



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
DI DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE CONSUMATORI E MERCATO

XXII CICLO

**CORRETTEZZA E BUONA FEDE
NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA**

Dottoranda:

dott.ssa Federica Salvatore

Coordinatrice:

prof.ssa Liliana Rossi Carleo

Tutor:

prof. Paolo Valensise

A.A. 2010/2011

INDICE

<i>Introduzione</i>	p. 5
---------------------	------

CAPITOLO I

LA BUONA FEDE NEI RAPPORTI MERCANTILI: EVOLUZIONE STORICA

1. Il diritto romano	p. 21
2. Diritto mercantile e buona fede nel periodo intermedio	p. 26
3. La legislazione commerciale dall' <i>Ordonnance du commerce</i> alle codificazioni ottocentesche	p. 32
4. La buona fede nel codice civile del 1942	p. 42
5. L'art. 41 della Costituzione: contenuti e limiti	p. 45
6. Correttezza e buona fede come espressione del principio di solidarietà sociale nella recente giurisprudenza	p. 58
7. Segue: correttezza ed abuso del diritto	p. 61
8. L'esigenza di correttezza nell'agire economico dell'impresa nel mercato globalizzato	p. 64

CAPITOLO II

OBBLIGHI DI CORRETTEZZA NEL CODICE CIVILE E NELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE

1. L'obbligo di correttezza nei rapporti tra imprenditori concorrenti: l'art. 2598 c.c.	p. 69
--	-------

2. Il divieto di abuso di posizione dominante	p. 77
3. Obbligo di correttezza nei rapporti verticali tra imprese: l'abuso di dipendenza economica	p. 80
4. Doveri di protezione e correttezza nei rapporti di lavoro	p. 86
5. La correttezza come regola dell'agire nell'attività bancaria e finanziaria. Il credito responsabile. L'obbligo di adeguatezza degli investimenti	p. 88
6. Correttezza e buona fede nei rapporti interni all'organizzazione societaria	p. 100

CAPITOLO III

CORRETTEZZA E BUONA FEDE COME REGOLA PRECETTIVA NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' DI IMPRESA

1. La regolazione giuridica degli scambi: teoria economica e strumenti di politica del diritto	p. 107
2. La nuova regolazione del mercato alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali	p. 113
3. Le pratiche commerciali sleali e le «regole nelle attività commerciali»	p. 121
4. Segue: l'ambito di applicazione dell'art. 39 cod. cons. alla luce del recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali leali	p. 125
5. Tutela del mercato e tutela del consumatore nella giurisprudenza amministrativa	p. 136
6. La buona fede come regola di condotta: dalla disciplina settoriale a principio generale per l'agire dell'imprenditore	p. 140

7. L'evoluzione della legislazione comunitaria	p. 149
8. Attività di impresa e solidarietà sociale	p. 152
9. La <i>governance</i> dell'impresa e i codici di autodisciplina	p. 159
10. Proliferazione della normativa settoriale e principio di precauzione	p. 165
11. Impresa etica, impresa socialmente responsabile e correttezza	p. 169
12. Buona fede, correttezza e perseguimento del profitto: l'equità nelle prestazioni e la sproporzione del valore economico dello scambio	p. 183
13. La misura di esigibilità del corretto agire: il consumatore medio	p. 188

CAPITOLO IV

PROFILI SANZIONATORI

1. Valore precettivo del principio di buona fede e rimedi sanzionatori	p. 209
2. Il <i>public enforcement</i> per le pratiche commerciali scorrette	p. 211
3. Condotte scorrette e disciplina della concorrenza sleale: provvedimenti inibitori ed eliminazione degli effetti ad opera del giudice	p. 217
4. Segue: l'azione collettiva inibitoria	p. 219
5. Responsabilità dell'impresa e decadenza dal marchio	p. 221
6. I rimedi invalidanti	p. 227
7. Responsabilità da illecito e risarcimento del danno	p. 236
<i>Bibliografia</i>	p. 243

INTRODUZIONE

Nella Carta costituzionale della nostra Repubblica, all'art. 41 troviamo affermato che «l'iniziativa economica privata è libera», sancendosi al secondo comma i limiti che a tale libertà si pongono, e costituiti dalla «utilità sociale», dalla «sicurezza, libertà e dignità umana». Analoga libertà è sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che recita: «E' riconosciuta la libertà di impresa, conformemente al diritto comunitario ed alle legislazioni e prassi nazionali». I limiti a tale libertà sembrano discendere solo dalla conformità dell'attività economica alle regole di diritto comunitario, a quelle positive previste dai sistemi nazionali ed a quelle che gli stessi operatori si sono imposti, perchè di prassi o codificati in codici di autodisciplina.

Per lungo tempo, è stata infatti opinione condivisa da larga parte della dottrina, e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che i limiti posti dalla disposizione fondamentale non fossero dotati di immediata precettività, avendo come destinatari gli organi legislativi dello Stato, autorizzandoli a porre limiti, in nome dell'utilità sociale, alla libertà di iniziativa economica garantita dal comma 1 con esplicite disposizioni di legge ⁽¹⁾. La Corte Costituzionale ha quindi ribadito la primazia del valore "libertà" dell'iniziativa economica rispetto ai "limiti" stessi ⁽²⁾, in aderenza con i principi economici formulati dalle teorie neoclassiche, che affidavano al mercato ed al libero esplicarsi del meccanismo di incontro tra domanda ed offerta non solo la funzione di regolazione dei rapporti tra produttori e consumatori, ma soprattutto la funzione motrice del progresso della società.

Il corollario a tale impostazione è stato per lungo tempo quello che

¹ Corte cost. 4 febbraio 1962, n. 4; Corte cost. 5 febbraio 1962, n. 5; Corte cost. 23 maggio 1964, n. 40; Corte cost. 9 maggio 1967, n. 24; Corte cost. 12 luglio 1967, n. 111.

² Corte cost. 3 giugno 1970, n. 78.

«vi è una sola responsabilità sociale dell'impresa: aumentare i profitti»⁽³⁾, con il conseguente rifiuto, o comunque forte resistenza, all'introduzione di vincoli esterni volti ad obbligare l'imprenditore a condotte che potessero, in qualche modo, condizionare l'esplicazione delle proprie capacità imprenditoriali.

Più recentemente, l'etica ha progressivamente conquistato (e sta conquistando) spazi sempre più ampi nell'ambito delle relazioni economiche e delle medesime regolamentazioni giuridiche. L'incapacità e l'inadeguatezza del diritto nel governo e nella regolamentazione dei complessi processi sociali ed economici attualmente in corso sono all'origine di una sempre più penetrante e capillare diffusione dell'etica⁽⁴⁾, la quale si sta rivelando particolarmente invadente e pervasiva sia nei confronti del diritto che nei confronti dell'economia⁽⁵⁾.

Quanto al diritto, va considerato che gli ordinamenti giuridici statuali non solo non mostrano chiusure nei confronti dell'etica, quanto piuttosto promuovono essi stessi l'adozione di regole di condotta improntate a standard etico-sociali e la diffusione di codici etici. L'etica penetra direttamente nelle fonti giuridiche, e non solo in quelle che rinviano ad una concezione soft del diritto (raccomandazioni, ecc.), ma anche nelle fonti più rigide (leggi), su cui pure è stata costruita la concezione imperativa del diritto. In particolare, per quel che riguarda le fonti di regolamentazione dell'attività d'impresa, è tutto un fiorire di riferimenti e rinvii a codici etici e di autoregolamentazione cui solitamente

³ M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is To Increase its Profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970, citato da G.C. MARCHESI, *L'impresa etica e le sue sfide*, Milano, 2003, p. 69.

⁴ M. SANDULLI, *Strumenti giuridici per una gestione etica*, in *Banca ed etica: modelli operativi, tecnici e giuridici*, Atti del convegno di Avellino, 3-4 ottobre 2008, Avellino, p. 68.

⁵ Per l'ampiezza del ricorso all'etica nella ricerca scientifica sia in campo giuridico che in quello economico è possibile rinviare a AA.VV., *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010.

viene demandato il compito di determinare gli standard di comportamento cui devono attenersi gli operatori. Sovente le disposizioni legislative non si limitano ad invocare la regola etica al fine di integrare o completare il frammento di disciplina giuridica già introdotto, ma rinviano ad essa per desumerne i parametri di liceità del comportamento degli operatori (6).

Quasi tutte le imprese adottano codici etici, affiancano comitati etici agli organi di governo previsti dalla legge, redigono bilanci sociali e di sostenibilità, dichiarano di perseguire le loro iniziative economiche nel pieno rispetto dei diritti umani e nella piena salvaguardia delle risorse ambientali, si premurano di introdurre più incisive condizioni di sicurezza e di tutela dei lavoratori anche al di là di quanto prescritto da leggi e regolamenti, esibiscono certificazioni e marchi chiamati a garantire la sicurezza dei prodotti e il rispetto di standard qualitativi di comportamento.

Ragioni anche culturali che hanno agevolato questi processi che hanno consentito all'etica di conquistare un ruolo e uno spazio che in passato sarebbero stati impensabili.

I nuovi indirizzi di ricerca, sia nel campo dell'economia cognitiva sia nel capo dell'economia sperimentale (7) mostrano aperture sempre più significative nei riguardi dell'etica, assumendo un atteggiamento molto critico nei confronti della teoria classica della «scelta razionale», sul presupposto che il comportamento umano venga a dipendere da una molteplicità di fattori, anche etici e che, più in generale, le determinazioni assunte in ambito economico non possano sistematicamente prescindere da valutazioni assiologiche. Molto significativo appare il tentativo teorico

⁶ G. CONTE, *Codici etici ed attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 131 ss.; M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. IX, che sottolinea come « Gli studi giuridici stanno conoscendo un'autentica svolta etica

⁷ M. MOTTERLINI – M. PIATTELLI PALMERINI, *Critica della ragione economica*, Milano, 2005.

di articolare una «concezione della motivazione collegata all'etica», come pure «una concezione del risultato sociale collegata all'etica» (8).

Significativo è quanto è accaduto negli Stati Uniti, nel 2002, sulla scia degli scandali finanziari che hanno fortemente scosso la fiducia dei consumatori, con l'introduzione della legge Sarbanes-Oxley, che ha fortemente incentivato l'adozione di codici etici al fine di favorire una condotta «onesta ed etica» e di risolvere i conflitti di interesse che rischiano di inquinare le relazioni personali o professionali collegate allo svolgimento delle attività di impresa. All'organo di vigilanza sui mercati (SEC) è demandato proprio il compito di controllare che le norme contenute nel codice etico adottato dall'impresa siano effettivamente rispettate e, per l'ipotesi della violazione delle stesse, di irrogare le relative sanzioni (9).

Anche il legislatore comunitario ha avviato da tempo un processo di incentivazione per l'adozione, da parte degli operatori economici, di codici di comportamento, invitando le organizzazioni di settore a promuovere la diffusione di prassi giudicate corrette sul piano etico, integrative della disciplina legislativa (direttiva CE n. 2005/29, sulle pratiche commerciali sleali, in particolare §§ 18-27 *quater*).

Moltissimi settori di attività, ora anche in Italia, sono regolamentati per buona parte, da norme che sono contenute in codici di autoregolamentazione, chiamate a definire i criteri di comportamento cui debbono uniformarsi gli operatori: dal trattamento dei dati personali alla promozione pubblicitaria, dalla intermediazione finanziaria all'esercizio delle professioni intellettuali, per finire alle società quotate.

⁸ A. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2001, p. 10, invita a considerare l'importanza dell'etica in economia poichè nell'adozione dei provvedimenti economici non si può prescindere da scelte valoriali e poichè il comportamento umano dipende anche da valori etici.

⁹ Cfr. E. BRODSKY-M.P. ADAMSKI, *Law of Corporate Officers and Directors: Right, Duties, and Liabilities*, West-Law, 2007, par. 23.

Il decreto legislativo n. 231 del 2001 e il decreto del Ministro della giustizia n. 201 del 2003, inoltre, consentono alle società di sottrarsi ad un giudizio di responsabilità per atti illeciti dei loro dipendenti nei casi in cui riescano a dimostrare di aver adottato un codice di comportamento, redatto dalle associazioni rappresentative della categoria ed utile a prevenire il compimento di illeciti del genere di quelli verificatisi nel caso di specie.

Queste prime considerazioni dimostrano che assistiamo a un trapasso dell'etica negli ordinamenti giuridici statuali attraverso varchi sempre più ampi, sino a pervadere interi settori di regolamentazione.

Ma altrettanto evidente è l'interferenza dell'etica con l'economia. Crescono sempre di più, nel modo, le imprese che dichiarano di ispirare le loro condotte a standard di comportamento etico-sociale, che mirano a conquistare fette sempre più ampie di quel mercato in continua ascesa, che definiamo «equo e solidale», che si appellano a marchi internazionali (ad es. Fairtrade)⁽¹⁰⁾ per certificare il rispetto di condizioni di lavoro più

¹⁰ Fairtrade Labelling Organizations) è l'organismo internazionale dei marchi di certificazione dei prodotti del commercio equo e solidale.

FLO, attraverso un sistema di certificazione, svolge una funzione di controllo, sottopone a verifica i produttori, gli importatori e le aziende trasformatrici garantendo che i prodotti dotati del marchio FairTrade siano conformi agli standard del commercio equo e, quindi, contribuiscano allo sviluppo dei produttori. I licenziatari del marchio si impegnano a rispettare i criteri stabiliti nel sistema di certificazione elaborato da FLO, in particolare:

- un prezzo di acquisto minimo e costante, superiore a quello del mercato tradizionale che copra i costi e possa garantire una vita dignitosa;
- il contatto diretto con il produttore e senza intermediazioni speculative;
- un prefinanziamento fino al 60%;
- rapporti continuativi per almeno un anno.

Il sistema di certificazione FLO stabilisce, ovviamente, delle regole anche per i produttori che, per essere ammessi ai registri internazionali, devono dotarsi di strutture democratiche e di una amministrazione trasparente, nonché rispettare una serie di indicatori basati su standard e convenzioni internazionali, relativi allo sviluppo sociale, economico ed ambientale.

Per quanto riguarda lo sviluppo sociale è richiesto ai produttori il rispetto delle convenzioni ILO (Organizzazione Internazionale del Lavoro) relative a: Non discriminazione, Lavoro Forzato e Minorile, Libertà di Associazione, Condizioni dei lavoratori, Salute e sicurezza dei lavoratori.

umane e compensi più elevati ai lavoratori.

Queste iniziative non sono estranee alle logiche proprio del mercato.

Una politica imprenditoriale versata esclusivamente ad incrementare i profitti degli azionisti, quale quella predicata da Milton Friedman appare oggi poco redditizia, quanto meno in una prospettiva di lungo periodo, poichè rischia di creare un circolo vizioso tra l'impresa e i propri *stakeholders* (dipendenti, lavoratori autonomi, fornitori, associazioni di consumatori, enti pubblici, ecc.).

D'altra parte, è anche definitivamente tramontata ogni velleità di affidare allo stesso sistema delle imprese il ruolo di interprete delle esigenze del mercato, e quindi dei soggetti che ad esso partecipano. Un autore scriveva che «quando non troverai più fedeltà e rettitudine in alcun posto, le troverai ancora nel nobile cuore del mercante, che costruisce tutta la sua fortuna e felicità sulla fiducia altrui» ⁽¹¹⁾: ma lo spirito che alimentava lo sviluppo economico nel primo capitalismo si fondava sull'idea di guadagno onesto. L'uomo morale indirizza la propria attività economica in guisa da servire ad un armonico sviluppo di tutti i membri della collettività umana. Secondo Sombart, l'imprenditore deve porre limiti alle sue mire di profitto ed anche alla scelta dei mezzi, cioè al suo stesso comportamento economico. Il guadagno smisurato, conseguito senza scrupoli, è disprezzabile.

Le esigenze protettive dei consumatori, emerse negli ultimi decenni,

L'impegno richiesto relativamente allo sviluppo economico riguarda la gestione del fair trade premium ("premio" incluso nel prezzo pagato per i prodotti del fair trade) da destinare al miglioramento della situazione socio-economica dei lavoratori, delle loro famiglie e delle comunità.

Infine lo sviluppo ambientale richiede che la protezione dell'ambiente venga inclusa nella gestione dell'impresa.

Gli standard prevedono due tipi di requisiti sui quali i produttori vengono ispezionati: requisiti minimi, a cui le organizzazioni si devono conformare e, requisiti di processo, rispetto ai quali le organizzazioni devono mostrare miglioramento continuo.

¹¹ J.J. WITTER, citato in W. SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, trad. it. *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967, p. 339.

soprattutto legate allo sviluppo dei mercati, alle tecniche di commercializzazione dei prodotti ed alla “pericolosità” intrinseca di taluni di essi, nel senso di potenzialità di ledere interessi personali e patrimoniali degli utenti, hanno indotto anche il legislatore a “responsabilizzare” l’imprenditore dettando discipline settoriali volte a creare obblighi protettivi, con l’obiettivo di colmare lacune informative o squilibri economico-valutativi dello scambio. La legislazione speciale dell’ultimo ventennio sotto la spinta di più fattori convergenti, ha fatto applicazione dei principi contenuti nell’art. 41 cost. in modo incomparabilmente più corposo, e dal punto di vista quantitativo e dal punto di vista qualitativo, di quanto non avesse fatto il quarantennio precedente, con l’unica eccezione della l. n. 300/70 contenente lo statuto dei lavoratori, tanto che un autorevole autore ha esultato per una «nuova primavera dell’art. 41»⁽¹²⁾.

La tecnica di intervento adottata in un primo momento è stata quella di dettare norme precettive dettagliate, sia di rango primario che secondario, ma ben presto tale tecnica di intervento si è dovuta confrontare con l’inettitudine della legge alla innovazione giuridica che deriva da due caratteri dell’economia contemporanea, la quale è innanzitutto una *economia globale*, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è in secondo luogo un’*economia in continua trasformazione*, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi. Ed invero, nell’economia industriale classica la produzione era pur sempre nazionale; internazionali erano i mercati degli scambi⁽¹³⁾. Nella società del mercato globale l’intera organizzazione economica ha dimensioni

¹² V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 48

¹³ F. GALGANO, *Lex mercatoria - Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2006, p. 234.

planetarie ⁽¹⁴⁾.

* * * *

Proprio la necessità di introdurre nel sistema norme “elastiche”, in grado di rispondere effettivamente alle esigenze di tutela dei soggetti operanti sul mercato di fronte alle caratteristiche proprie dell’evoluzione dell’economia, ha ispirato il legislatore, comunitario e nazionale, a recuperare la tecnica normativa per clausole generali, ed in particolare quelle di correttezza e buona fede: come pur evidenziato dalla stessa Suprema Corte, «la buona fede, intesa in senso etico, come requisito di condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all’altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede» ⁽¹⁵⁾.

D’altra parte, la progressiva sensibilizzazione della dottrina privatistica ai valori etici della persona, istituzionalizzati nella carta costituzionale nella forma di diritti fondamentali, ha determinato un graduale mutamento della tradizionale diffidenza verso l’uso della clausola generale della correttezza e della buona fede come strumento dell’autonomia privata.

Il codice civile prevede un dovere di comportamento secondo correttezza e buona fede con riferimento alle vicende negoziali. Tuttavia, è emerso con chiarezza che il contratto, o meglio i contratti, costituiscono solo uno dei possibili momenti di contatto dell’impresa con il mercato e con gli altri soggetti che vi partecipano; il singolo contratto finale è

¹⁴ A. QUADRIO CURZIO, *Globalizzazione: profili economici*, Bologna, 1999, p. 41.

¹⁵ Cass. 18 febbraio 1986, n. 960

soltanto l'ultimo tratto di operazioni sempre più complesse poste in essere dall'imprenditore, mentre è ormai un dato acquisito che «il contratto non ha più l'esclusiva funzione di mezzo di scambio delle risorse, ma esso è divenuto uno strumento per far fronte a problemi di organizzazione nelle transazioni» (16).

Il contratto con il consumatore non è più solo uno strumento tecnico, idoneo a operare come mera cinghia di trasmissione del settore della produzione. Il consumatore è il principale interessato ai comportamenti dell'impresa. L'ottica si sposta dal contratto al mercato, dall'atto all'attività. Il passaggio dall'atto, considerato nel suo profilo statico, all'attività (17), che postula la necessità di tener conto del collegamento dell'atto con la fase che lo precede e quella che lo segue, comporta che «fattispecie di effetti giuridici è non soltanto l'atto, ma anche l'attività. L'attività è una serie coordinata di fatti umani, unificati da una finalità comune» (18).

Pervero, la consapevolezza che la condotta d'impresa ispirata alla correttezza fosse funzionale ad un corretto funzionamento del mercato, emerge già dal codice civile, che prescrive un obbligo di correttezza all'imprenditore, riferito alla sua condotta, nella disciplina delle concorrenza sleale, per quanto riguarda i rapporti con gli altri imprenditori concorrenti (art. 2598 n. 3, c.c.). Regola successivamente estesa, sempre in ambito "mercantile" anche rispetto ad altri imprenditori, seppure non posti in rapporto di diretta concorrenza, ma comunque rispetto ai quali potesse ravvisarsi una qualche «dipendenza economica» (l. 18 giugno 1998, n. 192).

¹⁶ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 18.

¹⁷ M. SANDULLI, *Art. 39, in Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 287; ma v. anche L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 158.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 57.

Analogamente, un obbligo di condotta di buona fede indirizzata all'attività di accesso e partecipazione al mercato è imposta dal sistema *antitrust*, a garanzia del concreto e regolare esplicarsi delle dinamiche concorrenziali (art. 82 trattato CE; art. 3 l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Più recentemente, l'obbligo di condotta secondo buona fede è stato affermato dalla giurisprudenza come canone di condotta generale per le imprese operanti nel settore bancario e finanziario, sulla scorta delle varie e specifiche disposizioni di legge e regolamentari, soprattutto alla luce degli scandali finanziari dell'inizio del secolo (Cirio, Parmalat).

D'altra parte, se si deve assumere il principio di concorrenza come uno dei cardini dell'economia di mercato, occorre prendere atto che lo svolgimento dell'attività economica deve essere necessariamente affidato a regole di correttezza che valgono sia nei confronti dei professionisti sia nei confronti dei consumatori. Opinione questa che è stata accreditata anche nella redazione dei principi riconosciuti sia sul piano universale dai Principi predisposti dall'Unidroit, sia sul piano europeo nei Principi predisposti dalla Commissione coordinata da Ole Lando e Hugh Beale. Quanto ai primi, l'art. 1.7 è appunto intitolato «a good faith and fair dealing», coniugandosi così la buona fede intesa come correttezza e protezione dell'interesse della controparte («good faith») e il «fair dealing», inteso come comportamento leale nel commercio, e quindi negli atti che sono funzionali all'attività economica. Quanto al secondo, l'art. 1.201 recita che «each party must act in accordance with good faith and fair dealing».

Ed ancora, nel libro verde sulla tutela del consumatore del 2 ottobre 2001, la Commissione europea sottolineava i vantaggi per gli Stati membri nel predisporre un testo unitario della disciplina di tutela del consumatore, preceduto da alcune regole generali nell'attività commerciale che ruotassero attorno al *fair trading*.

Anche il legislatore italiano, dunque, nel predisporre il Codice del consumo, con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, all'art. 39, nell'ambito della Parte III dedicata al «rapporto di consumo», ha sancito, quale «regola nelle attività commerciali» che «Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori». Tale norma, nelle intenzioni del legislatore espresse nella relazione accompagnatoria, aveva come finalità precipua quella di anticipare il recepimento delle nuove disposizioni dettate dalla direttiva 2005/29/CE, che appunto vietava le «pratiche commerciali sleali». Recepimento che è poi stato eseguito in modo completo con il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (successivamente modificato ed integrato con il d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221), con l'inserimento nel codice del consumo del Titolo III nella parte II - dedicato appunto alle «pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali» - e la novellazione degli artt. 18 ss. cod. cons.

La nuova disciplina, però, non sembra aver assorbito la portata applicativa del principio generale sancito dall'art. 39 cod. cons., che è rimasto in vigore senza alcuna modificazione anche dopo gli interventi correttivi successivi intervenuti sul Codice del consumo.

Il sistema sembra così aver adottato, quale parametro di condotta per tutte le attività di impresa (e quindi non solo per quelle operanti in settori specifici, quali le banche e le imprese finanziarie) l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza non solo nell'ambito di rapporti contrattuali (o precontrattuali), ma in ogni fase e momento dell'esplicazione dell'attività di impresa, e dunque anche nell'organizzazione dell'azienda e nell'esercizio dell'attività di impresa. Obbligo che comporta un limite alla libertà dell'imprenditore, sia per evitare la lesione di interessi preminenti dei terzi, individuabili principalmente in quelli primari della persona, come sanciti nella Carta

fondamentale, ma anche nel senso di cooperazione alla realizzazione delle esigenze perseguite dal singolo soggetto che accede al mercato. Regola che certamente comprende anche quelle qualificabili come «pratiche commerciali scorrette», che perciò ne costituiscono una manifestazione tipica, ma che non esauriscono le possibili condotte scorrette dell'imprenditore: basti pensare che la disciplina delle "pratiche commerciali" sanziona appunto le "pratiche" e dunque una serie ripetuta di condotte identiche o similari ⁽¹⁹⁾, e solo con riferimento a quelle che possono «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico» del consumatore. Il bene protetto dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette è, cioè, solo quello della libertà di scelta del consumatore, vietando alle imprese di comportarsi in modo idoneo a falsarne le decisioni di acquisto; l'art. 39 cod. cons., invece, ha un ben più ampio raggio di protezione, individuando il bene tutelato nella persona del consumatore e, in via mediata, nella integrità del mercato e del suo corretto funzionamento. Le nuove regole di condotta sembrano così saldare la disciplina concorrenziale, di tutela dei concorrenti e del mercato, con la tutela generale di tutti i soggetti operanti sul mercato, e quindi anche dei consumatori.

La previsione della clausola generale di condotta secondo «buona fede, correttezza e lealtà» riferita all'attività di impresa nel suo complesso, e quindi anche al di là dei confini contrattuali, ha certamente la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative: la legge, per analitica che sia, non può prevedere tutte le possibili situazioni; non può sempre prevenire, con apposite norme, gli abusi che le parti possono commettere l'una a danno dell'altra. La legge prevede solo le situazioni più frequenti, sventa gli abusi più ricorrenti: molti riprovevoli comportamenti sfuggirebbero

¹⁹ TAR Lazio 28 gennaio 2009, *Credito Emiliano/AGCM*, in www.giustizia-amministrativa.it.

alle pur fitte maglie della legge, se si dovesse considerare permesso ogni comportamento che nessuna norma vieta, o solo facoltativo ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio. Il principio generale di correttezza e buona fede consente di identificare altri divieti ed obblighi oltre a quelli previsti dalla legge; realizza la chiusura del sistema, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale ⁽²⁰⁾. La buona fede diventa il parametro con il quale si determina, in concreto, il contenuto degli obblighi imposti dall'ordinamento all'imprenditore, soprattutto al fine di rendere pienamente operante, anche nell'area della libertà di iniziativa economica, il dovere di solidarietà che «nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio» ⁽²¹⁾.

Solidarietà che non poteva ritenersi idoneamente affidata esclusivamente ai codici di condotta, o a formule di «impresa etica», che da un lato affidano allo stesso ceto mercantile, ed anzi agli operatori dello specifico settore commerciale in cui l'impresa opera, la selezione dei comportamenti ritenuti «virtuosi», con sostanziale «autoproduzione» ⁽²²⁾ delle norme alle quali si intende adeguare la condotta; dall'altra non trovano adeguata ed efficace sanzione giuridica ⁽²³⁾. La scelta dello stesso legislatore europeo, nella direttiva 2005/29/CE, è stata nel senso di abbandonare progressivamente l'ideologia della centralità dei codici di condotta, per tornare ad una impostazione più tradizionale, volta a dettare

²⁰ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 290.

²¹ Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942, n. 558.

²² Di «norme autoprodotte» parla M. SANDULLI, *Strumenti giuridici*, cit., p. 68.

²³ Per una analisi della efficacia delle norme di autodisciplina v. M.S. SPOLIDORO, *Appunti sulle condizioni di effettività dell'autodisciplina alla luce dell'esperienza dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Diritto, Mercato ed etica*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010, p. 489 ss.

norme di legge, ed attribuendo all'autoregolamentazione solo una utile funzione integrativa.

Si è così passati dal positivismo delle regole al positivismo dei principi ⁽²⁴⁾, lì dove la stessa Suprema Corte ha recentissimamente riconosciuto come «La solidarietà e le altre clausole generali consentono all'interprete di attualizzare il diritto anche mediante l'individuazione (là dove consentito) di nuove aree di protezione di interessi» ⁽²⁵⁾.

In tal modo appare realizzabile lo scopo, auspicato da un preclaro autore ⁽²⁶⁾, di riconoscere all'impresa un ruolo positivo, che comporta inevitabilmente nuovi compiti e nuove responsabilità verso le comunità civili in cui essa opera, per cui rendere il «diritto operante come strumento primario di realizzazione di una superiore esigenza di giustizia sociale, non può non corrispondere il declino o l'obliterazione dell'egoismo e dell'arbitrio individuale di contro all'apprezzamento ed alla salvaguardia dei valori dell'uomo che caratterizzano la sua dimensione sociale: son tali valori che devono alimentare il concetto di buona fede» ⁽²⁷⁾.

E queste considerazioni sono oggi poste dalla stessa giurisprudenza di legittimità a fondamento di una rivalutazione della funzione della buona fede e della correttezza, non solo in senso integrativo delle pattuizioni negoziali convenute tra le parti, ma addirittura come strumento per il giudice di sindacato del «giusto equilibrio degli opposti interessi» ⁽²⁸⁾: è proprio la Suprema Corte ad affermare, in modo espreso, che «i principi di buona fede e correttezza ... sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico,

²⁴ A. PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 339.

²⁵ Cass. 11 maggio 2009, n. 10741.

²⁶ V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 181.

²⁷ M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 215.

²⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106

espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica», collocando il principio nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale «come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost.» ed assegnando ad esso una rilevanza «nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge» (29).

²⁹ Così Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; ma v. anche Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462.

CAPITOLO I
LA BUONA FEDE NEI RAPPORTI MERCANTILI
EVOLUZIONE STORICA

1. Il diritto romano

La civiltà romana, che pure conobbe i traffici commerciali, non ebbe un diritto commerciale, e cioè una distinta disciplina regolatrice dei rapporti dei mercanti ⁽¹⁾. Ad essa «ripugnava assolutamente l'idea di un ramo speciale del diritto regolante il commercio, o anche solo l'attività industriale in quanto tale» ⁽²⁾; tale idea era ispirata dall'esigenza di uguaglianza giuridica di tutti i "liberi". L'indifferenza mostrata dal diritto verso una regolamentazione speciale dei rapporti mercantili è, peraltro, da ricondurre anche al fatto che, a quell'epoca, il commercio - come anche l'artigianato - era «al servizio del latifondo» e «connesso alla proprietà fondiaria» ⁽³⁾: non vi era una classe, diversa da quella proprietaria terriera, capace di esercitare un autonomo ed effettivo ruolo politico; i mercanti, all'opposto, nella società romana erano discriminati sia socialmente che politicamente ed addirittura esclusi dalle magistrature ⁽⁴⁾.

E' stato anche rilevato come una spiegazione di tale concezione del mondo mercantile può essere ricavata dal sistema del diritto romano comune, che era basato sulla conservazione della ricchezza e non sulla sua accumulazione: esso, infatti, era preordinato al godimento dei beni e non alla ricerca del profitto. Il sistema del diritto romano era, quindi, calato in una società nella quale «l'ideale supremo della classe dirigente non era lo

¹ F.M. HEILCHELHEIM, *Storia economica del mondo antico*, Bari, 1962, p. 978 ss.

² L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913, p. 60.

³ F.M. HEILCHELHEIM, *Storia*, cit., p. 978.

⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 24.

sviluppo, ma la sicurezza e la stabilità» (5). Lo strumento giuridico che aveva garantito alla classe dirigente di Roma lo sfruttamento delle risorse (e, in un'economia basata sulla schiavitù, della stessa forza lavoro) era stato il diritto di proprietà; l'intero sistema giuridico era, quindi, incentrato sul rapporto con le cose: insegnava Ulpiano che «*Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat*» (6). Anche il contratto era riguardato in questa prospettiva, esso costituiva uno dei mezzi mediante i quali si acquistava o si disponeva della proprietà e la sua disciplina era dominata dall'esigenza di proteggere i contraenti in quanto proprietari che dispongono delle proprie cose.

L'obiettivo delle norme giuridiche in tema di traffici commerciali era, prioritariamente, quello di reprimere i raggiri e gli inganni perpetrati da un contraente a danno dell'altro, e ciò avveniva mediante l'incisiva opera del pretore e l'*exceptio doli*. In tale ambito si affermò l'idea di un'applicazione generalizzata della regola della buona fede, grazie alla quale, attraverso l'opera del pretore, era possibile garantire maggiore affidabilità e fiducia negli scambi (7).

⁵ R. LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, 1975, p. 74.

⁶ Il frammento figura in D.1.3.41. tratto dal secondo libro degli *Ulpiani institutionum libri II* « tutto il diritto tratta del come una cosa diventi di uno, o del come uno conservi la sua cosa, o del come uno la alieni o la perda»: cfr. R. NARDI, *Istituzioni di diritto romano. Testi*, I, Milano, 1973, p. 178.

⁷ Per un'esauritiva analisi dell'*excursus* storico delle clausole generali, ed in particolare, della clausola generale della buona fede nel diritto romano, G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 150 ss. Tra i vari testi di storia del diritto romano, particolare attenzione al principio di buona fede è dedicata da M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di Garofalo, Padova, 2003, vol. IV; P. D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 129 ss. Secondo il Talamanca la *bona fides* è il tramite che permette l'ingresso, nei *iudicia bonae fidei*, di regole di correttezza che consentono di raggiungere un adeguato temperamento degli interessi in causa. Senn, invece, si sofferma sulla nozione di *fides* e *bona fides* ed ammette che solo la seconda è un concetto giuridico.

La *bona fides*, intesa nel senso di buona fede oggettiva, nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium*, con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* che erano giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione ed in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificarono profondamente il diritto romano dei contratti, introducendo una superiore tutela basata su esigenze socialmente riconosciute, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Di fatto, i *iudicia bona fidei* permettevano di tenere conto di valori etici e sociali, attraverso l'introduzione di regole di correttezza che godevano, per la prima volta, di difesa processuale.

Mentre è difficile risalire con precisione al periodo storico in cui si è consolidato, attraverso i *iudicia bona fidei*, il concetto di *bona fides*, (secondo alcuni studiosi, tra cui Senn, già nel III sec. A.C., secondo altri, tra cui Talamanca, ancora all'inizio del I sec A.C. esso non era ancora chiaramente delineato), la gran parte degli autori concorda sulla sua origine, quella della disciplina dei traffici commerciali tra i cittadini romani e i mercanti stranieri. Successivamente alla sua comparsa, e fino al VI sec D.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre di più, soprattutto grazie alla introduzione di una chiara distinzione tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti. La *bona fides*, da regola di mero rispetto della parola data, diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio, assumendo la veste di fonte autonoma dell'obbligazione, distinta dal vecchio *ius civile*.

Nel sistema così articolato, centrale era la distinzione tra *contractus bonae fidei*, da un lato, ovvero contratti a prestazioni corrispettive, sottoposti al vaglio ed al potere correttivo del pretore e da concludersi, eseguirsi ed interpretarsi necessariamente secondo i canoni della buona fede; e *contractus stricti iuris*, dall'altro, ossia contratti a titolo gratuito legati esclusivamente alle forme inderogabili dello *ius civile*.

Nei *bona fidei iudicia*, alla formula sacramentale «*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*» corrispondeva un potere del giudice di stabilire, secondo i criteri di buona fede, quali fossero gli obblighi a carico del convenuto. Di conseguenza, al giudice si conferiva, attraverso l'interpretazione dei termini della formula, un'ampiezza di giudizio di gran lunga maggiore rispetto a quella a lui attribuita nelle altre azioni *in personam*. Queste ultime, la cui *intentio* esprimeva non un *oportere ex bona fide* (ossia un obbligo scaturente dalle regole della buona fede), ma un *oportere* puro e semplice, vennero chiamate, per contrapporle alle azioni di buona fede, *iudicia stricta*, ossia «giudizi di stretto diritto» ⁽⁸⁾.

I *bona fidei iudicia* erano, tra gli altri, quelli nascenti dai quattro contratti consensuali (compravendita, locazione, società e mandato); essi diedero luogo all'affermazione di principi quali l'invalidità dei negozi estorti con inganno o minaccia, l'aggravamento della posizione del debitore in mora (tenuto a pagare anche gli interessi), la responsabilità per evizione del venditore, l'efficacia diretta dei patti aggiunti ad altri negozi, il forte temperamento al principio di tipicità dei contratti, la compensazione come modo generale di estinzione delle obbligazioni ⁽⁹⁾.

Tuttavia, nel diritto romano il concetto di buona fede che emergeva dalle applicazioni del principio formulare non rimandava ai *boni mores* della filosofia e dell'etica, ma ai principi fondanti dell'ordinamento; il *bonum vir* non era l'«uomo buono», bensì colui che rispettava i *mores maiorum*, che erano fonti giuridiche. Il concetto di buona fede, dunque, non implicava un rinvio a valori metagiuridici, ma assume il valore di norma autonoma, pregiuridica, che il soggetto imponeva a se stesso. L'*exceptio doli generalis*, invero, non si riferiva ad un vero inganno commesso in danno del convenuto nel momento in cui sorgeva l'atto

⁸ M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, p. 92.

⁹ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 93.

giuridico sul quale la domanda giudiziale era fondata, ma ad un dolo imputato all'attore allorché chiedeva una condanna la quale, sebbene conforme allo stretto diritto, appariva iniqua, tenuto conto delle varie relazioni ed affidamenti sorti tra le parti ⁽¹⁰⁾.

Diversa era invece la buona fede, intesa in senso soggettivo (come dimostra anche l'uso nelle fonti dei verbi "credere" "putare"), rilevante nell'ambito dei diritti reali, ed in particolare del diritto di proprietà, consistente nello stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto. La regola della buona fede oggettiva, applicata dal pretore nella materia degli scambi e sorta nell'ambito del contratto di vendita, rappresentava, invece, un parametro alla cui stregua valutare il contegno dei contraenti e la rettitudine dell'agire ⁽¹¹⁾.

In applicazione di tali regole Cicerone ⁽¹²⁾ sosteneva che *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas* («è indispensabile eseguire gli impegni assunti con rettitudine, poiché non esiste giustizia al di fuori della fedeltà») e che durante tutto l'iter negoziale (dalle trattative, alla redazione dell'atto e poi all'esecuzione del contratto stesso) *ut inter bonos bene agere oportet* ⁽¹³⁾.

Con il passaggio al diritto giustiniano - come tutte le volte in cui si è affermata nella storia la tendenza all'unificazione ed alla stabilità del diritto - il valore attribuito alle regole della buona fede e della correttezza è stato ridimensionato e l'atto interpretativo è stato inteso come esclusiva

¹⁰ In generale, sul contenuto del concetto della espressione *ex fide bona* v. A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, 194 ss.

¹¹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, p. 116 ss.; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, p. 13 ss., il quale ricollega la nozione di buona fede quale canone di correttezza nell'agire al periodo post repubblicano, quando abbandonato il processo formale *per legis actiones*, si afferma il processo *per formulas* e l'editto del pretore.

¹² *De Officiis*, I, VII, 23 e III, XV, 61.

¹³ Ritene che tale formula sia espressione della regola attuale della buona fede, imponendo alle parti di comportarsi con lealtà, senza sotterfugi e malizie, A. CARCATERRA, *Intorno ai bona fidei iudicia*, cit, p. 35.

prerogativa del principe ⁽¹⁴⁾: il potere correttivo del pretore ed il ruolo riequilibratore della buona fede hanno perso importanza in favore del diritto del principe, mentre ai giuristi era consentito solo risolvere i dubbi e gli equivoci del linguaggio ⁽¹⁵⁾. Nel Digesto giustiniano la buona fede non fu più considerata una regola dell'agire, ma fu applicata prevalentemente nell'ambito del possesso *ad usucapionem*, quale rappresentazione psichica, come la convinzione di possedere un giusto titolo, utile per compiere correttamente l'acquisto dei beni.

2. Diritto mercantile e buona fede nel periodo intermedio.

Fu nel medioevo — e secondo la data generalmente accolta, nel XII secolo — che nasce un vero diritto commerciale, diverso dal diritto che regola i rapporti non commerciali ⁽¹⁶⁾.

I rapporti che fanno capo alla classe mercantile, sino ad allora sottoposti al diritto comune e pertanto giudicati uniformemente a qualsiasi relazione interprivata, hanno ricevuto, ad un tratto, una differenziata considerazione e regolamentazione normativa, diventando oggetto di un diritto particolare ⁽¹⁷⁾. L'emergere di una classe sociale distinta, quella «borghese e cittadina, nella quale si sviluppava un nuovo spirito di intraprendenza e una nuova organizzazione degli affari» ⁽¹⁸⁾ ha fatto emergere l'esigenza di una separata considerazione dei rapporti

¹⁴ Sul punto si rinvia allo scritto di T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, p. 185, n. 84.

¹⁵ Cfr. *Digesto*, XXII, p. 25, nel quale si legge «*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*».

¹⁶ F. GALGANO, *Lex mercatoria, cit.*, p. 23.

¹⁷ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, 1; sulle vicende politico-sociali che hanno dato origine storicamente al diritto commerciale v. T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, I, Roma, 1936, p. 3 ss; ID., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 1 ss.

¹⁸ T. ASCARELLI, *Corso, cit.*, p. 4

mercantili rispetto a quelli “comuni”. Tale separazione rispondeva non solo ad esigenze distinte, ma soprattutto al sorgere di istanze corporative e di privilegio, legate appunto all’assunzione di ruoli politici di preminenza proprio degli esponenti della nuova classe sociale ⁽¹⁹⁾. La specialità del diritto non concretava solo un’esigenza di regole tecniche differenti, ma esprimeva una diversa sensibilità sociale, che ispirava le regole di “convivenza” imposte ai commercianti, non solo nei rapporti interni alla corporazione, ma anche nelle relazioni con gli altri soggetti loro “controparti”.

Il nuovo *ius mercatorum*, in tal modo, disancorava il contratto dalla proprietà e gli attribuiva una funzione a sé stante: il contratto diventava così l’affare, l’atto di speculazione, lo strumento giuridico che permetteva alla classe mercantile la realizzazione del profitto, attraverso una molteplice serie di rapporti – tutti rapporti contrattuali – che la nuova classe instaurava con il resto della collettività, ossia con i produttori delle merci che acquistava, con i proprietari dei beni che utilizzava come fattori della produzione e con i consumatori dei prodotti che poneva in commercio.

In tale contesto la disciplina del contratto veniva plasmata per assolvere a questa funzione: soddisfare, in tutta questa serie di rapporti, l’aspettativa di guadagno del mercante. Il complesso di norme regolatrici la formazione e l’esecuzione del contratto era, così, improntato allo scopo di consentire all’imprenditore capitalista di pervenire alla più vantaggiosa configurazione della relazione commerciale, «sia che si scambino prestazioni di lavoro con beni reali o beni reali con beni reali, quel che importa è che alla fine rimanga sempre nelle mani dell’imprenditore capitalistico quell’eccedenza di valore di scambio (denaro), al cui

¹⁹ Vedi F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 24.

raggiungimento è volta tutta la sua attività» (20).

Veniva così a configurarsi un diritto ispirato ad una concezione della ricchezza non più preordinata al consumo o alla soddisfazione immediata dei bisogni contingenti, ma alla creazione di nuova ricchezza; un diritto che domina, oltre che i rapporti esterni alla classe mercantile – ossia i rapporti fra questa ed il resto della collettività – anche i rapporti interni alla nuova classe. Lo *ius mercatorum* rappresentava non solo una regolamentazione dei rapporti contrattuali, tra mercanti e non mercanti, vantaggiosa per la classe mercantile, ma anche una regolamentazione dei rapporti interni alla classe mercantile stessa: esso, infatti, perseguiva lo scopo di assicurare anche dal suo interno la realizzazione degli interessi di classe (21).

L'una e l'altra prospettiva, quella dei rapporti esterni e quella dei rapporti interni alla classe dei mercanti, ricevevano, però, una diversa considerazione nella prospettiva individuale del commerciante.

Ed infatti, nei rapporti esterni, il nuovo assetto dell'ordinamento non assicurava protezione a chi, vendendo, disponeva di un proprio diritto o a chi, comprando, disponeva del proprio denaro, ma tutelava l'interesse di chi, professionalmente, comprava e rivendeva, mirando alla conclusione della maggiore quantità possibile di affari. Sia che il mercante si ponesse in posizione di acquirente (come per gli scambi da lui effettuati con l'artigiano-produttore o con il contadino-produttore), sia che assumesse la qualità di venditore (negli scambi con i consumatori o con l'artigiano per la fornitura delle materie prime), il favore dello *ius mercatorum* era tutto per la figura del venditore, e, quindi, in definitiva per il commerciante. Gli scambi nei quali il mercante rivestiva la qualità di compratore erano, in tale epoca, essenzialmente scambi con le classi subalterne; rispetto ad esse

²⁰ W. SOMBART, *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967, p. 167.

²¹ F. GALGANO, *Lex mercatoria, cit.*, p. 40.

la classe mercantile poteva fruire di una supremazia economica e, quindi, di una tutela conferita dalla possibilità di imporre nel concreto rapporto le condizioni per sé più vantaggiose.

Tali scambi, peraltro, si svolgevano in un ambito endo-comunale, in cui i mercanti potevano, altresì, far valere oltre all'anzidetta supremazia economica, anche una supremazia politica. Il mercante era perciò protetto, nella veste di compratore, più che da norme privatistiche, da norme di «ordine pubblico economico», come quelle che vietavano agli artigiani e contadini di vendere ai forestieri o al minuto, o che instauravano controlli sulla qualità dei prodotti (22).

Il favore per questa nuova figura di venditore-compratore assecondava il processo di accumulazione capitalistica ed agiva a vantaggio del mercante, nella fase in cui egli trasformava in denaro il valore sottratto ai produttori. Si realizzava, così, il superamento dei principi romanistici nei quali era espresso, all'opposto, il *favor debitoris*, nonché la tutela assoluta della proprietà, le cui ragioni, nel nuovo assetto ordinamentale, erano destinate a cedere quando si trovavano in conflitto con la mercatura.

E' particolarmente significativo ricordare che, per il diritto romano, «chi comperava, anche se in buona fede, una cosa furtiva era soggetto alla rivendica da parte del proprietario derubato: «*ubi rem meam invenio ibi vindico*».

Lo *ius mercatorum*, invece, escludeva l'azione del proprietario derubato se il compratore aveva acquistato la cosa, poi scopertasi furtiva, da un pubblico mercante. «L'interesse protetto non era, quindi, quello del compratore, la cui buona fede non merita protezione maggiore della

²² A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane: studii*, Milano, 1882, p. 138 che evidenzia come «la maggior parte delle disposizioni contenute negli statuti non riguarda i rapporti giuridici tra contraenti, ma comprende piuttosto norme di ordine economico, divieti e restrizioni per la vendita di talune merci, materie prime o prodotti manufatti, i quali variano secondo le condizioni industriali del paese».

incolpevole spoliazione del derubato (né è protetta quando la cosa gli sia stata venduta da un non mercante); l'interesse protetto è quello del mercante: chi compera da lui deve, comunque, comprare bene, perché ogni perplessità del compratore sarebbe una remora all'acquisto e si rifletterebbe negativamente sul volume delle vendite (poco conta poi se il derubato possa essere un mercante, perché subire il furto sarà per questo un fatto occasionale, mentre egli è professionalmente un venditore)» (23).

L'interesse del mercante alla certezza dei propri traffici (e quindi al proprio profitto) risultava, dunque, prevalente sugli altrui interessi, compresi quelli legati al diritto di proprietà.

Tutt'altra rilevanza assumeva, al contrario, l'obbligazione di condotta del mercante nei rapporti interni alla classe mercantile: il dovere di correttezza riferito alle modalità di esercizio dell'attività del mercante ed alla gestione dei traffici da lui curati assumeva prioritaria considerazione ed esponeva lo stesso mercante a sanzioni irrogate o direttamente da parte degli organi corporativi o su iniziativa dei singoli appartenenti alla medesima classe.

Lo *ius mercatorum*, invero, era una legge di classe, che proteggeva gli interessi dei mercanti quale classe sociale e mirava a realizzare gli interessi generali della classe medesima, al di là della protezione degli interessi particolari dei singoli appartenenti ad essa (24). Ne conseguiva una rigida regolamentazione dei rapporti all'interno della corporazione che imponeva a ciascun mercante di operare senza compromettere l'altrui interesse e, soprattutto, la reputazione della "classe". Esempi del perseguimento di tale scopo si rinvengono nelle regole assai penalizzanti

²³ F. GALGANO, *Lex mercatoria, cit.*, p. 43, il quale sottolinea come anche il conflitto con le ragioni della proprietà immobiliare diventavano un conflitto fra classi antagoniste quando veniva in considerazione il contratto di locazione dell'immobile destinato a fondaco o a bottega, con l'interesse del mercante o dell'artigiano a non aumentare i costi dell'attività economica, e quindi a non ridurre i profitti.

²⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria, cit.*, p. 47.

in tema di responsabilità solidale di tutti i soci partecipanti all'attività economica (per cui gli atti compiuti da un socio obbligavano tutti i soci), nella distribuzione del rischio di impresa in modo aggravato rispetto alle regole di diritto comune e, soprattutto, nella disciplina del fallimento, inteso come strumento di tutela dell'affidamento del credito in generale a vantaggio di tutti i commercianti e di riparazione del danno sociale prodotto dall'insolvenza commerciale ⁽²⁵⁾.

Si comprende, perciò, come nell'età medievale la *bona fides* acquistò particolare rilievo nell'ambito dei rapporti commerciali ⁽²⁶⁾; infatti, durante il periodo del c.d. "diritto intermedio", essa, non solo venne riconosciuta giuridicamente dall'ordinamento, ma cominciò ad assumere anche un ruolo più complesso ed importante nell'ambito delle obbligazioni. In particolare con il termine *bona fides* si descrivevano tre principali tipologie di condotte: l'obbligo delle parti di tener fede alla parola data, il divieto della parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali, infine il dovere delle parti contrattuali di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale. Nell'ambito del consolidamento del concetto di buona fede, svolse un ruolo importante anche il diritto canonico, in base al quale la *bona fides* coincideva sempre di più con quello di coscienza, di morale, tant'è che i giuristi del "periodo intermedio" spesso finirono con l'identificare il concetto di *bona fides* con quello di *equitas*, dando inizio ad un allargamento dell'uso della buona fede oltre i limiti dell'interpretazione dello *ius strictum*. Nel corso del medioevo la *bona fides* assunse un ruolo sempre più centrale anche nell'ambito del commercio, in particolare internazionale, ed in tal senso

²⁵ L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale*, cit., p. 219.

²⁶ Con riferimento alla storia della buona fede nel periodo medioevale si veda, tra i vari G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ. II*, Torino, 1988, p. 133 e ss..

diventava un criterio valutativo a tutti gli effetti. Proprio alla luce di queste considerazioni, la maggioritaria e più autorevole dottrina comparatistica afferma che la *lex mercatoria* medioevale rappresenta il più importante canale attraverso cui la buona fede viene riconosciuta, seppure in forme diverse, anche nel diritto anglosassone ⁽²⁷⁾.

3. La legislazione commerciale dall'Ordonnance du commerce alle codificazioni ottocentesche

Alla fine del medioevo, con l'affermarsi degli stati monarchici, «la classe mercantile cessa di essere artefice del proprio diritto; il diritto commerciale subisce una duplice trasformazione: non è più diritto di classe, ma diritto dello Stato; non è più diritto universale, ma diritto nazionale» ⁽²⁸⁾.

Nella prima legislazione organica del diritto commerciale, costituita dalla *Ordonnance du commerce* emanata in Francia nel 1673 (seguita da quella sulla marina del 1681) ⁽²⁹⁾ il mutato spirito dei rapporti tra commercianti e terzi emergeva dalla sostituzione della ferrea autodisciplina di classe di epoca comunale con la altrettanto ferrea disciplina imposta

²⁷ J. GORDLEY, *Good faith in contract law in the medieval ius comune*, in *Good faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann, S. Whittaker, Cambridge, 2000, p. 94 e ss.; A. DE VITA, *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251, che evidenzia la stretta correlazione tra sviluppo della *law merchant* nel diritto inglese medioevale e l'introduzione del criterio di buona fede nella *common law*.

²⁸ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 73 s. che ricorda come «alla fine del Medioevo la scena politica è dominata dagli Stati monarchici, a grande base territoriale, nazionale o regionale. La borghesia ha perso, con la scomparsa delle sovranità comunali, ogni forza di direzione politica, della quale intraprenderà poi un lento e contrastato recupero all'interno delle istituzioni monarchiche, quale terzo stato nel Parlamento dei regni. L'accentramento monarchico converte rapidamente le corporazioni in istituzioni ausiliarie dello Stato, simili ai *collegia* della Roma imperiale: esse permangono entro la nuova struttura politica con funzioni di polizia sulle attività professionali, che esercitano secondo minuziosi regolamenti statali.».

²⁹ Sulla *Ordonnance du commerce* vedi J.L. LAFON, *Les deputes du commerce et l'Ordonnance de mars 1673: les juridictions consulaires, principe et competence*, Paris, 1979.

dallo Stato ai mercanti-sudditi dal monarca assoluto: l'*Ordonnance* voleva essere un «regolamento capace di assicurare presso i mercanti la buona fede contro la frode e di prevenire gli ostacoli che li sviano dal loro ufficio».

L'esercizio del commercio era così concepito come un privilegio concesso dal sovrano, quale "ufficio", e come tale non risultava più strettamente funzionale all'interesse degli appartenenti alla classe mercantile, ma diretto a perseguire il bene collettivo. In tal senso è emblematica la dichiarazione dello stesso Luigi XIV: «la felicità del popolo consiste ... nella riorganizzazione del nostro regno del commercio, per mezzo del quale l'abbondanza può esservi introdotta e servire non già al lusso e allo spreco di un piccolo numero ..., ma alla generalità del popolo, per mezzo delle manifatture, del consumo delle merci e dell'impiego di una infinità di persone di ogni età e sesso che il commercio produce» (30).

In tale epoca e sino al successivo emergere delle codificazioni unitarie, tuttavia, tra i cultori del diritto erano molto diffuse le teorie giusnaturaliste, le quali, riprendendo anche le idee diffuse nel diritto romano ed in particolare le norme contenute nel *Corpus Iuris* giustiniano, dedicavano nelle raccolte di leggi dell'epoca ampio spazio alle consuetudini e allo *ius commune*, ritenendoli fonti sussidiarie ed integratrici della legislazione del principe.

L'idea di fondo del giusnaturalismo era quella di elaborare un sistema di norme che, in quanto ricavato dalla razionalità e dal diritto naturale, esprimesse un senso di giustizia che presiedesse la convivenza civile e, in quanto tale, fosse eterno e valido per tutti gli uomini, a prescindere dall'ambito territoriale di riferimento.

In applicazione di tali regole, al commerciante veniva imposto il

³⁰ La citazione è tratta dalla *Déclaration du Roy portant établissement d'une Compagnie pour le commerce des Indes orientales*, del 1664, in *Conférences des Ordonnance de Louis XIV*, II Paris, 1719, p. 483, riportato in F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 81, nota 4.

dovere di esercitare la propria attività secondo buona fede, ponendosi la «libertà del commercio e dell'industria» su un piano omogeneo alle altre libertà riconosciute a tutte le persone. Il punto di equilibrio del conflitto di classe tra commercianti e consumatori si spostava verso un maggiore riconoscimento di esigenze di tutela e protettive delle altrui posizioni soggettive, soprattutto legate alla necessità del rispetto dell'altrui libertà.

I codici del diciottesimo e del diciannovesimo secolo realizzavano un compromesso tra i principi razionalistici del giusnaturalismo, portatori di regole ritenute valide in qualsiasi società, e regole contingenti legate ad uno specifico contesto politico-culturale, dettate dalla volontà dei sovrani di creare un corpo di leggi unitario capace di raccogliere le norme ed i costumi nazionali ⁽³¹⁾.

Tracce dell'influsso giusnaturalista e di un'idea di giustizia universale sottesa all'intero agire umano, si rinvengono, ad esempio, proprio nell'inserimento nei codici del diciottesimo e del diciannovesimo secolo delle norme che obbligano i contraenti ad eseguire gli accordi presi con correttezza e buona fede ⁽³²⁾.

Tali codici, cui il codice civile italiano del 1865 si ispirava ⁽³³⁾, erano

³¹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1745, p. 2, uno dei maggiori esponenti del giusnaturalismo francese, distingueva, appunto, tra leggi immutabili ed inderogabili derivanti dal diritto naturale, conosciute da ogni individuo «per il lume della ragione» e leggi imposte dai sovrani, che obbligano per l'autorità da cui sono emanate.

³² A. BIANCHETTI, *Relazioni e raffronti del codice civile italiano colla legge romana e coi codici olandese, prussiano, francese, bavarese, albertino, austriaco, napoletano, parmense ed estense, con richiamo alle affini disposizioni legislative vigenti nel regno e alle principali massime della dottrina e della giurisprudenza*, Torino-Napoli, 1871, p. 270 ss., ad esempio, sottolinea come nel codice napoleonico la regola della buona fede era contemplata nella parte relativa agli "effetti dei contratti" e, quindi, costituente un principio di carattere generale applicabile a tutti gli accordi *inter privatos*. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 29, a proposito delle norme contenute nel codice civile svizzero del 1907 (art. 2), poi, evidenzia come in esso la regola della buona fede non era limitata all'ambito applicativo dei rapporti obbligatori, ma si estendeva all'esercizio di ogni diritto, costituendo presupposto indefettibile dell'agire umano.

³³ D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 73 ss. evidenzia come in sede di lavori preparatori all'emanazione del codice civile italiano del 1865, ispirato fedelmente a quello napoleonico, la regola della buona fede (ritenuta mera clausola di stile), come più

sorti nel periodo di massimo rigoglio del liberalismo ed erano basati sulla figura e sulle esigenze dell'individuo. Essi, quindi, erano incentrati sulla figura sia del proprietario che dell'imprenditore e la libertà contrattuale rappresentava il principio fondamentale dell'agire umano.

Le regole della correttezza e della buona fede, all'opposto, costituendo la tipica espressione del diritto naturale e delle istanze solidaristiche, rappresentavano dei limiti al principio generale dell'autonomia negoziale⁽³⁴⁾.

Deve, peraltro, osservarsi come il campo delle obbligazioni, a differenza del diritto di famiglia o delle regole dettate in tema di proprietà, è quello che maggiormente si presta, per i minori risvolti socio-culturali che presenta, a veicolare il diritto naturale e ad esprimere un insieme di precetti non suscettibili di modifica nel corso degli anni⁽³⁵⁾.

