

Angelo Barba

Capacità del consumatore e funzionamento del mercato

Valutazione e divieto delle pratiche commerciali



G. Giappichelli Editore

Prefazione

Questo libro conclude l'operazione culturale avviata nel 2017 con *Consumo e sviluppo della persona*: riconoscere al diritto dei consumatori vocazione e funzione di diritto privato politico. Una formula, quest'ultima, che deve essere accolta con esigente e prudente attenzione dall'esperienza giuridica e culturale che l'ha escogitata (*politisches Privatrecht*) e senza cedere alla tentazione di imprigionarla nel paradigma culturale, a volte incerto, sempre tormentato, della funzione sociale del diritto privato.

Il diritto dei consumatori, come già il diritto del lavoro nella riflessione di Lodovico Barassi, di Francesco Santoro-Passarelli e di Luigi Mengoni, rivela un'antropologia giuridica costruttiva. La situazione esistenziale della persona conferisce contenuto e senso al diritto privato e lo forma, non si limita ad orientare la conoscenza della regola giuridica. Nel diritto dei consumatori, come nel diritto del lavoro, la vita della persona ha funzione normativa, non solo ermeneutica e dogmatica.

In questo senso, dunque, il diritto dei consumatori è diritto privato politico, e come tale propone una più complessa combinazione tra teleologia ed assiologia della regola giuridica. Rende superflua, in particolare, la sopravvalutata ed insistita contrapposizione tra consumatore come mezzo e consumatore come fine.

La vita della persona non è solo valore 'estratto', attraverso l'interpretazione e l'applicazione, dalla regola giuridica, ma anche, e soprattutto, valore 'creato' dalla regola giuridica. Tutela del consumatore e buon funzionamento del mercato contribuiscono a realizzare le condizioni di resilienza giuridica della capacità di autodeterminazione, dunque a generare valore giuridico, in quanto rimuovono gli ostacoli che, anche solo di fatto, impediscono il pieno sviluppo della persona.

La personale esperienza di studio delle pratiche commerciali scorrette ha elaborato l'architettura del pensiero meditando i contenuti e

la direzione di analisi del complesso dibattito tra Renato Scognamiglio e Biagio De Giovanni, che ebbe luogo tra gli anni cinquanta e gli anni sessanta del secolo scorso. Opere classiche della letteratura giuridica che costringono il lettore a mobilitare risorse ed energie intellettuali per un tempo scientifico pieno. Quello che scandisce il trascorrere dal prima al dopo in ragione degli esiti di verifica o di falsificazione delle ipotesi e che non può essere misurato con l'orologio.

Un impegno culturale utile e necessario, anche per fronteggiare il manierismo giuridico che da più parti e in troppi scritti, mio malgrado, vedo dilagare.

* * *

L'aroma del caffè distrae il mio pensiero. Poso la penna ed alzo lo sguardo dal foglio di carta. Incontro i tuoi occhi. Tu resti in silenzio; ma loro, con straordinaria ironia, mi dicono che è giunto il momento di liberare questo libro dal suo autore. Hai ragione Tu, ancora una volta.

Roma, 7 febbraio 2021

Capitolo Primo

Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato

SOMMARIO: 1. Definizione normativa di concorrenza e concorrenza sleale. – 2. (*Segue*). Antigiuridicità ed illiceità della concorrenza sleale. – 3. Giudizio di concorrenza sleale e direttiva 2005/29. – 4. Efficienza dinamica e ‘capacità’ del consumatore nella regolazione del mercato. – 5. Concetto normativo e concetto dogmatico di concorrenza. – 6. La delegittimazione culturale del diritto privato per la regolazione del mercato. – 7. Mercato e capacità-potere di autodeterminazione. – 8. La regolazione conflittuale del mercato: impresa e consumo. – 9. Consumatore ‘astratto’, consumatore ‘collettivo’, consumatore ‘medio’. – 10. Concorrenza e tecnica del diritto soggettivo. – 11. (*Segue*). Pretesa, divieto ed onere conformativo. – 12. Onere ed autoreponsabilità del consumatore medio. – 13. Concorrenza e benessere del consumatore. – 14. Concorrenza di prestazione.

1. Definizione normativa di concorrenza e concorrenza sleale

Sembra di scorgere, a volte, un senso di esitazione o di disagio culturale nel discorso giuridico che, per ragioni semantiche e argomentative, deve ricorrere a determinate espressioni del linguaggio normativo. Accade quando le formule o le singole “parole” che le compongono (art. 12, preleggi) evocano evoluzioni giuridiche e vicende culturali assai complesse, ma nella soggettiva percezione dell’interprete conservano un insidioso legame con le vicende e i contesti politici ed economici che hanno contribuito a costruire o, in qualche modo, a caratterizzare il loro pristino significato.

