

LA CLAUSOLA GENERALE DELL'ART. 2598, N.3. COD. CIV. TRA DUE ORDINAMENTI COSTITUZIONALI.

(Prima traccia per la discussione) *

I

1. La clausola generale dell'art. 2598 cc — la piena comprensione del cui ruolo nel sistema del codice del '42 postula la congiunta lettura dell'art 2601 in tema di legittimazione ad agire delle associazioni professionali — rappresenta, come noto, la trasposizione italiana (v. anche Rel. al codice, 1047) della formula dell'art. 10 bis introdotto nella Convenzione di Unione di Parigi in sede di conferenza di revisione dell'Aja del 1925 (lo stesso dicasi per quanto riguarda l'art 2601: cfr. art 10 ter Conv.cit.).

2. Il riferimento della norma unionista agli “usi onesti¹ in materia industriale e commerciale” (corsivo mio) esprime la volontà del legislatore internazionale di indirizzare *esclusivamente*² verso ‘regole di categoria’ la funzione delle clausole generali di consentire una *Ergänzung* giudiziale del concetto indeterminato per immettervi specifici contenuti deontici mutuati da concezioni sociali obbiettivamente (*in votis*) ricostruite.

Quella precisazione, in altre parole, voleva restringere l'opera di integrazione all'ethos professionale ‘autenticamente’ espresso dai *Berufskreise*: e non dal corpo sociale complessivamente inteso: come avrebbero consentito, e consentirono nell'esperienza storica, rinvii di tipo ‘generalista’ (alla giustizia, alla legge, all'equità, ovvero o a non altrimenti definiti “buoni costumi”)³. In altre parole, la ‘valvola di sfogo’ era dunque più propriamente un termostato: posto ad assicurare che l'elasticità concessa all'interprete si mantenesse sempre all'interno di un sistema di valori espressione dei *business circles*.

3. L'indicazione si coronava con l'attribuzione della legittimazione ad agire, oltre che ai concorrenti, alle associazioni esponenziali di categoria (“gli industriali, i produttori o i commercianti interessati”) sancita dal successivo art. 10 ter. Attribuzione che il legislatore del '42 raccolse volentieri come “sviluppo del principio corporativo” (Rel., 1048, in fine). E che combinandosi, come accennato, con il marchio ‘professionale’ della correttezza cui rimanda la clausola generale che guida la qualificazione, realizzava un chiaro esempio di “legge di classe” in senso vivantiano⁴.

¹ L'aggettivo, nella sua ovvietà, rappresenta una superfetazione apologetica del richiamo agli usi commerciali (v. anche FN.....). Lo stesso dicasi per i “gute Sitten” di cui al §1 della UWG tedesca del 1909: infra, tra breve)

² V. infra, testo alla nt 3

³ V. ancora infra, tra breve, testo alla nt. 13, a proposito dell'accantonamento, nei lavori della Convenzione del 1925, di formule che al richiamo agli usi affiancavano quelli alla “loi” e alla “equite”.

⁴ Vivante, *Trattato dir. comm.* 1922, I, Introduzione, 11-12, a proposito della gestazione del Codice di Commercio.

* La sigla FN evidenziata in colore indica, in questa bozza, la collocazione di note a pie' pagina ancora da inserire o da completare.

4. Quanto precede è arcinoto, e l'ho ricordato soprattutto per introdurre una meno conosciuta (forse) ricostruzione della genesi della formula dell'art. 10-bis, poi adottata, con parole diverse ma concettualmente sinonime, dal codice civile.

La legislazione unionista --- espressione del *consensus* dei paesi rafforzati dalla prima rivoluzione industriale, in relazione alle esigenze di tutela transnazionale della 'proprietà industriale' poste dalle dimensioni anche commerciali raggiunte dalle loro economie --- aveva fatto tesoro di precedenti esperienze nazionali, e segnatamente di quella tedesca, che alla concorrenza sleale aveva dedicato, come noto, due leggi emanate in rapida successione, nel 1896 e nel 1909.

Ora, la seconda UWG, rimasta in vigore, con modifiche, a tutt'oggi, contiene una clausola generale, §1, imperniata sul concetto, di ascendenza civilistica (art.826 BGB: infra) dei *gute Sitten*. Un parametro che costituisce il sostrato anche di alcuni divieti 'nominati' (come quello della *taüeschende Werbung*, §3). Laddove solo su divieti specifici e tassativi era esclusivamente costruita la precedente legge del 1896.

5. Questo mutamento di tecnica normativa merita un brevissimo approfondimento: perché è tutt'altro che 'tecnico'. Il passaggio da una prospettiva di soli divieti tassativi a quella dominata da una clausola generale consentiva di estendere il raggio della repressione, allargando la tutela delle imprese oggetto di attacchi dei rivali. Una tutela non più solo fondata su di un regime di limitate eccezioni al principio generale di libertà di concorrenza, bensì su uno che presentava ben più succose potenzialità di espansione protezionistica.

