



CRISTOFORO OSTI E ROBERTO PARDOLESI

LA CONCORRENZA NEL CODICE CIVILE

LE Lab Working Paper
No. AT-06-04

(Bozza - non citare)

LA CONCORRENZA NEL CODICE CIVILE

Cristoforo Osti e Roberto Pardolesi

(bozza – non citare)

1.- La disciplina della concorrenza –come risulta dal disegno originario del codice civile-- governa il concorso, anche eventuale, d’una pluralità d’imprenditori sullo stesso mercato: ora ammettendo (o sancendo) limitazioni all’esercizio dell’attività, ora temperandone le modalità, in vista dei possibili riflessi sui terzi (imprenditori). La sua strutturazione è, per così dire, verticale.

Un pugno di disposizioni generali doveva, nelle intenzioni del legislatore codicistico, fornire la cornice d’insieme. Ecco, allora, l’art. 2595, col suo monito affinché il cimentarsi dell’impresa nel mercato non solo rispettasse i limiti stabiliti dalla legge (e, nemmeno a dirlo, dalle norme corporative), ma soprattutto non andasse a discapito degli interessi dell’economia nazionale; nel che era implicito il riferimento ad un livello superiore di controllo del fenomeno economico complessivo, che rimaneva estraneo al tessuto codicistico, a mo’ di *prius* sostanzialmente eteronomo. Per parte sua, l’art. 2596 dava ingresso a restrizioni concorrenziali, vuoi orizzontali vuoi verticali (profilo, quest’ultimo, assai controverso, anche in ragione della possibilità di far leva, per singole fattispecie, a normative specifiche, quali gli artt. 1374, 1567 e 1568, nonché, con aspirazioni di maggior generalità, l’art. 1379), a condizione che ne fosse data prova per iscritto e che le limitazioni convenzionali fossero circoscritte a zone ed attività determinate e non eccedessero la durata di un lustro. La norma dettava, dunque, “limiti ai limiti” che potevano essere fissati come esplicazione dell’autonomia privata: e il suo obiettivo –ce lo rammenta inequivocamente la Relazione al codice civile (n. 1045)-- era rappresentato, piuttosto che dalla salvaguardia di una qualche misura di tensione competitiva, dalla tutela della personalità contro anomale compressioni della libertà individuale nel perseguimento di un’attività economica. Infine, l’art. 2597 –norma di sicura originalità rispetto al panorama del tempo-- scandiva l’obbligo di contrarre, con tanto di rispetto della parità di trattamento, a carico del monopolista legale.

Ad un livello immediatamente inferiore veniva delineata, con maggior dovizia di regole, la repressione della concorrenza sleale: espressione coerente della necessità di disciplinare i rapporti interimprenditoriali rispetto al mercato,

in forza della naturale propensione dell'atto competitivo a risolversi in pregiudizio per i rivali: quanto dire che l'imprenditore è, sì, libero di muovere alla conquista dell'altrui clientela, purché lo faccia nel rispetto delle "regole del gioco", ossia senza far leva su mezzi ritenuti scorretti. Il carattere verticale dell'impianto normativo appariva qui evidente: la generalità delle disposizioni dettate per l'innanzi cedeva il passo ad un complesso di precetti che rimontavano, per origine, respiro e logica applicativa, ad una matrice di categoria, esemplarmente catturata dal concetto di correttezza professionale. La concorrenza sleale era provincia dei rapporti d'impresa.

Guai a dimenticare, comunque, che il titolo X del codice civile s'intitolava alla disciplina della concorrenza e dei consorzi; e che a questi ultimi --contratti (tra "imprenditori esercenti una medesima attività economica o attività economiche connesse") deputati, tra l'altro, a propiziare il coordinamento della produzione (più in chiaro: al suo contingentamento, v. art. 2603, comma 3, a tutt'oggi formalmente in vigore) e degli scambi-- era dedicato l'intero capo II. Quanto dire che, agli occhi del legislatore fascista, le organizzazioni consortili (in taluni casi obbligatorie) non andavano riguardate con disfavore: piuttosto, se ne doveva assicurare la conformità di funzionamento alla politica economica autarchica, ovvero agli "interessi generali della produzione".

Ad ogni buon conto, la coesione primigenia dell'impianto codicistico venne meno con la caduta del regime che l'aveva tenuto a battesimo. Di lì a poco, l'art. 41 della Carta repubblicana, col supporto --ancor più sbilanciato-- dell'art. 43, avrebbe vistosamente ridefinito, nel segno del divieto di recar danno alla libertà, sicurezza e dignità umana e della necessaria conformità al principio (indefinito) dell'utilità sociale, il quadro entro cui si sarebbe dovuta dispiegare la libertà d'iniziativa economica privata, compromissoriamente affiancata all'intervento pubblico in economia. Senza neppure bisogno di ripercorrere una vicenda che altri ha sapientemente ricostruito, basterà ricordare come, sotto l'egida di quell'art. 41 (e della funzionalizzazione che ad esso veniva considerato immanente, *sub specie* di predisposizione di limiti positivi ed interni, piuttosto che negativi ed esterni), il nostro sistema abbia sperimentato la forma più intensa di 'statizzazione' dell'economia registratasi nei quadranti occidentali nell'ultimo scorcio del millennio scorso. Tutto noto quanto basta per poterci qui limitare all'evocazione di slogan quali "terza via", "Stato programmatore", impresa pubblica come "impresa *yardstick*" (libera dall'obbligo di fare profitti in quanto condizionata soltanto dall'obiettivo di chiudere i conti in pari e, per ciò, capace di iniettare competitività autentica dall'interno del sistema), ripudio dell'antitrust come "utopia nostalgica". Nella supposta endiadi 'stato-mercato', l'enfasi si appuntava tutta sul primo termine:

col mercato lasciato in penombra ed assediato dal dirigismo economico, che si andava declinando in termini di programmazione generale e settoriale, controllo dei prezzi, sovvenzioni pubbliche, concessioni per i servizi d'interesse generale o gestione diretta della mano pubblica etc.

Paradossalmente, lo svolgersi di questa pagina della nostra storia economico-giuridica procedeva in parallelo al processo che avrebbe condotto al suo superamento. Solo un anno dopo l'affossamento dei progetti autoctoni di legge antimonopolistica, la firma del Trattato di Roma, nel 1957, avrebbe posto la prima pietra di una Comunità europea, fondata sul mercato (e sulla forza che dovrebbe trascorrerlo, la concorrenza) e destinata a trasformarsi in senso federalista, iniettando dall'esterno, quasi 'a viva forza', una logica schiettamente liberista, di cui il retaggio culturale dominante aveva da tempo memorabile perso le tracce. Il processo si è compiuto nel 1990, con l'emanazione della l. 287, contenente norme sulla tutela della concorrenza e del mercato, che ha drasticamente rivoluzionato l'ordito della disciplina deputata a governare l'attività d'impresa sul mercato. Di scorcio, varrà la pena di sottolineare che quella normativa, tanto eversiva rispetto al bagaglio culturale ed ideologico che aveva tenuto banco sino a quel momento –e che, in ragione del suo profondo radicamento, avrebbe contribuito a rendere tutt'altro che semplice il decollo del nuovo approccio disciplinare--, venne investita del compito di dare attuazione all'art. 41 Cost.: declamazione che innesca interrogativi davvero delicati (ma estranei alla presente riflessione) sulla reale consistenza della costituzione economica materiale.

Sta di fatto che questa tormentata evoluzione ha inciso in profondità sul modo di pensare l'ordito complessivo della disciplina concorrenziale. Per molto tempo, la dottrina più avveduta è stata costretta ad interrogarsi sul significato e la portata della letargia legislativa in materia antitrust¹. E non sono mancati i tentativi di supplire in via ermeneutica alla mancanza di disciplina espressa, magari argomentando dalla libera competizione come principio d'ordine pubblico (economico) nell'interesse dei consumatori, per negare che l'iniziativa economica potesse ritorcersi in loro danno, svolgendosi in contrasto con l'utilità sociale: ciò che, secondo quest'impostazione, avrebbe dovuto indurre a toccare con mano che il privato non disponeva di strumenti "legali" per estromettere dal mercato gli operatori già presenti o impedire l'accesso di nuovi (c.d. intento monopolistico), con tanto di nullità da causa o motivo illeciti per i patti miranti

¹ Per una presentazione riassuntiva dello 'stato dell'arte', come si presentava nel momento culminante dell'esperienza che oggi si è soliti etichettare (alternativamente con dispetto o rimpianto) come "Prima Repubblica", v. R. PARDOLESI, *Impresa, mercato e intervento statale*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, 677, specie 702 ss.

a tali risultati². Oppure, su un piano totalmente diverso, ipotizzando che, col realizzarsi di una concreta integrazione europea, sarebbe risultato vieppiù implausibile parlare di mercato interno e di pratiche restrittive destinate ad esaurire nel contesto municipale i propri effetti: con l'evidente obiettivo di svalutare l'argine all'immediata applicabilità del diritto comunitario costituito dal necessario riscontro di un pregiudizio al commercio interstatuale³.