Si avverte l’inadeguatezza di un termine che viene percepito come imprigionato nell’evoluzione storico-culturale che rappresenta e, quindi, lontano dalla nuova realtà e dal contesto politico ed economi-

co che la ha generata. Emerge così un problema ermeneutico che richiede all'osservatore un impegnativo esercizio di dogmatica giuridica¹, se vuole resistere alla tentazione elusiva ed indolente di convocare termini che appartengono a lingue e contesti culturali diversi, e che riescono solo a tranquillizzare la sua coscienza o a proteggere la sua sensibilità intellettuale.

La parola 'concorrenza' e la formula 'concorrenza sleale', che vengono utilizzate dal legislatore nazionale ed europeo, sollevano questo tipo di problema ermeneutico in relazione al linguaggio del codice civile. Ma l'interprete abituato alla fatica del 'pensiero critico' lo affronta impegnandosi nella ricerca di una 'definizione normativa' di concorrenza e, soprattutto, senza eludere la soggettiva necessità teorico-generale, prima ancora che sistematica, di liberarsi dall'insidia politica racchiusa nella vicenda epistemologica legata al termine "sleale"². Una liberazione culturale che l'osservatore ritiene di conseguire con una strategia ermeneutica che riconduce, ma in realtà riduce, la *concorrenza sleale* illecita alla *concorrenza illecita* per contrarietà alla clausola generale *ex art. 2598, cod. civ.*

Persino il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva 2005/29, evita il termine "sleale", che utilizza, invece, il legislatore europeo, e preferisce il termine "scorretto": le pratiche commerciali scorrette equivalgono, in punto di semantica giuridica, alle pratiche commer-

¹ Per il contenuto tecnico della formula "dogmatica giuridica" sia consentito rinviare ad A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino (Giappichelli), 2017, p. 91 s. e p. 217 s.

² Paradigmatica la riflessione di M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano (Giuffrè), s.d. ma 2010, p. 191 ss. (p. 197 s.). L'A. muove dall'assenza di una "definizione normativa" di *origine legale* e procede alla ricostruzione (induttiva) di una definizione normativa, che è, dunque, di *origine teorica* (ermeneutica), tratta dalla legislazione antitrust. Cfr. inoltre M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 509 ss. Si v. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, Milano (Giuffrè), 1970 (estratto da *Riv. dir. ind.*, 1970, I, n. 1 e 2), *passim*; C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli (Jovene), 1975, *passim*, ma p. 73 ss., p. 88 ss.; G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova (Cedam), 1978, *passim*, ma p. 35 ss., p. 57 ss., p. 80 ss. e p. 167 ss. Cfr. F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Milano (Giuffrè), 2011, p. 25 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, *ivi*, p. 113 ss.

ciali sleali. Equivalenza resa ineluttabile, per altro, dalla misura massima di armonizzazione voluta dal legislatore europeo.

La strategia sistematica e l'impegno ermeneutico attivati nella lunga vicenda giuridica e culturale di progressivo adeguamento della disciplina codicistica della concorrenza sleale alla legalità costituzionale del mercato non si accontentano di mobilitare risorse intellettuali per individuare un'alternativa esegetica dei "principi di correttezza professionale" *ex art.* 2598, n. 3, cod. civ.³ Elaborano, infatti, una più complessa struttura teorico-generale che convoca la tecnica della clausola generale di concorrenza sleale per arginare e neutralizzare il rischio politico e costituzionale che sia il 'diritto dei privati imprenditori' a regolare la concorrenza attraverso gli usi o il costume commerciali.

La tecnica della clausola generale recupera e rispetta la pluralità degli interessi meritevoli di protezione che sono coinvolti nel concreto fatto economico-aziendale e, quindi, compensa il difetto di legittima-