Esprimeva dunque istanze caratteristiche dell'ambiente delle imprese giunte ad affermarsi sul mercato. E del resto, furono proprio le voci degli interessi industriali e commerciali 'forti' che, come già nel 1896, spinsero per il passaggio a questa prospettiva. Erano le voci di industrie abbastanza cresciute per permettersi "den Luxus der Ehrlichkeit" (FN:Wassermann), le "soliden Geschäftsbetrieben" che avrebbero potuto usare le regole di 'lealtà', per combattere la "unsoliden und betrügerischen Konkurrenz"⁵ —quella stessa Konkurrenz che—al pari della 'pirateria industriale'-- le imprese affermate avevano spesso praticato nella loro 'infanzia'[come un aspetto, storicamente tipico, della 'accumulazione originaria'] . Le voci, insomma, del "grande commercio", per dirla ancora con Vivante.⁶

6. Riprendo il filo. La formula dei *gute Sitten* presentava il pregio dell' ancoraggio ad una giurisprudenza del Reichsgericht⁷ che, in assenza di legge ad hoc, aveva ancorato la repressione di atti di concorrenza sleale al § 826 BGB, quale clausola generale che, in funzione residuale, integra(va) il quadro di tutela aquiliana che il § 823.1 appresta(va) rispetto alla antigiuridica lesione di *Individualrechte* (integrità fisica, salute, libertà, proprietà --- ovvero "ein sonstiges recht": infra, tra breve).

Peraltro, i fautori dell'adozione della formula dei *gute Sitten* non avevano dubbi che i *Sitten* cui riferirsi dovessero essere, nelle parole di Isay, le "Anschauungen der kaufmännische Kreise"⁸. Insomma — trattasi di un *topos* del diritto commerciale-- il "fast einstimmigen Wunsch allere beteiligten Kreise" era nel senso che, per essere

⁵ Schuler, *Die "concurrance déloyale"*, Zurich, 1895,51 ss.

⁶ Op.loc. citt.

⁷ Cfr. RG,11 novembre 1901, in RGC,48, 119.

⁸ Isay, *Das Rechtsgut des Wettbewerbsrecht*, Berlin, 1933, 59 ss .

‘buoni’; i costumi/usi dovessero riflettere, come ricordato sopra, le concezioni “der betreffenden Berufs - und Erwerbsgenossen”⁹.

L’auspicio era confortato dall’esempio della copiosa giurisprudenza francese che, prima in Europa nell’applicare alla concorrenza sleale la norma generale aquiliana (1382 code civil) alla *concurrance déloyale*, ne patrocinò una declinazione nettamente protezionistica. Esempio ampiamente lodato dagli ambienti industriali e commerciali, e da coloro che “nel foro e nell’accademia ne difendevano gli interessi”¹⁰ sino a mutuare frequentemente persino il *nomen* dell’istituto¹¹.

7. Quell’aspettativa andò tuttavia ampiamente delusa. Il concetto di *gute Sitten* accolto dal § 826 era stato tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza secondo criteri che favorivano la riconciliazione fra interessi dei privati e ‘ordine pubblico economico’. Non era dunque realistico attendersi che si potesse creare uno spazio significativo per un repentino mutamento di *Anschauungen* che orientasse esclusivamente in senso ‘professionale’ la declinazione di quel concetto. Peraltro, un siffatto mutamento avrebbe manifestato una impronta neocorporativa contraddittoria con il nuovo contesto economico-istituzionale scaturito dalla(e) rivoluzione(i) industriale(i).

8. La delusione dei ceti mercantili dominanti per l’‘insufficiente’ adeguamento della giurisprudenza a canoni professionali nell’applicare la clausola dei *gute Sitten* ai conflitti concorrenziali fu netta¹². Ci si volse allora ad esplorare nuove vie che consentissero di affermare gli auspicati indirizzi protezionistici. E così, si propose di identificare l’oggetto della tutela nei “frutti del lavoro conseguiti con fatiche e spese” (*mit Mühe und Kosten errungenen Arbeitsergebnisse*) --- riedizione strumentale, noto en passant, del celebre riferimento di Turgot alla “propriété du travail” (“la plus sacrée..”) --- *questo* peraltro, al servizio di una visione liberalizzatrice, non protezionistica.

Il diritto alla protezione dei frutti del lavoro (e—transitivamente—all’‘avviamento-clientela’ [oggi traducibile in ‘quota di mercato’] contro indebite (‘parassitarie’) appropriazioni altrui poteva così affiancarsi, come “sonstiges Recht”, a quegli *Individualrechte* protetti dal §823.1, fra i quali la *Eigentum*—compresa quella *gewerbliches*, costituita dai diritti assoluti di marchio e brevetto (alle “Störungen des Eigentums” Isay assimilava le contraffazioni brevettuali)¹³.

