

# L'autonomia negoziale: i limiti, la meritevolezza degli interessi e gli strumenti di tutela del contraente debole nelle asimmetrie informative

**Autore:** Maria Carmen Agnello

**In:** Diritto civile e commerciale

I.

L'autonomia negoziale: la definizione, l'ambito di applicazione ed il fondamento normativo

II.

L'evoluzione normativa nazionale e comunitaria a tutela del contraente debole: l'individuazione dei limiti dell'autonomia negoziale e degli interessi meritevoli di tutela verso una giustizia contrattuale

III.

Altre forme di tutela del contraente debole nelle pratiche commerciali sleali

IV.

Gli ultimi sviluppi normativi alla luce del Decreto Legge n. 1 del 24.01.2012

I.

L'autonomia negoziale: la definizione, l'ambito di applicazione ed il fondamento normativo

L'autonomia privata è definita come il potere "riconosciuto" dall'ordinamento giuridico, attraverso cui il privato regola i propri interessi<sup>1</sup>, con manifestazioni di volontà. All'interno dell'autonomia privata rientrano i concetti di autonomia negoziale e contrattuale. L'autonomia negoziale è il potere di autodeterminazione del soggetto, ossia il potere di disporre della propria sfera giuridica. La definizione di autonomia negoziale (genus) comprende l'ipotesi in cui l'autonomia si esplica attraverso il compimento di un contratto, secondo quanto previsto dall'art. 1321 c.c.<sup>2</sup>.

A tale stregua, il contratto costituisce uno strumento di attuazione dell'autonomia negoziale, previsto dall'art. 1173 c.c., quale fonte dell'obbligazione, dall'art. 1322 c.c. e dall'art. 922 c.c., quale fonte di acquisto della proprietà<sup>3</sup>. Ulteriori forme di esercizio dell'autonomia privata si possono individuare nell'ambito dei rapporti di famiglia<sup>4</sup> e successori<sup>5</sup>.

Al fine di individuare i limiti della libertà del contraente<sup>6</sup>, occorre delineare i rapporti tra autonomia negoziale ed ordinamento giuridico<sup>7</sup>.

Secondo una visione giusnaturalistica<sup>8</sup>, l'autonomia privata, quale manifestazione della volontà, era meritevole di tutela e produttiva di conseguenze giuridicamente rilevanti, mentre secondo una visione positivista, l'autonomia sussiste in virtù di norme idonee, che attribuiscono rilievo giuridico a

determinati comportamenti o dichiarazioni dei soggetti giuridici<sup>9</sup>.

A tale stregua, è necessario individuare il fondamento normativo dell'autonomia negoziale.

In primo luogo, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale è individuabile, secondo la natura degli interessi e dei valori costituzionali riconducibili a quest'ultimi. Il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale è individuabile nell'art. 41 della Costituzione, nella tutela dell'iniziativa economica privata. L'art. 41 II comma della Costituzione, recita che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Secondo gli art. 41-47 della Costituzione, l'utilità sociale costituisce il fondamento dell'iniziativa dei privati ed il limite nell'esercizio dell'autonomia privata<sup>10</sup>. Tale identificazione del fondamento costituzionale ha rilevanza, in quanto offre all'interprete i criteri per effettuare i controlli di meritevolezza di tutela degli interessi ( art. 1322 II comma c.c.) e di liceità ( art. 1343 c.c.). Inoltre, è stata attuata una tutela multilevel, attraverso la normativa nazionale di primo grado e di secondo grado (i regolamenti ministeriali o delle autorità di vigilanza) e la normativa comunitaria e le competenze tra differenti livelli pubblici (le istituzioni europee e nazionali)<sup>11</sup>.

A tale stregua, occorre esaminare il rapporto tra l'autonomia negoziale e le norme dell'unione economica europea, che mirano a garantire il corretto funzionamento del mercato, attraverso un bilanciamento tra i principi di libertà economica e la tutela dei consumatori<sup>12</sup>. Prima di proseguire, occorre individuare gli elementi, che caratterizzano la strategia europea in tale settore<sup>13</sup>. L'ordinamento dell'Unione Europea e le istituzioni comunitarie hanno promosso l'armonizzazione degli ordinamenti dei singoli stati al fine di garantire ai consumatori una tutela in coerenza con lo sviluppo economico dell'Unione Europea<sup>14</sup>. Parte della dottrina ha individuato la ratio della disciplina europea nella razionalizzazione dell'economia di mercato, al fine di contrastare i comportamenti sleali. Dall'altro lato, la previsione normativa dei limiti all'autonomia negoziale è stata interpretata come un intervento del legislatore al fine di attuare un

riequilibrio dei poteri e delle risorse economiche<sup>15</sup>.

Secondo un altro orientamento la normativa prevista dal Trattato dell'Unione Europea e della Carta dei diritti di Nizza perseguono il fine di raggiungere un equilibrio tra l'obiettivo del mercato unico e la tutela dei diritti delle persone. Al riguardo, secondo l'art. 2 comma 3 del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea persegue l'obiettivo di attuare una crescita economica equilibrata e la stabilità dei prezzi e un'economia sociale competitiva. In base all'art. 2 B del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea ha una competenza esclusiva nella determinazione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno ed in base alla lett. e) nella politica commerciale comune. Invece, ai sensi dell'art. 2 C del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei settori del mercato interno, relativi alla protezione dei consumatori e nell'energia. Il Trattato di Lisbona ha previsto all'art. 188 C che "la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi". Inoltre tale trattato ha previsto un protocollo sul mercato interno, secondo cui, l'Unione Europea nel perseguire il fine di attuare una concorrenza non falsata può adottare le misure necessarie previste dai Trattati<sup>16</sup>. Tali obiettivi della normativa comunitaria hanno inciso sugli ordinamenti dei singoli stati, a garanzia dei livelli minimi di protezione di specifiche categorie di contraenti, quali i consumatori e le imprese<sup>17</sup>.

Al riguardo, la Commissione Europea ha elaborato una proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, il 9.11.2011 (COM(2011) 707 definitivo2011/0340 (COD). Tale proposta, nel perseguimento degli obiettivi della "strategia Europa 2020" ravvisa la necessità di coinvolgere i cittadini "ai fini della loro piena partecipazione al mercato unico", a tale fine si intende "offrire loro maggiori possibilità e dare loro maggiori garanzie per quanto riguarda l'acquisto di beni e servizi oltrefrontiera"<sup>18</sup>. A tale stregua, i settori di finanziamento nel quadro di tale programma sono la sicurezza, l'educazione, l'informazione, i diritti e la tutela di questi ultimi. In particolare, tale programma, nel perseguire l'obiettivo della futura politica dei consumatori, pone il consumatore informato al centro del mercato unico, quale fattore di crescita dell'economia<sup>19</sup>. Nel perseguimento della priorità " educazione ed informazione" tale programma intende superare la "mancanza di dati di buona qualità e di una valida analisi sul funzionamento del mercato unico per i consumatori; carenze delle organizzazioni dei

consumatori, compresa la mancanza di risorse e di competenze, in particolare nei nuovi Stati membri; mancanza di informazioni trasparenti, comparabili, attendibili e accessibili per i consumatori, in particolare nelle situazioni transnazionali; scarsa conoscenza e comprensione, da parte sia dei consumatori sia dei dettaglianti, dei diritti fondamentali dei consumatori e delle misure di tutela; inadeguatezza degli attuali strumenti di educazione del consumatore nell'UE, in particolare in merito agli sviluppi nel contesto digitale". A tale fine, la politica europea dei consumatori sostiene ed integra le politiche dei singoli Stati membri, al fine di garantire ai consumatori dell'UE, nel perseguimento dei propri interessi economici, di cogliere i vantaggi del mercato unico. In considerazione di ciò, le azioni poste in essere a livello europeo e nazionale devono considerare le seguenti questioni problematiche, quali "la complessità delle decisioni dei consumatori, la necessità di adottare modelli di consumo più sostenibili, le opportunità offerte dalla digitalizzazione e i pericoli che essa comporta, (...)".

Nella nostra legislazione, il codice del consumo l'art. 2 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ha previsto la tutela dei diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti, dalla salute, alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti e dei servizi, all'equità nei rapporti contrattuali, all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza<sup>20</sup>.

Nei rapporti tra le imprese a tutela della concorrenza e del mercato<sup>21</sup>, la legge del 10 ottobre 1990, n. 287 (Testo aggiornato al Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1) vieta a tutela della concorrenza, all'art.2, II comma "le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (...)". Tali intese, secondo quanto espresso dall'art. 2 comma 3 sono "nulle ad ogni effetto". Tale legge riconosce ampi poteri conoscitivi e sanzionatori all'Antitrust, mentre le azioni di nullità e di risarcimento del danno, ed i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti giudice amministrativo<sup>22</sup>.

## **2. L'evoluzione nazionale e comunitaria a tutela del contraente debole: l'individuazione dei limiti dell'autonomia negoziale e degli interessi meritevoli di tutela verso una giustizia contrattuale**

La figura del contraente debole nasce dopo la metà del secolo scorso, attraverso una legislazione relativa agli squilibri negoziali tra soggetti, che operano in mercati non concorrenziali. La tutela del consumatore come contraente debole trae origine dal rapporto tra la libertà contrattuale ed i suoi limiti ed in particolare dalle legislazioni del XX secolo emerge una tensione tra il principio di libertà contrattuale e l'istanza egualitaria. Il consumatore trova tutela, rispetto alla controparte, il professionista, contraente forte, secondo quanto espresso dalla Corte di giustizia, in quanto è la "parte contrattuale economicamente più debole e giuridicamente meno esperta rispetto alla controparte professionale"<sup>23</sup>. La ratio della tutela del consumatore ha natura prettamente patrimoniale, quindi non sarebbe corretto enfatizzarne gli aspetti non patrimoniali.

Al riguardo, occorre rilevare che il consumatore non può essere considerato sempre un soggetto debole. La questione è da distinguere da precedenti posizioni, secondo cui possono essere tutelati solo determinati consumatori. Tuttavia, a livello dottrinario è stato rilevato, che se speciali norme di protezione in favore di determinati consumatori possono giustificarsi, in osservanza del principio d'eguaglianza sostanziale, risulterebbero costituzionalmente sospette le disposizioni, che discriminano senza un fondamento ed in violazione dell'eguaglianza formale, determinate classi di consumatori rispetto ad altre in riferimento ad identiche fattispecie<sup>24</sup>.

In un secondo momento, a seguito dell'integrazione europea e di un sistema multilivello di fonti di produzione, sono state individuate le categorie di contraenti deboli, "in coloro la cui libertà di scelta tra più opzioni confrontabili è compromessa o esclusa da un assetto del mercato che favorisce comportamenti abusivi, collusivi, non trasparenti, discriminatori, da una dinamica mercantile non correttamente competitiva"<sup>25</sup>. Secondo quanto esposto da parte della dottrina l'attuale legislazione di matrice comunitaria prevede una tutela di tali soggetti deboli ed in particolare dei consumatori "non solo sul piano formale di

tutela dell'autonomia contrattuale, bensì anche nella direzione di un controllo sostanziale sul contenuto del contratto e, talvolta, sull'equilibrio delle sue prestazioni”<sup>26</sup>.

Secondo l'impostazione tradizionale, in contrapposizione alla figura del contraente debole vi è il contraente forte, definito come “un soggetto che professionalmente svolge un'attività economica autonoma rivolta a fini di lucro”. Gli elementi caratterizzanti il contraente forte sono la professionalità, l'abitudine e la continuità nello svolgimento dell'attività. Sono riconducibili alla categoria degli imprenditori, dei professionisti intellettuali.

L'attenzione del legislatore verso il raggiungimento di una giustizia contrattuale negli scambi, ha determinato un'estensione della tutela a coloro che, nei rapporti di mercato, subiscono gli effetti negativi di un'asimmetria di un potere contrattuale. A tale stregua, la figura del contraente debole è stata ampliata, anche ai contratti, in cui entrambi i contraenti operano nella qualità di imprenditori o professionisti<sup>27</sup>.

Dall'evoluzione normativa europea e nazionale, è possibile rilevare un'estensione della protezione del contraente debole, attraverso un ampliamento dell'applicazione della disciplina dei consumatori ai rapporti tra imprese, forte e debole<sup>28</sup>. Al riguardo, si è passati “dalla protezione del consumatore alla protezione dell'impresa debole(...)”<sup>29</sup>.

Nell'evoluzione normativa si può distinguere una disciplina relativa al contratto concluso tra le parti in posizione di eguaglianza, la disciplina del contratto tra imprenditori, il contratto con il consumatore ( di cui all'art. 1469 c.c. e il codice del consumo) ed il contratto concluso tra gli imprenditori con diverso potere contrattuale. Tale legislazione speciale a tutela del contraente debole determina una limitazione dell'autonomia contrattuale, al fine di garantire la trasparenza ed il migliore funzionamento del mercato e delle regole di concorrenza<sup>30</sup>.

Dopo avere delineato, l'origine della tutela del consumatore, quale contraente debole, è necessario individuare i limiti all'autonomia privata, a tutela degli interessi delle parti contraenti e dei valori etici coinvolti<sup>31</sup>. Al riguardo, occorre distinguere fra l'equilibrio economico, attinente al valore patrimoniale delle prestazioni, ed un equilibrio normativo, relativo all'insieme di diritti e di obblighi, derivanti dal contratto. Un'altra distinzione riguarda i concetti di equilibrio e di giustizia, il primo si riferisce a parametri di natura economica e normativa, mentre il concetto di giustizia attiene ad una valutazione relativa alla conformità del contratto alla morale sociale. Un altro profilo di differenziazione riguarda l'equivalenza oggettiva, quale proporzione economica tra due prestazioni e l'equivalenza soggettiva relativa all'equilibrio del contratto, come inteso dalle parti e secondo quanto previsto nella pattuizione contrattuale. Tale equilibrio ha rilevanza nelle ipotesi di sopravvenienze, ossia quando per fattori sopravvenuti, l'equilibrio fissato dalle parti nello stabilire il corrispettivo di una prestazione rispetto all'altra è alterato. In tali ipotesi si pone il problema in ordine all'applicazione della risoluzione del contratto e degli istituti di riequilibrio delle pattuizioni<sup>32</sup>.

Al fine della nostra analisi, l'equilibrio sostanziale si distingue dall'equilibrio procedurale (substantial justice e procedural justice), in quanto il primo afferisce all'equilibrio normativo o economico, previsto dalle parti, mentre il secondo si riferisce al comportamento delle parti. In riferimento a questo profilo è rinvenibile uno squilibrio del contratto, determinato da un comportamento scorretto di una parte nella formazione del contratto (es. approfittamento delle condizioni d'incapacità o di ignoranza della controparte).