³ L'operazione giuridica e culturale, che l'osservatore può ricostruire attraverso le successive fasi ed i diversi contenuti dell'impegno ermeneutico e sistematico nella ricerca di una definizione normativa del concetto di concorrenza, è troppo complessa ed articolata per essere esaminata adesso nel dettaglio. Un'esperienza epistemologica scandita, tra l'altro, *a*) dalla contrapposizione tra concorrenza come fatto e concorrenza come atto dell'impresa (senza aggettivi), v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Milano (Giuffrè), 1960, *passim*, ma p. 22 ss., p. 28 e p. 30 ss.; e *b*) dalla contrapposizione tra concorrenza come diritto soggettivo e concorrenza come bene pubblico. Contrapposizione, quest'ultima, sollecitata e meditata nel segno della disponibilità della concorrenza mediante atti negoziali anche non contrattuali, cfr. B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1530 ss.; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI-I. MUSU, *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari (Laterza), 2000, 59 ss.; N. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 315 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, ora in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, II ed., Milano (Giuffrè), 2018, p. 55 ss. Prezioso, non solo per la ricostruzione della vicenda culturale, il saggio di G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 545 ss. Approcci assai diversi, ma che traggono origine sempre dalla connessione esclusiva tra concorrenza e impresa, *sia* nella direzione di analisi indicata dal rapporto tra limiti contrattuali e disciplina del consorzio, da un lato, e disciplina anti-trust, dall'altro; *sia* in quella relativa alla disciplina della concorrenza sleale. Per alcuni spunti ricostruttivi v. P.G. JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, p. 186 ss.; G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. dir. soc.*, 1995, p. 1 ss.; cfr. altresì G. GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, ora in *Il mercato concorrenziale*, cit., p. 355 ss.

zione democratica generato dagli usi dell'impresa nella produzione della regola.

L'interprete, detto in altri termini, assume consapevolezza dell'insufficienza del profitto, da un lato, e del prezzo di beni e di servizi, dall'altro, ad individuare, in relazione all'impresa ed in relazione al consumo, l'omogeneità necessaria per il funzionamento, in via diretta o mediata dalla rappresentanza (rappresentazione), del principio di maggioranza come giustificazione della validità della regola⁴.

In realtà la riflessione sulla disciplina codicistica della concorrenza sleale aveva già incontrato le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume; quest'ultimo, peraltro, proprio in relazione ai principi di correttezza professionale come criteri di anti giuridicità dell'azione imprenditoriale⁵. Tuttavia, la clausola generale di concorrenza sleale nasce e si consolida nell'esperienza giuridica teorica e pratica come tecnica argomentativa che include nella valutazione dell'atto di concorrenza dell'impresa anche gli interessi dei consumatori⁶. Il

⁴ Si v. in particolare P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., p. 62 ss., p. 74 ss. e p. 95 ss.; C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., p. 54 ss., p. 148 ss., p. 200 ss., p. 273 ss.; Cfr. altresì P. MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, p. 181 ss. Cfr. inoltre M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, Padova (Cedam), 1979, pp. 337-433; ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1428 ss.; ID., *La causa nei patti limitativi della concorrenza fra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari (Laterza), 2008, p. 89 ss.; ID., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano (Giuffrè), 2014, p. 32 ss., p. 42 ss.; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano (Giuffrè), 2015, p. 35 ss. e p. 59 ss. V. anche A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., p. 93 ss.

⁵ Si v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 207 ss. (p. 209), circa la "rilevanza di ordine pubblico della libertà di concorrenza" v. p. 32, ma cfr. p. 13 ss.

⁶ Sembra, in sostanza – ma si tratta solo di un'ipotesi di lavoro estranea al tema di cui ci si occupa – che la riflessione dell'osservatore abbia preferito evitare il confronto con le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume, ritenendole, forse, troppo legate alla teoria generale del contratto (negozio giuridico) e, dunque, meno efficaci sul piano della disciplina dell'attività economica. Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano (Giuffrè), 1970, p. 223 ss. e la istruttiva riflessione critica di M. BARCELLONA, *Ordine pubblico e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 925 ss.

progetto culturale è orientato a superare le concezioni etiche o corporative dei principi di correttezza professionale non solo attraverso l'elaborazione di criteri normativi di valutazione edificati sulla legalità costituzionale, ma anche attraverso il riconoscimento di interessi meritevoli di protezione diversi da quelli riconducibili all'impresa concorrente.

Vuol dirsi, più in generale, di una complessa vicenda culturale da meditare sia nella direzione di analisi evocata dalla dicotomia autointegrazione ed eterointegrazione, con riguardo alla elaborazione dei criteri di giudizio mediante la concretizzazione della clausola generale; sia in quella della valutazione comparativa tra interessi dell'impresa ed interessi del consumo.

La concorrenza sleale solleva, in tale direzione di analisi, interrogativi legati all'illiceità dell'atto che l'interprete continua a risolvere in termini di antigiuridicità e di divieto dell'azione imprenditoriale, ma nella direzione teorico-generale indicata *a)* dalla concretizzazione della clausola generale realizzata utilizzando i principi di buon funzionamento del mercato accolti dal legislatore nazionale ed europeo e *b)* dalla inclusione nel giudizio anche dell'interesse del consumatore.