9. Si fondavano così le basi, insieme giuridiche ed ‘etiche’; di una tenace e sempre rinascente visione dell’istituto nella quale la repressione della concorrenza sleale assume una funzione, ammantata di richiami ‘etici’, di tutela dell’avviamento-clientela, e (pertanto, pure) integrativa/ancillare della difesa dei diritti di PI, pronta a rimediare alle loro ‘lacune’ e/o limiti. Imitazione senza confusione? Imitazione di brevetto scaduto? Nessuna tutela, allora? Niente paura: il soccorso arriva da un concetto di slealtà che vieti il ‘parassitismo’: cosa c’è di più ‘sleale’ del parassitismo?..

⁹ Id, ibidem.

¹⁰ Vivante, op. cit.,12

¹¹ Cfr ad es. Schuler, O. Mayer,....

¹² “die gute Sitten im Sinne des §1 [UWG, ndr] nicht die “gute Sitten” im Sinne der bürgerlichen Moralbegriffen sind, also nicht gleichbedeutenden mit den” gute Sitten “im Sinne des § 826 BGB, während die Rechtsprechung hier völlige Identität annimmt....” protestava, i.a., Isay, *op.cit.* 59.

¹³ Id, op.cit., 7.

Una storica e tenace visione, dicevo, destinata a molta fortuna nella giurisprudenza di diversi Stati europei, incluso il nostro, nonché nella legislazione internazionale.

Quanto a quest'ultima, va ricordato che l'inserzione della nuova norma sulla *concurrency déloyale* nel testo varato dalla Conferenza del '25 all'Aja, fu per così dire coronata dalla menzione dell'istituto a fianco ("nonché") dei diritti di marchio e brevetto, nell'elenco generale degli oggetti cui si riferiva "la protezione della proprietà industriale": cfr. art.1.2 Conv. cit. (corsivo ovviamente mio).

Una menzione/collocazione certo non vincolante per l'interprete positivo — specie se operante in contesti costituzionali affatto diversi --- ma neppure trascurabile, specie a fini di ricostruzione dell'ispirazione originaria della disciplina stessa: e delle radici delle sue moderne riviviscenze.

10 . La vicenda tedesca è significativa anche per meglio comprendere il significato della disciplina unionista, fondata sulle norme degli artt.10 bis e 10 ter. Si trattò del tentativo, pienamente riuscito, dei certi imprenditoriali dominanti, organizzati attraverso le associazioni di categoria e le Camere di Commercio nazionali, e in particolare quella Internazionale¹⁴ (FN), di orientare unitariamente, in senso nettamente neocorporativo, le varie discipline nazionali, attorno ad un criterio di qualificazione esplicitamente ritagliato sugli interessi professionali, al riparo da sgradite interferenze di principi 'comuni', extraprofessionali. Ricordo che nei lavori della Conferenza del '25 furono messe da parte tutte le proposte in tal senso, comprese quelle che al richiamo agli usi associavano quello alla "loi" e all' "équité"¹⁵. I conflitti concorrenziali sarebbero così stati giudicati secondo il "diritto di classe dei mercanti" (mutuo la definizione vivantiana degli usi commerciali). E il cerchio veniva chiuso dal ricordato art.10 ter che poneva le associazioni imprenditoriali come il solo gruppo collettivo di interesse titolare della legittimazione ad agire: così estendendosi al piano soggettivo quella egemonia professionale consacrata dalla clausola generale sul terreno della qualificazione.

11. La rapida ricezione italiana, nel 1927 --- nella quale, come ricordò Adriano Vanzetti in una indimenticata prolusione del 1964, per espressa volontà dell'on. Benito Mussolini si amputò dall'elenco delle fattispecie tipizzate dall'art.10 ter quella (co.3, n.3) delle comunicazioni commerciali ingannevoli¹⁶ --- contribuì all'affermarsi, presso i nostri giudici, di orientamenti nettamente protezionistici. Orientamenti già presenti, certo, nel panorama giurisprudenziale: ma che nel precedente periodo, quando la repressione della concorrenza sleale trovava l'unico riferimento normativo nella normativa generale sull'illecito civile, erano stati frequentemente contraddetti (a somiglianza di quanto era avvenuto in Germania: sopra) dal ricorso a criteri di qualificazione ispirati all'equilibrio fra interessi privati e interessi collettivi -- tipico, il caso della pubblicità comparativa veritiera¹⁷.

Si consolidò dunque, e rimase dominante ben oltre l'avvento della Costituzione e del Trattato CEE (infra) una linea giurisprudenziale di ispirazione non dissimile da quella, poc'anzi ricordata, della giurisprudenza francese dell'800 tanto elogiata dai

¹⁴ Cfr. Actes de la Conférence réunie a la Haye, Berne, 1926, passim, e spec. 95 ss., 101.

¹⁵ Actes, cit., 94 ss., 349.

¹⁶ Vanzetti, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv dir civ* 1964, I, ...