Dopo avere effettuato tali precisazioni, giova individuare le iniziative del legislatore nel pervenire ad un "bilanciamento" tra la tutela dei diritti dei contraenti deboli e la garanzia di una libera circolazione delle risorse in un mercato concorrenziale.

I limiti costituzionali dell'autonomia negoziale sono individuabili nelle seguenti norme. Un primo limite all'autonomia negoziale è rappresentato dall'osservanza dei diritti fondamentali della persona<sup>33</sup>. In tale contesto il principio di eguaglianza, previsto dall'art. 3 della Cost., secondo parte della dottrina può



costituire uno dei criteri che “l’interprete può utilizzare per mantenere in equilibrio la conflittualità personale”<sup>34</sup>. Tuttavia, altra parte della dottrina ha dei dubbi, in relazione ai limiti dell’autonomia negoziale secondo il principio di eguaglianza, in quanto il parametro di equiparazione (tra soggetti e prestazioni) avrebbe potuto determinare una sostituzione del principio regolatore del sistema economico dell’equivalenza mercantile<sup>35</sup>.

L’ordinamento, pur attribuendo rilevanza giuridica alla volontà delle parti individua una pluralità di fonti, che integrano il contenuto negoziale e costituiscono ulteriori limiti all’autonomia negoziale, la cui fondatezza costituzionale è individuabile nell’art. 41, II comma Cost.<sup>36</sup>. Le fonti del regolamento contrattuale sono individuabili nella legge<sup>37</sup>, nella buona fede<sup>38</sup>, negli usi normativi o giuridici<sup>39</sup>, nell’equità integrativa ex art. 1374 c.c.<sup>40</sup>. L’attenzione della dottrina e della giurisprudenza<sup>41</sup> nei confronti delle fonti di etero integrazione si spiega per l’evoluzione verso l’erosione del dogma dell’intangibilità della volontà privata. In particolare, a seguito dell’evoluzione della normativa nazionale ed europea, si attribuisce maggiore rilevanza nei confronti dell’equilibrio contrattuale, nei rapporti asimmetrici. Tale fenomeno, non può essere considerato un’eccezione al sistema, ma, al contrario, si può ritenere che l’ordinamento debba prevedere gli strumenti per garantire il riequilibrio dei contrapposti interessi.

La normativa europea ha inteso riequilibrare la disparità fra i contraenti, in situazioni di *race to the bottom*, o di selezione avversa, che si realizza, quando i consumatori inesperti non leggono ogni clausola dei contratti e gli imprenditori approfittano di ciò per introdurre clausole vessatorie<sup>42</sup>. Un istituto a tutela del consumatore, è il c.d. recesso di pentimento, previsto dal diritto privato comunitario, per superare la velocità degli scambi e consentire scelte contrattuali ponderate nei contratti predisposti dal professionista. Tale istituto consente di recedere da un contratto, senza alcuna penalità e necessità di specificarne i motivi (recesso ad nutum), purché tale diritto sia esercitato entro il termine di decadenza.

Nel nostro ordinamento, a seguito di quanto previsto dalle codificazioni del 1865 e del 1942, gli effetti giuridici del negozio derivano non solo dalla volontà delle parti, ma anche dall’ordinamento statutale. La

disciplina dei contratti fra professionisti e consumatori era prevista agli art. 1469 bis - sexies e sg., che regolamentavano le clausole vessatorie nei contratti intercorsi fra tali soggetti. Tale normativa, introdotta con l. 6 febbraio 1996, n. 52, ha recepito la Direttiva CEE 93/13, che ha introdotto una disciplina, che investe l'intera categoria dei contratti del consumatore, ed in particolare le clausole contrattuali abusive o vessatorie. Per valutare l'abusività o meno di una clausola il giudice deve riferirsi al criterio dell'equilibrio tra le posizioni giuridiche, cioè tra i diritti e gli obblighi, delle parti contraenti; "un equilibrio contrattuale in senso normativo che non equivale a controllo sull'opportunità dell'affare e pertanto non consente di ripensare la ragione di scambio e di ridurre il prezzo"<sup>43</sup>.

Tale normativa è stata sostituita dal d.lgs. 6-9-2005, n. 206, il codice del consumo.<sup>44</sup> In alcune disposizioni si attribuisce rilievo allo squilibrio normativo del contratto. In particolare, il codice del consumo, all'art. 33 e successivi (artt. 34-36) stabilisce il principio, secondo cui un contratto per essere valido, deve contenere clausole non eccessivamente squilibrate<sup>45</sup>. Un altro aspetto della tutela dei consumatori, riguarda le conseguenze dell'informazione imperfetta relativa alle clausole dei contratti sottoscritte dai consumatori. L'intervento legislativo sulle clausole contrattuali trova giustificazione nella carenza di informazione dei consumatori nel momento della scelta di alcune clausole contrattuali<sup>46</sup>. In particolare, secondo l'art. 33 nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. L'interprete dovrà stabilire quando un contratto può essere considerato "equilibrato"<sup>47</sup>, ossia non viziato da eccessivo squilibrio. Tale squilibrio può essere individuato alla luce della ratio perseguita dall'art. 33 del cod. del consumo di tutelare il consumatore dalle asimmetrie informative. A tale stregua, le clausole, che determinano un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a carico del consumatore sono quelle di cui i consumatori non sono in condizione di conoscere il contenuto, in quanto non sono stati adeguatamente informati.<sup>48</sup> Il consumatore è tutelato in quanto contraente meno informato e non quale contraente con minore forza contrattuale.

L'art. 34 cod. cons. dispone che la valutazione del carattere vessatorio della clausola riguarda la "natura del bene o del servizio oggetto del contratto ed in riferimento alle circostanze esistenti al momento della

conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”. Il II comma chiarisce che tale valutazione del carattere vessatorio della clausola “non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”. In tal modo, il legislatore chiarisce, che oggetto del sindacato giurisdizionale è l'assetto di diritti ed obblighi previsto dalle parti e non il dato economico della corrispondenza del corrispettivo al valore economico del bene. Tale tutela non è applicata, invece, quando i consumatori sono informati sulle disposizioni contrattuali, che determinano il corrispettivo e l'oggetto del contratto (art. 34 comma 2 cod. consumo), in quanto su di esse ricade l'attenzione dei contraenti e può operare il meccanismo concorrenziale. Lo squilibrio economico rileva, quando il corrispettivo previsto nel contratto non è indicato in modo chiaro e comprensibile ed il consumatore non ha consapevolezza del prezzo<sup>49</sup>.

Nei rapporti tra imprese, situazioni di squilibrio sono individuabili nelle forme delle intese restrittive della libertà di concorrenza e nell'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, un'impresa cliente o fornitrice.

Ai sensi dell'art. 2, II comma della legge del 10 ottobre 1990, n. 287 (Testo aggiornato al Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 sono “ (...)vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, (...)”. Tali intese, ai sensi del III comma “sono nulle ad ogni effetto”<sup>50</sup>.

Si considera l'abuso di dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. In particolare, ai sensi dell'art. 3 I comma lett. a) è vietato “imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”. In tale ipotesi, la dipendenza economica è valutata secondo la possibilità per l'impresa, che subisce l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nell'“impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei

consumatori”, nell’applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare svantaggi nella concorrenza e forme di discriminazioni ed infine nel “ subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”<sup>51</sup>.

Alla luce di quanto esposto, si evidenzia l’intento del legislatore nel ridurre le forme di asimmetrie, presenti nei rapporti contrattuali, attraverso la previsione di opportune regole ed a prescindere dalla qualità del contraente<sup>52</sup>. A tale stregua, la tutela del consumatore e delle imprese costituiscono due facce della stessa medaglia, in quanto entrambe le discipline incidono nella garanzia di una giustizia contrattuale e sulla correttezza del mercato<sup>53</sup>.

### **III. Altre forme di tutela del contraente debole nelle pratiche commerciali sleali**

A questo punto, occorre analizzare i profili relativi alle asimmetrie informative, presenti nelle pratiche commerciali, al fine di ristabilire un corretto rapporto tra le parti contraenti, attraverso la completezza delle informazioni<sup>54</sup>. Al fine di correggere le insufficienze dell’informazione del mercato nei confronti dei consumatori e garantire la concorrenza tra le imprese, l’ordinamento europeo è intervenuto attraverso la disciplina della pubblicità commerciale ed il divieto delle c.d. pratiche commerciali sleali<sup>55</sup>. In una prima fase, il diritto comunitario ha disciplinato la c.d. pubblicità ingannevole, che “in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente”<sup>56</sup>, demandando agli Stati membri l’individuazione degli strumenti per contrastare tale forma di pubblicità. A seguito della

formazione di uno spazio economico europeo è emerso il problema della disciplina della pubblicità comparativa<sup>57</sup>, definita da una direttiva<sup>58</sup>, come “qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente”. Tale direttiva individua le precise condizioni ed i limiti entro i quali è possibile ricorrere a questa tecnica di promozione di beni e servizi<sup>59</sup>. Le modalità di condizionamento sulle scelte del consumatore sono attuate attraverso differenti comportamenti sleali delle imprese e dei professionisti.

A tale stregua, è stata emessa una direttiva (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 05/29/CE), al fine di armonizzare le esperienze normative nazionali nella materia delle c.d. “pratiche commerciali sleali” e di rafforzare la certezza dei diritti del consumatore e di garantire il buon funzionamento del mercato interno. L’ambito d’applicazione di tale direttiva riguarda ogni omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, compresi la pubblicità e il marketing, attuate da un professionista, prima, durante e dopo un’operazione commerciale. In base all’art. 5, una pratica commerciale è sleale se: “a) è contraria alle norme di diligenza professionale; b) è falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta”. Tali pratiche sono vietate dalla direttiva in esame, che affida agli Stati membri l’onere di individuare gli strumenti più opportuni per il loro contrasto.

Nel nostro ordinamento, oltre alla disciplina generale prevista dal codice civile in materia di responsabilità precontrattuale<sup>60</sup>, a seguito delle modifiche ex d.lgs. n. 146/2007, il codice del consumo ha abbandonato il precedente riferimento alla sola pubblicità ingannevole e comparativa, per approdare ad una disciplina più ampia, applicabile ad ogni azione, omissione, condotta, dichiarazione e comunicazione commerciale, “ivi compresa la pubblicità”, posta in essere da un professionista “prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto” (artt. 18 e 19 del Codice). In tal modo, il legislatore ha esteso le condotte sanzionabili e l’ambito di applicazione soggettivo, in quanto le pratiche commerciali rilevanti sono realizzate tra professionisti e consumatori, invece sono esclusi i rapporti tra soli professionisti, cui, si riferisce il D.Lgs. n. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole e comparativa<sup>61</sup>.

Un aspetto specifico riguarda la disciplina della pubblicità sanitaria, a seguito della legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani). Secondo un precedente indirizzo, espresso da una nota del 2008 il Ministero della Salute aveva espresso, che il divieto di svolgere pubblicità in materia sanitaria non operava più nei confronti dei singoli liberi professionisti e delle società di persone, ma soltanto nei confronti delle attività professionali svolte in forma societaria. Per il Ministero, “le società di capitali, essendo caratterizzate dalla figura del socio di mero capitale, figura non prevista dall’art. 2 della legge 248/2006, rimanevano soggette alle norme della pubblicità sanitaria di cui alla legge n. 175 del 1992”. Tale orientamento ministeriale è cambiato, alla luce dell’interpretazione espressa dalla Suprema Corte nella sentenza n.3717 del 09.03.2012, secondo cui “l’intera materia della pubblicità sanitaria resta assoggettata alle disposizioni introdotte dalla Legge Bersani senza operare alcun distinguo tra le società di persone e le società di capitali”. In adesione a tale pronuncia della Suprema Corte, il Ministero della Salute, in una nota del 09.05.2012 n. 2552 ha espresso che l’intera materia della pubblicità sanitaria è assoggettata alle disposizioni introdotte dalla L. Bersani, senza alcuna distinzione tra società di persone e società di capitali e quindi la possibilità di pubblicizzare i servizi professionali, riguarda non solo i professionisti ma anche le strutture sanitarie gestite da società di capitali.

In riferimento al divieto di pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori, l’art. 20 del codice del consumo, nel recepire la Direttiva 05/29/CE, al I comma definisce “(...)una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”. Al riguardo, si segnala il provvedimento n. 23551 nel bollettino n.19 del 28.05.2012 dell’AGCM, che ha individuato una pratica commerciale scorretta, nell’ambito di una vendita, finalizzata alla promozione di prodotti editoriali ed articolata in più fasi, quali la campagna promozionale su internet e/o stampa, il contatto telefonico per prenotare la visita a domicilio, la presentazione a domicilio e la gestione del contratto. In particolare, il professionista ha agganciato il consumatore esaltando, in maniera esclusiva o in aggiunta a un’altra opera dal contenuto affine in omaggio, le caratteristiche dell’opera pubblicizzata e/o l’importanza della propria attività, nonché la possibilità di ricevere un regalo, un dono o un omaggio ed invita il consumatore a “richiedere subito informazioni” a tal fine. In tali campagne emerge, che nessuno dei messaggi pubblicitari utilizzati, e ancor meno quelli appartenenti alle campagne incentrate sull’omaggio, consente al consumatore medio di comprendere, che la fornitura dei propri dati personali sarà utilizzata dal professionista per richiedere un appuntamento

finalizzato non solo alla consegna dell'omaggio, ma anche alla presentazione di un'altra opera a pagamento. Il comportamento ingannevole consiste nel fatto che le informazioni relative alle caratteristiche ed alla natura della vendita sono fornite, soltanto in occasione della presentazione a domicilio dell'opera stessa. Al riguardo, il consolidato orientamento giurisprudenziale impone al professionista di assolvere il dovere di chiarezza e completezza delle informazioni pubblicitarie, fin dal primo contatto con il cliente. Secondo tale impostazione, i messaggi diffusi su internet o a mezzo stampa non informano il consumatore sulle modalità di vendita, in quanto le informazioni necessarie per una scelta consapevole, sono esposte al momento successivo di presentazione al domicilio del cliente<sup>62</sup>.

