



MARINA TAVASSI

Presidente della Corte d'Appello di Milano

AUTONOMIA PRIVATA E GIURISDIZIONE NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA CONTINENTALE *

SOMMARIO: 1. *Autonomia negoziale fra principio solidaristico e abuso del diritto.* – 2. *Concessione abusiva del credito.* – 3. *Violazione degli obblighi di informazione.* – 4. *La tutela del consumatore.*

1. – Nell'ambito dell'autonomia privata e del suo rapporto con l'intervento giurisdizionale è emerso da alcuni decenni un diverso orientamento che incide profondamente sull'autonomia negoziale, limitandone lo spazio di libertà.

Alla parte viene conferita una crescente responsabilità affinché l'esecuzione del contratto, nella fase pre-contrattuale, negoziale e di esecuzione del contratto sia improntata al principio della buona fede contrattuale (*es. sent. Cass. n. 25047/2009*), interpretandosi la buona fede in senso lato, fino a comprendervi gli obblighi di sussidiarietà e di collaborazione.

Anche la categoria dell'abuso del diritto, categoria, come è noto, di elaborazione giurisprudenziale, si innesta a sua volta sul principio di "buona fede", che regola i rapporti di natura obbligatoria (art. 1175 c.c.) e contrattuale del nostro ordinamento (art. 1375 c.c. esecuzione del contratto secondo buona fede) e che nell'evoluzione giurisprudenziale è posto in relazione all'art. 1374 c.c. (con la possibilità, quindi, dell'integrazione del contratto secondo la legge, gli usi e l'equità). La clausola di buona fede, letta alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, impone alle parti del contratto (e tali possono ad esempio definirsi tutti i rapporti fra imprese, banche, società di gestione del risparmio, intermediari finanziari, da un lato, e rispettiva clientela dall'altro; ma anche i rapporti fra clienti e professionisti in genere), certamente di eseguire ciò che in esso è stato regolato secondo la loro volontà e di tenere i comportamenti imposti dalla legge, dagli usi e dall'equità, ma anche, in via integrativa e sussidiaria, di porre in essere quelle condotte che appaiano necessarie – appunto, secondo buona fede – per preservare in modo solidale l'utilità ed il benessere della controparte. L'intento di soddisfare il proprio interesse deve essere calmierato dall'esigenza di aver presenti anche gli interessi della controparte, entro il limite di un sacrificio del proprio interesse che non appaia eccessivo, ma sia comunque esigibile. Così la parte e soprattutto la parte dominante nel rapporto contrattuale (imprese, banche, SGR, intermediari), oltre ad adempiere le obbligazioni contrattualmente previste

* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

JUS CIVILE



a suo carico, deve dimensionare i propri comportamenti, porre in essere prestazioni non previste (Cass. 15.2.2007, n. 3462), tollerare le modifiche delle prestazioni altrui, adempiere a doveri di informazione, anche ove non assunti espressamente nel contratto (si vedano da ultimo sul tema dei doveri di informazione in ambito medico, in particolare circa l'obbligo di informazione sui rischi conseguenti alla prosecuzione della gravidanza, le sentenze della Cass. n. 5004 del 28.2.2017 e n. 24220 del 2015) e nel diverso settore dei rapporti tra imprese concorrenti, la consolidata opinione della Corte di Giustizia Europea circa la particolare responsabilità imposta sulle imprese dominanti sul mercato.

Nella valutazione dei comportamenti posti in essere da imprese concorrenti dotate di potere di mercato è opportuno tenere a mente due principi secondo i quali: i) in un mercato concorrenziale i rapporti tra le imprese si svolgono in una logica di antagonismo, quindi è naturale che alcune imprese possano risultare pregiudicate dalle condotte commerciali attuate dai concorrenti, e che ii) il bene oggetto di tutela delle norme antitrust è la concorrenza intesa come preservazione di una struttura concorrenziale del mercato, e non solo il benessere del contraente più debole.

Comportamenti, dunque, contrari al principio di buona fede possono riscontrarsi a) nell'imposizione direttamente od indirettamente di prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nella limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nella subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Il sopraccitato riconoscimento del principio della particolare responsabilità imposta sulle imprese dominanti persegue l'obiettivo di ridimensionare i margini di manovra di tali imprese sul mercato¹.