¹⁷ Cfr. ad es. App.Milano, 8 aprile 1902, in *Mon.Trib.*, 1903, 612; App. Macerata, 27 luglio 1905, *ivi*, 1906, 95; e ancor prima Cass. Torino, 21 dicembre 1894, *ivi*, 1895, 83.

Berufskreise germanici. Una linea che si inseriva egregiamente nella prospettiva della dottrina corporativa dell'epoca la quale faceva “della produzione uno strumento unitario di potenza nazionale”¹⁸ e di conseguenza qualificava i relativi interessi come interessi dell’“economia nazionale”, escludendo l’esistenza di alcun immanente conflitto fra gli stessi e gli interessi collettivi.

12. In quella linea, dunque, il richiamo agli “usi onesti in materia industriale e commerciale” rifletteva con assoluta chiarezza la volontà di regolare la concorrenza per il *self-interest* della professione (mutuo parole di Richard Posner) piuttosto che per il beneficio di un mercato ‘socialmente compatibile’, se non specificamente *consumer friendly*. E pertanto, ad esempio, la pubblicità comparativa doveva essere vietata — in quanto screditante il *confrère* — anche se basata su fatti veri; o l’imitazione di forme di altrui prodotti censurata — come parassitaria dei ‘frutti dell’altrui lavoro’ — anche in assenza di un effettivo rischio di confusione (un antico orientamento, questo, persino più protezionista di quello voluto dal legislatore corporativo: cfr. Rel. al codice n. 1048, terz’ultimo periodo); o lo storno di dipendenti colpito come espressione di ‘concorrenza di impedimento’ o addirittura di ‘annientamento’ del concorrente (*Vernichtungswettbewerb*: terminologia tedesca anni ’30.... Nipperdey, ad esempio: *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, Berlin, 1930), anche se realizzato con la sola offerta di migliori condizioni di lavoro, etc. etc. Al cuore di questo indirizzo sta, in ultima analisi, l’idea che l’avviamento (*goodwill*) ‘appartiene’ all’impresa che lo ha generato: una *quasi-property*, diremmo oggi. Da qui l’affermazione, come *Normzweck*, di un divieto di ‘appropriazione’ dei ricordati ‘frutti dell’altrui lavoro’.

Una linea, insomma che corrispondeva, nella critica formulata dalla Corte di Cassazione nel 1997 (sent. 11859/97), «ad una visione corporativa», manifestamente contraddittoria con la nuova prospettiva al contempo di *favor* della libertà di concorrenza e di rispetto di preminenti interessi collettivi — in particolare alla trasparenza del mercato — che caratterizzò il nuovo contesto costituzionale (come integrato ed anzi ‘specificato’, in materia di concorrenza, dai principi ‘libertari’ del Trattato CEE) nel quale la disciplina codicistica venne ad essere immessa e alle cui linee guida doveva necessariamente adeguarsi anche sotto il profilo ermeneutico.

“Manifestamente”, “necessariamente”... Già. È però per lungo tempo — che dico: un quarantennio — con poche eccezioni dottrinali e pochissime giurisprudenziali, l’interpretazione della norma del codice civile, e segnatamente della clausola generale del n.3 art. 2598 si astenne dal fare i conti con la nuova collocazione sistematica dell’istituto.

II

13. Affinché la lettura della clausola generale e della normativa *tout court* del cod. civ. in tema di concorrenza sleale facesse i conti con il nuovo contesto costituzionale, si dovette attendere, dicevo, molto tempo.

¹⁸ Cfr. Carta del Lavoro e Relazione Grandi alla l.30 gennaio 1941,n.14 sul “Valore giuridico della Carta del Lavoro”)

Qualche merito apripista va ad alcuni giovani (allora) studiosi, *in primis* Pier Giusto Jaeger, e ad (ancor più rari) giudici¹⁹ i quali (riassumo all'ingrosso dati ultranoti; v.comunque fra breve) rigettavano l'assioma di modelli univoci e aconflittuali di "correttezza professionale", e legge questa espressione come sintetica evocazione di diversificati e mutevoli modelli comportamentali espressione dei diversi interessi imprenditoriali in gioco nei conflitti evocati in giudizio. E ravvisavano altresì la possibilità di conflitti fra interessi dei concorrenti e interessi *lato sensu* collettivi, in particolare (e pur en bloc) 'dei consumatori'.

Voglio qui inserire — apparente digressione — un omaggio a Pier Giusto (alla cui memoria dedicherò una più distesa e 'rifinita' elaborazione di queste note, anche a seguito della discussione a "Orizzonti"). Più precisamente, un riconoscimento di debito: per i molteplici stimoli che ricevetti dalla sua intelligenza per approfondire e affinare l'ipotesi ricostruttiva che anch'io ed altri, sulla sua scia, andavamo esplorando alla fine degli anni '60. Mi riferisco in particolare al riconoscimento della geometria variabile, della mobilità di indirizzi sostanziali degli interessi imprenditoriali sottostanti ai 'modelli di correttezza' (Marchetti) (FN) protagonisti delle dinamiche concorrenziali, in ragione delle diverse situazioni materiali che si realizzano nelle fattispecie concrete, nonché del confronto, e possibile contrasto fra detti interessi e quelli della collettività (in particolare dei consumatori)²⁰. Un confronto che Pier Giusto già allora proponeva (è del 1970 *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*) per decidere quale degli interessi/modelli comportamentali in conflitto andasse ricondotto al divieto della clausola generale. Una analoga 'mobilità', è appena il caso di aggiungere, si riscontra rispetto agli interessi 'dei consumatori': che in certe situazioni difenderanno il vantaggio a breve di politiche ribassiste, anche sottocosto, e in altre se ne dorranno a fronte di onerosi, e non più sfidati, rialzi compensativi. (Su questi punti v. ancora par. seg.).