Inoltre le leggi speciali ad oggetto i contratti conclusi dalle banche e dalle società di assicurazione e di intermediazione finanziaria prevedono l'adempimento di precisi obblighi precontrattuali di informazioni nei confronti dei clienti, quale l'obbligo di illustrare in modo chiaro e comprensibile il contenuto e gli effetti del contratto, la trasmissione di dati, note, documenti e testi esplicativi del contratto<sup>63</sup>. Tale disciplina persegue la ratio di consentire a ciascun contraente di acquisire le informazioni utili alla valutazione dei contenuti del contratto. A tale stregua, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di Cassazione, la violazione di tali regole determina una violazione di legge che determina una forma di responsabilità contrattuale (nell'ipotesi in cui il contratto sia concluso) ed il risarcimento del danno. Tale dovere di informazione previsto dai testi unici in materia assicurativa e finanziaria, è stato esteso dalla giurisprudenza ai rapporti tra consumatori e liberi professionisti<sup>64</sup>.

E' interessante affrontare un caso applicativo, relativo alla tutela dei sottoscrittori di polizze vita index linked. Al riguardo, è opportuno rilevare che, il contratto di assicurazione sulla vita, di cui all'art. 1882 c.c., è stato sostituito dalle c.d. polizze unit linked<sup>65</sup> e index linked, in cui la prestazione dell'assicuratore è legata all'andamento di un indice azionario o di altro valore di riferimento. Tale tipo di contratto è stato esaminato dalla giurisprudenza di merito a seguito dell'insolvenza della banca Lehman Brothers. In particolare, la giurisprudenza ha individuato il diritto dei contraenti consumatori ad un'adeguata informazione, alla correttezza, trasparenza ed equità previsti dall'art. 2 c. cons. e la violazione del principio di buona fede, ex art. 1175 c.c., e del dovere di diligenza di cui all'art. 1176, 2° co., c.c. nel comportamento omissivo della società assicuratrice, che non ha reso ai sottoscrittori di polizze index

linked, collegate all'emissione di obbligazioni Lehman Brothers, le informazioni relative ad alcuni comunicati, relative alla mancata restituzione del capitale, investito dai sottoscrittori e nell'aver prospettato delle possibili transazioni a tutela degli interessi degli assicurati. La violazione di tali doveri di informazione costituisce un comportamento scorretto nella fase delle trattative ed esecutiva del contratto assicurativo. La sentenza del Tribunale di Udine del 5 marzo 2010, sul caso delle obbligazioni Lehman Brothers ha affermato che l'omissione di informazioni sulle caratteristiche dell'investimento e l'assenza di autorizzazione dell'investitore al compimento di operazioni inadeguate costituiscono un inadempimento dell'intermediario finanziario, che determina la sua responsabilità civile e il conseguente obbligo di risarcire il danno<sup>66</sup>.

#### IV Gli ultimi sviluppi normativi alla luce del Decreto Legge n. 1 del 24.01.2012

Le liberalizzazioni, avviate a seguito dei provvedimenti adottati dal Consiglio dei Ministri del 30 giugno 2006, con il pacchetto Bersani hanno introdotto nel nostro ordinamento un'innovativa normativa sulla concorrenza ed i diritti dei consumatori. Il percorso riformatore non si è fermato in quanto è stata avvertita la necessità rispondere al momento attuale di crisi, cercando di trovare nuovi equilibri tra i diritti dei consumatori ed una maggiore liberalizzazione del mercato. In tale contesto, il decreto legge n. 1/2012 introduce nell'ambito del codice del consumo nuove e rilevanti disposizioni<sup>67</sup>. Parte della dottrina individua un "(...) graduale e costante ampliamento dell'orizzonte interpretativo, non più circoscritto al profilo soggettivo/individuale, caratterizzato dalla ricerca di rimedi posti a riequilibrare, ex post, le posizioni di debolezza, ma aperto al profilo oggettivo/collettivo, caratterizzato dall'esigenza di vigilare sulla correttezza del mercato, anche con l'obiettivo di reprimere comportamenti e offerte che possano incidere sulla libertà e/o sulla consapevolezza del consumatore"<sup>68</sup>.

La prima novità di rilievo riguarda l'integrazione al codice del consumo, che acquisisce l'articolo 37 bis. Secondo quanto previsto dall'art. 5, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, previo accordo



con le associazioni di categoria, d'ufficio o su denuncia dei consumatori interessati, ma solo a fini amministrativi e senza valore vincolante per il giudice, potrà dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori, che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari<sup>69</sup>.

Si pongono dei dubbi interpretativi, in riferimento alle modalità di avvio di tale procedura. In primo luogo, tale legittimazione spetta ai consumatori interessati, e senza che il singolo consumatore debba provare in concreto l'interesse. Maggiori problemi applicativi, potrebbero sorgere, in riferimento al presupposto dell'accordo con le associazioni di categoria, in quanto un'interpretazione letterale, potrebbe rendere ipotizzabile un diritto di veto di tali organizzazioni. Tuttavia, una simile interpretazione della norma può fare sorgere il rischio di paralizzare l'applicazione di tale istituto. A tale stregua, sarebbe auspicabile una differente interpretazione, che priva di effetto vincolante tale l'accordo.

Un altro profilo di criticità si potrebbe porre in riferimento all'iniziativa d'ufficio dell'Antitrust. In particolare, l'Autorità potrebbe essere bloccata in tale attività, in adesione alla tesi che richiede la necessaria unanimità.

A seguito dell'accertamento della vessatorietà della clausola, il relativo provvedimento dichiarativo deve essere diffuso mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità antitrust e sul sito dell'operatore, che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori. L'obiettivo della diffusione della notizia è di informare i consumatori ed i professionisti interessati dell'abusività della clausola, prevenendone l'inserimento nei futuri contratti. Per i contratti stipulati in un periodo antecedente a tale pubblicazione, il provvedimento di accertamento avrà un valore indiziario della vessatorietà.

Il decreto inoltre, lascia inalterata la giurisdizione del giudice ordinario sull'accertamento della validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. In particolare, tale giudizio è del tutto autonomo

rispetto alla tutela amministrativa esposta, in quanto il giudice ordinario potrà discostarsi da quanto dichiarato nel provvedimento, qualora pervenga ad un differente convincimento<sup>70</sup>.

Inoltre, il decreto, in esame attribuisce la giurisdizione contro gli atti dell'Autorità, al giudice amministrativo competente territorialmente, al fine di premettere ai professionisti di richiedere un accertamento su tale provvedimento ed ottenere l'inserimento di una clausola, dichiarata vessatoria.

Quale strumento di prevenzione ed in particolare, al fine di prevenire l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti di massa, tale decreto legge prevede l'interpello, che consente alle imprese interessate di interpellare l'Autorità in merito alle vessatorietà delle clausole, che intendono inserire in contratti. Le clausole ritenute non vessatorie, in tale sede, precludono ogni ulteriore attività dell'Autorità garante, che non potrà, in un secondo momento valutare in modo differente tali clausole, con un altro provvedimento. Inoltre, l'interpello preventivo ha un ambito limitato, in quanto, non può incidere sulla responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori. Infine, l'inserimento di una clausola nel contratto seriale, a seguito di accertata non vessatorietà di una clausola, non preclude l'accertamento giurisdizionale, che non può essere condizionato dall'esito dell'interpello.

L'articolo 7 del decreto sulle liberalizzazioni prevede una tutela delle microimprese da pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, attraverso l'inserimento della lettera "d-bis) all'art. 18 del codice del consumo, comma 1, del decreto legislativo 206/2005. Secondo tale norma, le «microimprese» sono definite quali entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un'attività economica artigianale ed altre attività a titolo individuale o familiare "occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".. Inoltre, il legislatore prevede un'ulteriore modifica all'articolo 19 del codice del consumo, che, nella versione previgente, comprendeva le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto. Ai sensi del II comma dell'art. 7 "All'articolo 19, comma 1, (del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, ) dopo le parole: «relativa a un prodotto» sono aggiunte le seguenti: «, nonché

alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Il decreto n. 1/2012 estende le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Secondo quanto espresso, in sede di lavori preparatori, tale disposizione persegue il fine di rafforzare, nell'attuale fase di crisi economica, gli strumenti di tutela delle imprese di minori dimensioni, attraverso l'estensione delle tutele amministrative e giurisdizionali, previste dall'articolo 27 del codice del consumo, in favore delle micro imprese. In tal modo, la disposizione, finalizzata ad una più ampia tutela dei soggetti che operano nel mercato, parifica la micro impresa al singolo consumatore.

Infine, alle microimprese si applica in modo esclusivo la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita, prevista dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145».

A chiusura di quanto esposto si rilevano due profili fondamentali dell'evoluzione normativa esposta. Il primo riguarda il ruolo dell'informazione nell'attuale legislazione. Secondo parte della dottrina, un'efficace comunicazione nei rapporti contrattuali " (...) è utile non solo e non tanto a rendere edotto il singolo consumatore, quanto, piuttosto, a porre i consumatori come categoria, in grado di apprendere il funzionamento del mercato e di controllare le varie fasi della relazione che si instaura tra il soggetto consumatore e chi offre il prodotto o il servizio<sup>71</sup>".

Il secondo profilo riguarda il rapporto tra la disciplina sulle clausole e la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, che a seguito dell'ultimo intervento normativo, perseguono un medesimo obiettivo "preservare e accrescere la correttezza del mercato, come luogo nel quale possa esplicarsi al meglio il libero incontro di domanda ed offerta"<sup>72</sup>.

1 Si v. P. Perlingieri, in *Manuale di Diritto Civile*, 2000, pag. 327 -328, distingue l'autonomia privata dai differenti fenomeni di eteronomia e di autotutela. Secondo l'autore " L'eteronomia consiste nella creazione di regole non da parte del titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo provvisto di un potere pubblico. Sono pertanto atti di eteronomia la legge, il provvedimento amministrativo, la sentenza, perché provengono da soggetti ... che hanno il potere di regolare quell'interesse indipendentemente dalla volontà del suo titolare". L'autore definisce l'autotutela "quale potere di tutelare da sé i propri interessi". Tale istituto, secondo l'autore ha carattere eccezionale, stante il divieto di farsi ragione da sé previsto dall'art. 392 c.p., quindi è consentito ricorrervi nelle ipotesi previste dal legislatore, quali il diritto di ritenzione ex art. 1152 c.c., l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., e la legittima difesa ex art. 2044 c.c. Secondo R. Sacco, in *Digesto 1987* l'autonomia " (...) indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)". In altri settori dell'ordinamento giuridico, quali il diritto penale, si v. Mantovani, in *Diritto Penale*, Cedam, 1992, pag. 4, secondo cui " il carattere pubblicistico del diritto penale non è revocabile in dubbio: pubblicistico - obiettiva è la tutela penale, operando essa indipendentemente dalla volontà del portatore degli interessi protetti, in capo al quale non costituisce alcuna situazione giuridica attiva; essendo ad esso estranee le categorie delle norme dispositive e suppletive, derogabili dalla volontà privata".

2 Si v. Perlingieri, *Manuale di Diritto Privato*, cit. pag. 331 rileva che la definizione di autonomia privata "rischia di ingenerare seri disguidi". In riferimento all'espressione di autonomia contrattuale, l'autore rileva che "si manifesta con il compimento di un negozio bi o plurilaterale a contenuto patrimoniale, mentre la locuzione autonomia negoziale descrive il fenomeno dell'autoregolamentazione degli interessi nella molteplicità dei suoi atteggiamenti". Un altro profilo critico riguarda "l'angustia della tradizionale definizione dell'autonomia privata, intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al privato. L'autore rileva che " la non marginale circostanza che questi ultimi sono preordinati a gestire interessi pubblici (...) esige che la decisione di porre in essere esplicazioni di autonomia privata sia assunta sulla base di un apposito procedimento governato da diritto pubblico e culminante con una manifestazione unilaterale di volontà ( la delibera a contrarre)". A tale stregua, l'autore definisce l'autonomia negoziale " come il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto

privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privato o pubblici, comunque non necessariamente propri". Si v. R.Sacco, in Digesto, 1987, esamina come l'autonomia trova applicazione nei diversi ordinamenti giuridici. Secondo l'autore "Non si conoscono ordinamenti giuridici in cui non esista una (maggiore o minore) autonomia dei consociati. Ciò non significa che ovunque venga edificata una dottrina generale, approfondita e coerente, dell'autonomia. I Romani non avevano nemmeno la parola da adoperare per indicare l'autonomia. Altrettanto poco si deve pensare che il campo aperto all'autonomia aumenti di pari passo con il diffondersi delle analisi concettuali o sistematiche concernenti l'autonomia. Un ordinamento può largheggiare nel conferire poteri autonomi ai consociati, anche se la sua dottrina giuridica trascura l'approfondimento del tema dell'autonomia. Così avviene, infatti, in Inghilterra e in America. In Inghilterra si ritiene, molto più che in Italia, che il giudice, nel definire gli effetti del contratto, sia legato a ciò che le parti hanno determinato; ciò non pertanto gli italiani spendono molte più pagine degli inglesi per parlare dell'autonomia contrattuale".

3 Secondo R.Sacco, op. cit. "uno degli strumenti principe dell'autonomia è il negozio". L'autore sottolinea che "L'idea che la dottrina del negozio (e cioè, l'insieme delle definizioni che riguardano il negozio, correlate alle regole operative concernenti i negozi in genere) costituisca essa stessa il motore che veicola l'ampliarsi indefinito dell'autonomia negoziale è frutto di una confusione. Essa sarebbe vera solo se la dottrina del negozio portasse con sé l'affermazione che l'autonomia negoziale non soffre limiti". Al riguardo, l'autore precisa che "L'autonomia non inizia, dunque, là dove il consociato può creare regole liberamente (se liberamente volesse dire «senza oneri»). L'autonomia incomincia là dove l'ordinamento mette a disposizione del consociato uno o più procedimenti, più o meno spediti e facilmente agibili, adottando i quali il consociato riesce a creare la regola giuridica". Infine, l'autore rileva che "Una categoria certamente molto ampia (tanto ampia che la dottrina elaborata intorno ad essa appare spesso, in sede di applicazione, come un letto di Procuste) è quella del contractus (contract, contrat, Vertrag, dogovory), che tende ad inglobare gli accordi rivolti a creare regole afferenti a rapporti patrimoniali, o almeno gli accordi volti a costituire rapporti giuridici «obbligatorii»; o almeno gli accordi di questo tipo, che non siano liberali". In riferimento al concetto di negozio, Caringella e Buffoni, in Manuale di Diritto Civile, cap. I, 2010 rilevano che, "affonda le radici nell'esaltazione della libertà dell'individuo, di derivazione illuministica, che si riflette nel riconoscimento del potere della volontà, liberamente manifestata, di produrre effetti giuridici". In particolare gli autori effettuano un excursus storico secondo

cui, "Pandettisti ritennero di poter individuare nel riconoscimento e nella regolamentazione di tale potere della volontà un leitmotiv dell'intera sistematica civilistica, pervenendo così, per induzione, al conio della figura generale del negozio giuridico quale "dichiarazione privata di volontà che mira a produrre un effetto giuridico", il cui scopo ultimo è la nascita, l'estinzione, la modificazione di un diritto (WINDSCHEID).