Da questo principio deriva il rilievo che, nonostante le imprese dominanti continuino ad avere il potere di tutelare i propri interessi commerciali, talune condotte che possono essere consi-

¹ In questo senso si era espressa la Corte di Giustizia per la prima volta con le pronunce del caso c.d. Michelin I, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, punto 57: «La constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» e il Tribunale di primo grado, 6 ottobre 1994, C-333/94 *TetraPack/Commissione*, punto 114: «Per determinare queste condizioni occorre pertanto interpretare l'art. 86 del Trattato (ora art. 102 TFUE) alla stregua dei suoi obiettivi e delle sue finalità, quali sono stati precisati dalla Corte, la quale, nella citata sentenza Michelin/Commissione (punto 57), ha affermato che questo articolo poneva a carico di un'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalle cause di tale posizione, la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune. Rientra quindi nelle previsioni dell'art. 86 (ora art. 102 TFUE) qualsiasi comportamento di un'impresa in posizione dominante atto ad ostacolare il mantenimento o lo sviluppo del grado di concorrenza ancora esistente su un mercato nel quale, proprio in conseguenza del fatto che vi opera tale impresa, il grado di concorrenza sia già sminuito».

JUS CIVILE



derate lecite per le altre imprese, nonché in linea con gli interessi di tipo economico e con l'autonomia negoziale delle parti, possono essere censurate come abusive se poste in atto da una impresa in posizione dominante. Recentemente la Corte di Giustizia² in merito al tema dello sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato europeo interno, ha indicato che il divieto di cui all'art. 102 TFUE riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori³, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. Se, infatti, l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata, ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, sull'impresa che detiene una posizione dominante incomba la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno⁴. Al fine di una corretta applicabilità dell'art. 102 TFUE, inoltre, la giurisprudenza comunitaria, sulla scia dei concetti già elaborati dalla sentenza "Hoffman La Roche"⁵, ribaditi dalla sentenza "Michelin/Commissione"⁶, ha precisato che l'abuso rappresenti una nozione oggettiva, cosicché l'accertamento di una condotta abusiva possa considerare l'elemento psicologico solo in secondo piano.

Il principio di buona fede genera quindi i c.d. obblighi di protezione, prescrivendo condotte estranee al nucleo essenziale del contratto, ma doverose ai fini della tutela degli interessi dell'interlocutore. Il contenuto negoziale voluto dall'autonoma determinazione delle parti viene quindi integrato in modo autoritativo, secondo i parametri indicati dalla legge o dal giudice, sulla base dell'equità, degli usi e delle nozioni di comune esperienza, in un'ottica evolutiva che dal rispetto sacrale della volontà delle parti si è spostato verso la tutela del soggetto più debole (è questo il caso della tutela avverso le clausole vessatorie o la valorizzazione degli obblighi di informazione) o verso la tutela del mercato a prescindere dalla volontà delle parti (è questo il caso dell'annullamento delle intese vietate dalla normativa antitrust).

Il principio solidaristico della Carta Costituzionale va integrato con il richiamo alla solidarie-

² Causa C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, del 17 febbraio 2011 punto 24.

³ Si erano già espresse in tal senso le sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia e a.*, punto 68 «Alla luce degli obiettivi del Trattato concernenti la protezione del consumatore mediante una concorrenza non falsata nonché l'integrazione dei mercati nazionali, non è nemmeno possibile interpretare le suddette regole sulla concorrenza nel senso che l'unica scelta operabile da un'impresa farmaceutica in posizione dominante per difendere i propri interessi commerciali sia quella di non commercializzare affatto le sue specialità medicinali in uno Stato membro in cui i prezzi di queste ultime siano fissati ad un livello relativamente basso».

⁴ Come affermato dalla sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, al punto 105 (conforme al punto 57 della sentenza *Michelin I*, già sopra citata).

⁵ C-65/76, 13 febbraio 1979, punto 91: «La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza.»