Questa e altre preziose indicazioni di metodo e di sostanza, che approfondivano, contro ogni semplificazione e riduzione a uno, la tematica dei conflitti di interesse (sulla quale, ben oltre la materia che ci occupa, Pier Giusto avrebbe dato tante straordinarie prove di acutezza) venivano da lui espresse, oltre che negli scritti, nel corso di conversazioni sempre stimolanti, con il caratteristico argomentare *nonchalant* che mescolava finezza e *humour* (non disgiunto da puntute battute nei confronti di alcuni bersagli preferiti...). Ne ricordo con particolare piacere alcune personali, in viaggio per Parma (dove per tre anni fui suo assistente alla Facoltà di Economia e Commercio), a bordo della sua invidiatissima Giulietta sprint --- oppure, arrivati a destinazione e svolte la lezione o la sessione di esami, davanti alle delizie illuministiche imbandite dalla Filoma. E proprio in questa ...seconda sede universitaria un bicchiere di lambrusco in più mi incoraggiò un giorno a fargli notare, a mò di battuta (ma non del tutto) che la sua costruzione non era esente da un tocco di 'materialismo dialettico'. Ricordo un'occhiata di traverso...

¹⁹ Ad es Trib Mi in SCIC-Dentalica, 1976; Trib To in Sorin, 1982, ; Trib. Mi, 7.2.1980, ord. di rimessione alla Corte Cost, su art 2601 (qui ancora infra)

²⁰ Già Cons. Stato , 27 maggio 1969, in Giur.it. Rep.1969, c.686 e Id., 3 novembre 1970 n. 842, in Cons.Stato, 1970, I,1934, qualificavano "settoriale" l'interesse dei commercianti e "generale" quello dei consumatori.

14. Così dunque, dicevo, quegli stimoli mi aiutarono grandemente ad approfondire e consolidare una lettura della clausola generale, che di seguito riassumo per passare poi ad una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale registratasi più tardi, verso la fine degli anni '80.

Una lettura nella quale:

a) il richiamo all' 'etica' nella/della concorrenza appare l'espressione 'sovrastutturale' di modelli comportamentali sottostanti a — e variabili in funzione di — concreti interessi imprenditoriali in conflitto. (Ciò ovviamente quale espressione del principio per cui il diritto *tout court* "loin d'être le produit de la raison abstraite, ou le résultat de la conscience nationale... est le produit nécessaire des rapports économiques").²¹ E variabili, si noti (anche a ulteriore conferma di quel carattere sovrastutturale — e retorico — del richiamo 'etico'), pure in riferimento alla *medesima* impresa. Il concorrente che si senta minacciato da un tentativo di storno di qualificati dipendenti tenderà ad esprimere un interesse (e da qui un 'modello' di correttezza) di stampo protezionistico opposto a quello 'aperto' e pro-concorrenziale che lo stesso imprenditore proporrebbe al Giudice quando fosse accusato di aver criticato i prodotti di un concorrente.

b) gli interessi dei concorrenti possono confliggere con quelli collettivi, e segnatamente dei consumatori, riconducibili al concetto di 'utilità sociale'. Ciò non solo nell'ovvia ipotesi di conflitto tra questi ultimi e interessi di singole imprese — ipotesi che comprende quella di conflitto fra interessi competitivi individuali e interessi imprenditoriali di 'sistema' (in particolare al mantenimento di mercati aperti e liberi da turbative). Ma anche in quella in cui gli interessi (pur) collettivi alla libera concorrenza entrino in conflitto con interessi collettivi 'più alti', in termini di gerarchia costituzionale, come quelli, ad esempio, della pubblica salute (v. ancora fra breve).

c) muovendo da questa articolata ricognizione di conflitti di interessi, la clausola generale del codice va armonizzata con quella, anzi quelle, *altre* 'clausole generali' che la Costituzione, all'art. 41,1 e 2 pone a combinati principi regolatori delle attività economiche, richiamando, la prima, il principio di libertà e, la seconda, quello del rispetto (non contrasto con il valore dell'"utilità sociale" e degli altri valori/interessi, di riferibilità essenzialmente individuale, di cui all'ultima parte del co.2 art. cit.) (valori-limite, non valori-funzione: diversamente violandosi la riserva di legge di cui al co.3 art.41).