Si mobilita la tecnica della clausola generale per elaborare un modello di giudizio che individua il fatto antigiuridico dell'impresa attraverso la valutazione comparativa degli interessi dell'impresa e dei consumatori secondo i principi di buon funzionamento del mercato, ossia secondo i principi normativi che riconoscono forma giuridica al *tipo normativo* di concorrenza. Ossia al modello economico di concorrenza che il legislatore nazionale ed europeo dimostra di selezionare ed accogliere come bene giuridico protetto.

I principi di correttezza professionale vengono ricavati dai principi di buon funzionamento del mercato che accolgono il modello della concorrenza dinamica e, quindi, collocati in un contesto dogmatico e teorico-generale caratterizzato nel senso del *primato ermeneutico e sistematico della disciplina antitrust*.

2. (Segue). *Antigiuridicità ed illiceità della concorrenza sleale*

In tale direzione esegetica è ineludibile la ricerca di una definizione normativa della concorrenza. È indispensabile, detto in altri termini,

l'individuazione del modello economico che il legislatore accoglie come bene giuridico, ossia come oggetto di tutela, in ragione della sua attitudine strumentale rispetto all'utilità sociale (arg. *ex art.* 41, Cost.)⁷. Il tipo normativo *deve* ritrovare nel sistema positivo gli indici della tipologia legale che lo accoglie e lo formalizza.

I principî di buon funzionamento del mercato garantiscono che sia il modello economico della concorrenza dinamica, attraverso l'illiceità della pratica concorrenziale, a fissare il limite *esterno* alla libertà imprenditoriale e quindi a regolarne la modalità di esercizio.

Tale modello economico, quello accolto dal legislatore nazionale ed europeo, realizza il progetto assiologico affidato alla legalità costituzionale⁸.

Il processo epistemologico che conduce all'emancipazione della concorrenza sleale dal diritto privato degli imprenditori elabora dunque un dispositivo euristico e valutativo che deve includere anche il benessere dei consumatori. Un esito ermeneutico, quest'ultimo, reso ineludibile dalla funzione di utilità sociale riconosciuta alla concorrenza come bene giuridico protetto.

Impresa e consumo realizzano il buon funzionamento del mercato attraverso una tensione conflittuale che la clausola generale di concorrenza sleale gestisce con la valutazione comparativa degli interessi.

Se questa modalità dissimuli in realtà una insidiosa sovrapposizione teorico-generale tra clausola generale, a struttura verticale, e giudizio di equità, a struttura orizzontale, è tema che deve rimanere sullo sfondo della riflessione⁹. Adesso occorre sottolineare ancora, ed in

⁷ Si cfr., per la concezione economica della concorrenza come bene pubblico, P. SABBATINI, *La concorrenza come bene pubblico: il caso Microsoft*, Roma-Bari (Laterza), 2000, *passim*, ma p.124 ss.; con riguardo, invece, alla concorrenza come bene giuridico pubblico v. G. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano (Giuffrè), 2013, p. 50 ss.; cfr. A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in C. Rabitti Bedogni-P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino (Giappichelli), 2010, p. 369 ss. Si v. altresì M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1255 ss.

⁸ Ma cfr. P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova (Cedam), 1968, p. 70 ss. e p. 88 ss.; v. altresì F. PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna (Bonomo), 2010, p. 123 ss., p. 131 ss.

⁹ La clausola generale rinuncia alla fattispecie legale (norma senza fattispecie) ma

senso critico analizzare, che la valutazione comparativa tra gli interessi dell'impresa e gli interessi del consumo si esaurisce, o viene circoscritta, al giudizio di anti giuridicità dell'azione imprenditoriale.

L'emancipazione della concorrenza sleale dal diritto dei privati imprenditori *continua* ad essere elaborata, nel rispetto della "ragione di ordine pubblico"¹⁰, in termini di illiceità della pratica commerciale che ostacola la libera concorrenza, ed impegna l'interprete nella individuazione degli interessi e dei criteri normativi di un giudizio che *continua* a risolversi nella (sola) qualificazione dell'atto come anti giuridico.