Altro filone di pensiero ha saggiato la possibilità di recuperare, all'interno del paradigma della slealtà concorrenziale, la rilevanza degli interessi dei consumatori. Di là dalla (labile) pretesa che il criterio di prevalenza fra opposte istanze imprenditoriali possa essere costituito dalla tutela delle esigenze del pubblico (dove scaturirebbe, nel segno di una virtuosa coincidenza d'interessi, l'affidamento all'imprenditore corretto del compito di garantire, oltre che il proprio interesse, quello della generalità ad un limpido svolgimento della gara competitiva e, in definitiva, una protezione mediata del consumatore), si è fatta leva sul n. 3 dell'art. 10 bis della Convenzione Unione di Parigi (introdotto nella revisione di Lisbona), che introduceva una nuova categoria di atti tipicamente sleali, quelli suscettibili d'indurre il pubblico in errore, per ipotizzare che fra i presupposti dell'azione non figurasse più l'idoneità dell'atto recettivo a pregiudicare gli interessi degli imprenditori concorrenti. Con il che, si voleva spianare la strada ad una radicale inversione di tendenza: infatti, una volta ammesso che l'interesse protetto è quello dei consumatori, ne sarebbe seguita la necessità logica di allargare loro la legittimazione ad agire. Impostazione a dir poco preveggenza, se solo si tiene conto del fatto che nel giugno 2003 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva, volta a ravvicinare le legislazioni nazionali degli Stati membri dell'UE in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, che si muove appunto secondo le linee dianzi indicate.

Oggi, in un ambiente giuridico (e socio-politico) profondamente mutato, c'è spazio per 'riletture' ben altrimenti ambiziose. Una, in particolare, attrae l'attenzione⁴; e vale la pena di considerarla più da presso, anche in ragione delle sue molte implicazioni. A fronte di un'ormai compiuta "costituzionalizzazione sostanziale progressiva della nozione di concorrenza", si dà ormai per acquisita

² La teoria dell' "intento monopolistico" reca l'impronta inconfondibile di T. ASCARELLI (v., ad es., *Esclusiva e boicottaggio*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 773 ss.

³ Fra i (non molti) tentativi di argomentare in tal senso, v., in prospettiva economica, S. LOMBARDINI, *La legislazione antimonopolistica nella politica economica*, in *La libertà di concorrenza*, Milano, 1970, 58, e, per il 'controcanto' giuridico, l'intervento di F. CAPOTORTI, *ibid.*, 103 ss.

⁴ Si allude al lavoro di G.M. BERRUTI, *la concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002, da cui sono tratte le citazioni che seguono nel testo.

l'idea che la disciplina del codice, a partire dalla lettera informale dell'art. 2595, non possa non riguardare il medesimo mercato cui si rivolge la normativa antitrust. Di qui a teorizzare la coerenza delle norme codicistiche con la legislazione antimonopolistica, interna ed europea, e quindi la "straordinaria modernità" del codice, capace di "sopporta[re] l'innesto nell'ordinamento di un concetto quale quello di mercato concorrenziale che almeno nella sua centralità comunitaria esso non conosceva" e, soprattutto, di sostenere "un adeguamento rapido e moderno dell'illecito individuale di cui precipuamente si occupa", il passo è ragionevolmente breve. Poiché, si osserva, "il mercato deve essere organizzato in modo da conservare la sua qualità di luogo della libertà economica, la sua funzione deve essere difesa da attività che impediscono la concorrenza". Ne consegue che, se da un lato "[l]a legge ordinaria realizza la premessa costituzionale mediante l'introduzione di una tecnica d'intervento pubblico che rafforza il legittimo esercizio individuale del diritto d'intrapresa e si affianca alla preesistente tutela individuale, concepita nella prospettiva civilistica della riparazione della lesione patrimoniale", dall'altro occorre riconoscere che "la prospettiva antitrust [...] ha ampliato la nozione di illecito concorrenziale perché ha immesso nella considerazione esplicita dell'interprete il mercato concorrenziale". Si concretizza, allora, il ripudio della correttezza professionale come mero strumento di difesa corporativa rispetto alla regola legale: piuttosto, e con il solito limite di una rilevanza circoscritta ai rapporti interindividuali, essa "deve includere il divieto di comportamenti che risultino pregiudizievoli per il concorrente in quanto negatori della logica del mercato concorrenziale".

Passo breve, si diceva, ma non semplice. E neppure necessariamente appagante.

Non c'è dubbio, infatti, che all'impostazione dianzi sommariamente evocata vada ascritto il merito di recuperare la dimensione privatistica della disciplina antimonopolistica, riscattandola da una sorta di ghettizzazione che la voleva confinata nel solo ambito del diritto pubblico. Che l'obiettivo dell'intervento antitrust sia quello di salvaguardare una dimensione sopraindividuale – la viabilità di un mercato concorrenziale, con le ruvide virtù che vi sono connesse – è realtà indiscussa, ma per null'affatto incompatibile con la possibilità che la condotta in grado di soffocare l'afflato competitivo sia altresì capace d'incidere negativamente sulla sfera giuridico-economica di un singolo concorrente. Non a caso, l'art. 33, comma 2, l. 287/90 facoltizza l'operatore pregiudicato da un comportamento illecito a chiedere il risarcimento del danno, magari deducendo, a mo' di danno ingiusto, la lesione di un ipotetico "diritto di concorrenza". E non sarà vano ricordare come il Reg. 1/2003⁵, sulla

⁵ Reg. (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *G.U.C.E.* del 4 gennaio 2003, L 1.

modernizzazione delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, nell'elidere i tratti caratteristici del modello comunitario di diritto della concorrenza – notificazione preventiva delle intese a fini di esenzione dal divieto d'intese restrittive, gestione accentrata del potere di esenzione, ispirazione *multi-valued*--, chiami le autorità giudiziarie nazionali a tutelare "i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni": a veder bene, l'attribuzione ai giudici nazionali del potere di applicare, parallelamente alla Commissione, l'art. 81 nella sua interezza, unitamente all'esplicita enunciazione che tale norma punta a tutelare la concorrenza sul mercato (cfr. il Considerando n. 9 del su citato Reg. 1/2003) e l'efficiente allocazione delle risorse (in tal senso si esprime il progetto di Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, consultabile al sito Internet della Commissione) contribuiscono a mettere in esponente l'aspetto privatistico del diritto antitrust, come pure il ruolo delle posizioni giuridiche soggettive suscettibili di essere lese da condotte illecite. Sotto questo profilo, per intendersi, non fa differenza che l'illecito fatto valere in giudizio sia sancito come tale dall'art. 2598 o dagli artt. 2 e 3 della l. 287/90: per saltare subito ai casi-limite, chi abbia a lagnarsi di un boicottaggio illecito o di vendite sottocosto, lo potrà fare invocando la contrarietà al parametro della correttezza professionale, ovvero deducendo la violazione del divieto di intese cartellistiche (se mai, il problema consisterà nel verificare la compatibilità di approcci che muovono da presupposti alquanto diversi, avallando, se del caso, una qualche stratificazione gerarchica o, in alternativa, ricostruendo fattispecie diversificate per l'uno e l'altro calco disciplinare).

Assai più discutibile che detto recupero debba avvenire per il tramite del n. 3 dell'art. 2598. Anche a voler dare per scontato il superamento della sua matrice corporativa, resta il fatto che la norma rimane saldamente ancorata al suo rapporto di verticalità rispetto alla disciplina della concorrenza: più in chiaro, essa continua a presidiare i rapporti interimprenditoriali e si presta, al più, a propiziare la tutela dei concorrenti, lasciando ineluttabilmente fuori quadro gli altri soggetti interessati. In effetti, seguendo questa logica, è del tutto congruo approdare alla conclusione, puntualmente sottoscritta dalla Cassazione⁶, che l'azione di risarcimento del danno ex art. 33, comma 2, l. 287/90, in un caso in cui si assumeva accertata un'intesa tra compagnie assicurative in danno dei sottoscrittori di polizze r.c.a., sia preclusa ai consumatori. Poco importa che il mercato non sia costituito soltanto da chi vi opera professionalmente, appunto le imprese; e che, anzi, la domanda provenga, per lo più, da soggetti che vi si affacciano occasionalmente, per esigenze di consumo, senza per questo perdere la loro ovvia identità di attori di quel mercato. Se la tutela fa perno sull'iniziativa economica privata, è persino ovvio ch'essa abbia a valere a solo vantaggio di chi l'esercita⁷. Per inciso, va rilevato che si tratta di un esito sconvolgente,

⁶ Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121.