E va altresì armonizzata, la lettura della clausola generale dell'art.2598 cc, con le indicazioni del Trattato comunitario quali (*normali*) fonti 'specificanti' della 'utilità sociale' in materia di concorrenza.

"Normali", non indefettibili né 'supreme', tengo a ribadire: proprio per il limite che l'utilità sociale pone all'esplicazione della libertà di impresa e quindi di concorrenza, e *altresì* per la preminenza della Costituzione sul Trattato. Nelle ipotesi, pertanto, in cui (v.appena sopra) tali interessi/valori vengano a collidere, quelli 'altri' ('sociali' e individuali) avranno preminenza: "La libertà di commercio, come gode della tutela accordata dall'art.41 Cost., così soggiace a quei limiti che tale disposizione consente

²¹ Loria, *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, 1893, 92

di imporre a salvaguardia dei beni che la Costituzione considera preminenti rispetto alla libertà di iniziativa economica”: Corte Cost., sent. 97/1969.

Questa visione della Corte Cost., incentrata sul potenziale conflitto, e relativa ‘scelta gerarchica’ fra libertà di concorrenza (che Keynes ricostruiva storicamente come libertà *degli abbienti* e “metodo di incremento ... del reddito capitalistico”)²² è stata condivisa, merita ricordare, anche dal moderno legislatore europeo, segnatamente in materia di liberalizzazioni. In particolare, la Direttiva 96/92CE sul mercato interno dell’energia elettrica, al *considerando* 13 riconosce che “la libera concorrenza di per sé non può necessariamente garantire” la salvaguardia de “la sicurezza dell’approvvigionamento, la protezione del consumatore e dell’ambiente”.

d) l’armonizzazione della clausola generale con le indicazioni costituzionali (Carta e Trattato) comporta dunque l’affermazione della libertà/liceità di atti di concorrenza che, pur nella loro durezza *adversarial* (e dunque pur se ‘idonei a danneggiare la altrui azienda’) riflettano un modello comportamentale *non contrastante* con i valori-limite costituzionali. Insomma, l’‘ambiguità’ di modelli di comportamento che la clausola generale *necessariamente* evoca, va risolta dal Giudice sulla base, appunto, di quel duplice criterio: i *libertà/liceità di ogni comportamento che non confligga con i ricordati valori-limite*.

15. Sul terreno che Pier Giusto aveva cominciato a smuovere e seminare, seguito da altri, si avviò un progressivo mutamento di indirizzi giurisprudenziali. Che dapprima si limitò alla revisione di indirizzi più ‘insostenibilmente’ contrastanti con i principi comunitari — penso all’archiviazione della fattispecie della violazione, da parte del terzo, dell’altrui zona di esclusiva.

La svolta cominciò a delinarsi con chiarezza a partire dagli ultimi anni ‘80. Mi riferisco soprattutto al *nouvel approche* che la prima Sezione della Cassazione adottò per la vigorosa influenza di Giuseppe M. Berruti: a favore, appunto, di una rilettura della clausola generale del codice coerente con il nuovo contesto costituzionale in cui la disciplina del codice civile si trovava immessa.

Da allora dunque, e pur con resistenze mai sopite ed...eterni ritorni (clamoroso quello della Corte Costituzionale nel 1988, su cui fra breve), si avviò una estesa opera di riqualificazione di fattispecie tipiche, o tipizzate dagli interpreti in relazione alla clausola generale dell’art.2598 cod. civ. Opera espressiva del passaggio da un paradigma di mercato di ispirazione corporativa — imperniato, come accennato, su una funzione quasi - proprietaria e sussidiaria dei diritti di PI, a difesa dell’avviamento commerciale — ad un diverso paradigma, appunto ispirato ad un modello di mercato di più aperta fisionomia concorrenziale. Un paradigma nel quale, sono parole della ‘nuova’ Cassazione, «valore guida — è la libertà di concorrenza, la quale costituisce ad un tempo l’oggetto e la misura della tutela di cui si discute», e per il quale (valore) “l’imprenditore è autonomo nella scelta dei mezzi attraverso i quali perseguire il suo obiettivo di autoaffermazione sul mercato”, fatto salvo che “la sua libertà può contrastare con l’utilità sociale o recar danno alla dignità, libertà e sicurezza dell’uomo”, ovvero “‘uccidere’ l’altrui libertà di concorrenza” (sent.11859/97).