Esiste, detto in altri termini, un significativo elemento di continuità nella vicenda giuridica e culturale della concorrenza sleale. L'ermeneutica della disciplina codicistica della concorrenza sleale deve occuparsi della valutazione dell'atto di concorrenza e del suo divieto in relazione alla contrarietà ai principî di ordine pubblico (economico) che assicurano il buon funzionamento del mercato. Cambia la struttura ed il criterio, non la funzione del giudizio di concorrenza sleale che continua a selezionare la pratica commerciale illecita solo in ragione della sua anti giuridicità.

La riflessione, detto in altri termini, insiste sull'anti giuridicità dell'atto trascurando, della *slealtà*, un significativo ed ulteriore contenuto di rilevanza sistematica.

Si ignora, o si sceglie di trascurare, che la slealtà della concorrenza viene accolta e meditata dall'interprete anche come 'autonoma' forma di illiceità di atti che "sfuggono a una particolare considerazione del diritto comune"¹¹.

La concorrenza sleale descrive una illiceità diversa da quella che il diritto comune accoglie per costruire la disciplina della responsabilità extracontrattuale. Ed infatti la concorrenza sleale innesca meccanismi di tutela *ex art.* 2599 che possono attivare anche il risarcimento del danno ingiusto imputabile a colpa o a dolo dell'autore dell'atto di

non al sillogismo applicativo che, invece, resta estraneo alla valutazione equitativa degli interessi in conflitto.

¹⁰T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in RTDPC, 1954, p. 873 ss. (p. 930).

¹¹Si v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 127 s., p. 184 s. Si tratta, invece, di un aspetto centrale nella struttura logica dell'argomentazione giuridica che voleva escludere una "tutela privilegiata dell'imprenditore" (p. 197, ma cfr. p. 181).

concorrenza sleale (art. 2600, cod. civ.). Nondimeno, l'atto di concorrenza sleale, se negoziale, potrà essere controllato in punto di contrarietà all'ordine pubblico.

La necessità ermeneutica e sistematica di assicurare la legalità costituzionale, estesa anche alle norme interposte, dei principî di correttezza professionale ha circoscritto e ridimensionato la specificità della concorrenza sleale come disciplina particolare di atti che non deroga alla disciplina generale della responsabilità civile extracontrattuale e del contratto. Come forma di giudizio di illiceità diverso ed autonomo in quanto funzionale ad una tutela di tipo regolatorio (divieto) e non rimediabile (risarcimento del danno o invalidità-restituzione) degli interessi equivalenti riconducibili all'impresa ed al consumo.

In particolare, l'operazione giuridica e culturale elaborata dall'interprete ha considerato la *necessità* del giudizio di antigiuridicità della pratica commerciale, e di tale giudizio ha elaborato la struttura ed i criteri adeguati alla legalità costituzionale; tuttavia, ha trascurato l'*insufficienza* dell'antigiuridicità dell'atto ai fini della sanzione *ex art. 2599*, cod. civ. La concorrenza sleale, nel modello codicistico, *già* descrive un tipo di giudizio costruito sull'*antigiuridicità* dell'atto e sulla *rilevanza* di tale antigiuridicità in punto di astratta idoneità a danneggiare l'altrui impresa. Ossia un modello costruito su *a)* antigiuridicità dell'atto e *b)* effettiva rilevanza lesiva dell'interesse protetto, che il sistema positivo qualifica in termini di idoneità dell'atto antigiuridico a danneggiare l'altrui azienda, senza richiedere l'esistenza effettiva di un danno ingiusto.

3. Giudizio di concorrenza sleale e direttiva 2005/29

Tale esito culturale ha caratterizzato, e ancora caratterizza, il contesto sistematico che ha accolto la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette lesive degli interessi economici dei consumatori. Contesto che ha contribuito, ed in maniera assai significativa, alla strategia di sistematica riduzione del diritto dei consumatori al contratto ed alla responsabilità civile; in tal modo ridimensionando molto, se non persino negando, la legittimazione culturale e giuridica del diritto dei consumatori come *autonoma*, ancorché *concorrente*, tecnica di regolazione del mercato.

L'interprete, detto in altri termini, ha assecondato la perpetuazione di un approccio culturale alla concorrenza sleale che sottovaluta la

profonda innovazione generata dalla direttiva 2005/29 non solo in termini di legalità costituzionale estesa alla norma interposta, ma anche con riguardo all'autonoma considerazione delle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici del consumatore rispetto alle pratiche commerciali sleali che ledono solo gli interessi dell'impresa concorrente.