⁷ Agli occhi della Sezione Prima della Corte di legittimità, nella sentenza citata alla nota precedente, la l. 287/90 è caratterizzata dalla "prospettiva privilegiata dell'impresa quale

perché, sulla scorta di un approccio in odore di formalismo oltranzistico, relega i consumatori nell'ingrato ruolo di figli di un dio minore, prigionieri di un paternalismo condiscendente e distratto. E vien fatto di precisare, percorrendo il discorso a ritroso, che quella così prospettata non è un'opzione dogmatica obbligata. Se è vero, infatti, che –come insegna l'ormai celebre sentenza n. 500/SU del 1999⁸-- qualunque interesse, in qualche modo riconosciuto rilevante dall'ordinamento, integra, in quanto violato, gli estremi potenziali del danno ingiusto, non si vede perché l'utente finale, direttamente pregiudicato dalla stipulazione –mettiamo-- di una polizza assicurativa che prevede premi 'gonfiati' per effetto della collusione a monte, non potrebbe 'vendicare' le proprie ragioni sul piano risarcitorio. Qualche tempo fa, ove solo fosse stata prospettata una siffatta eventualità, si sarebbe denunciato con orrore lo sconfinamento nella *Differenztheorie*; oggi, invece, nessuno (o quasi) si azzarderebbe a negare che il danno sofferto dal consumatore integra gli estremi di un *vulnus* ad un interesse che l'ordinamento mostra, in molti e tangibili modi, di riconoscere come bisognoso e meritevole di protezione. E ciò basta, presumibilmente, a smentire l'idea che le maglie larghe dell'art. 2598, n. 3, possano/debbero valere ad assorbire *in toto* le ricadute, a livello interindividuale, di illeciti anticompetitivi.

C'è ragione di credere, dunque, che la disciplina della concorrenza sia ancora in attesa di una (ri)sistemazione in autentica sintonia con il mutato quadro d'insieme: forse perché l'operazione va oltre il mero dato ermeneutico. Inutile, nella sostanza, intestardirsi nella ricerca di una qualche alchimia interpretativa capace di rivitalizzare una norma, quale l'art. 2595, forse avvizzita già al momento della sua emanazione. E sarebbe altrettanto vano nascondersi che le due disposizioni successive, se pur formalmente vigenti, sono rese, se non obsolete, recessive, nel senso di cedere sistematicamente il passo alla ben altrimenti incisiva disciplina dettata dalla l. 287/90. Ma la cornice entro la quale deve potersi dispiegare l'iniziativa economica privata ha pur sempre da esservi. E non basta, per ovviare allo sfilacciarsi della trama codicistica, far riferimento alla legge antitrust, quand'anche costituzionalizzata nella sua linea ispiratrice di fondo: l'esperienza dimostra che il nesso costituito dall'ammissibilità dell'azione risarcitoria è troppo labile per dar conto del fatto che la tutela del mercato ha ricadute immediate e dirette sulla sfera giuridico-economica dei suoi singoli attori, siano essi operatori professionali ovvero semplicemente fruitori occasionali o episodici di beni o servizi (ma pur sempre partecipi, in prima persona, della vicenda economica in atto). La verticalità –tratto originario dell'impronta codicistica– va preservata, proprio per rimarcare che la disciplina generale della concorrenza ha una valenza (di

termine comunque privilegiato del dinamismo del mercato", sì che gli stessi divieti di cui all'art. 2 "assumono essi stessi la prospettiva privilegiata del modello dell'impresa e della concorrenza quali fattori [...] da preservare rispetto a tutta una serie di eventi perturbativi quali le possibili intese ed i possibili accordi fra singole imprese, aventi la capacità di alterare il gioco delle condizioni per il formarsi della domanda e dell'offerta, e per il permanere o per l'ingresso delle singole imprese nel mercato".

⁸ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

consumer welfare?) ben più estesa di quella, sotto-ordinata e monodimensionale, della concorrenza sleale.

A. *I limiti negoziali alla concorrenza**

1. L'art. 2596 è stato, di fatto, spazzato via dal nuovo diritto della concorrenza, quello economico, vulgo antitrust. La cosa non sorprende, in quanto esso non è tanto, o solo, incompatibile con questo - sarebbe possibile, infatti, azzardarne una lettura tanto restrittiva e relativistica da renderlo potenzialmente operativo - quanto, per dir così, disassato, esorbitante e, in sostanza, superfluo, per non dire pericoloso per quell'imprenditore che su di esso volesse, e ve ne sono, fare ancor oggi affidamento. Sorprende piuttosto che esso abbia resistito tanto a lungo successivamente all'adozione delle regole del Trattato di Roma, ciò che è evidenza del ritardo col quale la cultura - più semplicemente, la realizzazione dell'esistenza delle regole - della concorrenza ha attecchito nel nostro ordinamento, e solo grazie all'opera dell'Autorità garante, a seguito dell'adozione della disciplina interna.

Di questo, di questo suo disassamento, gli interpreti più avveduti e/o liberali si erano accorti per tempo, talvolta anche, sull'esempio della legislazione americana, prima o quasi dell'entrata in vigore delle norme del Trattato stesso¹⁰, ovvero ne avevano messo in luce il disegno a dir poco conservatore rispetto ad un'interpretazione giurisprudenziale anteriore al codice più liberale - nel senso proprio del termine, e quindi, nel caso, più restrittiva¹¹.

⁹ Se sia questo il parametro cui rapportare l'efficienza allocativa quale 'stella polare' dell'*enforcement* antimonopolistico, o si debba piuttosto tener conto di una platea più ampia d'interessi, è questione che può qui rimanere impregiudicata. Senza che ciò valga ad avallare la sostanziale ipocrisia di chi, dopo aver demonizzato "opzioni angustamente e miopemente inquadrative dei fenomeni del mercato, che finiscono in qualche modo per ignorare come, ovviamente, il consumatore finale rappresenti egli stesso un termine imprescindibile di riferimento del più generale fenomeno del mercato, il quale ultimo acquisisce esso stesso finale senso proprio in funzione dello sbocco dei beni e dei servizi presso i consumatori finali" (si tratta, ancora una volta, di un passo tratto da Cass. 17475/2002), non esita a servirsi della "prospettiva privilegiata" dell'impresa per togliere consumatori e utenti finali dal giro dei soggetti tutelati.

* Di Cristoforo Osti.

¹⁰ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 2a ed., Milano, 1958, 85: "la disciplina tra noi dettata riesce spesso inadeguata, avendo trascurato di considerare proprio [l']aspetto" della "necessità di una tutela della libertà del mercato".

¹¹ G. GHIDINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. GALGANO, vol. IV, *La concorrenza e i consorzi*, cap. primo, *I limiti negoziali alla concorrenza*, 31; risolve la questione non trattandone, G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Milano, 1961, 116 s., considerando che, poiché per l'applicazione della norma è richiesto il pregiudizio al commercio tra Stati membri, essa non ha portata generale ed è dunque "inapplicabile nella grande maggioranza dei casi". L'autore, per la verità, elabora successivamente la teoria

2. Si può astrattamente ipotizzare una ulteriore applicazione della norma in quelle situazioni nelle quali la regola di concorrenza non è applicabile. Queste potrebbero immaginarsi, in sostanza, quali quella della restrizione non significativa, quella dell'applicazione dell'eccezione prevista all'art. 86.2 del trattato CE e 8.2 della legge n. 287 del 1990, e quella del patto limitativo concluso tra soggetti dei quali almeno uno non rivesta la qualità di impresa ai sensi delle norme concorrenziali. La rilevanza di tali precisazioni è tuttavia dubbia. Si cominci infatti con l'osservare che non si ritiene che il principio *de minimis* sia applicabile alle c.dd. restrizioni gravi, tra le quali rientra senz'altro quella della limitazione della concorrenza tra concorrenti, in quanto essa, in sostanza, pone in essere una ripartizione del mercato, in senso geografico o merceologico¹². Quanto all'art. 86.2 e 8.2 che, si ricorda, prevedono un'eccezione all'applicazione delle regole concorrenziali laddove si tratti di un comportamento necessitato da un obbligo di pubblico servizio¹³, è difficile, anche in considerazione dell'interpretazione estremamente restrittiva ricevuta dalla norma, sia in sede interna sia comunitaria¹⁴, le situazioni della sua applicabilità. Quanto infine alla possibile applicazione ai soggetti non impresa, ai quali pertanto la norma non sarebbe applicabile, è anche qui il caso di ricordare che, da una parte, la nozione di impresa nel diritto concorrenziale è estremamente vasta¹⁵; dall'altra, anche nella più liberale delle interpretazioni dell'art. 2596 c.c., questo non è mai stato considerato applicabile a

dell'illiceità di tutte quelle restrizioni concorrenziali che siano caratterizzate da *intento monopolistico* in quanto lesive del principio della tutela della libertà del mercato (*ivi*, 124 ss.).