Deve anche notarsi come le regole della correttezza e della buona fede, per il loro carattere elastico, assumono nell'attività degli interpreti

in generale le regole dei contratti e delle obbligazioni, non suscitano rilievi critici e rimangono sostanzialmente inosservati, appuntandosi, invece, l'attenzione degli studiosi sul diritto delle persone, della famiglia e della proprietà, in cui maggiormente si rinvenivano giudizi di valore. L'unica modifica apportata alla regola della buona fede rispetto alle previsioni del codice francese è stata la collocazione sistematica: la buona fede viene, infatti, posti negli "effetti dei contratti", nello stesso articolo che prevede l'equità integrativa, anziché, come nel codice francese, nell'ambito degli "effetti delle obbligazioni". Secondo l'Autore, benché inizialmente trascurata, la diversa collocazione della regola della buona fede sarebbe stata nel corso degli anni suscettibile di farle acquisire una portata molto più ampia di quella voluta inizialmente dal legislatore: «La vicinanza logica fra buona fede ed equità suggerisce così l'idea di una fonte integratrice dei negozi, capace di correggerli con doveri non previsti in anticipo, ma affidati al vigile intuito delle corti di giustizia. E l'innovazione stabilita in questo campo dal codice civile del regno d'Italia sembra schiudere alla dottrina ed alla pratica giuridica nuovi orizzonti e vie da percorrere, poiché accosta le due regole e le contrappone al puro potere di disporre e di vincolarsi ... non più prevista nell'ultimo comma d'un precetto che sancisce il valore vincolante ed il carattere intoccabile dell'impegno».

³⁴ In tal senso si esprime D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede, cit.*, p. 34, il quale sottolinea come nel testo napoleonico e nel codice civile italiano del 1865 «la proprietà è alla base del sistema e ne condiziona dall'interno gli sviluppi; e al dogma della proprietà, sacra e intoccabile, corrisponde in parallelo, sul piano dei contratti, il dogma della libertà negoziale, del puro potere d'obbligarsi e di stringere vincoli».

³⁵ In tal senso si esprime S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 3 ss.

maggiore o minore estensione a seconda del momento socio-culturale di riferimento e come proprio la regola della buona fede inserita nei codici ottocenteschi «racchiude una forza segreta che i giuristi avrebbero stentato per lungo tempo a riconoscere e che in prosieguo sarebbe apparsa veicolo d'un sentire opposto all'individualismo, consentendo in un clima lontano per eventi e per spirito, il parziale recupero della solidarietà nei rapporti obbligatori» ⁽³⁶⁾.

Ad esempio, dopo la promulgazione dei codici unitari, in un periodo storico in cui la massima attenzione era rivolta all'individuo ed alla proprietà, l'inserimento delle regole derivanti dal diritto naturale (ossia le regole di correttezza e buona fede) veniva ad essere più una affermazione astratta di principio, in ossequio ad una cultura giusnaturalistica, che un'effettiva regola conformatrice dell'agire umano ⁽³⁷⁾. La buona fede e la correttezza, infatti, quali regole generali dell'agire, prive di un contenuto fisso, necessitavano dell'intervento valutativo dell'interprete al momento della loro applicazione e risentivano, perciò, necessariamente degli influssi culturali degli interpreti, dovendo questi richiamarsi a parametri pregiuridici.

In linea generale, nella cultura giusnaturalista, ispirata al diritto romano classico, sul presupposto della necessaria lacunosità del diritto positivo, si attribuiva alle regole di correttezza e buona fede la funzione di obbligazione accessoria, al fine di riequilibrare le obbligazioni assunte dalle parti, ove per cause originarie o sopravvenute fosse venuta meno la corrispettività iniziale tra il dare e l'avere. In tal modo la buona fede incideva sul volere dei contraenti, arricchendo gli accordi con obblighi

³⁶ D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede, cit.*, p. 44.

³⁷ Nell'ambito dei rapporti di lavoro, ad esempio, la regola codicistica volta ad interpretare gli accordi in favore del soggetto obbligato, si presentava come mero principio inidoneo a proteggere le esigenze del lavoratore, non sempre unico obbligato e spesso in una posizione contrattuale non paritaria con il datore di lavoro. Solo l'intervento delle leggi speciali introdotte dopo la costituzione e una riorientata attenzione per le istanze solidaristiche hanno bilanciato le spinte individualistiche del codice.

originariamente non previsti dalle parti ⁽³⁸⁾. Il diritto naturale ed il diritto positivo, pertanto, si integravano a vicenda a vantaggio del bene comune.

Dopo l'avvento delle codificazioni e l'affermarsi dei movimenti giuspositivisti ed esegetici (sviluppatasi soprattutto in Francia ed in Italia), invece, anche in nome della certezza del diritto, si affermò il culto della legge scritta come dato irremovibile e le regole della correttezza e della buona fede persero la loro portata inderogabile, innovatrice e creatrice di obblighi giuridici ulteriori per i contraenti, per assumere la portata di mere puntualizzazioni dell'obbligo dei contraenti di rispettare ed osservare fedelmente le promesse, con carattere del tutto eccezionale rispetto alla regola generale del profitto, quale misura dei comportamenti degli imprenditori.

Il dovere di correttezza venne, così, ad assumere il ruolo di rafforzamento del patto intercorso tra le parti, confermandone la portata vincolante ed inducendo le parti stesse ad adempierlo esattamente anche ove esso realizzi il predominio di un contraente sull'altro ⁽³⁹⁾.

La preoccupazione del legislatore dei codici unitari era, infatti, quella

³⁸ Per una ampia trattazione dell'evoluzione del principio della buona fede nella fase delle codificazioni ottocentesche G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. I, Padova, 2003, p. 155 e ss. Per una dettagliata esposizione del pensiero dei giusnaturalisti prima dell'emanazione dei codici ottocenteschi, si veda D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 40 ss., che, tra gli altri, espone il pensiero di Cumberland, per il quale il bene comune rappresenta la base dell'ordine giuridico e costituisce il criterio del lecito e dell'illecito, nonché quello di Jean Jacques Burlamaqui, per il quale la legge di natura comanda l'altruismo in quanto racchiude il precetto indiscutibile e perenne della socievolezza (che racchiude il dovere di condurre gli affari con rettitudine), per cui il bene comune è la guida somma dell'agire. Tra i maggiori esponenti del giusnaturalismo, l'Autore ricorda anche Portalis, il quale, respingendo le teorie di Montesquieu, ritiene che il diritto naturale, applicato dai giudici, costituisce un «supporto durevole del diritto posto dallo stato, colmando i vuoti normativi e risolvendo i casi incerti, nonché dissipando le disarmonie e le incongruenze».

³⁹ D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 71 ss. sottolinea in proposito come con l'imporsi della scuola esegetica anche «le corti di giustizia trascurano completamente l'applicazione del principio della correttezza e si riferiscono alla buona fede solo nel possesso e nei diritti reali». Si veda sul punto anche L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, 2, Torino, 1877, p. 241, nonché F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 128 ss.

di garantire non una “giustizia” nello svolgimento dei traffici, bensì la validità e la riuscita dell’acquisto dei beni (fine primario delle negoziazioni). L’interesse massimo era rivolto all’individuo ed al calcolo del suo massimo profitto. In tale sistema, i contratti ed il commercio altro non erano se non meri strumenti attraverso cui raggiungere tale scopo, restando, invece, quasi indifferente per il legislatore la correttezza o meno dello svolgimento del rapporto obbligatorio.

In tale clima conservatore e stabilizzante dell’ordine socio-politico costituito, si affermò, quindi, il dogma della certezza del diritto e all’interprete non fu più possibile risolvere le controversie attingendo da regole estranee a quelle racchiuse nel testo codificato: il solo legittimato ad ispirarsi al diritto naturale nell’emanazione del diritto era il legislatore, che poteva, quindi, decidere di trasformare il diritto naturale in regola giuridica scritta, così mutandone in ogni caso la natura.

Altro dato peculiare, sintomatico del timore generalizzato dei giuristi verso l’arbitrio delle decisioni al cospetto di regole elastiche e non definite nel contenuto e nei limiti è costituito dal fatto che, come avvenne in epoca giustiniana, gli interpreti si riferirono alla regola della buona fede in relazione soprattutto all’acquisto dei diritti reali ed al possesso, intendendola in senso prevalentemente soggettivo e psicologico.

L’applicazione della regola della buona fede in senso soggettivo, infatti, non implica alcun giudizio etico di valore ed, anzi, esprime semplicemente lo stato d’animo del soggetto agente (di norma il possessore *ad usucapionem*), che possiede il bene, ignorando di ledere i diritti del proprietario e credendo di avere un giusto titolo d’acquisto, in virtù di un errore scusabile. Diverso è, invece, il concetto di buona fede inteso in senso oggettivo, ossia come “regola dell’onesto agire”, osservabile da chiunque per il modo di manifestarsi all’esterno ed

applicabile prevalentemente ai contratti ed ai rapporti obbligatori ⁽⁴⁰⁾.

Poiché il richiamo alla buona fede oggettiva presuppone un riferimento alla rettitudine, alle regole corrette dell'agire e, quindi, una scelta che la specifichi e la renda in concreto applicabile in base ad una valutazione dei comportamenti suscettibile di diversa interpretazione a secondo del contesto socio-culturale di riferimento, la maggior parte dei giuristi del diciottesimo e del diciannovesimo secolo si disinteressarono del tutto al concetto di buona fede, quanto meno alla buona fede intesa in tal senso ⁽⁴¹⁾.

Come già detto sopra, infatti, quando i giuristi di tale epoca si sono soffermati ad esaminare (mai in modo tale da sfruttarne tutte le potenzialità) la regola della buona fede si sono riferiti prevalentemente alla buona fede intesa in senso soggettivo, trascurando (ed anzi oscurando) la buona fede in senso oggettivo. Obiettivo dei giuristi dell'epoca era, infatti, quello di mantenere intatto lo *status quo* delineato dal legislatore e portatore delle istanze e dei privilegi delle classi dominanti ⁽⁴²⁾.

⁴⁰ Applicando la nozione oggettiva della buona fede, intesa quale metro di valutazione della condotta esterna, G. B. VICO, *De universi juris uno principio et fine uno*, 1720, Napoli, p. 28 ss., riteneva che «la buona fede rompendo i legami che la tenevano avvinta al piano del volere si traduce in una guida del contegno e assume un fermo profilo oggettivo alla cui stregua la regola della correttezza emerge con risalto e indica nella lealtà il presupposto della convivenza associata, delle sue strutture comunitarie e dei suoi alterni equilibri ... impedendo all'individuo d'indulgere alle frodi ed agli inganni, in quanto non è consentito sorprendere l'altrui debolezza e conseguire vantaggi illeciti».

⁴¹ D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede, cit.*, p. 184 ss. evidenzia come per i seguaci della scuola pandettistica l'interprete che risolve le liti fra i cittadini richiamandosi alla buona fede «compie un abuso e insomma ricade, in nome d'un generico spirito umanitario e d'una pretesa saggezza, nell'arbitrio e nei pericoli che l'accompagnano».

⁴² Per una compiuta analisi sulla duplice valenza della regola della buona fede, sulla distinzione tra buona fede in senso soggettivo ed oggettivo e sulla disputa sorta in Germania alla fine dell'ottocento tra Wächter e Bruns, si veda D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede, cit.*, p. 111 ss., il quale sottolinea come il dibattito sorto in Germania ha avuto il merito di contenere i germi della distinzione (poi sviluppata nel corso del novecento) tra i due concetti di buona fede, sviluppando, inoltre, la consapevolezza che la regola della buona fede «non è identica in tutti i fenomeni giuridici, ma varia a seconda

La concezione di buona fede limitata alla sua valenza soggettiva, infatti, poiché si lega indissolubilmente alla generale sfiducia dei giuristi verso le regole elastiche, è stata abbracciata nel corso del diciottesimo e del diciannovesimo secolo tanto dagli esponenti della scuola esegetica - intenti a valorizzare la certezza e la completezza del diritto positivo -, quanto dagli esponenti della scuola pandettistica, i quali - pur criticando le premesse atomistiche della scuola esegetica ed ispirandosi al *Corpus iuris* giustiniano, considerato come *ius commune* - cercavano, attraverso un'interpretazione sistematica del diritto, di rinvenire all'interno dei codici regole e principi generali, alla stregua dei quali ricondurre a sistema armonico tutte le norme giuridiche. Caratteristica della pandettistica è quella di disinteressarsi allo studio empirico della realtà, del contesto temporale e della prassi, per cercare l'unità del sistema attraverso le concatenazioni logiche fra le massime indicate nelle leggi e ricorrendo all'analogia nei rari casi in cui l'interprete rinveniva qualche lacuna ⁽⁴³⁾. Entrambe le correnti di pensiero affermatesi nel corso di tali anni (esegesi e pandettistica), poi, hanno valorizzato i profili soggettivi della buona fede, in quanto incentrate sull'atteggiamento interiore, sui bisogni e sul benessere (alla ricerca del massimo profitto) dell'individuo e, quindi, del proprietario, mostrandosi, così, disinteressate alle esigenze della socialità e della solidarietà.

delle norme e degli istituti», assumendo un significato nell'ambito degli *iura in re* e del possesso ed un altro nei contratti e nei rapporti obbligatori. Mentre, infatti, Wächter, analizzando lo stato d'animo interiore dell'agente, riteneva che la buona fede fosse l'ignoranza di ledere l'altrui diritto; Bruns, intento a valutare il contegno esteriore, affermava che la buona fede indica la rettitudine della condotta con cui occorre stringere gli accordi e comportarsi nell'umano consorzio.

⁴³ Per una critica alla pandettistica ed al suo amore incondizionato verso il metodo dogmatico e le costruzioni meramente logiche, R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Basel, 1954, p. 314 ss., il quale sostiene che il diritto nasce e si sviluppa in base ad un quotidiano conflitto di interessi, nell'ambito di una dialettica inesauribile, e che l'ordinamento giuridico è il risultato delle antinomie insite nell'esperienza e riflette il travaglio e i contrasti della storia, in quanto i gruppi, con programmi spesso diversi, combattono per soddisfare i propri bisogni e alcuni di essi tentano di modificare i vecchi istituti.

In tale contesto culturale, nel campo delle obbligazioni si è affermato il dogma della volontà, quale massima espressione dei desideri intimi degli stipulanti, ritenuti immodificabili se non per volere dei contraenti stessi, nonché quello della massima libertà.

Parimenti, nell'ambito delle regole stabilite per l'esercizio delle attività commerciali, l'idea liberista di affidare all'autonomia del commerciante l'organizzazione dell'impresa e dell'azienda non tollerava condizionamenti autoritativi da parte di prescrizioni normative puntuali, né, tanto meno, da parte dei giudici ai quali fosse affidata la corretta determinazione della regola di condotta, attraverso l'applicazione di una norma di carattere generale. L'attenzione del legislatore nella regolamentazione dei rapporti mercantili veniva, perciò, trasferita da un piano soggettivo, focalizzato sulla persona dell'imprenditore e sulla sua condotta, ad un piano oggettivo, quello degli *atti di commercio* e dell'azienda. La prospettiva del legislatore diveniva, pertanto, incompatibile con una valutazione "etica" e di "equità" dell'agire dell'imprenditore, occorrendo assicurare a questi la possibilità di realizzare il profitto atteso.

Nonostante la considerazione negativa riservata in tale epoca alle clausole generali, merito dei giuristi del diciottesimo e del diciannovesimo secolo è stato, comunque, quello di avere inserito nelle codificazioni dell'epoca il richiamo alle regole della correttezza e della buona fede. La presenza di tali regole nei codici, infatti, seppure ignorate nel corso del settecento e dell'ottocento, ha consentito ai giuristi del novecento di rivitalizzare le regole dell'agire alla luce delle nuove istanze sociali.

Nel ventesimo secolo, infatti, con il riaffiorare tra gli interpreti dell'attenzione per la vita degli uomini e per le vicende sociali, nonché con il riemergere delle istanze di solidarietà trascurate nei secoli precedenti, la presenza nei codici della regola della buona fede consente di interpretare i

principi in modo attuale, adeguandoli al contesto sociale di riferimento (44).

All'antico particolarismo giuridico, che era stato un particolarismo di ceti e di *status* professionali, succedeva un particolarismo, questa volta, di stampo politico: la *lex mercatoria* si statalizzava e si è convertiva nei codici di commercio, con i quali ciascuno Stato imponeva una propria visione del diritto regolatore degli scambi.

4. La buona fede nel codice civile del 1942

Il codice civile del 1942, rispetto alle codificazioni precedenti, pone una significativa innovazione: non solo unifica in un unico testo il codice civile (attinente prevalentemente alle regole dettate in tema di rapporti tra comuni cittadini) ed il codice di commercio, ma alla figura del «commerciante» sostituisce il concetto di «imprenditore». La premessa stava in una esigenza di politica economica, che consigliava di spostare l'asse della teoria giuridica dell'impresa dal momento dello scambio dei beni al momento della produzione: occorreva mettere in evidenza che la funzione dell'imprenditore è «una funzione creativa di ricchezza e non solo intermediaria» (45).

L'impostazione codicistica, ovviamente, era condizionata dalla dottrina economica del fascismo, che riconosceva l'iniziativa economica privata, ma dichiarava di riconoscerla solo in quanto «strumento più effi-

⁴⁴ Per un approfondimento sul punto T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, p. 65 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 211 ss. sottolinea anche come la buona fede, una volta inserita all'interno dei codici, sia divenuta regola legale, utilizzata dal legislatore per soccorrere a disciplinare le ipotesi non regolabili compiutamente attraverso regole complete sin dall'origine, ma bisognose dell'individuazione della soluzione più idonea a comporre la lite.

⁴⁵ A. ASQUINI, *Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 1916, p. 21

cace e più utile nell'interesse della Nazione», ossia solo in quanto destinata a svolgere una «funzione di interesse nazionale» ⁽⁴⁶⁾. In questo contesto l'impresa doveva perdere «quel carattere individualistico e speculativo che ha l'impresa capitalistica nell'economia liberale, per assumere una funzione non solo economica, ma anche politica ed etica» ⁽⁴⁷⁾.

La sostituzione del concetto di imprenditore a quello di commerciante aveva questa duplice e coordinata valenza: da un lato, porre l'accento sull'aspetto socialmente utile, piuttosto che sull'aspetto speculativo, dell'attività dell'imprenditore, mettendo in evidenza, con manifesto intento apologetico, «il servizio sociale prestato dall'imprenditore» ⁽⁴⁸⁾; dall'altro lato, elaborare un concetto di imprenditore che fosse funzionale alle esigenze di una «economia controllata» e valesse ad identificare i soggetti – i produttori appunto – cui applicare il sistema dei controlli.

Le linee di questo sistema erano tracciate nello stesso codice civile e trovavano la propria collocazione nel libro quinto e, in particolare, nel capo I del titolo II, dedicato alla «impresa in generale»: l'art. 2088 stabiliva che «l'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative». I successivi artt. 2089-2092 (oltre che gli artt. 85-94 disp. att.) prevedevano le conseguenze dell'inosservanza di tali obblighi dell'imprenditore: per iniziativa degli «organi corporativi» l'autorità giudiziaria – in particolare la magistratura del lavoro – poteva prendere provvedimenti che arrivavano fino alla possibilità di una sospensione dell'esercizio dell'impresa o, se la sospensione era tale da recare pregiudizio all'economia nazionale, fino

⁴⁶ In tal senso si esprime la Carta del Lavoro, dich. VII

⁴⁷ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 4.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9

alla nomina di «un amministratore che assuma la gestione dell'impresa», sia pure scelto «fra le persone designate dall'imprenditore» (art. 2091, comma 2).

In sostanza, all'imprenditore veniva formalmente e specificamente imposto un obbligo di *condotta*, inteso quale regola di condizionamento dell'attività dell'imprenditore, e non schema di verifica della legalità dei singoli atti. Tale obbligo, tuttavia, non era direttamente funzionale alla tutela dell'interesse dei soggetti con i quali l'imprenditore stabiliva relazioni economiche (seppure in forma collettiva e non individuale), ma a vantaggio di un interesse superiore dello Stato, della organizzazione del mercato da parte di quest'ultimo, nonché del perseguimento delle politiche economiche prestabilite.

L'organizzazione dell'impresa, per quanto concerneva le relazioni industriali e commerciali con i terzi, restava comunque riservata al potere (insindacabile) dell'imprenditore. Né poteva ritenersi - facendo leva sulla declaratoria di intenti contenuti nella Carta del lavoro, ovvero sul pregiudizio che in tal modo si recava all'affidamento generale dei consumatori, e quindi al mercato - che un tale potere potesse rientrare nell'area di applicazione della norma, in quanto di per sé pregiudizievole per l'economia nazionale.

Ed infatti, la portata effettiva degli artt. 2088-2092 era assai minore di quanto i principi della dottrina economica del fascismo volessero far supporre. L'imprenditore era sì chiamato a «rispondere verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi», ma ne rispondeva solo «in conformità della legge e delle norme corporative». La sua responsabilità sorgeva solo a condizione che fossero state emanate, a tutela degli interessi dell'economia nazionale, esplicite leggi o norme corporative, e queste leggi o norme corporative fossero state da lui violate. Il perseguimento dell'interesse nazionale non era, perciò, un diretto criterio

di valutazione del comportamento dell'imprenditore, lasciato all'opera interpretativa del magistrato: l'autorità giudiziaria, infatti, doveva giudicare semplicemente se l'imprenditore avesse violato leggi o norme corporative poste a tutela dell'economia nazionale, e sempre che queste fossero state emanate. La mera violazione, seppur sistematica, di leggi in pregiudizio dei consumatori o degli utenti o dei lavoratori non rientrava, pertanto, nel perimetro applicativo delle disposizioni dettate per la disciplina dell'attività dell'impresa ⁽⁴⁹⁾.

Per contro, mancava nell'ordinamento un generale obbligo dell'imprenditore di esercitare l'impresa in modo conforme all'interesse nazionale, per cui non si può dire che l'iniziativa economica prevista fosse riconosciuta – come pretendeva la Carta del Lavoro – solo in quanto «strumento» dell'interesse nazionale, o lo si può dire nel senso che la realizzazione dell'interesse nazionale era, in ultima analisi, concepita come risultato “naturale” dell'iniziativa economica privata ⁽⁵⁰⁾. Ciò, tuttavia, svuotava la «dottrina economica» del fascismo di ogni asserito significato innovatore rispetto all'economia liberale, bollata come individualistica e speculativa.

La soppressione dell'ordinamento corporativo, e la conseguente abrogazione delle norme di cui agli artt. 2088-2092 del codice civile, attuata con il d. lgt. 23.11.1944 n. 369, ha reso vuoto lo spazio del diritto per la «impresa in generale», riguardo alla *funzione* dell'attività.

5. L'art. 41 della Costituzione: contenuti e limiti.

Con la caduta del fascismo e l'approvazione della Costituzione

⁴⁹ Su tali profili cfr. G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 626 ss.

⁵⁰ G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione»*, cit., p. 629

repubblicana, contenente il riconoscimento dei diritti fondamentali degli individui, si è abbandonata l'idea dell'impresa intesa in senso funzionale⁽⁵¹⁾, ossia quale strumento di realizzazione dell'interesse pubblico; l'iniziativa economica svolta dai privati viene ad essere disciplinata quale strumento di creazione della ricchezza, con la quale l'interesse pubblico e sociale deve essere necessariamente contemperato, ma non direttamente perseguito. Proprio perché preordinata alla creazione di ricchezza e coinvolgente un numero sempre più ampio di rapporti, poi, l'iniziativa economica assume un rango costituzionale.

Tale impostazione rispecchia la tendenza di tutte le costituzioni moderne. In esse, infatti, si nota per la prima volta la presenza di norme che regolano i rapporti fra privati e ciò si spiega soprattutto alla luce dello scopo delle codificazioni stesse: non più smantellare lo Stato assoluto per fondare la creazione di uno Stato di diritto (che era stato, invece, precipuo scopo delle costituzioni liberali dell'ottocento, promulgate sulla spinta dell'ascesa della borghesia), bensì creare l'effettiva eguaglianza tra gli individui, regolando i singoli rapporti giuridici rispetto sia al potere dello Stato, sia ai poteri "privati", spesso più invasivi ed occulti rispetto a quello dello Stato⁽⁵²⁾.

⁵¹ In senso critico verso le teorie cd. della funzionalizzazione dell'impresa, V. BUONOCORE, *Iniziativa economica*, cit., p. 11, il quale sottolinea come «la conseguenza estrema dell'accettazione della tesi della funzionalizzazione sta nella negazione dell'attività economica privata come esercizio di una libertà».

⁵² Tale concezione muove dalla consapevolezza che non solo lo Stato può comprimere o soffocare le libertà dei singoli, ma anche altri individui (acquisite forme di potere nella società) sono in grado di farlo. Affinché gli individui siano effettivamente liberi nell'esercizio delle libertà loro riconosciute ed affinché le libertà non si traducano in altrettanti dannosi poteri, non è, quindi, sufficiente limitare e regolare i poteri dello Stato, ma è necessario porre degli argini anche a quelli degli altri individui. In tal senso F. GALGANO, *I rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982 p. 2, il quale sottolinea come «l'evoluzione nella concezione costituzionale del potere è particolarmente evidente nei principi fondamentali della nostra Costituzione. L'idea del potere privato dell'uomo sull'uomo è presente già nell'art. 2, che assegna alla Repubblica il compito di garantire i diritti inviolabili dell'uomo, oltre che come singolo nelle formazioni sociali, ove egli è in balia non di pubblici poteri, ma di potentati privati».

Espressione di tale obiettivo si pone, innanzi tutto, l'art. 3, comma 2, della Costituzione, che, denunciando la presenza di ostacoli economici e sociali che impediscono di fatto la creazione di un'effettiva eguaglianza tra gli individui ed obbligando lo Stato alla loro rimozione, denota la presenza nel sistema di classi dominanti (da intendersi oggi in senso soprattutto economico) e classi subalterne e costituisce, per tale ragione, la premessa del diritto costituzionale privato.

Sotto tale profilo è stato osservato che «in rapporto al principio fondamentale dell'art. 3 acquista preciso significato, in particolare, la regolazione costituzionale dei rapporti economici, che è regolazione, in larga misura, di rapporti fra privati (fra imprenditori, tra lavoratore e imprenditore, fra consumatore ed imprenditore, fra non proprietario e proprietario)»⁽⁵³⁾.

L'art. 41 Cost., che disciplina la libertà dell'iniziativa economica privata, infatti, si riferisce non solo alla libertà dell'iniziativa economica privata rispetto al potere dello Stato, ma anche all'affermazione di tale libertà rispetto agli altri cittadini.

La Costituzione contiene norme che rappresentano non solo vincoli per il potere dello Stato, ma anche la legge fondamentale del diritto privato ed il parametro cui uniformare gli stessi rapporti tra i privati⁽⁵⁴⁾.

La libertà dell'iniziativa economica privata, riconosciuta dall'art. 41 Cost. consiste nella possibilità per i privati di accedere liberamente al mercato e di organizzare liberamente l'attività produttiva decidendo cosa, come, quando, quanto, e dove produrre.

E' stato, poi, sottolineato⁽⁵⁵⁾ come la scelta del legislatore di parlare

⁵³ F. GALGANO, *I rapporti economici, cit.*, p. 3.

⁵⁴ Diversamente V. BUONOCORE, *Iniziativa economica, cit.*, p. 12, il quale esclude qualsiasi portata precettiva della disposizione costituzionale, confinando la stessa a vincolo per il legislatore.

⁵⁵ F. GALGANO, *I rapporti economici, cit.*, p. 3, il quale evidenzia che «la nozione di iniziativa economica rimanda, linguisticamente, alla nozione di impresa per la parentela

non di impresa, ma di “iniziativa economica” è stata determinata, da un lato, dalla volontà di dare una più ampia sfera di applicazione alla norma, che in tal modo viene ad essere riferita (diversamente che se avesse fatto espresso riferimento all’attività d’impresa) anche alle attività economiche non professionali, ossia occasionali ⁽⁵⁶⁾; dall’altro, dalla volontà di sottolineare il momento “propulsivo” e “creativo” dell’attività, presente nell’originario concetto di “intrapresa”, ossia l’utilizzazione della ricchezza per la produzione di altra ricchezza ⁽⁵⁷⁾.

In tal senso, tuttavia, la libertà di iniziativa economica, in quanto attività dinamica e creatrice di ricchezza, presuppone l’esistenza di altri diritti per il suo esercizio (ad esempio, il diritto di proprietà o la libertà contrattuale), che nell’ambito di tale libertà vengono utilizzati ed organizzati per la produzione e lo scambio di beni e servizi. Essa, inoltre, deve necessariamente essere contemperata con altri diritti e libertà parimenti garantiti dalla Carta fondamentale agli altri cittadini, tra cui in particolare, le libertà riconosciute ai lavoratori, quelle riconosciute ai consumatori e, inoltre, il pari diritto di libertà nell’iniziativa economica degli altri, ossia la libertà di concorrenza ⁽⁵⁸⁾.

lessicale tra iniziativa e intrapresa economica e per la sequenza: intrapresa economica-impresa economica-impresa senza aggettivo, che è alla radice dell’odierno concetto di impresa (l’impresa economica essendo riguardata come “impresa” per antonomasia).

⁵⁶ In tal senso si esprime anche V. BUONOCORE, *Impresa*, in *Enc. dir.- Annali*, vol. I, Milano, 2007, p. 763, secondo il quale, benché la dizione letterale della norma consenta di riferirla all’attività economica in generale e non all’attività d’impresa, dal limite dell’utilità sociale e dai fini sociali cui i programmi ed i controlli devono ispirarsi evince chiaramente che l’attività economica cui il costituente ha voluto riferirsi è quella organizzata ad impresa ed infatti, «proprio perché l’attività imprenditoriale produce ricchezza ed è preordinata alla circolazione di questa con una positiva ricaduta sulla comunità, la Costituzione repubblicana ne indica i caratteri, le finalità e pone ad essa limiti da osservare».

⁵⁷ In senso contrario A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, n. 5, il quale distingue fra l’iniziativa economica regolata dal primo comma della norma in esame e il suo svolgimento regolato dai commi successivi.

⁵⁸ F. GALGANO, *I rapporti economici*, cit., p. 44 ss. sottolinea come in una concezione più moderna la libertà di iniziativa economica non deve essere concepita come libertà ridotta dall’interesse sociale, bensì come “libertà fra le libertà”, ossia «come libertà che si realizza

Proprio per tale ragione la libertà di iniziativa economica privata, pur garantita a livello costituzionale, non può essere riconosciuta in modo incondizionato, ma necessita della previsione di limitazioni, alcune delle quali previste già a livello costituzionale, altre, invece, introdotte nel sistema economico nel corso degli anni a seguito dell'evolversi e dell'aumentare in misura esponenziale dei rapporti socio-economici, nonché della sempre maggiore spinta delle istanze di solidarietà sociale, dettate dalla consapevolezza della sostanziale disuguaglianza tra i soggetti che operano nel mercato ⁽⁵⁹⁾.

Tra i limiti dettati alla libertà di iniziativa economica privata da parte della stessa Costituzione vi sono in primo luogo quelli previsti dai commi successivi dell'art. 41, che, al secondo comma, enuncia: «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana» ⁽⁶⁰⁾ ed al terzo comma: «La legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Con tali norme il legislatore costituzionale, prendendo atto dell'inca-

dialetticamente nel rapporto con le altre libertà del cittadino e anzitutto nel rapporto con la libertà politica».

⁵⁹ La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 78 del 1970, a tutela della libertà d'iniziativa economica, ha ribadito che, sebbene l'apposizione di limiti all'iniziativa economica sia costituzionalmente prevista, essi non devono essere così incisivi da rendere impossibile o assai difficile l'esercizio dell'attività economica e che, in ogni caso, la Consulta chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli stessi può valutare la congruità tra i mezzi utilizzati ed i fini previsti dalla Costituzione al fine di salvaguardare la libertà costituzionalmente riconosciuta, evitando arbitrarie restrizioni.

⁶⁰ Nell'interpretare i limiti posti dalla costituzione alla libertà dell'iniziativa economica V. BUONOCORE, *Impresa*, cit., p. 764, sottolinea come essi essendo genericamente formulati riescono agevolmente a conciliarsi con i mutamenti dell'assetto socio-economico di riferimento e consentono di affermare che l'impresa non può vivere come un'entità fine a se stessa, ma vive nella comunità civile coordinandosi con interessi ad essa estranei (quello dei lavoratori, dei consumatori). Il medesimo Autore evidenzia come il concetto di libertà e dignità della persona, pur inseriti in contrapposizione alla recente caduta dello Stato fascista, ben si prestano ad essere evolutivamente interpretati quali baluardi dell'individuo anche in uno Stato democratico; dall'altro, il richiamo alla sicurezza originariamente riferito esclusivamente alla sicurezza sui luoghi di lavoro, ben si presta ad essere esteso alla tutela anche della salute degli individui sotto forma di tutela ambientale.

pacità dell'economia capitalistica di autogovernarsi in base alle regole del mercato ⁽⁶¹⁾ e di realizzare autonomamente un equilibrio tra sviluppo economico e progresso civile e sociale, ha attribuito al legislatore il compito primario di intervenire sull'economia (attraverso appunto programmi e controlli) per assicurare un contemperamento tra lo sviluppo economico ed il benessere sociale ⁽⁶²⁾ ed assegnare all'attività economica un fine sociale ⁽⁶³⁾. Ciò, in base al dettato costituzionale, è possibile coordinando e confrontando costantemente le scelte produttive ed i programmi imprenditoriali con gli obiettivi di politica economica ed i programmi elaborati nelle sedi istituzionali.

Lo Stato, quindi, da un lato, ha il compito di dettare direttive e pro-

⁶¹ F. GALGANO, *I rapporti economici, cit.*, p. 9 sottolinea che «la constatata incapacità del mercato di autoregolarsi in modo spontaneo e l'esigenza sempre più pressante di contenere la pressione salariale esercitata dalle classi lavoratrici hanno indotto la borghesia ad attuare forme sempre più estese di governo pubblico dell'economia: di progressiva statizzazione per un verso dei meccanismi regolatori del processo economico e, per altro verso, delle fonti di finanziamento delle imprese e, più in generale, dei costi delle attività produttive».

⁶² Per tale motivo V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Trattato dir. comm.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1981, p. 200 ss., ha evidenziato che la libertà economica privata si presenta, per il fatto di essere inserita in un sistema pubblico dell'economia, quale libertà di svolgimento dell'impresa «nel quadro stabilito dal potere pubblico». Nello stesso senso F. BASSI, G. CUGURRA, E. CHELI, *Corte Costituzionale ed iniziativa economica privata*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, rist. Cedam, Padova, 1983, p. 277 ss. i quali sottolineano come le limitazioni contenute nell'art. 41 «sembrano svuotare in gran parte di contenuto l'affermazione di principio contenuta nel primo comma». La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 29 del 1957 (poi confermata dalla sentenza n. 32 del 1959) ha sottolineato come dai limiti previsti dagli ultimi due commi dell'art. 41 Cost., si ricava che l'iniziativa economica privata è subordinata alle esigenze generali e sociali determinate dalla legge e che le previsioni dell'articolo in esame hanno carattere unitario ed inscindibile, e, pertanto, devono essere «considerate insieme, coordinate tra loro in modo tale che la libertà dell'iniziativa economica privata, dichiarata nel primo comma, si svolga in armonia con le altre fondamentali esigenze espresse nei commi successivi».

⁶³ F. GALGANO, *I rapporti economici, cit.*, p. 43 sottolinea come tutti i limiti costituzionalmente previsti all'esercizio della libertà di iniziativa economica devono essere dettati dalla legge. Ed infatti, benché il riferimento alla legge sia contenuto solo nel terzo comma dell'art. 41, esso va riferito anche ai limiti previsti dal secondo comma, che devono parimenti essere coperti da una riserva di legge, affinché la libertà riconosciuta dal primo comma dell'art. 41 non sia arbitrariamente compressa dal potere esecutivo, ma venga limitata solo a seguito della valutazione di un concreto interesse sociale da parte dell'organo democratico per eccellenza, ossia il Parlamento.

grammi con cui la libertà d'iniziativa economica deve confrontarsi per essere indirizzata al soddisfacimento di fini sociali; dall'altro, ha il compito, anche attraverso la collettività e le associazioni sindacali, di controllare che tali limiti siano rispettati.

Tali norme, tuttavia, pur essendo rivolte in modo diretto al legislatore ordinario, contengono anche delle indicazioni in ordine alla condotta che le singole imprese devono seguire nell'esercizio dell'attività⁽⁶⁴⁾.

Sotto tale profilo, grande importanza assume il limite della «utilità sociale», inteso come limite alla ricerca del mero profitto e, quindi, all'esercizio meramente egoistico dell'attività d'impresa⁽⁶⁵⁾. Dalla necessità di svolgere l'attività economica non in contrasto con l'utilità sociale, infatti, non deriva la necessità che l'attività economica sia attivamente indirizzata a soddisfare gli interessi della collettività, ma, almeno, che essa non sia esercitata in modo da contrastare con gli stessi: in tal modo, pur non essendo l'attività economica direttamente finalizzata alla realizzazione di interessi collettivi (come avveniva, invece, durante il regime fascista), indirettamente, comunque, li realizza, lì dove deve espressamente impegnarsi a non danneggiarli ed a perseguire comunque il generale bene comune, espressione della dignità dell'uomo⁽⁶⁶⁾.

Dal limite della «utilità sociale» così inteso, pertanto, si può desumere, già a livello costituzionale, la presenza nell'ordinamento di una regola di *correcte agere* da parte dell'imprenditore, ossia di un obbligo di

⁶⁴ In senso contrario V. BUONOCORE, *Iniziativa economica*, cit., p. 12, il quale ritiene che i commi 2 e 3 dell'art. 41 abbiano come destinatari gli organi legislativi, autorizzandoli a porre limiti, in nome dell'utilità sociale, alla libertà dell'iniziativa economica garantita dal comma 1, con esplicite disposizioni di legge al fine di evitare che possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

⁶⁵ V. BUONOCORE, *Impresa*, cit., p. 765.

⁶⁶ Secondo la Corte Costituzionale (sentenza n. 127 del 1990), infatti, l'utilità sociale coincide con il benessere comune e l'attività economica per non svolgersi in contrasto con essa deve comunque tendere a soddisfare il progresso materiale della collettività ed a rendere accessibili all'uomo quanto meno tutti quei beni che sono funzionali a soddisfare i bisogni fondamentali della vita.

comportarsi secondo correttezza e buona fede in modo che l'attività economica svolta non sia orientata solo dal profitto individuale e dalla sua massimizzazione, realizzata ad ogni costo.

Tale limite, tuttavia, a differenza di quelli della correttezza e buona fede, che valgono come limiti generali e devono essere riscontrati di volta in volta dal giudice chiamato a valutare alla stregua degli stessi i comportamenti concreti dell'imprenditore, deve essere posto necessariamente dalla legge, a cui il costituente ha affidato il compito di valutare ciò che corrisponde e ciò che, invece, contrasta con l'utilità sociale. In tale ambito, pertanto, al giudice non è data la possibilità di valutare il comportamento dell'imprenditore per verificare se esso si sia svolto o meno in contrasto con l'utilità sociale, ma solo il compito di valutare se esso sia svolto o meno in contrasto con la legge, a cui sola è demandato il compito di stabilire quali condotte possono dirsi contrastanti con l'utilità sociale⁽⁶⁷⁾. E' pur vero che, come più ampiamente di seguito considerato, la giurisprudenza ha recentemente operato, in modo crescente, una autonoma valutazione dei fini perseguiti dal legislatore nella regolamentazione di determinati settori di mercato, traendo essa stessa, in senso positivo, gli obiettivi di tutela collettiva perseguiti dal legislatore, e quindi, operando una "interpretazione", oltre che del dato normativo, anche della «utilità sociale» sottostante l'intervento di regolamentazione normativa, soprattutto facendo diretta applicazione dei principi costituzionali.

In dottrina⁽⁶⁸⁾, a tal proposito, si è parlato di «impresa socialmente responsabile», riferendosi a quell'impresa che, in armonia con il dettato costituzionale, si faccia carico dei valori espressi dai limiti costituzional-

⁶⁷ In tal senso si sono espresse numerose sentenze della Corte Costituzionale: tra le tante, Corte Cost. 4 febbraio 1962, n. 4; Corte Cost., 23 maggio 1964, n. 40; Corte Cost., 9 maggio 1967, n. 24.

⁶⁸ V. BUONOCORE, *Impresa*, cit., p. 765.

mente posti alla sua libertà, apporti benessere alla comunità e sia rispettosa dei più elementari diritti della persona umana, svolgendo un ruolo attivo nei confronti dei soggetti con cui entra in contatto, con inevitabile assunzione di nuovi compiti e nuove responsabilità ⁽⁶⁹⁾. Obiettivo delle imprese, pertanto, dovrebbe essere quello di migliorare la qualità dei prodotti a costi contenuti, ovvero rendere servizi più efficienti.

In tale ottica, tuttavia, il medesimo Autore ha, da un lato, sostenuto la possibilità che interessi economici, ambientali e sociali non siano necessariamente in conflitto tra loro, dall'altro, che «la virtù non può essere imposta e le strategie per promuoverne la responsabilità devono riconoscere la natura volontaria, anche perché il successo dei soggetti impegnati dipende molto dalla loro creatività ed è contrassegnato dalla qualità e dall'innovazione».

Per tali ragioni, parte della dottrina ⁽⁷⁰⁾ ritiene che, nonostante la collocazione sistematica, anche la libertà di iniziativa economica abbia carattere di diritto fondamentale dell'uomo, ossia costituisca un diritto inviolabile ex art. 2 Cost., caratterizzante l'intero assetto del sistema economico, politico e sociale, basato sulla proprietà individuale dei beni e dei mezzi di organizzazione, nonché sulla libertà privata di organizzarli.

In senso contrario, altra parte della dottrina ⁽⁷¹⁾ ha sostenuto che i

⁶⁹ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica*, cit., p. 40, evidenzia, in proposito, che «l'impresa deve farsi carico di una serie di compiti connessi alla sua funzione principale di organismo produttivo, consistenti in comportamenti positivi: non basta cioè intimare all'impresa di non inquinare scaricando veleni nei fiumi e sanzionando l'inadempimento in forza del principio che chi inquina paga, ma occorre che l'impresa stessa si doti delle tecnologie più adeguate per produrre meglio e per evitare che i momenti negativi connessi al particolare ciclo produttivo non ridondino a danno della comunità».

⁷⁰ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1970, p. 81 ss.; nello stesso senso U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, 1975, p. 21 ss.

⁷¹ F. GALGANO, *I rapporti economici*, cit., p. 31 il quale, infatti, nota come le democrazie liberali, pur essendo strumenti di partecipazione popolare all'organizzazione politica della società, non prevedono altrettanti meccanismi di partecipazione democratica all'organizzazione economica, ossia alla scelta di cosa, dove, come, quando e quanto produrre. Solo di recente, infatti, secondo tale Autore, è stato avviato un processo di partecipazione attiva nelle scelte imprenditoriali (ossia nelle scelte di investimento e di

costituenti, pur avendo riconosciuto anche la libertà d'iniziativa economica come libertà degli individui, non l'hanno inserita tra le libertà inviolabili dell'individuo (principalmente quelle civili), contenute nella parte prima della Costituzione e ciò proprio in quanto fin dall'origine fu avvertita l'esigenza di evitare che l'esercizio della libertà economica (rispondendo a pulsioni egoistiche degli individui) potesse ledere superiori valori sociali ed umani quali l'utilità sociale, la sicurezza e la dignità umana (previsti appunto come limiti della libertà stessa nei commi successivi dell'art. 41).

La collocazione della libertà d'impresa ad un livello pur di rango costituzionale, ma deteriore rispetto ad altre libertà e diritti individuali è significativa per giustificare la compressione della stessa allorché confliggente con posizioni soggettive ritenute "primarie": la risoluzione di conflitti tra diritto al profitto e diritti individuali del cittadino prevalenti non può che condurre, infatti, ad un legittimo sacrificio del primo piuttosto che ad un contemperamento tra le due posizioni giuridiche soggettive. L'obbligo di condotta dell'imprenditore di organizzare ed orientare la sua attività d'impresa in modo tale da non incidere, né sacrificare, quelle posizioni dei terzi riconosciute quali diritti fondamentali dell'individuo, sembra, perciò, emergere come regola costituzionale che conferisce un valore normativo a regole quali quelle della buona fede e della correttezza già fondate sulla Carta costituzionale.

La possibilità di conferire alla libertà d'impresa un rilievo paritario rispetto agli altri diritti fondamentali dell'individuo, tale da giustificare, cioè, il riconoscimento di una più ampia libertà dell'imprenditore nei

politica aziendale delle imprese) anche dei sindacati, e loro tramite, dei soggetti non titolari dei mezzi di produzione, bensì destinatari dei prodotti finali. La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 290 del 1974 ha ravvisato nell'azione sindacale e nella libertà ad essa riconosciuta dalla costituzione uno strumento di partecipazione alla gestione del potere economico, nonché uno strumento di controllo a ché le attività economiche siano indirizzate a fini sociali.

rapporti con i terzi, è stata oggetto di risalente dibattito agli inizi del secolo ⁽⁷²⁾, specificamente con riferimento ai rapporti associativi d'impresa. Tale impostazione è stata recentemente ripresa da una parte della dottrina con specifico riferimento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848 ⁽⁷³⁾.

Deve, tuttavia, essere rilevato come tale prospettiva sia stata da tempo ritenuta non corretta, occorrendo inquadrare la posizione dell'imprenditore nell'ambito di una mera prospettiva economica di perseguimento del profitto, non proiettabile nell'ambito dei diritti "fondamentali" ⁽⁷⁴⁾.

Proprio facendo leva sulla espressa indicazione della norma costituzionale e del limite posto dal riferimento alla programmazione dell'iniziativa economica (art. 41, comma 3, Cost.) si è dato risalto ⁽⁷⁵⁾ alla possibile nuova impostazione di tale limite non più inteso in termini di mera interazione tra programmazione privata e programmazione pubblica, bensì come esigenza di tutela dei consumatori. Il recente apparato normativo introdotto in funzione protettiva di tale categoria di soggetti assurgerebbe, così, ad elemento programmatore dell'iniziativa economica: tali norme, infatti, inizialmente incentrate su un concetto "negativo" di difesa del consumatore, ossia sul cosa non produrre (disciplina dei prodotti nocivi), sul come non produrre (disciplina dei prodotti difettosi) o sul come non distribuire (regole in tema di pubblicità e clausole vessatorie), stanno oggi diventando uno strumento di tutela

⁷²A. VIGHI, *Diritti individuali dell'azionista*, Parma, 1902, *passim*.

⁷³G. CARRANO, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, intervento al Convegno «Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi», Roma 29-30 gennaio 2010, dattiloscritto.

⁷⁴V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, *passim*.

⁷⁵F. GALGANO, *I rapporti economici*, cit., p. 61 ss. In senso contrario V. BUONOCORE, *Impresa cit.*, p. 761 ha sottolineato come «l'esplosione del fenomeno consumeristico ha dato alle imprese il potere di orientare, attraverso i canali mediali, le scelte dei cittadini consumatori».

“positiva” del consumatore, legittimandolo ad interloquire su cosa produrre e su quali bisogni soddisfare attraverso la produzione ⁽⁷⁶⁾. Solo in tal modo, attraverso la «creazione di un consumatore collettivo, espressione dei bisogni di tutti, o di intere categorie di consumatori» si realizzerebbe una vera programmazione sociale dell’economia, in cui l’attività economica viene programmata dal punto di vista della domanda e non dell’offerta.

Le imprese (soprattutto le grandi imprese), programmando la loro attività e le loro scelte imprenditoriali (cd. auto programmazione), non condizionano solo l’agire interno alle rispettive aziende, ma anche l’indirizzo economico delle imprese cd. satelliti o di quelle di fatto condizionate dalle strategie di mercato delle grandi imprese, esercitando in tal modo una funzione di cd. etero programmazione.

Sotto altro profilo l’identificazione di un contenuto programmatico anche nelle norme protettive degli altri soggetti con i quali l’imprenditore viene in contatto ha permesso ad una parte della dottrina ⁽⁷⁷⁾ di ritenere che, proprio con riferimento all’autonomia d’impresa, «dalla individuazione dei confini del controllo sociale sull’attività d’impresa nasce una ridefinizione meno vaga e più specifica della responsabilità dell’imprenditore non più solo collegata al mero interesse produttivo, bensì ai danni cagionati a consumatori ed utenti dai prodotti dell’impresa».

⁷⁶In tal senso M. LIBERTINI, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in *Trattato dir. comm.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 360 ss. il quale sottolinea che nell’economia attuale è «l’intera collettività ad orientare la produzione, attraverso la somma delle decisioni individuali. La sovranità del consumatore fa sì che la quantità e la qualità dei beni da produrre siano decise, in ultima istanza, dalle libere scelte individuali dei cittadini. Il meccanismo di mercato appare così come uno strumento di tutela della dignità dell’individuo, dell’attitudine di questo ad organizzare la propria vita secondo preferenze proprie e non secondo modelli imposti dall’alto...L’appropriazione del profitto da parte dei privati non avrebbe giustificazione se non si inserisse in un sistema in cui il profitto è visto come un premio che la collettività fornisce all’imprenditore abile nel cogliere e soddisfare i bisogni dei consociati».

⁷⁷ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica, cit.*, p. 42. Nello stesso senso F. SANTONASTASO, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell’ambiente*, Milano, 1996, p. 284.

E' stato anche sottolineato ⁽⁷⁸⁾ come in *common law* il fenomeno viene individuato come «esternalizzazione degli interessi dell'impresa», nel senso che la protezione da accordare va al di là dei tradizionali interessi in conflitto all'interno dell'impresa, per estendersi a qualunque bene «la cui lesione rappresenta un evento negativo per i valori del sistema», qualificando i consumatori come «creditori involontari».

Un altro limite dettato dalla Costituzione per il perseguimento dell'interesse generale è, poi, quello previsto dall'art. 43, che, a fini di utilità generale, consente allo Stato di riservarsi o espropriare «imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale».

Tale previsione che consente allo Stato di limitare la libertà di iniziativa economica privata, sostituendosi ad essa e riducendo in modo coattivo il suo esercizio in alcuni settori, si riferisce, tuttavia, a casi espressamente previsti e regolati dalla legge - che deve giustificare le specifiche ragioni di intervento dello Stato - per evitare che l'iniziativa economica privata venga compressa arbitrariamente dal potere politico per fini che non sono quelli dell'intervento nei servizi pubblici essenziali o nel settore dell'energia o ancora per l'eliminazione di monopoli.

Al di fuori di questi casi espressamente e tassativamente previsti dall'art. 43 Cost., in cui lo Stato può sostituirsi autoritativamente ai privati nell'esercizio dell'impresa, anche l'impresa pubblica, riconosciuta dall'ultimo comma dell'art. 41 Cost., può svolgersi liberamente ed è soggetta alle medesime regole di comportamento del mercato (tra cui il principio di concorrenza) e soggiace agli stessi limiti (dettati da esigenze di solidarietà sociale) previsti per l'iniziativa economica privata.

⁷⁸ C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità «proporzionata» dei soci*, Napoli, 2000, p. 22 ss.

6. Correttezza e buona fede come espressione del principio di solidarietà sociale nella recente giurisprudenza.

Il mutamento di prospettiva recato dalla Carta Costituzionale, nella identificazione delle regole positive per la regolamentazione dei rapporti tra soggetti, privati e pubblici, ha fatto sì, dunque, che anche l'attività economica fosse collocata in un quadro di valori di rango superiore, da tutelare prima di qualsiasi altro diritto affermato dalla legge positiva. Come sottolineato da Montesquieu, ogni Costituzione, in ogni tempo ed in ogni Paese, ha avuto ed ha un «oggetto particolare» che la contraddistingue: «oggetto particolare» della Costituzione italiana può essere identificato nella persona umana, soggetto, fondamento, fine dell'ordinamento, di cui elemento essenziale e costitutivo è la "dignità", titolare di diritti e doveri, che proprio perchè consustanziali alla persona, sono inviolabili, inalienabili, imprescrittibili, indivisibili. Una persona che è persona proprio nella società, nella concretezza della sua storica esistenza, nella multidimensionalità dei suoi bisogni, materiali e spirituali; che cerca di soddisfare nella concreta realtà della società e delle formazioni sociali in cui questa si articola e in cui l'individuo plasma la sua personalità. Tale concezione è consacrata nell'art. 2 della Costituzione, che, nell'affermare il primato della persona, nella sua dimensione sociale, «riconosce» e «garantisce» i diritti che ad essa fanno capo, e sancisce, con plastica formulazione, la stretta correlazione fra il "godimento" dei diritti e l'"adempimento" dei doveri, inderogabili, di solidarietà politica, economica e sociale, ribadita, in modo esplicito ed implicito, in altri articoli della Costituzione. L'art. 2 racchiude l'idea-madre, il principio ispiratore dell'intera Costituzione, la persona umana nella sua dimensione sociale, che rappresenta il superamento della concezione individualistica, propria

delle Costituzioni ottocentesche; è l'articolo che «governa l'architettura di tutto l'edificio costituzionale» (79).

Anche la giurisprudenza, in epoca recente, ha oramai preso piena consapevolezza del ruolo assunto dalle disposizioni costituzionali per una rivisitazione delle regole che presidiano ai rapporti economici; e proprio i principi di correttezza e buona fede sono stati lo strumento, da un lato, per superare la formalistica applicazione delle regole positivamente poste in senso marcatamente liberale, ivi compresi i principi di autodeterminazione negoziale e di vincolatività delle pattuizioni contrattuali; dall'altro, per adeguare la regolamentazione settoriale dell'impresa alle concrete vicende del mercato, in chiave protettiva degli utenti-consumatori ed evolutiva dei rapporti economici.

Il nuovo corso della giurisprudenza ha così dato ingresso, attraverso il richiamo alla buona fede ed alla correttezza, a valutazioni anche di carattere etico per la fissazione di nuovi equilibri nei rapporti tra imprenditori-mercato-utenti, superando l'ambito originariamente assegnato a tali principi dalle norme codicistiche sui contratti, quale mero schema di verifica della legalità dei singoli atti, per pervenire ad imporre all'imprenditore un obbligo di *condotta*, inteso quale regola di condizionamento dell'attività dell'imprenditore e di organizzazione dell'impresa stessa.

Già a metà degli anni sessanta, la Suprema Corte (80) aveva riaffermato la rilevanza concreta e precettiva dell'obbligo di condotta secondo buona fede, conformando il giudizio del giudice in fase di verifica ex post della

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005. Per una ricostruzione della genesi e dell'affermazione della ispirazione di fondo della Costituzione, attraverso il ricorso ai lavori dell'Assemblea Costituente, v. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, vol. I, p. 50 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1981; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

⁸⁰ Cass. 5 gennaio 1966, n. 89; successivamente v. anche Cass. 18 febbraio 1986, n. 960.

legittimità della condotta delle parti negoziali ai parametri di valutazione sanciti dalla carta fondamentale: ed infatti, secondo il Supremo Collegio, «La buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio, ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede».

L'indirizzo ermeneutico, sebbene dia ingresso ad un concetto di buona fede ancorato ai principi costituzionali di solidarietà sociale, è rimasto tuttavia confinato nell'area dei conflitti tra parti contrattuale.

E', invece, recentissimo il nuovo indirizzo ermeneutico adottato dalla Suprema Corte, che amplia i confini di applicazione dei suddetti principi, affermando che «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica»⁽⁸¹⁾. Ed infatti, secondo i giudici di legittimità, «i principi di buona fede e correttezza ... sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico ... Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale , poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge». In questa prospettiva si è pervenuti ad affermare che il criterio

⁸¹ Così Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; nello stesso senso Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462 e Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618.

della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo ed integrativo, il complesso delle relazioni intercorrenti tra soggetti specifici, sia di carattere negoziale che di diversa natura, in funzione di «garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi»⁽⁸²⁾. Il principio di diritto affermato dalla recente giurisprudenza trova un momento di continuità rispetto al dettato normativo codicistico nel richiamo, operato dalla stessa giurisprudenza, alla Relazione ministeriale al codice civile, secondo la quale il principio di correttezza e buona fede «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore», operando, quindi, come un criterio di reciprocità. La buona fede, in sostanza, viene utilizzata come strumento per mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione⁽⁸³⁾.

E ciò nell'ambito dell'attività economica considerata in senso ampio e generale, non più soltanto confinata ai temi contrattuali: la Cassazione precisa, infatti, che «oggi, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti»⁽⁸⁴⁾.

7. Segue: correttezza ed abuso del diritto

In tale contesto, il principio di correttezza si discosta dai consolidati fondamenti dell'abuso del diritto, che invece delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di

⁸² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

⁸³ Cass. s.u. 15 novembre 2007, n. 23726.

⁸⁴ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

obiettivi ulteriori e diversi da quelli indicati dal legislatore ⁽⁸⁵⁾.

L'abuso è ravvisabile, in sostanza, quando nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede ⁽⁸⁶⁾. Come conseguenza di tale abuso l'ordinamento reagisce rifiutando la tutela ai poteri, diritti ed interessi, esercitati in violazione delle concrete regole di esercizio, al fine di impedire che vengano conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione.

La sussistenza di un atto abusivo postula perciò il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo, costituito dall'*animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri ⁽⁸⁷⁾. I principi di correttezza e buona fede, invece, operano su un piano diverso, soprattutto se riferiti all'ambito dell'attività di impresa. La scorrettezza della condotta, infatti, è apprezzabile anche (e soprattutto) lì dove vi sia una concreta ed effettiva utilità per l'imprenditore, consentendo di lucrare guadagni in misura maggiore; per contro, assume rilievo indipendentemente dalla intenzionalità dell'agire in senso dannoso per il mercato o per i soggetti che lo compongono, sul lato della domanda o dei concorrenti.

⁸⁵ Sul concetto di abuso del diritto, si rinvia per tutti a C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, ove anche gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali

⁸⁶ Sul rapporto tra la nozione di abuso del diritto e canone della correttezza Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico del diritto privato*, Milano, 1961, p. 40 e 49; ID., *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957, p. 120 s.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 285 secondo cui il correttezza e buona fede, unitamente al divieto di atti emulativi, sono espressioni di un più ampio divieto di abuso del diritto, che costituisce principio dell'ordinamento. Sul punto v. anche G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 615 ss.

⁸⁷ Ma v. anche A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 72, che appunto puntualizza i ristretti confini della fattispecie dell'abuso del diritto, nonchè l'ampia giurisprudenza ivi richiamata in tema di impugnativa di deliberazioni assembleari per abuso del diritto nell'esercizio del voto nelle società di capitali.

Ciò è chiaramente puntualizzato nell'ambito delle disposizioni in tema di concorrenza sleale, ove la sussistenza di dolo o colpa, e dunque di un elemento soggettivo a fondamento della condotta dell'imprenditore, determina l'ulteriore obbligazione risarcitoria, che diversamente non grava sull'imprenditore scorretto (art. 2600 c.c.: «Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni»). In definitiva, ferma la rilevanza della scorrettezza e le sanzioni ad essa apprestate dall'ordinamento a tutela della concorrenza, se vi è dolo o colpa vi sarà anche l'obbligo risarcitorio per l'imprenditore scorretto.

La valutazione della correttezza, perciò, non coinvolge i profili soggettivi dell'agente, diversamente che per la fattispecie dell'abuso del diritto. A tal proposito la Suprema Corte ha significativamente affermato la complementarietà dei due concetti (sebbene in modo non sempre coerente, e talora contraddittorio), reputando che «i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti ... e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio»⁽⁸⁸⁾.

Dal limite della «utilità sociale», quale nucleo dell'agire corretto dell'impresa, si può desumere la regola di *correcte agere* da parte dell'imprenditore, ossia di un obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede in modo che l'attività economica svolta non sia orientata solo dal profitto individuale e dalla sua massimizzazione, realizzata ad ogni costo.