In particolare, in relazione agli interessi protetti, l'interprete ha continuato ad assecondare un approccio ermeneutico e sistematico incline ad assicurare il principio di buon funzionamento del mercato senza considerare che, accanto a tale principio, il legislatore europeo, ai fini della massima armonizzazione, ha accolto anche il principio generale dell'elevata tutela del consumatore (art. 1 direttiva 2005/29).

L'assiologia ordinante del diritto armonizzato del mercato interno non è orientata solo al buon funzionamento (del mercato) secondo il modello della concorrenza dinamica, ma anche all'elevata tutela del consumatore come autonomo principio generale.

Dalla combinazione di tali valori giuridici, ossia di contenuti assiologici cui il sistema positivo riconosce una *misura di resilienza* (valore) in termini di validità giuridica, il legislatore europeo costruisce un modello normativo che ripropone le caratteristiche del giudizio di concorrenza sleale.

Infatti, da un lato, l'antigiuridicità dell'atto innesca il divieto solo se idonea ad alterare la "capacità del consumatore" di assumere una decisione consapevole; dall'altro, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudica né l'applicazione della disciplina del contratto (art. 3, paragrafo 2, direttiva 2005/29) né la disciplina della responsabilità civile (art. 11, paragrafo 2, direttiva 2005/29)¹².

Con riguardo ai contenuti ed alle forme della legalità costituzionale estesa alle norme interposte, la direttiva 2005/29 riconosce, e per certi aspetti realizza, il senso della costituzionalizzazione della protezione del consumatore come autonomo principio regolativo del mercato (arg. *ex* art. 6, TUE; art. 39, Carta dir. UE; art. 169, TFUE).

Vuol dirsi, in particolare, *a*) che il limite esterno alla libertà di impresa è individuato nella libertà di autodeterminazione al consumo e

¹²Riproponendo così, giova ripeterlo, la tecnica giuridica già accolta nell' art. 2600, cod. civ., con riguardo alla tutela risarcitoria e rintracciabile con riguardo alla tutela invalidativa-restitutoria.

b) che è il conflitto tra libertà di impresa e libertà di consumo a creare “utilità sociale” in termini di buon funzionamento del mercato e di massimizzazione del benessere del consumatore.

L'utilità sociale generata dalla libertà di iniziativa economica dimostra un fondamento ed un contenuto più esteso ed inclusivo di quello circoscritto al rapporto tra imprese. In particolare, la concorrenza dinamica intesa (e riconosciuta dal legislatore) come bene giuridico funzionale all'utilità sociale resiste alle semplificazioni assiologiche che, anche attraverso l'antigiuridicità dell'atto di concorrenza sleale, tentano di ridurre il consumatore e la sua scelta ad una *funzione* di efficienza allocativa del mercato che giustifica e legittima, in punto di analisi politico-economica, il primato del profitto come finalità costitutiva dell'impresa.

La massimizzazione dei bisogni soddisfatti che l'innovazione e lo sviluppo dell'offerta riescono a realizzare attivando il processo dinamico competitivo, rivendica altresì la massimizzazione della libertà di autodeterminazione nella percezione e nella costruzione del bisogno che conduce alla domanda di consumo. In tal senso, buon funzionamento del mercato ed elevata protezione del consumatore identificano le strutture assiologiche della disciplina giuridica della concorrenza.

In punto di analisi sistematica, l'osservatore può riconoscere differenti criteri di rilevanza dell'antigiuridicità della pratica commerciale. Il giudizio di antigiuridicità del fatto dell'impresa acquista rilevanza giuridica ai fini del divieto θ in ragione della sua idoneità a danneggiare l'altrui impresa, θ in ragione della sua idoneità ad alterare la capacità di autodeterminazione del consumatore θ , ancora, in ragione di entrambi i criteri di rilevanza.

All'*unità* del giudizio di antigiuridicità corrisponde una *pluralità* di criteri di rilevanza della antigiuridicità del fatto ai fini del divieto¹³.

D'altro canto, occorre almeno ricordarlo, anche la disciplina anti-trust riconosce nel consumatore un'assiologia condizionante ai fini del

¹³ Il consumatore, in particolare il consumatore medio, costituisce criterio costruttivo dell'antigiuridicità in base al rapporto tra art. 2598, cod. civ., ed art. 18, lett. b), cod. cons., e criterio di rilevanza dell'antigiuridicità ai fini del divieto accanto all'idoneità a danneggiare l'altrui azienda.

giudizio di liceità. Avviene mediante la tecnica giuridica della deroga al divieto delle intese restrittive *ex art. 4, l. n. 287/1990*, ed avviene nella individuazione dell'ambito di applicazione del par. 1 dell'art. 101, TFUE *ex art. 101, par. 3* ("utilizzatori").