¹² *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea*, in GUCE n. C 368, p. 13. Sul principio *de minimis* cfr. anche Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831, con nota di L. LAMBO, ove la Corte osserva che la non applicazione della disciplina sulla concorrenza non è solo questione di (un'applicazione teorica che rimane tuttavia inattuata per assenza di) rilevanza ma deriva dal fatto che si tratta di un comportamento che non "in grado di toccare, appunto per la sua grandezza, la struttura concorrenziale del mercato", onde esso è del tutto sottratto all'applicazione delle regole di concorrenza.

¹³ Per la simile considerazione, che nell'ambito di tale eccezione potrebbero trovare ancora applicazione gli artt. 1679 e 2597 c.c. in materia di obbligo a contrarre, cfr. M.LIBERTINI, P.M.SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit. a nt. ***, 488

¹⁴ Con un'unica, antica, eccezione, per quanto concerne l'Autorità garante: il provvedimento 27 maggio 1992, n. 519 (A19), *M.Y.C./S.I.A.E.*, in *Boll.* n. 10/1992, 8, subito smentito dal provvedimento 28 luglio 1995, n. 3195 (A48) *S.I.L.B./S.I.A.E.*, in *Boll.* n. 30/1995; Cfr. recentemente Consiglio di Stato, 4 gennaio 2002, n. 33, *Ibar c. Aeroporti di Roma*, con espresso riferimento alla giurisprudenza comunitaria..

¹⁵ L'impresa è stata infatti definita "un'attività economica": sentenza della Corte di giustizia, causa C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron*, in *Raccolta*, 1993, I-1979, 21.

soggetti che non esercitino attività economica, onde, di nuovo, la sovrapposizione è completa¹⁶.

3. Interessante notare, se non altro sotto il profilo sistematico, che l'istituto appena considerato ha, nella sua pratica applicazione, alcune comunanze con una dottrina, quella delle restrizioni accessorie, tuttora sancita ed applicata nel diritto concorrenziale. Si ricordi intanto che nel sistema del codice, la norma in questione aveva la funzione di tutelare la libertà economica individuale dei contraenti¹⁷ - in contrapposizione, pertanto, alla tutela del funzionamento del mercato complessivamente ed organicamente inteso¹⁸ - ponendo, appunto, limiti di tempo e di luogo alla possibilità di limitare tale libertà.

Ora, a partire da una sua pronuncia del 1985, la Corte di giustizia ha elaborato una dottrina che, sulla base della astratta considerazione che, per determinare la restrittività di una clausola, occorre chiedersi quale sarebbe lo stato della concorrenza in sua assenza, ha considerato che i patti di non concorrenza che abitualmente si accompagnano ai trasferimenti di azienda e simili, non sono restrittivi e pertanto non ricadono nel campo di applicazione delle regole del trattato, in quanto in loro assenza sarebbe spesso impossibile convenire sul trasferimento di un'azienda e la concorrenza ne risulterebbe pregiudicata. La Corte, tuttavia, ha anche considerato che, perché tale valutazione possa essere fatta, è necessario che la clausola in questione sia "necessari[a] per il trasferimento dell'impresa ceduta e che la [sua] durata e il [suo] campo di

¹⁶ Cfr. G. GHIDINI, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. GALGANO, vol. IV, *La concorrenza e i consorzi*, cap. primo, *I limiti negoziali alla concorrenza*, 38, per la giurisprudenza che ritenne la norma fosse applicabile ai professionisti, artisti, proprietari di attività economiche, imprenditori *in fieri*. Cfr. anche G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Milano, 1961, 187 ss.

¹⁷ Relazione al codice, n. 1045.

¹⁸ Per una tale contrapposizione, ma con le norma di concorrenza sleale, cfr. Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831, con nota di L. LAMBO, ove si legge: "L'art. 2598 c.c., come è noto, pone in essere limiti alle restrizioni contrattuali della concorrenza in vista dell'interesse del singolo a non vedersi privato per troppo tempo della propria libertà di impresa (Cass. n. 7266 del 1977) [...]. Il rilievo della concorrenza oggetto dell'intesa è, invece, assente nella prospettiva del legislatore del 1990. Perché a fondamento delle tutele che la legge introduce sta il libero mercato in quanto tale, cioè l'interesse pubblico a conservarlo e non quello del singolo a difendere il proprio diritto". Simile la posizione, se pure la pronuncia non sia sempre di immediata interpretazione, Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121, con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, e E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, ove, in sostanza, l'accento è su un diritto della concorrenza nella "prospettiva privilegiata dell'«impresa» quale termine comunque principale del dinamismo del «mercato»" rispetto a norme rivolte al consumatore finale.

applicazione siano strettamente limitati a tale obiettivo¹⁹. Successivamente tali considerazioni sono state estese, oltre che appunto ai patti di non concorrenza accessori ai trasferimenti, ai contratti di licenza, a quelli che prevedono certi obblighi di fornitura e di acquisto successivamente all'acquisizione, a quelli di outsourcing, di distacco e di non assunzione del personale, e così via dicendo²⁰. In particolare, tale dottrina, nel suo attuale stato di applicazione, stabilisce certe concrete limitazioni nella durata (due o tre o cinque anni²¹), nonché nel territorio e nell'attività oggetto del patto di non concorrenza, limitazioni che risultano del tutto simili a quelle previste dall'art. 2596 c.c (e ancor più, evidentemente, all'art. 2557 cc.)²². Ora, tale istituto si ispira, a cominciare dal nome (in inglese, *ancillary restraints*) ad una dottrina piuttosto diffusa nel *common law* che, per opera di un ingegnoso giudice americano, trovò applicazione anche nel settore del diritto della concorrenza. Procedendo infatti dalla convinzione che il diritto *antitrust* null'altro rappresentasse che il perfezionamento del *common law*, e in particolare di quella teoria del *common law* che, da secoli, voleva i patti di non concorrenza nulli *ut sic* in quanto contrari all'ordine pubblico²³, quel giudice considerò che tuttavia, sempre nell'applicazione del diritto *antitrust*, dovesse trovare ospitalità anche la dottrina degli *ancillary restraints*, che di quella prima teoria rappresentava una mitigazione, in quanto ammetteva la restrizione laddove essa svolgesse una funzione meritevole di tutela. A condizione, tuttavia, che essa fosse limitata nella durata e nell'oggetto a quanto strettamente necessario ad adempiere a quella funzione. E questo, soggiunse il medesimo giudice, per una ragione duplice: da una parte, la restrizione della concorrenza costituisce una forte limitazione della libertà individuale del pascisciente - e qui la ratio è eguale, dunque, a quella della norma codicistica - e, in secondo luogo, perché "tende al monopolio" e crea pertanto un problema per la collettività nel suo insieme²⁴.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia, causa 42/84, *Remia BV e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1985, 2545, punti 18 ss., punto 20.

²⁰ Cfr. la comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione, in GUCE n. C 188 del 2001, p. 5.

²¹ Cfr. la comunicazione della Commissione cit. alla nt. Precedente, parr. 15 (due anni di regola, tre nel caso di trasferimento comprensivo di avviamento e know-how) e 36 (cinque anni per le imprese comuni).

²² Su di essa cfr. anche recentemente la sentenza del Tribunale di primo grado, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione*, in *Racc.*, II-2459.

²³ Il "perfezionamento" si ravvisava nel fatto che il diritto *antitrust* non si limitava a contemplare la nullità del patto, ma vi aggiungeva sanzioni penali, la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni e quella di ottenere una misura di urgenza (*injunction*).

²⁴ *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit, U.S. v. Addyston Pipe*, in 85 F. 271 (1898), specie 279 ss. L'estensore della sentenza, Taft, più tardi presidente della Corte Suprema il quale, come detto, espose la teoria secondo la quale il diritto *antitrust* non rappresentava altro che l'evoluzione della dottrina del *restraint of trade*, nell'analizzare quest'ultima considerò che anch'essa

B. *L'obbligo legale a contrarre*²⁵

1. Meno semplice è approfondire la questione dell'*attualità* dell'obbligo legale a contrarre, previsto agli artt. 2597 c.c. in via generale, e, per talune specifiche attività, all'art. 1679 c.c.