⁸⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

8. L'esigenza di correttezza dell'agire economico dell'impresa nel mercato globalizzato

La rilevanza dei principi di correttezza e buona fede, nell'ambito dell'esercizio dei traffici e delle attività commerciali, ha dunque avuto un andamento "parabolico" ⁽⁸⁹⁾: dapprima, nel diritto romano, funzionale a consentire il superamento del rigido formalismo delle *actiones* e permettere la tutela della "fiducia" o dell'"affidamento" riposto da ciascun contraente, sotto il profilo oggettivo, nella conclusione dell'affare; poi, nel diritto intermedio, corrispondentemente alla formazione del ceto mercantile, sono stati il cardine, nei rapporti tra mercanti, per il consolidamento di una tutela di classe di stampo corporativo, e nello stesso tempo, nei rapporti con i terzi, per la elaborazione di norme settoriali che tutelassero la stabilità dei traffici e degli scambi. La diffidenza prestata dai legislatori del XIX e XX secolo nell'ambito delle codificazioni, per le clausole generali, ritenute espressione di principi giusnaturalistici, come tali contrastanti con i principi liberistici che si andavano ad affermare e perseguire, oltre che per l'eccessiva latitudine della discrezionalità affidata ai giudici ed agli interpreti nella determinazione dei contenuti di tali "norme in bianco", aveva di fatto reso sostanzialmente formale il ricorso a tali clausole nell'ambito della regolamentazione dell'attività di impresa in generale, e dei rapporti giuridici in particolare, preferendo attingere a regole puntuali racchiuse nel testo codificato, piuttosto che attingere a regole estranee al tessuto normativo positivizzato. La correttezza e la buona fede erano stati spunto al più per la elaborazione di codici deontologici di stampo neocorporativo e di codici

⁸⁹ Così G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, cit., p. 155.

di autodisciplina di natura volontaria, e privi di effettiva cogenza giuridica.

Alle ragioni culturali che hanno assegnato alla buona fede il nuovo ruolo di veicolo per la valutazione etica dei processi produttivi e di commercio, legati soprattutto all'affermazione dei principi solidaristici da parte della Costituzione, si affianca in modo determinante la considerazione che il mercato al quale faceva riferimento il codice civile era caratterizzato da un lato da imprese agricole, dall'altro da imprese commerciali prevalentemente di piccole e medie dimensioni, in cui cioè il processo produttivo ed organizzativo faceva capo comunque ad una persona fisica, l'imprenditore individuale o agli organi amministrativi delle società. In definitiva, l'elemento personale risultava comunque presente sia nel momento organizzativo del processo produttivo, sia nella fase di proposizione sul mercato e nei rapporti con gli utenti.

L'evoluzione del mercato globalizzato, ed anche di quello domestico, risulta oggi caratterizzato da imprese che: *a)* hanno assunto la connotazione di organizzazioni molto complesse, anche in ragione delle regole poste dall'ordinamento per la *governance* ⁽⁹⁰⁾ e lo sviluppo di modelli di impresa caratterizzati da frammentazione soggettiva dei singoli settori operativi ed organizzazione di gruppo; *b)* sono dotate di strategie non facilmente modificabili; *c)* i cui processi decisionali interni sono il frutto della combinazione di diverse decisioni individuali, e talora estranei al soggetto imprenditore che li pone in essere (si pensi al fenomeno dei gruppi); *d)* le cui strategie sono predeterminate in luoghi fisicamente spesso molto lontani rispetto al luogo del mercato e dello scambio (ad es. le multinazionali), condizionate da molteplici interessi finanziari che ne

⁹⁰ Si veda ad esempio quanto prescritto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 recante la «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», nonché della complessa disciplina del fenomeno dei gruppi.

vincolano i comportamenti verso la massima valorizzazione del capitale investito (ad es. società quotate o che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ovvero partecipate da imprese bancarie e finanziarie); e) si devono confrontare con una concorrenza sempre più ampia, con la conseguente necessità di “sostanziazione” dei prodotti e dei servizi, sempre più complessi, per mantenere la competitività a fronte di un quadro di regole internazionali non omogenee ed equivalenti.

L’attività di impresa, dunque, presenta oggi elementi di rigidità e complessità molto maggiori di quelli che erano stati tenuti presenti dal legislatore del secolo scorso ⁽⁹¹⁾, sottolineandosi come gli elementi “procedimentali” dell’attività risultano oggi preminenti rispetto alla decisione individuale, all’agire personale o alla libera “iniziativa” della persona fisica che si colloca nell’ultima frazione di accesso al mercato. La libertà individuale dell’imprenditore, quindi, ha sostanzialmente perso ogni riferibilità al “soggetto” persona fisica, rendendo del tutto spersonalizzato il momento di contatto con l’utente-consumatore, e più in generale con il mercato.

I limiti etici che avrebbero potuto “frenare” o orientare l’operato dell’impresa che faccia capo ad una o più persone fisiche che assumono le decisioni, divengono così privi di possibile applicazione lì dove lo scambio è il mero momento finale di un “procedimento” predeterminato in astratto e che non ha un riferimento personalistico certo ed identificato. E conseguentemente, anche i profili di responsabilità vengono sempre più spersonalizzati, o condotti verso ambiti di verifica “formale” e “procedimentale”, in ragione della impossibilità di esigere da alcuno (imprenditore-società; organi sociali) una condotta che sia in relazione immediata e diretta con il singolo atto di impresa.

⁹¹ M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, a cura di L.A Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010, p. 553.

Se dunque non è possibile far fede su una dimensione etica del soggetto che agisce, è necessario ed urgente che siano predeterminati limiti “etici” a monte, operativi già nella fase di predeterminazione delle regole organizzative e procedurali dell’impresa, operanti cioè non solo sul piano finale del rapporto negoziale, ma sulla stessa struttura dell’impresa che genera poi le condotte singole e specifiche che investono i soggetti che operano sul mercato di riferimento dell’impresa stessa, siano essi le altre imprese, i consumatori, i professionisti, o anche il mercato stesso.

CAPITOLO II

OBBLIGHI DI CORRETTEZZA NEL CODICE CIVILE E NELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE

1. L'obbligo di correttezza nei rapporti tra imprenditori concorrenti

La rilevanza del principio di correttezza al di fuori dell'ambito negoziale è rinvenibile nel codice civile proprio per l'imprenditore, con riguardo ai rapporti con gli altri imprenditori operanti nel medesimo mercato. L'art. 2598 n. 3, c.c., infatti, pone all'imprenditore un dovere di condotta leale, nel senso di sanzionare non già singoli o specifici atti, bensì le modalità di esercizio dell'impresa valutate nel loro complesso, ove siano lesive del diritto di altri imprenditori concorrenti ad una corretta competizione concorrenziale. Al riguardo, la giurisprudenza ha più volte sottolineato come la valutazione di singole iniziative poste in essere dall'imprenditore per aumentare la propria clientela, evidentemente sottraendola ai concorrenti, costituisce il naturale scopo dell'iniziativa economica e si inquadra nel naturale funzionamento delle regole di mercato ⁽¹⁾. Ciò che si sanziona è la condotta dell'imprenditore nell'esternazione degli atti di organizzazione ovvero di proposizione sul

¹ Per tutte da ultimo Cass. 30 maggio 2007, n. 12681: «In tema di concorrenza sleale per sviamento di clientela, l'illiceità della condotta non dev'essere ricercata episodicamente, ma va desunta dalla qualificazione tendenziale dell'insieme della manovra posta in essere per danneggiare il concorrente, o per approfittare sistematicamente del suo avviamento sul mercato; pertanto, mentre è contraria alle norme di correttezza imprenditoriale l'acquisizione sistematica, da parte di un ex dipendente che abbia intrapreso un'autonoma attività imprenditoriale, di clienti del precedente datore di lavoro il cui avviamento costituisca, soprattutto nella fase iniziale, il terreno dell'attività elettiva della nuova impresa, più facilmente praticabile proprio in virtù delle conoscenze riservate precedentemente acquisite, deve ritenersi fisiologico il fatto che il nuovo imprenditore, nella sua opera di proposizione e promozione sul mercato della sua nuova attività, acquisisca o tenti di acquisire anche alcuni clienti già in rapporti con l'impresa alle cui dipendenze aveva prestato lavoro».

mercato dell'impresa, in quanto oggettivamente scorretti ovvero ispirati da un *animus nocendi* (2).

L'imposizione di un obbligo di condotta per l'imprenditore, riferito alla propria attività di impresa, nei rapporti con gli altri imprenditori trova fondamento normativo nella Convenzione d'Unione di Parigi del 20 marzo 1883 la quale, all'art. 10-*bis* (nel testo de L'Aja del 1925), disponeva che «costituisce atto di sleale concorrenza ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale». Si tratta di una clausola generale di condotta che certamente opera secondo lo schema della etero-integrazione degli ordinamenti di ciascuno dei paesi contraenti con regole di condotta tratte da quelli che la norma definisce come «usi onesti in materia industriale o commerciale» e che i giudici avrebbero dovuto desumere attingendo dalle valutazioni formatesi spontaneamente negli ambienti interessati (3).

Il recepimento nel sistema italiano di tale norma, con l'art. 2598 n. 3 c.c., abbandona il criterio del rinvio a dati storico-deontologici e, aggiungendo l'aggettivo "professionale" al parametro della correttezza, àncora la qualificazione della illiceità della condotta ad un referente tratto dallo stesso ordinamento, ed in particolare da un ordinamento – come quello corporativo – che si poneva come insieme di norme sostanziali imposte autoritativamente a disciplinare la vita economica nazionale secondo una visione finalizzata a scopi prettamente produttivistici.

Il venir meno dell'ordinamento corporativo ha comportato per la

² Vedi specificamente la giurisprudenza in tema di storno di dipendenti: Cass. 20 giugno 1996, n. 5718, secondo cui «Perché lo storno di dipendenti possa essere qualificato come atto di concorrenza sleale, è necessario accertare la sussistenza nell'agente dell'*animus nocendi*, desumibile dall'utilizzazione di modalità abnormi (per numero e/o qualità dei prestatori d'opera distolti e assunti), tali da superare i limiti di tollerabilità propri del reclutamento di personale dipendente, che, nella sua normale estrinsecazione, è del tutto lecito»; nello stesso senso Trib. Milano, 24.3.2006, in *Dir. ind.*, 2006, p. 359.

³ G. FLORIDIA, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in AA.VV., *Diritto industriale*, Torino, 2009, p. 333.

dottrina e la giurisprudenza l'onere di individuare per la clausola un nuovo contenuto e, per un quarto di secolo, correttezza professionale è stata ritenuta sostanzialmente coincidente con deontologia professionale. La formula abitualmente utilizzata era quella che ad un certo momento sembrò divenuta tralatizia, e definiva la correttezza professionale come «principio etico universalmente riconosciuto sì da divenire costume» (4). La formula era intesa nel senso di un insieme di regole di buon costume commerciale affermate all'interno delle categorie imprenditoriali. In sostanza, quindi, come insieme di regole deontologiche.

Il successivo sviluppo della ermeneutica di tale norma, superando la formula iniziale, aveva evidenziato come in realtà i giudici pur richiamando un preteso principio di deontologia professionale, finivano sempre per assegnare alla correttezza un contenuto dettato da buon senso o, magari, da efficienza economica (5).

La dottrina formulò due interpretazioni contrapposte per intendere la clausola di correttezza. Una prima (6), intendeva la correttezza professionale come "prassi professionale", reputando in tal modo di conferirle maggiore certezza rispetto a qualsiasi altro criterio e, segnatamente, rispetto a quello di impronta deontologica. Tale tesi, tuttavia, è rimasta isolata reputandosi che la stessa non conduca ad alcun risultato nei casi (molto frequenti) in cui manchi un uso e la prassi sia contrastante o conflittuale (7); maggior peso ha assunto, poi, anche il rilievo che essa si riveli inefficiente allorché ci si trovi di fronte a comportamenti imprenditoriali nuovi, e cioè proprio in quei casi in cui più rilevante appare essere la funzione di una clausola generale. Si è anche

⁴ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 210.

⁵ P. MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, I, p. 181; L. C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevo empirico*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, p. 105.

⁶ R. FRANCESCHELLI, *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1959, p. 355.

⁷ F. SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Padova, 1989, p. 40.

sottolineato come il criterio finirebbe per operare, in pratica, solo come una causa di giustificazione di certi comportamenti, in quanto generalmente praticati dagli appartenenti ad una certa categoria professionale e non come criterio di censura di certi altri comportamenti, non potendosi attribuire rilevanza ad un cosiddetto “uso negativo”⁽⁸⁾.

Una seconda interpretazione ⁽⁹⁾ intendeva la correttezza professionale come criterio di valutazione etica dei comportamenti degli imprenditori da parte della “coscienza sociale”. Ad una concretizzazione della clausola, sulla scorta di modi di sentire e di valutare desunti dall’interno delle categorie interessate, si opponeva così un criterio esterno di valutazione sociale della condotta imprenditoriale. La etero-integrazione della clausola è rimasta ferma nella successiva dottrina e giurisprudenza, ma sostituendo alla “coscienza sociale” una valutazione fondata sui principi generali dell’ordinamento in materia di funzionamento dei mercati ⁽¹⁰⁾.

L’interpretazione “normativa” dell’obbligo di correttezza che si impone all’imprenditore con riferimento alla gestione della propria impresa è stata determinata anche da ragioni interne al diritto della concorrenza. Si è osservato, infatti, che un ordinamento, il quale pone tra i suoi principi costituzionali quello per cui l’iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale e che detta una disciplina *antitrust*, non può certo delegare all’uso commerciale, ma neanche ad un’indefinita coscienza sociale, la determinazione dei confini tra lecito ed illecito nell’ambito del controllo pubblico sulle modalità di esercizio dell’attività d’impresa. Quelle indicazioni di principio, che pur possono essere trasfuse al di fuori dell’ambito settoriale della concorrenza e del rapporto tra imprese, implicano chiaramente che l’ordinamento non

⁸ L. MOSCO, *La concorrenza sleale*, Milano 1957, *passim*.

⁹ G. AULETTA, *Della concorrenza sleale*, in *Comm. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959 p. 355.

¹⁰ M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 514.

muove dall'idea che iniziativa economica privata, concorrenza e mercato siano fenomeni in grado di autoregolarsi e di produrre spontaneamente risultati socialmente utili. L'idea di fondo è, al contrario, che l'iniziativa economica privata deve essere corretta quando produce inevitabili distorsioni o aggressioni di sfere giuridiche altrui egualmente tutelate e protette e solo in tal modo può produrre effettivamente risultati socialmente utili.

Spetta, dunque, all'ordinamento nel suo insieme fissare i principi che possano correggere le deviazioni del gioco ed impedire che esso porti a risultati economicamente negativi.

E', questa, l'idea di fondo che, con specifico riferimento alla concorrenza sleale, ha condotto alla formulazione di una concezione della correttezza professionale in chiave "funzionalistica" ⁽¹¹⁾, collegata strettamente, sul piano sistematico, alla disciplina *antitrust* ⁽¹²⁾. Ed anzi, proprio l'adozione nel nostro sistema giuridico nazionale di norme specifiche di tutela del mercato, con la l. 10 ottobre 1990, n. 287, ha costituito certamente un elemento di significativa evoluzione della giurisprudenza nella considerazione dei rapporti tra imprese, fornendo una prospettiva interpretativa nuova anche alle disposizioni codicistiche della concorrenza sleale.

Invero, l'imposizione per l'imprenditore di un comportamento corretto sembrerebbe dover travalicare i limiti soggettivi della relazione con soggetti concorrenti ed anzi, proprio tale idea aveva suggerito, negli anni cinquanta, ad una dottrina minoritaria, di estendere la legittimazione all'azione per reprimere condotte scorrette dell'imprenditore anche a coloro che, seppure in via indiretta, venivano ad essere danneggiati dalle iniziative dello stesso imprenditore lesive delle regole di mercato: il

¹¹ F. SCIRÈ, *op. cit.*, p. 38.

¹² C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 62.

consumatore o l'utente finale.

Il tentativo di estendere il riferimento soggettivo dell'obbligo di condotta dell'imprenditore è, tuttavia, stato respinto dalla giurisprudenza, che ha evidenziato come i limiti applicativi della norma dovevano essere confinati nell'ambito delle sole relazioni tra imprenditori e per di più solo tra coloro che potessero vantare un rapporto concorrenziale diretto, anche se solo potenziale. Il diritto alla lealtà della concorrenza è stata configurato, infatti, non già come strumentale al sistema concorrenziale in sé ed al conseguimento degli obiettivi che, appunto, la competizione tra imprese sul mercato si propone, bensì come diritto soggettivo (dell'imprenditore) a conseguire la probabilità di un guadagno compatibile con la situazione di mercato mediante la gestione di un'azienda. Il bene giuridico tutelato è, in tale prospettiva, l'avviamento dell'azienda, inteso come clientela acquisita all'uso ed al consumo di un certo prodotto ⁽¹³⁾.

Va, tuttavia, segnalato come proprio per coerenza con l'identificazione del bene giuridico offeso dagli atti di concorrenza sleale, la stessa giurisprudenza ⁽¹⁴⁾ ha finito per riconoscere come «i principi della correttezza professionale» devono poter pure operare tra imprenditori non appartenenti alla stessa categoria professionale, allorché possa tra loro sorgere, in qualunque modo, un conflitto, ampliando l'area soggettiva di operatività della disciplina repressiva, e per converso il parametro di riferimento della condotta "corretta" dell'imprenditore.

L'evoluzione della prospettiva dei giudici nel riconoscimento della legittimazione ad agire per le azioni di concorrenza sleale, a fronte dell'immutato dato normativo codicistico, è il portato del mutamento del contesto economico in cui la tutela dell'imprenditore trova ragione, e

¹³ Cass. 30 gennaio 1990, n. 637.

¹⁴ Cass. 30 gennaio 1990, n. 637.

specificamente dell'emersione di una presa d'atto, anche a seguito della introduzione delle norme antitrust, della rilevanza del "mercato" come elemento che caratterizza l'esplicarsi dell'interesse di tutela dell'impresa e dell'imprenditore nei confronti degli altri imprenditori.

Significativamente, la stessa Suprema Corte, a Sezioni Unite ⁽¹⁵⁾, ha riconosciuto come «la tutela concorrenziale dettata dal codice civile si sia evoluta nella interpretazione della dottrina e dei giudici, facendo sì che si attenuasse fortemente l'originaria impronta deontologica e corporativa e si prendesse atto della nozione costituzionale del mercato come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale» ⁽¹⁶⁾; tuttavia, le stesse Sezioni Unite ha confermato che la tutela concorrenziale «conserva il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza. La sussistenza di siffatto rapporto tra le parti che controvertono innanzi al giudice è il presupposto della sua operatività e mantiene pertanto la dimensione essenzialmente interindividuale dei conflitti. La normativa che difende l'imprenditore dalla concorrenza sleale, dunque, ancorchè la si possa ritenere consapevole della dimensione necessariamente concorrenziale del mercato, provvede pur sempre alla riparazione dello squilibrio che ad uno specifico rapporto di concorrenza viene cagionato dalla scorrettezza di un concorrente.

In sostanza, non potendosi rinvenire una disposizione che assegni al giudice una altrettanto ampia potestà punitiva, la disposizione speciale non potrà trovare applicazione estensiva a vicende processuali diverse da quelle precipuamente individuate dall'art. 2598 c.c.; ciò nonostante, è possibile ricorrere a tali strumenti processuali allargandone l'area applicativa, in funzione di esigenze di tutela di interessi nuovi e

¹⁵ Cass. s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹⁶ Nello stesso senso v, anche Cass. 26 novembre 1997, n. 11859.

certamente meritevoli».

Per contro, e come di seguito più diffusamente esaminato, la giurisprudenza ha progressivamente allargato l'area soggettiva di legittimazione ad agire nei casi di violazione, da parte delle imprese, delle regole *antitrust*, di tutela del meccanismo concorrenziale, finendo per riconoscere la possibilità di iniziativa anche ai consumatori ed agli utenti finali: «La legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di nullità e di risarcimento del danno prevista dall'art. 33 l. 10 ottobre 1990 n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato - azione la cui cognizione è rimessa dallo stesso art. 33 alla competenza esclusiva della corte d'appello - spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorché egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione: e ciò tanto ove sia spiegata un'azione risarcitoria, quanto se sia promossa un'azione restitutoria ex art. 2033 c.c., poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene di aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonché l'impossibilità giuridica che essa produca effetti» (17).

In sostanza, da un lato l'agire leale dell'imprenditore è stato funzionalizzato all'interesse esclusivo dei concorrenti e degli altri imprenditori, che possono in qualsiasi modo ritenersi pregiudicati dalla condotta scorretta in ragione alla proposizione sul mercato dei propri prodotti o servizi; dall'altro si è aperta la breccia per una azione diretta degli utenti finali per i casi di condotte scorrette che incidano sul regolare funzionamento del mercato concorrenziale, ove cioè ricorra una delle

¹⁷ Cass. 13 luglio 2005, n. 14716.

ipotesi previste dalla legge *antitrust*.

2. Il divieto di abuso di posizione dominante

Una «speciale responsabilità» dell'impresa è affermata dalla disciplina *antitrust*, e dalla giurisprudenza di settore, con riferimento alle imprese che si trovino in posizione dominante sul mercato, al fine di sanzionare le condotte "abusive" di queste ultime, limitando così fortemente l'area di autonomia e libertà delle imprese stesse con riferimento alla generale attività di queste ultime nella fase di proposizione al mercato, e dunque sia nei rapporti con il mercato stesso, sia con i concorrenti, sia con i consumatori.

L'art. art. 82 tratt. CE, ed il corrispondente art. 3 l. 10 ottobre 1990 n. 287 per quanto riguarda la disciplina *antitrust* nazionale, reprimono quelle condotte poste in essere dagli imprenditori che, sfruttando il rilevante potere di mercato di cui dispongono, sono dirette a colpire i concorrenti al fine di ridimensionarne ulteriormente la capacità competitiva, con l'intento di monopolizzare il mercato, ovvero a stabilire prezzi o altre condizioni commerciali ingiustificatamente gravose e/o discriminatorie, con effetti pregiudizievoli per i consumatori. Proprio nella cultura *antitrust* europea, invero, è emersa l'idea che «il potere privato è una manifestazione degenerativa della libertà individuale, contro la quale occorre garantire le libertà degli altri»; idea affiancata dalla convinzione della «supremazia del potere pubblico, considerato idoneo a fronteggiare il potere privato, tollerandone l'esistenza e disciplinandone gli eccessi» ⁽¹⁸⁾.

L'impresa in posizione dominante viene così onerata di limitazioni alla

¹⁸ G. AMATO, *Antitrust and the bounds of the power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997.

autonomia di scelta delle condotte da tenere, volte al rispetto in primo luogo della struttura concorrenziale del mercato, e dunque non già del benessere di un particolare concorrente, come invece la disciplina di concorrenza sleale: l'equilibrio raggiungibile in un assetto di mercato concorrenziale e perseguito dal legislatore *antitrust* è quello maggiormente idoneo a conseguire tanto l'efficienza allocativa quanto quella produttiva, pervenendosi in ultima istanza alla massimizzazione del benessere del consumatore (19). Ed invero, nella concreta applicazione delle regole *antitrust* è frequente che emergano ulteriori istanze, come ad esempio l'esigenza di protezione dei concorrenti più deboli ovvero la volontà di intervenire in modo più diretto a tutela dell'interesse dei consumatori (20).

Tal che è ormai luogo comune nelle pronunce giurisprudenziali nazionali che l'illecito *antitrust* ha carattere "plurioffensivo", in quanto lede l'interesse generale all'incremento del benessere economico e anche diritti soggettivi di imprenditori e consumatori (21).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, seguita dalle Corti nazionali, ha così ritenuto che un'impresa che detenga una posizione dominante sul mercato non può porre in essere molti comportamenti che per un'impresa in posizione concorrenziale potrebbero ritenersi perfettamente leciti ed anzi rappresentano la normale prassi commerciale, quali i prezzi predatori, il rifiuto di contrarre, l'imposizione di clausole di esclusiva, la discriminazione tra clienti, l'applicazione di scontistiche

¹⁹ Cfr. Comunicazione sull'art. 82 della Commissione europea, secondo cui, «l'obiettivo dell'art. 82 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare una allocazione efficiente delle risorse». Per una analisi del ruolo e degli obiettivi delle politiche della concorrenza P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 15 ss.; V. MANGINI – G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2009, p. 3 ss.; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 13 ss.

²⁰ Le norme sanzionatorie dell'abuso di posizione dominante sono state talora utilizzate nel tentativo di proteggere i consumatori da prezzi considerati "iniqui": cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina, cit.*, p. 160 con i riferimenti bibliografici ulteriori.

²¹ V. Cass. s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207 e, da ultimo, App. Napoli, 21 novembre 2008, in *Pluris*.

differenziate, le pratiche leganti, e in genere molte pratiche “aggressive”; condotte, cioè che sono pur sempre espressioni di quella logica di antagonismo che caratterizza un mercato concorrenziale, nel senso che deve pur ritenersi fisiologico che in nome della massimizzazione del profitto ciascuna impresa mira ad eliminare i propri concorrenti attraverso prestazioni migliori (innovazione tecnologica, miglioramento della qualità, riduzione dei costi, riduzione dei prezzi, e più in generale maggiore efficienza).

La fattispecie è stata delimitata dalla giurisprudenza comunitaria da un lato identificando l’impresa in posizione dominante in quella che gode di «una situazione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori» (22). Dall’altro asserendo che «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»(23).

Nel campo *antitrust* la valutazione della correttezza della condotta dell’imprenditore che detenga quote significative di mercato è ancorata non già ad una indagine del profilo soggettivo, bensì ad una verifica

²² Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, C-85/79; Corte di giustizia, 14 febbraio 1978, *United Brands*, C- 27/76.

²³ Per tutte v. Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, C-85/79.

“oggettiva” del comportamento dell’imprenditore stesso ⁽²⁴⁾. Per l’accertamento della natura abusiva di una condotta si ricorre, infatti, alla verifica della razionalità economica della pratica e dei guadagni di efficienza che questa comporta. Quando tali condotte sono tese a migliorare in primo luogo l’efficienza dell’impresa, con risvolti positivi per i consumatori e la collettività in generale, esse vanno ritenute lecite. Ove per contro le condotte risultino prive di giustificazioni economiche razionali e principalmente finalizzate a danneggiare ed estromettere dal mercato i concorrenti, sono ritenute abusive. Il criterio valutativo è, dunque, l’idoneità delle condotte a migliorare le *performances* di un’impresa a beneficio dei consumatori. Ma a tal riguardo deve pure registrarsi una forte divergenza circa il test di valutazione più idoneo con il quale accertare la natura abusiva della condotta ⁽²⁵⁾

3. Obbligo di correttezza nei rapporti verticali tra imprese: l’abuso di dipendenza economica

Sempre con riferimento alla condotta dell’imprenditore nei confronti degli altri imprenditori, ma al di fuori di qualsiasi valutazione del rapporto concorrenziale o di mercato, va certamente ricordata la disciplina introdotta dalla l. 18 giugno 1998 n. 192 che, all’art. 9, ha sancito il divieto

²⁴ La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l’abuso rappresenta 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 indebolito 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»: Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche*, punto 91, cit.; Tribunale delle Comunità europee, 30 settembre 2003, *Michelin*, punto 54 ed ivi ulteriori richiami di giurisprudenza.

²⁵ Per una dettagliata analisi dei diversi test, nonché dei criteri adottati dalla Commissione europea con la recente Comunicazione sull’art. 82 v. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina, cit.*, p. 167 ss.

di abuso di dipendenza economica. In particolare «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera 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. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Appare evidente, cioè, che in tale fattispecie si impone all'imprenditore di operare, nei rapporti con l'impresa "subordinata economicamente" secondo canoni di correttezza di particolare rigore, ponendosi forti limiti al perseguimento dei propri interessi commerciali, quale che sia poi la giustificazione economica della condotta, allorchè tale condotta possa incidere sull'equilibrato contemperamento degli interessi e della posizione dell'impresa "subordinata" (26).

L'art. 11 , comma 2, l. 5 marzo 2001, n. 57 ha successivamente novellato tale disposizione, aggiungendo un ulteriore comma 3-bis, ed affermando che «Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può,

²⁶ Sull'abuso di dipendenza economica v. P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 833 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rass. dir. ind.*, 1999, p., 8 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 8 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389 ss.; AA.VV., *Legge 18 giugno 1998 n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 365.

qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso»⁽²⁷⁾.

L'integrazione della disposizione normativa costituisce l'esito cui il legislatore è pervenuto a seguito dell'originario tentativo, poi fallito, di collocare la fattispecie sull'abuso di dipendenza economica nell'ambito della legge *antitrust* e di attribuire la relativa competenza all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In particolare, già durante i lavori che avevano condotto all'emanazione della l. 192/1998, si era prospettata la collocazione di tale fattispecie all'interno della l. 287/90⁽²⁸⁾, ma l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva espresso parere contrario a tale modifica della legge *antitrust* rilevando essenzialmente come la disciplina dell'abuso di dipendenza economica inerisse a finalità di tutela che possono prescindere dal meccanismo concorrenziale, e sostenendo, altresì, l'idoneità della disciplina in materia di abusi di posizione dominante, di cui all'art. 3 della stessa legge *antitrust*, a fungere da presidio di salvaguardia anche per le imprese più deboli, oltre che per l'intero processo concorrenziale⁽²⁹⁾.

L'abuso di dipendenza economica è stato, quindi, disciplinato nell'ambito della l. 192/98 in materia di subfornitura industriale, affidando

²⁷ Sulla novella dell'art. 9 v. R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 117 ss.; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, p. 286 ss.; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 110 ss.; F. Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 671 ss.

²⁸ L'art. 9, comma 1, del testo unificato delle proposte di legge n. 637 e 644, approvato al Senato il 2 aprile 1997, prevedeva la modifica della legge n. 287/90 e l'inserimento di un art. 3-bis, relativo all'abuso di dipendenza economica.

²⁹ AGCM, Parere 11 febbraio 1998, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Boll.* n. 5/98

così al giudice ordinario la possibilità di sindacare la condotta di un'impresa nei confronti di altra impresa, al di là dei ristretti limiti previsti dalla disciplina della concorrenza sleale ed in funzione protettiva non già del rapporto concorrenziale, ma degli interessi propri dell'impresa "dipendente", considerata quale soggetto debole da tutelare nel rapporto con altri imprenditori dotati di maggiore potenza economica.

La novella del 2001 ha ora introdotto modifiche sostanziali a tale disciplina ispirate in parte dai modelli normativi tedesco e francese ⁽³⁰⁾, attraverso le quali il legislatore ha tentato di conferire una dimensione di maggiore effettività alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica, introducendo una tutela pubblicistica rimessa all'Autorità e prevedendo la possibilità di ottenere davanti al giudice ordinario tanto una tutela inibitoria, quanto una tutela risarcitoria.

La modifica dell'art. 9 recata dalla legge del 2001, sebbene migliorativa dei meccanismi applicativi della legge, ha lasciato tuttavia, irrisolte alcune questioni interpretative già sorte all'indomani dell'adozione della normativa del 1998. Innanzi tutto, fermo restando che la norma disciplina solo i rapporti tra imprese, è controversa l'applicabilità anche a rapporti diversi da quelli di subfornitura, così come definiti dall'art. 1 l. 192/98: se cioè la condotta abusiva debba inerire, per essere sanzionata, solo alle fattispecie contrattuali ivi tipizzate, ovvero alla generalità delle condotte anche non strettamente contrattuali, che interessino l'attività d'impresa del soggetto che si trovi in situazione di dipendenza economica. Il dubbio nasce dalla circostanza che l'art. 9 citato, pur essendo collocato all'interno della disciplina in tema di subfornitura, ha un tenore tale da consentire un'interpretazione espansiva, vietando *tout court* «l'abuso da parte di una

³⁰ Nell'ordinamento francese l'abuso di dipendenza economica è previsto nell'ambito del titolo III (*Des pratiques anticoncurrentielles*), all'art. 8-2 della *Ordonnance di 1er décembre 1986, n. 1243*, ora ricondotto, sostanzialmente invariato, nel *Nouveau Code de Commerce*. Anche nell'ordinamento tedesco l'abuso di dipendenza economica è previsto nell'ambito della disciplina antitrust (artt. 20, comma 2, *Kartellgesetz* del 24 settembre 1980).

o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice»; ciò peraltro anche in linea con lo spirito del legislatore, che appunto aveva intenzione di prevedere una fattispecie di abuso del tutto svincolata dalla specifica area del contratto di subfornitura.

Il tema è stato oggetto di discussione anche in giurisprudenza con un orientamento più restrittivo ⁽³¹⁾ contrapposto ad altro che ricomprende nell'applicazione della norma tutti i rapporti di collaborazione commerciale che si instaurano tra imprese, nella fase distributiva o di produzione ⁽³²⁾. Tale ultima posizione, che risulta prevalente, è confortata anche dalla considerazione che negli altri ordinamenti la figura della dipendenza economica non è circoscritta ai soli rapporti di subfornitura.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto la fattispecie non estendibile ad ogni ipotesi di dipendenza economica tra imprese, rifiutando di addivenire ad una considerazione della fattispecie normativa quale situazione generale di mercato al pari di quanto, invece, ritenuto in tema di abuso di posizione dominante. Più in particolare, si è reputata pertinente al divieto la condotta intesa a determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi nei rapporti commerciali tra l'una e l'altra impresa, ma con riferimento a particolari rapporti, segnatamente di carattere contrattuale.

La tendenza attuale della giurisprudenza sembrerebbe quella di collocare la dipendenza economica in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo

³¹ Ritengono applicabile il divieto ai soli rapporti di subfornitura Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208; Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 262; Trib. Roma, 29 luglio 2004, in *Annali it. dir. autore*, 2005, 533.

³² Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2326; Trib. Torre Annunziata-C. Stabia, 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2008, 341; Trib. Trieste, 20 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1737; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2149; Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262; Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1604; Trib. Taranto, 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440; Trib. Roma, ord. 5 novembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440;

economico, dando luogo ad un'integrazione strutturale verticale delle rispettive attività ⁽³³⁾. Ne deriva, per esempio, che i contratti come quelli bancari, non riconducibili a dinamiche di integrazione verticale, rimangono estranei all'ambito di applicazione dell'art. 9 citato.

Una parte della dottrina ravvisa, poi, l'opportunità di applicare il divieto di abuso di dipendenza economica anche ai contratti di *franchising*, atteso che anche nell'ambito di tale figura contrattuale può crearsi uno squilibrio tra le parti contraenti che dia luogo ad ingiusti vantaggi da parte dell'impresa dotata del maggior potere contrattuale ⁽³⁴⁾.

L'art. 9 prevede, inoltre, che la dipendenza economica debba essere valutata tenendo conto «anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Anche su tale punto si riscontrano opposte interpretazioni, affermandosi da un lato che l'unica condizione di rilevanza dell'abuso sarebbe la mancanza di alternative soddisfacenti per la parte che le subisce ⁽³⁵⁾; dall'altro, che l'uso dell'avverbio "anche" espliciterebbe la necessità di verificare sia la mancanza di alternative soddisfacenti, sia la possibilità di un'impresa di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi nei rapporti commerciali con un'altra impresa ⁽³⁶⁾. L'onere della prova graverebbe, quindi, sull'impresa concessionaria, la quale dovrà dimostrare che l'impresa "forte" abbia contribuito a creare la situazione di dipendenza, per esempio, attraverso l'acquisizione di potere di mercato o attraverso la stipula di contratti precedenti ⁽³⁷⁾.

³³ Trib. Roma, 5 febbraio 2008, cit.

³⁴ Vedi per tutti C. BERTI, B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 173 ss

³⁵ R. NATOLI, *L'abuso*, cit., p. 119.

³⁶ C. OSTI, *Nuovi obblighi*, cit., p. 286; P. FABBIO, *L'abuso*, cit., p. 110; F. MARZIO, *La nullità*, cit., p. 671.

³⁷ Trib. Roma, 23 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2674.

4. Doveri di protezione e correttezza nei rapporti di lavoro

La strada dell'estensione dei doveri di correttezza e buona fede dal piano strettamente contrattuale a quello organizzativo dell'attività di impresa è stata da tempo intrapresa dalla giurisprudenza per la decisione delle controversie di lavoro e già da molti anni la legittimità della condotta del datore di lavoro e le sue scelte discrezionali sono valutate anche alla stregua di tali canoni valutativi. In via generale, è stato precipuamente ritenuto che «il datore di lavoro può legittimamente organizzare l'attività dei collaboratori per il conseguimento delle finalità proprie dell'attività imprenditoriale esercitata, salva l'osservanza dei limiti specifici di origine legale e negoziale e di quelli generali della buona fede e correttezza» ⁽³⁸⁾.

Il limite all'autonomia dell'imprenditore, per quanto concerne l'organizzazione della propria attività aziendale per i profili che coinvolgono i prestatori di lavoro, ha trovato, poi, ulteriori specificazioni.

Vanno qui ricordate, tra le più significative, le decisioni in ordine alle decisioni relative alla instaurazione del rapporto di lavoro attraverso la predisposizione dei meccanismi procedimentali prestabiliti, o il passaggio, a seguito di promozione, a mansioni superiori, ove, con riguardo alla domanda dell'aspirante all'assunzione come dipendente ed alla previsione di meccanismi interni dell'imprenditore (privato) per la selezione, ha riconosciuto il pieno diritto soggettivo dell'aspirante (la cui posizione di diritto non degrada ad interesse legittimo) il quale «ben può invocare il controllo del giudice ordinario sulla regolarità delle procedure seguite, in relazione sia al rispetto delle norme dei regolamenti aziendali e della contrattazione collettiva che all'osservanza dei principi generali di

³⁸ Pret. Parma, 11 maggio 1990, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2915.

correttezza e buona fede». (39). In particolare, la stessa Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (40) hanno espressamente richiamato il canone della buona fede per esplicitare un obbligo di parità di trattamento quando si tratta di assunzione di lavoratori mediante pubblico concorso (anche se da parte di imprenditori privati) o di procedimenti interni di selezione per la promozione a mansioni superiori, oppure di licenziamenti collettivi per riduzione di personale, ossia in tutti i casi in cui la decisione del datore di lavoro presuppone una comparazione, secondo criteri di scelta oggettivi e razionali, tra i lavoratori interessati

Parimenti, con riferimento all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei dipendenti (41) o alla scelta dei lavoratori da trasferire (42) o alla redazione di note di qualifica, per le quali è stata ritenuta la piena sindacabilità dell'operato del datore di lavoro da parte del giudice, anche alla luce «soprattutto del rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede» (43). Analogamente si è ritenuto per la scelta dei lavoratori da collocare in Cassa integrazione guadagni (44) e per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale, per cui «in materia di licenziamenti collettivi, ai fini della corretta applicazione del criterio delle esigenze tecnico-produttive dell'azienda, previsto dall'art. 5 l. n. 223 del 1991 per l'individuazione dei lavoratori da licenziare, la comparazione delle diverse posizioni dei lavoratori deve essere effettuata nel rispetto del principio di buona fede e correttezza, inteso come *regola di equilibrata conciliazione dei conflittuali interessi delle parti*».

La giurisprudenza lavoristica, nel dare spazio allo scrutinio di

³⁹ Cass. s.u., 25 gennaio 1993 n. 10604; Cass. s.u. 17 maggio 1996, n. 4570.

⁴⁰ Corte Cost. 13 luglio 1994, n. 288; Cass. S.U. 17 maggio 1996, n. 4571

⁴¹ Cass. 22 settembre 2006, n. 20601

⁴² Cass. 9 giugno 1993, n. 6408.

⁴³ Cass. 24 marzo 2003, n. 4276; Cass. 20 giugno 1993, n. 9898.

⁴⁴ Cass. s.u. 13 ottobre 1993, n. 10112.

conformità al principio di correttezza e buona fede delle regole organizzative e delle scelte aziendali del datore di lavoro, ha dato contenuto concreto alla regola di comportamento in forza degli indiscussi valori di tutela del lavoratore contro gli atti discriminatori, ovvero in ragione delle prescrizioni organizzative imposte dall'art. 2087 c.c. finalizzate alla tutela delle condizioni di lavoro, e significativamente della «integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». L'art. 2087 c.c., dunque, quale norma cd. in bianco e di chiusura ⁽⁴⁵⁾ tesa a garantire il rispetto dei valori preminenti della persona umana, riferite ad una categoria specifica di soggetti interessati dall'attività di impresa, assorbe e si sovrappone al precetto di condotta secondo buona fede, con riguardo alla organizzazione aziendale del lavoro ed ai rapporti tra attività di impresa e prestatori di lavoro, onerando l'imprenditore di responsabilità per azioni ed omissioni che, sebbene non rientranti in specifici obblighi di legge, si impongono nell'ambito di relazioni improntate a correttezza ed esigenze protettive ⁽⁴⁶⁾.

5. La correttezza come regola dell'agire nell'attività bancaria e finanziaria. Il credito responsabile e l'obbligo di adeguatezza degli investimenti

L'attenzione del legislatore al legame tra modello organizzativo imprenditoriale e perseguimento di finalità di tutela degli utenti del mercato, in chiave di "cooperazione" dell'agere dell'imprenditore nel raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal cliente, è emersa in modo significativo nel campo bancario e finanziario. Ciò da un lato per la avvertita necessità di «incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue

⁴⁵ Cass. 5 aprile 1993, n. 4085.

⁴⁶ Cass. 22 marzo 2002, n. 4129; Cass. s.u. 16 luglio 1999, n. 432; Cass. 26 gennaio 1993, n. 937; PONTRANDOLFI, *La responsabilità civile del datore di lavoro nell'assicurazione infortuni*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, III, p. 31.

forme» come priorità dell'azione dello Stato declinata dalla stessa Carta costituzionale (art. 47 cost.); dall'altro per la acquisita consapevolezza della complessità del settore e della sostanziale incapacità del "risparmiatore" di avere piena cognizione delle proprie scelte, per la impossibilità di comparare le competenze tecniche ed informative dell'imprenditore con quelle del consumatore-utente dei servizi bancari e finanziari.

La iniziale opzione del legislatore per apprestare una tutela del risparmiatore-cliente è stata quella di intervenire sul versante della «trasparenza», ponendo obblighi all'intermediario (bancario e finanziario) di «trasparenza informativa» nei confronti delle autorità di vigilanza, e, in aggiunta, nel rapporto tra la banca e l'intermediario finanziario e la propria clientela, con obblighi informativi precontrattuali sul contenuto del contratto e sui profili maggiormente rilevanti dello stesso (l. 17 febbraio 1992, n. 154, poi seguita dagli artt. 116 ss. t.u.b. per il settore bancario; l. 2 gennaio 1991, n. 1, poi seguita dal d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e successivamente dagli artt. 21 ss. t.u.f. per il settore finanziario)⁽⁴⁷⁾.

Pervero, alla opzione di tutela del cliente mediante l'imposizione di obblighi di trasparenza verso la clientela, inizialmente prevista dalla l. n. 1/91 (l. n. 154/92 per le banche e l. n. 1/91 per le s.i.m.), già si affiancava un obbligo di conoscenza da parte dell'intermediario delle caratteristiche del cliente: va infatti ricordato che la Banca d'Italia (inizialmente per le sole banche, poi per tutti gli intermediari finanziari), aveva dettato, nell'ambito del cd. Decalogo ⁽⁴⁸⁾ l'obbligo di acquisizione, da parte dell'intermediario di una serie di informazioni sulle caratteristiche soggettive del potenziale cliente al fine di valutarne la coerenza con la tipologia dell'operazione

⁴⁷ Per un'ampia trattazione dell'evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria e del contenuto della stessa si rinvia per tutti a G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2005.

⁴⁸ Si tratta delle Istruzioni operative per la segnalazione delle operazioni sospette della Banca d'Italia del 1993.

richiesta. Tale obbligo era finalizzato, nelle intenzioni dell'Autorità di vigilanza, a garantire la effettività della concorrenza nel mercato bancario, evitando che vi fossero intermediari bancari o finanziari che procedessero ad operazioni sospette di riciclaggio, e quindi che vi fosse un disallineamento di operatività, e di conseguente disequilibrio nelle capacità concorrenziali dei singoli operatori del mercato, tra chi agiva correttamente e rifiutava operazioni di reimpiego del denaro proveniente da fatti illeciti e chi, invece, acquisiva clientela, e posizioni di mercato, raccogliendo o impiegando capitali sospetti.

Venivano perciò imposte all'imprenditore (bancario e finanziario) regole di condotta, secondo correttezza, che operavano su un piano diverso rispetto al singolo rapporto contrattuale con il cliente, che incidevano non già nel comportamento verso il singolo cliente, ma sui profili organizzativi dell'impresa.

Nell'ambito delle attività di erogazione di servizi di investimento in valori mobiliari (poi strumenti finanziari, quindi prodotti finanziari), con il d.lgs. n. 415/1996 (cd. eurosim) poi trasfuso nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria – t.u.f.), agli obblighi informativi “verso” la clientela si è aggiunta, a carico dell'intermediario, un obbligo informativo “sul” cliente (*know your customer*) ben più ampio di quello originariamente imposto dalla Banca d'Italia con il cd. Decalogo, e soprattutto funzionale alla tutela degli interessi specifici della clientela: l'art. 21 t.u.f., infatti, sin dal momento del primo contatto con il cliente, onera l'intermediario a «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati».

La regola generale di correttezza si concretizza, dunque, nella imposizione di un vero e proprio *obbligo di protezione*, gravante sull'intermediario verso il cliente, che sorge sin dal primo contatto tra le

parti ed indipendentemente dalla avvenuta stipulazione del contratto di investimento, sebbene in funzione della aspettativa di entrambe le parti di pervenire alla conclusione di tale contratto.

L'intermediario finanziario, quindi, deve procedere alla acquisizione di tutte le informazioni utili per stabilire il «profilo di ciascun cliente, determinato sulla base della sua esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, della sua situazione finanziaria, dei suoi obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio», in modo tale da consentire al cliente-risparmiatore di poter investire il proprio denaro conformemente alle proprie aspettative, necessità e possibilità economiche.

Diversamente da quanto ritenuto da parte della dottrina ⁽⁴⁹⁾, l'obbligo informativo "dal cliente" gravante sull'intermediario circa le caratteristiche soggettive del cliente non è finalizzato a consentire la valutazione della adeguatezza dell'informazione "verso il cliente", cioè delle informazioni sui singoli prodotti finanziari richiesti o proposti come oggetto del contratto di investimento; l'adeguatezza deve essere riferita al prodotto, assumendo l'onere informativo dal cliente una chiara natura "protettiva" per quest'ultimo: l'intermediario, che dispone di conoscenze e competenze tecniche incomparabilmente superiori a quelle del cliente per la valutazione dei singoli prodotti finanziari e di ciò che è più confacente agli interessi di investimento di quest'ultimo, dovrà operare affinché questi possa impiegare il proprio denaro in modo coerente con le proprie capacità patrimoniali e reddituali e con la propensione al rischio programmata. Ed infatti, la Consob, già con la Comunicazione n. di/30396 del 21 aprile 2000 ⁽⁵⁰⁾) ha previsto che l'obbligo dell'intermediario di

⁴⁹ G. FALCONE, *op. cit.*, p. 648.

⁵⁰ Ora v. anche art. 39 Delibera Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008 e n. 17581 del 3 dicembre 2010 (Regolamento intermediari).

operare nell'interesse del cliente, e quindi di valutare l'adeguatezza della operazione di investimento rispetto alle caratteristiche soggettive del cliente, non viene meno neppure di fronte al (legittimo) rifiuto del cliente stesso di fornire le informazioni richieste dell'intermediario. La stessa giurisprudenza ha confermato che «Il rifiuto del cliente di fornire informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, sugli obiettivi di investimento e sulla sua propensione al rischio non vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di informazione e dalla verifica del profilo di adeguatezza del prodotto finanziario oggetto di negoziazione; in tal caso la valutazione sull'adeguatezza dell'operazione richiesta dal cliente dovrà essere effettuata, in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza (ex art. 1175 e 1176, 2° comma, c.c., artt. 21 d.lgs. n. 58 del 1998, 29 e 29 reg. Consob. n. 11522 del 1998) tenendo conto di tutte le informazioni in possesso dell'intermediario»⁽⁵¹⁾.

L'intermediario finanziario, nella propria condotta commerciale, risulta così fortemente limitato dalla necessità di assicurare che il prodotto proposto e collocato sia conforme a quanto il cliente intende acquistare; limitazione che appare ancor più rilevante se si considera il fatto che la selezione del prodotto è affidata allo stesso intermediario, che pertanto dovrà comportarsi anche "nell'interesse del cliente", accantonando la propensione alla massimizzazione del profitto o la propria ampia libertà di perseguimento esclusivo dei propri interessi.

Lo stesso art. 21 t.u.f., inoltre, impone all'intermediario di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati» (lett. b), nonchè di «organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in

⁵¹ Trib. Ferrara, 10 novembre 2006, in *Mondo bancario*, 2007, p. 47; Trib. Catania, 19 giugno 2008, in *Società*, 2009, 997, con nota di F. SAVASTA, *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, ove anche gli altri precedenti giurisprudenziali e le indicazioni bibliografiche.

situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento» (lett. c), infine di «disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi» (lett. d) e «svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati»⁽⁵²⁾.

Più recentemente, anche nell'ambito dei servizi bancari è stata enfatizzata la complementarietà tra obblighi di trasparenza e organizzazione della banca: le Istruzioni di vigilanza dettate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009 in tema di «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» hanno rimarcato la necessità di graduare le informazioni fornite alla clientela in ragione del servizio offerto e delle caratteristiche della clientela cui esso è rivolto: si inseriscono in questa prospettiva, ad esempio, la semplificazione dei documenti destinati al pubblico, l'imposizione di obblighi di maggiore immediatezza delle informazioni rese e l'approntamento della disciplina di un «conto corrente semplice», a soddisfazione delle esigenze di base dei consumatori⁽⁵³⁾.

Significativa rilevanza nella prospettiva di una gestione dell'impresa informata a canoni di correttezza e buona fede, e dunque orientata al rispetto del consumatore ed alla tutela, affidata appunto anche all'iniziativa dell'imprenditore, di particolari interessi dell'utente, è la recente disciplina dettata dalla nuova direttiva sul credito ai consumatori (direttiva 23 aprile 2008 n. 2008/48/CE), ora recepita con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, la quale, per prevenire il fenomeno del sovraindebitamento

⁵² Per un'ampia analisi della disciplina relativa allo svolgimento dei servizi di investimento v. L. GAFFURI, *i servizi e le attività di investimento*, Milano, 2010.

⁵³ Per un commento alle nuove disposizioni, CARRIERE, BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, p. 612 ss.

dei consumatori, ha introdotto il principio del «prestito responsabile»⁽⁵⁴⁾.

L'art. 124-bis t.u.b. (novellato dal d.lgs. n. 141/10) ha infatti recepito quanto originariamente previsto dall'art. 8 della Direttiva, riguardo al «prestito responsabile», prescrivendo che «prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente». Va peraltro segnalato come nella proposta di Direttiva, la precedente versione della disposizione comunitaria affermava, in modo decisamente più incisivo, che «quando il creditore conclude un contratto di credito o di fideiussione oppure aumenta l'importo totale del credito o la somma garantita, si ritiene che questi abbia stimato preventivamente, con ogni mezzo a sua disposizione, che il consumatore e, se del caso, il fideiussore, saranno in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto»⁽⁵⁵⁾.

La nuova previsione legale di valutazione del merito creditizio, anche alla luce della genesi comunitaria della corrispondente disposizione recepita pedissequamente dal legislatore nazionale, introduce un vero e proprio obbligo di protezione del cliente, a carico della banca nella erogazione del credito, non sovrapponibile con l'obbligo di valutazione del merito creditizio e della capacità di rimborso previsto dalle norme

⁵⁴ Sulla direttiva v. L. VIGNUDELLI, *La Direttiva Comunitaria in materia di credito ai consumatori*, in F. Vella (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, Torino, 2009, p. 241 ss.; G. CARRIERO, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Contratti*, 2009, p. 1146 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, p. 1151 ss.; sulla specifica previsione del «prestito responsabile» G. FALCONE, *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 642 ss. Per una prospettiva generale sulla disciplina del sovraindebitamento dei consumatori v. D. SPAGNUOLO, *L'insolvenza del consumatore*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 668 ss.

⁵⁵ Sul punto G. CARRIERO, *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, in *Contratti*, 2010, p. 50; E. GRANATA, *La proposta di direttiva sul credito al consumo: il punto di vista delle banche europee*, in *Bancaria*, 2003, p. 46.

prudenziali di organizzazione della banca e volto a garantire la stabilità del soggetto finanziatore, e soltanto mediatamente ed indirettamente quella del soggetto finanziato.

Il principio del “prestito responsabile” non intende infatti, garantire la stabilità patrimoniale della banca, bensì assicurare che questa non “induca” o “assecondi” il cliente nella assunzione di obbligazioni che, poi, non sarà in grado di adempiere, con pregiudizio non solo dei profili economico-patrimoniali per il debitore, ma per la stessa possibilità di destinare il proprio reddito alla soddisfazione dei bisogni di vita primari⁽⁵⁶⁾.

Ciò sembra emergere con sufficiente chiarezza dal *considerando* 26 della Direttiva: «in un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse». In sostanza, il “prestito responsabile” non si esaurisce in un onere informativo della banca - per acquisire *dal cliente* informazioni adeguate per la valutazione del merito creditizio, e per fornire *al cliente* informazioni adeguate al consumatore in ordine alle conseguenze del suo indebitamento – ma assurge ad elemento

⁵⁶ Di diverso avviso G. FALCONE, *op. cit.*, p. 644, secondo il quale «non sembra che le disposizioni appena richiamate introducano, quanto al contenuto del comportamento richiesto alla banca finanziatrice – almeno rispetto a quanto già consolidato nel diritto domestico – un *quid pluris*, rispetto al canone professionale della responsabilità della banca, intesa come «*bonus argentarius*» ex art. 1176, comma 2, cod. civ., poichè il rispetto delle regole inerenti la valutazione del merito creditizio, sulla base delle informazioni fornite dal richiedente nonchè sulla base delle informazioni assunte dalle fonti informative a disposizione della banca, rientra già senz'altro nello statuto dell'attività bancaria»; per cui, secondo l'Autore, se la banca ha assolto l'onere informativo (acquisire informazioni adeguate per la valutazione del merito creditizio, e aver fornito adeguate informazioni al consumatore in ordine alle conseguenze del suo indebitamento), «non potrà dolersi il consumatore dell'indebitamento conseguito attraverso l'erogazione del credito».

di responsabilità per la banca stessa lì dove la sua condotta, nella erogazione del credito, non sia stata ispirata a correttezza e buona fede, e cioè non abbia tenuto cura dell'interesse del cliente ad assumere obbligazioni entro i limiti della capacità di rimborso corrispondenti alla propria situazione patrimoniale, finanziaria e reddituale. I meccanismi concorrenziali del mercato, e la «forma capitalistica» dell'impresa, infatti, dovrebbero orientare la banca ad agire per il conseguimento del massimo profitto, e dunque per concludere il maggior numero di contratti possibili, erogando prestiti per conseguire una espansione del volume di affari e delle marginalità utili alla propria attività, al pari di qualsiasi altro imprenditore. Le conseguenze che tale condotta può avere nella sfera personale, oltre che patrimoniale, dei clienti, esposti così ad un sovraindebitamento che ne può compromettere le capacità di spesa anche per quella porzione inerente i bisogni primari, giustifica l'imposizione, a livello di normazione primaria, di obblighi di condotta a carico della banca, comprimendone le politiche commerciali.

Lo stesso *considerando* 26 della Direttiva stabilisce che «gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento». E ancora: «i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori. A tal fine dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga data. Le autorità degli Stati membri potrebbero inoltre fornire istruzioni e orientamenti appropriati ai creditori e i consumatori, dal canto loro,

dovrebbero agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali».

Anche le Istruzioni di Vigilanza emanate dalla Banca d'Italia in materia di trasparenza del 29 luglio 2009 hanno stabilito che gli intermediari debbono adottare delle procedure interne volte, tra l'altro, a far sì che il cliente «non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie», chiaramente affidando all'imprenditore bancario e finanziario un obbligo di correttezza nell'espletamento della propria attività, che colora non già l'aspetto strettamente negoziale del rapporto con il cliente, ma più a monte la stessa organizzazione della struttura aziendale e la fissazione degli obiettivi "commerciali".

Sulla stessa linea si colloca anche il provvedimento della Banca d'Italia del 10 novembre 2009, contenente «cautele e indirizzi per gli operatori» in materia di cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate, dove viene fissato il principio per cui gli intermediari devono adottare «accorgimenti atti ad evitare che il cliente sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie». Così pure il provvedimento della stessa Autorità di vigilanza del 20 aprile 2010, contenente «cautele e indirizzi per gli operatori» in materia di credito *revolving* concesso con carte di credito, dove – pur se con riferimento al caso specifico di collocamento di polizze assicurative offerte nell'ambito di contratti di finanziamento – si torna a ribadire il principio che le procedure interne adottate dagli intermediari devono, tra l'altro, assicurare che le caratteristiche del prodotto offerto «siano adeguate e non sproporzionate alle reali esigenze del cliente».

Ora, è pur vero che l'affermazione del concetto di adeguatezza, all'interno della disciplina della trasparenza, viene accompagnata dalla precisazione per cui «la previsione non richiede agli intermediari di

assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata», ma soltanto di «adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti». Ma è altresì vero che la prescrizione in materia di procedure interne è rivolta ai rapporti con i «clienti» in generale, e non, in particolare, al «consumatore», per cui non si configura come onere aggiuntivo per taluni rapporti, ma come regola generale di organizzazione per l'impresa bancaria e finanziaria.

A tal riguardo la dottrina ⁽⁵⁷⁾ ha sottolineato come i principi di condotta “responsabile” nella erogazione dei prestiti da parte della banca possa ricondursi entro il perimetro degli obblighi di «adeguatezza» che l'ordinamento impone alla organizzazione di tutte le società di capitali, come specifico obbligo degli amministratori (*suitability*). In questa prospettiva la valutazione del merito creditizio sembra destinata ad essere esaminata, in sede di giudizio a posteriori, alla luce del principio di *accountability*, inteso come «dovere di spiegare cosa si è fatto per adempiere ad una responsabilità nei riguardi di qualcuno» ⁽⁵⁸⁾. Al concetto di adeguatezza, del resto, si riporta anche la direttiva, laddove, nel contesto del *considerando* 27, si afferma che «nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora avere bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria», ponendosi così un ulteriore obbligo di “consulenza” a carico dell'imprenditore ⁽⁵⁹⁾.

E' evidente che, configurata la valutazione del merito creditizio quale

⁵⁷ L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 402.

⁵⁸ Così G. RUSCONI, voce *Accountability*, in L. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Dizionario di economia civile*, Roma, 2009, p. 17.

⁵⁹ L. VIGNUDELLI, *Credito al consumo*, cit., p. 245.

obbligo di protezione del cliente, la concessione del prestito «non responsabile», oltre che essere ovviamente sanzionabile amministrativamente dal punto di vista dei controlli di vigilanza, può essere fatta valere dallo stesso cliente, non sotto il profilo della validità del contratto di credito, ma sotto il profilo di una responsabilità di natura contrattuale ovvero di natura extracontrattuale, per la riconduzione della fattispecie alla clausola generale del danno ingiusto. In questo senso, nel commentare il testo della proposta di direttiva, qualche interprete aveva ipotizzato la possibilità che la violazione di un principio di responsabilità importasse una responsabilità risarcitoria da poter opporre in compensazione con la domanda di restituzione del capitale ⁽⁶⁰⁾. A conclusioni non dissimili paiono pervenire gli interpreti che considerano l'obbligo di assistenza come una responsabilizzazione del finanziatore in termini di obbligazione di risultato ⁽⁶¹⁾.