4 In un primo momento, parte della dottrina ha negato l'ammissibilità di tali negozi, nell'ambito dei rapporti familiari. Si v. A. Cicu in *Il diritto di famiglia*, Bologna 1978 nega la creazione di un regolamento negoziale nei rapporti familiari, in quanto la famiglia è un organismo che trascende l'individuo e gli interessi di ciascun componente devono essere sacrificati se sono in contrasto con la volontà del gruppo. Si v., Rescigno, voce *Contratto*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988, p-9-10, secondo cui " in un lungo periodo della nostra cultura si sono tenuti gli istituti familiari fuori dalla stessa, più ampia nozione di autonomia negoziale(...). Solo negli ultimi decenni, in via di comprensibile reazione alle tendenze che volevano sradicare il diritto di famiglia dal diritto privato, per collocarlo in una zona a sé, o addirittura per trasferirlo nel diritto pubblico, si è delineato un indirizzo contrario, incline a riaffermare il significato ed il ruolo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia". L'autore ritiene che nell'ambito del diritto di famiglia l'autonomia negoziale abbia un limitato ambito di applicazione. In tal senso si v. Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fucillo, Milano, 1997, p. 24 ss., rileva che dai dati normativi previsti dal legislatore "non si traggono elementi per un'elaborazione unitaria degli atti di esplicazione dell'autonomia negoziale del diritto di famiglia". Un altro orientamento dottrinario distingue la disciplina prevista per le intese che regolano affari essenziali, attribuendo carattere vincolante, ad altro tipo di intese, dal carattere non vincolante ed oggetto di rinegoziazione in caso di cambiamento di circostanze. Si v. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, II ed., Milano, 1983, p. 218. Un terzo orientamento afferma il carattere vincolante di tali accordi senza alcuna distinzione. Si v. Santoro Passarelli, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, diretto Cian- Oppo-Trabucchi, II, Milano, 1992, p. 524. La successiva dottrina ha riconosciuto maggiori spazi all'autonomia privata, con i limiti a tutela degli interessi dei figli minori, dei terzi estranei alla famiglia e delle esigenze di certezza legale nella costituzione degli status familiari. Si v. S. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 285 ss. Secondo un altro orientamento espresso dalla dottrina si

affida alle parti la regolamentazione dei rapporti personali e si attribuisce alla normativa una funzione integrativa, qualora manchi una disposizione pattizia. In tal senso, M. Ferrari, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. Dir. civ.* 1994, p. 784-785 afferma che “ La Costituzione, pur riconoscendo nello schema indicato dal legislatore il modello legale di famiglia, conferma l’autonomia di ognuna delle compagini naturali aventi la propria origine nel matrimonio, giustificando la stessa come strumento idoneo a rispettare la peculiarità e le esigenze dei singoli membri di ogni società naturale. Pertanto non esiste neppure a livello costituzionale un dettato che limiti l’autonomia dei singoli, intesi come coniugi, oltre ai principi fondamentali del nostro ordinamento, quali la legge, l’ordine pubblico, ed il buon costume. Il modello legale di famiglia rappresenta ciò a cui le parti intendono tacitamente fare riferimento allorquando non pattuiscono nulla al momento della celebrazione delle nozze o successivamente con un comune impegno; esso rappresenta lo schema guida per i coniugi, dal quale possono in ogni momento allontanarsi attraverso pattuizioni che tutelino gli interessi di ognuno e della prole, se esiste, sempre nel rispetto dell’ordinamento giuridico”. In riferimento agli accordi, che i coniugi possono stipulare in vista di una crisi coniugale o di scioglimento del matrimonio, determinata da un procedimento di annullamento, di separazione o divorzio, la dottrina non ha avuto una posizione univoca, mentre la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato la nullità. La prima pronuncia ha riconosciuto la nullità dell’accordo stipulato in vista del divorzio, sul presupposto, che tali intese potrebbero condizionare il comportamento delle parti nel successivo giudizio. Si v. Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.* 1981, I, 1, 1553. Nelle successive pronunzie la Corte ha ribadito la tesi dell’invalidità. Si v. Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1592. In senso contrario, si v. Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al Diritto*, 2000, fasc. 24, 40, nota di M. Finocchiaro. In tale pronuncia la Suprema Corte ha affermato la validità dell’accordo transattivo, in sede di separazione con cui un coniuge assumeva l’impegno a corrispondere all’altro coniuge un assegno allo scopo di definire alcune controversie in sede di separazione, senza incidere sull’assetto dei rapporti in caso di divorzio.

5 Secondo R.Sacco, in *Digesto* 1987, “i francesi, e, tempo addietro, gli italiani, parlavano altrettanto volentieri di libertà dei contraenti, e di libertà del testatore, come la medesima figura”. Nell’ambito delle successioni mortis causa, la disciplina prevede un’ampia autonomia. Al riguardo il testamento previsto dall’art. 587 c.c. riguarda le “proprie sostanze” e disposizioni “ di carattere non patrimoniale”. Nell’ambito delle successioni vi è stato un aumento delle previsioni in ambito sanitario, quali il consenso all’espianto di

organi dopo la morte clinica ai fini del trapianto. Inoltre, sono stati utilizzati, in alternativa all'atto di ultima volontà altri strumenti negoziali al fine di disporre delle proprie sostanze. In particolare alla successione delle imprese di famiglia la Legge 14 Febbraio 2006, n. 55 ha introdotto all'art. 768 bis, il patto di famiglia, "il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce in tutto o in parte l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

6 Si v. D. La Rocca, cit. pag. 98 secondo cui, "per quanto estesi possano essere i limiti alla libertà contrattuale, questa rimane la regola, la disciplina generale, che riprende tutta la sua pienezza in assenza di limiti giustificati". Secondo l'autrice tale chiave di lettura "è stata messa a dura prova, soprattutto nella seconda metà del novecento, quando la regolazione pubblica dei contratti tra privati, da derogatoria, diventa una formula largamente diffusa". Secondo parte della dottrina non è possibile utilizzare una metodologia generalizzante. Si v. A. Ricci, *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2001, 987 ss.; E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 1559 ss.; Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1994, 43 ss.; S. Romano, *Autonomia privata (appunti)*, ivi, 1956, 801 ss.; F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 369 ss. Tali autori distinguono il concetto di autonomia negoziale da quello di autodeterminazione. Si v. P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 443 ss. L'A. afferma che «la libertà di compiere un atto non è di per sé espressione di un valore. In un ordinamento, ispirato ai principi personalistici e solidaristici, e caratterizzato da uno stato sociale di diritto, l'atto è valido in quanto meritevole di tutela, suscettibile di ricevere un apprezzamento positivo dall'ordinamento»: Id., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 26. Si v. A. Catania, *Metamorfosi del diritto, Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, 24, rileva che «il senso della parola metodo è divenuto già di per sé sempre più problematico, in quanto sembra ricondurci alla incauta pretesa che il metodo renda corretto e scientifico, razionale e logico l'oggetto della nostra indagine [...] Nella crisi profonda che ha coinvolto la pretesa di purezza della scienza non è pensabile che esista una modalità neutrale, per sempre valida, di studiare un oggetto, insensibile ai suoi mutamenti e magari immodificabile, qualunque sia il soggetto che la adopera». Nel codice civile «c'è il soggetto di diritto, destinatario di regole eguali e



astratte. Un uomo senza qualità, pensato per un ordine economico e giuridico che ha necessità di rapporti semplificati, compatibili con la logica degli scambi del tempo»: G. Vettori, *Contratto e concorrenza*, in *Aa.Vv., Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 1, che afferma che «Il paesaggio socio-giuridico, che gli intelligenti giuristi borghesi avevano fissato nelle mirabili armonie del Codice civile, sembra ormai uno di quei fondali di teatro dove sono dipinte oleografie artificiali e irreali (...) i fondali di carta dipinta cominciano a subire squarci, e gli squarci danno modo ai tanti fatti retrostanti di invadere il proscenio». Si v. F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 667, secondo cui la regola repressiva dei comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia assurge «al rango della teoria generale del contratto».

7 Si v. "I mobili confini dell'autonomia privata", S. Patti, pag. 465-466, 2005, Giuffrè editore, afferma " non c'è dubbio che proprio con riferimento all'autonomia privata esso svolge un ruolo ben preciso poiché si tratta di stabilire di volta in volta, e cioè nei diversi momenti storici e in base al diritto positivo(...), quali siano i limiti posti dal legislatore all'autonomia, o con altra espressione (...), quale sia la cornice, il quadro entro cui i privati possono esplicare la loro autonomia. Secondo l'autore " i limiti rappresentano un prius rispetto all'autonomia; bisogna pertanto individuare i limiti per poi accertare in che cosa consiste l'autonomia". Si v. P. Perlingieri pag. 852, secondo cui "...sarebbe materialmente impossibile costruire l'autonomia se non calata nel sistema, nel suo complesso e nella sua unitarietà, nella relatività storica di un ordinamento che il giudice è chiamato ad applicare su un certo territorio nel rispetto del principio di legalità". L'autore prosegue affermando che "l'atto sarà meritevole non soltanto se risponde all'autonomia negoziale strettamente intesa, ma se l'assetto concreto nel quale l'atto si realizza sia rappresentabile quale attuazione dell'ordine giuridico dei valori. Occorre, pertanto trovare i fondamenti legittimanti la stessa autonomia negoziale". L'autore afferma che " occorre nell'unitarietà del sistema delle fonti e dell'ordinamento, partire dal problema concreto per comprendere se l'atto di autonomia, calato nella situazione particolare nella quale si inserisce (quali parti lo pongono in essere, in quale momento, per quale interesse, quali bilanciamenti di interessi ci sono per realizzare quel regolamento) sia, oppure no, meritevole di tutela". Sull'argomento si è espressa D. La Rocca, cit. pag. 87, secondo cui " occorre, invero, una sofisticata sapienza per esercitare l'arte del giusto limite: di un limite, cioè, che non può e non deve sostituire all'autodeterminazione una mediazione di interessi fondata su parametri diversi dal consenso

(tanto che si tratti di valutazioni equitative, che di regole morali o di una percezione eteronoma del senso di giustizia)”).

8 Secondo U. Grozio il valore del contratto“ consiste nella libertà che ha l’uomo di disporre dei suoi atti” e come tale “ un uomo ha il potere di alienare ad altri, che accetti, una porzione o piuttosto una conseguenza della sua libertà”.

9 Si v. Perlingieri, op. cit. pag. 360. L’autore rileva che, nei rapporti tra la “libertà” dei privati e l’“autorità” dell’ordinamento, “si è discusso sulla necessità che l’atto di autonomia debba limitarsi a non porsi in contrasto con l’ordinamento, attuando interessi (individuali o collettivi) leciti, o debba altresì essere idoneo alla realizzazione delle finalità generali fissate dallo stesso”.

10 Secondo una pronuncia risalente della Corte Costituzionale (sent. n. 7 del 1962), l’autonomia contrattuale non è tutelata nella Costituzione, ma è strumentale all’esercizio della libertà economica. Si segnala P. Perlingieri , Manuale di Diritto Civile, Edizioni scientifiche italiane pag. 331-336. L’autore analizza il problema della rilevanza costituzionale dell’autonomia contrattuale attraverso due profili. Il primo riguarda l’individuazione del fondamento e della tutela costituzionale dell’autonomia contrattuale. Il secondo profilo di analisi riguarda l’individuazione dei limiti posti dalla Costituzione all’autonomia negoziale. Secondo l’autore, cit. pag. 854, l’autonomia negoziale non ha un unico fondamento costituzionale nell’art. 41, in quanto sono individuabili diversi referenti normativi in base agli interessi perseguiti. Si v. P. Rescigno, *Impresa, proprietà, e Credito*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano, 1989, VIII e IX, secondo cui l’utilità sociale. cui deve soggiacere l’attività economica non costituisce un limite esterno, ma il contenuto ed il fondamento del diritto, in modo da trasformare tale utilità “nella ragione stessa dell’esercizio, quando sia consentito, dell’iniziativa economica privata”.

11 La disciplina nei rapporti sostanziali e processuali tra professionisti e consumatori è prevista agli art. 36 e 139, 140 e 140-bis cod. consumo. Tali figure di contraenti sono definite dagli art. 3 lett. b e c). Sui rapporti tra le fonti, si v.G. Alpa La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato, pag. 80 secondo cui “ Se si ha riguardo alle fonti del diritto dei consumatori ci si avvede che esse in parte coincidono con le fonti del diritto della persona e in generale del diritto civile e del diritto commerciale, in parte divergono: il che significa che il diritto dei consumatori costituisce non tanto una disciplina autonoma, scientificamente, e un settore autonomo, normativamente, rispetto alle altre regole del diritto civile ( incluse quelle del diritto commerciale) e all’ordinamento civile, quanto piuttosto ne costituisce una sotto - specificazione. In altri termini, il diritto dei consumatori appartiene all’area tematica, scientifica e normativa del diritto comune, pur presentando rispetto ad essa una serie di deroghe, regole speciali, che se ne differenziano”. In riferimento al secondo profilo è opportuno rilevare che l’espressione “multilevel governance” è stata mutuata dalle scienze politiche ed applicata alla teoria costituzionale. Si v. I. Pernice, La costituzione integrate dell’Europa, in G. Zagarebelsky, Diritti e Costituzione nell’Unione Europea. Al riguardo si v. il Trattato di Lisbona ha previsto un protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità previsti dall’art. 3 ter ed ha previsto un sistema di controllo sull’applicazione di tali principi.

12 Si v. D. La Rocca, cit. pag. 57 si pone la questione, “se ci troviamo dinanzi ad una naturale evoluzione dell’ordinamento comunitario in direzione di una maggiore esplicitazione di principi già propri dei singoli stati membri; (...)o se piuttosto, non sia dato riscontrare alcuni significativi elementi di discontinuità, oltre che rispetto all’impostazione originaria dei Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee, anche rispetto alle pregresse esperienze nazionali”. La stessa autrice a pag. 99, rileva che “ La legislazione speciale ha da troppo tempo operato un salto di qualità e di quantità che sembra irreversibile: interviene nella quasi totalità dei mercati nevralgici e svolge un’azione continua di mediazione tra interessi disomogenei e conflittuali, ora sospendendo quasi del tutto la loro composizione spontanea (mercantile), ora delimitando tale composizione alla mera scelta di accesso al mercato”. L’autrice prosegue affermando che “ Le canoniche libertà ( la libertà di scegliere se e quando contrattare, che cosa scambiare, e con chi) che la tradizione ascriveva quali necessarie articolazioni dell’autonomia privata vengono scomposte e

ricomposte volta per volta: talora si lascia appena la libertà di decidere l'an ed il quando di un contratto; talora resta in piedi la libertà di deciderne il contenuto essenziale; talora viene limitata persino la libertà di scelta dell'altro contraente"Al riguardo, è necessario rilevare come vi sia stato un dibattito dottrinale e delle iniziative delle istituzioni europee al fine elaborare di un diritto provato europeo, attraverso l'elaborazione di un codice civile europeo e di progetti di disciplina uniforme dei contratti. Si v. S. Mazzamuto ( a cura di ), Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto Europeo, Torino, 2002; G.Alpa, E.N. Buccico, R. Danovi ( a cura di), Il codice civile europeo, Milano, 2001; Reich, Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea, in Nuova giur. civ., 2004, II, 345.