Quanto alla *ratio* della prima norma, non si può che seguire la strada da altri seguita²⁶, e cioè riandare alla Relazione al codice che la interpreta come concretizzazione di un "principio che si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza"²⁷. Quanto invece alla seconda norma, si è a ragione fatto notare che la sua *ratio* non può ristare nella esclusività del diritto, come risulta da certi passi della stessa Relazione dai quali emerge la consapevolezza del legislatore circa la natura non monopolistica di molti tra i servizi ai quali la norma si riferisce, e deve invece riscontrarsi nella "alta utilità pubblica che riveste il servizio richiesto"²⁸. La contrapposizione, quindi, è razionale anche in quanto sembra colmare ogni lacuna: il consumatore/utente è protetto sia quando tratta con il monopolista - ove gli spetta protezione in quanto mancano le alternative - sia quando il bene e servizio offerto, pur non essendo monopolizzato è, in un qualche modo, essenziale al soddisfacimento dei suoi bisogni.

Tale distinzione è tra l'altro perfettamente in linea con il pensiero dell'autore che più di ogni altro ha influenzato la redazione delle norme codicistiche: a suo dire, infatti, l'obbligo legale di contrarre sarebbe già esistito - per il caso del monopolio legale, vale precisare - prima dell'adozione del nuovo codice, "indipendentemente da espresse disposizioni legislative" e in base alla "opinione dominante", in quanto "tacitamente imposto dalla stessa legge, che toglie la possibilità della concorrenza, la quale [legge] implicitamente provvede a togliere al monopolista la facoltà di rifiutare a suo arbitrio le prestazioni richieste dai singoli, che si trovano nella assoluta necessità di rivolgersi all'opera di chi gode del monopolio"²⁹. Lo stesso autore considera anche più avanti: "io

assolvesse a tali due funzioni (di tutela della libertà individuale, da una parte, e del commercio in generale, a beneficio della collettività, dall'altra) ma ritenne che, in una situazione economica ove il poter compiere un mestiere specifico non era più condizione di sussistenza, fosse soprattutto la seconda a rilevare per l'interpretazione delle regole *antitrust*.

²⁵ La discussione affrontata in questa lett. B e nelle successive lett. C e D si fonda su C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, ***, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

²⁶ P.MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 324 s.

²⁷ *Relazione*, n. 1046.

²⁸ P.MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 370 ss.

²⁹ M.STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 105, 126, s. Quale "opinione dominante", l'a. cita A. BRUSCHETTINI, *Del contratto di trasporto*, *Commentario al codice di Commercio* redatto da A. BENSÀ, Milano, vol. IV., 227 (il quale in realtà si limita a riportare le disposizioni legislative che contemplano l'obbligo legale a contrarre già prima del nuovo codice, a partire dalle convenzioni ferroviarie); C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5a ed., vol. IV, Milano, 29, nt. 31 (ma si tratta in realtà di pag. 23, nt. 30); A. SCIALOJA, *Il diritto di salire in tram*, in

ritengo [...] che l'obbligo legale a contrarre a carico di chi esercita un pubblico servizio esista, goda egli o non di una condizione monopolistica. Infatti l'obbligo dello Stato o dei suoi concessionari di soddisfare le richieste di coloro che domandano di valersi del pubblico servizio dipende dalla natura pubblica di esso, e non dall'elemento del monopolio³⁰. Con il che si ricostruisce, insieme a parte della dottrina³¹, esattamente la logica del codice - per quanto questo abbia poi, ovviamente, limitato la seconda ipotesi ai soli servizi pubblici di linea. Logica, si noti solo di passaggio, tutt'altro che ineccepibile: da una parte, infatti, non si vede bene perché l'utente debba ottenere protezione laddove vi siano diversi monopolisti legali che possono offrire gli stessi o comparabili beni o servizi, ovvero più imprese incaricate di un pubblico servizio; dall'altra, non è chiaro perché della medesima tutela debba essere privato chi contrae con l'unico monopolista di fatto. Senza contare appunto che del tutto assurdo è prevedere una tutela per i servizi pubblici di linea - come fa la regola dell'art. 1679 - e non per altri, che possono provvedere a interessi più vitali di quelli assicurati dai servizi di trasporto.

Da quanto precede sembrerebbero ricavarsi due constatazioni complessive:

(i) la ratio dell'art. 2597 c.c. e quella dell'art. 1679 c.c. non coincidono, in quanto il comando della prima norma è giustificato dall'esclusività, il secondo dalla "natura pubblica" del bene o servizio offerto;

Saggi di vario diritto, 1927, vol. I, 145, e già in *Foro it.*, 1905, 932, (che ricollega la coazione non all'interesse pubblico ma al fatto che la legge che assegna il monopolio "tacitamente" impone un tale obbligo, "non essendo ammissibile" che essa consenta di escludere i consumatori dal diritto di usufruire "dei prodotti di questa industria"); V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 1, 428. Cfr. inoltre, A. SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, 70; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, 2a ed., Milano, 1917, 121; A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1925, 17 s., nt. 1; R. FRANCESCHELLI, *Ambito e condizioni delle clausole che limitano od escludono la responsabilità del vettore marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, II, 352; ID., *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, *ivi*, I, 258.

³⁰ M.STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 105, 129 s., corsivo aggiunto.

³¹ A cominciare da A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1925, 17 s., nt. 1, il quale dapprima riprende la tesi, a nostro avviso assai puerile, di E. MOLITOR, *Zur Theorie des Vertragszwangs*, cit. a nt. 1, 21, che anche i monopoli di fatto "riposano su un diritto attribuito dalla legge, precisamente sul diritto di proprietà"; e poi, approvando la tesi della dottrina francese, ove il monopolio è fondato sul *pubblico servizio*, vi aggiunge la necessaria presenza del requisito che si tratti di imprese monopolistiche di pubblici servizi "organizzate dagli enti pubblici". La stessa contrapposizione si legge, oltre che in P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 370 ss.; in L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, 15 ss.; N.VISALLI, *Il contratto imposto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 193, 219; R.SACCO, in R.SACCO, G.DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1993, 306 ss.

(ii) poiché l'art. 2597 c.c. si fonderebbe sul principio della tutela dei consumatori in assenza di concorrenza, sul quale visibilmente si fonda anche il diritto della concorrenza, o si tratta di due concetti di concorrenza diversi, o l'art. 2597 c.c. e le norme antitrust hanno la medesima ratio.

2. A ben vedere, tuttavia, la prima affermazione non ha senso se non ulteriormente qualificata, e la seconda implica in primo luogo che sia chiarito cosa significa concorrenza e in secondo luogo, cosa non facile, che sia definita la *ratio* del diritto della concorrenza.

Quanto al primo aspetto, infatti, non potrebbe ritenersi che il semplice fatto che una certa attività sia assoggettata al regime di servizio pubblico chiunque la eserciti sia tenuto a fornire il prodotto in questione. Se ne deduce agevolmente, quindi, che non è tanto il regime di pubblico servizio quanto la rispondenza ad un interesse pubblico essenziale al godimento del servizio o bene prodotto, a giustificare un obbligo a contrarre; rispondenza la determinazione della quale sarebbe implicita nell'assoggettamento della corrispondente attività ad un regime di servizio pubblico³². E di interesse pubblico si dovrà trattare, ché altrimenti l'obbligo a contrarre graverebbe su attività ove la regolazione pubblicistica è imposta per ragioni che non hanno nulla a che fare con la natura di interesse pubblico essenziale del godimento del servizio. E' appena il caso di notare, d'altronde, perché fin troppo noto, che nella rispondenza al pubblico interesse, e secondo altra giurisprudenza, nell'essenzialità del bene in questione per soddisfare bisogni vitali si vede una delle condizioni, insieme alla situazione di monopolio, per l'applicazione della teoria dell'obbligo a contrarre nell'ordinamento germanico³³. E che non molto dissimile è la situazione con riferimento alla *duty to carry* del *common carrier* nel diritto anglo-americano³⁴.

³² *Contra*, L.NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano, 1992, 13, il quale osserva che la norma del codice "libera il campo dai problemi definitivi che, per es., ancora oggi [...] affliggono la dottrina tedesca, e che scaturiscono dalla necessità di distinguere tra beni e servizi di prima necessità e beni o servizi voluttuari, essenziali e non essenziali". L'a. cita anche WIMPFHEIMER, *Kontrahierungszwang für Monopole*, in *KR*, 1929, 24, proprio sul fatto che l'obbligo a contrarre debba conseguire al monopolio anche nel caso questo tocchi un bene di lusso.

³³ Cfr. in via generale E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4a ed., Vol. 1, Monaco, 2001, ad § 145, parr. 13 ss.; nonché W. KILIAN, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, in *Archiv für den civilistischen Praxis*, 1980, 47, 58, che cita i seguenti principi elaborati dalla giurisprudenza: "determinazione del fine istituzionale dell'ente da parte della mano pubblica, o irrinunciabilità per il bene comune o il commercio, o interesse della collettività, o messa in pericolo delle esigenze o della proprietà dei singoli" (le parti in corsivo si riferiscono alle espressioni elaborate appunto dalla giurisprudenza e da questa frequentemente utilizzate).