Se, dunque, può ritenersi positivizzato l'obbligo della banca di non concedere credito a fronte della incapacità del cliente di adempiere all'obbligazione di rimborso, o meglio della possibile dannosità dell'operazione per l'equilibrio economico-finanziario del cliente stesso, maggiormente controverso è la doverosità della opposta condotta della banca, e cioè di consentire l'accesso ai propri servizi, oltre che di concedere il credito, al cliente che lo richieda e dimostri la capacità di rimborso; o ancora, l'obbligo di condotta "etica" della banca nella allocazione di risorse in favore di coloro che possano ritenersi comunque meritevoli e bisognosi del credito (ad es. microcredito alle imprese)⁽⁶²⁾. I

⁶⁰ L. STANGHELLINI, *Il «credito irresponsabile»*, cit., p. 402.

⁶¹ L. VIGNUDELLI, *Credito al consumo*, cit., p. 246.

⁶² Al riguardo, si rinvia a F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Roma, 1997, ed al successivo saggio dello stesso autore *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, 2004; G. FAUCEGLIA, *Profili giuridici di social banking nell'ordinamento italiano*, in *Dir. banc.*, 2002, I, 185. Sulla necessità di organizzare il mercato del credito su basi etiche, a beneficio della crescita economica mondiale, le considerazioni del premio Nobel per l'economia M.

Pervero, i profili della banca etica connotano una organizzazione imprenditoriale finalizzata al perseguimento di fini (anche) altruistici, con il superamento delle logiche proprie della forma capitalistica dell'impresa; diversamente, la configurazione di obblighi di condotta di natura protettiva per la clientela, e quindi in sostanza a livello di principi l'imposizione di canoni comportamentali di correttezza e buona fede, incide in senso limitativo, sull'obiettivo di perseguimento dei profitti dell'imprenditore, nell'ambito sempre delle modalità dell'agire imprenditoriale per il perseguimento di profitto (esclusivamente) per l'imprenditore stesso.

In tale ambito "giuridico" e non meramente "etico" potrebbe, perciò, annoverarsi anche la considerazione di una parte della dottrina ⁽⁶³⁾ che estendendo l'area delle «pratiche responsabili» gravanti sulle banche, ha configurato un vero e proprio obbligo della banca a contrarre per consentire alla clientela di accedere ai servizi di conto corrente.

6. Correttezza e buona fede nei rapporti interni all'organizzazione societaria

L'esigenza di vagliare la condotta imprenditoriale alla tregua dei principi generali di correttezza e buona fede, per quanto riguarda i profili "di organizzazione" ⁽⁶⁴⁾ è stata da tempo avvertita da una parte della dottrina, con specifico riferimento alle società (e segnatamente alle società di capitali), per le quali è risalente il dibattito tra le opposte concezioni dell'istituzionalismo e del contrattualismo. L'esistenza di un dovere di

YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, 1998 e dello stesso autore *Il credito come diritto umano*, CNS - Ecologia Politica, nn. 1-2, 2004.

⁶³ G. FAUCEGLIA, *Diritto al conto ed operazioni di social banking nell'ordinamento italiano*, in *Il social banking in Italia. Un fenomeno da esplorare*, a cura di L. Anderloni, Milano, 2003

⁶⁴ E quindi in via ulteriore rispetto agli obblighi di condotta imposti nella fase di proposizione al mercato con lo strumento contrattuale dalla società.

lealtà e di correttezza a carico dei soci , nei loro reciproci rapporti, così come degli altri organi sociali, nei confronti della società e di quest'ultima nei loro confronti, è stata per lungo tempo motivo di dubbio ⁽⁶⁵⁾, sino a generare un ampio dibattito nelle diverse Commissioni nominate per l'elaborazione di progetti di riforma del diritto societario. Il contrasto emerso nelle discussioni in seno alla recente Commissione che ha elaborato il testo della riforma del 2003 sulla necessità di introdurre una espressa norma nel codice civile che estendesse ai rapporti societari l'obbligo di correttezza e buona fede, trova un suo preciso antecedente storico nel confronto, nell'ambito della Commissione De Gregorio, tra chi si era espresso a favore del riconoscimento di un dovere di condotta da parte dei soci, nell'adozione delle deliberazioni assembleari, conforme a canoni di buona fede, e quelli propensi a riconoscere un vizio di eccesso di potere solo per le società quotate in borsa. In quella stessa sede era stata condivisa l'esigenza di impedire un «incontrollato arbitrio giudiziale, destinato inevitabilmente a prodursi se la individuazione dei criteri attraverso i quali giudicare della conformità o del contrasto con la buona fede o la correttezza, sia rimessa alle valutazioni compiute, sia pure con riferimento alla realtà sociale, dal magistrato» ⁽⁶⁶⁾, suggerendosi perciò un «prudente uso di questa figura» ⁽⁶⁷⁾. Lo «schema di disegno di legge concernente la riforma delle società commerciali» elaborato dalla Commissione De Gregorio nel 1965, operando un compromesso tra le opposte posizioni, disponeva all'art. 13, comma 2, con riferimento all'impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea, che «Le deliberazioni di approvazione del bilancio, per quanto attiene alla determinazione degli utili, quelle relative alla destinazione e alla distribuzione degli utili e

⁶⁵ V. C. ANGELICI, in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 338.

⁶⁶ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 2.

⁶⁷ Così la Relazione allo schema di disegno di legge del 1965.

quelle che importano esclusione o limitazione del diritto di opzione sono impugnabili anche per eccesso di potere».

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha più volte e da tempo risalente affermato l'invalidità delle deliberazioni assembleari per abuso o eccesso di potere «ove siano frutto di un accordo di maggioranza diretto a realizzare non l'interesse sociale, ma quello personale dei partecipanti all'accordo medesimo»; soprattutto nei casi di aumenti di capitale finalizzati all'«accentramento in proprie mani della disponibilità del capitale azionario, con conseguente riduzione della partecipazione percentuale di soci impossibilitati ad esercitare il diritto di opzione»⁽⁶⁸⁾, ovvero allo scioglimento della società «arbitrariamente o fraudolentamente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari (e quindi, per le società cooperative, dal fine mutualistico), ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio)»⁽⁶⁹⁾.

Negli arresti giurisprudenziali, però, «l'eccesso di potere, mentre non si identifica con il vizio di merito circa l'opportunità della scelta, è qualificato o dal perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale ovvero dall'accertamento che la deliberazione è il risultato di una intenzionale attività fraudolenta della maggioranza, volta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali dei soci»⁽⁷⁰⁾.

L'abuso di diritto, però, come già sottolineato⁽⁷¹⁾, punisce solo alcune

⁶⁸ Così Cass. 4 maggio 1994, n. 4323, ma la rilevanza del fine fraudolento ai fini dell'invalidità della deliberazione era stata affermata sin da Cass. 12 maggio 1951, n. 1177.

⁶⁹ Cass. 29 maggio 1986, n. 3628. Per una ampia e completa analisi della dottrina e della giurisprudenza sull'abuso di potere nelle società per azioni D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3, Torino, 1993, p. 22 ss.

⁷⁰ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., p. 22.

⁷¹ V. *supra* Cap. I, § 7.

delle condotte che possono ritenersi scorrette o in mala fede: «i casi in cui il titolare non si propone di ottenere alcuna utilità dall'esercizio del diritto di voto e sia mosso dal solo scopo di nuocere ad altri sono irrilevanti nella vita della società: l'abuso non viene certamente configurato per reprimere tali comportamenti, del tutto marginali. Nella nozione dell'abuso assume invece rilievo proprio quello scopo di perseguire un vantaggio personale, che rappresenta la finalità normale e legittima dell'esercizio dei diritti soggettivi e segnatamente del diritto di proprietà. Il danno altrui, d'altra parte, diviene giuridicamente rilevante non solo quando costituisca il fine esclusivo dell'esercizio abusivo, ma anche quando sia la conseguenza dell'abuso» (72).

Parte della dottrina aveva da tempo segnalato l'esigenza che i rapporti all'interno dell'impresa collettiva, sia tra i soggetti che vi partecipano, sia tra questi e la società, fossero informati ad uno «spirito di lealtà e correttezza», e cioè con «applicazione del canone generale della correttezza nei rapporti nascenti dalla civile convivenza», trasferendo tale obbligo di condotta dal piano dei rapporti negoziali "esterni" alla società al "procedimento" di formazione della volontà stessa dell'ente (73). La giurisprudenza di legittimità è pervenuta al recepimento di tale principio solo nel 1995 (74), affermando l'applicazione ai rapporti societari tra i soci di società di capitali dell'art. 1375 c.c., «in base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo

⁷² A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., p. 72.

⁷³ A. GAMBINO, *Il principio di correttezza*, cit., p. 274 ss.; si veda anche dello stesso Autore *Appunti sulla portata giuridica del previsto sindacato per eccesso di potere nelle società per azioni*, in *La riforma delle società di capitali in Italia. Atti del convegno internazionale*, Venezia 6-7-8 ottobre 1966, a cura di F. Fenghi e A. Santa Maria Milano, 1968, p. 732 e P.G. JAEGER, *Invaldità delle deliberazioni assembleari: eccesso di potere o violazione della buona fede?*, ivi, che con argomentazioni riteneva necessario reprimere i comportamenti degli azionisti di maggioranza dannosi per gli interessi dei soci di minoranza, riconoscendo l'esistenza di un «obbligo di collaborazione» tra soci derivante dal contratto sociale.

⁷⁴ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151; ai principi di correttezza e buona fede fanno richiamo anche Cass. 17 luglio 2007, n. 15942; Cass. 2 maggio 2006, n. 10135; Cass. 17 settembre 1997, n. 9252.

svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale». Precisa la Suprema Corte che deve ritenersi vigente anche nell'ambito dei rapporti associativi e con comunione di scopo, il principio che impone «a ciascuna parte (contrattuale) di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli obblighi espressamente assunti con il contratto siano idonei a soddisfare le legittime aspettative dell'altra parte», allargando così i limiti di indagine sulla legittimità degli atti deliberativi, e più in generale degli atti della società, imposti dal precedente principio di diritto ancorato al criterio dell'abuso di potere ⁽⁷⁵⁾. Ed infatti, non va trascurata la circostanza che, sebbene il riferimento normativo della Corte di legittimità per l'enunciazione del principio di diritto è identificato in quello dell'art. 1375 c.c., con proiezione della vicenda societaria in una dinamica tipicamente contrattuale ⁽⁷⁶⁾, la clausola generale viene ad operare, in concreto, nell'ambito della società,

⁷⁵ A. GAMBINO, in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 346 s., che, nell'ambito delle organizzazioni societarie, ritiene terminologicamente preferibile fare riferimento alla correttezza, piuttosto che alla buona fede, «perché nel linguaggio giuridico italiano, a differenza che in quello tedesco per l'espressione *Treu and Glauben*, la buona fede è cooperazione ed afferma quindi un principio di collaborazione per il raggiungimento di un risultato comune. In altri termini, il criterio di buona fede finalizza il voto all'interesse sociale, laddove è generalmente acquisito che non esiste un obbligo del socio, giuridicamente sanzionabile, di esercitare il voto nell'interesse comune. *Corretto* è invece il comportamento leale, che non fa prevalere interessi personali estranei al rapporto al fine di danneggiare gli altri partecipi al rapporto stesso. Il criterio della correttezza agisce sugli interessi perseguibili, ma senza imporre un vincolo giuridico di cooperazione al raggiungimento di un concreto risultato. Il canone non potrebbe quindi consentire la valutazione della congruità teleologica dell'esercizio del potere rispetto all'interesse sociale».

⁷⁶ R. COSTI, in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 349, commentando la sentenza, annota che «non v'è dubbio che, così ragionando, la Corte abbia fatto propria la tesi che vede nel rapporto fra i soci un rapporto contrattuale e che quindi fondi il controllo dell'abuso di potere sul principio di buona fede, proprio dei rapporti contrattuali, e non sulla regola della correttezza che l'art. 1175 c.c. impone ai soggetti di un rapporto obbligatorio indipendentemente dal fatto che quest'ultimo trovi la propria fonte in un contratto».

nel «dispiegarsi di una dinamica imprenditoriale» (77), ma di cui il contratto (di società) è solo la premessa: dunque, con riferimento non già a singoli atti o contratti, ma alla attività di impresa (78).

E la stessa Corte di cassazione ha poi ribadito come la buona fede e la correttezza assurgono, nella dimensione dell'impresa societaria, la funzione «integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto degli equilibri degli interessi di cui le parti sono portatrici ... Con il rilievo che tale canone generale non impone ai soggetti di un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi» (79). Per cui lo stesso obbligo di condotta non può ritenersi gravante solo sui soggetti che hanno stipulato il contratto sociale, ma a tutti i rapporti che interessano l'organizzazione dell'impresa collettiva, ivi compresa la società stessa nei rapporti con i soci e gli organi sociali (80).

⁷⁷ F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 352.

⁷⁸ Così F. CORSI, *op. loc. ult. cit.*; per la rilevanza della correttezza e buona fede nei rapporti tra società e soci, e più in generale nelle vicende societarie e nei conflitti distributivi tra soci v. anche G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, p. 15 ss.

⁷⁹ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; v. anche Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387.

⁸⁰ T. Roma, 4 dicembre 2007, in *Riv. not.*, 2009, p. 668 per l'esercizio del diritto di ottenere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri e i documenti sociali, attribuito al socio di srl dall'art. 2476, 2° comma, c.c.; Cass. 17 luglio 2007, n. 15942 per l'attribuzione all'amministratore di compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale; Cass. 2 maggio 2006, n. 10135 in caso di recesso convenzionale del socio; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29776 per l'adempimento delle obbligazioni societarie del socio.

Per le ipotesi di esercizio da parte della società del diritto di riscatto azionario previsto dallo statuto ai sensi dell'art. 2437-*sexies* c.c., la legge non impone che il riscatto debba essere ancorato a situazioni specifiche, oggettive e predeterminate, onde esso può essere anche attribuito in modo arbitrario ed insindacabile, ma dovrà essere comunque esercitato nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza, ai quali dà riscontro la parità di trattamento tra i soci: v. L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995, p. 23 ss.

CAPITOLO III
CORRETTEZZA E BUONA FEDE COME REGOLA PRECETTIVA
NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' D'IMPRESA

1. La regolazione giuridica degli scambi: teoria economica e strumenti di politica del diritto

Nel codice civile, al di fuori della regolazione dei rapporti concorrenziali e contrattuali, non si rinvengono norme generali a tutela della correttezza dell'attività di impresa in generale. Le norme sulla concorrenza sleale dettate dagli artt. 2598 e segg. c.c. sono finalizzate alla tutela (esclusiva) degli imprenditori concorrenti. Solo indirettamente esse possono ritenersi destinate al soddisfacimento di interessi ulteriori, quali la tutela del mercato e della regolarità dei traffici commerciali e, per quel che qui interessa, dei consumatori.

Occorre ricordare come per lungo tempo, sin dalla fine degli anni '50 del secolo scorso, la dottrina ha ritenuto di poter rinvenire nelle disposizioni sulla concorrenza sleale, e segnatamente proprio in quella che onera l'imprenditore ad una condotta corretta (art. 2598, n. 3 c.c.), finalità protettive anche per il consumatore in via diretta, tanto che la protezione degli interessi di quest'ultimo doveva considerarsi il principio informatore dei principi della correttezza professionale. Tale indirizzo ermeneutico, come innanzi evidenziato, seppure non recepito dalla successiva giurisprudenza e confinato in aree minoritarie del diritto industriale, ha avuto il merito di attirare l'attenzione sulla figura del consumatore non solo quale arbitro della lotta concorrenziale e destinatario degli esiti del conflitto tra imprese per l'accesso e la presenza sul mercato, ma anche portatore di interessi propri meritevoli di tutela nei confronti dei comportamenti imprendito-

riali, almeno pari a quelli degli altri protagonisti del mercato.

Dalla metà degli anni ottanta, con l'emergere di una visione sempre più sociale dell'economia, la tutela del consumatore (diretta o indiretta) è stata adottata quale linea guida per la legislazione europea in campo commerciale, orientando l'impegno del legislatore (comunitario prima e nazionale poi) verso una regolamentazione giuridica degli scambi che travalicasse il mero steccato delle regole di formazione del contratto. La linea guida, tuttavia, è rimasta quella dei principi economici neoclassici, che avevano già ispirato i costituenti europei, di impronta liberista: la Comunità europea, dopo essersi limitata per tre decenni a difendere la concorrenza, a partire dalla metà degli anni ottanta ha iniziato ad edificare un diritto dello scambio armonizzato aderente alle concezioni economiche del libero mercato.

In questa prospettiva, il consumatore è stato identificato con la "parte contraente" del contratto, prendendosi atto della disparità di forza negoziale in capo ad esso e, dunque, orientando gli interventi "protettivi" al riequilibrio della posizione di debolezza: la tutela del consumatore, tuttavia, è stata espressa sempre ed unicamente nell'alveo del processo formativo del contratto o della sua successiva esecuzione. Le politiche comunitarie, infatti, in una prima fase hanno incentrato l'attenzione essenzialmente sulla sicurezza dei beni e dei prodotti difettosi, determinando quindi una tutela individuale e di carattere successivo; in una seconda fase, hanno individuato modalità idonee ad offrire una protezione degli interessi economici dei consumatori: l'attenzione è così incentrata sul contratto, tant'è che al contratto guarda la prima, importante, disciplina "orizzontale", ossia la normativa sulle clausole abusive (direttiva n. 2005/29/CE/CE, recepita poi in Italia con il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146). Solo di recente l'attenzione e gli sforzi comunitari si sono orientati verso forme di tutela di carattere "orizzontale" e "preventivo", incentrate essen-

zialmente su quelle che possono essere definite “regole del mercato” (1).

Con le modifiche ai Trattati degli anni novanta, la Comunità europea ha programmato anche interventi di politica sociale (2), di cui è difficile dire se siano ulteriore effetto della logica liberista o espressione di una diversa ispirazione, con essa concorrente (3), che vuole far lavorare l’economia per la “giustizia” (4). Ed infatti, i Trattati oggi ci offrono, se non una compiuta scelta di sistema, almeno una formula sacramentale intesa ad esprimere il senso generale (5): *economia sociale di mercato* (6). Tale formula, da un lato, esprime un ossimoro, posto che mercato ed economia sociale sono prospettive storicamente per lo più alternative; dall’altro, sembra voler conciliare l’intoccabile libertà economica con l’irrinunciabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce (7). L’intenzione, almeno nella sua attuazione europea, ha suscitato un critico Manifesto *sulla giustizia*

¹ Una puntuale ricostruzione dell’iter storico delle discipline consumeristiche si trova in G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari-Roma, 2006, p., 45 ss.

² S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1 ss. sottolinea come in tal modo il legislatore europeo si sia avvicinato alle Costituzioni già esistenti nei diversi Stati membri.

³ R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 145 ss.

⁴ Per un approfondimento sul punto si veda *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996.

⁵ I Trattati, tuttavia, non esprimono in modo chiaro una *costituzione economica*, ossia un insieme di regole fondamentali in materia di rapporti economici, attraverso le quali resta codificata la relativa scelta di sistema. In tema di costituzione economica G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2001; M. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia*, I, Torino, 1999, p. 144; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1996; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, IV, Torino, 1990, p. 373 ss.; F. MERUSI, *disciplina dei rapporti valutari e costituzione monetaria*, in *Banca Impr. Soc.*, 1989, p. 349 ss.

⁶ La formula risale alla Scuola di Friburgo ed agli studi (tra altri) di W. Eucken ed in generale al pensiero ordoliberal. Quel che è certo è l’influenza che sulla scelta europea ha avuto il peso della Germania, in cui la tesi si è soprattutto formata ed ha conosciuto il maggior successo. Quel che è dubbio, e non può essere approfondito qui è fino a che punto l’intenzione dell’Unione europea denominata “economia sociale di mercato” coincida con il concetto ordoliberal di economia sociale di mercato. Sul F. Felice, *L’economia sociale di mercato*, Roma, 2009.

⁷ F. FELICE, *L’economia sociale di mercato*, cit., p. 46.

sociale nel diritto europeo dei contratti ⁽⁸⁾ in cui si lamenta, tra l'altro, l'esclusiva concentrazione sul solo problema delle asimmetrie informative a fronte di ben altre cause di debolezza negoziale, l'indifferenza per lo sfruttamento e l'esclusione sociale, la necessità per una vera giustizia sociale di interventi eteronomi sul contenuto dei contratti, la necessità di una solidarietà anche "orizzontale" - e cioè direttamente tra le parti dello scambio e non solo da parte dello Stato verso il cd. contraente debole, e quindi in sintesi l'incapacità del diritto contrattuale europeo di redistribuire ricchezza, in luogo di fermarsi a credere che il consumatore una volta informato possa far da sé un contratto giusto ⁽⁹⁾.

Il diritto comunitario, anche dopo i nuovi interventi di modifica dei Trattati, non ha dunque abbandonato la teoria economica neoclassica, sulla quale si basava anche la nostra disciplina codicistica, ma sembra aver spinto verso una più avanzata e moderna applicazione della stessa. Il punto di partenza resta quello secondo il quale non solo la produzione, ma anche lo scambio, siano fonte di arricchimento ⁽¹⁰⁾, nel senso che scambiare, sebbene non produca nuova ricchezza, produce nuovo valore, aumentando, attraverso una allocazione soggettivamente migliore, la soddisfazione dei bisogni ⁽¹¹⁾. L'arricchimento individuale, inoltre, nonostante il movente egoistico, produce arricchimento della collettività e fonda un equilibrio economico generale ⁽¹²⁾: l'efficienza privata è giustizia pubblica; ciò significa che lo scambio ha in se stesso la sua migliore regola:

⁸ Consultabile in ELJ, 2004, p. 653 ss. Sul tema A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.

⁹ T.M. WILHELMSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in ELJ, 2004, p. 726.

¹⁰ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Londra 1892, teorizzò il contributo che lo scambio dà alla ricchezza delle nazioni, esaltando il beneficio generale prodotto dagli interessi egoistici con la metafora della mano invisibile.

¹¹ A. DONISE, *Valore*, Napoli, 2008 sottolinea la duplice valenza del concetto di "valore", economica ed etica.

¹² Sulle teorie dell'equilibrio economico, in prospettiva sociopolitica, B. INGRAO E G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Bari-Roma, 2006; A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Bari-Roma, 2005.

l'utilità. Ciascuno guidato dalle sue utilità cede ed acquisisce fino alla situazione per lui ottimale, che è anche l'ottimo della collettività.

Una fede totale in questa dottrina, che pure è alla base dei diritti nazionali e comunitari dello scambio, escluderebbe addirittura la regolazione legale. Per comprenderne le ragioni occorre considerare le condizioni subordinatamente alle quali gli scambi sono fonte di arricchimento. Le leggi della domanda e dell'offerta, ed il prezzo di equilibrio che esse determinano, operano infatti *solo se gli scambisti sono agenti pienamente razionali*. Altrimenti non c'è vera utilità e tutta la costruzione teorica cade. Ma nessuna scelta è razionale se non è libera e consapevole: appare ovvio che la disparità di forze tra i contraenti porta a scambi iniqui. La razionalità dell'*homo oeconomicus* presuppone coscienza e libertà. Nei fatti, però, l'*homo oeconomicus* è solo un mito e la razionalità economica degli uomini è limitata da molteplici fattori ⁽¹³⁾: dalla disinformazione o più spesso dalle asimmetrie di informazione; da propensioni psicologiche, come l'avversione al rischio; da suggestioni pubblicitarie ⁽¹⁴⁾; dalla distanza; da pratiche sleali, aggressive o ingannevoli e, non ultimo, dal bisogno. Inoltre, poichè gli scambi individuali non avvengono nel vuoto, ma in un contesto (il mercato)⁽¹⁵⁾, anche l'eventuale irrazionalità del mercato vi influisce.

Tale limitata razionalità condiziona la corretta esplicazione nella realtà delle tesi che gli scambi siano, solo perchè voluti, sempre efficienti e giusti. E' giusto che gli individui siano liberi di realizzare interessi e gusti, ma

¹³ La concezione esposta nel testo è quella neoclassica. Gli studi sulla razionalità sono notoriamente sterminati anche a prescindere dal concetto di razionalità economica. Per una prospettiva sociologica C. A. MARLETTI, *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, 2006. Sulla razionalità limitata H. A. Simon, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie: dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica* a cura di R. Viale, Milano, 2005, p. 33 ss

¹⁴ Sul punto V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.

¹⁵ G. BERTOLA, *Il mercato*, Bologna, 2006.

nelle loro scelte economiche essi spesso falliscono, e con essi fallisce il mercato ⁽¹⁶⁾. Nella concezione neoclassica del sistema economico, alla legge è precipuamente riservata la funzione di prevenire e correggere questi fallimenti. La teoria neoclassica è, infatti, consapevole che le imprese, sfruttando la loro preponderanza economica per assicurarsi profitti, forzano la propensione all'acquisto, e così contraddicono il perseguimento di quelle utilità generali. Lo strumento di politica economica correttivo di tali distorsioni è stato a lungo individuato nella difesa della concorrenza: essa riconduce le imprese, per essere competitive, a desistere da comportamenti profittatori ed emargina quelle che non ne siano capaci. In tal modo il meccanismo interno alla stessa offerta corregge gli squilibri che questa genera. Ma la concorrenza è difficile da difendere e, comunque, agendo dal solo lato dell'offerta non è sufficiente. Gli ulteriori mezzi possibili per il diritto, abbandonate le posizioni estremiste di neutralità dello Stato rispetto alle vicende interprivate, possono essere individuati in tre opzioni.

La prima è la conformazione delle dinamiche economiche ad iniziativa dello Stato ⁽¹⁷⁾, o attraverso la leva fiscale, o con l'intervento pubblico nelle attività, con soluzioni intermedie tra tali due opzioni, diverse e crescenti nel grado di condizionamento dell'iniziativa economica da parte del potere pubblico. Ma anche tale soluzione, pur largamente seguita nell'Europa continentale, ha dimostrato che nulla garantisce che l'azione dello Stato sia esente da fallimenti.

Ipotesi alternativa è l'incentivo statale a *countervailing powers* che

¹⁶ Storicamente queste ragioni hanno giustificato un intervento pubblico correttivo che, tuttavia, quantunque giustificato dalla difesa dell'utilità generale, non può dare alcuna garanzia di ripristino della razionalità, degli individui e del mercato, il che induce a dubitare che l'intervento pubblico sia una valida alternativa all'economia di mercato. Per il rapporto tra intervento pubblico e concorrenza dal punto di vista comunitario C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009.

¹⁷ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008.

bilancino il potere economico delle imprese: la storia conosce il caso paradigmatico delle organizzazioni sindacali e di recente sono state propugnate soluzioni analoghe nel campo dell'ambiente e, appunto, dei consumatori, incentivando forme organizzative degli interessi collettivi che possano costituire idoneo ed efficace contrappeso alla potenza delle imprese.

Più radicale è, infine, la regolazione del mercato, o meglio la fissazione di regole giuridiche che rimuovano le cause dei suoi possibili fallimenti o almeno ne rimedino agli effetti. In tale solco si collocano le norme che impongono alle imprese di tenere determinati comportamenti, in funzione protettiva delle dinamiche concorrenziali nel mercato (norme antitrust), ovvero dei soggetti che vi operano sul versante della domanda (consumatori). Comportamenti che possono essere o puntualmente individuati, in uno schema procedimentale e con aree di autonomia definite nell'ampiezza in misura discrezionalmente più o meno ampia, come accaduto per larga parte della normativa consumeristica a partire dagli anni novanta; ovvero attraverso l'imposizione di canoni di condotta generali, che fungano da parametro generale per la valutazione della liceità dell'agire imprenditoriale nelle concrete e non determinate e determinabili situazioni.

2. La nuova regolazione del mercato alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali

Sulla scorta delle nuove riflessioni sul ruolo delle regole del mercato e sulle tecniche di intervento a protezione dei consumatori per assicurare l'equilibrio delle posizioni dell'impresa, da una parte, e del consumatore dall'altra, si colloca l'iniziativa regolatrice dei comportamenti degli imprenditori, affermata dalla direttiva sulla correttezza delle pratiche

commerciali ⁽¹⁸⁾, che costituisce il punto di arrivo, ed oggi centrale, della politica consumeristica comunitaria, sancita dall'Atto Unico del 1985 e che esprime proprio un approccio "neocapitalistico", secondo il quale il miglior funzionamento del mercato non può prescindere dalla protezione dei diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti ⁽¹⁹⁾.

A tal riguardo va ricordato che le nuove disposizioni esprimono nel modo più diretto come l'incentivazione degli standard qualitativi dei beni e dei servizi a protezione dei consumatori ha anzitutto effetti di incentivazione economica: il consumatore è l'anello finale della catena distributiva, per cui un miglioramento dell'offerta comporta anche un incentivo all'efficienza delle imprese e del mercato. In tale contesto, nel quale, dovendo mantenere standard elevati, le imprese meno efficienti, perchè incapaci di contrarre costi e di diminuire i prezzi fino al livello minimo possibile, saranno progressivamente emarginate. Ciò determina l'ulteriore e progressiva selezione determinata non già dal solo elemento quantitativo del prezzo, ma anche, e forse soprattutto, dall'elevazione degli standard dei prodotti e dei servizi forniti, in termini di qualità, utilità, sicurezza per le persone che li usano. Questi ultimi costituiscono elementi di giudizio del mercato sempre più presenti ed importanti per la selezione dell'offerta, strumenti di incentivazione di una produzione migliore, e quindi più competitiva; e ciò proprio in considerazione delle nuove dimensioni del mercato e della globalizzazione, in cui la concorrenza proviene dalle aree che hanno maggiore abbondanza di materie prime e manodopera meno costosa ⁽²⁰⁾.

¹⁸ Direttiva 2005/29/CE, in G.U.C.E. 11 giugno 2005 n. L 149.

¹⁹ Sulla politica comunitaria in tema di consumatori, tra i molti, G. GHIDINI, *I diritti dei consumatori come civil right del mercato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, a cura di L. Klesta Dosi, Padova, 2000, p. 43 s.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006 e ID. *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

²⁰ S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 365.

Orientare le imprese a condotte corrette nei confronti dei consumatori costituisce, quindi, anche uno strumento di politica sociale inteso ad elevare, con la loro libertà, il benessere e la qualità della vita dei cittadini-consumatori, coniugando, così, efficienza economica e giustizia sociale: in sintesi, economia sociale di mercato ⁽²¹⁾. Imporre la correttezza non significa imporre al mercato una costrizione, ovvero una restrizione alla libertà di impresa, ma solo ripristinare il retto funzionamento del mercato stesso, assicurando un incontro veramente libero e consapevole della domanda e dell'offerta, attraverso un intervento legislativo di carattere "procedurale" e non di contenuto ⁽²²⁾: «vincolare l'impresa ad una condotta corretta nei rapporti con i consumatori non sovrappone una giustizia politica opinabile all'efficienza dello scambio, bensì ne riconduce l'essere al dover essere. Nella teoria che sta alla base dell'approccio di cui alla normativa sulle pratiche è espressione, non c'è alcuno standard cui rapportarsi. Essa ci dice che le concrete operazioni di scambio a causa dell'approfittamento della limitata razionalità del consumatore e dei costi

²¹ Sul punto v. A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, relazione al convegno «La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari», Roma, 19 marzo 2010, p. 13 del dattiloscritto, il quale sottolinea che «La conferma è nella mozione di consumatore adottata dal diritto europeo. Buona parte della dottrina, sospinta da assonanze, vi ravvisa un contraente debole (alla stessa stregua dei lavoratori, dei conduttori di immobili urbani, dei coltivatori diretti e simili). Vi è del vero: la disparità di forza contrattuale. Ma sui punti di contatto prevalgono le differenze. Come detto quella di consumatore *non* è una condizione sociale, ma un ruolo, La sua debolezza è tecnica: non sapere, non avere alternative; non politica. E' giusto dire che nel moderno diritto ai fini dell'applicazione di un diritto speciale, rilevano, come qui, gli status; ma qui lo status è giuridico, non di ceto. Per questo non può essere seguita l'idea che la protezione dei consumatori sia tutela di una classe non agiata, in tal senso debole e per tal fine protetta (V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. Dir.*, 1975, p. 701; contra G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 22), da commisurare in base ai bisogni. Il favor per il consumatore è – e per ora resta – della stessa natura del favore per il debitore. Del resto, se così non fosse, non avrebbe senso la definizione, ormai tralatizia del consumatore, che lo coglie non per le sue capacità o per i suoi bisogni, ma per gli scopi non professionali del negozio. In piena contraddizione con la sua presunta debolezza sociale, che sussisterebbe anche nelle negoziazioni professionali (si pensi al lavoratore), e in perfetta coerenza al ruolo, di acquirente non professionale, che non gli consente di sopportare pari costi di informazione».

²² Così A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*,

transattivi che incontra, non avvengono in modo corrispondente al modello ideale di scambio libero e consapevole. Ci dice che quindi non realizzano quel surplus di ricchezza che giustifica lo scambio, e sono perciò inefficienti (e anche inique). L'aforisma celebre del contrattualismo, *qui dit contrat dit juste*, torna così ad essere vero: è infatti giusto ed efficiente il contratto che risulta da una corretta procedura di formazione ed incontro della domanda e dell'offerta»⁽²³⁾.

Il legislatore (comunitario prima, e nazionale poi) si dimostra consapevole del fatto che la posizione in cui è collocata l'impresa sul mercato ed il potere ad essa connessa lo rendono incline a condotte opportunistiche che difficilmente possono trovare bilanciamento nella capacità di autodeterminazione e nella libertà volitiva degli altri soggetti operanti sul mercato stesso. Consapevolezza che emerge proprio nella disciplina delle pratiche aggressive, ove si punisce l'indebito condizionamento attraverso il quale si perpetrano azioni volte a sfruttare una posizione di potere, correlativamente alle fattispecie vietate in campo anti-trust per l'abuso di posizione dominante⁽²⁴⁾. Il discorso non è diverso per le pratiche ingannevoli: qui base del potere è il possesso di informazioni che il professionista ha e potrebbe condividere con il consumatore, che, invece ne è privo.

La disciplina delle pratiche scorrette è, dunque, strumento normativo di argine all'indebito sfruttamento del potere economico imprenditoriale e dell'altrui razionalità limitata, una forma di regolazione che completa, nella dimensione collettiva, la disciplina dello scambio, armonizzando i diversi diritti nazionali, per rendere il mercato più efficiente ed equo⁽²⁵⁾ e vietando «atti, comunicazioni, omissioni, comportamenti, che indebita-

²³ A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 14.

²⁴ Cfr. art. 18, comma 1, lett. 1), cod. cons.

²⁵ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE ed il diritto Italiano*, Torino, 2007, p. 2.

mente influenzano il consumatore, con la potenzialità di indurlo a compiere un atto di commercio in maniera non ponderata o psicologicamente non libera» (26). Una disciplina che «si aggiunge alla disciplina del contratto, considerato nei suoi aspetti strutturali, completandola sotto il profilo dinamico» (27), e che sposta l'attenzione dall'atto e dai singoli rapporti negoziali all'attività (28).

Il recepimento delle nuove regole a livello nazionale è avvenuto, secondo un procedimento alquanto singolare, in un due momenti temporali successivi.

In un primo momento, con l'adozione del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) il legislatore italiano si è limitato a dettare una norma di principio, l'art. 39, in forza della quale «le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori». La relazione del Governo a tale norma dà atto che «il codice del consumo prevede una disposizione generale riguardante le regole che devono ispirare tutta l'attività commerciale: è stato infatti ritenuto opportuno inserire nel corpo del codice i principi che ispirano la proposta di direttiva comunitaria sulla correttezza delle pratiche commerciali» (§ 6) e che «l'art. 39 introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali» (§ 7) (29).

²⁶ M. SANDULLI, *Art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 289.

²⁷ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, relazione al Convegno «La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari», Roma 19 marzo 2010, p. 10 del dattiloscritto.

²⁸ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 287.

²⁹ Tra i primi commentatori, che sottolineano la intima connessione tra la norma di cui all'art. 39 e le disposizioni in tema di pratiche commerciali sleali M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 288; A. BARENGHI, *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, p. 182; B. MEOLI, *Art. 39*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di P. Stanzone e G.

La disposizione dell'art. 39 sembra, dunque, avere lo scopo di "preannunciare" il successivo recepimento della direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali (sebbene già approvata al momento della promulgazione del codice del consumo, seppure pochi mesi prima), ponendo come principio dell'ordinamento interno quello che appare essere il cardine della disciplina comunitaria richiamata. Tant'è che la dottrina ha puntualmente sottolineato come, alla stregua del carattere immediatamente precettivo delle disposizioni comunitarie, «alla luce dei brani della relazione del Governo ... nonchè dell'art. 1 del codice del consumo, non si può dubitare che l'art. 39 del codice del consumo vada interpretato alla luce delle statuizioni della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, e cioè in conformità alla direttiva»⁽³⁰⁾, ed in «funzione di "completamento" della disciplina relativa alle pratiche commerciali sleali, colpendo tutte quelle "pratiche sleali" che sfuggono ad una disciplina specifica e che falsano il comportamento economico dei consumatori»⁽³¹⁾.

Proprio la portata *generale*, che il testo della norma enunciava, ed il carattere *introduttivo* di più analitica disciplina, che la relazione governativa preannunciava, hanno giustificato le unanimi critiche⁽³²⁾ della dottrina sulla collocazione della disposizione, posta originariamente

Sciancalepore, Milano, 2006, p. 321; VETTORI, *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori, Padova, 2007, p. 413.

³⁰ E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 75.

³¹ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 289.

³² Per tutti v. M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 290, che parla di «collocazione riduttiva rispetto alla pluralità delle fattispecie comprese nel Codice ed alla natura stessa della disposizione normativa»; E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 76, che pur criticando la posizione della norma, ha ritenuto che la stessa «può giustificarsi solo in una prospettiva futura: sembra che questo titolo sia destinato ad accogliere le norme di attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali», ipotesi poi smentita dal successivo intervento legislativo. Nello stesso senso anche G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 777; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173.

in apertura del capo I del titolo II della parte II del codice del consumo, in luogo di quello, ritenuto più appropriato, recante le “disposizioni generali e finalità” del codice del consumo (parte I – titolo I), accanto all’art. 2 che prevede i diritti dei consumatori. Collocazione che è rimasta ferma anche dopo l’introduzione nel codice del consumo delle nuove disposizioni di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, collocate agli artt. 18 ss., ossia nella parte II, titolo III, e dunque senza alcun collegamento con l’art. 39 nel quadro della “geografia” del codice.

Ed infatti, la direttiva comunitaria è stata poi recepita nel codice del consumo con le modifiche apportate dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 che, in luogo di collocare le nuove norme in continuità *loci* con il principio affermato dall’art. 39, ha inserito il relativo *corpus* normativo negli artt. 18 e seguenti (in sostituzione della disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa, trasfusa in un provvedimento esterno al codice del consumo, il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145).

Nonostante l’assoluta carenza di coordinamento delle nuove disposizioni con l’art. 39, la dottrina ha ritenuto quest’ultimo oramai assorbito nelle prescrizioni inerenti le pratiche commerciali scorrette, evidenziando come l’art. 2, c-bis) dello stesso codice del consumo (introdotto con il d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, recante “Disposizioni correttive ed integrative” al codice del consumo) ponga ora quale diritto fondamentale dei consumatori quello relativo «all’esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà», così riproponendo quanto disposto dall’art. 39. Ed anzi, era stato frequentemente sottolineato dalla dottrina ⁽³³⁾ proprio lo stretto legame del principio enunciato dall’art. 39 con l’art. 2, che già nella versione ante

³³ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 287, richiama anche gli artt. 5, comma 3 e 52 cod. cons. come norme affini; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 76; M. DONA, *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005, p. 81; A. BARENGHI, *Art. 39, cit.*, p. 182; G. VETTORI, *Art. 39, cit.*, p. 416; G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo, cit.*, p. 781; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 161

riforma, enunciava tra i «diritti dei consumatori» quello «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali».

In definitiva si è ritenuto che il successivo intervento di novellazione del codice, per dare spazio alle nuove disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette, omettendo il coordinamento con il precetto dettato dall'art. 39, ha reso del tutto privo di ulteriore effetto applicativo quest'ultimo, assorbendone il contenuto nell'ambito delle più dettagliate norme introdotte dal d.lgs. n. 146/2007. Ed infatti, l'opinione condivisa da una parte maggioritaria della dottrina è che, «nonostante la "dimenticanza" è evidente che – a seguito del recepimento della dir. 2005/29/CE nel nostro ordinamento – l'art. 39 c. cons. non può non essere interpretato alla luce del divieto, imposto ai professionisti dall'art. 20, 1° comma, cod. cons.) di ricorrere a pratiche commerciali scorrette, nonché del diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" inserito nell'elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori come "fondamentali"(lett. c-bis) contenuto nel 2° comma dell'art. 2 cod. cons.»⁽³⁴⁾. Da tali premesse, la richiamata dottrina desume che i principi di buona fede, correttezza e lealtà di cui all'art. 39 sono i medesimi cui fa esplicito riferimento l'art. 2, lett. c-bis) cod. cons. e che alla locuzione "attività commerciali" di cui all'art. 39 deve necessariamente essere attribuito il medesimo significato proprio della locuzione "pratiche commerciali", come risultante dalla definizione recata dall'art. 18 lett. d) cod. cons.: per cui «la qualificazione in termini di "scorrettezza" di una pratica commerciale, nel senso ed ai fini di cui agli artt. 20 ss. cod. cons., esprime senz'altro la non rispondenza di tale pratica ai "principi di buona fede, correttezza e lealtà" di cui agli artt. 2, comma 2, e 39 cod. cons. ... Per contro, una pratica commerciale della quale debba escludersi la

³⁴ G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 397.

“scorrettezza” a norma degli artt. 20 ss. cod. cons. deve in linea di principio essere considerata pienamente rispettosa dei “principi di buona fede, correttezza e lealtà” di cui agli artt. 2, comma 2, e 30 cod. cons.»⁽³⁵⁾.

3. Le pratiche commerciali sleali e le «regole nelle attività commerciali».

L’opinione volta a considerare esorbitante dall’art. 39 la funzione di individuare parametri di valutazione della liceità delle condotte dei professionisti diversi ed ulteriori rispetto a quelli dettati dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta negli artt. 18 ss. cod. cons. non appare condivisibile. Appare, infatti, possibile riconoscere alla disposizione, introdotta nel codice del consumo sin dal testo originario, una valenza che, nella dizione letterale e nella portata applicativa, sebbene in modo non espresso dalla Relazione al codice, risulti ben più ampia rispetto ai confini posti dalle pratiche commerciali scorrette e dalla direttiva comunitaria (ed ora dalle disposizioni di recepimento).

Se certamente possono considerarsi perfettamente sovrapponibili i concetti di «buona fede, correttezza e lealtà» indicati dagli art. 2 lett. c-bis), da una parte, e dall’art. 39, dall’altra, a diversa valutazione sembra doversi pervenire con riguardo ai concetti di “pratiche commerciali” da una parte, ed “attività commerciali” dall’altra.

L’intimo collegamento che pur sussiste tra gli art. 2, lett. c-bis), 18 ss. e

³⁵ G. DE CRISTOFARO-A. ZACCARIA, *op.loc. ult. cit.*, che sembra interpretare del tutto erroneamente le conclusioni cui pervengono M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, e L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali, cit.*, in ordine alla portata della indicazione “attività commerciali”: infatti, Sandulli riferisce tale locuzione non già alla mera attività di “scambio” con i consumatori, neppure nella concezione estensiva adottata dall’art. 18, lett. d), bensì alla più generale “attività di impresa”, o meglio «ogni attività del professionista, sia essa di impresa in senso stretto o professionale» con «valenza più ampia, sì da coprire tutta l’area delle attività esercitate da professionisti che possono coinvolgere i consumatori», e dunque anche quelle non strettamente negoziali.

39 non può giungere sino a ritenere le tre norme coincidenti: esse rappresentano disposizioni concorrenti ⁽³⁶⁾, volte a garantire, nel loro congiunto operare, la correttezza del mercato nel quale operano imprenditori e consumatori, sotto tutti gli aspetti.

A ben vedere, la complementarietà delle disposizioni ora richiamate emerge dall'analisi dei rispettivi ambiti applicativi: quello delle disposizioni in materia di pratiche commerciali è solo parzialmente ricompreso in quello, più ampio, delle «regole» dettate «nelle attività commerciali».

La definizione di “pratica commerciale” recata dall'art. 18, comma 1, lett. d) cod. cons. si limita a registrare un dato reale: elenca i comportamenti che costituiscono oggetto della disciplina “proibitiva”, senza che, peraltro, ad essi si possa fare esclusivo riferimento per delimitarne l'ambito di applicazione. Essa ci indica quali attività rientrano nella denominazione di pratiche commerciali, ma il lungo elenco non fa alcun cenno al “come” queste attività devono essere, imponendo di completare il *puzzle* attraverso una lettura sistematica. La valutazione, in termini giuridici, è rinviata ai successivi artt. 19 e 20 che si esprimono ambedue in negativo. L'art. 19 indica, infatti, non tanto l'ambito di applicazione, quanto quello di non applicazione; l'art. 20, più chiaramente, introduce il divieto delle pratiche commerciali scorrette ⁽³⁷⁾. In particolare l'art. 20, nella sua trasposizione, risulta formulato in modo tale da indurre a ritenere che la diligenza professionale e l'indebito condizionamento possano essere un'endiadi; diversamente, però, nelle definizioni di cui all'art. 18, i due concetti sono elencati disgiuntamente ⁽³⁸⁾, ciascuno con una sua propria caratterizzazione; ancor più, può essere oggetto di

³⁶ L. ROSSI CARLEO, *Art. 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 7.

³⁷ L. ROSSI CARLEO, *Art. 18, lett. d)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 57.

³⁸ M. SCALI, *Art. 18, comma 1, lett. h) e lett. l)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 77.

riflessione il fatto che nella direttiva era presente un «*se*», il quale precedeva sia la diligenza sia la falsità o idoneità a falsare il comportamento ⁽³⁹⁾.

Invero, la valutazione del “come”, cioè di quella che è stata definita «la buona qualità dell’attività d’impresa» ⁽⁴⁰⁾, va fatta in positivo per più ordini di ragioni.

In via più generale, occorrerebbe rimeditare sulla assolutezza del principio di libertà intesa nel senso che tutto ciò che non è (espressamente) vietato è, per ciò stesso, lecito ⁽⁴¹⁾. Tuttavia, in via di prima approssimazione, ormai superata la fase di un liberismo inteso come assoluto *laissez faire*, la liceità non si configura più attraverso il riferimento a uno spazio “indifferente” al sistema, che non intende coprire tutti gli spazi della realtà effettiva, limitandosi, ad occuparsi esclusivamente del profilo sanzionatorio, rispetto al quale appare congeniale una caratterizzazione, per così dire, in senso negativo ⁽⁴²⁾, ma deve essere ormai qualificata in senso positivo. Per ogni comportamento che incide sulla realtà e tende a modificarla, la legge esige, come si desume dalla configurazione che il codice ci dà dell’atto in senso stretto, «che il soggetto sia in grado non solo di cogliere la portata dell’atto nella sua materialità, ma altresì di rappresentarsi gli effetti che ne derivano» ⁽⁴³⁾, il che può indurre a ritenere che debba considerarsi lecito esclusivamente un comportamento giustificato

³⁹ Si rinvia a M. RABITTI, *Art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 142 ss.

⁴⁰ Cfr. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 287 ss.

⁴¹ A tale proposito vale la pena di ricordare la distinzione tra permesso in senso debole e permesso in senso forte proposta da Georg Henrik von Wright. Per lo studioso finlandese, uno dei pionieri della logica deontica, «un atto è permesso nel senso debole se esso non è vietato; nel senso forte se non è vietato ma è soggetto a norma. Gli atti permessi nel senso forte sono dunque permessi anche nel senso debole, ma non sempre vale il contrario». Poche righe dopo, von Wright precisa che il permesso in senso forte «può anche costituire una *conseguenza logica* di altre norme emanate dall’autorità». VON WRIGHT, *Norma e azione*, p. 133.

⁴² L. ROSSI CARLEO, *Art. 18, cit.*, p. 58.

⁴³ Così P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1997, p. 289.

dall'interesse tutelato dalla situazione nella quale esso si realizza. Ciò implica che, accanto alla individuazione positiva di fattispecie considerate "scorrette", deve rinvenirsi anche una posizione di obbligo che, per quanto concerne le pratiche commerciali, si sostanzia in un dovere di correttezza, ovvero in facoltà e poteri che caratterizzano l'agire. A tale scopo sembra destinato il canone individuato dall'art. 39.

Il legame fra pratiche commerciali e processo (o "rapporto" come si esprime il titolo della parte III cod. cons.) di consumo è indubbio ed è costantemente e unanimemente rimarcato ⁽⁴⁴⁾. La dottrina, fin dall'emanazione della direttiva, auspicava l'inserimento nel codice del consumo della disciplina di attuazione, anche se le opinioni relative alla puntuale collocazione in tale sede erano variegata e, spesso, condizionate dai dubbi che già avevano accompagnato la collocazione dell'art. 39 cod. cons.

L'attuazione puntuale, mediante regole, dei principi della direttiva, e l'intima connessione fra l'art. 39 cod. cons. e la nuova disciplina non rendono, tuttavia, superflua una norma che pure, come si legge nel par. 7 della relazione che accompagna il codice del consumo, «introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali».

Invero, le regole che attuano i principi della direttiva non rendono superflua una espressa menzione del principio che, oltre a costituire la regola generale indicante la *ratio* ispiratrice di eventuali successive specificazioni ⁽⁴⁵⁾, può trovare una diretta applicazione per quegli spazi non coperti dalla mediazione della regola.

In questa prospettiva, è stato rilevato che «l'art. 39 del codice del consumo rappresenta una norma di chiusura, con finalità chiaramente

⁴⁴ Appare sufficiente richiamare per tutti E. MINERVINI, *Codice del consumo*, p. 75 ss.

⁴⁵ Si rinvia, per approfonditi rilievi in tal senso, a LIBERTINI, *Clausola generale*, p. 28 ss.

antielusiva»⁽⁴⁶⁾, che conserva certamente un proprio spazio di autonomia e di permanente vigenza.

4. Segue: l'ambito di applicazione dell'art. 39 cod. cons. alla luce del recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali leali

Si può, dunque, ritenere che l'ambito di applicazione cui fa riferimento la disciplina che impone il divieto delle pratiche commerciali scorrette non è perfettamente coincidente con quello al quale fa riferimento la disposizione generale sulle «*Regole nelle attività commerciali*» recata dall'art. 39 cod. cons.

Invero, ambedue le norme dovrebbero ritenersi confinate nell'ambito del «*Rapporto di consumo*» dove trovano collocazione. Tuttavia, la portata letterale di carattere generale dell'art. 39 induce a delineare un'interpretazione del rapporto di consumo da intendersi in senso assai più ampio, posto che la norma impone «determinati doveri comportamentali allo stesso esercizio dell'“attività”, prescindendo, in senso logico, dalla fase negoziale»⁽⁴⁷⁾.

In questa prospettiva, la differenza potrebbe rinvenirsi anche nel fatto che la disciplina di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. si occupa esclusivamente dei meccanismi di circolazione della ricchezza comunque “materializzata”, sia pure in un prodotto non necessariamente materiale, ossia si riferisce ad un ambito specifico della relazione di mercato⁽⁴⁸⁾.

Diversamente, l'art. 39 può riferirsi, altresì, all'autonomia privata nell'attività d'impresa come mezzo di creazione della ricchezza e può allargarsi a sfere diverse e molteplici nel rafforzamento della posizione del

⁴⁶ E. MINERVINI, *Codice del consumo, cit.*, p. 83.

⁴⁷ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 288.

⁴⁸ L. ROSSI CARLEO, *Art. 18, cit.*, p. 60.

consumatore.

Il rispetto dei principi di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori, devono caratterizzare le attività commerciali non solo in relazione al “come” di una pratica commerciale, con particolare riguardo alla circolazione del bene, ma anche in relazione al “che cosa” di alcune iniziative, con riguardo, quindi, anche alla creazione di nuovi beni, che, al di fuori di ogni possibile controllo, vengono prodotti dalla «fantasia giuridica»⁽⁴⁹⁾.

Pertanto, mentre la disciplina introdotta dagli artt. 18 ss. cod. cons. si pone fra gli strumenti di riequilibrio di una autonomia che, comunque, continua a sancire «il potere normativo dell’impresa di cui il consumatore deve subire, suo malgrado, gli effetti»⁽⁵⁰⁾ con riferimento specifico all’acquisto di un prodotto, l’art. 39 può aprire uno spiraglio che, in prospettiva, possa guardare a una possibile tutela verso un’autonomia privata asimmetrica non solo per quanto riguarda la negoziazione, ma anche per quanto riguarda la creazione della ricchezza, e più in generale l’attività produttiva riguardata non già nella fase “finale” dell’accesso al mercato, bensì negli aspetti organizzativi e gestionali del soggetto imprenditore. Ciò in considerazione del fatto che, attraverso sofisticate pratiche speculative, l’autonomia dei privati, al di fuori di ogni controllo, o forse di ogni regola, può determinare crisi che, come di recente sta avvenendo con frequenza sempre maggiore, incidono, a valle, sull’assetto patrimoniale dei singoli consumatori⁽⁵¹⁾.

⁴⁹ In quest’ottica risulta, dunque, possibile estendere la tutela a un’ulteriore espressione dell’autonomia, che non si limita più a considerare quegli aspetti che un’autorevole dottrina inquadra nel “come si produce”, ma impone di tener conto del “che cosa” la nuova autonomia forte, definita «fantasia», produce. V., in particolare, F. GALGANO, *La globalizzazione e lo specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 17.

⁵⁰ G. ALPA, *Introduzione*, cit., p. 132.

⁵¹ BILANCIA, *Diritti dell’individuo*, cit., p. 24, osserva che «gli effetti dell’azione di questa nuova forma di autonomia contrattuale asimmetrica, creativa di ricchezza

Gli attuali strumenti di tutela tendono ad avere un'incidenza effettiva solo a livello microeconomico, tutelando il consumatore rispetto a un contratto predisposto, espressione dell'autonomia di una parte forte che impone una scelta rispetto a un contenuto che il consumatore è chiamato solo a valutare in maniera, il più possibile, consapevole. Nell'era dei consumi di massa l'autonomia dell'individuo-consumatore «si restringe tutta nella scelta delle cose, nella decisione di preferire un oggetto all'altro»⁽⁵²⁾.

Il legislatore, in particolare il legislatore comunitario, ancor più e ancor prima di porre attenzione su un effettivo riequilibrio delle posizioni, cerca almeno di limitare i pericoli di abuso, che provocherebbero una distorsione del mercato, ricorrendo ad alcuni strumenti privilegiati. Fra questi vanno assumendo una rilevanza crescente l'educazione, l'informazione e l'uso di pratiche commerciali corrette, considerati strumenti idonei ad attenuare le molteplici asimmetrie che hanno determinato una situazione di sudditanza del "consumatore", oltre che disfunzioni per il corretto funzionamento del mercato.

La tutela è incentrata, quindi, sulla necessità di tener conto della differente forza che contraddistingue due parti nel loro rapporto relazionale e che vede il contratto come punto centrale di un complesso procedimento il quale intercorre, nel suo lungo *iter*, fra centri di interesse "direttamente" contrapposti.

Ben poca attenzione è stata, invece, prestata alla «definizione dei nuovi rapporti tra ordinamento giuridico ed autonomia privata *nella nuova dimensione globale*, esito dei processi di liberalizzazione della circolazione

immateriale, così, si riversano sotto forma di imposizione occulta sui bilanci dei risparmiatori inconsapevoli che, pur non essendo controparti contrattuali dei nuovi poteri finanziari privati, come tali non protetti neanche dalle versioni più recenti della disciplina a tutela del consumatore e del risparmiatore, insomma della parte debole comunque la si voglia chiamare, sono in balia dei "professionisti" e dei loro affari, subendo danni incalcolabili anzi, il che è peggio, imprevedibili».

⁵² N. IRTI, *Codice civile*, cit., p. 77 ss.

delle merci e dei capitali che avviene oggi attraverso la negoziazione di prodotti, materiali ed immateriali, frutto della *creazione della stessa autonomia privata*»⁽⁵³⁾. Di certo, non pare possa dubitarsi del fatto che, anche in questa dimensione macroeconomica, l'autonomia privata dovrebbe, quanto meno, essere caratterizzata dal rispetto dei principi di buona fede, correttezza e lealtà. In tale dimensione, infatti, l'attività di impresa si pone a monte di una catena rispetto alla quale il cittadino – che non può più essere ridotto a “consumatore” – finisce con il restare privo di ogni tutela finché viene considerato solo un anello esterno. Si manifesta, quindi, l'esigenza di interrogarsi sul modo di coniugare il “potere”, sia esso pubblico o privato, con la “responsabilità”, come sembra evocare l'art. 39 cod. cons.

Appare allora importante «per gli interpreti e per gli operatori ricercare nel diritto positivo – e, nel nostro caso, anche in un codice, quale quello del consumo, per sua natura attento ai profili pragmatici di carattere microeconomico – quei segnali utili a rinnovare e ad adeguare il sistema alla realtà, anche macroeconomica, di modo che si possa completare il passaggio dalla tutela dell'individuo-consumatore alla tutela dell'individuo-cittadino e la *persona* possa realmente godere dei suoi diritti di libertà»⁽⁵⁴⁾.

Dunque, pratiche commerciali scorrette e le regole fissate dall'art. 39 cod. cond. non sembrano sovrapponibili.

a) L'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali

⁵³ V. ancora, sul punto, i diffusi rilievi di BILANCIA, *Diritti dell'individuo, cit.*, p. 23.

⁵⁴ L. ROSSI CARLEO, *Art. 18, cit.*, p. 62: «la costante attenzione alla dimensione microeconomica aiuta ad ancorare la tutela alle esigenze del soggetto storico, cioè la persona nella sua integralità; mentre la visione macroeconomica l'annichilisce nell'anonimato astratto dello scambio e la trasforma in un numero, utile a fini statistici e di bilancio aziendale». L'esigenza di un legame costante col profilo personalistico nella valutazione dei fatti economici e nelle scelte delle soluzioni da adottare per dirimere i conflitti, è evidenziata, da ultimo in C. MAZZÙ, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, 243 ss.

sleali risulta innanzitutto limitato alle “pratiche” destinate a incidere sulla fase finale del processo decisionale. Essa, infatti, vieta «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, *in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*» (art. 18, comma 1, lett. d) cod. cons.), «prima, durante e dopo un’operazione commerciale *relativa a un prodotto*» (art. 19 cod. cons.).

L’emersione del giudizio normativo rispetto alla condotta dell’imprenditore è condizionato chiaramente dall’esistenza di un rapporto, presente o *in itinere* con il consumatore, o meglio con soggetti identificati e specificati che hanno orientato, o sono indotti ad orientare le loro scelte verso il prodotto o il servizio dello stesso imprenditore. Elemento selettivo della fattispecie diventa, così, la decisione presa o da prendere da un determinato consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo ed a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto, sicché tale decisione può portare il consumatore a compiere un’azione o ad astenersi dal compierla (art. 18, comma 1, lett. m) cod. cons.)⁽⁵⁵⁾. Anche se la “pratica” risulta essere esterna al rapporto contrattuale, è evidente che essa non può prescindere da quest’ultimo: l’obiettivo perseguito dal legislatore è quello di intervenire già nella fase precedente a quella contrattuale, attinente alla comunicazione commerciale, comunque questa avvenga, ma pur sempre nella prospettiva della possibile conclusione di un contratto ⁽⁵⁶⁾. La pratica censurabile deve essere posta in essere «*in relazione*» ad un’operazione

⁵⁵ E. MINERVINI, *Codice del consumo, cit.*, p. 77.