²² 20 Id., *La fine del lasciar fare*, trad. it, in *Nuova collana di economisti*, III, Torino, 1936, 315

Per quanto concerne, in particolare, la relazione con i diritti di proprietà intellettuale (DPI), questa più moderna prospettiva opera per fornire ai loro titolari una difesa complementare sì, ma su un piano distinto da quello (della tutela) delle privative — «ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto...» recita il preambolo dell'art. 2598 c.c. Una difesa che proprio per ciò *non rafforza* questi ultimi — né in senso temporale né in senso contenutistico — come invece avviene nella impostazione sopra criticata, nella quale la tutela concorrenziale opera obbiettivamente come una protesi del diritto esclusivo. La moderna prospettiva, invece, non è utilizzabile né per dilatare la portata dei DPI né per surrogarne l'assenza, né per risuscitarne l'efficacia escludente dopo la scadenza (ovvero l'annullamento) della privativa: accostandosi, nella sostanza, alla tipica concezione anglosassone (su cui v. ancora fra breve) “no misappropriation without misrepresentation”.

E così questa prospettiva privilegia una stretta commisurazione dei divieti di imitazione delle forme dei prodotti al rischio effettivo di confusione delle fonti produttive; non ammette la possibilità di usare della disciplina contro la concorrenza sleale per conseguire effetti di surrettizio *evergreening* di diritti esclusivi, ad esempio negando che, dopo la scadenza del brevetto per modello ornamentale, la tutela concorrenziale possa invocarsi per continuare a proteggere *in aeternum* la forma già brevettata come forma *del prodotto finito* dell'ex titolare. Ancora, allarga la libertà di usare di forme funzionali — non meramente distintive (e ovviamente non protette da brevetto) — oltre il limite della ‘necessità’ o (peggio) della ‘inderogabilità’ delle stesse per il conseguimento dell'utilità; richiede che la tutela del marchio di fatto — anche se dotato di rinomanza — sia circoscritta nei limiti del rischio di confusione.

Peraltro, è appena il caso di ricordare, la nuova prospettiva ha sensibilmente inciso anche al di fuori dell'ambito dei rapporti con i DPI. Ad esempio, per colpire l'inganno pubblicitario anche a prescindere da effetti di denigrazione del, ovvero di ‘agganciamento’ al, concorrente. Un indirizzo, come si vede, particolarmente simbolico dell'abbandono di una cultura protezionistica, particolarmente radicata, come noto, nella disciplina italiana (concorrenziale e non) della pubblicità commerciale. Ancora, e oltre il campo della pubblicità, si pensi ai più moderni orientamenti giurisprudenziali in ordine al c.d. storno di dipendenti, ove si rifiuta l'idea che l'ex collaboratore debba deporre sulla soglia dell'azienda di provenienza il frutto della sua esperienza professionale in assenza, od oltre i limiti legali, di espresse pattuizioni restrittive. Infine, la moderna prospettiva accetta di desumere dai ‘codici etici’ di categoria (come quello dell'autodisciplina pubblicitaria) espressioni di principi di correttezza professionale *purché* rispettose dei principi/valori costituzionali (FN).

16. Ma la vicenda non è conclusa (non lo è mai...), e il quadro non è completo. Taluni indirizzi obbiettivamente protezionistici vanno risorgendo dopo la conclusione (o sospensione? spero) dell'era Berruti. Penso ad esempio a diverse pronunzie sul c.d. *look alike* (*vox marketing*...): obbiettiva riesumazione di antichi ricordati orientamenti per i quali vanno colpiti come scorrette (e scorrette perché ‘appropriative’, e dunque ‘parassitarie’) anche imitazioni pur non produttive di concreta confusione. Ove la clausola generale viene invocata *per aggirare* i limiti dello specifico divieto di atti confusori. Penso a rinascenti rigori nei confronti della concorrenza dell'ex dipendente: ove, di nuovo, il richiamo alla scorrettezza aggira la conseguenza libertaria dell'assenza, o della scadenza, di patti di non concorrenza. Questi, ed altri,

esempi di un *replay* i cui attori — giudici e accademici— non riescono a staccarsi (talora, forse, inconsapevolmente [*talora*; e *forse*]) da un'idea proprietaria dell'avviamento e della clientela: in radicale opposizione culturale e giurpolitica con l'ethos libertario della Costituzione e del Trattato nonché con le impostazioni aperte e pro-competitive dominanti in altri ordinamenti europei, in particolare anglosassoni. Impostazioni, quest'ultime per le quali “ *There is no tort of copying. There is no tort of taking a man's market or customer. Neither the market nor the customer are the plaintiff's to own. There is no tort of making use of another's goodwill as such*”²³

Aggiungo solo la convinzione che i criticati indirizzi protezionistici favoriscano, sul piano degli effetti economici di sistema, l'affermazione di fattori competitivi legati più al *marketing* e alla cd immagine che alla sostanza innovativa dei prodotti. Favoriscano, in parole povere, un modello di concorrenza basato più sul fumo che sull'arrosto, bersaglio delle celebri critiche di Edward H. Chamberlin (*Teoria della concorrenza monopolistica*).