⁶ Causa 322/81, 9 novembre 1983, punto 70

JUS CIVILE



tà contenuto nella Carta Europea dei diritti fondamentali e richiede che anche il creditore, nei limiti di un sacrificio non eccessivo, debba tenere comportamenti tesi a facilitare la prestazione della controparte (nel nostro ordinamento è il paradigma di cui all'art. 1227 c.c.), evitando e prevenendo l'inadempimento o facendo sì che, ove vi sia stato un inadempimento, gli effetti di questo siano o del tutto annullati o quantomeno limitati in forza di un comportamento del creditore diligente e persino attivo.

Del resto anche la categoria dell'abuso del diritto è stata costruita sulla base del principio di buona fede quale criterio teso a limitare in genere l'esercizio del diritto e nello specifico le pretese creditorie. Un diritto non è mai illimitato, non genera mai un potere incondizionato di porre in essere qualsivoglia comportamento, perché consentito nell'ambito dell'autonomia privata e sotto un profilo esclusivamente formale, ma conosce un limite imposto dalla ratio sottesa a quel diritto, ossia dalla ragione per cui quel diritto è stato riconosciuto dall'ordinamento. Se il titolare del diritto tiene comportamenti consentiti dalla legge, ma tesi al perseguimento di finalità diverse rispetto alla ragione per cui è sorto il consenso normativo, l'esercizio del diritto può essere considerato abusivo (in particolare ove fraudolento o vessatorio nei confronti dell'interlocutore) e pertanto non meritevole di protezione ed anzi sanzionato dall'ordinamento.

Il principio è stato elaborato in materia fiscale dalla giurisprudenza comunitaria (vedi Corte di Giustizia CE sent. Halifax del 21.2.2006, in C-255/02) e da quella nazionale (vedi Cass. S.U. sent. n. 30055, 30056 e 30057 del 23.12.2008 e più di recente: Cass. sent. n. 3938 del 19/02/2014), con l'affermazione che deve ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di un risparmio fiscale.

Conseguenza dell'abuso del diritto è il rifiuto di tutela opposto dall'ordinamento in modo da impedire che possano essere conseguiti o preservati vantaggi di alcun genere ottenuti tramite un esercizio scorretto del diritto stesso, ancorché conforme ai risultati dell'attività negoziale delle parti. Ulteriore effetto di tale valutazione negativa è il diritto da parte della vittima ad ottenere il risarcimento del danno subito per responsabilità contrattuale o extracontrattuale, a seconda che l'abuso sia avvenuto nell'ambito di un rapporto obbligatorio o prescindendo dallo stesso.

Se gli effetti dell'abuso non si siano ancora realizzati o per intero consumati, l'intervento del giudice può essere richiesto al fine di paralizzarli ed eliminarli dal mercato, mediante appositi strumenti giuridici (azioni di nullità, interventi di tipo inibitorio, imposizione di obblighi di fare), fondati sull'*exceptio doli generalis*, sull'allegazione dell'abuso di posizione dominante o abuso di dipendenza economica.

2. – Queste le basi giuridiche di categorie generali nell'ambito delle quali si iscrivono temi rilevanti ai fini del controllo sull'operato di imprese, professionisti, banche, SGR e intermediari finanziari.

JUS CIVILE



Tema interessante al quest'ultimo riguardo è quello della concessione abusiva del credito, di cui si è occupata in particolare la giurisprudenza degli ultimi anni, settore che rappresenta un esempio significativo dell'intervento giudiziale sull'autonomia privata. In sintesi, quando un operatore professionale concede un credito ad un'impresa o a un privato, è tenuto ad effettuare una verifica preventiva in ordine alla solvibilità ed all'affidabilità economica del soggetto finanziato. Tale controllo non è solo finalizzato alla verifica della probabilità circa la restituzione della somma erogata, ma soprattutto a tutela della controparte che potrebbe vedere gravosamente pregiudicata la sua posizione, anche oltre le sue possibili valutazioni ed oltre la determinazione dell'autonomia privata. Così, in un caso in cui era stata omessa la verifica delle condizioni economiche del soggetto garantito in una fideiussione omnibus, la Cassazione (sent. 21.2.2006 n. 3761) ha considerato non riscuotibile la garanzia, dal momento che l'erogazione del credito era conseguente ad un comportamento scorretto ai danni del garante (aver omesso la verifica delle sue effettive condizioni economiche). Altra analoga pronuncia si è avuta alcuni anni dopo sulla base di principi analoghi: Cass. Sez. 1, sent. n. 11979 del 16/05/2013.