⁵⁶ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954 ss.; sul punto v. anche BIGI, *L’Osservatorio comunitario*, in *Contratti*, 2005, p. 727; G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo», cit.*, p. 777; E. GUERINONI, *La direttiva, cit.*, p. 174

commerciale del consumatore, in un segmento del processo di offerta al mercato che certamente non si riferisce solamente ad attività precontrattuali o comunque prodromiche rispetto alla stipulazione di un negozio, ma ad una qualunque attività «*direttamente connessa*» – come testualmente stabilisce l'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29/CE, con espressione probabilmente più precisa di quella adottata dal legislatore italiano – all'*operazione commerciale del consumatore*, compiuta o da compiersi ⁽⁵⁷⁾. Questo vale ad estendere l'ambito di applicazione del riformato Titolo III della Parte II del codice del consumo ad ogni comportamento realizzato dal professionista per finalità in senso lato commerciali, dal "primo contatto" col consumatore fino alla fase di esecuzione delle obbligazioni del contratto stipulato ⁽⁵⁸⁾, ma sempre in una fase successiva al *contatto* e nella prospettiva di un *contratto*.

b) La definizione di "pratica commerciale", e dunque la valutazione normativa di liceità, risulta essere in ogni caso legata agli "atti", sebbene considerati non in maniera isolata, ma nella loro ripetitività o reiterazione da parte dell'imprenditore. Invero, come pur puntualmente evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa ⁽⁵⁹⁾, l'applicazione delle norme proibitive ora dettate dagli artt. 18 ss. cod. cons. deve essere riferita ad una «condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità», per cui va esclusa qualsiasi

⁵⁷ V. RICCIUTO, *Art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 131.

⁵⁸ G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. e Imp./Europa*, 2007, p. 7 ritiene, in sede di commento agli artt. 2, lett. d), e 3, par. 1, della direttiva 2005/29/CE – trasposti pressoché pedissequamente nel codice del consumo dal d.lgs. 146/2007 – che l'espressione «*operazione commerciale*» sia stata intesa dal legislatore comunitario come sinonimo di «contratto» fra professionista e consumatore e dunque l'ambito di applicazione della nuova disciplina riguarderebbe qualunque condotta tenuta dal professionista, connessa alla promozione, vendita o fornitura di un qualsiasi bene o servizio ai consumatori, realizzata «anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione, da parte di un professionista, di un rapporto contrattuale con un consumatore».

⁵⁹ TAR Lazio, 28 gennaio 2009, cit.

possibile censura nel caso in cui manchi la «dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti». Ancora una volta, è l'atto, o meglio la reiterazione dello stesso, in modo uniforme e costante, a discriminare la condotta, nel senso della liceità o illiceità della stessa, non l'agire in sé dell'imprenditore.

c) Deve anche evidenziarsi come la natura sleale della pratica è affermata unicamente con riferimento all'idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore, ultimo anello della catena distributiva, nell'ultima fase che precede la eventuale scelta: essa è perciò funzionale ad incentivare e valorizzare il ruolo centrale e attivo che il soggetto, tradizionalmente considerato "passivo", è destinato ad assumere al fine di conservare condizioni di mercato concorrenziali, garantite, appunto dalla effettività di una scelta consapevole. Per la disciplina delle pratiche commerciali è stato opportunamente sottolineato come «il bene giuridico protetto [...] è proprio la libertà di scelta del consumatore, sua prerogativa fondamentale riconosciutagli dal diritto comunitario primario, in particolare nell'ambito del profilo dinamico del principio di economia di mercato aperta in regime di concorrenza. Sembra dunque potersi affermare che in questa direttiva è evocato espressamente nel diritto derivato il secondo regime della disciplina della concorrenza relativo appunto alla scelta, cioè alle relazioni fra i consumatori e le imprese in competizione. Il consumatore, facendosi giudice della qualità dei beni e della congruità dei prezzi, preferisce arbitrariamente l'una all'altra merce. [...] Da questo deriva il ruolo centrale del consumatore nel meccanismo concorrenziale. [...] Si è così configurata la libertà di scelta del consumatore quale prerogativa giuridica primaria direttamente legata

al principio di concorrenza e funzionale alla stessa»⁽⁶⁰⁾.

Imprescindibile è perciò il riscontro di una stretta relazione, più felicemente definita dalla direttiva 2005/29/CE in termini di «*diretta connessione*», con una decisione del consumatore circa l'effettuazione o meno di un acquisto, circa le modalità e le condizioni alle quali eventualmente compierlo, circa la completezza o parzialità del pagamento.

Le pratiche commerciali, lecite solo qualora non incidano sulla libertà di scelta del consumatore, si pongono, in ultima analisi, a "tutela" del buon funzionamento del mercato comunitario e, in tal senso, risultano necessariamente connesse alla disciplina che tutela in via immediata i rapporti fra concorrenti, la quale garantisce, in tal modo, la pluralità delle scelte, ulteriore e concorrente pilastro posto a sostegno del buon funzionamento del mercato comunitario.

Alla luce delle considerazioni svolte deve concludersi che, pertanto, non rientrano nell'area di applicazione della norma tutte quelle fattispecie – condotte dell'imprenditore – che sono potenzialmente dannose per il consumatore, ma che non compromettono la capacità decisionale e volitiva, o quanto meno non raggiungono una soglia di «apprezzabilità», segnata dall'art. 20 quale criterio selettivo ulteriore⁽⁶¹⁾.

e) Oggetto di attenzione del legislatore comunitario, e di quello nazionale che ha recepito la direttiva, sono solo ed esclusivamente le pratiche sleali lesive «*degli interessi economici dei consumatori*», come espressamente afferma l'art. 1 della direttiva 2005/29/CE. Pur non essendo stato espressamente trasposto nel diritto interno dal d.lgs. 146/2007, questo principio informa di sé la disciplina del Titolo III e contribuisce a delimitarne l'ambito di applicazione: il fatto che gli ambiti di disciplina

⁶⁰ L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e imp./Europa*, 2007, p. 42

⁶¹ M. RABITTI, *Art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 142 ss.

espressamente richiamati dalle lettere *b)*, *c)*, *d)* dell'art. 19 cod. cons., e dal comma 4 del medesimo articolo, non siano pregiudicati dalla nuova disciplina, è sintomatico della volontà del legislatore comunitario e nazionale di rafforzare la tutela del consumatore in relazione ad una propria decisione di natura commerciale, secondo la definizione offerta dall'art. 18, comma 1, lett. *m)*, cod. cons.

Utili spunti interpretativi possono trarsi dalla «Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (direttiva sulle pratiche commerciali sleali)», del 18 giugno 2003 ⁽⁶²⁾ la quale precisa che, riguardando la nuova normativa gli interessi “economici” dei consumatori, «non rientrano nel campo di applicazione questioni inerenti al buon gusto, alla decenza o alla responsabilità sociale, salvo nel caso in cui il professionista non istituisca nel marketing un rapporto specifico tra obblighi assunti nei suddetti ambiti e i suoi prodotti»; inoltre la nuova normativa «non disciplina le questioni inerenti alla salute dei consumatori e alla sicurezza dei prodotti. Le allegazioni ingannevoli in tema di salute verranno tuttavia valutate in base alle disposizioni sulle pratiche commerciali ingannevoli, in quanto possono alterare la capacità del consumatore di prendere decisioni con cognizione di causa. Se ad esempio un prodotto promette la ricrescita dei capelli ai calvi quando in realtà non dà luogo a tale ricrescita, tale promessa è ingannevole e rientra nel campo di applicazione della presente direttiva. La circostanza, tuttavia, che il prodotto provochi disturbi di salute al consumatore è al di fuori del campo di applicazione della presente direttiva, che non dispone di strumenti di tutela in tal senso».

Le pratiche commerciali sleali, quindi, guardano «al consumatore

⁶² COM (2003) 356 def.

unicamente come *homo oeconomicus*»⁽⁶³⁾, disinteressandosi degli altri (più ampi e non meno meritevoli di tutela) profili della posizione dello stesso consumatore nell'ambito del rapporto di consumo.

f) La disciplina in tema di pratiche commerciali sleali ha carattere residuale e non globale, posto che lo stesso art. 19, ai commi 2, 3 e 4, precisa che «Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto; b) l'applicazione delle disposizioni normative, comunitarie o nazionali, in materia di salute e sicurezza dei prodotti; c) l'applicazione delle disposizioni normative che determinano la competenza giurisdizionale; d) l'applicazione delle disposizioni normative relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale.

In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici.

Il presente titolo non è applicabile in materia di certificazione e di indicazioni concernenti il titolo degli articoli in metalli preziosi».

Particolarmente significativo è, tra le esclusioni, la menzionata prevalenza delle « normative relative ... ai codici deontologici o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, per garantire livelli elevati di correttezza professionale»: in definitiva, appare evidente che la regolamentazione delle pratiche commerciali non incide

⁶³ E. MINERVINI, *Codice del consumo, cit.*, p. 83; di una tutela circoscritta agli interessi economici parla anche G. ALPA, *Introduzione, cit.*, p. 83.

sui doveri di “correttezza” che altre disposizioni, addirittura di rango non giuridico, quali i codici deontologici, impongono al professionista ⁽⁶⁴⁾. Da ciò appare possibile desumere che la tutela del consumatore in relazione al rispetto di comportamenti corretti della controparte professionale (sia esso professionista, ma anche imprenditore) non appare “coperto” dalle norme punitive delle pratiche commerciali sleali, né queste possono assorbire ogni profilo di “scorrettezza” punibile a carico del professionista-imprenditore.

In definitiva, l’ambito di applicazione della disciplina degli artt. 18 ss. cod. cons. riguarda uno specifico segmento del rapporto di consumo, o meglio le sole relazioni commerciali intercorrenti tra un consumatore ed

⁶⁴ Sulla necessità di ritenere ricompresi nel perimetro applicativo delle disposizioni del codice del consumo, e segnatamente di quelle relative alle pratiche commerciali sleali e dell’art. 39, anche gli esercenti attività professionali, oltre che gli imprenditori v. M. SANDULLI, *Art. 39*, cit., p. 291, che rileva come la diversa soluzione «potrebbe trovare una giustificazione nel fatto che, almeno le attività professionali cd. protette, hanno un proprio codice deontologico, che renderebbe del tutto superflua una ulteriore previsione normativa di fondamento socio-etico. Va aggiunto che tale soluzione risulterebbe altresì coerente con i principi istituzionali tradizionali degli istituti coinvolti. Ma rispetto a questa soluzione va, peraltro, segnalata l’ipotesi di un ulteriore percorso interpretativo, fondato sulla forte influenza del diritto comunitario sull’intera materia della disciplina (e della tutela) dei consumatori. ... i compilatori del Codice hanno inteso inserire la norma in commento, in quanto espressione dei “principi che ispirano la proposta di direttiva comunitaria sulla correttezza delle pratiche commerciali”; il che può far ritenere che essi intendessero applicare la norma anche a tutte le fattispecie che sarebbero state comprese in questa direttiva ... Nella direttiva comunitaria, le espressioni professionista, prodotto, pratiche commerciali, decisioni di natura commerciale vengono usate nella loro valenza più ampia sì da coprire tutta l’area delle attività esercitate da professionisti che possono coinvolgere i consumatori. Insomma, se, come può ritenersi pacifico, la norma del codice deve essere interpretata alla luce del contenuto di questa direttiva, si deve concludere nel senso che l’espressione “attività commerciali” in essa contenuta, comprenda ogni attività del professionista sia essa di impresa in senso stretto o professionale». Nello stesso senso E. MINERVINI, *Codice del consumo*, cit., p. 77, secondo il quale aderisce alle conclusioni di Sandulli ed afferma che «attività commerciale è un sinonimo di attività professionale: l’art. 39 del codice del consumo non si riferisce al solo commercio in senso stretto, ma ricomprende tanto l’attività dell’imprenditore quanto l’attività del libero professionista, in conformità alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Diversamente B. Meoli, *Art. 39*, cit, p. 322 ricomprendono nella nozione di attività commerciale anche le attività industriali ed artigianali, ma non quelle professionali, e S. KIRSCHEN, *Art. 18, comma 1, lett. b)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 49, alla luce delle precisazioni introdotte dalle norme di recepimento della direttiva comunitaria.

un professionista. Questo segmento, però, potrebbe essere letto in un quadro allargato che tenga conto della regolazione del mercato nonché delle sue ricadute sulla tutela del consumatore per quanto riguarda i contratti effettivamente conclusi. Rispetto a questi, occorre considerare la interrelazione esistente tra *disciplina della concorrenza* posta a garanzia della pluralità delle scelte e *disciplina dell'informazione* intesa come strumento di scelta consapevole, data la molteplicità delle scelte possibili.

5. Tutela del mercato e del consumatore nella giurisprudenza amministrativa

L'insufficienza della disciplina delle pratiche commerciali sleali a coprire efficacemente l'area di tutela del consumatore, in funzione di garanzia di condotte corrette da parte di coloro che si pongono in posizione di controparti professionali nel rapporto di consumo e, dunque, la divaricazione dei meccanismi di regolazione del mercato, *sub specie* delle pratiche commerciali *tout court*, se riguardati nell'ottica concorrenziale ovvero in quella di tutela del consumatore, è emersa di recente nella giurisprudenza amministrativa in modo assai problematico e difficilmente sanabile. Va ricordata, infatti, la sentenza del TAR Lazio 28 gennaio 2009, sulla operazione di cd. "portabilità" dei mutui, a seguito dell'iniziativa dell'Autorità volta a sanzionare, quale pratica scorretta, la condotta delle banche che precludeva la realizzazione degli obiettivi posti dall'art. 8 d.l. 31.1.2007, n. 7, come modificato dalla l. 2.4.2007, n. 40 e poi dalla l. 24.12.2007, n. 244. Tale disposizione, infatti, era intesa a rimuovere i vincoli alla concorrenza esistenti nel settore dei servizi bancari e permetteva ai mutuatari di chiedere la surroga di una nuova banca nel rapporto di mutuo già contratto con altra banca. Nonostante il contenuto precettivo per le banche, la disposizione non ha trovato adeguato

recepimento da parte di quest'ultime, che hanno sostanzialmente continuato ad operare secondo lo schema della "sostituzione" del vecchio mutuo con uno erogato *ex novo*, piuttosto che attraverso il procedimento di surroga previsto dalla nuova legge.

L'iniziativa sanzionatoria adottata dall'Autorità per assicurare la realizzazione della finalità protettiva del consumatore-risparmiatore, coniugata alla stimolazione del meccanismo concorrenziale, si è fondata sulla interpretazione della norma nel senso che la sostanza del rapporto tra consumatore e professionista, e non solo il dato formale del contratto, deve essere improntata a buona fede, diligenza, tutela degli interessi del soggetto con minore forza contrattuale e maggiore deficit informativo. L'Autorità ha quindi sostenuto che «la banca avrebbe dovuto indirizzare il risparmiatore verso la più conveniente (per lui) forma contrattuale e, invece, ha proposto come unica possibilità un meccanismo complesso e soprattutto oneroso che teneva la banca al sicuro degli effetti voluti dalla legge».

I principi elaborati dall'Autorità garante per sanzionare la condotta delle banche non è stata però condivisa dal giudice amministrativo il quale, annullando l'atto amministrativo sanzionatorio, ha ritenuto essenziali, nella identificazione della fattispecie delle pratiche scorrette, due elementi di particolare ed "eversiva" rilevanza, che evidenziano la difficile sintesi tra finalità di tutela dei consumatori e di tutela della concorrenza, e potenzialmente idonei a limitare fortemente l'impatto applicativo delle disposizioni precettive di tutela del consumatore e l'azione di intervento sanzionatorio dell'Autorità garante, nonché in seconda battuta dell'autorità giudiziaria.

Le motivazioni della decisione assunta dal TAR rendono palese sia la inadeguatezza, ai fini di tutela dei consumatori, delle politiche incidenti sul rapporto concorrenziale tra soggetti offerenti il servizio - soprattutto in

mercati, come quello bancario (ma anche assicurativo e finanziario), caratterizzati da una elevata "tecnicità" e complessità delle operazioni e da una fortissima interrelazione tra le imprese -, sia l'assoluta insufficienza dell'apparato normativo vigente ad assicurare una effettiva garanzia di soddisfazione del consumatore, rispetto ad interessi che addirittura sono posti come preminenti dallo stesso Stato, quali appunto la modificabilità del rapporto debitorio senza che vi sia alcun (rilevante) sacrificio da parte del creditore.

In primo luogo, il TAR ha stigmatizzato la estrema equivocità e farraginosità del quadro normativo di riferimento (e con esso le indicazioni interpretative ed applicative), in base al quale non potrebbe pretendersi dall'operatore creditizio l'offerta alla clientela di un corredo informativo adeguato a rendere compiutamente comprensibili i termini dell'operazione di portabilità dei mutui, così da orientare il consumatore a richiedere tale operazione in luogo di quella di "sostituzione" del mutuo con uno nuovo.

La correttezza dell'agire dell'operatore, dunque, con riguardo al profilo informativo del cliente, non è intesa come un dato pregiuridico, quale meccanismo di "tutoraggio" per il cliente per la miglior realizzazione del suo interesse, ma fa riferimento ad un contenuto che deve pur essere rinvenuto nella legge: la fissazione, sia a livello primario che secondario, di regole chiare diviene così il presupposto essenziale per la pretendibilità della trasparenza nella condotta dell'operatore professionale che operi con un consumatore.

Di maggiore rilevanza è poi la considerazione, formulata dal TAR, che «in assenza di alcun obbligo legale a contrarre (ed a contrarre esclusivamente mediante surrogazione del mutuo), ben avrebbe potuto qualsiasi istituto di credito, quand'anche in presenza di un chiaro quadro normativo di riferimento, continuare a proporre alla clientela

(esclusivamente) la sostituzione e non (anche) la surrogazione, ove ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili ma sicuramente) ex se non interpretabili in termini di (sanzionabile) scorrettezza».

La tutela del consumatore, coniugandosi con la tutela del mercato, incontra in tal modo il limite della libertà negoziale dell'imprenditore, oltre che la libertà di adottare le scelte imprenditoriali che siano maggiormente funzionali al perseguimento di proprie strategie e profitto. Lo stimolo alla mobilità della clientela e lo sviluppo di dinamiche concorrenziali piene tra gli operatori non può così prescindere dalla volontaria cooperazione degli stessi imprenditori; diversamente, la tutela del consumatore, secondo l'interpretazione della giustizia amministrativa, deve orientarsi verso l'introduzione di vincoli alla libertà negoziale, con previsioni di obblighi a contrarre e predeterminazione dei contenuti negoziali che, certo, soddisfano maggiormente gli interessi protettivi degli utenti, ma confliggono con i principi del mercato concorrenziale. E' ben vero che ogni legislazione antitrust si attegga come un complesso di limiti imperativi dell'autonomia negoziale, e più in generale dell'autonomia privata ⁽⁶⁵⁾, ma la cautela si impone nell'applicazione delle norme in una logica esclusivamente consumeristica: il rischio, in questo caso, è che la tutela del processo concorrenziale venga a perdere il ruolo che finora ha avuto, anche per la parte che, dal corretto funzionamento del mercato, ricade a beneficio degli stessi consumatori.

La coesistenza di libertà negoziale ed esigenze protettive del consumatore diventa, perciò, lo snodo essenziale per delineare gli effettivi confini dell'intervento pubblico (legislativo ed amministrativo) sul mercato, oltre che per valutare l'impatto della nuova disciplina delle

⁶⁵ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543.

pratiche commerciali sleali. Ed infatti, la prevalenza assegnata alla libertà negoziale determina, evidentemente, la creazione di un'area esclusa dalla operatività delle nuove disposizioni e costituita dal rifiuto a contrarre (salvo ovviamente che questo non sia valutabile in una dimensione antitrust, quale abuso di posizione dominante ovvero di intesa tra imprese), nell'ambito della quale, cioè, non può essere censurata la condotta dell'imprenditore. Conseguentemente, in linea con i principi di stretto positivismo e liberismo, gli obblighi di correttezza e trasparenza dettati dall'art. 20 cod. cons., ed il correlativo divieto di pratiche commerciali scorrette, potranno riferirsi alle sole ipotesi in cui il professionista si decida a contrarre, e quindi alla fase precontrattuale o a quella di formazione del contratto. Il rifiuto di prestare un servizio o di cedere un bene, ovvero di contrarre a certe condizioni, sarebbe una condotta estranea all'ambito applicativo della disciplina, censurabile solo nel caso in cui sia disposto un vero e proprio obbligo giuridico ad eseguire la transazione.

6. La buona fede come regola di condotta: dalla disciplina settoriale a principio generale per l'agire dell'imprenditore

La disposizione dettata dall'art. 39 cod. cons., dunque, sebbene introdotta nel nostro ordinamento con lo scopo di costituire una norma riassuntiva delle future disposizioni di recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, ha assunto, specialmente dopo la novella degli artt. 18 ss. del codice del consumo, una valenza autonoma ed assai più ampia rispetto ai precetti comportamentali di correttezza nelle "pratiche commerciali".

Essa, invero, detta una "regola" alla quale devono conformarsi tutti gli esercenti "attività commerciali", che vale non solo per l'ambito delle

relazione “economiche” tra professionista e consumatore, ovvero per la perequazione dell’informazione tra le parti del rapporto di consumo, ma anche per tutto l’agire dell’imprenditore, in continuità con la regola dettata per i *rapporti con i concorrenti* dall’art. 2598 n. 3 c.c., e dal sistema antitrust per i soli *rapporti con il mercato* ⁽⁶⁶⁾. L’imposizione di una regola generale di comportamento in relazione all’attività estende l’obbligazione di correttezza anche ai *rapporti di consumo*, per assicurare la tutela alla generalità dei soggetti che operano sul mercato.

L’art. 39 cod. cons. rappresenta una regola generale di condotta dell’imprenditore nell’«esercizio dell’attività commerciale», come pur espressamente precisa la titolazione del titolo II del codice del consumo, che certamente include anche i comportamenti pertinenti alla fase di proposizione sul mercato, i quali per la parte inerente le informazioni rese ai destinatari dell’offerta o le modalità di “approccio” al consumatore sono disciplinati in maniera analitica dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali, mentre per la parte inerente la predisposizione del contenuto contrattuale e la determinazione delle reciproche obbligazioni, sono regolamentati dalla disciplina delle clausole vessatorie.

I principi di buona fede e correttezza vengono, così, estesi dagli specifici ambiti settoriali in cui essi sono espressamente affermati dalla legislazione speciale relativa alla specifica attività di impresa, a tutte le imprese, ossia alla condotta dell’imprenditore *tout court* ed in relazione alla generalità dei soggetti che, a titolo diretto o indiretto vengono in contatto

⁶⁶ L’esigenza di integrare la politica dei consumatori in quella della concorrenza è un’esigenza sempre più avvertita, posta in rilievo dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale delle regioni (COM (2002) 208 def.)* sulla *Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, laddove si segnala la necessità di integrazione degli interessi dei consumatori nelle altre politiche comunitarie, specie in quelle della concorrenza, muovendosi nella direzione della «promozione degli interessi e dei valori esistenziali e patrimoniali della persona e del consumatore, in modo che essi rilevino nelle logiche della regolazione del mercato ed in modo che le opportunità di intervento normativo in materia di concorrenza vengano valutate anche in base all’impatto delle medesime sui consumatori».

con l'impresa stessa.

Il limite della buona fede e della correttezza deve così informare anche la fase organizzativa, ovvero la selezione dei metodi produttivi, introducendo anche un ulteriore parametro di giudizio per quanto riguarda la verifica della «adeguatezza dell'assetto organizzativo» che si impone agli amministratori delle società di capitali (art. 2381, comma 3 c.c.) ⁽⁶⁷⁾, ma implicitamente deve caratterizzare anche la gestione di qualsiasi impresa, indipendentemente dalla forma giuridica. Come è stato autorevolmente e puntualmente evidenziato, esso tende a garantire una «buona qualità» dell'impresa, «nell'ambito della gestione ordinaria dell'impresa e con specifico riferimento ai rapporti con il consumatore» ⁽⁶⁸⁾. La norma si pone, così, con evidente valore precettivo, e non meramente programmatico: è lo stesso testo normativo che qualifica il contenuto come “regola”, e pertanto essa viene ad integrare un elemento di disciplina della fattispecie, o meglio della vicenda legata al sistema produttivo dell'impresa per come è organizzata, orientata e svolta dal titolare.

Al riguardo, va ricordato come sia ormai del tutto superato l'indirizzo teorico secondo il quale le clausole generali in questione non sarebbero dotate di un'autonoma funzione precettiva, ma avrebbero un'efficacia esclusivamente mediata, venendo esse in rilievo solo grazie a quelle disposizioni che, nel disciplinare i vari aspetti dell'attività commerciale o contrattuale, vi siano ispirate ⁽⁶⁹⁾. D'altra parte, non pare possibile affidare

⁶⁷ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 del codice civile*, in *Giur. comm.* 2006, I, p. 1 ss..

⁶⁸ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 290.

⁶⁹ E' questo l'atteggiamento che sottende decisioni giurisprudenziali non più recenti, le quali o (secondo un orientamento già invalso in relazione all'art. 1124 del codice civile del 1865) negano addirittura apertamente ogni compito ordinamentale alla correttezza ed alla buona fede (Cass. 16 febbraio 1963, n. 357; Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610; Cass. 20 luglio 1977, n. 3250) o, di fatto, comunque vanificandole, le identificano con altri concetti, come ad esempio la diligenza (Cass. 27 ottobre 1987, n. 7063; Cass. 30 ottobre 1986, n. 6371; Cass. 9 luglio 1984, n. 4020; Cass. 14 giugno 1985, n. 3587) che concerne invece l'impegno che il debitore deve profondere nell'adempimento della sua obbligazione,

alla disposizione in esame la valenza di affermazione di principio, distinguendo così tra “principi” e “diritti”, secondo quanto stabilito dalla cd. Costituzione europea all’art. II-112: i principi sono infatti rivolti ai legislatori ed hanno una mera efficacia programmatica, ma qui è lo stesso legislatore ad aver formulato la disposizione, in un *corpus* normativo di recepimento di norme comunitarie (il codice del consumo) e di sistemazione delle previgenti disposizioni a tutela dei consumatori, per cui una norma programmatica di principio non avrebbe gran senso, avendo proprio il legislatore inteso disciplinare con quel testo legislativo la materia.

La formulazione di un principio generale (da intendersi non quale norma programmatica ma come disposizione di carattere trasversale comunque con valore precettivo) introdotto nel codice del consumo e riferito a tutte le “attività commerciali” vale a porre la norma in posizione sovraordinata rispetto al sistema di regolamentazione dell’impresa, e non già rispetto ai soli profili di responsabilità successivi al “contatto” con il consumatore, benché anche rispetto a tutti i comportamenti imprenditoriali. Tale principio viene a costituire «espressione di una filosofia dell’impresa, vista certamente come strumento primario della “ricchezza” nazionale, ma in ogni caso considerata come una forma organizzata, che deve sì

quale già completamente definita anche, per l’appunto, alla stregua della buona fede e della correttezza. E in definitiva una propensione al ridimensionamento della clausola in questione, riferita alle materia contrattuale, si intravede anche in quelle pronunce che ad essa pure si richiamano, ma soltanto a fini ornamentali, per arricchire motivazioni che, per essere già autosufficienti e sostenute da altri congrui argomenti, della buona fede e della correttezza non necessitano affatto (cfr. Cass. 18 luglio 1989, n. 3362; Cass. 18 febbraio 1986, n. 960; Cass. 22 febbraio 1985, n. 1603; Cass. 27 maggio 1983, n. 3675). L’atteggiamento giurisprudenziale che si rivolge “a vuoto” alla clausola generale in commento è stigmatizzato anche da G.M. UDA, *L’esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, p. 191; al riguardo v. anche U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio - Tomo II: Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, p. 29 e s.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 161. Sull’evoluzione della cultura giuridica in ordine alle clausole generali A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 137; P.G. MONATERI, *La dottrina*, in *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 1999, p. 431.

operare, (sperabilmente) incrementarsi ed affermarsi, ma ciò nel rispetto di definite regole, dalle quali emerga una disciplina che contemperì, con quelli dell'impresa, gli interessi di quanti potenzialmente e/o concretamente interagiscono con l'imprenditore»⁽⁷⁰⁾.

E proprio la collocazione sistematica "centrale" delle «regole nelle attività commerciali», posta in una posizione intermedia tra la parte generale dei contratti con i consumatori e le parti speciali dei singoli contratti del consumatore, sembra avvalorare una tale soluzione interpretativa⁽⁷¹⁾. Va peraltro ricordato che nel testo del Codice del consumo, quale approvato e diffuso dal Consiglio dei Ministri a seguito della riunione del 14 luglio 2005⁽⁷²⁾, l'art. 39 era collocato nella Parte III, dedicata alla "Circolazione di beni e servizi", riprendendo nella sua titolazione evidenti suggestioni del Trattato dell'Unione Europea. Il collegamento tra i beni ed i servizi, la loro circolazione mediante intermediari della distribuzione, e gli interessi dei consumatori è un "circuito" virtuoso ampiamente sottolineato dalla dottrina⁽⁷³⁾. Rispetto al Trattato dell'Unione, però, vi è una differenza: lì i consumatori – e le loro esigenze di tutela e di approvvigionamento – compaiono molto dopo, posto l'obiettivo – allora prevalente – di consentire, anzitutto, la libertà di commerciare e di prestare servizi, ossia, in altre parole, una equiparazione, quanto all'accesso al mercato, da parte degli imprenditori. I consumatori, almeno a livello comunitario,

⁷⁰ M. SANDULLI, *Art. 39, loc. ult. cit.*; ma v. L. ROSSI CARLEO, *Art. 18, cit.*, p. 59, che ritiene, invece, sussistente un rapporto di pariordinazione, senza alcuna gerarchia, tra quanto statuito dall'art. 39 con le altre disposizioni generali dettate dal codice del consumo, ed in particolare gli artt. 2 e 18.

⁷¹ Assegna particolare rilievo alla collocazione della norma ai fini della sua interpretazione M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 290.

⁷² Visionabile sul sito www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/codice_consumo/codice.pdf. La notazione è di E.M. TRIPODI, *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di E.M. Tripodi e C. Belli, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 209.

⁷³ T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, con la collaborazione di L. Bellodi, Padova, 2001, p. 359 ss.; L. MARINI, *La libera circolazione delle merci*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*, cura di a. Tizzano, in Tratt. di dir. priv., diretto da M. Bessone, vol. XXVI, tomo I, Torino, 2000, p. 169 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 1998, p. 293.

riceveranno attenzione solo in seguito, anche considerando la successione degli argomenti nella trama del Trattato di Roma ⁽⁷⁴⁾. Diverso l'atteggiamento dei costituenti europei che – preso atto del cospicuo *corpus* normativo dedicato alla tutela dei consumatori – hanno inserito il tema dei consumatori nel quadro dei “Diritti fondamentali dell’Unione”, statuendo che “nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori» (art. II-38)⁽⁷⁵⁾.

Non si sa quanto tali considerazioni abbiano influito nella redazione della versione definitiva del Codice, sta di fatto che la Parte II è ora intitolata «Il rapporto di consumo» con la significativa differenza che, caratterizzata la sezione nella prospettiva della “circolazione”, si affrontava la posizione dell’impresa e della distribuzione commerciale, in una visione di interrelazione funzionale rispetto al ciclo economico dei consumi; ora, al contrario, l’accento è posto sul consumo, e dunque sulle regole del sistema economico che vede, a questo punto, il soddisfacimento dei bisogni del consumatore in posizione anteposta agli interessi “liberistici” e di autonomia dell’impresa e del sistema di distribuzione commerciale.

Deve inoltre sottolinearsi come la sovraordinazione della norma, rispetto alle regole dell’agire imprenditoriale e del commercio in generale, vale a fugare i dubbi di legittimità costituzionale che pure taluna parte della dottrina aveva paventato, di fronte al riconoscimento di una pervasiva efficacia precettiva della disposizione: infatti, era stato osservato che, ove mai pertinente alla materia del commercio, la norma sarebbe in contrasto con l’art. 117 Cost. che demanda alle Regioni la competenza

⁷⁴ G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, I, Padova, 2003, p. 435 ss; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit.; G. ALPA-G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, App., vol. XV, Torino, 1997, p. 541.

⁷⁵ Sulla costituzione europea v. C. CURTI GIALDINO, *Una Costituzione per la nuova Europa. Progetto di trattato*, a cura del CIDE-Centro Nazionale di Informazione e Documentazione Europea, Milano, 2003.

primaria di legiferare su tale settore» ⁽⁷⁶⁾; lo stesso autore ritiene peraltro la norma «del tutto superflua» nella dimensione appena indicata, poichè «già il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 recante com'è noto, la riforma della disciplina del commercio, stabilisce, all'art. 1, comma 3, che «La disciplina in materia di commercio persegue le seguenti finalità: a) trasparenza del mercato, della concorrenza, la libertà di impresa e la libertà di circolazione delle merci; b) la tutela del consumatore, con particolare riguardo all'informazione, alla possibilità di approvvigionamento, al servizio di prossimità, all'assortimento e alla sicurezza dei prodotti» ⁽⁷⁷⁾.

E', tuttavia, agevole constatare come, da un lato, la riserva costituzionale alla potestà legislativa regionale attiene alla mera regolamentazione amministrativa del settore commerciale e non anche alle disposizioni inerenti l'esercizio dell'attività di impresa, che ovviamente restano di competenza statale ⁽⁷⁸⁾; dall'altro, l'art. 1 del d.lgs. n. 114/98 costituisce chiaramente una norma di carattere programmatico per l'adozione dei successivi interventi legislativi ed amministrativi, priva di alcun valore precettivo o di immediata applicazione ⁽⁷⁹⁾.

Ebbene, mentre nell'ambito delle attività negoziali pur è dettato, con valore precettivo, il canone di condotta di buona fede e correttezza (art. 1175 per le obbligazioni; artt. 1337, 1366, 1375, 1440 c.c. per il contratto), analogo limite comportamentale si rinveniva, per l'esercizio dell'attività di impresa, solo con riferimento ai rapporti con i concorrenti (art. 2598 n. 3 c.c.).

Se ci si domanda se un imprenditore deve comportarsi con buona fede e correttezza, ripugnerebbe a qualsiasi persona di buon senso una risposta

⁷⁶ Così E.M. TRIPODI, *Art. 39, cit.*, p. 211.

⁷⁷ E.M. TRIPODI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ Sull'art. 117 cost. v. per tutti AA.VV., *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, 2004.

⁷⁹ M.A. SANDULLI, *Art. 1*, in *Il commercio. Commento al d.lgs. 31 marzo 1998 n. 114*, Milano, 1998,, p. 17.

negativa: tuttavia, come ricordato nel precedente capitolo, l'evoluzione del sistema commerciale e del mercato ha indotto inizialmente il legislatore ad intervenire solo settorialmente per porre limiti a comportamenti opportunistici dell'imprenditore, intesi a perseguire i propri interessi a discapito di quelli dei clienti-consumatori. Ciò ha orientato gli interpreti a ritenere che, una volta soddisfatto lo specifico precetto, in mancanza di un criterio orientativo ulteriore della condotta, non vi fosse spazio per una diversa valutazione circa la "sufficienza" o la "adeguatezza" dell'iniziativa o dell'azione dell'imprenditore in termini di liceità o di esigibilità di una condotta diversa o ulteriore, e ciò anche ove, nel caso concreto, la previsione della legge speciale non risultasse appropriata o sufficiente. Naturalmente, la rigidità del sistema risulta anche pregiudizievole per il professionista, che non ha possibilità di adeguare i suoi comportamenti alle diverse esigenze, dovendo uniformarsi a quanto specificamente previsto dalla norma speciale, anche ove egli abbia la consapevolezza dell'inadeguatezza del suo comportamento e volesse operare in difformità dalla condotta prescritta, ritenendo il diverso comportamento di maggior tutela del cliente. In tale ipotesi, infatti, egli subirebbe le conseguenze sanzionatorie previste dalla norma speciale, senza possibilità di indagine o esimente per aver tenuto una condotta più aderente alla realtà concreta, pena la irrogazione della sanzione.

La necessità di orientare la regolamentazione dell'agire imprenditoriale superando i limiti e le rigidità delle norme settoriali, è stata avvertita da una parte della dottrina, che ha puntualmente evidenziato che «quando si faccia riferimento al comportamento complessivo dell'imprenditore in relazione ad uno qualsiasi dei settori nei quali la legislazione speciale relativa al settore stesso permetta di individuare una serie di elementi che abbiano la capacità di dar luogo ad un comportamento autonomo, si pone un problema di meritevolezza degli interessi e soprattutto

riprende il sopravvento il *quomodo*, nel senso che l'identificazione delle linee di comportamento dell'agire imprenditoriale richiede che si valuti "come l'impresa è organizzata, come opera chi la gestisce", utilizzando quegli indici ricostruttivi desumibili dal complesso delle disposizioni» (80).

La previsione di una clausola generale vigente per tutte le attività commerciali, permette di operare secondo un indice unico e certamente più chiaro e trasparente rispetto ad un processo deduttivo affidato al giudice con riguardo alle norme speciali settoriali ed al sub-sistema che esse formano.

A tal proposito la stessa dottrina ha segnalato come le modificazioni introdotte dalla riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 nella disciplina dell'impresa-società per azioni, costituisce traccia, non priva di rilevanza, dell'emersione di una crescente sensibilità del legislatore nel delineare forme di "responsabilità" dell'imprenditore per l'organizzazione dell'impresa, e dunque l'erosione di margini di libertà ed autonomia prima non posti in dubbio. Espressione più significativa di tale tendenza è l'art. 2392 c.c., nel quale, per valutare il comportamento complessivo degli amministratori, al criterio della diligenza del mandatario si è sostituito quello della «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

Non meno significative, sempre in relazione al mutato regime di responsabilità imputato all'imprenditore, sono poi le novità contenute nell'art. 2381 e cioè: (i) la statuizione di un principio di "adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società" che gli organi delegati, se esistenti, devono curare tenendo presenti "la natura e le dimensioni dell'impresa" e che il consiglio di amministrazione deve valutare periodicamente sulla base delle informazioni trasmesse; (ii) la

⁸⁰ V. BUONOCORE, *La responsabilità dell'impresa tra responsabilità e vincoli*, in *La responsabilità dell'impresa (convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale, Bologna, 8-9 ottobre 2004)*, Milano, 2006, p. 42.

statuizione di un circuito informativo, concretandosi, in primo luogo, negli obblighi a carico degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione; (iii) la statuizione di un obbligo a carico degli amministratori di esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società e valutare il generale andamento della società ⁽⁸¹⁾.

Prima dell'introduzione dell'art. 39 cod. cons., in definitiva, il sistema appariva carente di una "regola" posta in modo positivo e precettivo, che consentisse un processo di adattamento, per via ermeneutica, alle assai complesse e mutevoli esigenze della vita quotidiana, alle attese degli operatori del mercato – sia professionisti che consumatori -, ed alle aspettative di giustizia. La disciplina dell'attività di impresa, e della correlativa responsabilità dell'imprenditore, appariva piuttosto «come un aggregato di isole in cui ciascuna figura di illecito obbedisce a regole proprie» ⁽⁸²⁾, anziché come un sistema compiuto e complessivamente valutabile

7. L'evoluzione della legislazione comunitaria

La regolazione settoriale dell'attività di impresa ha manifestato i propri limiti di fronte al proliferare dei danni propri delle società complesse, generando ricadute sempre più evidenti su valori importanti della persona, anche diversi da quelli pertinenti alla sfera economico-patrimoniale; con danni di massa non riferibili a soggetti specifici o gruppi limitati di persone, e forti conflittualità nei rapporti tra imprenditori e

⁸¹ V. BUONOCORE, *La responsabilità dell'impresa tra libertà e vincoli*, cit., p. 42.

⁸² V. BUONOCORE, *op. ult. cit.*, p. 24.

consumatori, anche in ragione della crescente complessità dei mercati e dei prodotti, anche se di consumo diffuso.

L'acquisita consapevolezza che l'imprenditore si trova in una situazione soggettiva più vantaggiosa sia dal punto di vista dell'informazione che della struttura rispetto agli altri operatori del mercato (lavoratori, consumatori), anche per la possibilità di prevenzione dei danni e tutela dei beni primari della persona, ha reso opportuno allargare i margini dell'area di responsabilità dell'imprenditore a tutti i settori in cui l'impresa stessa è in grado di generare esternalità⁽⁸³⁾.

E' così che dalla generale ed estesa "responsabilità da prodotto", come originariamente prevista dal d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 73, il processo evolutivo del sistema di responsabilità è giunto alla "codificazione" del principio di cui all'art. 39, affermando una "responsabilità da attività"⁽⁸⁴⁾. Il comportamento dell'imprenditore in ogni ambito organizzativo e gestionale della propria impresa assume un ruolo primario e consente l'emersione di un profilo sinora trascurato dalla legislazione nazionale per ossequio al principio della libertà di impresa di cui all'art. 41 cost., ma presente nello spirito delle fonti comunitarie. Ed infatti, superata una prima fase nella quale l'attenzione del legislatore comunitario si è incentrata sulle regole del contratto di massa, l'orientamento comunitario appare sempre più teso ad individuare *regole dell'impresa*, rendendo concreti principi generali, quali quelli della buona fede, della correttezza e della diligenza professionale. Scopo del legislatore comunitario è stato quello di attuare una politica coordinata e comune di intervento, dettare norme di carattere trasversale che, attraversino orizzontalmente i vari settori, nonché realizzare così una "armonizzazione massima" nell'ambito

⁸³ Su tale processo evolutivo della responsabilità d'impresa v. C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità "proporzionata" dei soci*, Milano, 2002, p. 76, ove anche un'ampia panoramica sull'evoluzione del sistema di responsabilità d'impresa negli Stati Uniti, a partire dalla fine dell'800.

⁸⁴ M. SANDULLI, *Art. 39*, cit., p. 288.

dei diversi sistemi giuridici su cui si fondano gli Stati membri. A tal fine le clausole generali, introdotte tout court nei singoli ordinamenti, si presentano come lo strumento più idoneo ad uniformare le discipline nazionali, in modo flessibile, e con il raggiungimento di una uniforme tutela dei consumatori, nonché di allineare il livello di responsabilità dei professionisti-imprenditori nei vari ordinamenti.

Proprio la tutela del consumatore come *persona* è oggi posta come elemento unificante e centrale della disciplina dell'impresa a livello comunitario: «la nozione di consumatore esprime, nelle sue diverse articolazioni una figura che non deve essere tutelata, ma rispettata, quale parte di un mercato regolamentato in modo da consentirgli non solo di agire liberamente come “*cives*” o, meglio, come “*persona*”, ma altresì di assurgere ad un rilievo macro economico divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda. ... In questa prospettiva giova ricordare che per quanto riguarda il codice del consumo, il criterio seguito nell'aggregazione di discipline frammentate non è incentrato sulla figura soggettiva: il vero criterio aggregante è dato, piuttosto, dal procedimento di consumo. Il codice, difatti, è il codice “del consumo”, non del consumatore. Il passaggio da interventi sporadici e frazionati ad una disciplina di settore trova un solido punto di coesione nella previsione di *regole dell'attività* che, in particolare, attraverso l'imposizione di regole di condotta “corrette”, determinano una disciplina di carattere orizzontale»⁽⁸⁵⁾.

Altro problema è quello dei prevedibili vantaggi o svantaggi che potranno derivare dalla disponibilità di una regola che, per il suo riferimento ad un criterio astratto e metagiuridico, deve essere conciliato con l'esigenza di una predeterminazione *a priori* del contenuto, in modo quanto più stringente possibile, per rispondere alla insopprimibile esigenza, insita nell'organizzazione dell'impresa, di predeterminazione delle con-

⁸⁵ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, cit.*, p. 16 del dattiloscritto.

dotte e di realizzazione di obiettivi produttivi ⁽⁸⁶⁾.

A questo punto, si rende opportuno individuare, da una parte, il “contenuto” della condotta imposta all’imprenditore in termini di buona fede, correttezza e lealtà; dall’altro le conseguenze che la violazione di tali canoni comportamentali genera.

8. Attività di impresa e solidarietà sociale

I principi indicati dall’art. 39 cod. cons., informatori dell’attività di impresa sono quelli della buona fede, della correttezza e della lealtà.

La dottrina civilistica ha da tempo segnalato come tali concetti debbano essere considerati sinonimi ⁽⁸⁷⁾ e si connotano di contenuti variabili

⁸⁶ A. BASSI, *Correttezza*, cit., p. 303.

⁸⁷ F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, 1981, p. 321ss.; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977, p. 647; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 6; G. ALPA, *pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dit. comm.*, 1971, II, p. 288; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 204; S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, 1285; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p. 147; S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 679; Cass. 16 febbraio 1963 n. 357; Cass. s.u., 15 novembre 2007, n. 23726. Invero, A. D’ANGELO, *La tipizzazione*, p. 704 rilevando che «molto spesso gli interventi definitori si risolvono nella indicazione di sinonimi o di perifrasi che non descrivono la nozione più di quanto non facciano il puro e semplice impiego della formula “buona fede”» e a tale proposito richiama tra le locuzioni più o meno ricorrenti in dottrina anche quelle di “correttezza e lealtà”, di “rispetto della parola data”, “protezione degli affidamenti suscitati”, “fedeltà di un accordo concluso”, “impegno all’adempimento delle altrui aspettative”, e ancora di “solidarietà” e “onestà”, “cooperazione”, “linearità di comportamento”, “rispetto della personalità e della dignità”.

Distingue nettamente tra “buona fede” e “correttezza” E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 91, Attribuendo alla prima il contenuto di un dovere che richiede un atteggiamento positivo di cooperazione e di impegno, mentre alla seconda, rilevante nel campo dell’abuso del diritto, e nei casi in cui si venga *contra factum proprium*, solo un «incolore» dovere negativo di rispetto e di conservazione dell’interesse altrui. Per GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile. L’adempimento*, Milano, 1956, p. 181, diversamente, «si tratta di concetti assai contigui, che si coprono parzialmente a vicenda»; nello stesso senso G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1963, p. 119, che scrive che il principio di correttezza ha «un proprio contenuto», pur ritrovandosi «accanto» a quello della buona fede.

aventi come obiettivo «la protezione degli affidamenti» ⁽⁸⁸⁾, ovvero il «comportamento onesto» ⁽⁸⁹⁾, «l'impegno all'adempimento delle altrui aspettative» ⁽⁹⁰⁾; più in generale, si riconosce ad essi il valore espressivo del «principio di solidarietà» ⁽⁹¹⁾ ovvero di «rispetto di regole di convivenza sociale» ⁽⁹²⁾.

I tentativi di classificazione della buona fede nelle diverse categorie di doveri e regole non hanno trovato esauriente conclusione e condivisione, tanto che appare piuttosto condivisa dalla prevalente e più autorevole dottrina l'opinione circa «l'impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo delle regole di correttezza e buona fede» ⁽⁹³⁾, non potendosi ridurre la clausola generale «in concetti definiti una volta per tutte» ⁽⁹⁴⁾ proprio per la caratteristica strutturale e funzionale della norma così enunciata.

Ciò che appare, invece, convincimento diffuso e condiviso – e che con riferimento al campo specifico di applicazione dell'attività di impresa appare certamente pertinente ed appropriato - è che la buona fede costituisce un «criterio di responsabilità relativamente a comportamenti che ineriscono ad un ambito di discrezionalità e che, come tali, sono sindacabili alla stregua del criterio di diligenza» ⁽⁹⁵⁾.

In definitiva, la condotta di buona fede, corretta o leale deve essere caratterizzata dal rispetto del principio generale della «solidarietà sociale», affermato quale valore fondante dell'intero ordinamento positivo

⁸⁸ P. RESCIGNO, *Manuale, cit.*, p. 647.

⁸⁹ U. BRECCIA, *Diligenza, cit.*, p. 6.

⁹⁰ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 77.

⁹¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*; Cass. 25 maggio 1975 n. 2014; Cass. 5 gennaio 1966 n. 89.

⁹² F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1962, p. 709.

⁹³ V. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano., 1974, p. 28; ma v. anche V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933, p. 129 riteneva che «della buona fede non si possa dare una definizione giuridica»

⁹⁴ S. RODOTÀ. *op. ult. cit.*, p. 189.

⁹⁵ S. CARBONE-A. D'ANGELO, *Contratti di cooperazione e responsabilità delle imprese (La pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 401 ss.

sin dalla sua fonte di rango costituzionale ⁽⁹⁶⁾. Uno stesso spirito di socialità - che pure deve poi essere adeguatamente specificato - è sotteso a quelle disposizioni che tutelano la buona fede in senso soggettivo: a quest'ultima che inerisce allo stato psicologico-intellettuale del soggetto che ignora di ledere il diritto altrui (art. 1147 c.c.) si accomuna, secondo una matrice unitaria ⁽⁹⁷⁾, sebbene differenziandosene nettamente ⁽⁹⁸⁾, la buona fede in senso oggettivo, intesa, invece, quale regola di condotta.

La solidarietà sociale, quale parametro di valutazione della buona fede, a sua volta, deve essere concretizzata in comportamenti dei beni fondamentali ed inviolabili desumibili dalla Costituzione ⁽⁹⁹⁾, nonché nei sugge-

⁹⁶ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209: «la buona fede in senso oggettivo o correttezza si riporta all'idea di fondo della solidarietà»; M. NUZZO, *L'utilità sociale*, cit., p. 91 ss. Sulla necessaria compatibilità dell'atto di autonomia con gli interessi riconducibili al concetto di solidarietà sociale quale previsto dalla Costituzione, e sulla pervasiva incidenza dei principi costituzionali nel diritto civile si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, p. 189 ss.

⁹⁷ U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 35. Sulla «dimensione comune» e «contrassegnata da un principio di socialità», nella quale si collocherebbero buona fede oggettiva e buona fede soggettiva, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., p. 188; Id., *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 54 ss.; S. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 677; R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 46. Per una disamina dedicata alla buona fede soggettiva per tutti v. G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 77 ss.

⁹⁸ Sui rapporti tra buona fede quale canone comportamentale e buona fede quale stato psicologico, si rinvia alle voci enciclopediche: S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 680 ss.; M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma 1988, p. 1 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *Buona fede*, cit., p. 156 ss e 188 ss.; MONTEL, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Noviss. Digesto it.*, II, Torino, p. 603 ss.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 163 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 277 ss.; l'idea è condivisa anche da M. FRANZONI, *Degli effetti*, cit., p. 184 e, sebbene nell'ambito di una diversa ricostruzione del ruolo della buona fede, vista in funzione di valutazione di equità, F. GAZZONI, *Equità*, cit., p. 359 ss.; A. DI MAJO, *Clausole*, cit., p. 5659 che ritiene «abbastanza plausibile che le clausole generali o i principi in essa incorporati siano considerati quasi un'espansione dei principi costituzionali». In senso contrario al ricorso alle direttive costituzionali A. D'ANGELO, *La buona fede*, p. 233 e L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 9 ss., secondo il quale «il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali», aggiungendo che «il riferimento ai principi costituzionali come parametri interpretativi della clausola della correttezza e della buona fede ha più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante».

rimenti del comune sentire ⁽¹⁰⁰⁾. Quanto ai primi, essi possono individuarsi nei beni imposti dall'art. 2 Cost. e relativi a tutti i "diritti inviolabili dell'uomo" sanciti dai trattati internazionali, quali, da un lato, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, che fa riferimento al diritto alla vita (art. 2), alla libertà ed alla sicurezza (art. 5), alla vita privata e familiare, al suo domicilio ed alla sua corrispondenza (art. 8); dall'altro, quella sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989.

A questi, poi, vanno aggiunti i beni dettati dall'art. 4 Cost., riguardo al diritto al lavoro, e dall'art. 32 Cost., per il diritto alla salute.

I principi di buona fede e correttezza vengono, così, ad esprimere un'esigenza di rispetto, piuttosto che di tutela, dei valori quali la sicurezza, la libertà e la dignità della persona umana e, quindi, di quel dovere di solidarietà sancito dalla Carta Costituzionale all'art. 2 ⁽¹⁰¹⁾, onerando l'imprenditore ad agire (nell'ambito della propria attività) e conseguentemente organizzare l'attività, in modo che siano salvaguardati tali interessi con riferimento a ciascun individuo; e ciò pur in assenza di specifiche norme di condotta che rendano obbligatorio un determinato comportamento. Sotto tale profilo, è possibile caratterizzare il dovere di lealtà rispetto a quelli di correttezza e buona fede (in cui pur deve ritenersi ricompreso) attribuendo ad esso una specifica funzione di «non suscitare falsi affidamenti, non trarre vantaggio e, specularmente, di non contestare affidamenti ragionevoli» ⁽¹⁰²⁾.

¹⁰⁰ Ed invero, secondo F. GALGANO, *Gli effetti, cit.*, p. 95 e s., «le regole, non scritte, della correttezza e della lealtà sono regole di costume: corrispondono a ciò che un contraente di media correttezza o lealtà si sente di dover fare o di non fare; e si dovrà tener conto del livello medio di correttezza in quel dato settore economico o sociale cui il contraente si riferisce».

¹⁰¹ Cass. 20 aprile 1994, n. 3775.

¹⁰² C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2004, p. 172, che ricorda come la suddivisione dell'obbligo di buona fede nelle due categorie della «salvaguardia» e della «lealtà» è suggerita da C.M. BIANCA, *La nozione, cit.*, p. 209, «e tuttavia tale classificazione non integra ancora gli estremi di una soddisfacente

La correttezza, se riferita all'attività di impresa, diviene un limite all'attività economica, un «criterio di responsabilizzazione anche dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e anzi per il benessere degli altri»⁽¹⁰³⁾: si pensi, ad esempio, all'obbligo di informare il cliente del grado di utilità della prestazione offerta, specialmente nel caso in cui sia palesemente inutile al fine perseguito⁽¹⁰⁴⁾.

Già era stato affermato da parte della dottrina che l'agire dell'imprenditore (sia all'esterno, sia all'interno per i profili che anche indirettamente possono poi condizionare i contatti esterni) comporta l'accollo di particolari doveri in relazione alla necessità di dover tenere conto, accanto ai fini propri di ogni impresa (ossia produzione, scambio e guadagno), anche dell'interesse di altri soggetti e, in primo luogo, dell'intera comunità⁽¹⁰⁵⁾. Oggi, questa affermazione costituisce una conseguenza quasi naturale del sistema di "regole" che disciplina l'impresa, traducendo, con l'art. 39 cod. cons., in prescrizione vincolante e preminente i valori costituzionali.

Così interpretati, i principi enunciati dall'art. 39 cod. cons. vengono ad integrare e specificare il canone dell'utilità sociale, introducendo oltre ad un limite esterno, obblighi autonomi ordinati alla protezione dell'interesse di ciascun consumatore, anche solo potenziale, a preservare la propria persona e i propri beni da danni prodotti da comportamenti scorretti (sleali o negligenti) di coloro che si pongono dal lato della produzione e dello scambio dei beni. Ciò che postula la nuova disposizione è che non può ritenersi giustificata una conduzione dell'impresa orientata esclusivamente alla massimizzazione del profitto in spregio degli interessi coinvolti e dei valori che rappresentano; non è, pertanto, possibile che

tipizzazione e costituisce a ben vedere soltanto una tappa ulteriore el procedimento di concretizzazione della clausola».

¹⁰³ L. MENGONI, *Autonomia privata, cit.*, p. 10.

¹⁰⁴ Fattispecie giudicata illecita dal Trib. Torino, 14 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 205.

¹⁰⁵ F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e rapporto di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 89.

l'imprenditore agisca operando una divaricazione tra il principio di solidarietà e quelli di libertà ed efficienza del sistema economico: la condotta dell'imprenditore non può essere esternalizzata e traslata, negli eventuali effetti dannosi, sul sistema assicurativo, ma occorre considerare non legittimamente partecipe del mercato l'imprenditore che operi in modo scorretto o in mala fede.

A tal riguardo, non sembra del tutto inappropriato il riferimento al contenuto precettivo dell'art. 2088 c.c. – considerato abrogato per la caduta dell'ordinamento corporativo –, il quale sanciva un principio generale di responsabilità dell'imprenditore e, di conseguenza, una limitazione del suo potere discrezionale ⁽¹⁰⁶⁾, concordando con chi ha efficacemente scritto che «venendo meno il riferimento alla solidarietà corporativa ... non per questo è caduta la possibilità di caratterizzare la correttezza sulla base dei nuovi principi che reggono il nostro ordinamento e la necessità di valutare i rapporti interprivati secondo criteri che consentono un loro corretto inserimento nel contesto sociale» ⁽¹⁰⁷⁾.

La previsione che tutte le attività d'impresa siano «improntate» al rispetto dei principi di buona fede, correttezza e lealtà non vuole, tuttavia, reintrodurre nostalgiche idee funzionalizzatrici ⁽¹⁰⁸⁾, e neppure negare fondamento al principio «gli affari sono affari» (*business is business, les affaires sont les affaires*), ma vuole suggerire che «i rapporti economici possano, e debbano, essere determinati non solo dall'esclusiva ricerca del successo particolare (e quindi nelle eventualità più pessimistiche ed immorali, dalla spregiudicatezza, dalla slealtà competitiva e dall'egoismo unilaterale secondo cui il profitto dell'uno è il danno dell'altro» ⁽¹⁰⁹⁾. Pre-

¹⁰⁶ Vedi *supra* Cap. I, § 4.

¹⁰⁷ F. VASSALLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ V. BUONOCORE, *La responsabilità dell'impresa*, cit. p. 35; G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.

¹⁰⁹ T. BAGIOTTI, *Il profitto. Fondamento e destino di una discussa categoria economica*, Padova, 1965, p. 21.

scindendo dalla patologia morale, occorre riconoscere che (di regola) l'uomo produttore e l'uomo-consumatore tendono a perseguire soprattutto la loro convenienza particolare: «Chi istituisce un'azienda lo fa precipuamente in vista della soddisfazione dei bisogni suoi propri; e la soddisfazione dei bisogni altrui appare in ogni caso una finalità mediata, seppur necessaria. Quanto di egoistico è alla base dell'attività economica riceve in tal senso una univoca interpretazione, che non è nient'affatto un negativo giudizio, ma piuttosto una logica visione della realtà»⁽¹¹⁰⁾; e «non è certo dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo il nostro pranzo, ma dal fatto che essi hanno cura del proprio interesse. Noi ci rivolgiamo non alla loro umanità, ma al loro egoismo, ed a loro non parliamo mai delle nostre necessità, ma dei loro vantaggi»⁽¹¹¹⁾.

Da tali affermazioni è possibile concludere che la correttezza e la buona fede non sono *oggetto* dell'attività di impresa, che non deve avere come finalità specifica la soddisfazione di interessi altruistici, ma costituiscono dei criteri orientativi dell'agire, elementi di giudizio del *come* si agisce⁽¹¹²⁾. La correttezza così intesa e riferita all'attività di impresa eleva il punto di valutazione delle singole condotte ad un ambito di considerazione più ampio: occorre perciò considerare la complessiva organizzazione dell'impresa, ed il complessivo assetto di rapporti posti in essere dall'imprenditore per poter giudicare conforme o meno a canoni di correttezza la sua condotta. A tale stregua non potrà essere presa in considerazione la sola frazione di attività, o la singola clausola negoziale imposta dall'imprenditore al consumatore (ad es. capitalizzazione trimestrale degli interessi nel caso di contratti bancari), ma occorrerà considerare il com-

¹¹⁰ D. AMODEO, *Ragioneria generale delle imprese*, Napoli, 1965, p. 13 s.

