of Cognition and the Limits of Contract”, 47 Stan. L. Rev. 211

In virtù dell'articolo 36, le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore (c.d. nullità di protezione) e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Qui il problema è, invero, assai complesso e per molti aspetti esorbitante il campo di indagine che ci si è prefissati in questa sede. Basti segnalare, ai nostri fini, che la tutela del consumatore in questo ambito si fonda sulla pretesa rilevanza di una disparità di potere contrattuale tra professionista e consumatore, per effetto della quale il consumatore non è in grado di ottenere deroghe al contratto standard predisposto unilateralmente dall'impresa.

Tuttavia, la circostanza per cui il singolo consumatore non ha potere contrattuale sufficiente per procedere alla negoziazione individuale delle clausole contrattuali non sarebbe di per se stessa problematica se vi fosse chiarezza da lato dell'offerta circa le caratteristiche del contratto offerto e se il mercato fosse sufficientemente competitivo da garantire al consumatore possibilità di scelta tra diverse alternative.

Partendo da questo presupposto, la dinamica concorrenziale dovrebbe infatti portare automaticamente ad una tendenziale convergenza tra quanto desiderato (ed atteso) dai consumatori (in termini di rapporto qualità-prezzo) e quanto offerto sul mercato da parte delle imprese.

Il che induce a riflettere sulla vera natura del problema che si intende qui affrontare e risolvere mediante le citate norme imperative. Le alternative, mi pare, sono sostanzialmente due:

- o si tratta di un problema di concorrenza tra imprese, ma allora piuttosto che ricorrere all'introduzione di norme inderogabili limitative dell'autonomia privata, il legislatore potrebbe scegliere di intervenire con gli strumenti propri del diritto antitrust;

- oppure si tratta di un problema di asimmetria informativa generato dalla scarsa trasparenza delle caratteristiche del contratto (e, in molte ipotesi – come nel caso dei contratti bancari, assicurativi e finanziari – delle caratteristiche stesse del prodotto/servizio offerto per il tramite del contratto), ma allora il problema si deve affrontare mediante l'affinamento delle già discusse regole dirette a favorire la chiarezza e la comprensibilità del testo contrattuale, nonché mediante l'innalzamento del grado di professionalità degli intermediari i quali hanno il compito di illustrare nel dettaglio il contenuto dei contratti ai consumatori, vagliandone al contempo il grado di rispondenza alle esigenze ed alle aspettative da questi comunicate (in questo senso, significativo – anche se non privo di rilevanti profili di criticità sul piano operativo – è il recente intervento normativo in materia di intermediazione assicurativa, avviato dalla Direttiva 2002/92/CE e conclusosi in Italia con il varo delle disposizioni contenute nel Codice delle Assicurazioni e nel Regolamento ISVAP n.5 del 16 ottobre 2006).

La previsione di ipotesi di invalidità, le quali comportano l'inefficacia di determinate clausole anche a prescindere dalla loro chiarezza e comprensibilità per il

consumatore, parrebbe infatti denotare un intervento normativo fondato sulla constatazione che, in fondo, i consumatori non leggono affatto i contratti standard.

Ma non mi pare che una siffatta condotta del consumatore, anche qualora avallata dall'esito di studi empirici comportamentali, possa meritare tutela né tanto meno incoraggiamento. Anzi, mi pare addirittura che un tale incentivo si ponga in aperto contrasto con le più moderne istanze – veicolate a livello internazionale dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) – di educazione del consumatore e dell'investitore ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ OECD. 2005. Improving Financial Literacy. Analysis of Issues and Policies, OECD Publishing