4. *Efficienza dinamica e 'capacità' del consumatore nella regolazione del mercato*

Buon funzionamento del mercato ed elevata tutela del consumatore organizzano in forma giuridica la dinamica concorrenziale senza assecondare il rischio di asimmetrie ricostruttive che è generato, invece, dal primato dell'efficienza dinamica intesa solo come innovazione e sviluppo della produzione di beni o servizi. Nel giuridico, l'efficienza dinamica include l'efficienza allocativa in un processo più complesso che resiste alla riduttiva semplificazione della dinamica economica al rapporto tra *bisogni soddisfatti* del consumatore e *capacità* dei produttori di migliorare l'offerta di beni e servizi.

La forma giuridica dell'efficienza dinamica, accanto alla capacità di produrre, protegge la capacità del consumatore non solo come *libertà dal bisogno* (bisogno di consumo soddisfatto), ma anche come *libertà del bisogno* (effettiva capacità di autodeterminazione al consumo). L'offerta, ancorché caratterizzata in senso dinamico e, dunque, nel segno dell'innovazione e dello sviluppo dei beni e dei servizi *presuppone ma non tutela la libertà della domanda di consumo*.

Il concetto giuridico di mercato concorrenziale evita, in tal modo, un'asimmetria di contenuto rispetto alla reale complessità soggettiva (di interessi) che, invece, lo caratterizza. Un'asimmetria tra 'persone' e mercato che, *nell'analisi giuridica*, sovrappone la competizione tra capacità di produrre ed offrire beni e servizi concorrenti e la capacità di scelta del consumatore come condizione esistenziale ed esito finale della concorrenza. Tra competitività (*Wettbewerbsfähigkeit*) e concorrenza (*Leistungswettbewerb*).

La seconda, a differenza della prima, assume forma, e quindi struttura giuridica, *anche* mediante la 'capacità' di scelta consapevole del consumatore. Vuol dirsi che la competitività produce concorrenza *attraverso* la scelta del consumatore.

A voler esemplificare, la pratica commerciale sleale o l'abuso di

posizione dominante che ledano in via diretta solo gli interessi dell'impresa concorrente o cliente (o fornitrice) e che, quindi, coinvolgano in via solo indiretta gli interessi economici dei consumatori, sollevano un problema di competitività che viene risolto mediante la disciplina della concorrenza sleale o della disciplina antitrust. Se, invece, gli stessi fatti coinvolgono in via diretta solo (o anche) gli interessi economici dei consumatori, sollevano sempre un problema di concorrenza e possono rilevare, in punto di qualificazione e di sanzione, ai fini dell'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel codice del consumo.

Vuol dirsi, in altri termini, che lo statuto giuridico del mercato realizza e protegge la competitività e la concorrenza mediante un sistema regolatorio organizzato secondo il modello della *inclusiva coesistenza* di norme sino al limite dell'incompatibilità¹⁴. In tale sistema si colloca la complessità assiologica (autodeterminazione) e teleologica (corretto funzionamento del mercato interno) generata dal fatto economico che coinvolge, in via diretta o indiretta, una pluralità di interessi economici equivalenti: quello dell'impresa concorrente, dell'impresa cliente o fornitrice e dei consumatori.

La "capacità del consumatore", una formula che il legislatore utilizza più volte nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ma che in troppi scritti viene trascurata o rimossa, non rileva solo con riguardo allo scambio attraverso il contratto e la responsabilità civile. E dunque in una direzione di analisi che distingue la concorrenza tra imprese ed il fatto distributivo tra impresa e consumatore¹⁵.

Rivela, altresì, come principio di regolazione del mercato per garantire l'effettivo esercizio della libertà di scelta quale condizione di

¹⁴Modello elaborato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 13 settembre 2018, C-54/17 e C-55/17, punti da 58 a 60, ma v. anche Cons. Stato, sez. VI, 25 ottobre 2019, n. 7296. Si v. inoltre Corte Giust., ordinanza 14 maggio 2019, da C-416/17 a C-408/17 e C-417/17, punto 49. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879. Cfr. altresì G. GHIDINI-E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. Rabitti Bedogni-P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit., p. 217 ss.

¹⁵Cfr. a riguardo A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli (ESI), 2012, *passim*, ma p. 24 ss., p. 64 ss., p. 81 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 s.; ID., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino (Giappichelli), 2018, p. 93 ss.

efficienza normativa della dinamica economica¹⁶. La effettiva libertà di autodeterminazione, non la specifica volontà del singolo comportamento di consumo, rileva come elemento strutturale della regolazione del mercato.