¹¹¹ A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, 1976, p. 18.

¹¹² A. BASSI, *Correttezza*, cit, p. 301.

plussivo equilibrio delle relazioni imprenditore consumatore, ovvero il complessivo assetto negoziale che è proposto (scorretta è la previsione di una capitalizzazione periodica degli interessi debitori più vantaggiosa rispetto a quella riconosciuta al cliente per la capitalizzazione degli interessi attivi; nessuna scorrettezza è imporre la capitalizzazione trimestrale per periodi identici per l'una o l'altra ipotesi).

La traccia di un solidarismo necessario nell'organizzazione dell'impresa si rinveniva già nel pensiero di Vivante, che si preoccupava dei *consumatori*, «che una legge di classe poneva in balia dei commercianti». Il suo pensiero era rivolto al «cittadino che si provvede del vitto, di una medicina, di un libro, che deposita alla banca i suoi risparmi; che assicura una dote per la sua figliuola; che si assicura una pensione per la vecchiaia ...: dalla nascita alla tomba, pel corteo battesimale, per la festa di nozze, per le onoranze dei morti, è sempre il codice di commercio che ormai governa l'atto del cittadino che contrae con un'impresa mercantile» ⁽¹¹³⁾. Ma il suo pensiero era anche rivolto ai lavoratori: egli si poneva il problema di «come si possa conciliare la rigida disciplina dell'opificio colla tutela dell'operaio» ⁽¹¹⁴⁾. La proposta di Vivante era quella di una disciplina dell'impresa che, abbandonando i canoni della specialità settoriale e corporativa, ristabilisse quella «solidarietà sociale che dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislatore».

9. La *governance* dell'impresa e i codici di autodisciplina

L'enunciazione in forma precettiva di principi informativi dell'attività di impresa introduce, nella valutazione dell'agire imprenditoriale,

¹¹³ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1929, p. 9.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

elementi “etici” ⁽¹¹⁵⁾ e comporta la consapevolezza: (i) dello sviluppo tecnologico e del connesso fenomeno della evoluzione e delle dimensioni di alcuni settori caratterizzati da una elevata pericolosità; (ii) dei progressi della scienza medica – si pensi all’industria biotecnologica ed a quella degli organismi geneticamente modificati; (iii) degli ineliminabili e non calcolabili rischi connessi all’impatto ambientale ed ai danni a persone e cose.

Tutti questi fattori hanno fatto emergere, da un lato, il problema della relazione tra libertà dell’impresa e tutela del consumatore, o meglio delle persone che vengono in contatto con l’impresa, dall’altro, la rimeditazione della *governance*, delle strategie d’impresa e della destinazione della ricchezza prodotta dall’impresa. Ci si è, in definitiva, interrogati sulla stessa legittimità di un’impresa che possa “abusare” della propria libertà, esonerandosi addirittura dalle conseguenze negative della propria condotta, perché in grado di marginalizzare le eventuali pretese risarcitorie o, addirittura, di trasferirle all’esterno, ad esempio, sul sistema assicurativo.

Ne è conseguita la necessità di operare, a livello di normazione primaria e con forza cogente per il giudice nella decisione del caso concreto, un raccordo tra la disciplina particolare della legge ed i fondamenti etico-sociali del sistema giuridico nel suo complesso; di adottare un metro di responsabilità dell’imprenditore che, in qualche modo, condizioni il suo operare alle esigenze di tutela altrui sin dal momento della “programmazione” e della organizzazione della propria

¹¹⁵ Per un primo approccio all’aggancio fatto tra buona fede oggettiva ed etica, cfr. G. ALPA, *Pretese del creditore*, cit., p. 278; E. BETTI, *op. cit.*, p. 66; M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., p. 206; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 6, 11, 49; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 615 ss., ove si fa richiamo alla «onestà mercantile»; S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, che puntualizza che la buona fede ha «una componente etica» per senza assurgere a «concetto essenzialmente etico»; in senso critico v. F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 69 e U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1961, p. 166 ss.

attività. L'attività umana e, in modo particolare, quella commerciale, pertanto, non deve perseguire la sola massimizzazione del profitto, perché ciò lede le aspettative degli altri detentori d'interessi convergenti nell'impresa (*stakeholders*) e, nel tempo, può determinare addirittura l'estinzione dell'impresa e conseguenze negative per i mercati. Anche nelle attività d'impresa occorre, perciò, anteporre il valore della dignità umana a tutto il resto «perché questo valore rappresenta il punto di partenza e di arrivo dell'indagine intorno a connessioni tra interessi discordanti»⁽¹¹⁶⁾.

La compatibilità tra i due apparentemente inconciliabili principi - quello della massimizzazione del profitto per l'imprenditore e quello della considerazione degli interessi esterni dell'impresa - si rinviene anche nelle tesi sostenute da parte della dottrina⁽¹¹⁷⁾, che, proprio in relazione allo sviluppo cd. sostenibile delle imprese, ritiene che non si può orientare la disciplina di queste in funzione esclusiva del perseguimento del profitto, né è possibile considerare la realizzazione o il rispetto di ogni altro valore coinvolto nell'attività di impresa solo in chiave di conciliazione con il fine soggettivo del profitto stesso⁽¹¹⁸⁾.

La preminente rilevanza di una condotta etico-sociale rispetto all'interesse egoistico dell'imprenditore-professionista è stata originariamente recepita nell'ambito delle professioni intellettuali protette,

¹¹⁶ R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto Privato*, Torino, 2009, I, p. 92, che ricorda come il diritto diventa lo strumento di ricerca di giuste misure e di proporzioni tra l'«io» e gli «altri», e cioè tra il bene individuale ed il bene comune.

¹¹⁷ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 16 ss.

¹¹⁸ Va segnalata anche la notazione di C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità «proporzionata» dei soci*, Milano, 2002, secondo il quale tale visione consente un'interpretazione più moderna dello stesso art. 41 cost., poiché «muovendo dal rapporto dialettico tra materia regolata e principio ordinatore si attribuisce alla norma politico-giuridica la funzione di aver ordinato nelle democrazie occidentali una volontà di profitto che, se lasciata a se stessa, si sarebbe liberata e si libererebbe il più possibile dalla stessa regola politico-giuridica, ma – quel che è peggio – imporrebbe essa la propria regola alla politica, cioè subordinerebbe gli interessi e i bisogni della società al processo produttivo volto all'incremento del profitto».

con l'imposizione di regole deontologiche agli appartenenti alla categoria professionale; ma ciò era frutto della considerazione distinta di tali attività professionali rispetto al ceto imprenditoriale (art. 2238 c.c.), tal che nell'esercizio di tali attività doveva ritenersi insito uno *status* del professionista inteso quale intermediario per consentire ai cittadini l'accesso a servizi che comportavano particolari competenze di natura tecnica; tal che il professionista si poneva quale erogatore di un servizio prestato nell'interesse prevalente del cliente, ed anche sotto il profilo della determinazione del corrispettivo per l'opera prestata, si sottraeva alle regole del mercato, stabilendosi precisi tariffari e prescrivendosi che lo stesso compenso fosse «adeguato all'importanza dell'opera e al decoro della professione» (art. 2233 c.c.).

E' però recente il diffondersi anche nell'ambito delle attività di impresa di codici etici e di autodisciplina, con il quali si pongono precisi limiti alle condotte dell'imprenditore: dal codice di autodisciplina pubblicitario adottato sin dalla metà degli anni sessanta ⁽¹¹⁹⁾ al recente Codice di autodisciplina adottato dalle società quotate in mercati regolamentati ⁽¹²⁰⁾. Si tratta di "codici", o piuttosto una serie di regole e prescrizioni, volte ad assicurare determinati comportamenti da parte dei soggetti che manifestano adesione al "codice" stesso, promosse da associazioni di categoria o organismi rappresentanti interessi omogenei. Si tratta di norme adottate su base volontaristica, frutto dell'autonomia privata, al fine di autoregolamentarsi per evitare abusi ed assicurare una forma di correttezza nei comportamenti di ciascun operatore che vi aderisca.

Ma proprio la natura negoziale delle regole di autodisciplina tradisce la inadeguatezza di siffatti "codici", i quali da un lato affidano allo stesso

¹¹⁹ M. FUSI – P. TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983.

¹²⁰ P.M. SANFILIPPO, *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcemen*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 929; L. DE ANGELIS, *La borsa, gli affari e il codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 465.

ceto mercantile, ed anzi agli operatori dello specifico settore commerciale in cui l'impresa opera, la selezione dei comportamenti ritenuti "virtuosi", con sostanziale «autoproduzione»⁽¹²¹⁾ delle norme alle quali si intende adeguare la condotta; dall'altra non trovano adeguata ed efficace sanzione giuridica⁽¹²²⁾. Ed infatti, le sanzioni tipiche dell'autodisciplina riguardano soprattutto la reputazione di chi ne violi i precetti, ed anzi «si è dovuto tristemente constatare perfino che i comportamenti eticamente spregiudicati possono essere visti con simpatia»⁽¹²³⁾.

La rilevanza dei codici di autodisciplina ha recentissimamente fatto registrare un significativo passo avanti sul piano della efficacia, lì dove il legislatore è intervenuto prevedendo forme di coordinamento tra le disposizioni di legge settoriali e le norme autodisciplinari (v. quanto previsto dalla disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa ovvero sulle pratiche commerciali scorrette, artt. 21 e 23 cod. cons.), altre volte incentivando l'adesione a sistemi autodisciplinari (art. 123-bis T.U.F.), altre volte ancora menzionando le norme autodisciplinari come possibili elementi di integrazione di disposizioni cogenti, in forza di (volontario) rinvio, per il soggetto onerato (artt. 2387 e 2409-septiesdecies, comma 2, c.c., per quanto riguarda le disposizioni statutarie di s.p.a.)⁽¹²⁴⁾.

Anche la giurisprudenza ha dato rilievo alle norme di autodisciplina,

¹²¹ Di «norme autoprodotte» parla M. SANDULLI, *Strumenti giuridici*, cit., p. 68.

¹²² Per una analisi della efficacia delle norme di autodisciplina v. M.S. SPOLIDORO, *Appunti sulle condizioni di effettività dell'autodisciplina alla luce dell'esperienza dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Diritto, Mercato ed etica*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010, p. 489 ss.

¹²³ La considerazione è di M.S. SPOLIDORO, *Appunti*, cit., p. 496.

¹²⁴ Ma si v. M.S: SPOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 500 che sottolinea come «nessuno di questi riferimenti espressi pone una sanzione diretta della violazione delle norme di autodisciplina» ma «sembrano attribuire all'autodisciplina un ruolo assai ambiguo, quasi che le norme dell'autodisciplina siano parte di un ordinamento di seconda scelta; norme che, per usare un'espressione vernacola, non sembrerebbero nè carne nè pesce». Pare insomma che le norme si preoccupino di dare all'autodisciplina una funzione di servizio (o di riserva) rispetto al diritto dello Stato: o forse si potrebbe ravvisare l'intento di mettere l'autodisciplina in una casella ben definita, senza poi preoccuparsi più di tanto di quel che c'è all'interno di essa».

per cui la violazione di queste integrerebbe in modo più o meno immediato l'ipotesi di scorrettezza professionale di cui all'art. 2598, n. 3 c.c.: «Nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto di atti di concorrenza sleale, le regole contenute nel codice di autodisciplina pubblicitaria costituiscono parametri di valutazione della correttezza professionale» ⁽¹²⁵⁾.

La dottrina, però, non ha mancato di sottolineare come tale equazione tra i principi di correttezza professionale e norme di autodisciplina appare non pertinente, poichè le norme autodisciplinari vincolano solo una parte di coloro che sarebbero i potenziali destinatari della norma stessa, e cioè chi ha aderito a tale codice; i principi di correttezza professionale sono vincolanti generalmente e per tutti gli imprenditori, anche per chi non li riconosce e non ha mai espresso la volontà di adottarli come regola di condotta: «I principi di correttezza professionale sono insomma leggi, non traslazioni di disposizioni autodisciplinari nè semplicemente usi frequenti di un determinato settore economico-imprenditoriale, benchè sia senz'altro ipotizzabile che, talvolta, vi sia coincidenza tra gli uni e le altre: in termini più semplici, non solo vi sono casi in cui i precetti dell'autodisciplina sono più severi della correttezza professionale, ma anche casi in cui l'autodisciplina è più indulgente della correttezza professionale» ⁽¹²⁶⁾.

¹²⁵ Cass. 15 febbraio 1999, n. 1259; sul rapporto tra codice di autodisciplina pubblicitaria e concorrenza sleale v. P. AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti attuativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 1 ss.

¹²⁶ M.S. SPOLIDORO, *op. ult. cit.*, p. 501, che ribadisce che «non è possibile istituire alcun rapporto "forte" tra autodisciplina e legge, ovvero di coniugare i due ambiti normativi», richiamando anche il pensiero di G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 47: «sui principi etici appare pericoloso fondare o modificare orientamenti giuridici: le due sfere devono rimanere separate».

10. Proliferazione della normativa settoriale e principio di precauzione

L'esigenza di affermazione di un criterio di giudizio ampio e generale sulla condotta dell'imprenditore esprime un *quid novi* che trova origine dal proliferare della legislazione speciale, nella quale il legislatore ordinario ha mostrato di voler tener conto delle indicazioni costituzionali contenute nell'art. 41, per il versante dell'imprenditore, e nei diversi articoli che sanciscono diritti fondamentali per le "persone" – consumatori, coniugati al criterio dell'utilità sociale. Il riferimento è soprattutto al rispetto della persona umana, della sua personalità, della salute, del risparmio, del lavoro, alla luce delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica e della globalizzazione dei mercati.

Al riguardo, sembra opportuno ricordare che la clausola generale di buona fede non può essere interpretata come mero indice di valutazione del corretto adempimento di norme positive date: l'iniziale concezione restrittiva del ruolo della buona fede, secondo la quale «la violazione dei doveri generici di lealtà e correttezza è fonte di responsabilità per danni solo quando concreti la violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme»⁽¹²⁷⁾ era ispirato soprattutto da una dottrina critica rispetto all'uso da parte della giurisprudenza di principi o clausole generali per la risoluzione dei conflitti. A tal proposito si evidenziava come spesso le regole operative individuate dai giudici per dare contenuto concreto alla clausola di buona fede si sostanziavano in obblighi specifici e doveri generali di poca utilità, perché «gli obblighi specifici sembra si possano

¹²⁷ Così Cass. 16 febbraio.1963, n. 357; Cass. 5 ottobre 1980 n. 5610; Cass. 21 novembre 1983 n. 6933; più recentemente, tale tesi sembra ripresa da Cass. 29 marzo 2007, n. 7731, che parimenti ha ritenuto che «la violazione dei principi di correttezza e buona fede si configura solo nell'ipotesi in cui vengano lesi diritti soggettivi già riconosciuti in base a norme di legge, riguardando le modalità di adempimento degli obblighi a tali diritti correlati; le stesse regole non valgono, invece, a configurare obblighi aggiuntivi che non trovino, ai sensi dell'art. 1173 c.c., la loro fonte nel contratto, nel fatto illecito o in ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico».

moltiplicare indefinitivamente a seconda di quel che serve alla soluzione del caso concreto e i doveri generali appaiono mere varianti terminologiche di «dovere di buona fede»⁽¹²⁸⁾.

Acquisito, invece, il valore precettivo delle clausole generali⁽¹²⁹⁾, ad esse va riconosciuto anche una portata applicativa diretta ed integrativa delle norme speciali, al fine di porre canoni “etici” di condotta che siano mutevoli e flessibili con il progredire della società e dei sistemi economici e giuridici. Ed anzi, è stato opportunamente segnalato come «nei sistemi giuridici fondati sui codici, la norma giuridica tende a coprire tutti i profili dei rapporti ed abbiamo a cascata una diffusa normativizzazione dei rapporti economici attraverso norme primarie e norme secondarie. Nonostante questa tendenza alla regolamentazione del dettaglio, restano comunque aspetti e profili dei comportamenti che non possono avere una definizione giuridica, ma solo essere oggetto di valutazione (ad esempio: corretto o non corretto, buona o malafede, diligente o negligente). Ebbene, il nostro sistema normativo si richiama in più occasioni a tali concetti, di per sé non giuridici in senso tecnico, i quali diventano uno strumento di integrazione della regola giuridica, salvo a considerare essi stessi come regole giuridiche»⁽¹³⁰⁾. In definitiva, quanto maggiore è l’analiticità della regolamentazione della vicenda giuridicamente rilevante, tanto maggiore è avvertita l’esigenza di una norma di carattere generale che valga a dettare la regola per le ipotesi non contemplate dalle norme speciali; regola generale che appare correttamente orientata a suggerire «una valutazione del comportamento del professionista, sussumendo, così, nell’ambito della

¹²⁸ M. BARCELLONA, *Un breve commento sull’integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 528.

¹²⁹ Vedi per un’ampia rassegna della dottrina e della giurisprudenza C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto*, cit., p. 163 ss.

¹³⁰ M. SANDULLI, *Strumenti giuridici per una gestione etica*, cit., p. 74.

doverosità giuridica, principi che si ritrovano anche nell'etica»⁽¹³¹⁾.

La previsione di una norma precettiva di stampo etico ha l'ulteriore conseguenza che in tal modo il contenuto della correttezza non sarà più valutato in base ad indagini "corporative" e, cioè, in base alla «condotta normalmente tenuta dagli operatori in generale, sebbene in relazione ad un costume professionale eticamente qualificato ed i cui parametri di valutazione non sono rinvenibili tanto in un generico concetto di onestà, quanto – e soprattutto – in regole deontologiche che essi operatori abbiano riconosciuto valide e vincolanti»⁽¹³²⁾, bensì in ragione di parametri desunti dal comune sentire della generalità dei consociati e plasmati alle esigenze di tutela di questi ultimi⁽¹³³⁾. Diversamente, sarebbe alquanto irragionevole misurare sulla prassi dei professionisti e sulle effettive scelte dei consumatori la lealtà della condotta dello stesso professionista: significherebbe, cioè, elevare a principio che «quel che avviene conviene»⁽¹³⁴⁾, rendendo del tutto inutile l'intervento normativo. Esso ha senso, e funziona, se ciò che avviene può essere confrontato con ciò che deve avvenire, adottandosi un parametro che integri la clausola generale della regola legale.

Sotto tale profilo, in una prospettiva di regolazione dell'attività d'im-

¹³¹ M. SANDULLI, *Strumenti giuridici, cit.*, p. 75. Questo è quanto accade nei paesi di *civil law*; nei paesi di *common law*, invece, in cui poche sono le norme settoriali (anche se in aumento negli ultimi anni), il sistema è retto interamente da principi generali applicati in relazione ai casi concreti.

¹³² Cass. 15 febbraio 1999, n. 1250; sul punto v. anche M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 76.

¹³³ Va peraltro ricordato come lo stesso concetto di correttezza è stato per lungo tempo ancorato alla morale individuale, cogliendosi in epoca più recente il legame con la «mistica del collettivo, del sociale, della comunità»: così G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 718.

¹³⁴ A. GENTILI, *Pratiche sleali, cit.*, p. 5; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. imp.*, 2009, p. 85: «è nota infatti la tendenza delle imprese ad allinearsi spontaneamente su *standard* di comportamento non molto rispettosi della libertà del consumatore, in contesti di mercato in cui, inevitabilmente, la moneta cattiva (cioè la pratica commerciale più disinvolta) finisce per scacciare la buona. Più che sotto ogni altro profilo, una disciplina delle pratiche commerciali volte a tutelare efficacemente il consumatore deve dunque fondarsi su criteri eteronomi, rispetto alla volontà e alle abitudini delle imprese interessate».

presa, diventa emblematico e centrale il «principio di precauzione» sancito nell'art. 174, § 2 del Trattato di Nizza istitutivo dell'Unione Europea, a tenore del quale, con riferimento all'autonomia d'impresa, si individua una responsabilità dell'imprenditore non più solo collegata al mero interesse produttivo, bensì ai danni cagionati a consumatori ed utenti dai prodotti dell'impresa stessa. In base a tale principio si delinea un regime di responsabilità che consegue ad un'applicazione tecnologica di acquisizioni scientifiche, anche in mancanza di certezze sulle loro conseguenze, e che trascende il mero elemento oggettivo del prodotto, ma si riferisce all'intero sistema organizzativo dell'impresa, che deve essere teso a tutelare le aspettative di sicurezza della salute e di sicurezza delle libertà. Sulla scorta di tale principio vanno ricordati, come applicazione dello stesso: a) la legge 22 febbraio 2001 n. 36, la quale dopo aver richiamato l'art. 32 Cost. e, quindi, la tutela della salute dei lavoratori e della popolazione, indica come fine ultimo della normativa la protezione, la promozione della ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e l'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione; b) la legge 5 marzo 2001 n. 57, ancor più importante perché recante disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, la quale, nel dettare i criteri informativi della delega a garanzia della salute dei consumatori per la modernizzazione dei settori dell'agricoltura e della pesca, indica come criterio direttivo la necessità di garantire la tutela della salute dei consumatori nel rispetto del principio di precauzione; c) il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 172 di attuazione della Direttiva sulla sicurezza generale di prodotti, il cui art. 2, dopo aver definito «prodotto sicuro» quello che non presenti alcun rischio o comunque rischi minimi, richiede che questi ultimi siano considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e delle persone; ed il cui art. 6, nel determinare l'indirizzo che le amministrazioni pubbliche devono adottare in

presenza di prodotti pericolosi, o che possono essere pericolosi, indica, tra le misure da prendere, oltre quelle previste dallo stesso provvedimento, misure analoghe tenendo conto del principio di precauzione in modo proporzionato alla gravità del rischio.

Del principio di precauzione ha fatto, poi, applicazione la Corte di Giustizia ⁽¹³⁵⁾, decidendo in materia di offerta sul mercato di nuovi prodotti alimentari potenzialmente pericolosi per la natura umana ⁽¹³⁶⁾. In tale sentenza, infatti, la Corte ha stabilito che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, devono essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. E proprio la Corte di Giustizia ha sottolineato l'importante ruolo dell'organizzazione dell'attività di impresa per l'acquisizione della necessaria consapevolezza da parte dell'imprenditore dello stato delle conoscenze tecnico-scientifiche e dei rischi conseguenti all'esercizio di determinate attività. La declinazione del principio di precauzione nel paradigma di buona fede e correttezza fa emergere, così, una più avanzata frontiera del dovere dell'imprenditore di conoscere e valutare i rischi ai quali l'attività di impresa espone i consumatori, anche con riferimento all'incertezza ed alla complessità delle questioni scientifiche e tecnologiche, ad esempio dotandosi di un adeguato reparto di studio e monitoraggio delle ricerche scientifiche internazionali e dei loro risultati via via acquisiti.

11. Impresa etica, impresa socialmente responsabile e correttezza

¹³⁵ Corte giustizia Comunità europee, 9 settembre 2003, n. 236; da ultimo Corte giustizia Comunità europee, 13 dicembre 2007, n. 418.

¹³⁶ In generale, sul rapporto tra principio di precauzione e la libertà di impresa F.E. SANTONASTASO, *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura» - Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 21 ss.

Quello dell'impresa etica o, come sarebbe più corretto dire, dell'impresa socialmente responsabile, è un tema che negli ultimi anni, sulla spinta del diritto comunitario e nell'ottica della ricerca della "sostenibilità" del mercato – avvertita in modo ancor più rilevante a seguito della globalizzazione degli scambi -, ha acquisito notevole importanza e rilievo nell'ambito dell'attività delle imprese e della loro valutazione sociale: sempre più, infatti, il tema della responsabilità sociale si va diffondendo come nuova cultura d'impresa non solo nelle grandi imprese, ma anche in quelle medio-piccole (¹³⁷).

Appare necessario, in via preliminare, sgombrare il campo da equivoci terminologici e chiarire il significato delle espressioni "etica degli affari", "impresa etica" ed "impresa socialmente responsabile", spesso utilizzati come sinonimi per le evidenti affinità linguistiche, ma tra loro notevolmente differenti. In proposito, è stato sottolineato (¹³⁸) come la locuzione "etica degli affari" non è sinonimo di "impresa etica" o "impresa socialmente responsabile" e come si nutrono dubbi sulla stessa possibilità di parlare di "impresa etica", ossia di un'impresa ispirata ai valori assoluti del "bene comune". Il problema attuale della responsabilità sociale delle imprese, infatti, involge non tanto il perseguimento di valori assoluti a scapito degli interessi individuali dell'imprenditore (che non sarebbe peraltro realmente ipotizzabile), bensì il modo per conciliare gli interessi

¹³⁷ Per un'attenta ed approfondita analisi sul tema L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatorie*, in *Europa e dir. privato*, 2008, p. 155 ss. e ID., *Gestione etica d'impresa*, dispensa per gli studenti dell'Università degli Studi di Roma Tre, dattiloscritto, la quale, inoltre, riporta l'esempio non solo della realtà bancaria, impegnata da tempo nell'adozione di tali pratiche, ma anche di imprese più piccole, come emerge dagli Atti del Convegno tenuto presso la Camera di Commercio di Milano il 5 marzo 2004 in tema di «Responsabilità sociale: un'opportunità per la piccola impresa». In senso critico si esprime G. C. M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p.1161 ss. il quale si interroga sul se tali concetti siano «parole vuote cnicamente agitate dai furbi perché i forti siano sempre più forti ed i deboli sempre più deboli». In senso critico M.S. SPOLIDORO, *Appunti, cit.*, p. 492 s.

¹³⁸ V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 194-199.

della collettività con gli obiettivi utilitaristici dell'impresa. In tale ottica, la stessa Costituzione all'art. 41 indirizza l'iniziativa economica privata, non vietando la ricerca del profitto *tout court*, ma ponendo limiti dettati da esigenze di solidarietà e di ricerca del benessere collettivo.

La medesima dottrina, pertanto, ha evidenziato come ove ci si riferisca all'impresa etica nell'accezione da ultimo esposta (ossia all'impresa mirante a conciliare «i valori degli uomini e gli obiettivi dell'impresa»), la locuzione «non assume alcuna specificità o comunque si riduce ad una mera espressione riassuntiva senza alcuna valenza identificativa» e sarebbe più significativo utilizzare l'espressione di "impresa socialmente responsabile", che pian piano sta sostituendo quella di "impresa etica".

Dall'impresa socialmente responsabile e dall'impresa etica deve, poi, essere distinta l'impresa sociale (introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155), avente carattere *non profit* ⁽¹³⁹⁾, ed esercitante in via stabile e principale attività economica finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi di utilità sociale o di interesse generale. Quest'ultima, infatti, rappresenta una delle tipologie d'impresa introdotte dal nostro legislatore interno, mentre la figura dell'impresa socialmente responsabile (presente anche a livello europeo) costituisce una modalità di gestione delle imprese che può essere assunta con riguardo a qualunque attività imprenditoriale e può essere applicata come modello di gestione a tutti i tipi di organizzazione aziendale, sia lucrativa che non lucrativa ⁽¹⁴⁰⁾.

In tempi recenti, soprattutto a seguito dei crack della Cirio e della Parmalat, le imprese si sono dotate di regole di responsabilità l'esigenza di

¹³⁹ Cfr. al riguardo G. BONFANTE, *Un nuovo modello di impresa: l'impresa sociale*, in *Le Società*, 2006, p. 929 ss.; G. DI CECCO, in *La disciplina degli enti non profit*, a cura di G. Marasà, Torino, 1998.

¹⁴⁰ A tal proposito L. ROSSI CARLEO, *Gestione etica d'impresa*, cit, p. 11 evidenzia come, mentre il legislatore interno, delineando diverse tipologie d'impresa, pone l'attenzione al profilo strutturale, «il legislatore europeo sposta l'attenzione dal profilo statico a quello dinamico, occupandosi di alcune modalità dell'agire di carattere, per così dire, transpico, che consentono di attribuire all'impresa un carattere "sociale"».

recuperare competitività sul mercato e fiducia sociale. Ritenendo di non poter raggiungere tali obiettivi solo attraverso il rispetto delle norme giuridiche, si sono dotate di regole di comportamento improntate ad un agire socialmente responsabile e implicanti la possibilità per il mercato di valutare le loro azioni e le loro strategie di mercato ⁽¹⁴¹⁾.

Deve, tuttavia, sottolinearsi come, nonostante la crescente attenzione verso tali temi, ancora oggi siano numerose le perplessità sollevate su tali argomenti, soprattutto dai cultori del diritto, e poche le facoltà universitarie che adottano insegnamenti in materia di etica degli affari ⁽¹⁴²⁾.

Del pari non può sottacersi che l'attenzione per l'etica degli affari e quella per la buona fede oggettiva hanno in comune la propensione a svilupparsi in epoche storiche in cui minore è l'attenzione per le regole

¹⁴¹ In tal senso L. ROSSI CARLEO, *Gestione etica d'impresa*, cit. p. 6, la quale sottolinea che «si tratta di un fenomeno meramente volontario che va di là dell'imposizione di norme cogenti, in quanto essere socialmente responsabili significa andare oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici per rispondere concretamente alle esigenze della società».

¹⁴² F. DI SABATO, *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2005, pp. 1-3, il quale, dopo aver riportato l'interesse suscitato in America dal fenomeno agli inizi degli anni settanta ed aver evidenziato che in Europa tale attenzione si è manifestata negli anni ottanta e novanta del secolo scorso, ha osservato che «...il filosofo Lorenzo Sacconi forse per primo in Italia parlò di un codice etico dell'impresa come teso alla comunicazione alle classi di soggetti che interferiscono con l'attività di impresa - o ne sono coinvolti - della consapevolezza degli obblighi che derivano dall'inserimento in un dato contesto sociale. Ma è solo dalla seconda metà degli anni ottanta che l'etica d'impresa esce dall'ambito della filosofia della pratica in generale, per divenire terreno di conquista da parte di altre discipline: segnatamente, della sociologia e della economia d'azienda e, in senso più ampio, dell'economia applicata...Nello spazio apparentemente libero - mi piace così dire per ora - a causa della assenza di norme giuridicamente vincolanti, è possibile rilevare la presenza di due orientamenti, ciascuno di essi fondato su una visione autonomista dei problemi della pratica aziendale, ma che definirei, in linea di grande approssimazione, l'una individualista e l'altra corporativa: in entrambe le prospettive lo strumento operativo per fissare i fini e i mezzi, nell'ambito dei fini ultimi dell'impresa, starebbe nell'elaborazione di codici etici ai quali ispirarsi nei rapporti con le varie categorie di *stakeholders*. Ebbene, stando a quanto viene riferito, non manca tra gli studiosi la voce contraria all'osservanza di codici etici sul presupposto che non vi sarebbe nell'impresa l'induzione al rispetto di regole di autonormazione a causa del rischio di sopportare lo svantaggio competitivo al quale potrebbe sottrarsi l'imprenditore concorrente. Scarsa fortuna ebbe comunque in Italia la fondazione della rivista "Etica degli Affari e delle Professioni", la quale, nata sul finire degli anni '80 cessò le pubblicazioni nel 1995. Del resto, è un dato di fatto che solo in poche facoltà universitarie italiane si insegnano discipline orientate all'etica degli affari».

scritte e maggiore è lo spazio concesso alla società di valutare i comportamenti posti in essere alla luce di regole non scritte.

Ed infatti, così come la buona fede oggettiva, intesa quale regola di valutazione della correttezza dell'agire, ha trovato terreno fertile nelle epoche di maggiore affermazione della cultura giusnaturalista, anche l'attenzione per la responsabilità sociale delle imprese e per l'etica degli affari, come parametro per valutare un'economia attenta ai bisogni di tutti i soggetti operanti sul mercato, si è sviluppata solo in tempi recenti, quando minore è stata l'influenza delle teorie giuspositiviste ⁽¹⁴³⁾ e vi è stata una riscoperta delle istanze solidaristiche, già imposte dalla Costituzione quali limiti all'affermazione dei diritti individuali, tra cui anche la libertà d'iniziativa economica.

Proprio nell'art. 41 della Costituzione si rinvengono le basi per una visione dell'iniziativa economica improntata non più solo alla massimizzazione del profitto, bensì anche alla ricerca del benessere sociale. In questa prospettiva e, in un certo senso, in esecuzione dei precetti costituzionali, l'obiettivo primario della responsabilità sociale è quello di sensibilizzare le imprese a perseguire obiettivi ulteriori rispetto alla massimizzazione del profitto, attraverso un dialogo con gli altri interlocutori dell'impresa (*stakeholders*) ⁽¹⁴⁴⁾.

¹⁴³ In tal senso, con riferimento all'individuazione di punti di contatto tra etica e diritto, che possono più agevolmente condurre all'affermazione della responsabilità sociale delle imprese, G. CONTE, *Tra vocazione lucrativa e responsabilità sociale: il dibattito sugli scopi e sulla responsabilità dell'impresa*, in *Lezioni di Diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa e G. Capilli, Padova, 2007, p. 591 ss., il quale rileva come «Quanto al sapere giuridico, non può tacersi come l'auspicato dialogo proceda molto più spedito nell'ambito di quelle correnti teoriche che paiono definitivamente affrancate dai postulati concettuali del formalismo giuspositivistico. Non v'è dubbio, infatti, che l'adesione ad una concezione formale del diritto, incline a prestare esclusiva attenzione alla sua struttura normativa, senza alcuna concessione ai valori che questa struttura persegue o al contenuto che essa racchiude, abbia disseminato non pochi ostacoli e impacci sulla strada dell'auspicato dialogo».

¹⁴⁴ In tal senso si esprime V. BUONOCORE, *Etica degli affari, cit.*, p. 199, il quale evidenzia come «Quei giganti che scrissero la Costituzione repubblicana, e soprattutto la prima parte di essa, delinearono nella norma enunciata almeno due di quei caratteri che

Nella medesima ottica, alla luce dei contenuti attribuiti alla buona fede ed alla responsabilità sociale delle imprese, è, poi, possibile scorgere un'analogia ed un punto di confluenza tra i due concetti. Anzi, poiché la buona fede e la correttezza rappresentano parametri di valutazione dei comportamenti posti in essere dalle imprese, anche a prescindere dalla presenza di rapporti negoziali, in un'ottica di solidarietà sociale e di tutela degli interessi dell'intera collettività, la responsabilità sociale d'impresa (o *Corporate Social Responsibility - CRS*), intesa quale prassi volontariamente assunta dalle imprese per orientare i propri comportamenti economici e consentire una valutazione etica degli stessi, costituisce applicazione spontanea delle regole di correttezza e buona fede, imposte dall'ordinamento e ritenute alla luce del nuovo art. 39 cod. cons. quali principi generali dell'ordinamento.

Ne deriva che l'attuazione di comportamenti solidali non può essere il frutto dell'imposizione di ulteriori vincoli legislativi, ma debba esser lasciata alla discrezionalità ed alla libera scelta organizzativa dell'impresa⁽¹⁴⁵⁾.

oggi sembrano costituire i "fondamentali" dell'impresa socialmente responsabile, quando, dopo avere proclamato la libertà d'iniziativa economica, stabilirono che essa non potesse svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, in tal modo delineando un modello d'impresa apportatore di benessere per la comunità e rispettoso dei più elementari diritti della persona umana. Si tratta di porre fine all'idea erronea secondo cui gli obiettivi sociali, ambientali ed economici si trovano inevitabilmente in conflitto».

¹⁴⁵ G. CONTE, *Tra vocazione lucrativa, cit.*, p. 591 – 596, il quale osserva come «questa etica si erge e definisce quale principio ecologico che fa sentire ciascuno di noi in qualche modo obbligato anche verso le generazioni future e addirittura verso l'intero ambito della biosfera. In questo contesto, l'intervento legislativo statuale o normativo comunitario andrebbero contenuti ad un livello *low profile* anche perché la migliore promozione di comportamenti socialmente attivi e responsabili è derivata, sino ad ora e con risultati incoraggianti, dall'impulso dei protagonisti stessi del mercato». Il medesimo Autore, esaltando i vantaggi che può offrire l'utilizzo diffuso delle prassi di responsabilità sociale, sottolinea come «la promozione della responsabilità sociale delle imprese propone una più armoniosa sintesi che superi l'attuale contrapposizione tra "privato" e "pubblico" in modo da evitare il prevalere dell'egoismo arrogante del privato che tutto pretende e nulla vuole dare, senza per questo indulgere nelle inefficienze del

In particolare, la responsabilità sociale d'impresa non è costituita da un comportamento specificamente individuato, ma da cd. *best practice*, ossia da un insieme diversificato di comportamenti "virtuosi", adottati di volta in volta dalle imprese per conseguire contemporaneamente il profitto (alla cui massimizzazione tendono gli azionisti) e benessere sociale (a cui, invece, aspirano tutti gli altri soggetti del mercato interessati alla vita di un'impresa).

La mancanza di una nozione unitaria e fissa della responsabilità sociale, inoltre, consente alla stessa di avere maggiore efficacia e flessibilità, evolvendosi continuamente ed adattando i progetti agli obiettivi contingenti.

Una definizione della responsabilità sociale, tuttavia, sebbene non particolareggiata, ma improntata a definirne i soli caratteri essenziali, può essere rinvenuta nel Libro Verde (*"Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"*, presentato dalla Commissione europea il 18 luglio 2001) ai punti 6 e 20, in cui è menzionata come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate» (lavoratori dipendenti, azionisti, investitori, consumatori, poteri pubblici, ossia tutti coloro che influiscono sulle operazioni di un'impresa o ne subiscono le ripercussioni) di cui le imprese si dotano al fine di contribuire ad «una crescita economica sostenibile accompagnata da un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione e da una maggiore coesione sociale».

Per raggiungere tali obiettivi, ossia per consentire ai cd. "soggetti interessati" una reale ed obiettiva valutazione dell'attività ed una reale condivisione e compartecipazione delle finalità e dei percorsi dell'impresa all'interno della società, è fondamentale che le imprese improntino le loro

pubblico, che troppo spesso ci ha abituati a sollevarci da qualsivoglia forma di responsabilità sociale».

azioni, interne ed esterne, alla massima trasparenza e si dotino di strumenti che consentono di raggiungere nel modo più veloce ed efficiente possibile il dialogo tra tutti i soggetti interessati all'attività dell'impresa. La trasparenza dell'agire, pertanto, alla luce dell'impossibilità di predeterminazione dei singoli comportamenti virtuosi, costituisce il presupposto essenziale della responsabilità sociale d'impresa alla cui stregua valutare in via primaria la correttezza della gestione. Naturalmente gli strumenti di cui le imprese si dotano per conseguire tali obiettivi sono molteplici e non riconducibili ad unità.

Le evidenziate caratteristiche della responsabilità sociale hanno sempre comportato tra etica, economia e diritto una incomunicabilità che negli ultimi anni ha lasciato il passo al dialogo, sebbene, per le ragioni già evidenziate sopra, la maggiore flessibilità delle regole di responsabilità sociale risulta essere più confacente (rispetto alle norme giuridiche) agli obiettivi che la stessa responsabilità sociale si pone.

Del resto, un punto di contatto tra etica e diritto potrebbe rinvenirsi proprio nella presenza nell'ordinamento giuridico di norme elastiche (veicolate attraverso cd. clausole generali), quali quelle della buona fede e della correttezza. In tal senso, a prescindere dal rispetto spontaneo delle regole di responsabilità sociale di cui le imprese si dotano e dalle possibili conseguenze in caso di loro violazione, il rispetto di tali regole potrebbe essere utilizzato, anche in via presuntiva, come parametro per valutare la correttezza dell'agire imprenditoriale ai sensi dell'art. 39. Ed in tal senso sembra essersi orientata anche la recente giurisprudenza, che, con riferimento al parametro della correttezza professionale assunto a fondamento normativo delle fattispecie di concorrenza sleale, ha appunto ritenuto che «Nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto di atti di concorrenza sleale, le regole contenute nel codice di autodisciplina pubblicitaria costituiscono parametri di valutazione della correttezza

professionale»⁽¹⁴⁶⁾.

Alla luce dei principi espressi dalla Costituzione può, pertanto, affermarsi che, sebbene etica e diritto siano due concetti distinti, essi presentano comunque dei punti di contatto e l'etica può essere molto utile per autoregolamentare le condotte imprenditoriali in attuazione del diritto, negli spazi non coperti dal diritto stesso, ovvero quale presupposto della legge per orientarne il contenuto. Le regole etiche o morali, come si suole dire spesso, infatti, non sono e non possono essere regole giuridiche, né creano priorità nell'agire imprenditoriale, in quanto non forniscono risposte univoche per l'agire stesso. Quando si parla di "codice etico", pertanto, non ci si riferisce ad un codice nel senso tecnico del termine, ma ad un insieme di regole di cui le imprese si dotano spontaneamente per rendere i loro comportamenti più conformi alle regole giuridiche ed al volere sociale¹⁴⁷.

Lo stesso Libro Verde, al punto 22, precisa che: «la responsabilità sociale delle imprese non dovrebbe tuttavia essere considerata come un sostituto alla regolamentazione o alla legislazione riguardante i diritti sociali o le norme ambientali, compresa l'elaborazione di una nuova normativa adeguata. Nei paesi in cui tali regolamentazioni non esistono, gli sforzi dovrebbero concentrarsi sulla creazione di un contesto regolamentare o legislativo adeguato al fine di definire una base equa, a partire dalla quale potrebbero essere sviluppate le prassi socialmente responsabili».

In ogni caso, è stato sottolineato come «la prima regola etica è quella di

¹⁴⁶ Cass. 15 febbraio 1999, n. 1259.

¹⁴⁷ In tal senso G. VISENTINI, *Etica e affari*, Roma, 2005, p. 31, il quale precisa che affidarsi all'etica in totale sostituzione del diritto non sarebbe possibile e che è, invece, auspicabile che la società sappia creare un «diritto etico», in quanto i soli principi dell'etica, svincolati da regole giuridiche, sono relativi e variabili a seconda del soggetto di riferimento: «forse che non accade talvolta che l'imprenditore nell'avvicinarsi della crisi froda nella buona coscienza di tentare di salvare i dipendenti e la famiglia dal disastro?». Nello stesso senso, M. RICCIARDI, *La lotta per il diritto*, in *La rivista dei libri*, n. 1, 2007, p. 20.

osservare la legge nella lettera e nello spirito e di non cercare i modi e gli strumenti per eluderne impunemente le disposizioni»⁽¹⁴⁸⁾.

Parlare di impresa socialmente responsabile significa, quindi, non effettuare una mera operazione pubblicitaria e d'immagine, bensì considerare l'impresa come fonte di ricchezza intesa non solo in senso economico e personalistico, ma anche come generatrice di altre utilità sociali.

In tal senso è stato specificato⁽¹⁴⁹⁾ che «l'eticità, come attributo dell'impresa non può che riguardare preliminarmente la scelta del ramo merceologico; in secondo luogo, e quasi come naturale conseguenza, la scelta della centralità dell'uomo come protagonista e destinatario e, infine, l'adozione di alcune misure interne relative alla gestione e all'organizzazione». I primi due obiettivi comportano che l'impresa debba produrre beni e servizi non solo leciti, ma utili all'uomo o al suo progresso (esempio operando in settori quali l'istruzione, l'assistenza alle categorie più deboli, la partecipazione ad iniziative a favore della comunità, ecc.); il terzo che la governante dell'impresa dovrà far incidere i principi etici sul modello organizzativo aziendale, stimolando l'ascolto, il dialogo, la formazione e l'informazione dei cd. "soggetti interessati" non solo all'interno della propria struttura, ma anche nelle imprese con cui intrattiene rapporti economici (ad esempio, richiedendo ai propri fornitori l'applicazione di alcune condizioni di lavoro o forme di certificazione sociale). Le imprese orientate ad un sistema di responsabilità sociale, pertanto, dovranno impegnarsi continuamente nella ricerca di un dialogo con gli *stakeholders*, per comprenderne meglio le esigenze, nonché a privilegiare nella gestione aziendale il benessere delle persone coinvolte, l'attuazione delle pari opportunità ed una crescita sostenibile sotto il profilo ambientale.

Uno degli strumenti più utilizzati per il perseguimento di tali obiettivi

¹⁴⁸ V. BUONOCORE, *Etica degli affari*, cit., p. 183.

¹⁴⁹ V. BUONOCORE, *Etica degli affari*, cit., pp. 194-199.

è costituito dal cd. “bilancio sociale”, in cui vengono esposti gli obiettivi etici perseguiti dall’impresa ed, eventualmente, i risultati raggiunti ⁽¹⁵⁰⁾.

Il principale problema che si pone nel campo della responsabilità sociale è rappresentato dalla vincolatività e dall’efficacia, giuridica o meno, delle regole sulla responsabilità sociale delle imprese, considerato che, come si è detto sopra, esse costituiscono regole di comportamento di cui le imprese si dotano spontaneamente e volontariamente a differenza delle norme giuridiche, la cui osservanza viene loro imposta dall’esterno ⁽¹⁵¹⁾. Le regole sulla responsabilità sociale si formano dal basso e determinano il passaggio da un ordinamento giuridico unitario ad un ordinamento policentrico ⁽¹⁵²⁾.

Deve, innanzi tutto, rilevarsi come spesso l’appartenenza dell’impresa ad una rete e l’interesse non solo a rimanervi, ma anche a godere all’interno della stessa di considerazione e stima, rappresenta un forte deterrente alla violazione delle regole di responsabilità sociale di cui l’impresa si è dotata, soprattutto ove tali regole siano state dettate dalla stessa rete quali presupposti per la partecipazione ad essa delle singole imprese.

Parte della dottrina ha dubitato dell’efficacia dei codici etici che non prevedono alcuna sanzione per le violazioni, ma lasciano l’osservanza delle regole etiche di comportamento alla libera volontà degli imprendi-

¹⁵⁰ Sul bilancio sociale v. I. CALICE, *Bilancio sociale: obiettivi, principi e prospettive*, in *Società*, 2007, p. 14 ss.; S. ANCILLOTTI, *Principio di chiarezza e funzione informativa del bilancio sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1127; G. CREPALDI, *Il bilancio sociale: nozione e funzioni*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, p. 1482.

¹⁵¹ In tal senso, G. VISENTINI, *Etica e affari*, cit., p. 41, sottolinea come è «inutile tentare di sfuggire al problema dell’efficacia delle regole di convivenza. L’efficacia delle regole dell’etica risiede sulla loro azionabilità giuridica. La buona volontà può anche, forse, rivelarsi sufficiente quando le cose scorrono bene, ma al momento della crisi è umano tentare di sfuggire dal fallimento dell’iniziativa rinviando il conto anche attraverso sotterfugi; e il rinvio danneggia tutti quando la crisi si rivela irreversibile».

¹⁵² L. ROSSI CARLEO, *Gestione etica d’impresa*, cit., p. 17 sottolinea come il passaggio dal termine “norme” a quello di “regole” ha determinato il superamento del monopolio legislativo nella regolamentazione del mercato e la tendenza alla cd. globalizzazione dei mercati, in cui non solo le regole del mercato assumono una portata mondiale, ma in molti casi vengono ad essere dettate dal basso, ossia direttamente dalle imprese.

tori, sul presupposto che «se è evidente che spesso gli “uomini d'affari” sono disposti a violare anche norme giuridiche che prevedono pesanti sanzioni detentive pur di conseguire i loro obiettivi, non si capisce la ragione per la quale, invece, dovrebbero rispettare principi etici per i quali non è prevista alcuna sanzione e che la maggior parte dei loro concorrenti non rispetta, così assumendo una posizione di vantaggio» (153). Il medesimo Autore, tuttavia, esaltando il valore dell'appartenenza dell'impresa ad una rete o ad un contesto sociale di riferimento ristretto, ha sottolineato come «più efficace potrebbe rivelarsi, nel tempo, il radicamento di quella che gli antropologi chiamano *shame culture* e che prevede, per chi si sia macchiato di comportamenti scorretti, l'esclusione dall'ambiente professionale e sociale di appartenenza e, nei casi limite, addirittura dal mercato. Non si tratta è bene ricordarlo di un'utopia: qualcosa del genere accadeva nelle polis greche con l'ostracismo».

Sulla scorta di tali considerazioni è stato perciò osservato che compito del legislatore dovrebbe essere quello di tradurre le regole di comportamento rispondenti ad un agire socialmente responsabile in precetti che l'imprenditore ha interesse a rispettare in condizione di reciprocità e che egli adotta quotidianamente nel suo agire non perché aderisca aprioristicamente ad una norma morale corretta, bensì perché, nell'esercizio ponderato della sua libertà d'iniziativa economica, lo ritiene più proficuo in un'analisi costi-benefici (154).

In particolare, quanto ai diversi gradi di vincolatività che le regole

¹⁵³ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 78-83, il quale sottolinea come la sanzione di vergogna può essere spesso molto più incisiva di una pena detentiva, a patto che non diventi socialmente giustificata o accettata.

¹⁵⁴ In tal senso si esprime F. DI SABATO, *Profili giuridici*, cit., p. 9 ss., il quale, dopo aver precisato che la valutazione etica può essere utilizzata o nell'interpretazione della legge o nei casi di lacune normative, lì dove il linguaggio giuridico non parla mai di “etica”, ma di “correttezza, ragionevolezza, adeguatezza, buona fede oggettiva”, aggiunge che «l'etica è già data, mentre il precetto in termini di diritti ed obblighi va conosciuto e rispettato anche indipendentemente dalla volontà del cittadino».

sulla responsabilità sociale possono avere nell'esercizio dell'attività economica, è stato sottolineato ⁽¹⁵⁵⁾ come sia possibile individuare tre modelli, dotati di un grado via via crescente di forza vincolante: «Un primo modello è quello in cui le parti aderiscono a un sistema di principi comuni mediante una forma di autoregolamentazione di tipo leggero (o soft), più simile a un complesso di norme sociali (per quanto formalizzate in una dichiarazione ufficiale) che a un insieme di regole giuridiche: una forma di autoregolamentazione, in cui si dichiara la propensione delle imprese a intraprendere azioni volte a perseguire alcuni obiettivi condivisi, senza tuttavia assumere obblighi determinati e senza contemplare un sistema di *enforcement* attuabile sul piano giuridico. In questo caso la funzione della rete è quella di generare regole di responsabilità sociale, promuovendo un'ampia condivisione dei principi, favorendo la circolazione di informazioni e lo scambio di esperienze e per lo più ricorrendo a meccanismi sanzionatori di tipo reputazionale. È invece possibile che a tale prospettiva si aggiunga una ulteriore componente che attribuisca a tutte o a alcune di quelle regole sociali anche un valore giuridico. Semplificando scenari probabilmente più complessi, si può dire che ciò può accadere secondo due modalità, eventualmente concorrenti: mediante la stipulazione di un contratto; mediante la creazione di un'organizzazione di rete dotata di una sua soggettività sul piano giuridico».

Attraverso la stipulazione di un contratto, contenente l'indicazione di specifici comportamenti da adottare nella conclusione dei contratti o nell'organizzazione dell'attività (ad esempio per il rispetto di standard di inquinamento ambientale), le imprese aderenti alla rete si impegnano, con uno specifico vincolo giuridico, a rispettare quei determinati principi di responsabilità sociale, contenuti nei contratti.

¹⁵⁵ In tal senso F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *Le reti per la regolazione della responsabilità sociale*, in AA.VV., *Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, a cura di L. Sacconi, cit., in part. pp. 454-459.

Con riferimento a tale modello è stato evidenziato ⁽¹⁵⁶⁾ che l’inserimento delle regole di comportamento all’interno di un contratto potrebbe suscitare in sede di tutela giuridica, per il caso di violazione delle clausole contrattuali, problemi di legittimazione ad agire. Le controparti contrattuali, infatti, pur legittimate ad agire in base alle regole ordinarie e spesso realmente interessate a farlo per non perdere la “reputazione sociale” nel tempo acquisita, non sempre potrebbero attivarsi (magari perché loro stesse inadempienti rispetto alle clausole contrattuali poste), così, di fatto, vanificando lo scopo perseguito dall’individuazione di regole comportamentali implicanti la responsabilità sociale delle imprese. I medesimi Autori, pertanto, ricostruendo tali contratti in base allo schema civilistico dei contratti a favore di terzo, hanno prospettato la possibilità che le violazioni comportamentali delle imprese siano fatte valere (davanti ad un giudice o davanti ad appositi organi contrattualmente previsti) o dai soggetti a favore dei quali le regole devono ritenersi dettate (cd. beneficiari) ovvero dalle associazioni di categoria degli interessi perseguiti attraverso l’imposizione della regola.

Quanto alle sanzioni applicabili alle imprese che abbiano posto in essere violazioni comportamentali, le più efficaci sono rappresentate senza dubbio da quelle di tipo reale, volte ad inibire per il futuro il ripetersi dei comportamenti elusivi ed al ripristino dello *status quo ante*, secondo il modello francese oggi molto diffuso anche in Italia delle *astreintes*, nonché all’esclusione dalla rete di appartenenza.

Ove, invece, le imprese abbiano creato un’organizzazione di rete dotata di una sua soggettività sul piano giuridico, la vincolatività delle regole comportamentali di responsabilità sociale contenute negli statuti e nei regolamenti del nuovo soggetto giuridico, vincola al loro rispetto tutti coloro che vi abbiano fatto adesione. Pur trattandosi sempre di vincolo

¹⁵⁶ F. CAFAGGI E P. IAMICELI, *Le reti*, cit., p. 457.

spontaneamente assunto e non imposto alle imprese partecipanti *ab externo*, esse diventano automaticamente obbligate a rispettarlo a seguito della spontanea adesione al nuovo soggetto giuridico.

In tal caso, essendo maggiore l'idea di unicità fornita all'esterno dalle imprese partecipanti alla rete, queste e la rete stessa, quale soggetto giuridico autonomo, avranno maggiore interesse a che tutte le aderenti rispettino scrupolosamente le regole di responsabilità sociale, al fine di salvaguardare la reputazione comune, e si attiveranno per il rispetto delle regole poste anche mediante la creazione di appositi organi di controllo.

12. Buona fede, correttezza e perseguimento del profitto: l'equità nelle prestazioni e la sproporzione del valore economico dello scambio

La buona fede, la correttezza o la lealtà richiesta all'imprenditore nell'esercizio della propria attività di impresa dall'art. 39 cod. cons. non possono sospingersi sino al includere nel perimetro valutativo elementi di equità, ovvero elementi di valutazione del contenuto economico del contratto secondo i valori correnti di mercato, allorché sia stata assicurata la libertà del consumatore di determinarsi all'acquisto ⁽¹⁵⁷⁾: i canoni di condotta imposti all'imprenditore, infatti, non possono comportare una imposizione di prezzi, ovvero pretendere che l'imprenditore operi gli scambi "a giusto prezzo", identificato questo a sua volta in quello di mercato o con riguardo al costo di produzione. La carica di giustizia che può essere imposta all'imprenditore in ragione, da un lato, di una efficienza del mercato e, dall'altro, della tutela del consumatore non può condurre ad includere nel concetto di buona fede il valore dell'equità

¹⁵⁷ Sul punto si vedano le considerazioni di A. BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 301; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede, cit.*, 184; C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1999, p. 518; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 490.

dello scambio, ovvero un limite (quantitativo) al perseguimento del profitto da parte dell'imprenditore stesso.

Del rapporto tra correttezza, buona fede ed equità si è ampiamente occupata la dottrina civilistica con riferimento alla materia contrattuale. Al riguardo, taluni autori ⁽¹⁵⁸⁾, significativi ma certamente minoritari, hanno valorizzato la prescrizione dell'art. 1374 c.c., assegnando a quest'ultima norma un ruolo primario di integrazione del contratto e relegando alla buona fede il compito meno significativo di semplicemente concorrere a determinare le modalità esecutive delle singole prestazioni: in definitiva, «le specifiche circostanze che in concreto caratterizzano la singola operazione negoziale dovrebbero risultare valorizzate al massimo grado, ben oltre i limiti entro i quali sia ad esse concesso di agire sul contratto in virtù del canone di buona fede» ⁽¹⁵⁹⁾.

Risulta del tutto prevalente, invece, l'opinione secondo la quale, da un punto di vista qualitativo, il giudizio di equità differisce da quello di buona fede sia con riguardo al tipo di circostanze che possono essere prese in considerazione dal giudice, sia relativamente alla qualificazione di clausola generale che competerebbe solo a quest'ultima e non alla prima ⁽¹⁶⁰⁾: si afferma, infatti che «la buona fede postula il ricorso a criteri di valutazione in grado di assurgere a regola di giudizio applicabile in serie, laddove l'equità si rimette ad un giudizio che, per il carattere indefinito delle variabili da considerarsi, non è in alcun modo generalizzabile ed è, in tal senso, soggettivo del giudice, ancorchè non arbitrario e pur sempre ispirato alle direttive dell'ordinamento positivo e, in tal guisa, non affatto

¹⁵⁸ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 89, che evidenzia che «la buona fede ha finito per occupare uno spazio che avrebbe potuto essere dell'equità»; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 132.

¹⁵⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 214; F. GAZZONI, *Equità, cit.*, p. 355.

¹⁶⁰ L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede, cit.*, p. 184.

esente dal controllo di legittimità» (161).

La solidarietà sociale che costituisce il contenuto dell'obbligo di condotta secondo buona fede, pur orientando l'agire imprenditoriale verso il rispetto di istanze di tutela esogene al singolo rapporto economico o contrattuale, non può contrapporsi, quale giudizio di valore negativo, al libero e naturale meccanismo di formazione del prezzo, ovvero alle dinamiche di confronto della domanda e dell'offerta; questi ultimi, infatti, costituiscono gli unici strumenti per la selezione dei soggetti offerenti, ovvero per la "calmierizzazione" del prezzo di cessione dei beni o dei servizi. La congruità dell'equilibrio economico raggiunto dagli interessati è, dunque, estraneo ad ogni possibile valutazione in termini di buona fede: l'equilibrio economico è affidato alla esclusiva piena capacità di autodeterminazione del consumatore, il quale non potrà lamentare se egli non abbia ricevuto quel vantaggio in considerazione del quale era stata fissata l'entità della prestazione medesima. Tale discorso vale ovviamente se le informazioni rese siano state complete e sufficienti e se le modalità di promozione e cessione del bene o del servizio non abbiano falsato il comportamento economico della parte consumatrice; e sempre che non siano superati quei limiti previsti dallo stesso legislatore per l'istituto della rescissione del contratto per lesione (art. 1447 ss. c.c.), e cioè lo stato di bisogno e la lesione *ultra dimidium*.

Nè pare possibile far rientrare nel perimetro della correttezza regole di allocazione del rischio, tal che, misurato il rischio che assume l'imprenditore nell'esercizio della propria attività, questo diventi un limite per il perseguimento di profitti, impedendo che si acquisiscano vantaggi economici superiori al rischio stesso (162): tale meccanismo di protezione della parte, infatti, può operare in campo negoziale solo se espressamente

¹⁶¹ Per tutti F. GALGANO, *Effetti, cit.*, p. 91 ss.

¹⁶² A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1999, p. 21 ss.; ma v. anche Cass. 2 novembre 1998, n. 10926.

prevista dalle parti ⁽¹⁶³⁾.

In definitiva, la correttezza e la buona fede non possono erodere margini alla lucratività ed alla speculazione, trasformando l'impresa in un organismo finalizzato al perseguimento di valori etici o altruistici, nè possono influire sulle tecniche e sulla mentalità necessariamente opportunistica dell'imprenditore nel momento in cui si propone al mercato. La correttezza, tuttavia, può costituire un criterio interno alla lucratività ed alla speculazione, quale principio dell'organizzazione, assicurando che il risultato lucrativo dell'attività economica non comprometta la fruizione, da parte dei terzi, di quei valori fondamentali e delle libertà personali che la Carta costituzionale sancisce a livelli prioritari, o con pari dignità e considerazione, rispetto alla libertà di iniziativa economica. L'esercizio della libertà da parte di un consociato, infatti, deve necessariamente collocarsi in un sistema collettivo di tutela delle altrui libertà.