Sul punto si sono espresse anche le Sez. Unite con la sent. 28.3.2006 n. 7029 (conformi, n. 7030 e 7031), che nello specifico hanno affrontato il tema della sopravvivenza artificiosa di un'impresa (insolvente, ai limiti del fallimento) grazie al credito erogato da una banca o da un operatore professionale, e della possibile responsabilità di questi ultimi. Il soggetto finanziatore, nell'erogare un credito, deve prendere in considerazione non solo la sfera giuridico-economica del debitore, ma anche la posizione dei garanti chiamati a garantire operazioni destinate ad un esito negativo in relazione al pessimo stato di salute finanziaria del debitore, e ciò nell'ottica della valutazione delle conseguenze dell'operazione sul mercato e della necessità di garantire i terzi operatori economici. La Cassazione ha affermato la sussistenza di una possibile responsabilità verso terzi indistinti non inquadrabile nella categoria della responsabilità da contatto sociale (poiché si tratterebbe di contatti sociali addirittura potenziali), bensì nell'ambito della responsabilità aquiliana.

3. – Altro profilo di responsabilità affrontato dalla giurisprudenza è quello della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario finanziario.

Il tema si fonda sull'art. 23 TUB come modificato dal D.Lgs. 164/2007 e dagli articoli del Regolamento Consob n. 11522/98 (modificato e riscritto nel 2007), i quali impongono le modalità delle informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente in ordine ai rischi connessi alle operazioni finanziarie, sia prima di stipulare il contratto-quadro di consulenza e gestione del portafoglio, sia prima di effettuare le singole operazioni esecutive del contratto-quadro. Le conseguenze della violazione di simili obblighi possono essere limitate all'illegittimità del comportamento in quanto in violazione degli obblighi di buona fede, con conseguente responsabilità ed obbligo di risarcimento, oppure possono coinvolgere la stessa validità del contratto, avendo il consumatore visto inquinata la sua decisione circa la volontà di stipulare il contratto a causa del deficit informativo.

JUS CIVILE



Tale seconda tesi è minoritaria, avendo la Cassazione (sent. 28.9.2005 n. 19024) indicato una diversa soluzione: non l'invalidità del contratto, bensì la sola responsabilità risarcitoria, fondata peraltro sulla previsione dell'inversione dell'onere della prova stabilito dall'ultimo comma dell'art. 23 TUB. Tale disposizione chiarisce che la vittima è esonerata dalla prova della violazione, che si considera presunta ove non vi sia stata una corretta e completa informativa e che debba essere l'operatore finanziario a dover dimostrare di aver assolto agli obblighi, compresi quelli informativi, che gli fanno carico. Tuttavia la giurisprudenza della stessa Cassazione non era senza contrasti (nell'ambito della I Sez. civ., competente per la *subjecta materia*)

Così sono intervenute le Sezioni Unite (sent. 19.12.2007 n. 26724) che hanno preferito la tesi patrocinata dalla sent. n. 19024/2005 sopra citata, precisando che l'obbligo di informazione sui profili di rischio permane in due momenti: prima della stipula del contratto di mandato fra cliente ed operatore "a monte" e prima dell'effettuazione dei singoli acquisti che l'intermediario pone in essere come mandatario "a valle". Allorché l'intermediario viene meno a tali obblighi di informazione deriva un'ipotesi di responsabilità, che tuttavia non determina la nullità né del contratto "a monte", né dei singoli negozi di acquisto. Quindi gli acquisti dei titoli potranno essere annullati (ma non saranno nulli) e solo nei casi di annullabilità (per dolo, errore o conflitto di interessi) previsti dal codice civile.