13 La Decisione 1926/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, hanno previsto un programma d'azione comunitaria nel settore della politica dei consumatori per il quadriennio 2007-2013, finalizzato a sostenere le politiche degli Stati membri ed a contribuire a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici e giuridici dei consumatori, nonché a promuovere il diritto di questi all'informazione, all'istruzione e all'organizzazione della difesa dei loro interessi. Tale finalità è perseguita attraverso il perseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori ed il miglioramento della consultazione e della rappresentanza degli interessi dei consumatori ed a garanzia dell'applicazione effettiva delle regole di protezione dei consumatori, tramite la cooperazione nell'applicazione della legislazione, l'informazione, l'istruzione e le vie di ricorso e la previsione di undici azioni per la realizzazione di tali obiettivi. Tali azioni riguardano, la raccolta, lo scambio e l'analisi di dati e di informazioni, la previsione di strumenti di valutazione, la consulenza giuridica e tecnica, studi, seminari e conferenze, nonché il contributo al funzionamento delle associazioni europee dei consumatori. Le suddette azioni prevedono l'applicazione effettiva della normativa comunitaria attraverso interventi di coordinamento della sorveglianza, di cooperazione fra le autorità nazionali, nonché il controllo e la valutazione della sicurezza dei prodotti non alimentari e dei servizi; alcune azioni riguardano inoltre l'informazione, la consulenza e le vie di ricorso ovvero l'istruzione dei consumatori. Con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, COM(2007) 725 la Commissione ha affrontato il problema della tutela dei consumatori rispetto alla fruizione dei "Servizi d'interesse generale" (SIG), a carattere economico, quali i servizi postali, le telecomunicazioni, i trasporti, o ancora i servizi d'approvvigionamento

di luce e gas ed i servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi legali di sicurezza sociale. Tale comunicazione è unita alla comunicazione “Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo”.

14 Si v. D. La Rocca cit. pag. 93 secondo cui determinati interventi di matrice comunitaria hanno una ratio di riequilibrio sociale, un intento di fluidità e trasparenza dei mercati. Al riguardo si v. C. Camardi, Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari, in Riv. critica dir. priv., 2005, 549. Si v. G. Alpa La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato ha rilevato che “nella graduatoria dei diritti e degli interessi si conferma dunque la distinzione tra diritti che attengono alla persona ed interessi economici che attengono al consumatore”. Al riguardo è stato rilevato che “l'elevazione dei diritti della persona, intesa come consumatore, al rango costituzionale europeo ha dunque una duplice valenza: vincola gli organi comunitari e gli stati membri, ma vincola anche i giudici nazionali”.

15 Si v. D. La Rocca, cit. pag. 126- 127 “ è più utile rammentare come la cultura dell'Europa, le sue istituzioni, i suoi assetti sociali, il suo modo di intrattenere le relazioni internazionali siano riuscite a conquistare un ruolo di grande rilievo nello scenario mondiale quando hanno saputo proporre una composizione equilibrata tra le istanze di protezione e di promozione della qualità di vita degli individui e le istanze del sistema relazionale nel quale operano, agiscono, scambiano, vivono”. In particolare il compito della disciplina comunitaria è stato di “consolidare quegli interventi di tipo regolativo preordinati alla stabilizzazione del corretto funzionamento del mercato e di renderli comuni a tutti gli operatori che si muovono nello spazio europeo (imprese, ... consumatori)”. Cfr. D. La Rocca cit. pag. 112, secondo cui “ L'obiettivo, davvero, innovativo è quello del superamento di ogni barriera che possa ostacolare la libera circolazione delle risorse: ivi comprese le barriere normative. Si tratta... di un intervento volto ad introdurre regole omogenee ed uniformi, in grado di contrastare ogni forma di protezionismo locale (territoriale, settoriale, di classi e categorie di soggetti)”.

16 In materia di contratti, il “Draft Common Frame of Reference”, è un progetto di codice civile europeo, pubblicato nel 2008, definito come un “progetto di un quadro comune di riferimento”. Tale testo è stato preceduto dalle indagini sulla terminologia e sui principi del diritto privato europeo (European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model rules, Monaco 2008) e dai trattati, (Alpa e Andenas, Fondamenti del diritto privato europeo, Milano, 2005). Il draft, aggiornato nel 2009, è stato commentato, dallo Study Group on a European Civil Code (Monaco, 2009-2010). Tale testo, di dieci libri, è espressione dell’interesse della Commissione Europea nell’individuare un quadro di principi relativi al diritto privato ed in particolare alla disciplina del contratto.

17 Nella Direttiva 97/7/CE che all’art. 16 dispone che “Gli Stati membri adottano misure appropriate per informare il consumatore della legge nazionale che recepisce la presente direttiva ed incoraggiano, se del caso, le organizzazioni professionali ad informare i consumatori dei loro codici di autoregolazione”: la norma eteronoma si rivolge, agli operatori di settore affinché emettano un atto di autonomia al fine di dotarsi di regole di autodisciplina da osservare nei rapporti con i clienti ed allo scopo di integrare le disposizioni di derivazione comunitaria. Nell’art. 16 della Direttiva 2000/31/CE, prevede l’obbligo agli Stati membri e alla Commissione di incoraggiare “a) l’elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario volti a contribuire all’efficace applicazione degli articoli da 5 a 15; b) la trasmissione volontaria dei progetti di codici di condotta a livello nazionale o comunitario alla Commissione; c) l’accessibilità per via elettronica ai codici di condotta nelle lingue comunitarie; d) la comunicazione agli Stati membri e alla Commissione, da parte di associazioni o organizzazioni professionali e di consumatori, della valutazione dell’applicazione dei codici di condotta e del loro impatto sulle pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico; e) l’elaborazione di codici di condotta riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana”. In dottrina, si v.D. La Rocca, Eguaglianza e libertà nel diritto europeo, Giappichelli, pag. 4. L’autrice nell’individuare la ratio ispiratrice dell’intervento normativo attuato dalle istituzioni comunitarie ha rilevato che “ occorre chiedersi se l’obiettivo prioritario sia quello di una semplice razionalizzazione del mercato: l’ampliamento della mediazione mercantile dei bisogni e la correzione degli squilibri negoziali determinati da comportamenti irrazionali, come ultime tappe verso l’abbattimento delle

barriere sociali e normative alla costruzione di un mercato europeo veramente unico". O se, invece, sia quello dell'affermazione di una nuova strategia dei diritti individuali, che si spinge(...) sui terreni più critici della loro tutela: quello dei rapporti interpersonali e dei conflitti mercantili". L'autrice cit. pag. 79 rileva che " la vera novità, insomma, consiste nel tentativo di fare transitare il principio di eguaglianza da " modo di rappresentazione dell'ordinamento giuridico" ( principio informatore del sistema nel suo complesso e criterio di interpretazione della ratio legis), a vera e propria pretesa soggettiva riconosciuta dall'ordinamento: un diritto ( la cui lesione è) azionabile ( e risarcibile) a non subire trattamenti deteriori nei rapporti tra privati, e non più solo tra il privato e i pubblici poteri". Si v. V. Roppo, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, in Riv. dir. civ., 2001, 4, 790. Si v. Alessi - Grisi, Il contratto nella società moderna, Milano, 2002, 4, secondo cui l'art. 1322 c.c., rileva un rapporto dinamico tra autonomia e ordinamento in cui l'autonomia privata si svolgerebbe "in una dialettica costante tra il piano della 'libertà', segnata dal potere delle parti di autoregolamentare i propri interessi ed individuare il contenuto del contratto, e quello della 'autorità' nel fissare i limiti entro i quali i patti dei privati sono ammessi a generare actiones dinanzi ai tribunali dello Stato". Si v. C. Scognamiglio, in Regole di validità e regole di comportamento nel nuovo diritto dei contratti: il caso dell'intermediazione finanziaria, 2008. Secondo l'autore i progetti di regolamentazione uniforme a livello europeo dell'attività contrattuale individuano una nozione di contratto riduttiva in cui rileva soltanto l'esistenza di un accordo espressione della volontà delle parti di vincolarsi giuridicamente. In particolare, tale nozione di contratto " è in grado di renderne più difficile la condivisione ad opera dei diversi sistemi giuridici con il corollario che una nozione di contratto (...), risulta tale da consentire un'esplicazione assai più ampia dell'autonomia privata".

18 "Un bilancio per la strategia Europa 2020" del 29 giugno 2011 ha assegnato 175 milioni di euro al programma per la tutela dei consumatori per il periodo 2014-2020. La proposta in esame è finalizzata all'istituzione di un programma per la tutela dei consumatori per il periodo 2014-2020, che fa seguito al programma d'azione comunitaria in materia di politica dei consumatori (2007-2013). Tale proposta rileva che "I consumatori in Europa sono 500 milioni e la spesa per i consumi ammonta al 56% del PIL dell'UE". Secondo tale proposta "Lo sfruttamento della forza economica della spesa dei consumatori (che rappresenta il 56% del PIL dell'UE) darà un importante contributo al conseguimento dell'obiettivo dell'UE di far ripartire la crescita".

19 Secondo quanto espresso da tale proposta, “ (...)i consumatori informati, ben protetti e in grado di ricavare benefici dal mercato unico possono pertanto rappresentare un motore di innovazione e di crescita, grazie alla loro domanda di valore, di qualità e di servizio. Le imprese in grado di soddisfare tale domanda saranno nelle condizioni migliori per resistere alle pressioni del mercato globale”.

20La legislazione a tutela del consumatore è il frutto dell’adeguamento all’ordinamento comunitario. Il primo provvedimento è la Direttiva del Consiglio 05-04-1993, n. 93/13 (“Concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”), cui ha dato attuazione l’art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52 che ha introdotto nel Libro, IV, Titolo II, del codice civile, il capo (XIV bis, artt. 1469 bis e ss.), dedicato “ai contratti del consumatore”.

21 Si v. M. Libertini, *Autonomia Privata e concorrenza*, in “ I mobili confini dell’autonomia” sopra indicato pag. 752, secondo cui “ Il bene giuridico concorrenza rileva dunque oggi, nel nostro ordinamento, sotto tre profili: come libertà di concorrenza, come tutela della concorrenza, come promozione della concorrenza. Sotto il primo profilo la concorrenza è uno solo dei possibili contenuti della libertà di iniziativa economica, nel secondo e nel terzo profilo il concetto rilevante è invece quello di concorrenza effettiva. Quest’ultima è tutelata contro fatti e comportamenti che abbiano effetti frenanti o discorsivi ed è promossa quando il funzionamento spontaneo del mercato non realizza un adeguato livello di concorrenza”. In tema di concorrenza sleale, si v. Cass. sent. n. 17144, Sez. I, del 22-7-2009 secondo cui “ In tema di concorrenza sleale, presupposto indefettibile dell’il lecito è la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territo-riale anche solo potenzialmente comune, e quindi la comunanza di clientela, la quale non è data dall’identità soggettiva degli acquiren-ti dei prodotti, bensì dall’insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i pro-dotti che sono in grado di soddisfare quel bisogno. La sussistenza di tale requisito va verificata anche



in una prospettiva potenziale, do-vendosi esaminare se l'attività di cui si tratta, considerata nella sua naturale dinamicità, consenta di configurare, quale esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico, l'offerta dei medesimi prodotti, ovvero di prodotti affini e succedanei rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale". (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata nella parte in cui, nonostante il diverso pregio dei prodotti delle parti ed il diverso livello dei negozi presso cui essi erano reperibili, aveva ritenuto sussistente la confondibilità tra gli stessi, in virtù della loro appartenenza alla medesima categoria merceologica e dell'adozione di un marchio fortemente confondibile, che avrebbero potuto indurre il pubblico a ritenere entrambi i prodotti riconducibili all'attività della medesima impresa) .

22 A seguito delle nuove competenze, riconosciute dall'art. 5 del d.l. 1/2012 all'Autorità garante, quest'ultima ha avvertito la necessità di adottare un regolamento per disciplinare la procedura istruttoria in materia di clausole vessatorie e di procedere ad una armonizzazione e semplificazione delle esistenti procedure istruttorie. Al fine di consentire la più ampia partecipazione degli interessati, l'Autorità Garante ha deliberato di porre in consultazione pubblica la bozza del nuovo Regolamento contenente le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie. In riferimento all'art. 21 bis della L. n. 287 del 1990 si veda l'articolo di M. A. Sandulli, Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM, del 06.06.2012, in *Federalismi.it*, n.12/2002.

23 Cfr. ad esempio, le sentenze della Corte giustizia: 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*; 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, punto 34; 11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*, punto 39; 19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc*, punto 18.

24 Si v. R. Ferrara, *Contributo allo studio della tutela consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, 1983, 13

SS.

25 Si v.D. La Rocca cit. pag. 110 secondo cui “ è questo il filo conduttore unitario che segna, al di là delle peculiarità della strumentazione adottata per ciascun intervento, tanto la disciplina anti trust, quanto le normative di tutela degli operatori economici in posizione di dipendenza economica; tanto la normativa di tutela dei consumatori, quanto il più recente diritto antidiscriminatorio”.

26 Nella contraente debole parte della dottrina, ha individuato il rischio di frammentazione del mercato nei diversi comparti, attraverso prassi negoziali che attuano trattamenti differenziati, senza fondate giustificazioni. Si v. Alpa, Nuove frontiere del diritto contrattuale, in *Contratto ed Impresa*, 1997, p. 979, secondo cui nell’evoluzione normativa “ la concezione tradizionale, asettica, neutra di contratto sembra ormai tramontata”. Al riguardo N. Irti, “ Autonomia privata e forma di stato”, in *Riv. dir. civ.*, 1, I, 1994, pag. 21, rileva che “l’idea del negozio giuridico come atto di sovranità individuale come espressione di libertà dello scambio di beni economici, questa idea si è per sempre incrinata”, quindi “ la libertà del singolo trova oggi difesa non più nell’assenza di leggi, ma proprio nelle leggi regolatrici del mercato”; R. Rolli, Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà, in *Contratto ed impresa* del 2000, I , pag. 216, secondo cui “nell’epoca attuale, l’accento posto sulla veste formale del contratto, presente, nella legislazione in materia contrattuale derivante dal recepimento delle direttive comunitarie, svolge la corrispondente funzione di tutela della parte debole del rapporto”.