L'estraneità al sistema di tutela del consumatore di qualsiasi condizionamento sull'imprenditore riguardo alla valutazione economica dello scambio è, altresì, desumibile dall'ormai risalente interpretazione fornita dalla dottrina assolutamente maggioritaria in tema di clausole vessatorie ⁽¹⁶⁴⁾. L'art. 33 cod. cons., infatti, riproducendo il previgente art. 1469 bis c.c., ha espressamente previsto la nullità delle clausole «che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». A tal riguardo, si è osservato che per significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto deve intendersi esclusivamente la sperequazione delle *posizioni giuridiche* che si determina a carico del consumatore privo di potere contrattuale, esclusa ogni valutazione *economica* delle prestazioni

¹⁶³ Sul rapporto tra base negoziale e principi di giustizia negoziale C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2004, p. 163 ss, e spec. 185 ss.

¹⁶⁴ Per un'ampia rassegna della bibliografia si rinvia a V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 497 ss.

corrispettive ⁽¹⁶⁵⁾. L'art. 34, comma 2, cod. cons. (già art. 1469-ter, comma 2, c.c.) precisa che «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene ... all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi ... purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile». E' agevole, perciò, desumere che lo squilibrio rilevante per la qualificazione di vessatorietà della clausola è quello "normativo", e non quello economico: il legislatore ha inteso proteggere il consumatore solo per gli aspetti del rapporto con l'imprenditore che determinino un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi, e non tra bene (o servizio) e corrispettivo.

Non si intende in alcun modo sindacare la congruità dello scambio, la convenienza dell'affare, l'equivalenza tra le prestazioni: «più modestamente, il legislatore vuol far corrispondere ad un diritto del professionista un diritto del consumatore, in un'ottica di tendenziale corrispondenza tra le posizioni giuridiche di vantaggio e svantaggio di ciascuno dei contraenti» ⁽¹⁶⁶⁾.

Se dunque nella predisposizione del regolamento contrattuale e nella fase dello scambio lo stesso legislatore ha ritenuto non censurabile una determinazione del corrispettivo richiesto dall'imprenditore rispetto al valore del bene o del servizio offerto (con il solo limite della rescissione del contratto), non appare possibile che siffatta valutazione, in senso di censura per la condotta dell'imprenditore, possa essere introdotta attraverso l'imposizione di doveri di buona fede o di correttezza. Gli aspetti strettamente economici relativi alla determinazione del valore economico dello scambio, soprattutto nell'ambito di un sistema economico fondato sul mercato concorrenziale, devono ritenersi estranei al perimetro della correttezza, che non intende perciò assicurare che gli scambi avvengano al "giusto prezzo", nè che l'imprenditore sia equo nel richiede-

¹⁶⁵ Per tutti E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 63.

¹⁶⁶ E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore*, cit., p. 63.

re il prezzo per i propri prodotti o servizi. L'eventuale irragionevole esosità del corrispettivo richiesto dall'imprenditore sarà oggetto di valutazione da parte del mercato, che se correttamente funzionante, orienterà la domanda verso i prodotti o servizi migliori ceduti al prezzo più basso.

L'equità dello scambio potrà venire in rilievo sotto il profilo della condotta scorretta dell'imprenditore solo lì dove vi sia un abuso da parte di quest'ultimo della situazione di bisogno del consumatore-utente, ovvero della soggezione economico-giuridica dello stesso: se ricorre una situazione di monopolio o di posizione dominante dell'impresa, la fattispecie è, invero, sanzionata dalle norme antitrust, con poteri di intervento dell'autorità amministrativa di controllo del mercato non già per fissare prezzi più bassi, ma per sanzionare la condotta dell'impresa ed obbligarla ad adottare una condotta più "corretta", nel senso di abbassamento dei prezzi.

Ove tale situazione di mercato non ricorra, ma sia comunque ravvisabile una situazione di abuso dell'imprenditore, la censura della condotta potrà essere veicolata dalle norme in tema di correttezza: la scorrettezza sarà non già nella mera fissazione del prezzo eccessivamente elevato per quel determinato bene o servizio, ma nel voler conseguire un ingiustificato profitto approfittando della particolare situazione di bisogno o di debolezza del consumatore (si pensi alla fissazione, in situazioni di particolare necessità o urgenza, di un prezzo maggiorato di un farmaco rispetto a quello normalmente praticato dall'imprenditore).

13. La misura di esigibilità del corretto agire: il consumatore medio.

L'obbligo di condotta secondo buona fede da parte dell'imprenditore necessita di valutazione nei limiti imposti dal generale principio di esigibi-

lità, ovvero con riferimento alla posizione del “beneficiario” di tale condotta. In altri termini, la concreta valutazione della condotta, se conforme o meno alla buona fede, deve trovare un correlativo parametro soggettivo con riferimento ai soggetti che possono essere interessati dall’agire imprenditoriale e, più in generale, a coloro che possono ritenersi beneficiari dell’obbligo di protezione che connota l’agire corretto.

Per fissare un concreto contenuto alla correttezza che si impone all’impresa nell’organizzazione della propria attività e nei rapporti con il mercato ed i soggetti che lo compongono, non può obliterarsi la necessità di individuare un ineludibile canone di *diligenza* richiedibile al consumatore, o più in generale al soggetto destinatario della condotta dell’imprenditore. Esigenza imprescindibile se si considera che la fissazione di criteri di condotta secondo correttezza e buona fede, se riferiti all’attività nel suo complesso e non ai singoli atti negoziali, postula una valutazione della adeguatezza dell’organizzazione del processo produttivo ex ante, e quindi in modo astratto riferito alla generalità del pubblico e del mercato. Trattandosi di valutazione di una obbligazione di *facere* a destinatario indeterminato, in relazione al quale l’imprenditore è tenuto ad organizzare la propria attività, occorre individuare uno standard di applicazione del criterio di condotta, il quale non potrà certo prescindere dalla *identificazione delle caratteristiche tipiche della “classe” o “categoria” di soggetti* che popolano il mercato rilevante di sbocco dei beni o dei servizi dell’impresa. Una specificazione in tal senso si rinviene proprio nell’art. 39 che ancora la valutazione degli indicati parametri comportamentali «alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori»⁽¹⁶⁷⁾.

Ulteriore elemento discretivo del parametro valutativo della buona fede può certamente essere desunto dalla disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, che presuppone l’illiceità della condotta se

¹⁶⁷ Sul punto v. M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 293.

idonea ad ingannare o turbare il consumatore. A tal riguardo occorre individuare, secondo criteri di tipicità sociale, un certo standard di applicazione del criterio, con riferimento evidentemente alla capacità di intendere e di volere di un consumatore tipizzato. Qualsiasi tentativo di inganno o di turbamento, infatti, può essere più o meno adatto ad ottenere successo, ma tale valutazione deve essere comunque riferita alle caratteristiche della controparte negoziale: anche l'inganno o l'aggressione più sofisticata possono essere evitati da parte di un interlocutore particolarmente avveduto o esperto; mentre anche l'inganno grossolano e generalmente riconoscibile o la minaccia palesemente inconsistente possono pur sempre avere effetto, a danno di persone particolarmente sprovvedute.

Il dibattito circa l'individuazione di parametri soggettivi per l'identificazione del soggetto "da proteggere", e quindi del grado o livello di diligenza esigibile dal consumatore, è stato particolarmente ricco ed approfondito con riguardo alla disciplina della pubblicità ingannevole. In tale settore, infatti, si è discusso se lo standard da adottare fosse quello di un consumatore "medio" ovvero se il divieto dovesse applicarsi sulla base del criterio di precauzione, cioè tenendo conto della idoneità del messaggio ad ingannare anche i singoli consumatori culturalmente o psicologicamente più deboli della media. La soluzione più rigorosa, prevalente in passato, appariva più coerente con una visione complessiva della disciplina dei consumatori, intesa quale disciplina di tutela di "soggetti deboli". Tale soluzione, inoltre, sarebbe certamente coerente con la prospettiva di valutazione della condotta imprenditoriale secondo buona fede in base ad una tensione protettiva dei valori fondamentali dell'individuo, come segnatamente individuati dall'art. 2 Cost.

Nel quadro di una visione «liberale e non paternalistica» ⁽¹⁶⁸⁾, che oggi

¹⁶⁸ L'espressione è di CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, The Hague, 2005, cap. 7. Sul punto L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle*

tende a prevalere, e che vede il diritto dei consumi come parte integrante del diritto della concorrenza, invece, un eccesso di rigorismo è apparso inefficiente: lo standard del “consumatore più debole”, soprattutto se riferito alla generale condotta dell’imprenditore ed all’organizzazione dell’attività di questo, porterebbe, infatti, a vietare un’infinità di messaggi ed a frustrare la maggior parte delle tecniche di marketing, finendo per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, per quanto parziali ed interessate, contribuiscono a ravvivare l’interesse di molti consumatori e, quindi, a tenere vivo il gioco della concorrenza.

Per di più, la scelta politica del diritto europeo tende a costruire un mercato caratterizzato dall’attivismo dei consumatori e dalla distribuzione anche ad altri soggetti (associazioni dei consumatori, pubblica amministrazione) di ruoli “protettivi” e “informativi” dei consumatori stessi, nell’ottica della sua educazione. Da tale tendenza scaturisce il moltiplicarsi, da un lato, di regole sostanziali e di rimedi efficaci, dall’altro, il rifiuto di scelte normative che potrebbero spingere i consumatori a delegare del tutto al potere pubblico o ai tribunali la tutela dei propri interessi.

Per tale ragione la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto, sin dagli anni ’90, di adottare, quale parametro valutativo, lo standard del «consumatore medio europeo», qualificandolo come una persona dotata di buon livello di istruzione e di capacità critica nelle decisioni di consumo ⁽¹⁶⁹⁾.

pratiche commerciali sleali, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, p. 14, secondo cui «la direttiva sancisce il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla considerazione del consumatore quale operatore economico»; così anche P. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell’ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, ivi, p.111, che sottolinea come la direttiva «persegue lo scopo di tutelare non tanto l’interesse dei consumatori quanto piuttosto il soddisfacimento dell’interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato quale luogo di incontro tra domanda ed offerta».

¹⁶⁹ Corte giust. Ce, 10 novembre 1982, C-261/81, Walter Rau Lebensmittelwerke; Corte giust. Ce, 18 maggio 1993, C-126/91, Yves Rocher; Corte giust. Ce, 6 luglio 1995, C-470/93, Mars; Corte giust. Ce, 16 luglio 1998, C-210/96, Gut Springenheide. Su tale orientamento giurisprudenziale v. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella*

La soluzione è stata, poi, sancita dalla Commissione che, nel «considerando» n. 18 della stessa direttiva n. 29/05 ⁽¹⁷⁰⁾, precisa che «la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici ... ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali». Il termine «consumatore medio» è stato poi ripreso nelle definizioni delle clausole generali della direttiva e, infine, dall'art. 20 cod. cons., in sede di recepimento di quest'ultima.

L'adozione dello standard europeo è da ritenersi senz'altro vincolante anche per il diritto italiano, anche al di là dell'espresso ambito applicativo delle pratiche commerciali sleali ⁽¹⁷¹⁾. Né sembra possibile ipotizzare un potere del giudice nazionale di derogare, «in considerazione delle caratteristiche della singola fattispecie», al criterio del consumatore medio ⁽¹⁷²⁾; tale soluzione, infatti, non solo equivarrebbe a disapplicare, per ragioni equitative, una norma comunitaria, ma recherebbe una assoluta incertezza nel sistema, posto che la valutazione del parametro di condotta sarebbe effettuato in modo discrezionale ed *ex post* dal giudice, in relazione al caso

direttiva 2005/29/CE, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p.141 ss; C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. imp. Europa*, 2007, p. 734.

¹⁷⁰ Per quanto il preambolo dell'atto comunitario non abbia valore direttamente vincolante e non possa derogare a disposizioni dell'articolato, i "considerando" devono reputarsi parte integrante del disposto normativo delle direttive comunitarie ai fini dell'interpretazione delle stesse (cfr. da ultimo Corte giust. Ce, 24 novembre 2005, C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor GmbH*). In questo senso, la specificazione contenuta nel "considerando" è del tutto coerente con il dato testuale della direttiva e ne costituisce una evidente esplicazione. Di diverso avviso, reputando priva di valore precettivo l'indicazione contenuta nel considerando n. 18, G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 137.

¹⁷¹ Nell'ambito del dibattito antecedente il recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, riteneva, invece, non vincolante per il legislatore nazionale, neppure in sede di recepimento della direttiva stessa, lo standard europeo sancito dalla giurisprudenza comunitaria, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 138.

¹⁷² C. PONCIBÒ, *op. cit.*, p. 736 s.

concreto, pregiudicando, così, le necessità organizzative imprescindibili nell'attività di impresa.

Il significato del rinvio alla norma europea dettata in materia di pratiche commerciali scorrette e dalla giurisprudenza comunitaria richiede però delle precisazioni.

In primo luogo si deve ricordare che, per espressa indicazione del giudice e del legislatore europeo, lo standard del consumatore medio europeo non deve essere inteso come uno standard fondato su base statistica, bensì come uno standard qualitativo costruito su due criteri: quello dell'*istruzione generale* e quello dell'*attenzione rivolta all'atto di acquisto*. Si vuole che il consumatore medio europeo sia un soggetto dotato di una discreta cultura generale ed abbastanza attento nel momento dell'acquisto. In sostanza, il criterio, più che fissare uno standard oggettivo, pone un onere di diligenza a carico del consumatore: in tal senso può affermarsi che esso si fonda sul rifiuto di una concezione paternalistica della tutela del consumatore. Si tratta, pertanto, di una scelta normativa che intende incentivare un certo attivismo del consumatore già al momento della decisione d'acquisto o, più in generale, che intende onerare il consumatore di una certa dose di attenzione e diligenza nell'ambito dei rapporti e delle relazioni con le imprese.

La figura del soggetto da tutelare è, così, calata, in modo coerente, in una visione complessiva della disciplina dei mercati ⁽¹⁷³⁾, che vede il consumatore come protagonista attivo e non come mero spettatore passivo del «gioco della concorrenza» ⁽¹⁷⁴⁾. Il riferimento al consumatore medio non è stato costruito come fotografia della realtà, bensì come scelta

¹⁷³ M. RABITTI, *Art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 153 precisa che «la scelta del legislatore è comprensibile alla luce della necessità di stabilire regole che si applicano a soggetti che sono individuati non a partire dalla considerazione esclusiva della loro posizione o condizione giuridica, ma tenendo conto anche del loro ruolo sociale».

¹⁷⁴ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. imp.*, 2009, 1, 106.

normativa che intende incentivare l'attivismo del consumatore. Deve, peraltro, evidenziarsi come tale scelta sia stata anche oggetto di critica da parte della dottrina, che ha sottolineato come la nozione di consumatore medio «è scarsamente aderente alla realtà» e dà luogo ad «una finzione legale ... che presenta talvolta il pericolo di un abbassamento del livello di tutela degli interessi dei consumatori» (175). Invero tale timore appare eccessivo, anche in ragione del fatto che – per la sua intrinseca qualificazione dal punto di vista definitorio – tende ad introdurre elementi suscettibili di valutazione oggettiva, che in qualche misura tendono a riequilibrare proprio il riferimento alle circostanze concrete¹⁷⁶.

Deve, tuttavia, precisarsi che nello standard così ricostruito non si richiede il possesso di un particolare grado di perizia scientifica, bensì solo un certo grado di cultura generale; in altri termini, si deve tener conto della circostanza, di comune esperienza, che i *consumatori possono distinguersi in diverse categorie, in funzione dei diversi atti di acquisto*: ci sono beni che, anche se destinati al consumo, vengono acquistati solo da soggetti esperti e, spesso, dotati di particolari conoscenze tecniche; altri beni (e sono la stragrande maggioranza) che possono essere acquistati da soggetti tanto esperti, quanto inesperti. In tal caso, appare evidente che lo standard non può essere quello del soggetto esperto, bensì quello del soggetto non dotato di esperienza specifica e però fornito di una discreta cultura

¹⁷⁵ La critica è stata formulata da C. PONCIBÒ, *op. cit.*, p. 752; Parimenti, appare critico anche M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, cit. p. 27 il quale afferma che «tenendo conto delle rilevanti caratteristiche sociali, culturali o linguistiche dei gruppi destinatari di una determinata pratica, resta al consumerista il dubbio che l'introduzione del concetto di consumatore medio possa condurre ad un generalizzato livellamento verso il basso del grado di tutela riconosciuto ai consumatori».

¹⁷⁶ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, cit., p. 954 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. p. 104 precisa che «lo standard del "consumatore più debole" porterebbe a vietare un'infinità di messaggi e finirebbe per privare il mercato di buona parte di quel flusso di informazioni che, per quanto parziali e interessate, contribuiscono a ravvisare l'interesse di molti consumatori e quindi a tenere vivo il gioco della concorrenza».

generale e attenzione.

Deve, poi, considerarsi che ci sono beni che vengono offerti, soprattutto o comunque regolarmente, a «gruppi di consumatori chiaramente individuabili e particolarmente vulnerabili» (art. 5.3 dir. Ce), come possono essere i bambini o gli anziani o gli ammalati. In questi casi, lo standard di valutazione delle pratiche commerciali deve necessariamente abbassarsi e, stante l'espressa disposizione dell'art. 5.3, diviene quello del «consumatore vulnerabile».

Così si esprime anche l'art. 20 cod. cons., distinguendo il "consumatore medio" (comma 2) dal "consumatore medio vulnerabile" (comma 3)⁽¹⁷⁷⁾: se l'attività dell'impresa, pur riguardando gruppi più ampi, sia indirizzata principalmente ad «un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della sua infermità mentale o fisica, della sua età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere», il parametro del "consumatore medio" deve essere rapportato non alla generalità dei consumatori, ma ad un più ristretto gruppo omogeneo.

Attraverso questa differenziazione concettuale, il legislatore ha, in sostanza, previsto l'esistenza di "classi" di consumatori medi, al fine di assicurare sempre la massima tutela al consumatore tipico più debole, in relazione alle diverse categorie di prodotti o servizi. Come è stato rilevato, si è in tal modo voluto introdurre un ulteriore parametro per adeguare la valutazione relativa al comportamento del consumatore medio ai casi in cui sono coinvolti gli interessi di soggetti particolarmente deboli, in quanto «si vuole evitare che le esigenze di armonizzazione e di promozione del mercato interno, attraverso l'uniformazione dei giudizi, vadano a detrimento della protezione delle posizioni eccezionalmente, ma prevedibil-

¹⁷⁷ In questi termini si esprime M. RABITTI, *Art. 20, cit.*, p. 155 ss.

mente, delicate e problematiche» (178). Ciò che resta fuori dal parametro è solo «la debolezza individuale, idiosincratICA» (179).

Alcuni dubbi, tuttavia, sono stati avanzati anche con riguardo a questa previsione normativa, poiché si è ritenuto che il gruppo di consumatori “vulnerabile” non sia sempre chiaramente individuabile all’interno della generalità dei consumatori ai quali si rivolge l’imprenditore. Inoltre, si è osservato che è difficile stabilire quale grado di ingenuità o credulità il professionista sia in concreto in grado di prevedere. Infine – e questa può l’obiezione più condivisibile – la nozione di consumatore medio, nelle sue due accezioni, sembra essere stata concepita avendo riguardo ai messaggi pubblicitari e, più in generale, alla contrattazione standardizzata, trascurando le infinite ipotesi di condotte scorrette poste in essere da professionisti che hanno natura diversa da quella pubblicitaria (180).

In realtà basta por mente alla sommaria classificazione sopra esposta per rendersi conto che il criterio del consumatore medio inclina sempre verso la categoria tipica più debole (181): debolezza che si manifesta talora nell’inesperienza del settore specifico, altre volte nella più generale capacità di intendere o di volere.

Resta fermo che, in tutti i casi in cui l’attività di impresa si rivolga a

¹⁷⁸ A. SACCOMANI, *Le nozioni*, 157 s., il quale osserva inoltre che: «se mancasse il correttivo della prevedibilità, il riferimento al consumatore vulnerabile assorbirebbe la nozione di consumatore medio, e, pertanto, tutte le prassi imprenditoriali (e/o professionali) sarebbero soggette al concreto rischio di divenire illegittime e di essere sanzionate perché inaspettatamente distorsive per le scelte economiche di soggetti specialmente indifesi a cagione della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, che potrebbero essere soltanto destinatari occasionali e non tipici di quel determinato prodotto».

¹⁷⁹ M. LIBERTINI, *Clausola generale*, 66.

¹⁸⁰ M. RABITTI, *Art. 20, cit.*, p. 156.

¹⁸¹ In tal senso WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer”?*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/9/CE*, Oxford, 2007, p. 115 il quale approva le scelte del legislatore europeo, sottolineano che esse non limitano la tutela a favore di categorie, ben individuate con criteri di tipicità sociale, di consumatori oggettivamente vulnerabili, mentre previene gli eccessi di tutela, talora attuati dagli stati membri, con criteri paternalistici e sostanzialmente rivolti più a tutelare lo status quo dei mercati, che non le vere esigenze dei consumatori.

diverse categorie di soggetti, la categoria più debole deve essere protetta. Ne consegue che, a parte il caso che l'impresa differenzi la propria attività in ragione della destinazione specifica a diverse categorie di clienti, lo standard imposto, per il caso normale di pratica commerciale rivolta al pubblico, sarà la tutela del consumatore tipico più debole di quella particolare categoria di prodotto o servizio.

Ciò nonostante ci si potrebbe domandare se davvero i consumatori che, pur senza fondare la propria debolezza sull'età o sullo stato mentale o fisico, siano comunque al di sotto del parametro medio del consumatore informato ed avveduto, siano privi di tutela.

A questo proposito l'art. 20, comma 3, fa riferimento - accanto all'età e all'infermità mentale - (come del resto fa anche l'art. 5 della direttiva) all'"ingenuità", che dovrebbe essere intesa proprio come quella condizione di particolare vulnerabilità che, però, prescinde da fattori specifici e che, più genericamente, dovrebbe sussumere le condizioni di distrazione e disinformazione.

Nonostante il riferimento testuale, appare, tuttavia, opportuno non sopravvalutare la portata di questa disposizione, per non negare le premesse dalle quali ci si è mossi, ossia il rifiuto del legislatore ad assumere un atteggiamento paternalistico⁽¹⁸²⁾.

Il riferimento alla condizione di ingenuità, dunque, dovrà pur sempre essere valutato da parte del professionista alla luce della sua prevedibilità⁽¹⁸³⁾.

¹⁸² P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, Napoli, 2009, p. 76.

¹⁸³ C. LO SURDO, *Art. 20*, in *Codice del consumo e norme collegate*, II edizione, a cura di Cuffaro, Milano, 2008, p. p. 113 mette in evidenza che «in un'ottica di bilanciamento degli interessi, moderare in tal senso la responsabilità del professionista non poteva di certo condurre, all'opposto, a pregiudicare irrimediabilmente la tutela del soggetto particolarmente debole, come sarebbe stato se fosse stato imposto a quest'ultimo l'onere di dimostrare la prevedibilità dell'evento lesivo da parte del professionista stesso. Trattandosi infatti di una sorta di *probatio diabolica* per un eventuale consumatore denunciante (o per l'Autorità procedente d'ufficio), ciò avrebbe comportato una

«Di conseguenza, la ricerca del più alto grado di tutela nei confronti del consumatore è moderatamente e ragionevolmente limitata. Infatti, se mancasse il correttivo della prevedibilità, il riferimento al consumatore vulnerabile assorbirebbe la nozione di consumatore medio, e, pertanto, tutte le prassi imprenditoriali (e/o professionali) sarebbero soggette al concreto rischio di divenire illegittime e di essere sanzionate, perché inaspettatamente distorsive per le scelte economiche di soggetti ... che potrebbero essere soltanto destinatari occasionali e non tipici di quel determinato prodotto. Il metro di paragone, pertanto, non consiste in una ristretta cerchia elitaria, ovvero in un confuso gruppo di sprovveduti, bensì in un modello culturale astratto e non statistico»⁽¹⁸⁴⁾.

Le condizioni di particolare ingenuità, che pongono i consumatori sotto la soglia del “consumatore medio”, verranno, pertanto, prese in considerazione solo se esse raggiungano un livello rilevante di tipicità sociale e, in quanto tali, siano ragionevolmente prevedibili dal professionista⁽¹⁸⁵⁾.

La disattenzione e la distrazione del singolo consumatore, che non appartenga ad una delle categoria particolarmente vulnerabile, dunque, non potrà trovare alcuna protezione; anche al consumatore, infatti, si impone l’uso di una adeguata diligenza nel compiere il proprio atto di acquisto¹⁸⁶.

Si deve, però, tenere conto anche della circostanza che lo standard del consumatore medio trova la sua giustificazione nell’esigenza di favorire la diffusione di informazioni commerciali e la libertà di espressione dell’autore della pubblicità. Laddove il messaggio non presenti lati

deminutio di tutela. È per questo che, nell’art. 27, co. 5, del Codice del consumo, è stata disposta un’inversione dell’onere probatorio a carico del professionista».

¹⁸⁴ A SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore*, cit., p. 158.

¹⁸⁵ Come peraltro la prassi applicativa ha già dimostrato in considerazione di categorie di consumatori particolarmente deboli a causa di una eccessiva propensione all’acquisto di determinati prodotti, quali dimagranti, amuleti, sistemi per vincere a lotto, come ricorda C. LO SURDO, *Art. 20*, cit. p. 111.

¹⁸⁶ M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit. p. 105.

positivi di tal genere, e possa trovare spiegazione solo con il tentativo di ingannare la fascia più sprovvista di consumatori, allora il messaggio sarà da considerare ingannevole, anche se il consumatore medio, istruito ed attento, sarebbe in grado di decodificare il messaggio.

Un messaggio pubblicitario potrebbe essere reticente su alcune caratteristiche del prodotto che ne limitano l'utilità, ma veritiero sulle qualità positive indicate e, magari, accompagnato da una grafica esteticamente pregevole. In questo caso il messaggio può svolgere ancora una sua positiva funzione di fornire informazioni ai mercati e di richiamare l'attenzione nella dialettica competitiva. Il consumatore avveduto e mediamente informato potrà filtrare criticamente il messaggio, pur non essendo esperto del settore, e ciò può bastare ad assolvere il messaggio stesso da un giudizio di scorrettezza.

Ad esempio, ove un messaggio pubblicizzi un bene di largo e generale consumo indicando il prezzo con la formula «€ xxx + iva», la formula sarebbe sicuramente decodificabile da parte di un consumatore avveduto, che non avrebbe difficoltà ad informarsi sul tasso di imposta e a fare una semplice addizione. Tuttavia, questa modalità di indicazione del prezzo non presenterebbe alcun vantaggio di informazione, né servirebbe a rendere più efficace il richiamo pubblicitario. La sua unica funzione sarebbe quella di distorcere le informazioni in possesso del consumatore un pò disattento, che concentrerebbe la sua attenzione sulla cifra numerica, essendo abituato a considerare i prezzi dei prodotti come prezzi finali, senza dover calcolare l'iva.

Un'ulteriore precisazione sembra, poi, opportuna con riguardo al parametro dell'applicazione dello standard del consumatore medio in relazione alle pratiche aggressive.

In effetti, questo standard è stato costruito con esclusivo riferimento alle asimmetrie informative di cui il consumatore può essere vittima nel

momento dell'effettuazione delle sue decisioni di acquisto. In tal caso i parametri della «istruzione» e della «attenzione» non sono appropriati nel descrivere le alterazioni del processo decisionale del consumatore. Possono, infatti, esservi persone informatissime ed anche pignole nel gestire la loro economia domestica, che, però, per debolezza di carattere o per desiderio di non perdere tempo, siano inclini a rispondere adesivamente ad una proposta aggressiva, che, ove formulata in modo normale, avrebbero sicuramente respinto.

Ciononostante, sembra innegabile che il legislatore europeo abbia voluto affermare un'identità di *ratio* nel divieto di pratiche commerciali sleali ed in quello di pratiche aggressive, e che tale *ratio* debba essere "esportata" per la valutazione della condotta dell'imprenditore più in generale, con riguardo alla sua correttezza. Tale conclusione è dimostrata dal fatto che, nella definizione di pratica aggressiva (art. 8 dir. Ce 29/05; art. 20 cod. cons.), il riferimento al consumatore medio è stato accompagnato dall'altra indicazione normativa della limitazione «considerevole» della libertà di scelta del consumatore.

Può richiamarsi, allora, quanto sopra rilevato in ordine alla circostanza che lo standard del consumatore medio esprime, in sostanza, la scelta legislativa di imporre al consumatore un certo onere di diligenza nelle decisioni di acquisto e di rifiutare una versione paternalistica della disciplina. Inteso in questa prospettiva funzionale, lo standard del consumatore medio diviene applicabile anche alle pratiche commerciali aggressive: l'illiceità della condotta può ritenersi solo laddove il comportamento aggressivo superi la normale soglia di attenzione, che in questi casi va intesa nel senso di irritazione o ansietà, e ciò anche se non vi è concreta induzione all'acquisto. Allo stesso modo, lo standard amplia l'irrilevanza delle debolezze di carattere idiosincratico, cioè radicate in patologie individuali, e la rilevanza di condizioni di debolezza tipiche.

Alla luce delle considerazioni svolte, la condotta imprenditoriale può reputarsi contraria alla buona fede se idonea ad alterare la libertà di scelta del consumatore medio o se è idonea a danneggiarlo. Risulteranno però non censurabili quelle condotte riferite ad una generalità di soggetti identificata in base a parametri standardizzati, per i quali non sia prevedibile una posizione di particolare debolezza o vulnerabilità rispetto al “tipo medio” della classe di riferimento; diversamente, resta la censura di scorrettezza se la condotta sia riferita ad un singolo soggetto e contenga in sé gli elementi per ritenere sussistente un approfittamento da parte dell'imprenditore della sprovvedutezza o della incapacità del medesimo soggetto.

Nella disciplina generale, quindi, il modello di “consumatore medio” così individuato consente di selezionare concretamente le condotte dell'imprenditore, anche per quanto concerne i propri sforzi organizzativi; all'interprete, pertanto, ogni qual volta è chiamato a giudicare la scorrettezza di una condotta, viene chiesto un costante sforzo di adattamento alle circostanze. Tale selezione non sarebbe stata possibile se si fosse preso come parametro di riferimento, *a contrario*, il consumatore inteso come soggetto-operatore economico in grado di valutare compiutamente e correttamente tutte le informazioni a lui necessarie in vista di un'operazione economico-commerciale, di selezionarne i contenuti, di valutarne la portata persuasiva e la valenza squisitamente informativa ed, infine, di compiere la sua scelta in esito ad un confronto tra le varie proposte astrattamente possibili.

Questo modo di ragionare avrebbe richiesto che il legislatore avesse preso come modello di riferimento un consumatore virtuale, inesistente, freddo calcolatore, capace di individuare la proposta migliore basandosi (in virtù delle informazioni in suo possesso) sul prodotto dotato delle migliori qualità al prezzo più conveniente.

D'altro canto, tuttavia, è vero pure che con la nozione di consumatore medio si è inteso «recuperare quella implicita razionalità che contraddistingue la classica teoria economica del consumatore, cercando di porre limiti ai profili emozionali che, secondo molte teorie sociologiche, vedono il consumatore in balia del mercato» (187).

Nella continua tensione tra queste due opposte spinte, il consumatore medio corrisponde ad una figura lontana dall'immagine utopica del mero calcolatore e più vicina ad un parametro razionale di più certa applicazione.

Il vero rischio connesso all'uso della nozione di consumatore medio, che si è evidenziato una volta che il legislatore ha inteso fare ricorso a clausole di portata tanto generale ed ampia da comprendere dentro di esse una serie di concetti non solo giuridici, ma bisognosi di ulteriori specificazioni, al di là della legittima esigenza di oggettivazione della valutazione, sta nel fatto che detto parametro si scontri contro l'ampiezza stessa del suo contenuto e della sua portata.

La stessa giurisprudenza comunitaria (188) ha posto in evidenza come al medesimo concetto di "consumatore medio", non corrisponde il medesimo significato e ciò sia in ragione delle differenze esistenti tra aree diverse del mercato, sia per quelle ragioni culturali, giuridiche ed economiche, che la stessa norma richiama con tanta enfasi. Differenze apprezzabili non soltanto in considerazione delle diversità che esistono tra i diversi Stati

¹⁸⁷ L. ROSSI CARLEO, sub *art. 18 lett. e)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., p. 66.; invece, come la stessa Autrice precisa, sub *art. 18 lett. d)* « La nuova disciplina, sembra importante ribadirlo, conferma, dunque, la volontà di porre a fondamento dell'ordine del mercato concorrenza e conoscenza. In questa prospettiva, la corretta conoscenza rappresenta, quindi, il pilastro che si pone a difesa del "libero arbitrio" dell'individuo, anche se il riferimento alla razionalità tende a ridurre la varietà ad una sola verità compresa da un solo cittadino: il «*consumatore medio*», rappresentativo di tutti gli altri. Il legislatore, ovviamente non ignaro del fatto che la razionalità è un concetto che non può essere generalizzato, ritiene, tuttavia, utile quanto meno tendere alla ricerca di strumenti giuridici atti a garantire al consumatore finale una scelta potenzialmente consapevole», *ivi*, pp. 57 s..

¹⁸⁸ Da ultimo v. Corte giust. Ce, 8 maggio 2008, n. 304/06 P.

membri, ma anche per le possibili differenze tra diverse categorie di consumatori nello stesso Stato membro, insuscettibili di essere ricondotte sotto il parametro del consumatore medio.

Rispetto al condivisibile rilievo mosso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, potrebbe accadere che tali differenze sul piano applicativo potrebbero comportare una diversa valutazione anche della buona fede dell'imprenditore, *sub specie* di preventiva conoscibilità del livello di rischio cui espone il consumatore nell'esercizio della propria attività.

Se, infatti, la scorrettezza è un parametro relazionale, che si misura sulla base delle ragionevoli aspettative del consumatore medio, laddove si assume che il consumatore medio non sia un criterio sempre univoco ne deriva che anche le relative aspettative potrebbero subire delle modificazioni.

Proprio l'esistenza di possibili difformità applicative del concetto di consumatore medio e di tutte le definizioni ad esso direttamente o indirettamente collegate (ivi compresa quella di "scorrettezza" della condotta imprenditoriale) – circostanze già poste in luce dalle decisioni della Corte di Giustizia con riferimento alle pratiche commerciali sleali - porta con sé il rischio di minacciare seriamente il raggiungimento dell'armonizzazione massima, più volte predicato come obiettivo dal legislatore di Bruxelles.

Tuttavia, occorre evidenziare che il parametro del consumatore medio sembra essere funzionale ad una valutazione della buona fede e della correttezza dell'imprenditore nei confronti dei consumatori con specifico riguardo agli aspetti negoziali, dei quali appunto le pratiche commerciali sleali costituiscono una significativa porzione. Ma, in forza di quanto innanzi esposto, l'obbligo di correttezza e buona fede deve ritenersi esteso, quale principio generale di diritto, all'intero agire dell'imprenditore e, funzionalmente, alla salvaguardia dei diritti del consumatore-

cittadino considerati come fondamentali e, dunque, anche al di là dell'ambito negoziale.

Se trasfusa in area diversa dalle vicende negoziali, allorchè si impatti su posizioni soggettive di particolare rilievo sociale tanto da essere considerate talvolta addirittura "inviolabili", appare evidente che il parametro debba necessariamente essere quello più rigoroso. In tal senso, si può ritenere che l'esigibilità della condotta dell'imprenditore sia limitata dall'esigibilità, in capo al consumatore, di un minimo grado di diligenza, che possa rendere inoffensivi nei propri confronti eventuali pregiudizi che possono derivare dalla condotta dell'imprenditore.

La scorrettezza, quindi, non è ravvisabile ogni qual volta, seppure l'operato dell'imprenditore sia astrattamente idoneo a mettere in pericolo un bene primario (ad esempio salute), vi sia per il consumatore l'agevole possibilità di non incorrere in alcun pregiudizio. In tal caso, non può valere il limite della "apprezzabilità" ⁽¹⁸⁹⁾ del danno, posto che non può certo tollerarsi che l'imprenditore assuma rischi che possano, con ragionevole certezza o probabilità, determinare danni, neppure lievissimi, a beni quali la salute o l'ambiente: è evidente che sarebbe da considerare "scorretto" anche il comportamento dell'imprenditore che, pur consapevole del danno che la sua condotta può arrecare all'ambiente, ne accetta il rischio ritenendo di poter risarcire lo stesso danno, magari attraverso un sistema assicurativo che lo renda immune da conseguenze anche solo patrimoniali.

Al fine di consentire valutazioni elastiche e sostanzialmente coerenti

¹⁸⁹ Oppure "rilevante", come invece si legge nella definizione di cui all'art. 18, lett. e) per quanto riguarda la compromissione della libertà di autodeterminazione in ambito negoziale. M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit. p. 100 ss. precisa sul punto che «E' chiara – nella definizione della clausola generale – l'intenzione del legislatore di prevenire applicazioni rigoristiche del divieto di PCS, e quindi di tollerare pratiche formalmente censurabili, ma sostanzialmente ininfluenti sul processo di scelta del consumatore. L'applicazione di questo criterio rende inevitabile (oltre che opportuna) la formazione di *standard*. L'alternativa è tra il lasciare che questi si formino solo per accumulo di precedenti o il tentare di tracciare fin d'ora dei criteri di interpretazione razionale della disposizione».

con la *ratio* della disciplina, l'apprezzabilità dell'alterazione deve essere presa in considerazione, ancora una volta, in relazione proprio allo specifico interesse o diritto in ipotesi messo in pericolo o lesa e trasmutando il parametro del consumatore medio ad un agire "quotidiano" e "prevedibile" in base alle normali esigenze di vita personale e familiare. Il rischio, cioè, deve essere valutato rispetto allo svolgimento, da parte del consumatore, delle ordinarie incombenze quotidiane nell'ambito personale e lavorativo, tal che egli riceverebbe un danno solo se operasse attività del tutto *extra ordinem* o per le quali si attende una diligenza specifica per non incorrere nel pregiudizio.

La ragionevolezza ⁽¹⁹⁰⁾, riferita all'ampia sfera personale del consumatore, e non solo a quella volitiva in campo negoziale, misura il grado di legittimità dell'affidamento che le condotte poste in essere dal professionista hanno ingenerato nei consumatori; inteso in questo senso, esso non può costituire un parametro astratto e statistico, ma deve essere calato nel concreto e valutato alla luce di tutta una serie di circostanze che – secondo criteri di tipicità sociale – sono essenziali in un dato settore del mercato e nei rapporti che, in esso, si sviluppano tra consumatori e professionisti.

È, quindi, ragionevole l'aspettativa del consumatore medio di riferimento, non solo con il suo livello normale di informazione o con il suo grado adeguato di attenzione e avvedutezza, ma anche con la sua capacità critica che lo fa adattare alle reali circostanze concrete in un determinato momento storico (cui si riferisce il *considerando* n. 18, allorché ritiene che la nozione di consumatore medio debba tener conto di fattori sociali, culturali e linguistici).

In questo senso è possibile prendere in considerazione anche aspet-

¹⁹⁰ S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008, p. 105 ricorda che la ragionevolezza è un criterio in base al quale operare un bilanciato tra l'esigenza di uniformità di trattamento, da un lato, e di rispetto per le singolarità dall'altro.

tative considerate come anomale, in quanto relative ai gruppi di consumatori particolarmente vulnerabili (per età, infermità o per ingenuità, nel senso chiarito prima) purché esse siano prevedibili dal professionista ⁽¹⁹¹⁾.

La ragionevolezza, allora, gioca il proprio ruolo su due fronti: il fronte del consumatore, delle sue aspettative e della tutela dei diritti fondamentali riconosciutigli dall'ordinamento ed il fronte del professionista e del suo operato.

Tale operato deve essere in grado di individuare, in concreto, le esigenze della particolare categoria di consumatori con i quali viene in contatto, della loro capacità di percezione e di comprensione delle informazioni rispetto alla categoria individuata, delle loro esigenze di vita quotidiana, adeguando le proprie informazioni, nel contenuto e nella forma, nonché le proprie azioni al fine di non pregiudicare la "personalità" di ciascun membro del gruppo di riferimento.

Per quanto riguarda il comportamento del consumatore, poi, soltanto una adeguata valutazione delle proprie capacità cognitive, delle proprie basi culturali, dei propri atteggiamenti psicologici e così via, consente di discernere e tenere distinte situazioni nelle quali la disinformazione ovvero la soggezione all'agire imprenditoriale sia dovuta soltanto al comportamento del professionista, da quelle in cui essa sia invece dovuta al comportamento negligente del consumatore ⁽¹⁹²⁾.

In questo modo si può dare risposta anche al dubbio avanzato circa la rigidità del parametro del consumatore medio: la ragionevolezza delle aspettative, infatti, costituisce un criterio ulteriore ed elastico che consente di adattare la nozione di scorrettezza a tutte le circostanze che riguardino i

¹⁹¹ C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 3, p. 703, secondo la quale «la ragionevolezza sarebbe allora un criterio cognitivo del reale: una misura che si adegua alle circostanze esterne secondo la capacità critica del soggetto raggiunto in concreto».

¹⁹² P. BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, in corso di pubblicazione.

consumatori raggiunti, in modo diretto o indiretto, in ogni fase del consumo, dall'attività dell'imprenditore. Come puntualmente sottolineato da un autorevole Autore, l'imposizione del dovere di correttezza in capo all'imprenditore «non può diventare fonte di una sorta di responsabilità oggettiva del professionista a fronte di un inavveduto ed incontrollato comportamento del consumatore. Se sono certamente noti e frequentissimi i subdoli comportamenti dei professionisti, che inducono il consumatore a contrarre senza una consapevole valutazione dell'oggetto del contratto, dei rischi e degli effetti dello stesso, o addirittura "provocando" l'induzione all'acquisto, dall'altra parte il consumatore non potrà cullarsi nella sicurezza di ottenere comunque e sempre una protezione, alla stregua di un soggetto incapace»⁽¹⁹³⁾.

¹⁹³ M. SANDULLI, *Art.*, 39, cit., p. 297.

CAPITOLO IV

PROFILI SANZIONATORI

1. Valore precettivo del principio di buona fede e rimedi sanzionatori

L'assegnazione alla correttezza, buona fede e lealtà del ruolo di principi cogenti per l'imprenditore ai quali questo, come espressamente prevede l'art. 39 cod. cons., è obbligato ad «improntare» l'attività di impresa, pone quale necessario ulteriore livello di indagine quello delle conseguenze in caso di condotte scorrette: il codice del consumo non prevede, infatti, alcuna specifica disposizione sanzionatoria per la violazione dell'art. 39 cod. cons.

E proprio tale mancanza ha indotto parte della dottrina ad assegnare a quest'ultima norma il ruolo di mera disposizione non precettiva, di manifesto di principi, di norma di improbabile applicazione per mancanza di sanzione, e quindi pleonastica ⁽¹⁾. Tuttavia, pare ragionevole prospettare che, proprio in quanto "clausola generale" o "principio informatore" dell'agire imprenditoriale, la scorrettezza della condotta non può trovare univoca sanzione, ma dovrà essere punita in modo coerente con le singole, mutevoli, anche atipiche condotte scorrette poste in essere dall'imprenditore. In definitiva, la funzione di clausola generale rende del tutto inopportuna una sanzione "tipica" per la violazione della norma, occorrendo poter attingere di volta in volta al più ampio ventaglio di opzioni che l'ordinamento mette a disposizione, orientando ed adeguando la reazione dell'ordinamento al fine di individuare le misure più appropriate per il ripristino della legalità e per la effettiva tutela del

¹ E.M. TRIPODI, *Art. 30, cit.*, p. 228; G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo», cit.*, p. 777; G. VETTORI, *Art. 39, cit.*, p. 416, che esemplifica le conseguenze della violazione della buona fede in generale, ma non con riferimento all'art. 39.

soggetto concretamente leso. Ed invero, come innanzi ampiamente osservato, la verifica della condotta secondo i canoni di buona fede, correttezza e lealtà trova spazio in quelle ipotesi in cui la norma giuridica specificamente dettata per la fattispecie sia carente in punto di tutela del consumatore, ovvero sia mancante: al giudice è perciò demandato un giudizio di “valore” sulla legittimità della condotta, censurando le azioni (commissive o omissive) dell’imprenditore che vengano a confliggere con il dovere di solidarietà sociale.

La sanzione, dunque, deve essere rinvenuta tra quelle che l’ordinamento giuridico appresta per reagire ad azioni non conformi a quelle dovute, siccome imposte dalle norme positive precettive, tra le quali, va ascritto anche l’art. 39. Il ventaglio si prospetta ampio, e la novità del precetto legittima anche una rivalutazione “estensiva” delle sanzioni dettate positivamente dalla legge per le specifiche fattispecie. Certamente occorre innanzitutto distinguere le ipotesi in cui la malafede o la scorrettezza si sia esplicitata o abbia effetti nell’ambito di relazioni dirette con il consumatore di natura negoziale, per le quali è possibile ipotizzare anche a rimedi invalidatori del contratto, dalle altre ipotesi in cui il comportamento scorretto ha coinvolto i terzi a seguito di mero “contatto”, effettivo o potenziale, con l’imprenditore sul mercato. Inoltre, deve essere preso in considerazione il cd. *public enforcement*, sia per la parte di tutela amministrativa che per quella di carattere penale.

Ed invero, sotto quest’ultimo profilo, va ricordato che molteplici sono le disposizioni che puniscono come reati, apprestando perciò una sanzione penale, condotte dell’imprenditore fraudolente, e quindi di per sè contrarie alla buona fede ed alla correttezza. In modo particolare, vanno ricordate le ipotesi considerate le diverse ipotesi di frode, quali la frode nell’esercizio del commercio (art. 515 c.p.), la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.) e la vendita di

prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.).

La condotta sleale dell'imprenditore potrà trovare sanzione penale anche allorchè integri una delle ipotesi di truffa, soprattutto della truffa contrattuale (art. 640 c.p.) e della cd. truffa vessatoria (art. 640, comma 2, n. 2 c.p.), ovvero realizzi una ipotesi di falso, con la contraffazione, l'alterazione o l'uso di segni distintivi, di opere dell'ingegno o di prodotti industriali (art. 473 c.p.) o con l'introduzione nello Stato ed il commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.).

Infine, la sanzione penale punisce le condotte dell'imprenditore che «per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso» (art. 643 c.p.: circonvenzione di persone incapaci).

2. Il *public enforcement* per le pratiche commerciali scorrette

L'obbligo di condotta secondo correttezza e buona fede abbraccia qualsiasi comportamento dell'imprenditore, pertinente "l'attività commerciale", e quindi anche quelle ipotesi che si concretizzano in azioni volte a compromettere «il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio» (art. 20 cod. cons.). Allorchè la condotta sia riferibile ad una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli art. 20 ss. cod. cons., trova applicazione il complesso sistema di *public enforcement* dettato dall'art. 27 cod. cons., e quindi la tutela in via amministrativa, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ed infatti, la disposizione da ultimo richiamata, al comma 2, prevede che l'Autorità, di

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» (2), prevedendo, altresì sanzioni amministrative (da 5 mila a 500 mila euro) per i trasgressori del divieto.

Il sistema procedimentale dettato per le pratiche commerciali scorrette attribuisce all'Autorità un ampio potere di intervento, sia su istanza di parte che d'ufficio, per sanzionare le violazioni del divieto. Al tal riguardo, l'art. 27, completato dal «regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette» (3), prevede la possibilità che, in una fase pre-istruttoria, si possano esplicitare iniziative di *moral suasion* da parte dell'Autorità (4), volte ad ottenere la cessazione della pratica. Ed infatti, al comma 7, la citata disposizione consente, nei casi in cui non vi sia una «manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale» (5), di definire il procedimento (senza procedere ulteriormente nell'accertamento dell'infrazione) se il professionista responsabile dell'infrazione denunciata si impegna a porre fine alla condotta scorretta, interrompendola o eliminando i profili di illegittimità (6).

Gli impegni dovranno prevedere non solo la cessazione della condotta

² Per un'ampia analisi dei poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato con riferimento alle pratiche commerciali scorrette e delle relative sanzioni v. A. MANCINI, *Art. 27, commi 1-6*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 276 ss. e S. PERUGINI, *Art. 27, commi 7-12*, *ivi*, p. 285 ss.

³ Pubblicato su G.U. 5 dicembre 2007, n. 283.

⁴ Nella fase pre-istruttoria il regolamento assegna al responsabile del procedimento la possibilità di concordare impegni.

⁵ La dottrina riferisce il criterio della manifesta scorrettezza e gravità alla natura della pratica commerciale, comprendendovi quei casi che siano particolarmente idonei ad alterare il comportamento economico dei consumatori e si prestino ad essere apprezzati *prima facie* come particolarmente gravi. Ciò in particolare, in considerazione del fatto che l'impegno e la valutazione della sua ammissibilità avviene a ridosso dell'avv50 del procedimento, quando non sono necessariamente noti una serie di elementi, come la effettiva consistenza, ampiezza e durata della pratica commerciale, che emergono interamente solo a seguito del completamento dell'iter istruttorio. Cfr. UBERTAZZI, *Commentario breve*, p. 115; per il rapporto tra impegni e *black list* S. PERUGINI, *Art. 23*, in *Le modifiche al codice del consumo, cit.*, p. 208 ss.

⁶ Sul procedimento di assunzione degli impegni v. S. PERUGINI, *Art. 27, cit.*, p. 285 s.

posta in essere, ma anche il venir meno gli effetti che la pratica abbia già prodotto. Pervero, l’Autorità ha ritenuto la riparazione *ex nunc* sufficiente a fondare la valutazione di idoneità dell’impegno nel caso di pratiche commerciali ancora in corso (7), mentre ha imposto la riparazione con effetto retroattivo allorchè la pratica sia già cessata o spontaneamente interrotta dal professionista prima dell’avvio del procedimento (8); e ciò in conformità a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa in materia di impegni *antitrust*, secondo la quale «al fine di evitare che la presentazione di impegni non abbia apprezzabili risultati concreti, risolvendosi in un *quid vacui*, ma sia indirizzata essenzialmente ad evitare l’accertamento della violazione *antitrust* e la conseguente irrogazione della sanzione, l’accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere. Diversamente verrebbe disattesa la *ratio* della norma, in quanto gli impegni devono essere tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria, finalità che nel caso di intesa non più attuale può essere realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto *ex tunc* dei comportamenti concorrenziali adottati» (9).

Nel caso in cui non sia possibile pervenire ad una definizione concordata nella fase pre-istruttoria e si accerti la scorrettezza della pratica

⁷ Cfr provv. n. 19352 del 23 dicembre 2008, PS 1731; provv. 19353 del 23 dicembre 2008, PS1732; provv. n. 19354 del 23 dicembre 2008, PS1733; provv. n. 19355 del 23 dicembre 2008, PS1734; tutti in Boll. 49/2008 e relativi alle modalità di applicazione della commissione di massimo scoperto da parte di banche. In particolare, l’Autorità ha ritenuto che gli impegni offerti fossero idonei a rimuovere i profili di illegittimità delle pratiche contestate, in quanto introducevano rilevanti miglioramenti informativi e sostanziali nell’applicazione della commissione, nella documentazione informativa e contrattuale, nella prospettazione delle condizioni di applicazione della commissione, peraltro integrata da esempi numerici sufficientemente chiari.

⁸ Cfr. provv. n. 18324 del 24 aprile 2008, PI6402, in Boll. 16/2008, relativo ad un messaggio pubblicitario modificato autonomamente dal professionista prima dell’avvio del procedimento; provv. n. 18546 del 25 giugno 2008, PS442, in Boll. 25/2008.

⁹ Tar Lazio, 29 dicembre 2007, n. 14157, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(¹⁰), l'art. 27, comma 8 cod. cons. attribuisce all'Autorità il potere di adottare un provvedimento che inibisca l'avvio o la continuazione della stessa da parte del professionista. Funzionale al provvedimento interdittivo è prevista la possibilità di adottare misure cautelari, anche *inaudita altera parte* (art. 27, comma 3, cod. cons.)(¹¹).

Con il provvedimento di definizione del procedimento, oltre che irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie (comma 9) ed accessorie eventuali (quali la pubblicazione, a cura e spese del professionista, della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti)(¹²), è demandato all'Autorità di adottare le misure più opportune per eliminarne gli effetti (comma 2), così da poter conseguire l'effettivo raggiungimento del risultato perseguito, quello cioè della sterilizzazione degli effetti della condotta scorretta e del ripristino della situazione *quo ante*.

Parte della dottrina (¹³) ha ritenuto che in ogni caso l'Autorità non possa spingersi sino alla imposizione di un *facere* alle imprese, dando indicazione delle modifiche da apportare alla pratica commerciale, diversamente da quanto accade nel caso di "impegni" volontari, reputando l'intervento sanzionatorio limitato ai provvedimenti inibitori di carattere negativo. Proprio tale limitato potere di intervento ha generato nella dottrina la condivisa valutazione circa l'insufficienza delle misure sanzio-

¹⁰ L'art. 27, comma 2 cod. cons. attribuisce all'Autorità, in fase istruttoria, anche per le fattispecie di carattere nazionale e non transfrontaliere, i poteri investigativi ed esecutivi previsti dal regolamento 2006/2004/CE del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori. L'Autorità può altresì avvalersi della Guardia di Finanza, che ha perciò istituito Nucleo Speciale Tutela Mercati.

¹¹ Vedi sul punto A. MANCINI, *Art. 27, cit.*, p. 280 s.

¹² Ma v. S. PERUGINI, *Art. 27, cit.*, p. 288 che riferisce la misura accessoria a «finalità e presupposti diversi da quelli che consentono di esercitare il potere sanzionatorio».

¹³ S. PERUGINI, *op. ult. cit.*, p. 287.

natorie previste dalla nuova disciplina ⁽¹⁴⁾.

Vi è, in ogni caso, da puntualizzare che l'intervento dell'Autorità non potrà in ogni caso estendersi ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle segnatamente delimitate dall'ambito applicativo delle fattispecie di cui agli artt. 20 ss. cod. cons., non potendo perciò sanzionare altre ipotesi diverse di scorrettezza dell'imprenditore. A tal proposito appare illuminante la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 146/07, ove si evidenzia che la scelta di inserire nella parte II – titolo III del Codice del consumo le disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette, e significativamente anche quelle concernenti la tutela amministrativa e giurisdizionale, «è stata ritenuta preferibile, in quanto mantiene l'attuale ripartizione dell'impianto normativo del Codice del consumo. Una soluzione diversa - quale l'inserimento dopo l'art. 39 dello stesso codice, nella parte relativa al rapporto di consumo – avrebbe potuto far ipotizzare un riferimento troppo accentuato al rapporto contrattuale, mentre la disciplina in questione attiene anche alle comunicazioni che precedono il contratto vero e proprio».

Si è già ampiamente trattato della scarsa aderenza delle considerazioni fornite dalla Relazione rispetto al contenuto normativo dell'art. 39; per quanto qui interessa, merita di essere sottolineato come l'interpretazione fornita a quest'ultima norma, nel senso di clausola generale di comportamento per l'imprenditore, non può avvalersi del regime di tutela amministrativo precipuamente dettato per le pratiche commerciali scorrette, ostandovi il principio di specialità sancito dall'art. 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in forza del quale «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che

¹⁴ Per tutti v. E. MINERVINI, *Le pratiche commerciali*, cit., p. 82, che parla di «debolezza strutturale» della direttiva; così anche A. GENTILI, *Pratiche sleali*, cit., p. 5.

prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

Ebbene, l'art. 27, al comma 2, espressamente fa riferimento alle «pratiche commerciali scorrette», escludendo qualsiasi altra fattispecie (sebbene riferibile a condotte scorrette dell'imprenditore) dall'area di intervento dell'Autorità garante. Tale limite applicativo, però, non esclude la possibilità di rinvenire in altre aree dell'ordinamento poteri interdittivi di condotte scorrette e rimedi ripristinatori, affidati all'autorità giudiziaria. Ed infatti, lo stesso art. 27, all'ultimo comma, fa espressa salvezza della giurisdizione del giudice ordinario, e della conseguente applicabilità delle relative norme, «in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile, nonchè, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto di autore protetto dalla l. 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonchè delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni di imprese, beni o servizi concorrenti». L'apparato sanzionatorio di carattere amministrativo previsto per le pratiche commerciali scorrette si cumula, quindi, con le altre disposizioni che consentono al giudice di intervenire per inibire e sanzionare condotte contrarie a correttezza e lealtà previste da altri settori dell'ordinamento ⁽¹⁵⁾.

¹⁵ Si veda sul punto A. GENOVESE, *I divieti di pratiche commerciali scorrette. Enforcement e tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 36 ss. che sottolinea come sulla medesima pratica commerciale possano essere chiamate a pronunciarsi più Autorità. Ciascuna nell'applicazione delle proprie competenze settoriali, con potenziali effetti di sovrapposizione rispetto alle competenze di carattere generale dell'AGCM e con il rischio di decisioni contrastanti. Tuttavia, trattandosi di un problema che già sussisteva nella previgente disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, questo rischio appare essere stato ridimensionato dalla pratica.

3. Condotte scorrette e disciplina della concorrenza sleale: provvedimenti inibitori ed eliminazione degli effetti ad opera del giudice

La ricostruzione sistematica delle sanzioni che presidiano l'obbligo di correttezza imposto all'imprenditore dall'art. 39 cod. cons. non compromette l'applicazione delle misure coercitive e punitive dettate dalla disciplina settoriale per gli atti di concorrenza sleale. Così, la condotta scorretta dell'imprenditore che espliciti effetti anche sulla posizione di mercato di altro imprenditore concorrente, trova immediata e possibile punizione, ad iniziativa dell'operatore concorrente, nel sistema di sanzioni previsto dagli artt. 2599 e ss. c.c. A tal riguardo, occorre ricordare che l'art. 2599 c.c. prevede che «la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale *ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti*»: l'ordinamento conferisce, quindi, al giudice un ampio potere di intervento, legittimando l'adozione delle misure di volta in volta adeguate a sterilizzare ogni effetto della condotta scorretta e ripristinare l'equilibrio nella posizione sul mercato dei soggetti concorrenti.

Ebbene, proprio nell'ambito di tale verifica, l'estensione del principio di correttezza nell'agire imprenditoriale, in forza di norma positiva, dall'ambito specifico del rapporto concorrenziale al rapporto con il mercato in generale, e dunque anche per le relazioni con gli altri soggetti che partecipano al mercato stesso, sembra legittimare un più ampio spettro di intervento del giudice, tal che possa a questo riconoscersi l'autorità di statuire per inibire la condotta scorretta e di adottare i provvedimenti necessari ad eliminarne gli effetti. In sostanza, all'iniziativa dell'Autorità garante in campo amministrativo, per l'inibitoria delle condotte che integrino la fattispecie di pratica commerciale scorretta, è possibile affiancare anche la tutela giurisdizionale nei casi in cui la

medesima condotta sleale sia qualificabile come lesiva di interessi di concorrenti.

In tal caso, l'intervento del giudice, una volta accertata la condotta scorretta dell'imprenditore, potrà considerare gli «effetti» da eliminare non solo con riferimento alla posizione del singolo concorrente, ma anche per quanto concerne quella dei terzi, ed in modo particolare dei consumatori. Al giudice, cioè, è demandato il compito non solo di punire l'imprenditore che si sia comportato in modo scorretto, ma più incisivamente di «eliminare gli effetti» della condotta illegittima: tutti gli effetti pregiudizievoli per il mercato e per i soggetti che vi partecipano, e non solo quelli nocivi del concorrente istante.