17. Su un altro piano, va ricordata (*anche* per il suo significato interpretativo della clausola generale dell'art.2598) il maggior profilo della resistenza all'adeguamento della disciplina del codice al nuovo ordinamento costituzionale: la limitazione alle associazioni professionali della legittimazione ad agire, sancita dall'art. 2601. Limitazione emblematica, di significato ben eccedente la mera sfera processuale, dell'intenzione del legislatore del '42 (e ancor prima, della Convenzione del 1925) di disciplinare la dialettica concorrenziale all'insegna di canoni tutti interni agli ambienti imprenditoriali interessati (in piena armonia, del resto, con la regolazione tutta sostanzialmente 'privatistica' dei patti di concorrenza — art.2596). Una visione che, al riparo del confortante assioma per cui il gioco degli interessi privati avrebbe condotto alla riflessa soddisfazione di quelli collettivi, e in particolare dei consumatori, legittimava l'esclusione di questi ultimi dal diritto di cittadinanza nella attivazione della disciplina.

Ora, sorprende che una siffatta chiusura sia stata approvata, con voce chiara e forte, *quarant'anni* dopo l'entrata in vigore della Carta, proprio dalla Corte Costituzionale. Mi riferisco all'ordinanza di rigetto del 21 gennaio 1988, n.59, (Daniels c. Bartolini e al.)²⁴, la quale esclude ogni contrasto con l'art. 3 della limitazione della legittimazione ad agire per concorrenza sleale alle associazioni imprenditoriali ex art. 2601, rifiutando l'ipotesi di emettere una pronuncia c.d. additiva che evidenziasse il contrasto di detto articolo con il principio di eguaglianza 'per la parte in cui' non ammetteva, appunto, anche la legittimazione ad agire di associazioni di consumatori i cui interessi fossero *direttamente* lesi da un atto di concorrenza sleale, come nel caso di una pubblicità gravemente ingannevole — l'oggetto dell'ordinanza di rimessione alla Corte del Tribunale di Milano (GI Giorgio Florida).

Colpisce, in particolare, il cuore della motivazione: che investe direttamente anche la clausola generale. Senza mezzi termini, l'estensore Casavola scrive che “*non appare neppure ipotizzabile il confronto*” fra associazioni di consumatori “con enti od associazioni che abbiano finalità istituzionali diverse dal potenziamento del mercato”.

²³ Hodgkinson & Corby and Roho v. Ward, 1995, Jacob J; corsivo mio.

²⁴ In Foro it....; citare anche la Nota.

E perché? Perché le prime “fanno valere... interessi *del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato*” (corsivi miei).

No comment.

18. Sono passati oltre vent'anni, e la Corte non ha avuto modo di tornare sul tema. Le associazioni di consumatori non hanno più sollevato questioni di legittimità costituzionale. Per la tutela degli interessi rappresentati rispetto ad atti di concorrenza sleale, esse non guardano alla disciplina del codice e al giudice ordinario (salvo ovviamente che per le istanze risarcitorie, al cui arco il nuovo strumento della *cd class action* appresta — forse — qualche ulteriore freccia).

Le rappresentanze di quegli interessi si orientano, ben comprensibilmente, in direzione pubblicistica: in particolare, quella delle Autorità indipendenti, in primis la AGCM, con i suoi poteri di intervento in materia di pubblicità e pratiche commerciali scorrette — campi ‘materiali’, dunque, largamente coincidenti con quelli della concorrenza sleale.

Questa direzione viene perseguita non solo per l'accesso formale e senza costi, e per la rapidità delle decisioni. Bensì anche per l'esplicito diretto riferimento che l'Autorità opera --deve operare-- all'interesse dei consumatori nel qualificare come corretta o scorretta una pratica commerciale.

Questo *focus* è ben esplicitato dal *considerando* 8 della Direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette (recepita nel Codice del Consumo): “La presente direttiva tutela *direttamente* gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela *indirettamente* le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una *concorrenza leale*” (corsivi miei). Esattamente, specularmente, l'opposto della impostazione privilegiata dal legislatore del '42 codice civile. L'accento primario sull'interesse dei consumatori comporta anche che, qualora questi siano in gioco, perda rilievo l'idoneità dell'atto “a danneggiare l'altrui azienda”, il parametro che viceversa condiziona la repressione civilistica della concorrenza sleale (n. 3 art. 2598 cit.)²⁵.

Una prospettiva ermeneutica, dunque, dichiarata ed imposta dalla fonte comunitaria con assoluta chiarezza: che non dipende da ‘svolte’ ovvero da dietrofront di una giurisprudenza che sulla ‘indeterminatezza’ di una clausola generale ha espresso indirizzi anche radicalmente contrastanti, ed eventualmente consonanti con la ricordata ...avanzata posizione assunta dalla Corte Costituzionale nel 1988.

²⁵ Parametro che la Direttiva, nel medesimo *considerando*, riserva per l'ipotesi ---abbastanza teorica, a mio avviso--- di atti di concorrenza la cui scorrettezza non si traduca anche in lesione degli interessi dei consumatori: e che, par di poter dedurre, dovrebbero essere affidati esclusivamente alla giurisdizione civile (un esito opinabile, per il suo implicito e pur forse involontario sapore neocorporativo).