27 Si v. Bollettino dell’AGCM, n. 21/2012, il provvedimento n. 23606, avverso ad una delibera del Consiglio Notarile di Milano. L’Autorità garante , in primo luogo, individuano la natura di impresa dei professionisti ed in particolare dei notai, “in quanto prestano stabilmente, a titolo oneroso e in forma indipendente, i propri servizi professionali, svolgono attività economica ai sensi dei principi antitrust. Pertanto, ai fini dell’applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza, essi possono essere

qualificati come imprese". Nel caso di specie, è stata individuata un'intesa restrittiva della concorrenza nella determinazione orizzontale di "fornitura di prestazioni professionali è suscettibile di determinare una restrizione della concorrenza; essa rappresenta, peraltro, un'infrazione alla normativa antitrust particolarmente rilevante, poiché mira ad eliminare la concorrenza su uno degli elementi più qualificanti dell'attività economica dei professionisti, cioè il prezzo. Le deliberazioni di associazioni di professionisti mediante la quali vengono fissate le tariffe sono, pertanto, per loro stessa natura restrittive della concorrenza".

28L'Autorità garante per la concorrenza, in passato aveva auspicato l'intervento del legislatore nell'estensione dell'applicazione della disciplina a tutela del consumatore anche alle imprese. Sussistono, posizioni divergenti, che propendono per un itinerario in senso inverso e cioè che muova dai rapporti tra imprese e giunga ai rapporti tra consumatori. Di ciò è espressione, il dibattito sulla sorte dei contratti "a valle", che derivano da intesa restrittiva "a monte". La nullità delle intese restrittive "a monte" può riflettersi su quelle "a valle"? Taluno ritiene che non possa ricavarsi la nullità "a valle" dalla disciplina ordinaria dei contratti, ma ad essa può giungersi tramite l'applicazione analogica dell'art. 9 della legge sulla subfornitura (l. n. 192/1998). Ciò dimostrerebbe la crescente contaminazione tra discipline dell'impresa e del consumatore.

29 Secondo V. Roppo, al convegno Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole del 20 ottobre 2010, "...la perdita di centralità della figura, pur meritoria, del consumatore, con la piena presa di coscienza che esistono ulteriori esigenze meritevoli di tutela, alle quali può darsi consistenza attraverso un fenomeno di dislocazione di blocchi normativi da un settore più ristretto ad uno più ampio". Inoltre, la sentenza *Courage Ltd* del 20 settembre 2001 della Corte di giustizia (C-453/99), rileva la tendenza sullo squilibrio tra due operatori economici (un fornitore di birra e il titolare di un pub) e afferma l'esigenza di un'adeguata protezione da attribuire alla impresa debole.

30 Sul ritorno della qualifica soggettiva dei contraenti quale discriminante per la scelta della norma applicabile sia sul piano sostanziale e processuale, si v. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti* (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori, in *Scritti in onore di Sacco*, Milano, 1994, 1287; per il secondo V. Zeno-Zencovich-M.C. Paglietti, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 216, 251. Si v. l'art. 2, comma 1. d.lgs. 206/05: "sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni". Si v. la relazione di G. Alpa, convegno del 11 dicembre 2010 "Il contratto e le sue trasformazioni", secondo cui "Per ciascuna di queste categorie si registrano regole introdotte dalle leggi speciali, ora rivolte alla tutela del consumatore, ora rivolte alla tutela del risparmiatore, ora dirette a reprimere l'abuso di dipendenza economica, ora a consentire l'applicazione di rimedi destinati a favorire la disciplina della concorrenza. Ciò determina una limitazione dell'autonomia contrattuale, giustificata da ragioni di tutela della parte più debole, di trasparenza del mercato, di migliore funzionamento delle regole di concorrenza". Sulla categoria del terzo contratto si v. C. Scognamiglio, in *Regole di validità e regole di comportamento nel nuovo diritto dei contratti: il caso dell'intermediazione finanziaria*, pag. 2. Secondo l'autore "la riflessione sulla categoria del c.d. terzo contratto: e cioè del contratto che, giustapponendosi ai due modelli generali del primo contratto ( il contratto di diritto comune tra contraenti privi di specifiche qualificazioni socio economiche o, per i quali, queste qualificazioni comunque non rilevano: i contraenti senza qualità) e del secondo contratto ( il contratto fra professionisti e consumatori) dovrebbe comprendere l'area dei rapporti contrattuali tra consumatori ed altre ipotesi di rapporti contrattuali, non riconducibili né al primo, né al secondo contratto". Si v. N. Coviello in *manuale del 1910 " la volontà dell'uomo non può essere causa efficiente di conseguenze giuridiche, perché non è essa che può creare il diritto". La codificazione del BGB ha affermato che per la volontà della dichiarazione non si può parlare di " volontà degli effetti", in quanto "ogni effetto giuridico è un effetto della legge".* Altresì, si v. D. La Rocca pag. 97, secondo cui la disciplina generale del contratto del codice civile " pur ispirata ad un rigoroso rispetto della volontà dei privati, conteneva forme particolarmente incisive (per l'epoca) di ingerenza pubblica in funzione di riequilibrio contrattuale: si pensi alla prima embrionale disciplina di tutela dei consumatori nei contratti di massa dettata dal codice civile (art. 1339, 1341, 1370, 1525, 1526 c.c.)"

31 In senso contrario, si v. A. Plaia, in relazione svolta all'Università Cà Foscari di Venezia, nell'ambito del seminario Diritto dei contratti, 30-31 gennaio 2008. L'autore nega che "il diritto privato dei contratti conosca un nuovo intervento di tipo sociale in favore del contraente debole, sia esso "consumatore", sia esso "impresa". Si v. il libro *Contro l'azienda etica, Per il bene comune*, di Carlo De Matteo che travolge le teorie managerialmente corrette. In una conservazione finale con Marco Boglione, l'imprenditore, patron di Robe di Kappa afferma che "Bisognerebbe trovare il modo di mettere al centro l'interesse collettivo come causa dell'interesse individuale perché l'individuo ha maggiore consapevolezza della sua individualità quando è capace di mettersi a sistema, di organizzarsi". Secondo De Matteo, l'azienda non può avere una visione etica propria, che prescinde dall'essere "una comunità di persone che secondo ruoli, responsabilità e legittimi interessi, ne esprimono dinamicamente i fini, l'organizzazione, la struttura e, di conseguenza, la cultura". La soluzione per gli imprenditori italiani hanno seguito anche senza teorizzarla: "perseguire il bene comune è il modo migliore per assicurarsi, nel tempo, la soddisfazione degli interessi individuali".

32 Si v. Cass. civ., Sez. III, 29 maggio 2012, n. 8548, "In materia di contratti bancari, l'obbligo dell'istituto di credito di comunicare al cliente le variazioni contrattuali ad esso sfavorevoli, sussiste nella sola ipotesi in cui la variazione abbia avuto luogo unilateralmente da parte della banca, e non anche qualora la variazione sia determinata da fattori di carattere oggettivo ed aleatorio, già previsti nel contratto. In ipotesi siffatte, invero, non può parlarsi di modifica unilaterale del negozio e di essa il cliente risulta, in ogni caso, aver già preventivamente assunto il rischio. Le parti di un contratto bancario, nel potere di autonomia negoziale che gli è proprio, possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienza del rischio ed assumersene reciprocamente o unilateralmente lo stesso, modificando, in tal modo, lo schema tipico del contratto commutativo, mediante l'aggiunta di un rischio che a quello schema sarebbe estraneo, rendendolo, per tale aspetto, aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso del verificarsi delle sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nella ordinaria disciplina del contratto".

33 L'evoluzione delle scienze e delle tecniche mediche fanno sorgere dei problemi in ordine all'individuazione degli indici di meritevolezza degli interessi e dei limiti per l'esercizio dell'autodeterminazione nell'ambito delle sfere vitali interessate. Quanto espresso riguarda le questioni legate agli atti di disposizione del corpo, alla fecondazione artificiale, alle terapie geniche o alle sperimentazioni per ricerche nel campo della genetica o al testamento biologico. La letteratura giuridica in materia è vasta. Si v., F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; S. Rodotà, *Questioni di bioetica*, Bari, 1993. Al riguardo, vi è un ampio orientamento dottrinario che individua nel principio personalistico un limite dell'autonomia privata. Si v. M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 2007, 67 ss. in riferimento al ruolo del concetto di dignità nel diritto europeo dei contratti. Si v. D. La Rocca cit. pag. 163, secondo cui "la lunga razionalizzazione del movimento dei consumatori si sia spesso richiamata ( prima ancora che all'istanza di razionalizzazione di mercati non perfettamente concorrenziali) all'esigenza di una tutela rafforzata di una serie di diritti alla persona (senza ulteriori connotazioni): dal diritto alla salute a quello della riservatezza".

34 Si v. D. La Rocca, *Sul rapporto tra il principio di eguaglianza e l'autonomia negoziale*, pag. 115 e in *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo*, Giappichelli, pag. 86. Secondo l'autrice, "l'autonomia negoziale non è libero arbitrio: se c'è eguaglianza nessuno può essere più libero degli altri. La libertà individuale non è assenza di regole: è potere di scelta tra opzioni soggette a regole predeterminate ( prevedibili e certe)".Prosegue l'autrice che " si è effettivamente liberi solo se si ha la garanzia che tutti siano tenuti a rispettare la sfera di autonoma determinazione dei propri pari; se ci si può legittimamente attendere che gli altri non possano invadere il proprio spazio libero".In riferimento alla libertà negoziale l'autrice cit. pag. 89 rileva che " l'autodeterminazione del soggetto di diritto si può esercitare solo con riferimento alle medesime legittime attribuzioni. Ciò che si misura non sono quantità di beni o di servizi, né porzioni di potere materiale (economico, politico, sociale, relazionale): sono qualità formali, prerogative o divieti predefiniti in via generale e astratta. Sono entità, che prese in sé sono incommensurabili, alle quali ciascuno è libero di attribuire il valore che ritiene fino a quando quell'entità resta nella propria sfera" ; Calvo, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 869; L. Delli Priscoli, «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in *Contratto e impr.* - Europa, 2003, 749.

35 Si v. M Centini, La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazione soggettive, in *Giur. cost.*, 20076, 3, 2405 ss. Altra parte della dottrina ha affrontato la questione se la nozione di discriminazione elaborata in riferimento a rapporti asimmetrici, presenti nel rapporto di lavoro, possa essere applicata anche nell'ambito dei rapporti mercantili di scambio di beni e servizi. In tal senso si veda D. La Rocca, pag. 170. In riferimento al concetto di parità di trattamento nei contratti, si veda D. Maffei, Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 281 ss. Un altro aspetto oggetto di dibattito riguarda la figura dell'abuso del diritto secondo la formula dell'abuso di libertà contrattuale. Si veda G. D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 625 ss.

36 Sui limiti dell'autonomia privata in relazione alla sua finalizzazione alla realizzazione degli interessi meritevoli di tutela nell'ordinamento con prospettive diverse, P. Perlingieri, Appunti sull'inquadramento della disciplina delle cd. condizioni generali di contratto, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 297 ss.; P. Schlesinger, L'autonomia privata e i suoi limiti, in *Giur. it.*, 1999, I, 229 ss.; F. Macario, Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 701.

37 Si v. Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 15244. Secondo la Corte "l'obbligo di contrarre del monopolista legale o del soggetto equiparabile a monopolista, osservando la parità di trattamento (art. 2597 cod. civ.), implica che ogni rapporto si atteggi con eguale contenuto nei confronti di tutti i contraenti in ciascun gruppo di contratti omogenei".

38 Si v. Cass, Sez. II, 29.5.2007, n. 12644, “intesa quale requisito etico della condotta delle parti, costituendo uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, si traduce in un vero e proprio dovere giuridico, al quale deve essere improntata la condotta delle parti, sia, ex art. 1175ce, nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, sia, ex art. 1375, sul piano del complessivo assetto degli interessi sottostanti all'esecuzione, e costituisce un limite ad ogni situazione, attiva o passiva, integrativo del contenuto e degli effetti del negozio (v., ex coeteris, Cass. sez. I, n. 1460/73, sez. II n. 960/86, sez. III, n. 2788/99, n. 14726/02, sez. lav., 1078/99)”.

39 Si v. Cutugno, L'anatocismo bancario: dalle origini alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), gli usi normativi si differenziano da quelli negoziali ed interpretativi: “i primi rappresentano una fonte sussidiaria del diritto, in materie non regolate dalla legge o con funzione integrativa del contenuto delle norme scritte; i secondi costituiscono mezzi d'integrazione o d'interpretazione della volontà espressa dai contraenti e si presumono voluti dalle parti, ancorché non espressamente richiamati nel regolamento contrattuale, in quanto abitualmente osservati in un certo ambito territoriale o in un determinato settore economico. Gli usi normativi, per di più, sono esplicitamente inclusi nel sistema delle fonti del diritto, secondo la gerarchia stabilita negli artt. 1 e 8 delle preleggi e sono costituiti da un elemento materiale, rappresentato dalla generale, costante ed uniforme ripetizione di un determinato comportamento e da un elemento psicologico, rappresentato dal convincimento (c.d. opinio) che detto comportamento corrisponda all'osservanza di un obbligo giuridico; più precisamente l'opinio iuris ac necessitatis è la convinzione dei consociati che un certo comportamento, costantemente ed uniformemente tenuto nel tempo, sia caratterizzato dalla doverosità giuridica, nel senso che i singoli lo rispettano come se fosse imposto dall'ordinamento. Gli usi negoziali, invece, consistono in clausole contrattuali, costantemente utilizzate in determinati settori degli affari e/o del mercato, per cui, a differenza della regola consuetudinaria, che non necessita di essere consacrata in un contratto, essi operano solo se le parti decidano di inserirli nel regolamento contrattuale. Ora, gli usi negoziali non hanno un valore cogente, nel senso che sono, assolutamente, infirmati dalla portata imperativa della legge alla quale non possono derogare”.