Successivamente altra pronuncia della Cassazione a Sez. Unite (sent. 8.4.2011 n. 8034) ha stabilito che (ai sensi dell'art. 5, par. 3, del regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000) sussiste la giurisdizione italiana in ordine alla domanda di risarcimento del danno, fondata sull'avvenuta offerta in Italia delle azioni di un fondo estero non armonizzato senza l'autorizzazione della Banca d'Italia, prevista dall'art. 42, comma 5, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e sull'infedeltà del prospetto, ricevuto in territorio nazionale dall'investitore, in quanto tali condotte siano prospettate come diacronicamente preparatorie rispetto all'evento di danno, dall'attore individuato, sul piano della causalità materiale, con riguardo non al deprezzamento delle azioni del fondo, ma all'investimento compiuto "ab origine" ed "ab origine" vulnerato dall'attività illecita dei convenuti, risoltasi nell'induzione all'acquisto di azioni prive di valore. La medesima pronuncia ha poi considerato che la responsabilità da prospetto non veridico è conseguenza di un illecito aquiliano autonomo, che accomuna, in via solidale, non soltanto tutti i soggetti che abbiano materialmente provveduto alla sua redazione, ma anche quelli che ne abbiano successivamente fatto uso in sede di offerta pubblica o privato collocamento dei titoli in esso rappresentati, in quanto la responsabilità nasce all'atto della propalazione di notizie, informazioni, indicazioni false o fuorvianti; ne deriva che la materiale illustrazione e consegna da parte dell'offerente del prospetto, di cui l'investitore assuma la non veridicità, integra ed esaurisce la condotta illecita del primo ed identifica il "locus commissi delicti" come il luogo in cui le condotte materiali descritte sono state tenute, in quanto l'azione illecita si consuma nel luogo in cui il prospetto viene diffuso. Tale impostazione è stata ribadita dalla giurisprudenza successiva (Cass. Sez. 3, sent. n. 3003 del 28/02/2012).

L'intervento giudiziale nei confronti dell'autonomia negoziale nel settore dell'interme-

JUS CIVILE



diastione finanziaria può essere particolarmente severo. Possiamo ricordare che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte gli oneri a carico dell'intermediario finanziario sono decisamente pregnanti, essendo egli tenuto a valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento anche nel caso in cui l'investitore si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, dovendo egli compiere detta valutazione in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie nella sua disponibilità (come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato; in tal senso Cass. 16.3.2016 n. 5250), fornendo all'investitore tutte le notizie circa le operazioni proposte, senza poter pretendere che lo stesso le acquisisca aliunde e di propria autonoma iniziativa (Cass. 27.4.2014 n. 8394).

Interessante anche il recente orientamento della Cassazione (Sez. 1, sent. n. 12544 del 18/05/2017), sempre in materia di intermediazione finanziaria, che ha stabilito come gli obblighi d'informazione che gravano sull'intermediario, dal cui inadempimento consegue in via presuntiva l'accertamento del nesso di causalità del danno subito dall'investitore, impongono la comunicazione di tutte le notizie conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale e l'indicazione, in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di "default" dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito, in quanto tali informazioni costituiscono utili fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno.

In conclusione, si può osservare come l'intervento del giudice sia particolarmente severo nei confronti degli intermediari finanziari e come spetti ai giudici riempire di contenuti le indicazioni fornite dalle fonti normative primarie (nazionali e comunitarie) e secondarie (segnatamente i Regolamenti Consob).

4. – Per quanto riguarda più in generale la tutela del consumatore e dei soggetti, siano essi persone fisiche o imprese, che comunque si trovino in una situazione di asimmetria cognitiva e informativa rispetto ai soggetti dominanti, il ruolo della magistratura ordinaria è ampio e completo.