³⁴ Cfr. J.ROSSI, *The common law "duty to serve" and protection of consumers in an age of competitive retail public utility restructuring*, in *Vanderbilt Law Journal*, 1998, 1233, che chiarisce come quella teoria si applichi (fin dai suoi primi sviluppi nei secoli XVI e XVII) tanto ai monopoli di diritto

Tale *ratio*, da un punto di vista economico, si identifica dunque con un motivo distributivo: prevedere che certi servizi essenziali siano disponibili a tutti, equivale in sostanza ad imporre ai soggetti più abbienti, che verosimilmente quei servizi potrebbero comunque permettersi, di sovvenzionare i meno abbienti affinché anche essi possano disporre di tali servizi, ritenuti di pubblico interesse. Ché, se così non fosse, si frustrerebbe, da una parte, la *ratio* dell'obbligo – in altri termini, se il bene o servizio è di pubblico interesse, è per definizione essenziale che tutti ne possano profittare – e, dall'altro non si vede bene come si potrebbe efficacemente osservare sia l'obbligo a contrarre sia la parità di trattamento: solo attraverso la sovvenzione incrociata tra utenti e consumatori, infatti, potrà l'impresa in questione concludere l'affare con (ragionevolmente) tutti i richiedenti. Ne consegue anche che l'obbligo a contrarre in tali casi non può non accompagnarsi ad un obbligo di praticare condizioni sostenibili dalla generalità del pubblico. Il che può appunto anche comportare la necessità di un trasferimento di ricchezza da una tipologia di consumatori e/o di imprenditori ad un'altra, o da una regione ad un'altra.

Si tratterebbe, in sostanza, di quelle attività che con termine più moderno si potrebbero definire di servizio universale, attività, cioè, la regolazione delle quali è preceduta da un giudizio di valore del legislatore, che considera che esse debbano essere prestate alla generalità del pubblico, a condizioni accessibili. Da questo punto di vista, quindi, l'obbligo di servizio universale che grava, ad esempio, sull'operatore nazionale di telecomunicazioni³⁵, costituisce la compiuta e moderna attuazione dell'idea di un obbligo a contrarre che gravi sui prestatori di attività di "alta utilità", per usare la corretta definizione sopra riportata, ben più soddisfacente dell'imposizione di tale obbligo meramente in capo agli operatori dei servizi di trasporto di linea. Attuazione che, tuttavia, resta ancorata alla lettera della legge, in quanto non consta che alcuno abbia mai proposto una applicazione del concetto di servizio universale ad attività per le quali tale regime non è espressamente previsto dalla legge.

3. Quanto alla *ratio* della disposizione contenuta all'art. 2597, ci si contenta di norma di ripetere che essa sta nell'eliminazione della concorrenza. L'obbligo, si dice, "rappresenta la contropartita del diritto di esclusività"³⁶. E di contropartita parlava già

quanto a quelli di fatto, laddove comunque la domanda per quel servizio o prodotto sia "toccata dal pubblico interesse" [citando da una risalente decisione della Corte Suprema dell'Indiana: *State ex rel. Wood v. Consumers Gas Trust Co.*, in 61 N.E. 674, 677 (Ind. 1901)].

³⁵ Cfr. la Direttiva 2000/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in GUCE n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 33, considerando (10), relativo al "prezzo abbordabile", nonché *amplius*, per ulteriori riferimenti normativi, alla parte III, lett. E.

³⁶ A.ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. BOLAFFIO, A. ROCCO, C. VIVANTE, artt. 388-416, Torino, 1935, 7 ss., nt. 3.

l'iniziatore della moderna teoria dell'obbligo a contrarre³⁷. Ora, non è ben chiaro perché l'esclusività debba avere una contropartita. E anche chi, insoddisfatto della prima giustificazione, si chiede correttamente "perché la soluzione accolta da tale norma rappresenti, nella valutazione politica del legislatore, l'unica soluzione che la logica stessa degli interessi in conflitto rende possibile", non sembra proporre una risposta del tutto convincente laddove egli parla di "compensazione" del monopolio, richiesta da una concezione liberistica del contratto, e nega che possa trattarsi di una "deviazione" eccezionale di quell'ordine³⁸. Sempre di contropartita, infatti, si tratta.

Tale giustificazione non è logicamente del tutto conferente. Di contropartita, infatti, si potrebbe solo parlare se:

(i) il monopolista legale fosse l'unico produttore e fornitore per quel prodotto o servizio sul mercato rilevante, inteso nel senso della disciplina della concorrenza³⁹: onde i consumatori solo ad esso possano rivolgersi, e

(ii) il prodotto o servizio in questione soddisfacesse – direttamente o indirettamente, ad esempio, perché ulteriormente trasformato da altro imprenditore - un bisogno, il soddisfacimento del quale è considerato di interesse essenziale⁴⁰, del consumatore o utente.

La qualificazione "di interesse essenziale", ovviamente, è criticabile e non brilla per chiarezza⁴¹ ma, almeno, risponde ad un chiaro intento, abbiamo detto, redistributivo, teso ad equalizzare le chances di ognuno. Qualcuno si rifà autorevolmente ad una nozione di "bisogno normale" per circoscrivere l'oggetto dell'obbligo, nella prospettiva, difficilmente condivisibile, di permettere il funzionamento del mercato, che verrebbe "oliato" proprio dalla concessione ad ognuno della possibilità di soddisfare i propri bisogni, appunto, normali⁴².

Più perspicua appare peraltro la giustificazione fornita dallo stesso autore prima citato, il quale, con una modernità di visione e linguaggio per molti versi notevole, afferma: "per impedire che l'impresa abusi della sua posizione monopolistica a danno degli utenti, sottraendo arbitrariamente al pubblico il godimento del servizio monopolizzato,

³⁷ "Gegenstück": J.BIERMANN, *Recthszwang zum kontrahiren* [sic], in *Jherings Jahrbücher*, vol. 32, Jena, 1893, 267, 286.

³⁸ P.MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 326 ss., 329.

³⁹ Cfr. *infra*, parte IV; contro l'assimilazione dei due concetti, L.NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano, 1992, 34.

⁴⁰ V. *supra*, in questo paragrafo, i criteri elaborati in proposito dalla giurisprudenza germanica.

⁴¹ In questo senso, si è visto, L.NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano, 1992, 15 ss.

⁴² F.BYDLINSKI, *Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwang*, in *Archiv für den civilistischen Praxis*, 1980, 1, 37.

la legge toglie all'impresa monopolistica la facoltà di rifiutare arbitrariamente le prestazioni richieste dai singoli utenti e ricostituisce così in via d'autorità quella posizione di uguaglianza tra gli aspiranti ad usare del pubblico servizio, che in regime di concorrenza è assicurata dal gioco naturale delle leggi economiche⁴³; ratio - e si noti anche il richiamo al principio di eguaglianza⁴⁴ - estremamente vicina a quella delle norme di concorrenza, ed estremamente vicina, altresì, a quella espressa nella Relazione al codice la quale, trattandosi di quella che il legislatore aveva in mente quando ha adottato la norma, è a mio avviso, in ogni caso la più rilevante al fine della nostra analisi, come si conferma anche dall'esame dell'elaborazione dottrinale che quella norma ha preceduta.

4. Resta ora da considerare il rapporto tra la ratio degli istituti appena riguardati e la disciplina sulla concorrenza. E qui l'esame è paradossalmente più semplice. Quanto alla ratio in sé considerata, occorre ricordare che l'antitrust, è stato detto, ha innumerevoli anime, e non tutte candide⁴⁵. Conviene lasciare tale questione nel suo rapporto con il problema dell'obbligo a contrarre a quella parte dell'opera ove si affronteranno espressamente gli aspetti rilevanti di tale disciplina. Per il momento ci si limiti ad osservare che la giustificazione del diritto della concorrenza si è di volta in volta vista nella limitazione del potere politico assunto dalle grandi aggregazioni economiche⁴⁶; nella tutela della piccola impresa⁴⁷; nell'ostacolare il trasferimento di ricchezza dal consumatore all'impresa⁴⁸; nel preservare l'efficienza allocativa⁴⁹, cioè a dire mantenere il prezzo dei beni e servizi offerti al livello del loro costo marginale; nel preservare l'efficienza dinamica del mercato, in altre parole, la sua capacità di innovazione e di miglioramento qualitativo⁵⁰. Alcuni tra tali fini sono chiaramente

⁴³ A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1925, 16.