Il ripristino della legalità non può avvenire solamente per la frazione o quota relativa al rapporto concorrenziale, ma deve considerare tutti gli effetti che la condotta illegittima, perchè scorretta, ha determinato al mercato ed ai soggetti che vi partecipano, in qualsiasi posizione, e quindi statuire perchè tali effetti tutti siano resi improduttivi di conseguenze.

Ciò, naturalmente, senza che sia compromessa la legittimazione ad agire esclusiva dell'imprenditore concorrente, occorrendo riconoscere la permanente operatività "limitata" delle norme dettate in tema di concorrenza sleale, come innanzi segnalato ⁽¹⁶⁾. Ed infatti, come pur ricordato dalla stessa Suprema Corte ⁽¹⁷⁾, «benchè anche la tutela concorrenziale dettata dal codice civile si sia evoluta nella interpretazione della dottrina e dei giudici facendo sì che si attenuasse fortemente l'originaria impronta deontologica e corporativa e si prendesse atto della nozione costituzionale del mercato come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale (Cass. n. 11859/97), essa conserva il carattere fondamentale di strumento

¹⁶ V. *supra* cap. II, § 1.

¹⁷ Cass. s.u., 4 febbraio 2005, n. 2207.

di tutela del corretto rapporto di concorrenza. La sussistenza di siffatto rapporto tra le parti che controvertono innanzi al giudice è il presupposto della sua operatività e mantiene pertanto la dimensione essenzialmente interindividuale dei conflitti. La normativa che difende l'imprenditore dalla concorrenza sleale, dunque, ancorchè la si possa ritenere consapevole della dimensione necessariamente concorrenziale del mercato, provvede pur sempre alla riparazione dello squilibrio che ad uno specifico rapporto di concorrenza viene cagionato dalla scorrettezza di un concorrente.

In sostanza, non potendosi rinvenire una disposizione che assegni al giudice una altrettanto ampia potestà punitiva, la disposizione speciale non potrà trovare applicazione estensiva a vicende processuali diverse da quelle precipuamente individuate dall'art. 2598 c.c.; ciò nonostante, è possibile ricorrere a tali strumenti processuali allargandone l'area applicativa, in funzione di esigenze di tutela di interessi nuovi e certamente meritevoli».

4. Segue: l'azione collettiva inibitoria

I limiti all'accesso alla tutela concorrenziale da parte dei singoli consumatori ed utenti, ovvero delle associazioni rappresentative dei loro interessi, sembrano oggi in parte superati dagli artt. 139 e 140 cod. cons., i quali hanno previsto la possibilità che le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico possano adire il tribunale per denunciare «oltre a quanto disposto dall'art. 2», le «violazioni degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice»

(oltre ad altre specifiche disposizioni)(art. 139, comma 1, cod. cons.)(¹⁸). La legittimazione ad agire per «proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori» è altresì riconosciuta agli organismi pubblici indipendenti nazionali ed alle organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea, ed inseriti nell'elenco pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (art. 139, comma 2 cod. cons.).

Si riconosce, così, legittimazione ad agire collettiva non soltanto nelle ipotesi di violazione dei diritti fondamentali dei consumatori di cui all'art. 2 cod. cons., ma anche in tutte le altre ipotesi di violazione di interessi collettivi contemplati dal codice del consumo, a prescindere dal fatto che dette violazioni ledano uno o più dei diritti elencati all'art. 2 (¹⁹). L'ampia formulazione della norma consente di individuare la volontà del legislatore di estendere la tutela collettiva inibitoria, contemplata dall'art. 140 cod. cons., ad ogni ipotesi di violazione di disposizioni contenute nel codice del consumo, e dunque anche per quella dettata dall'art. 39 (²⁰).

Ai sensi dell'art. 140 cod. cons., in caso di comportamento dell'imprenditore confliggente con la buona fede o con la correttezza, le associazioni o gli organismi pubblici indipendenti potranno richiedere al giudice sia «di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti» (art. 140, comma 1, lett. b) cod. cons.), sia «di

¹⁸ Sull'azione collettiva inibitoria v. S. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 387 ss.; E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. imp.*, 2006, p. 635 ss.

¹⁹ G. DE CRISTOFARO, *Il cantiere aperto del codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, p. 273.

²⁰ Ma v. M.L. MAGNO, *Art. 140*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 574, secondo cui «l'unico criterio valido ad individuare il campo di applicazione oggettivo della tutela inibitoria collettiva sia quello che si riferisce alla violazione degli interessi collettivi dei consumatori, così come elencati all'art. 2 cod. cons. ... L'azione inibitoria di tipo collettivo può dunque essere esperita nei confronti di qualsiasi comportamento del professionista che si riveli in concreto lesivo dei diritti fondamentali dei consumatori, sia perchè posto in essere in contrasto con le disposizioni contenute nel codice stesso, sia perchè contrario ad altre e diverse disposizioni extra-codice la cui violazione integri comunque una lesione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 cod. cons.».

adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» (art. 140, comma 1, lett. c) cod. cons.), oltre che «di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate» (art. 140, comma 1, lett. c cod. cons.) (21).

Si tratta, dunque, del medesimo ambito di intervento riconosciuto al giudice dalla disciplina della concorrenza sleale, finalizzato all'inibitoria della condotta scorretta ed alla rimozione degli effetti, ma azionabile da parte delle associazioni dei consumatori anche indipendentemente dall'esistenza di un pregiudizio concorrenziale.

5. Responsabilità dell'impresa e decadenza dal marchio

L'adozione da parte dell'imprenditore di condotte scorrette sembra poter trovare ulteriore sanzione nel campo dei segni distintivi, allorchè la condotta medesima si concreti in una modalità di accesso al mercato o di proposizione al pubblico, ovvero abbia come strumento l'utilizzo del segno. E ciò non solo attraverso la sanzione penale prevista per le ipotesi specificamente contemplate dalle disposizioni penali (artt. 473 e 474 c.p.). La nuova disciplina dei segni distintivi, recata al codice della proprietà industriale di cui al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, lasciando cadere il collegamento inscindibile del marchio ad una determinata impresa, è improntata da una forte caratterizzazione di protezione del mercato, al fine di evitare il rischio che le aspettative del pubblico in ordine ai

²¹ P. BARTOLOMUCCI, *Art. 140*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 822 ss.; E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva*, cit., p. 637.

caratteri ed alle qualità del prodotto marcato vengano deluse ⁽²²⁾. Pervero, il sistema, seppur orientato verso le specifiche fattispecie di inganno del pubblico «in particolare sulla provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità dei prodotti» (art. 18, comma 1, lett. e) c.p.i.), sembra voler tutelare, ed assicurare integrità, al mercato ed al sistema distributivo delle merci, o meglio, più in generale, alle modalità di accesso al mercato dell'imprenditore, allorchè proponga i propri prodotti o servizi ai consumatori. Modalità che, se «decettive» sono vietate e punite. Emblematica è proprio la disciplina dettata per la licenza non esclusiva del marchio, dove da un lato si permette che la licenza sia anche «non esclusiva per la totalità o per parte dei prodotti o dei servizi per i quali è stato registrato e per la totalità o per parte del territorio dello Stato», dall'altra si pone la condizione espressa di liceità del trasferimento parziario «che, in caso di licenza non esclusiva, il licenziatario si obblighi espressamente ad usare il marchio per contraddistinguere prodotti o servizi eguali a quelli corrispondenti messi in commercio o prestati nel territorio dello Stato con lo stesso marchio dal titolare o da altri licenziatari», e che «in ogni caso, dal trasferimento e dalla licenza del marchio non deve derivare inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico» (art. 23 c.p.i.).

Dunque, la tutela del consumatore ad una condotta “corretta” dell'imprenditore nell'uso del marchio trova precipua tutela nel sistema dei segni distintivi, con riguardo allo «statuto di non decettività del marchio», ben potendosi includere in tale ambito non solo le vicende di “inganno” del pubblico esemplificativamente elencate dal legislatore all'art. 18 c.p.i., ovvero quelle previste specificamente nell'art. 23 in caso di trasferimento o licenza, bensì qualsiasi ipotesi di condotta scorretta

²² Per una analisi delle novità introdotte dal codice della proprietà industriale v. A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, p.

dell'imprenditore che si avvalga, per la realizzazione di tale condotta, del marchio in sua titolarità.

Già una parte autorevole della dottrina aveva suggerito una interpretazione meno rigorosa del criterio della decettività⁽²³⁾, mentre una isolata giurisprudenza, censurando la condotta di un imprenditore che proponeva prodotti con un marchio evocativo di qualità inesistenti del prodotto stesso, aveva affermato la necessità di estendere l'area di "decettività" a tutte le ipotesi in cui «il messaggio espresso dal marchio vada oltre la funzione di identificare correttamente uno specifico prodotto da offrire al mercato»⁽²⁴⁾.

Più recentemente, altra dottrina ha segnalato come «il versante dei segni distintivi propone, anzitutto, interessanti prospettive di responsabilità sociale dell'impresa nell'utilizzazione ordinaria, quotidiana dei suoi segni, ed in particolare dei suoi marchi»⁽²⁵⁾, operando una più stretta connessione proprio tra la disciplina settoriale della proprietà industriale e esigenze di valutazione etica della condotta dell'impresa, sebbene pervenendo alla conclusione che tale maggiore attenzione del sistema al comportamento più ampio dell'impresa può essere affidato solo alla iniziativa volontaria dei singoli: «c'è spazio, allora, per una condotta volontaria che punti a rispettare il divieto di inganno del pubblico in termini più attenti di quanto il sistema legale non sappia fare; che abbia cura di evitare, nell'uso dei marchi, anche quegli inganni al pubblico che potrebbero rimanere privi di sanzione giuridica».

Tuttavia, proprio in base alle norme positive appare possibile ricollegare al segno distintivo, ed in particolare al marchio, un collegamento giuridicamente rilevante e cogente per l'imprenditore

²³ A. VANZETTI, in A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2003, p. 145 ss..

²⁴ Cass. 9 aprile 1996, n. 3276 relativo al caso *Cotonelle*

²⁵ V. DI CATALDO, *Responsabilità sociale dell'impresa e proprietà intellettuale*, in *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 130.

titolare con condotte imprenditoriali corrette o «socialmente responsabili». Ed infatti, va ricordato che l'art. 14 c.p.i. prevede che «Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa: a) i segni contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; b) i segni idonei ad ingannare il pubblico, in particolare sulla provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità dei prodotti o servizi; c) i segni il cui uso costituirebbe violazione di un altrui diritto di autore, di proprietà industriale o altro diritto esclusivo di terzi» e sanziona con la decadenza dal diritto esclusivo sul marchio «a) se sia divenuto idoneo ad indurre in inganno il pubblico, in particolare circa la natura, qualità o provenienza dei prodotti o servizi, a causa di modo e del contesto in cui viene utilizzato dal titolare o con il suo consenso, per i prodotti o servizi per i quali è registrato; b) se sia divenuto contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; c) per omissione da parte del titolare dei controlli previsti dalle disposizioni regolamentari sull'uso del marchio collettivo».

A ben vedere, la legge pone la sanzione della decadenza nell'ipotesi di «uso ingannevole del marchio», ipotesi che può abbracciare anche l'uso secondo modalità contrarie «al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà» sanciti dall'art. 39 cod. cons., ove l'«inganno» può essere interpretato nel senso più ampio di condotta dannosa per il mercato, e specificamente per i consumatori; in sostanza, è ingannevole l'uso del marchio non solo se riferito al prodotto in sé, ma anche quando esso costituisce lo strumento per realizzare finalità o raggiungere scopi che non sono consentiti dall'ordinamento, perchè appunto contrari ai doveri di solidarietà sociale che la norma generale del codice del consumo impone.

Tale interpretazione consente di utilizzare uno strumento sanzionatorio per le condotte scorrette (sia se integranti pratiche

commerciali scorrette, sia se estranee a tale fattispecie) che si avvalgano anche se indirettamente del marchio, identificando in quest'ultimo lo strumento tecnico di accesso al mercato dell'imprenditore per porre in essere la condotta censurabile.

E' ben vero, come sottolinea una attenta dottrina, benchè con riferimento ad altre questioni, che vi è il «rischio di interpretazioni lassiste delle norme. E' questo tessuto di regole che, comunque lo si interpreti, può deludere le attese del mercato. Da un lato, infatti, la sanzione della decadenza del marchio, per la sua gravità e definitività, può sembrare appropriata solo a casi di inganno grave, ripetuto e costante; dall'altro, essa non riesce comunque a rasserenare adeguatamente il mercato (eliminando l'inganno o gli effetti dell'inganno), perchè non vieta al titolare l'uso del marchio, ma solo gli fa perdere il diritto di esclusiva nell'uso del marchio stesso. Come dire: se inganno v'è stato, che resti. Il mercato provvederà, ma con i propri tempi, medi e, a volte, decisamente lunghi» (26). Tuttavia, alla stregua della qualificazione "illecita" dell'uso del marchio, allorchè sia elemento di una condotta scorretta, volta alla violazione del dovere di solidarietà sociale, possono ritenersi adottabili da parte del giudice anche le misure «correttive» previste dall'art. 124 c.p.i, in forza del quale «Con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale possono essere disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro definitivo dal commercio delle medesime cose nei confronti di chi ne sia proprietario o ne abbia comunque la disponibilità. L'inibitoria e l'ordine di ritiro definitivo dal commercio possono essere emessi anche contro ogni intermediario, che sia parte del giudizio ed i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma

²⁶ V. DI CATALDO, *Responsabilità sociale, cit.*, p. 393.

dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale può essere ordinata la distruzione di tutte le cose costituenti la violazione, se non vi si oppongono motivi particolari, a spese dell'autore della violazione. Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale. Se i prodotti costituenti violazione dei diritti di proprietà industriale sono suscettibili, previa adeguata modifica, di una utilizzazione legittima, può essere disposto dal giudice, in luogo del ritiro definitivo o della loro distruzione, il loro ritiro temporaneo dal commercio, con possibilità di reinserimento a seguito degli adeguamenti imposti a garanzia del rispetto del diritto. ... Nell'applicazione delle sanzioni l'autorità giudiziaria tiene conto della necessaria proporzione tra la gravità delle violazioni e le sanzioni, nonché dell'interesse dei terzi».

Inoltre, il marchio costituisce pur sempre un valore per l'impresa, e talora anche l'elemento principale per accedere al mercato: la decadenza certo non potrà impedire di per sé la prosecuzione dell'attività, ma permette di intervenire, sebbene su altro piano, per punire l'imprenditore scorretto.

Nè va sottovalutata la capacità informativa del mercato, e dunque in ultima analisi punitiva, della possibile pubblicazione della sentenza, atteso che l'art. 126 c.p.i. prevede che «L'autorità giudiziaria può ordinare che l'ordinanza cautelare o la sentenza che accerta la violazione dei diritti di proprietà industriale sia pubblicata integralmente o in sunto o nella sola parte dispositiva, tenuto conto della gravità dei fatti, in uno o più giornali da essa indicati, a spese del soccombente» (27).

²⁷ L'art. 122 c.p.i. prevede altresì che «Le sentenze che dichiarano la nullità o la decadenza di un titolo di proprietà industriale sono annotate nel registro a cura

L'efficacia dello strumento è sottolineato dall'ampia legittimazione ad agire, riconosciuta dall'art. 122 c.p.i., a «chiunque vi abbia interesse», ma soprattutto al pubblico ministero.

6. I rimedi invalidanti

L'art. 39 cod. cons., imponendo una regola all'autonomia dei privati all'interno del mercato, al fine di assicurare un equilibrato rapporto tra iniziativa dell'imprenditore e protezione degli interessi degli altri soggetti, ed in particolare dei consumatori, è certamente destinato ad avere ripercussioni anche sulla dinamica delle relazioni "individuali" tra imprenditore e consumatore.

Al riguardo, già la direttiva sulle pratiche commerciali sleali precisava che le disposizioni speciali concernenti gli obblighi di correttezza del professionista non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale (considerando n. 9 della direttiva n. 2005/29/CE). In sede di recepimento, sebbene l'art. 27 cod. cons. (rubricato con il titolo «tutela amministrativa e giurisdizionale») non prevede specifici strumenti di tutela individuale per le pratiche commerciali scorrette, la dottrina ritiene pienamente applicabili i rimedi generali previsti in materia contrattuale ⁽²⁸⁾; d'altra parte, lo stesso art. 19

dell'Ufficio italiano brevetti e marchi. Una copia dell'atto introduttivo di ogni giudizio civile in materia di diritti di proprietà industriale deve essere comunicata all'Ufficio italiano brevetti e marchi, a cura di chi promuove il giudizio. Ove alla comunicazione anzidetta non si sia provveduto, l'autorità giudiziaria, in qualunque grado del giudizio, prima di decidere nel merito, dispone che tale comunicazione venga effettuata. Il cancelliere deve trasmettere all'Ufficio italiano brevetti e marchi copia di ogni sentenza in materia di diritti di proprietà industriale».

²⁸ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.legis. n. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1194; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in

cod. cons., al comma 2 lett. a), stabilisce che le nuove disposizioni non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto.

Dunque, è certamente riconoscibile in capo al singolo consumatore la possibilità di chiedere una tutela individuale nei confronti delle condotte scorrette dell'imprenditore, accanto ed indipendentemente dall'azione amministrativa: d'altra parte, lo stesso art. 2, comma 1 cod. cons. precisa che «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 associata ...», riconoscendosi tra i «diritti fondamentali» proprio quello «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà». La previsione quale principio di ogni «rapporto di consumo» del rispetto di tali valori, e dunque non solo per le «pratiche commerciali» ma più in generale per le «attività commerciali», come sancito dall'art. 39 cod. cons., legittima la tutela individuale anche al di fuori dell'ambito delle pratiche scorrette.

Incerta è, però, l'individuazione del sistema di tutela individuale applicabile in caso di condotta scorretta dell'imprenditore ⁽²⁹⁾: dubbi che sono stati sollevati anche con riferimento alle pratiche commerciali ⁽³⁰⁾ reputandosi la puntualizzazione del legislatore sulla impregiudicata applicazione della disciplina contrattuale come «una sorta di *excusatio non*

Obbligazioni e contratti, 2007, p. 778 il quale sottolinea che la novella ha addossato integralmente all'interprete il compito di coordinare il generale principio secondo cui le pratiche commerciali sono vietate con il sistema dei rimedi – contrattuali e non – quale emerge dal nostro sistema complessivamente considerato.

²⁹ Specificamente con riferimento alle conseguenze del mancato rispetto dell'art. 39 cod. cons. M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 296 s.

³⁰ E. MINERVINI, *Le pratiche commerciali, cit.*, p. 82; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali - Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 174; A. GENTILI, *Codice del consumo, cit.*, p. 171.

petita»⁽³¹⁾, per cui in realtà l'introduzione delle nuove disposizioni sarebbe tutt'altro che "neutra" rispetto alle previgenti norme codicistiche, insufficiente ed inadeguata alle nuove fattispecie, tanto che andrebbe «rielaborata la dottrina della capacità di intendere e lo speciale rilievo dell'informazione preventiva rispetto ad essa, ed ampliata la prospettiva dei tradizionali vizi del volere a quelle anomalie che nascono da indebiti condizionamenti e specifiche debolezze»⁽³²⁾.

Le riflessioni formulate dalla dottrina nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette possono essere estese anche agli altri comportamenti scorretti dell'imprenditori, diversi da quelli che abbiano come effetto di «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio». Allorchè la condotta scorretta sia ricollegabile ad una vicenda negoziale, appare innanzitutto da indagare l'effetto di tale violazione della norma di condotta sulla validità del rapporto: occorre, cioè, verificare se ed in quale misura la scorrettezza della condotta conduca, o possa condurre, alla invalidazione della scelta negoziale.

Parte della dottrina e la giurisprudenza, vagliando le conseguenze della violazione delle norme che impongono condotte di buona fede e correttezza in ambito contrattuale, hanno ritenuto che «in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni»⁽³³⁾, in quanto «gli art. 1175 e 1375 c.c. -

³¹ E. MINERVINI, *op. loc. ult. cit.*

³² Così A. GENTILI, *Codice del consumo*, cit., p. 171; v. anche V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611 ss.

³³ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 9. Per la rilevanza della violazione del canone di condotta sul mero profilo economico del risarcimento del danno cfr. anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 777; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992, p. 231; in giurisprudenza 18 marzo 2005, n. 5974; Cass. 11 agosto 2002, n.

imponendo rispettivamente la correttezza al debitore e al creditore e la buona fede nell'esecuzione del contratto - presuppongono rapporti obbligatori e negozi giuridici validi ed efficaci e non possono essere utilmente invocati con riferimento all'annullamento degli atti di volontà negoziale»⁽³⁴⁾; ed anzi precisando che «I principi di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. sono stati codificati dal legislatore come *regulae iuris* di carattere generale con esclusivo riferimento ai rapporti precontrattuali ed all'interpretazione ed esecuzione del negozio, e non anche con riguardo al contenuto del negozio medesimo, nel senso che (eccezion fatta per l'eventualità che la violazione di detti doveri si trovi ad integrare anche una delle specifiche ipotesi previste in tema di nullità o annullabilità dei contratti) i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi concordando del tutto liberamente il predetto contenuto negoziale, senza poi potere, proprio in ragione di tale libertà, invocare, a stipulazione avvenuta, l'asserita contrarietà di una o più delle clausole convenute ai doveri in questione (salvo che nei casi esplicitamente previsti dal legislatore)»⁽³⁵⁾.

Tuttavia, come pur autorevolmente e correttamente evidenziato, «appare ragionevole ritenere che, in tanto la violazione di questa regola [di buona fede] può provocare un vizio genetico o funzionale del contratto, in quanto incida direttamente sulle relative regole codicistiche o della disciplina speciale»⁽³⁶⁾.

Ed infatti, il legislatore italiano non ha previsto alcuna ipotesi specifica di nullità, in aggiunta a quelle già previste dal codice civile e dallo stesso codice del consumo per le clausole vessatorie, ai sensi dell'art. 36 cod. cons.; nè sono state introdotte ulteriori ipotesi di annullabilità del

11437; Cass. 15 marzo 1999, n. 2284; Cass. 30 dicembre 1997, n. 13131; Cass. 28 luglio 1997, n. 7050.

³⁴ Così Cass. 6 ottobre 2005, n. 19415.

³⁵ Cass. 4 gennaio 2000, n. 23; conf. Cass. 30 dicembre 1997, n. 13131.

³⁶ M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 297.

contratto, di risoluzione per inadempimento da parte del professionista, di risarcimento del danno per le scorrettezze. Il vaglio di validità, efficacia ed esecuzione del contratto deve essere formulato alla stregua dello statuto generale del contratto.

Va preliminarmente puntualizzato che, essendo la regola di condotta preposta non già specificamente per l'attività negoziale individuale, ma in funzione della corretta regolamentazione del mercato e dei rapporti di consumo in generale, potrebbe inferirsi la natura di norma imperativa ovvero di principio di ordine pubblico della disposizione dettata dall'art. 39 cod. cons. e, di qui, la nullità dei contratti ai sensi dell'art. 1418 c.c. che siano stati stipulati contravvenendo al dovere di condotta da parte dell'imprenditore. Ed infatti, si tratta di disciplina di tutela del mercato e del ruolo che in esso riveste il consumatore, non già del singolo consumatore⁽³⁷⁾. In tal senso si è orientata anche parte della dottrina, con specifico riferimento alle ipotesi di scorrettezza sanzionate dall'art. 20 cod. cons.⁽³⁸⁾. La nullità del contratto "a valle" è stata ritenuta dalla giurisprudenza anche per il caso di violazione delle norme *antitrust*, rilevandosi come «il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua», in quanto «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»

³⁷ V. RICCIUTO, *Art. 19, cit.*, p. 136, con riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali sleali.

³⁸ *Ex multis* A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 245 ss., che richiama le ipotesi di violenza, sebbene poi riconosca che «il richiamo più evidente, seppure non con riferimento a tutte le pratiche contemplate dalla direttiva, sembra essere quello alla disciplina dei vizi della volontà di cui agli art. 1427 ss. c.c.».

(³⁹).

Ma nel diritto *antitrust* la nullità dell'intesa, in relazione alla quale appunto si è pronunciata la Suprema Corte, è espressamente sancita dalla norma positiva (art. 81 Trattato CE; art. 2 l. n. 287/90).

Sotto altro profilo, la qualificazione dell'art. 39 cod. cons. in chiave di "ordine pubblico" sembra essere eccessiva (⁴⁰), nel senso di condurre a conseguenze (nullità del contratto) che il legislatore non ha ritenuto di introdurre specificamente allorchè ha disciplinato talune vicende negoziali della scorrettezza professionale degli operatori del mercato. In definitiva, se certamente le pratiche commerciali scorrette costituiscono una concreta fattispecie di condotta contraria alla clausola generale di cui all'art. 39 cod. cons., senza che vi sia stata la specifica previsione di cause di nullità (relativa o di protezione), appare incoerente l'inquadramento della stessa clausola generale negli ambiti della nullità *tout court*.

Al riguardo, è stato anche opportunamente evidenziato come tale sanzione di nullità appaia del tutto irragionevole e sproporzionata, atteso che non si rinviene nel sistema una previsione di nullità parziale, che salvi l'affare ed espunga l'effetto della scorrettezza; ed una nullità totale potrebbe pregiudicare in certi casi il consumatore più del danno da slealtà (⁴¹).

D'altra parte, la nullità presidia ipotesi di radicale difetto strutturale del contratto che solo allorchè concretamente rinvenibili nella specifica fattispecie potranno condurre alla relativa declaratoria di invalidità: non è, dunque, la mera violazione del canone comportamentale a poter condurre alla nullità, ma l'accertamento di una specifica ipotesi di nullità prevista

³⁹ Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207.

⁴⁰ S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 933; così anche A. GENTILI, *Pratiche sleali*, cit., p. 19.

⁴¹ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss; A. GENTILI, *Pratiche sleali*, cit., p. 19.

aliunde nel sistema.

E' la verifica della singola fattispecie, e della concreta vicenda che coinvolge il consumatore di fronte ad una condotta scorretta del professionista, a dover orientare il giudice in ordine alla sanzione negoziale più opportuna, non potendosi trarre dalla mera scorrettezza alcuna conseguenza invalidante di carattere generale. E proprio in tal senso sembra acquistare rilievo la riserva di «impregiudicata applicazione» della disciplina di validità del contratto cui all'art. 19, comma 1, lett. a) cod. cons. in caso di pratica commerciale scorretta.

Conforta tale conclusione anche la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determinano la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi» (42).

La buona fede e la correttezza richiamano concetti che appartengono alla concezione dei rapporti obbligatori, precontrattuali e contrattuali: la buona fede e la correttezza sono canoni propri delle vicende negoziali e sebbene per le "attività commerciali" non si tratti della stessa buona fede, è comunque, qui come lì, in questione il *comportamento* dell'imprenditore.

⁴² Cass. 29 settembre 2005, n. 19024. Nello stesso senso Cass. s.u., 19 dicembre 2007, n. 26724, per cui «in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinare la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti il quale può essere fonte di responsabilità».

Lì dove questo ha l'attitudine a falsare la scelta del consumatore, come nelle pratiche commerciali sleali, ancor più si richiamano, per assonanza, concetti che appartengono alla concezione del negozio giuridico: l'autenticità della scelta compiuta, o – inversamente – l'anomala formazione della volontà, è infatti un suo principio.

E proprio con riferimento alle ipotesi di scorrettezza concretanti una pratica commerciale indicata dagli art. 20 ss. cod. cons. la dottrina si è orientata nel ritenere la forma di rimedio negoziale più coerente alla fattispecie, ed utile al consumatore, quella della annullabilità, ricomprendendo la condotta scorretta specificamente presa in considerazione da tali disposizioni alle ipotesi del dolo o della violenza contrattuale ⁽⁴³⁾.

L'annullabilità, peraltro, sembra maggiormente aderente al sistema che, come pur si è ricordato da parte della dottrina ⁽⁴⁴⁾, per quanto concerne la disciplina della validità del contratto contenuta nel codice civile, traduce fedelmente l'approccio liberista: una scelta negoziale è per definizione valida, in quanto realizza interessi ed esprime la libertà degli individui. Ci sono limiti, naturalmente di ordine pubblico, ma a parte ciò, sin dal *Code civil*, per effetto del solo libero consenso la regola dello scambio, definita «uso pienamente libero della ragione» ⁽⁴⁵⁾, ha forza di legge tra le parti (art. 1123 cod. civ. 1865; art. 1372 c.c.). Ma proprio perchè fondamento della validità della scelta è la sua razionalità, essa è valida solo se non esistono cause di alterazione della capacità di intendere e di volere. Con l'avvertenza che i legislatori attenti all'utilità sociale della circolazione dei beni, negano validità allo scambio, quantunque

⁴³ M. NUZZO, *Pratiche commerciali*, cit., p. 238 ss.; M. SANDULLI, *Art. 39*, cit., p. 296, nota 20, che richiama F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. imp.*, 1997, p. 417; in giurisprudenza v. Cass. 2 novembre 1998, n. 10926; in senso critico, A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali*, cit., p. 248.

⁴⁴ A. GENTILI, *Pratiche sleali*, cit., p. 18.

⁴⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, § 106, Torino, 1900, p. 23.

unilateralmente irrazionale, solo se il “vizio” è determinante, e se è opponibile, ovvero se l’altro contraente non poteva fare legittimo affidamento sull’impegno, conoscendo o dovendo conoscere l’irrazionalità dell’altrui decisione.

In questa prospettiva, la fattispecie della scorrettezza dell’imprenditore che comprometta la libertà di scelta del consumatore oltrepassando la soglia della “apprezzabilità” dell’inganno (art. 20 cod. cond.), si coniuga perfettamente con quella dell’annullabilità del contratto così concluso. Evidentemente, se la condotta scorretta non ha realmente determinato la scelta del consumatore, non c’è spazio per argomentare l’invalidità del contratto concluso.

Il sistema della annullabilità ⁽⁴⁶⁾ consente, poi, anche di porre un filtro all’iniziativa del consumatore tesa a caducare il contratto concluso, che diversamente non sarebbe ammissibile per un giudizio di nullità. Attenta dottrina si è premurata di segnalare come la «protezione del consumatore, rispetto alle situazioni che falsano il suo comportamento economico, non può diventare fonte di una sorta di responsabilità oggettiva del professionista a fronte di un inavveduto ed incontrollato comportamento del consumatore. Se sono certamente noti e frequentissimi i subdoli comportamenti dei professionisti, che inducono il consumatore a contrarre senza una consapevole valutazione dell’oggetto del contratto, dei rischi e degli effetti dello stesso, o addirittura “provocando” l’induzione all’acquisto, dall’altra parte il consumatore non potrà cullarsi nella sicurezza di ottenere, comunque e sempre, una protezione, alla stregua di un soggetto incapace. Quindi, determinante, ai fini di una decisione in caso di conflitto, sarà questo elemento comparativo che determini il nesso

⁴⁶ La sanzione della annullabilità è stata ritenuta anche per gli atti negoziali endosocietari, allorchè la mancanza di buona fede sia riferibile al socio nella adozione delle delibere assembleari, e dunque nell’organizzazione della società: Cass. 11 giugno 2003, n. 9353; Cass. 26 ottobre 1995, n. 11511; Cass. 21 dicembre 1994, n. 11017; sul riferimento alle deliberazioni societarie, v. M. SANDULLI, *Art. 39, cit.*, p. 297, nota 20.

di causalità tra il “callido” comportamento, anche omissivo, eventualmente tenuto dal professionista e la responsabile (sia pure con una valutazione soggettiva per categoria) determinazione all’acquisto assunta dal consumatore» (47).

7. Responsabilità da illecito e risarcimento del danno

La condotta sleale è un comportamento che non necessariamente attiene ad una vicenda negoziale specificata, ma costituisce regola concernente il «rapporto di consumo», ovvero i rapporti di mercato. Se il «diritto del mercato» qualifica negativamente un determinato comportamento, questo può considerarsi “ingiusto” ai fini del sorgere della corrispondente obbligazione risarcitoria ai sensi dell’art. 2043 c.c.: la condotta scorretta dell’imprenditore, proprio perchè avversata dalla norma positiva, è certamente antiggiuridica, configurando l’elemento della ingiustizia, fondamento della responsabilità extracontrattuale dell’imprenditore, se lesiva di un interesse del consumatore rilevante e protetto.

La disciplina tradizionale dell’illecito, però, presidia la tutela del soggetto danneggiato solo se la condotta illecita sia imputabile ad una volontaria determinazione del soggetto danneggiante (dolo o colpa) e nella misura corrispondente alla perdita patrimoniale, o altro pregiudizio subito, direttamente conseguente dalla condotta illecita altrui.

Quanto alla colpevolezza, si può ritenere che la mala fede sia di per sè elemento sufficiente ad integrare un grado di colpevolezza – ma probabilmente di dolo – senza che sia necessaria altra indagine sullo stato soggettivo dell’imprenditore: l’agire al di fuori dei canoni sociali di buona

⁴⁷ M. SANDULLI, *Art. 39*, cit., p. 297.

fede è correlato inscindibilmente alla consapevolezza di recare pregiudizio, o comunque rappresenta una condotta contraria alle regole legali di comportamento, integrante perciò l'elemento della colpa ⁽⁴⁸⁾.

Per quanto riguarda il danno risarcibile, occorre innanzitutto ricordare come la giurisprudenza di legittimità abbia da tempo riconosciuto l'autonoma piena risarcibilità dei pregiudizi patiti dal soggetto in conseguenza di condotte che abbiano messo in pericolo o lesi beni primari della persona costituzionalmente tutelati. Il riferimento precettivo della clausola di buona fede nell'esercizio delle attività commerciali ai doveri di protezione e di solidarietà sociale riassuntivamente enunciati dall'art. 2 Cost., permette certamente di riconoscere il danno risarcibile in qualsiasi «ingiusta violazione di valori essenziali costituzionalmente tutelati della persona» ⁽⁴⁹⁾; in particolare la Suprema Corte ha affermato che «in tema di responsabilità aquiliana, il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero) ai quali va riconosciuta la tutela minima, che è quella risarcitoria» ⁽⁵⁰⁾.

Dunque, risulta oltremodo ampliato il ventaglio di ipotesi per le quali il giudice è tenuto al riconoscimento di un ristoro patrimoniale in correlazione ad condotta illecita, travalicandosi il ristretto ambito del mero pregiudizio economico, inteso quale diminuzione del patrimonio, seppure in una prospettiva di diminuita capacità di produzione del reddito, ma occorrendo riconoscere legittimità alle pretese risarcitorie anche di profili di danno non patrimoniale, svincolati dalla eventuale incidenza stretta-

⁴⁸ Ma vedi anche A. GENTILI, *Pratiche sleali*, cit., p. 19, che ipotizza anche che «l'impresa è soggetto tipico di rischio, che giustifica un collegamento non colposo, ma meramente oggettivo della responsabilità». Sulla responsabilità "allargata" dell'impresa v. C. AMATUCCI, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁹ Cass. 12 giugno 2006, n. 13546.

⁵⁰ Cass. 20 aprile 2007, n. 9510

mente economica della condotta.

In particolare, per quanto concerne il danno non patrimoniale, deve osservarsi come in base agli ultimi arresti della Corte costituzionale, la nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. affranca la pretesa risarcitoria del danno morale dalla ricorrenza di un reato⁽⁵¹⁾ e consente una tutela risarcitoria della persona ricondotta ad un sistema bipolare (e non più tripolare) costituito esclusivamente dal danno patrimoniale, da un lato, e non patrimoniale, dall'altro. Quest'ultimo a sua volta ricomprende in sé sia il danno biologico in senso stretto (compromissione del bene salute sotto il profilo statico, prima ricondotto nell'art. 2043 c.c.), sia il danno morale soggettivo (il cd. *pretium doloris*), sia le altre voci di danno alla persona conseguenti alla lesione di interessi costituzionalmente protetti (generalmente definito danno esistenziale o alla vita di relazione). La Corte ha affermato in particolare che «il danno non patrimoniale è comprensivo del danno biologico (in senso stretto), del danno morale e della lesione di interessi costituzionalmente protetti; nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione che all'art. 2 riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona, che non si esaurisca nel danno morale e che non sia correlato alla qualifica di reato del fatto illecito ex art. 185 c.p.»⁽⁵²⁾.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, poi,⁽⁵³⁾ nel risolvere il contrasto in punto di esistenza del danno esistenziale (risolto negativamente nel senso dell'inesistenza del danno esistenziale inteso quale autonoma categoria di danno), e nell'approfondire la nozione di danno non patrimo-

⁵¹ Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, seguita poi da Cass. s.u., 24 marzo 2006, n. 6572.

⁵² Vedi anche Cass. 9 novembre 2006, n. 23918; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20323; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157; Cass. 31 maggio 2003, n. 8827; Cass. 31 maggio 2003, n. 8828.

⁵³ Cass. 13 dicembre 2008, n. 26972

niale, hanno sostanzialmente confermato il contenuto delle cd. “sentenze gemelle” del 2003, nn. 8827 e 8828 completandole e chiarendole. A tal proposito le Sezioni Unite hanno specificato che il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge; tali casi si dividono in due grandi categorie: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad es., nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato) e quelle in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione ⁽⁵⁴⁾. La decisione, esaminando il contenuto della nozione di danno non patrimoniale, ha ribadito che quest’ultimo costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all’interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva. Secondo la Corte, pertanto, la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell’unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante. Da questo principio è stato, poi, tratto il corollario che non è ammissibile nel nostro ordinamento un’autonoma voce di danno “esistenziale”: una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 c.c.

Quando, per contro, un pregiudizio del tipo definito in dottrina “esistenziale” sia causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, esso sarà irrisarcibile, giusta la limitazione di cui all’art. 2059 c.c. (esclusione dalla risarcibilità dei cc.dd. “bagatellari”).

⁵⁴ Vedi anche Cass. 20 aprile 2007, n. 9510; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918.

L'art. 2059 c.c. è, pertanto, diventato il perno del sistema del risarcimento del danno alla persona (salva la separata risarcibilità del danno patrimoniale) ed è divenuta ampia la nozione di danno non patrimoniale nel quale rientrano in definitiva tutti i danni che possano essere qualificati come l'ingiusta lesione di un interesse inerente la persona (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.), dalla quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica.

La stessa Suprema Corte, sempre con riferimento alla protezione dei valori fondamentali della persona, ha ulteriormente allargato l'area del danno risarcibile, ricomprendendovi non solo i danni diretti, ma anche quelli cd. riflessi, affermando il principio di diritto secondo il quale «il danno va considerato causato dall'illecito (ai sensi dell'art. 1223 c.c.) quando, pur non essendo conseguenza diretta ed immediata di quest'ultimo, rientra pur sempre nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto»⁽⁵⁵⁾.

Per quanto attiene, invece, la prova del danno, le Sezioni Unite⁽⁵⁶⁾, premessa la necessità di un'adeguata e specifica allegazione e prova del danno in linea generale, hanno ammesso che essa possa fornirsi anche per presunzioni semplici, in base all'*id quod plerumque accidit*, fermo restando però l'onere del danneggiato di allegare gli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio. Certamente, infatti, il pregiudizio attiene ad un bene immateriale e si verte nell'ambito della prova di stati soggettivi rispetto ai quali la prova diretta è difficile; pur tuttavia per l'operatività della presunzione e, quindi, per poter risalire al fatto ignoto (danno) attraverso l'esame dei fatti noti, è sempre necessario che tali ultimi fatti vengano allegati in relazione alla fattispecie concreta e non facendo richiamo a circostanze e formule del tutto astratte e, quindi, di

⁵⁵ Cass. 1 dicembre 1998, n. 12195.

⁵⁶ Cass. 24 marzo 2006, n. 6527

stile ⁽⁵⁷⁾.

Le Sezioni Unite, infine, hanno precisato che «unica possibile forma di liquidazione di ogni danno privo, come il danno biologico (ed il danno morale) delle caratteristiche della patrimonialità, è quella equitativa, per cui la ragione del ricorso a tale criterio è insita nella natura di tale danno e nella funzione del risarcimento realizzato mediante la dazione di una somma di denaro, che non è reintegratrice di una diminuzione patrimoniale, ma compensativa di un pregiudizio non economico»: in definitiva, una volta allegato e provato il pregiudizio non patrimoniale, il giudice è tenuto a determinare la somma dovuta al danneggiato non già sulla scorta della puntuale allegazione probatoria di quest'ultimo, bensì deve «considerare le circostanze del caso concreto, e specificamente, quali elementi di riferimento permanenti, l'età, l'attività espletata, le condizioni sociali e familiari del danneggiato, ecc.» ⁽⁵⁸⁾.

Per quanto concerne la possibilità di porre la pretesa risarcitoria quale oggetto di *class action* ai sensi dell'art. 140-bis cod. cons., va ricordato che, in forza del dettato letterale di tale disposizione introdotta con la cd. legge finanziaria 2008 (art 2, comma 446, l. 24 dicembre 2007, n. 244), l'azione risarcitoria avrebbe potuto essere promossa anche in via collettiva dalle «associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco» istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, nonché dalle «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere», essendo specificamente previsto che l'azione di classe ivi disciplinata potesse essere proposta anche «in conseguenza di illeciti

⁵⁷ P.G. MONATERI, *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 791; P. ZIVIZ, «Adelante» ... ma con giudizio! (due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale), in *Danno e resp.*, 2006, p. 762; M. FRANZONI, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1388 ss.

⁵⁸ Cass. 11 aprile 2006, n. 8386; Cass. 12 maggio 2006, n. 11039; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20320; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157; da ultimo, nello stesso senso v. Cass. 12 maggio 2009 n. 10864; Cass. 26 febbraio 2009, n. 4652.

extracontrattuali», sempre che il danno sia correlato ad un rapporto di consumo che deve legare impresa e consumatori ⁽⁵⁹⁾. Tale versione della norma, però, non ha trovato vigore, in quanto la sua efficacia era stata differita al decorso di «centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge» (art. 2, comma 447). Ma con successiva l. 23 luglio 2009 n. 99 è stata approvato un nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. che, disciplinando l'«azione di classe» ha limitato l'esperibilità di tale azione collettiva a specifiche fattispecie (comma 2), e significativamente alle ipotesi di contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., ai danni da prodotto ed ai diritti conseguenti ad una pratica commerciale scorretta.

⁵⁹ Con riferimento alla *class action* per tutti v. E. MINERVINI, *Art. 140 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 575 ss.

BIBLIOGRAFIA

- A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- AA.VV., *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010
- AA.VV., *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano, 2004
- AA.VV., *Legge 18 giugno 1998 n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 365
- AA.VV., *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996
- ALPA G. - CHINÈ G., *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, App., vol. XV, Torino, 1997
- ALPA G., *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986
- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari-Roma, 2006
- ALPA G., *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. I, Padova, 2003
- ALPA G., *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003
- ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 277
- ALVISI C., *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contr. impr.*, 2008, 3, p. 703
- AMATO G., *Antitrust and the bounds of the power. The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford, 1997
- AMATUCCI C., *Fatto illecito della società e responsabilità «proporzionata» dei soci*, Napoli, 2000
- AMODEO D., *Ragioneria generale delle imprese*, Napoli, 1965
- ANCILLOTTI S., *Principio di chiarezza e funzione informativa del bilancio sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1127
- ANGELICI C., in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 338
- ASCARELLI T., *Appunti di diritto commerciale*, I, Roma, 1936
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962
- ASCARELLI T., *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 1
- ASCARELLI T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960

- ASQUINI A., *Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 1916
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 4
- AULETTA, *Della concorrenza sleale*, in *Comm. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959
- AUTIERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti attuativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008
- BAGIOTTI T., *Il profitto. Fondamento e destino di una discussa categoria economica*, Padova, 1965
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997
- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971
- BALLARINO T., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, con la collaborazione di L. Bellodi, Padova, 2001
- BARBERA A., *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, I, Bologna-Roma, 1975
- BARBERIS M., *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006
- BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 528
- BARENGHI A., *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1981
- BARTOLOMUCCI P., *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, in corso di pubblicazione.
- BARTOLOMUCCI P., *Art. 140*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005
- BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954
- BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954
- BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, Napoli, 2009
- BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 301
- BASSI F., CUGURRA G., CHELI E., *Corte Costituzionale ed iniziativa economica privata*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, rist. Cedam, Padova, 1983
- BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 1998
- BERTI C., GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005
- BERTOLA G., *Il mercato*, Bologna, 2006
- BESSONE M. - D'ANGELO A., *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma 1988
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953

- BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, 1999
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 204
- BIANCHETTI A., *Relazioni e raffronti del codice civile italiano colla legge romana e coi codici olandese, prussiano, francese, bavarese, albertino, austriaco, napoletano, parmense ed estense, con richiamo alle affini disposizioni legislative vigenti nel regno e alle principali massime della dottrina e della giurisprudenza*, Torino-Napoli, 1871
- BIGI, *L'Osservatorio comunitario*, in *Contratti*, 2005, p. 727
- BIGLIAZZI GERI L., *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- BILANCIA F., *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore. Atti del Convegno*, Milano, 2010
- BONFANTE G., *Un nuovo modello di impresa: l'impresa sociale*, in *Le Società*, 2006, p. 929
- DI CECCO G., in *La disciplina degli enti non profit*, a cura di G. Marasà, Torino, 1998
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- BRODSKY E. - ADAMSKI M.P., *Law of Corporate Officers and Directors: Right, Duties, and Liabilities*, West-Law, 2007
- BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 del codice civile*, in *Giur. comm.* 2006, I, p. 1
- BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 181
- BUONOCORE V., *Impresa*, in *Enc. dir.- Annali*, vol. I, Milano, 2007
- BUONOCORE V., *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- BUONOCORE V., *La responsabilità dell'impresa tra responsabilità e vincoli*, in *La responsabilità dell'impresa (convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale, Bologna, 8-9 ottobre 2004)*, Milano, 2006
- BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960
- C. CURTI GIALDINO, *Una Costituzione per la nuova Europa. Progetto di trattato*, a cura del CIDE-Centro Nazionale di Informazione e Documentazione Europea, Milano, 2003
- CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2004
- CAFAGGI F. - IAMICELI P., *Le reti per la regolazione della responsabilità sociale*, in *AA.VV., Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, a cura di L. Sacconi, Roma, 2005
- CALICE I., *Bilancio sociale: obiettivi, principi e prospettive*, in *Società*, 2007, p. 14
- CALVO R., *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto Privato*, Torino, 2009
- CALVOSA L., *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995

- CANTILLO M., *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1992
- CAPRIGLIONE F., *Etica della finanza e finanza etica*, Roma, 1997
- CAPRIGLIONE F., *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, 2004
- CARBONE S. - D'ANGELO A., *Contratti di cooperazione e responsabilità delle imprese (La pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 401
- CARCATERRA A., *Intorno ai bonae fidei iuicia*, Napoli, 1964
- CARRANO G., *Società di capitali e diritti dell'uomo*, intervento al Convegno «Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi», Roma 29-30 gennaio 2010, dattiloscritto.
- CARRIERE, BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, p. 612 ss.
- CARRIERO G., *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Contratti*, 2009, p. 1146
- CARRIERO G., *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, in *Contratti*, 2010, p. 50
- CARUSI F., *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1962
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, 1996
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 615
- CHIARLONI S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 387
- CHINÈ G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, I, Padova, 2003
- COCOZZA M., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, I, Torino, 1999
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004
- COMMISSIONE Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale delle regioni (COM (2002) 208 def.) *sulla Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*,
- CONTE G., *Codici etici ed attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 131
- CONTE G., *Tra vocazione lucrativa e responsabilità sociale: il dibattito sugli scopi e sulla responsabilità dell'impresa*, in *Lezioni di Diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa e G. Capilli, Padova, 2007, p. 591 ss
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970
- CORSI F., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 352.

- COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- COSTI R., in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 349
- CREPALDI G., *Il bilancio sociale: nozione e funzioni*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, p. 1482
- CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 718
- CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, The Hague, 2005
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2004
- D'ATTORRE G., *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007
- DE ANGELIS L., *La borsa, gli affari e il codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 465
- DE CRISTOFARO G. - ZACCARIA A., *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, Padova, 2010
- DE CRISTOFARO G., *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 777
- DE CRISTOFARO G., *Il cantiere aperto del codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, p. 273
- DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007
- DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. e Imp./Europa*, 2007, p. 7
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le pratiche coimmerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE ed il diritto Italiano*, Torino, 2007
- DE CRISTOFARO G., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, p. 1151
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.legis. n. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1194
- DE VITA A., *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251
- DELLI PRISCOLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 833
- DI CATALDO V., *Responsabilità sociale dell'impresa e proprietà intellettuale*, in *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006

- DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e imp./Europa*, 2007, p. 42
- DI RAIMO R., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003
- DI SABATO F., *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2005, p. 1
- DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1745
- DONA M., *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2008
- DONISE A., *Valore*, Napoli, 2008
- EGIDI M., *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie: dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica* a cura di R. Viale, Milano, 2005
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006
- FALCONE G., *Prestito "responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 642
- FATTORI P. - TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010
- FAUCEGLIA G., *Diritto al conto ed operazioni di social banking nell'ordinamento italiano*, in *Il social banking in Italia. Un fenomeno da esplorare*, a cura di L. Anderloni, Milano, 2003
- FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2005
- FAUCEGLIA G., *Profili giuridici di social banking nell'ordinamento italiano*, in *Dir. banc.*, 2002, I, 185
- FELICE F., *L'economia sociale di mercato*, Roma, 2009
- FERRARO P.P., *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1963
- FLORIDIA G., *Concorrenza sleale e pubblicità*, in AA.VV., *Diritto industriale*, Torino, 2009
- FRANCESCHELLI R., *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1959
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 89
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, Milano, 1999
- FRANZONI M., *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1388
- FRIEDMAN M., *The Social Responsibility of Business is To Increase its Profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970
- FUSI M. - TESTA P., *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983
- GAFFURI L., *I servizi e le attività di investimento*, Milano, 2010
- GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, 1981

- GALGANO F., *I rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982
- GALGANO F., *La globalizzazione e lo specchio del diritto*, Bologna, 2005
- GALGANO F., *Lex mercatoria - Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2006
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. imp.*, 1997, p. 417
- GAMBINO A., *Appunti sulla portata giuridica del previsto sindacato per eccesso di potere nelle società per azioni*, in *La riforma delle società di capitali in Italia. Atti del convegno internazionale*, Venezia 6-7-8 ottobre 1966, a cura di F. Fenghi e A. Santa Maria Milano, 1968
- GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987
- GAMBINO A., in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 346
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004
- GENOVESE A., *I divieti di pratiche commerciali scorrette. Enforcement e tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 161
- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, relazione al convegno «La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari», Roma, 19 marzo 2010, dattiloscritto
- GHIDINI G., *I diritti dei consumatori come civil right del mercato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, a cura di L. Klesta Dosi, Padova, 2000
- GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975
- GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile. L'adempimento*, Milano, 1956
- GIUFFRÈ F., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002
- GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913
- GORDLEY J., *Good faith in contract law in the medieval ius comune*, in *Good faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann, S. Whittaker, Cambridge, 2000
- GRANATA E., *La proposta di direttiva sul credito al consumo: il punto di vista delle banche europee*, in *Bancaria*, 2003, p. 46
- GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 778

- GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 365
- GUARNERI A., *Le clausole generali*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999
- GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 173
- HEILCHELHEIM F.M., *Storia economica del mondo antico*, Bari, 1962
- IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009
- INGRAO B. - ISRAEL G., *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Bari-Roma, 2006
- IRTI N., *Codice civile e società politica*, Bologna, 2007
- JAEGER P.G., *Invalidità delle deliberazioni assembleari: eccesso di potere o violazione della buona fede?*, in *La riforma delle società di capitali in Italia. Atti del convegno internazionale*, Venezia 6-7-8 ottobre 1966, a cura di F. Fenghi e A. Santa Maria Milano, 1968
- KIRSCHEN S., *Art. 18, comma 1, lett. b)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- LAFON J.L., *Les deputes du commerce et l'Ordonnance de mars 1673: les juridictions consulaires, principe et competence*, Paris, 1979
- LATTES A., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane: studii*, Milano, 1882
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. imp.*, 2009, p. 85
- LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. privato*, 1999, p. 514
- LIBERTINI M., *Il mercato: modelli di organizzazione*, in *Trattato dir. comm.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979
- LIBERTINI M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010, p. 553.
- LO SURDO C., *Art. 20*, in *Codice del consumo e norme collegate*, II edizione, a cura di Cuffaro, Milano, 2008
- LOPEZ R., *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, 1975
- LUCARELLI F., *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, IV, Torino, 1990, p. 373
- MAGNO M.L., *Art. 140*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- MAGNO M.L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva*

- comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- MANCINI A., *Art. 27, commi 1-6*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- MANGINI V. – OLIVIERI G., *Diritto Antitrust*, Torino, 2009
- MARCHESE G.C., *L'impresa etica e le sue sfide*, Milano, 2003
- MARCHETTI P., *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, I, p. 181
- MARINI L., *La libera circolazione delle merci*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*, cura di A. Tizzano, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XXVI, tomo I, Torino, 2000
- MARLETTI C. A., *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, 2006
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994
- MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008
- MASCHI C.A., *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966
- MASSETTO G. P., *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ. II*, Torino, 1988, p. 133
- MAZZÙ C., *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008
- MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 9
- MEOLI B., *Art. 39*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Milano, 2006
- MERUSI F., *La disciplina dei rapporti valutari e costituzione monetaria*, in *Banca Impr. Soc.*, 1989, p. 349
- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005
- MINERVINI E., *Art. 140 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, p. 575 ss.
- MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- MINERVINI E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. imp.*, 2006, p. 635
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006
- MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.
- MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- MONATERI P.G., *La dottrina*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 1999

- MONATERI P.G., *Sezioni unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 791
- MONTEL, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Noviss. Digesto it.*, II, Torino, 1958
- MOSCO L., *La concorrenza sleale*, Milano, 1957
- MOTTERLINI M. –PIATTELLI PALMERINI M., *Critica della ragione economica*, Milano, 2005
- NARDI R., *Istituzioni di diritto romano. Testi*, I, Milano, 1973
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio - Tomo II: Il comportamento del debitore*, Milano, 1984
- NUZZO M., *L'utilità sociale e autonomia privata* Milano, 1974
- NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- OPPO G., *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961
- OSTI C., *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007
- OSTI C., *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999
- OSTI C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004
- OTTAVIANO V., *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Trattato dir. comm.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1981
- PACKARD V., *I persuasori occulti*, Torino, 1958
- PALAZZO A., *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 339.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001
- PERLINGIERI P., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007
- PERUGINI S., *Art. 23*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- PERUGINI S., *Art. 27, commi 7-12*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389
- POLIDORI S., *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1
- PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contr. imp./Europa*, 2007, p. 734

- PONTRANDOLFI, *La responsabilità civile del datore di lavoro nell'assicurazione infortuni*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, III, p. 31
- PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3, Torino, 1993
- QUADRIO CURZIO A., *Globalizzazione: profili economici*, Bologna, 1999
- RABITTI M., *Art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- RESCIGNO G.U., *Costituzione economica*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2001
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977
- RESCIGNO U., *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, 1975
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- RICCIARDI M., *La lotta per il diritto*, in *La rivista dei libri*, n. 1, 2007, p. 20
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1999, p. 21
- RICCIUTO V., *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008
- RICCIUTO V., *Art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- RIVOLTA G. C. M., *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 1161
- RIZZO V., *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 497
- RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, 1285
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965
- ROMANO Salv., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959
- ROMANO Salv., *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957
- ROMANO Salv., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico del diritto privato*, Milano, 1961
- RONCAGLIA A., *Il mito della mano invisibile*, Bari-Roma, 2005
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001
- ROPPO V., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. Dir.*, 1975, p. 701
- ROSSI CARLEO L., *Art. 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- ROSSI CARLEO L., *Art. 18, lett. d)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, relazione al Convegno «La riforma del codice del consumo: la tutela

- del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari», Roma 19 marzo 2010 dattiloscritto
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, p. 14,
- ROSSI CARLEO L., *Gestione etica d'impresa*, dispensa per gli studenti dell'Università degli Studi di Roma Tre, dattiloscritto
- ROSSI CARLEO L., *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 155
- ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006
- RUSCONI G., voce *Accountability*, in L. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Dizionario di economia civile*, Roma, 2009
- S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 933; così anche A.
- SACCO R., *Cos'è la buona fede oggettiva*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1970
- SANDULLI M., *Art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005
- SANDULLI M., *Strumenti giuridici per una gestione etica*, in *Banca ed etica: modelli operativi, tecnici e giuridici*, Atti del convegno di Avellino, 3-4 ottobre 2008, Avellino
- SANDULLI M.A., *Art. 1*, in *Il commercio. Commento al d.lgs. 31 marzo 1998 n. 114*, Milano, 1998
- SANFILIPPO P.M., *I codici di autodisciplina societaria: nuovi profili di enforcemen*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 929
- SANTAGATA C., *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, Napoli, 1975
- SANTONASTASO F., *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente*, Milano, 1996
- SANTONASTASO F., *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura» - Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 21
- SAVASTA F., *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, in *Società*, 2009, p. 997
- SCALI M., *Art. 18, comma 1, lett. h) e lett. l)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009
- SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933
- SCIRÈ F., *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Padova, 1989
- SEN A., *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2001

- SENN P.D., *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988
- SIMON H. A., *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984
- SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, Londra 1892
- SMITH A., *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, 1976
- SOMBART W., *Der moderne Kapitalismus*, trad. it. *Il capitalismo moderno*, Torino, 1967
- SOMMA A., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 2005, p. 75
- SPAGNUOLO D., *L'insolvenza del consumatore*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 668
- SPOLIDORO M.S., *Appunti sulle condizioni di effettività dell'autodisciplina alla luce dell'esperienza dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Diritto, Mercato ed etica*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2010
- SPOLIDORO M.S., *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rass. dir. ind.*, 1999, p., 8 ss
- STANGHELLINI L., *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 402
- TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di Garofalo, Padova, 2003, vol. IV
- TRIPODI E.M., *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di E.M. Tripodi e C. Belli, Santarcangelo di Romagna, 2008
- UBERTAZZI L. C., *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, p. 105
- UDA G.M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, p. 191
- VANZETTI A. - DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009
- VASSALLI F., *Responsabilità d'impresa e rapporto di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973
- VETTORI, *Art. 39*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori, Padova, 2007
- VICO G. B., *De universi juris uno principio et fine uno*, Napoli, 1720
- VIGHI A., *Diritti individuali dell'azionista*, Parma, 1902
- VIGNUDELLI L., *La Direttiva Comunitaria in materia di credito ai consumatori*, in F. Vella (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, Torino, 2009
- VISENTINI G., *Etica e affari*, Roma, 2005
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1929
- VON JHERING R., *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, III, Basel, 1954
- VON SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1900
- VON WRIGHT, *Norma e azione*, Bologna, 1989

- WEATHERILL, *Who is the "Average Consumer"?*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/9/CE*, Oxford, 2007
- WILHELMSON T.M., *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *ELJ*, 2004, p. 726
- YUNUS M., *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, 1998
- YUNUS M., *Il credito come diritto umano*, *CNS - Ecologia Politica*, nn. 1-2, 2004.
- ZICCARDI F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 128
- ZIVIZ P., «Adelante» ... ma con giudizio! (due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale), in *Danno e resp.*, 2006, p. 762
- ZORZETTO S., *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008