Tale potere, tuttavia, subisce tuttavia una limitazione per quanto attiene alla tutela nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. La regolamentazione di tale specifico settore è stata recepita nel Codice del Consumo, approvato con il D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (in base all'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativa al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori). Il Cod. Cons. ha subito nel tempo una serie di interventi legislativi di tipo ri-organizzativo generale al fine di dare attuazione agli obblighi comunitari, in particolare alla Direttiva n. 2005/29/CE in materia di "Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori". Tale Direttiva è stata recepita tramite due testi normativi separati, i D.lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007; quindi, per prevedere l'"azione collettiva risarcitoria", inserita, come

JUS CIVILE



art. 140 bis, dalla legge finanziaria del 2008 (Legge 24 dicembre 2007 n. 244, art. 2 c. 446) ed in seguito modificata sia con la legge n. 99 del luglio 2009, che ne ha fornito una diversa attuazione e definizione come “azione di classe”, sia con il D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, conv. in L. n. 27 del 22.3.2012, che è intervenuto sostituendo la previsione “diritti identici” con quella “diritti omogenei”. Sono inoltre state inserite le “Disposizioni correttive ed integrative a norma dell’art. 7 della legge 28 luglio 2003, n. 229”, mediante il D. Lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007, e la disciplina riguardante la “Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” (già dettata dal D. lgs. n. 190 del 19 agosto 2005, in attuazione della Direttiva 2002/65/CE).

La scelta del Codice del Consumo è stata, in sintonia rispetto a quanto era già previsto per la pubblicità ingannevole (art. 8 D.lgs. n. 145/07) o per la materia antitrust (legge n. 287 del 1990), quella di prevedere un doppio binario per la tutela individuale avverso le pratiche commerciali scorrette, come tutela in sede amministrativa e in sede giurisdizionale.

La Direttiva prevedeva che spettasse agli Stati membri decidere a chi affidare il controllo, nonché scegliere tra tutela individuale e tutela collettiva (art. 11 della Dir. 2005/29).

Il legislatore italiano ha adottato la soluzione di investire della tutela collettiva il giudice civile ordinario, mentre della tutela individuale l’Agcm e quindi, in sede di sindacato dei provvedimenti di questa, il giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato). Tale scelta risulta ancora più netta ove si osservi che al giudice civile nella materia in esame (quella delle pratiche commerciali scorrette) è stata lasciata una porzione di competenza, che peraltro già gli derivava in base alle norme esistenti. Infatti, il comma 15 dell’art. 27 Cod. Cons. (dopo 14 commi dedicati all’intervento ed ai poteri dell’Agcm) fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell’articolo 2598 del codice civile, nonché, solo per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d’autore (ex legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni), e dei marchi d’impresa (a norma del Codice di proprietà industriale, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni), delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. Analoga previsione è contenuta nell’art. 8 c. 15 del D. lgs. n. 145/07, per la pubblicità ingannevole.

La scelta a favore dell’Agcm per le azioni individuali si pone in termini assolutamente netti, anche in considerazione del rilievo che è stata conferita all’Agcm la facoltà di agire d’ufficio e le sono stati attribuiti ampi poteri anche di tipo cautelare, sanzionatorio ed investigativo. Il comma 2° dell’art. 27 Cod. Consumo prevede che “L’Autorità, d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti”.

Sono difatti molto ricorrenti gli interventi dell’Agcm nel settore delle pratiche commerciali scorrette ed in quello della pubblicità ingannevole, come è possibile cogliere dalla relazione annuale della stessa Autorità.

Non altrettanto può dirsi dell’intervento dei giudici civili, dal momento che la competenza loro riservata nel settore, come si è detto, è limitata alla fattispecie della concorrenza sleale (art.

JUS CIVILE



2598 c.c.) e presuppone quindi un rapporto di concorrenza fra imprese sul mercato. Pertanto la normativa in termini di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette può essere invocata davanti ad un giudice civile ordinario, non dal consumatore o da associazioni rappresentative, se non nell'ambito di azioni collettive e/o di classe, bensì solo da concorrenti e quindi da altre imprese, altri istituti bancari o altri intermediari finanziari che si trovino in detta situazione di concorrenza e vogliano impedire un accesso al mercato degli avversari, tramite messaggi pubblicitari e comunicazionali in genere ritenuti ingannevoli o tramite pratiche commerciali scorrette.

Spetta quindi in questo caso ad un organo diverso dall'autorità giudiziaria e nell'ambito di un potere diverso da quello giurisdizionale l'intervento di contenimento e di correzione dell'autonomia negoziale.