⁴⁴ Che era nello Statuto albertino, all'art. 24: e a questa norma si richiama infatti lo stesso Asquini, in *Sulla natura contrattuale dei trasporti nel campo dei pubblici servizi monopolistici*, Milano, 1919, 18 (e già in *Rivista del diritto commerciale*, 1919, I). In tale articolo si legge anche l'interessante notazione: "non si può allegare il *principio liberale* in difesa del monopolista per affermare il suo diritto di rifiutare o di concedere arbitrariamente il servizio monopolizzato ai consumatori. Il *principio liberale* è già stato disapplicato dall'ordinamento giuridico creante il monopolio", *ivi*, 17, corsivo nel testo.

⁴⁵ Praticamente in apertura della sua monografia F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, 9.

⁴⁶ R. PITOFSKY, *The political content of antitrust*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, 1051, 1053 ss.

⁴⁷ S. ROSS, *Network economic effects and the limits of GTE Sylvania's efficiency analysis*, in *Antitrust Law Journal*, 2001, 945, 947.

⁴⁸ R. LANDE, *Wealth transfer as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged*, in *Hastings Law Journal*, 1982, 67.

⁴⁹ Questo è senz'altro il fine che, dalla scuola di Chicago in poi, ha più a lungo tenuto banco: v. tra tanti P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, New York, vol. I, ed. 1997, § 111; R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978, 81 ss.

⁵⁰ J.F. BRODLEY, *The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress*, in *New York University Law Review*, 1987, 1020 ss.

inconciliabili tra loro – si pensi alla protezione della piccola impresa e la preservazione dell'efficienza allocativa; altri non hanno chiaramente molto a che vedere con la ratio dell'istituto dell'obbligo a contrarre; altri ancora, infine, quali quello inerente al trasferimento di ricchezza, possono facilmente farsi coincidere con il fine distributivo che, abbiamo visto, alle disposizioni in parola potrebbe essere attribuito.

5. In conclusione sul punto, si può pertanto affermare che la *ratio* dell'art. 1679 c.c. è diversa da quella sottostante all'art. 2597 e che, per quanto riguarda quest'ultima, essa è estremamente vicina a quella delle norme concorrenziali⁵¹, restando avvertito il lettore che la *ratio* delle regole di concorrenza è essa stessa interpretata in modo di volta in volta assai diverso e perfino contraddittorio. In fine di discorso si può forse fare menzione, a conforto della tesi di una sostanziale divergenza, di quella pronuncia nella quale si considera che l'obbligo a contrarre civilistico e le norme concorrenziali "si iscrivono [...] nella stessa prospettiva"⁵².

Ne discende a nostro avviso l'incoerenza della teoria più largamente accolta, anche in via mediata dalla nostra giurisprudenza di legittimità⁵³, secondo la quale l'art. 2597 tutelerebbe gli interessi del consumatore, indipendentemente da quelli delle altre imprese e, in genere, dal funzionamento del mercato⁵⁴, laddove il diritto della

⁵¹ Cfr. già T. ASCARELLI, nella seconda ed. del suo *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 2a ed., Milano, 1957, 85: "è questa considerazione [che la disciplina codicistica è inadeguata rispetto alla tutela della libertà del mercato] che, d'altra parte, ispira, *mutatis mutandis*, la disciplina dell'obbligo a contrarre del monopolista".

⁵² Tar Lombardia, sez. I, 19 gennaio 1998, n. 57, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 908.

⁵³ Il riferimento è ovviamente a Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831, con nota di L. LAMBO, ove si legge: "L'art. 2598 c.c., come è noto, pone in essere limiti alle restrizioni contrattuali della concorrenza in vista dell'interesse del singolo a non vedersi privato per troppo tempo della propria libertà di impresa (Cass. n. 7266 del 1977) [...]. Il rilievo della concorrenza oggetto dell'intesa è, invece, assente nella prospettiva del legislatore del 1990. Perché a fondamento delle tutele che la legge introduce sta il libero mercato in quanto tale, cioè l'interesse pubblico a conservarlo e non quello del singolo a difendere il proprio diritto". Il riferimento, la contrapposizione, è ovviamente alla disciplina sulla concorrenza sleale, piuttosto che all'obbligo legale a contrarre. Ma essi certamente valgono per noi quanto alla visione che esprimono per la disciplina sulla concorrenza, senza contare che l'obbligo a contrarre si lega nella stessa struttura del codice alle regole che vietano la concorrenza sleale. Notazioni simili, pur in una certa generale opacità della pronuncia, sono anche in Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, 1121, con note di A.PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, e E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, ove, in sostanza, l'accento è su un diritto della concorrenza nella "prospettiva privilegiata dell'«impresa» quale termine comunque principale del dinamismo del «mercato»" rispetto a norme che rivolte al consumatore finale.

⁵⁴ In questo senso esplicitamente P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 331 s; nello stesso senso recentemente e con riferimento alla dottrina dell'obbligo a contrarre nel diritto germanico J.BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tubinga, 1999, 302; in

concorrenza avrebbe quale fine la tutela della concorrenza intesa come concorrenzialità del mercato.

6. Le considerazioni sopra svolte sono a nostro avviso rilevanti sotto un profilo storico e sistematico. Occorre tuttavia senz'altro e senza troppo rammarico ammettere che l'introduzione della disciplina sulla concorrenza ha sminuito notevolmente la rilevanza pratica delle norme sull'obbligo a contrarre. Quanto profetizzato da Frignani⁵⁵ è di fatto e puntualmente avvenuto anche da noi dopo, non a caso, essersi verificato più o meno nello stesso modo nell'ordinamento tedesco. La dottrina germanica ammette infatti senza troppe perifrasi che, a seguito dell'introduzione in quell'ordinamento di un diritto della concorrenza propriamente detto, questo ha "quasi completamente estromesso" l'istituto dell'obbligo a contrarre⁵⁶, che ha quindi mantenuto unicamente una "rilevanza residuale"⁵⁷. Da questo punto di vista, la disciplina sulla concorrenza ha al contempo un ambito di applicazione più ampio e più ristretto della disposizione in esame: più ampio, in quanto essa si applica non solo alle imprese in posizione di monopolio legale⁵⁸, ma anche a quelle che pur condividendo il mercato con altri concorrenti, vi svolgono un ruolo preminente, così come a quelle che condividono con altre imprese una posizione dominante oligopolistica, o "collettiva"⁵⁹. Ché anzi, tale ruolo si è ulteriormente ampliato con la introduzione nel nostro ordinamento, attraverso la l. n. 192 del 1998, dell'istituto della posizione dominante relativa, quella, cioè, che genera una situazione di dipendenza economica. Non è dubbio, infatti, che l'obbligo a contrarre tipico dell'impresa in posizione dominante si estenda anche all'impresa relativamente dominante che partecipi di un rapporto di dipendenza

senso analogo v. anche L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, 103 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano, 1992, 46 s.

⁵⁵ A. FRIGNANI, *Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano, Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A.FRIGNANI, R.PARDOLESI, A.PATRONI GRIFFI e L.UBERTAZZI, vol. I, Bologna, 1993, ad art. 1, 102 s.

⁵⁶ H.HEINRICH, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58a ed., Monaco, 1999, *Introduzione*, § 145, 9; nello stesso senso, F.BYDLINSKI, *Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwang*, in *Archiv für den civilistischen Praxis*, 1980, 1, 29; J.BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tubinga, 1999, 170, 301.

⁵⁷ W. KILIAN, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, in *Archiv für den civilistischen Praxis*, 1980, 47, 82.

⁵⁸ Le quali, secondo una risalente e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, rappresentano il caso emblematico di impresa in posizione dominante; cfr. tra tante, sentenza della Corte di giustizia 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova* c. *Siderurgica Gabrielli*, in *Racc.*, I-5889, al punto 14.

⁵⁹ Anche qui, si tratta di un istituto ormai consolidato nel diritto comunitario e interno: cfr. per la giurisprudenza sentenza della Corte di giustizia 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e aa. c. Commissione*, in *Racc.*, I-1375, punti 138 ss.

economica⁶⁰. Senza considerare che tali norme, nella loro elastica formulazione e ancor più elastica applicazione amministrativa e giurisprudenziale, risolvono molti tra i problemi dibattuti in materia di obbligo a contrarre, quali in particolare quelli centrati sulla possibilità che l'obbligato eluda il comando della norma, concludendo sì il contratto, ma a condizioni eccessivamente onerose, con scadenze troppo brevi, con imposizioni gravose o discriminatorie, a condizioni formalmente eguali ma sostanzialmente dissimili rispetto ad utenti in situazioni concrete differenti, e così via dicendo⁶¹.

Più ristretto, ancora, sia per l'eventuale applicazione dell'art. 8.2 della l. n. 287 del 1990, regola della quale tanto l'Autorità garante⁶² quanto le corti⁶³ fanno applicazione estremamente prudente, sia ancora, per il fenomeno secondo il quale le regole di concorrenza non possono applicarsi a quei comportamenti che non assumano un profilo di rilevanza⁶⁴.