40 Si v. Cass., 11.6.1965, n. 1189. L'equità integrativa va intesa, che "va intesa non come richiamo di norme extragiuridiche per un giudizio secondo equità in luogo di una pronuncia secondo diritto, bensì nel senso che il contratto deve essere valutato secondo correnti criteri di logica giuridica per la determinazione esatta dei suoi effetti; non è sostitutiva dell'applicazione di norme, ma integrativa o sussidiaria per un puntuale adattamento della norma al caso concreto; opera nell'ambito di quest'ultima e si inquadra in un giudizio di diritto". Essa si distingue dall'equità "interpretativa", che, in caso d'impossibilità di chiarire il significato del contenuto del contratto, demanda al giudice in via residuale il compito di interpretarlo operando un equo temperamento di interessi delle parti (art. 1371 c.c.), dall'equità "correttiva", cui fa riferimento ad esempio l'art. 1384 c.c. come strumento di bilanciamento delle prestazioni e dal giudizio di equità, ai sensi degli artt. 113 e 114 c.p.c., a proposito del quale si parla di equità "formativa" o "sostitutiva": in base ad essa il giudice è chiamato a formulare sia la qualificazione del fatto sia la regola da applicare al caso concreto. In tale attività egli è tuttavia vincolato, oltre che dalle norme costituzionali, anche dai principi informatori della materia, soltanto rispetto ai quali è ammesso un ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3) c.p.c. Brevi note in tema di equità nei contratti del consumatore e tra imprese, in *Neldiritto.it*, n. 8, 2007, p. 6.

41 Si v. Cass. Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

42 Sulle conseguenze di una clausola abusiva la Corte di Giustizia, Sez. IV, 4/06/2009, Sentenza C-243/08 ha affermato che "l'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e che non è necessario, in proposito, che egli abbia in precedenza impugnato utilmente siffatta clausola". Sui rapporti tra la normativa comunitaria ed interna sul carattere abusivo delle clausole contrattuali, si v. Corte di Giustizia CE, Sez. I, 03/06/2010, Sentenza C-484/08, secondo cui "gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, debbono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale, che

autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile. Inoltre, gli artt. 2 CE, 3, n. 1, lett. g), CE e 4, n. 1, CE non ostano ad un'interpretazione degli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva secondo la quale gli Stati membri possono adottare una normativa nazionale che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile". In riferimento alle clausole predisposte da una parte e sottoposte all'altra, il draft prevede con una disposizione non derogabile dalle parti ( II.-9:401) che le clausole debbono essere redatte e comunicate in modo chiaro, semplice ed intellegibile. Se non avviene tale comunicazione, la clausola è considerata "un fair", ossia non vincolante. Tali clausole sono sottoposte alla valutazione di "unfairness" ossia degli "significantly disadvantages" imposti alla parte contraente con un comportamento contrario a buona fede e a fair dealing, senza distinguere tra consumatori e non consumatori.

43 In base all'art. 4, par. 2 "la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile".

44La Direttiva del Consiglio 93/13/CE, relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori è stata recepita agli artt. 33-38 codice del consumo cit. Secondo l'art. 3 della dir. "una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto"

45 Si v. S. Troiano, sub Art. 1469-bis, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa-S. Patti, Milano, 1997, 3; G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 10; A. Barengi, sub Art. 1469-bis, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, a cura di A. Barengi, Padova, 1996, 8; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 163 e G. Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti nd'impresa*, Padova, 1997, 49 ss.

46 Si v. F. Macario, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 3, 119. In riferimento alla carenza di informazione ed alla razionalità non perfetta, l'autore ha utilizzato il concetto di "razionalità limitata".

47 Sulle questioni poste dall'art. 33 cod. consumo, cfr. AA. VV., *Codice civile commentato*, cit., 1223 ss. Sul sindacato dell'abusività della clausola la Corte di Giustizia CE, Sez. IV, 4/06/2009, Sentenza C-243/08 ha affermato che "spetta al giudice nazionale stabilire se una clausola contrattuale, come quella oggetto della controversia principale, risponda ai criteri richiesti per poter essere considerata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 93/13. A tal fine, il giudice nazionale deve tener conto del fatto che può essere considerata abusiva una clausola contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, la quale sia stata introdotta senza essere stata oggetto di negoziato individuale e sia volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale della circoscrizione in cui si trova la sede del professionista".

48 La teoria per cui il consumatore sarebbe un contraente con minore forza contrattuale è relegata alla spiegazione di ipotesi marginali. In termini di analisi economica del diritto la questione è affrontata, per la

prima volta, in R. Pardolesi, Clausole vessatorie (nei confronti dei consumatori): una direttiva abusata?, in Foro It., 1994, V, 137. Si v. Le teorie americane contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano di Baffi Enrico, in I Contratti, 2010, 4, 392, che applica i concetti della disciplina conosciuta come "Analisi economica del diritto" ovvero "Law and Economics". Tale materia interpreta e valuta le norme sociali e giuridiche, secondo criteri e metodologie particolari. L'Analisi economica del diritto applica i metodi della microeconomia, quale dell' "individualismo metodologico", in forza del quale i fenomeni sociali sono spiegati partendo dal comportamento degli individui e dai loro incentivi e disincentivi. L'autore, in particolare indica le soluzioni, elaborate dalla dottrina statunitense: la teoria delle clausole efficienti che individua il criterio per valutare la sussistenza dell'equilibrio e le norme dispositive da sostituire alla clausola squilibrata, la teoria delle reasonable expectations, secondo cui entra nel contratto la clausola che il consumatore ragionevolmente si aspetterebbe, a meno che con adeguata informazione non si cambino le ragionevoli aspettative e la teoria delle penalty default rules che individua le norme dispositive sfavorevoli per il professionista, che troverà preferibile introdurre una nuova clausola e rendere così edotto il consumatore. Sull'argomento delle clausole abusive e del contratto eccessivamente squilibrato si confrontino, cfr. L. Delli Priscoli, Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto, in Giur. comm., 2006, 256; E. Navarretta, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo, in Riv. dir. civ., 2005, 507; A. Gentili, De Jure Belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni, in Riv. dir. civ., 2004, 27.

49 Si v. il Bollettino dell'AGCM, del 11 giugno 2012. L'Autorità Garante per la concorrenza ha chiuso cinque procedimenti di inottemperanza avviati nei confronti di Alitalia, Blue Panorama, Easyjet, Ryanair e Wizzair, per non avere rispettato le delibere dell'Autorità, che qualificavano come pratica commerciale scorretta la mancata incorporazione nella prima indicazione del prezzo dei biglietti aerei la commissione applicata al momento del pagamento con carta di credito (cd. credit card surcharge). Nel corso dei procedimenti le compagnie coinvolte hanno assunto l'impegno a mettere in atto le misure necessarie per modificare il sistema di prenotazione e cessare, al massimo entro la data del 1° dicembre 2012, la pratica scorretta. L'importo delle sanzioni inflitte per la reiterazione della pratica è stato calcolato valorizzando le modifiche effettuate in fase di attuazione da parte dei vettori sui rispettivi siti internet. Alitalia, Blue Panorama, Easyjet, Ryanair e Wizzair si aggiungono ai vettori Air Italy, Germanwings, Lufthansa Italia e Air Berlin che, a seguito di analoghi provvedimenti dell'Antitrust, hanno già cessato la pratica

commerciale dello scorporo dell'importo del cd. credit card surcharge dalla prima indicazione di prezzo fornita ai consumatori. Windjet e Vueling sono in fase di ottemperanza Autorità, con sanzioni e l'imposizione di modifiche alla presentazione delle tariffe sui siti web: il costo del pagamento con carta di credito o debito sarà incorporato nel prezzo del biglietto sin dal primo contatto. Entro il primo dicembre, le compagnie aeree operanti in Italia riporteranno nelle proprie comunicazioni commerciali e nei rispettivi sistemi di prenotazione e acquisto on line, il prezzo dei biglietti aerei offerti comprensivo del costo per il pagamento con carta di credito/debito. Sarà così chiaro l'esborso complessivamente richiesto ai consumatori per il servizio offerto.

50 L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato Repower Italia, Egl Italia e Tirreno Power per intesa restrittiva della concorrenza, nel mercato rilevante nel servizio di accensione al minimo tecnico, richiesto da Terna nei giorni festivi agli impianti della Campania. In particolare, l'accordo, realizzato nei servizi di dispacciamento di energia, ha determinato un maggior aggravio dei costi sostenuti da Terna. Secondo l'Antitrust le tre società, che rappresentano il 100% del mercato di riferimento, si sono ripartite gli avviamenti a programma sul mercato dei servizi di dispacciamento ex-ante nei giorni festivi, attraverso l'adesione a delle regole per la formulazione delle offerte. In particolare le imprese hanno voluto ottenere la turnazione degli avviamenti dei loro impianti sulla base di cicli di tre giorni festivi. L'intesa è stata realizzata a fronte della necessità di Terna di avere un'unità del gruppo di impianti, in servizio per risolvere i problemi di tensione, che affliggono l'area nei giorni festivi. Ciò rendeva stabile la domanda di servizi di accensione al minimo tecnico. Tale intesa ha avuto effetti sulla spesa sostenuta da Terna per l'acquisto dei servizi di dispacciamento, pari ad un incremento del 5%, e sul prezzo pagato dai consumatori di energia. Comunicato Stampa del 14 giugno 2012. in [www.agcm.it](http://www.agcm.it) Si v. M. Libertini, Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust, in *Danno e responsabilità*, 2004, 936 ss. Al livello comunitario è stato precisato che i principi ad oggetto la nullità vanno ricercati nel diritto civile di ciascuno stato e conseguentemente si ritiene applicabile la disciplina codicistica.

51 Si segnalano le seguenti fattispecie di abuso di posizione dominante. L'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 25 gennaio 2012, ha individuato un abuso di posizione dominante da parte delle società Estra Reti Gas Srl e la controllante Estra SpA, nel mercato della distribuzione del gas nel Comune di Prato, in quanto hanno rifiutato e ritardato la trasmissione al Comune di Prato di informazioni rilevanti ai fini della predisposizione di bandi di gara competitivi per il riaffidamento del servizio di distribuzione del gas e della partecipazione dei concorrenti alle gare a parità di condizioni. Nell'istruttoria, è emerso che Estra ed Estra Reti Gas hanno adottato una strategia dilatoria, per evitare che il Comune di Prato potesse procedere all'indizione di una gara autonoma, prima che, in base al decreto di definizione degli ambiti, ai Comuni venisse inibita la possibilità di indire gare limitate al proprio perimetro concessorio. In particolare le informazioni richieste dal Comune di Prato, la cui trasmissione è stata oggetto di rifiuto e ritardo da parte delle società, erano in parte disponibili e in parte disponibili tramite una attività di elaborazione. Il ritardo nella trasmissione delle informazioni ha comportato la proroga del termine per il ricevimento delle offerte (in origine fissato al 6 maggio 2011), tanto che la procedura di gara è ancora in corso. Estra Reti Gas ha così potuto continuare a gestire, di fatto, il servizio di distribuzione del gas nel Comune di Prato, oltre la scadenza della concessione e continuerà a svolgerlo fino al riaffidamento del servizio in esito alla procedura di gara. In tal modo, vi è stato un abuso finalizzato a ritardare il trasferimento del servizio ad un operatore più efficiente. Nel provvedimento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 23112 del 14.12.2011, la società Auditel S.r.l. è stata sanzionata, per avere posto in essere abusi di posizione dominante contrari all'articolo 102 del TFUE, consistenti nella mancata pubblicazione giornaliera dei dati di ascolto dei canali per singola piattaforma, della voce 'ALTRE DIGITALI TERRESTRI' e nell'attribuzione dei risultati della rilevazione anche ai 'non possessori di televisione'. L'AGCom ha individuato un mercato rilevante nel settore dei servizi di rilevazione degli ascolti televisivi, nonché del mercato della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo, del mercato della pay tv e del mercato dell'offerta all'ingrosso di canali televisivi, ambiti nei quali le condotte analizzate producono effetti. Inoltre, L'AGCom ha individuato una posizione dominante dell'Auditel nel mercato italiano della rilevazione degli ascolti televisivi, in quanto la società, operando in una situazione di sostanziale monopolio nel suddetto mercato, rappresenta l'unico soggetto cui è affidata la rilevazione e la diffusione di dati, univoci e condivisi, relativi agli ascolti televisivi.

52 Si v. V. Roppo, intervento al convegno del 20 ottobre 2010, Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole, si chiede "se oggi possa davvero individuarsi un soggetto di mercato debole in termini

indifferenziati, oppure risulti ancora giustificata la posizione tipica del consumatore. Invero, la possibilità di ravvisare la figura del soggetto “non consumatore” sussiste davvero, pur dovendo fare i conti con posizioni dottrinali di contrario segno, che arricchiscono un dibattito nel cui ambito è necessario confrontarsi con cautela, là dove un eccesso di “generosità” potrebbe fare il gioco di chi non intende spostarsi da trincee arretrate”.

53 Secondo la disciplina prevista dal II Book del Draft, all’interno di ciascun istituto relativo al contratto, è possibile distinguere le regole rivolte a disciplinare i contratti conclusi da contraenti non qualificati, da quelle rivolte a disciplinare contratti conclusi con i consumatori, le regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da professionisti deboli. Si v. la relazione di G. Alpa, I nuovi aspetti del diritto contrattuale, 2010, secondo cui tale gruppo di regole, “ pur essendo rivolte a tutti i contraenti, ... contengono correttivi ispirati alla trasparenza del contratto, alla buona fede e correttezza del comportamento, al divieto di abuso contrattuale, che soddisfano sia l’esigenza di moralizzare il mercato, sia l’esigenza di dare ingresso ad istanze sociali che non sarebbero realizzate compiutamente dal libero gioco delle forze in campo”.

54 Si v. P. Perlingieri, Manuale di Diritto Civile, pag. 157, secondo cui “ La rilevanza giuridica dell’informazione nel nostro ordinamento, ha secondo la dottrina, triplice espressione: come diritto di informare, di essere informato (a tutela di un interesse individuale o collettivo alla massima diffusione e completezza dell’informazione) e di informarsi ( nel senso di diritto di acquisire informazioni)”. Si v. F. Losurdo, La tutela dei consumatori, Tratto da: S. Mangiameli (a cura di), L’ordinamento europeo. Vol. III Le politiche dell’Unione, Giuffrè, Milano, 2008 (pp. 461 - 502), secondo cui “nella logica del mercato interno la libertà di scelta del consumatore si leghi strettamente alla consapevolezza della scelta stessa”. Al riguardo è stata espressa una tesi secondo cui il consumatore a seguito del gap informativo sia dotato di “diritti compensativi”. Si veda D. La Rocca, cit. pag. 111. La scienza giuridica individua un “neoformalismo di protezione” ad indicare, che il diritto europeo prevede degli oneri formali la cui finalità, nuova rispetto alla tradizione, è quella di tutelare il consumatore.