È questo il senso delle disposizioni contenute nell'art. 19, lett. *a*) e lett. *c*), cod. cons.; ed è sempre questo il senso dell'irrelevanza, ai fini del divieto della pratica commerciale sleale, della prova della "perdita" o del "danno effettivamente subito", oppure della "intenzionalità" o della "negligenza da parte del professionista", prevista dal legislatore europeo (art. 11, paragrafo 2, direttiva 2005/29).

La socialità che caratterizza l'economia di mercato "fortemente competitiva" (art. 3, paragrafo 3, TUE) si realizza, tra l'altro, mediante il riconoscimento di valore giuridico costituzionale al consumo come componente strutturale del mercato concorrenziale e, dunque, all'elevata protezione del consumatore come principio regolativo del mercato concorrenziale.

La legalità costituzionale, estesa alle norme interposte, del "diritto del mercato" dimostra di aver superato in tal modo le ragioni di dubbio o di diffidenza sollecitate nell'interprete dall'originario modello di disciplina dell'economia accolto nell'art. 41 Cost¹⁷. Il principio di elevata protezione del consumatore conferisce legittimazione politica, oltre che contenuto tecnico, alla validità giuridica della regolazione del mercato.

5. Concetto normativo e concetto dogmatico di concorrenza

È necessario, adesso, limitarsi a due sole considerazioni con riguardo all'evoluzione ermeneutica e sistematica che conduce alla definizione normativa di concorrenza come bene giuridico strumentale: la prima descrittiva, la seconda critica.

¹⁶La differenza tra efficienza economica ed efficienza normativa, costruita sull'antecedenza della persona come tipo normativo (*normatives Menschenbild*) costituisce una delle più significative e condivise acquisizioni raggiunte dalla riflessione di J. DREXEL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen (Mohr Siebeck), 1998, p. 162 ss., p. 176 ss.

¹⁷Si cfr. la riflessione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari (Laterza), 1998, *passim*, ma p. 97 s. e p. 100. Ma cfr. B. BERTARINI, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia*, Torino (Giappichelli), 2020, p. 99 ss.

L'impegno epistemologico dell'interprete è funzionale alla costruzione di un *concetto giuridico* di concorrenza destinato ad accogliere un *contenuto economico-politico*: ossia che attribuisca forma giuridica, da un lato, al definitivo superamento del modello liberale classico che concepiva la concorrenza come condizione naturale del mercato; dall'altro, ad una più realistica concezione dinamica dell'offerta e della preferenza del consumatore.

La concorrenza diventa un esito, un risultato costruito dalla regola giuridica nel segno dell'innovazione dell'offerta e della libertà di scelta del consumatore ed in funzione della massimizzazione del benessere del consumatore. Dalla concorrenza come *natura del mercato* si passa alla *natura giuridica* della concorrenza come forma organizzativa del mercato¹⁸.

In questa direzione epistemologica la regola giuridica è condizione esistenziale della concorrenza: solo la regolazione (amministrativa) del mercato garantisce la concorrenza.

Tuttavia, e questa è la seconda considerazione, la qualificazione della concorrenza come risultato, come esito dinamico che la regola giuridica del mercato costruisce, esclude proprio la possibilità logica e tecnica di un *concetto normativo* di concorrenza¹⁹.

Il concetto giuridico di concorrenza non descrive una fattispecie legale, ancorché organizzata secondo la tecnica tipologica o della clausola generale e non mediante la definizione di un concetto legale chiuso. Non qualifica fatti, ma descrive un esito della qualificazione giuridica di fatti.

In realtà il termine 'concorrenza' individua un *concetto dogmatico* di origine legale e contenuto economico, ossia un sapere ermeneutico organizzato per orientare la deduzione, che viene indotto dal sistema positivo e che fornisce all'interprete i contenuti assiologici necessari per la selezione dei criteri euristici che regolano il processo epistemologico indispensabile per l'applicazione della regola al caso concreto.

¹⁸Cfr. A. CUCINOTTA, *La mano invisibile e l'antitrust tra scienza e mito*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 9 ss.; G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, ivi, 2017, p. 425 ss. Si v. inoltre J. W. FLUME, *Max Weber, der Kapitalismus und das Privatrecht*, in *JZ*, 2020, p. 594 ss.

¹⁹Le formule "concetto normativo" e "concetto dogmatico" vengono utilizzate nel significato elaborato da L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano (Giuffrè), 1996, p. 46.