55 In riferimento alla tutela del consumatore, si v. F. Losurdo, cit., “ nel complesso le direttive sui contratti del consumatore non hanno principalmente riguardo al consumatore inteso come status, cioè come gruppo sostanzialmente omogeneo e definito dal punto di vista sociologico (al pari del lavoratore subordinato), ma piuttosto si riferiscono all’atto di consumo ovvero allo scopo finale, a prescindere dalla formale qualificazione dei contraenti”. Secondo la Corte di Giustizia (sentenze Gruber, cit. punto 36; Benincasa, cit. punti 16-18) la nozione di consumatore va interpretata “facendo riferimento alla posizione di tale persona in un contratto determinato, in relazione alla natura e alla finalità di quest'ultimo, e non alla situazione soggettiva di tale persona, dato che la stessa persona può essere considerata un consumatore nell'ambito di talune operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre”. Pertanto, “il beneficio di tali disposizioni non può essere fatto valere, in linea di principio, da un soggetto che conclude un contratto per un uso relativo in parte alla sua attività professionale e quindi solo in parte estraneo a quest'ultima. La conclusione sarebbe diversa solo nell'ipotesi in cui il nesso fra il detto contratto e l'attività professionale dell'interessato fosse talmente modesto da divenire marginale ed avesse quindi solo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione, considerata nel suo insieme, per cui il contratto è stato concluso” (sentenza Gruber, cit., punto 39).

56 L’art. 2 direttiva del Consiglio 84/450/CEE, ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, è stata trasposta senza modifiche nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 06/114//CE, ed è recepita agli artt. 18-27 codice consumo cit. si v. F. Losurdo, cit., secondo cui “Il diritto comunitario e il diritto statale accolgono una nozione ampia di pubblicità intesa come “qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi”.

57 Si v. F. Losurdo, secondo cui vista con favore in ambito comunitario come strumento per ampliare la concorrenza a vantaggio dei consumatori; osteggiata a fondo in diversi Stati membri (tra cui l’Italia),



perché, al contrario, considerata mezzo di concorrenza sleale atta a confondere il consumatore.

58 La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE. L'ottica europea è chiarita dai considerando posti a premessa: in essi si sostiene che la pubblicità costituisce uno strumento importante per aprire sbocchi nell'Unione europea per qualsiasi bene o servizio e che i consumatori possono e devono ricavare il massimo vantaggio dal mercato interno; pertanto, si prosegue, la disciplina uniforme di questo fenomeno contribuirà a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili, stimolando la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori.

59 Secondo l'art. 4 della dir. 06/114 cit., la pubblicità comparativa è lecita quando: a) non sia ingannevole; b) confronti beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; c) confronti obiettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative; d) non causi discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi di un concorrente; e) non ingeneri confusione tra i professionisti.

60 Gli art. 1337 e 1338 c.c., prevedono l'applicazione della clausola di "buona fede" nella fase precedente la conclusione del contratto e l'obbligo di comunicare all'altra parte le cause di invalidità del contratto. La violazione di tali disposizioni, secondo quanto espresso dalla giurisprudenza di legittimità determina una responsabilità extracontrattuale, risarcibile nei limiti dell'interesse negativo. Secondo un altro orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, la violazione dell'obbligo di informazione previsto per legge determina la risoluzione del contratto e conseguente risarcimento del danno. Un diverso orientamento giurisprudenziale, in tale ipotesi applica i rimedi della nullità e delle conseguenti restituzioni. E' interessante effettuare un raffronto con quanto previsto dal Draft Book II (Chapter 3:01-3:501) che, prevede l'obbligo di fornire delle informazioni chiare, precise, ed espresse in un

linguaggio semplice ed intellegibile. Nell'ipotesi di vendita di goods, assets, services, si prevede in capo l'imprenditore degli specifici obblighi di informazione nei confronti di chiunque "another person". Tali obblighi sono individuati attraverso la clausola generale, basata sulla ragionevole aspettativa "...reasonably expct..." della controparte ed in considerazione degli standard di qualità e della prestazione. Secondo il Draft Book II Charpther ( II- 9:408), il contratto concluso in violazione degli obblighi precontrattuali è valido e non risolubile, mentre potrà essere non vincolante la singola clausola "un fair". L'unica sanzione prevista nell'ipotesi di contratto concluso in violazione degli obblighi precontrattuali è il diritto al risarcimento del danno "loss" ( II- 3:501), invece, sussistono delle regole speciali per il contratto concluso con il consumatore (II.- 3:102).

61 Si v. Tar Lazio, Roma, Sez. I - 14 marzo 2011, n. 2271, Pres. Giovannini, Est. Politi - T. s.p.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In riferimento ad una fattispecie, relativa alle suonerie per telefonia cellulare, tale pronunzia ha affermato che nella nozione di "professionista", introdotta nel Codice del Consumo, a seguito delle modificazioni ad esso apportate dalle novelle legislative del 2007, rientrano le attività svolte da un operatore commerciale nella realizzazione e/o diffusione di una pratica, quando quest'ultimo consegua un'utilità economica (quale, la messa a disposizione di spazi pubblicitari per la vendita di contenuti multimediali per telefonia cellulare- suonerie). Secondo gli elementi di fatto emersi, è stata ritenuta sussistente la qualifica di "intermediazione", di conseguenza la qualifica di "professionista" e l'applicabilità nei confronti della società titolare del sito web della responsabilità prevista dal Codice del Consumo, conseguente a tale qualificazione.

62 Si v. Tar del Lazio, sez. I, sentenza n. 2387/2011 del 9 marzo 2011, Vendite a domicilio di opere di pregio, ha ribadito il precedente orientamento espresso dal Tar del Lazio, sez. I, sentenze n. 634 del 20 gennaio 2010 - Bagno Sebach "Top San".

63 L'art. 27 e ss. Delib. CONSOB 16190/07, c.d. regolamento intermediari; artt. 46 e ss. Reg. ISVAP n. 5/2006). I regolamenti emanati in attuazione dei testi unici sulle attività finanziarie (testo unico sull'intermediazione finanziaria, codice delle assicurazioni) dettano disposizioni sulla condotta precontrattuale della banca, dell'intermediario finanziario o dell'assicuratore e prevedono a carico dell'intermediario (finanziario od assicurativo) i doveri di trasparenza, di correttezza e di adeguatezza.

64 Nell'ambito delle responsabilità professionali, ed in particolare della responsabilità medica è stato previsto l'obbligo del professionista di fornire al paziente una informazione chiara, esaustiva, completa e comprensibile sulla natura, sui rischi e sulle possibilità di successo dell'intervento (Cass. 25.11.1994 n. 10014; Cass. 15.1.1997 n. 364; Cass. 28.11.2007 n. 24742; Cass. 26.9.2006 n. 20832). Il principio del "consenso informato" è stato esteso alla responsabilità del notaio, tra i cui obblighi vi è di informare il cliente di qualsiasi circostanza rilevante per l'utilità e la validità dell'atto, persino quando le parti lo abbiano esonerato dalle visure, poiché egli è tenuto comunque all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c. e della buona fede (Cass., sez. III, 06-04-2001, n. 5158; Cass. 28.11.2007 n. 24733). In riferimento alla responsabilità dell'avvocato, è stato ritenuto sussistere un dovere di informare il cliente delle caratteristiche del giudizio e delle scelte da compiere a pena di decadenza (Cass., sez. II, 19-11-2004, n. 21894).

65 Tale prodotto assicurativo si caratterizza per il fatto che, a fronte dei versamenti eseguiti dal sottoscrittore, sono acquistate quote di fondi comuni di investimento interni all'impresa di assicurazione o di altri organismi di investimento collettivo del risparmio e la prestazione dovuta al momento della scadenza sarà direttamente collegata all'andamento di tali fondi, con la conseguenza che non viene garantita la restituzione del capitale iniziale né un rendimento minimo ma al beneficiario spetterà una cifra che potrà essere più o meno elevata (o al limite addirittura nulla) a seconda del valore dei fondi di investimento.

66 Secondo la sentenza del Tribunale di Udine del 5 marzo 2010, “La normativa primaria e secondaria in materia impone agli intermediari particolari doveri di comportamento diligente e corretto, finalizzati a garantire la massima possibile consapevolezza degli investitori; doveri che entrano a fare parte del contenuto effettuale del contratto (art. 1374 c.c.) e la cui violazione comporta il generale rimedio risarcitorio nel caso in cui l’investitore ne subisca un danno patrimoniale (art. 1218 c.c.). Se tali doveri sono stati violati, ciò è avvenuto nel corso dello svolgimento di un rapporto contrattuale, o “in itinere” ovvero già instauratosi, e tali violazioni costituiscono un inadempimento che se di “non scarsa importanza” può giustificare, in una valutazione complessiva del rapporto, la risoluzione del contratto di negoziazione (se relative a obblighi successivi alla stipula del contratto di negoziazione, perché in caso contrario sarà configurabile solo una responsabilità precontrattuale) e in ogni caso il risarcimento dei danni”. In riferimento alle conseguenze derivanti dall’omissione di informazioni, tale pronuncia afferma che, “La violazione degli obblighi di buona fede o degli obblighi informativi si realizza ..., o nelle trattative dirette alla conclusione del contratto di negoziazione (mancata assunzione di informazioni sulle caratteristiche soggettive degli investitori, mancata consegna del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari) o nella fase esecutiva di quel contratto: nel primo caso determina un obbligo risarcitorio ex art.1337 c.c. (...); nel secondo caso concreta un inadempimento astrattamente suscettibile di condurre alla risoluzione dell’intero contratto, ma - di solito, ossia salvo casi eccezionali (ad esempio ordine eseguito in contrasto con quanto disposto per iscritto) - non può condurre alla risoluzione della singola operazione, pur avente natura negoziale, in quanto dette violazioni semmai incidono solo sulla fase delle trattative, con conseguente mera responsabilità precontrattuale. Nel caso in esame, pertanto, non essendo ravvisabile un inadempimento che concerna l’esecuzione dell’operazione di acquisto, ma solo un inadempimento che tocca la precedente della “trattativa”, non può essere dichiarata la risoluzione dell’ordine oggetto di causa, come richiesto. Il mancato integrale assolvimento dell’obbligo informativo attivo, da cui deriva la responsabilità della convenuta per le perdite subite dall’attore in conseguenza dell’acquisto delle obbligazioni oggetto di causa, è infatti senz’altro sanzionabile sul piano risarcitorio”. Si segnala un’altra sentenza del Tribunale di Ariano Irpino del 2012, che ha individuato una responsabilità derivante dagli obblighi aggiuntivi, previsti da Patti Chiari, l’iniziativa lanciata dal sistema del credito in accordo con le associazioni dei consumatori/risparmiatori. Secondo tale sentenza, l’adesione della banca al sistema di autoregolamentazione PattiChiari fa nascere «un insieme di obbligazioni di natura convenzionale» nei confronti dell’investitore. La sentenza riguarda in particolare, la tutela dei risparmiatori lese dal crac di Lehman Brothers nel 2009. Un altro caso è stato affrontato dal Trib. di

Parma, con la sentenza n. 721 del 2012, relativo alla vendita dei bonds argentini e per la violazione delle norme imperative di cui all'art. 21, comma 1, lett. b) del T.U.F., l'art. 28 e 29, III comma del Reg. Consob n. 1152 del 1998, ed in genere per inosservanza dei doveri di informazione, di correttezza e di diligenza. Il Tribunale ha riconosciuto la responsabilità degli intermediari per il comportamento omissivo, che ha pregiudicato gli interessi a tutela del risparmiatore e di conseguenza ha condannato al risarcimento del danno, subito a causa dell'acquisto di tali prodotti rischiosi " dovendosi ritenere che in caso di completa informazione, l'attore si sarebbe astenuto dal porre in essere l'operazione".

67 Il testo del Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale 24 marzo 2012, n. 71, a seguito la definitiva approvazione della Camera dei Deputati. con 365 sì, 61 no e 6 astenuti (426 votanti). La legge di conversione riguarda le «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività».

68 Si v. L. R. Carleo, in La tutela amministrativa contro le clausole abusive, al VII Congresso giuridico forense del 16.03.2012.

69 Si v. L. R. Carleo, in La tutela amministrativa contro le clausole abusive, cit., secondo cui "La collocazione sistematica dei diversi rimedi nel Titolo I della Parte III del codice rivela la sua ratio: garantire in via prioritaria un controllo contenutistico su questo tipo di atti. Questo controllo, (...), tende a offrire una tutela non solo formale, ma soprattutto sostanziale al singolo consumatore ma, ancor prima, ad espungere dai modelli che circolano più diffusamente le clausole vessatorie".

70 In riferimento al contenuto di tale accertamento dell’Autorità, secondo L.R. Carleo, cit. “ la nuova norma, per quanto riguarda le clausole, impone all’Autorità una verifica che si svolge attraverso canoni ermeneutici che hanno come riferimento essenziale la configurazione dell’offerta”. Tale verifica “(...), ruota intorno al senso che assume il significativo squilibrio normativo”. Un profilo problematico riguarda la competenza dell’AGCM, ex art. 37 bis ad oggetto la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, rispetto la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. L’autrice rileva, che l’art. 37 bis presenta uno specifico ambito di applicazione, in quanto “è diversa la sfera di intervento e, di conseguenza, diversi sono i criteri che presiedono alla valutazione”. Da una parte, si guarda all’atto e, in particolare, agli obblighi che discendono dal contratto e che sono posti a carico del consumatore-aderente; dall’altra, viene in considerazione l’attività, e in particolare, il comportamento che il professionista assume nei confronti dell’utilizzatore di beni o servizi”.Altra parte della dottrina, aveva individuato una connessione tra clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette, che aveva indotto a prospettare la possibilità di un intervento dell’AGCM ex art. 27 cod. cons., finalizzato a sanzionare i contratti con clausole vessatorie. Si v. M. MELI, Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione, in AA.VV.,I “principi” del diritto comunitario dei contratti.Acquis communautaire e diritto privato europeo, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2009, in particolare p.482 ss.

71 Si v.L. ROSSI CARLEO, Il diritto all’informazione: dalla conoscibilità al documento informativo, in Riv. dir. priv., 2004, p. 349.

72 Si v. L. Rossi Carleo, in La tutela amministrativa contro le clausole abusive, al VII Congresso giuridico forense del 16.03.2012.

<https://www.diritto.it/l-autonomia-negoziabile-i-limiti-la-meritevolezza-degli-interessi-e-gli-strumenti-di-tutela-del-contrante-debole-nelle-asimmetrie-informative/>