⁶⁰ E' infatti la stessa legge a prevedere, all'art. 9.2, che "l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto".

⁶¹ Che l'obbligo di contrattare implichi anche quello alla parità di trattamento *sostanziale*, sostengono R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1993, 304 s.; E.ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1979, I, 1, 155; M.LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia.*, dir. da F.GALGANO, IV, Padova, 1981, 300; M.LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto civile*, Torino, 1995, vol. XII, 480, 501 ss.; nello stesso senso L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, 65: "La parità di trattamento, di per sé, non garantisce l'intrinseca equità della disciplina dei rapporti tra imprenditore ed utente [...] ma, in una società ancora diseguale, una lettura riduttiva della parità rischia di tener lontano dal godimento delle prestazioni [...] i cittadini economicamente più deboli"; v. anche diffusamente, ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano, 1992, 128 ss.

⁶² Con un'unica, antica, eccezione: il provvedimento 27 maggio 1992, n. 519 (A19), M.Y.C./S.I.A.E., in *Boll.* n. 10/1992, 8, subito smentito dal provvedimento 28 luglio 1995, n. 3195 (A48) S.I.L.B./S.I.A.E., in *Boll.* n. 30/1995.

⁶³ Cfr. recentemente Consiglio di Stato, 4 gennaio 2002, n. 33, *Ibar c. Aeroporti di Roma*, con espresso riferimento alla giurisprudenza comunitaria.

⁶⁴ L'aggettivo "rilevante" compare infatti nel dettato tanto dell'art. 2 quanto dell'art. 3 della l. n. 287 del 1990. Il principio è d'altronde di derivazione comunitaria, ove è gergalmente noto come principio *de minimis*: cfr. la *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea*, in GUCE n. C 368, p. 13. Sul principio *de minimis* cfr. anche Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831, con nota di L. LAMBO, ove la Corte osserva che la non applicazione della disciplina sulla concorrenza non è solo questione di (un'applicazione teorica che rimane tuttavia inattuata per assenza di) rilevanza ma deriva dal fatto che si tratta di un comportamento che non "in grado di toccare, appunto per la sua

7. L'aspetto centrale dell'istituto in esame, tuttavia, per il quale esso in sostanza la sua applicazione era di minima rilevanza perfino prima dell'adozione della disciplina concorrenziale, sta nella sua mancata estensione alle situazioni di monopolio di fatto, in risultanza di una giurisprudenza e di una dottrina, si sa, tradizionalmente orientate in senso negativo⁶⁵, ovviamente sulla base della relativamente chiara lettera del codice. Tale lettera, in verità, si ispira ad una logica che non può essere razionalmente accettata. Non può dirsi, come fa la Relazione, che scopo della norma (l'art. 2597 c.c.) è di tutelare la controparte dall'assenza di concorrenza, e negare poi quella stessa protezione in situazione di monopolio di fatto, ove la concorrenza è altrettanto assente. E' irrazionale, poi, tutelare la controparte del servizio pubblico di linea, in base alla considerazione della utilità di quel servizio (come fa l'art. 1679 c.c.), e negare quella protezione a chi contrae con un servizio pubblico diverso, magari altrettanto se non più rilevante per l'interesse collettivo o per i bisogni vitali della persona coinvolta. E' palesemente assurdo, infine, negare la tutela alla controparte del monopolista di fatto, e concederla a chi contrae con un monopolista legale che offra prodotti o servizi facilmente sostituibili con altri non monopolizzati, o occupi quello stesso mercato insieme ad altri, magari numerosi, monopolisti legali⁶⁶.

grandezza, la struttura concorrenziale del mercato", onde esso è del tutto sottratto all'applicazione delle regole di concorrenza. L'osservazione è acuta, ma non si concilia bene con la non applicabilità della regola *de minimis* alle c.dd. *restrizioni fondamentali*, che restano soggette all'applicazione del diritto di concorrenza.

⁶⁵ Cfr. Cass. 6 agosto 1962, n. 2387, in *Foro it.*, 1962, I, 1424; per la non estendibilità dell'obbligo alla posizione dell'E.N.I. cfr. ad esempio Cass. 23 gennaio 1990, n. 355, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1990, 1035, con nota di G. ZAVATTONI, *Monopolio di fatto e abuso di posizione dominante nell'ordinamento interno e in quello comunitario*; Cass. 7 maggio 1997, n. 3980, in *Giust. civ.*, 1998, I, 521. con nota di L. ALBERTINI; tra i giudici di merito conferma in Trib. Genova 15 novembre 1982, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, 204, con nota di R. FRANCESCHELLI, *Obbligo a contrarre e monopolio di fatto*. Cass. 15 marzo 1985, n. 2018, in *Foro it.*, 1985, I, 1163, con nota di R. PARDOLESI. Posizione potenzialmente diversa quella di Cass. 15 marzo 1985, n. 2017, in *Resp. civ.*, 1985, 590, che considera che "l'art. 2597 c.c., ancorché eventualmente estensibile alle ipotesi di monopolio di mero fatto, è diretto esclusivamente a tutelare il consumatore del prodotto" e non il rivenditore. In dottrina cfr. tuttavia, anteriormente alla codificazione, si è vista la diversa opinione di Stolfi (*L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 105, 129 s.) ed Asquini (A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1925, 17 s., nt. 1).

⁶⁶ Si è discusso, infatti, se l'obbligo *legale* a contrarre, e la sua possibilità di ottenere una specifica tutela avanti il giudice ordinario (non è dubbio infatti che essi siano sottoposti ad obblighi penetranti dettati dalla legislazione speciale applicabile) si applichi anche con rispetto, ad esempio, a notai e farmacisti. C'è chi lo afferma, coerentemente anche con la *ratio* della "contropartita" (che, abbiamo visto – *supra*, al par. 5, l'obbligo a contrarre sia la contropartita del privilegio monopolistico) e chi, per evitare le conseguenze paradossali, lo nega, facendo tuttavia leva proprio sull'assenza in tali casi di un monopolio *di fatto*. Tra i primi v. già J. BIERMANN, *Rechtswang zum Kontrahieren* [sic], in *Jherings Jahrbücher*, vol. 32, Jena, 1893, 267, 283 ss.; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, 2a ed., Milano, 1917, 127;

La soluzione codicistica, e soprattutto la sostanziale tenuta della sua formula strettamente limitativa anche attraverso la posteriore elaborazione giurisprudenziale, si rende ancor più peculiarmente ingiustificata se si consideri:

(i) che l'obbligo a contrarre ha ricevuto nella dottrina e nella giurisprudenza dei principali ordinamenti occidentali una elaborazione nel senso, se non altro, di estenderlo ai monopoli di fatto; tale è infatti lo stato, non solo nel più volte richiamato ordinamento germanico, ma anche in quello anglo-americano ed in quello francese; elaborazioni che, si noti, sono non solo ben precedenti all'adozione del codice, ma tra loro strettamente legate in quanto, in particolare, la teoria del *Kontrahierungszwang* si ispirò apertamente a quella anglo-americana del *common carrier* ed a quella francese dell'obbligo di contrarre dell'*entrepreneur public*⁶⁷; senza contare che queste elaborazioni trovano certi precedenti nello stesso diritto romano⁶⁸;

(ii) che la prevalente dottrina italiana precedente all'adozione del codice civile era favorevolmente orientata ad una interpretazione estensiva della fattispecie; e lo stesso si può dire, con alcune eccezioni e molte qualificazioni, della dottrina successiva al codice;

(iii) che, si è visto, la disciplina della concorrenza sleale, il ricorso ai principi generali della responsabilità aquiliana ovvero ai principi costituzionali avrebbero consentito, anche volendo rinunciare ad un'interpretazione estensiva o analogica degli stessi artt. 1679 e 2597 c.c., un notevole allargamento della fattispecie dell'obbligo a contrarre.

8. Eppure tutto questo non è avvenuto. E ci si chiede perché. E, poiché le ragioni formalmente addotte ci sono sembrate incongrue o pretestuose, ci si deve infine chiedere se tra le tante ragioni ve ne sia una effettiva ma nascosta, cioè inconfessata.

ID., *Le obbligazioni*, Milano, 1930, 282; Critico invece M.STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 105, 127 s.

⁶⁷ Ampi riferimenti, infatti, sia alla dottrina del *common carrier* che vuole che il vettore impegnato nel trasporto al pubblico abbia l'obbligo di contrattare con tutti, sia all'obbligo dell'*entrepreneur public* (tale considerandosi l'imprenditore che ha *annunciato* la propria attività, le proprie tariffe e i propri orari al pubblico e che, come tale, è obbligato a contrattare), sono tanto in J.BIERMANN, *Recthszwang zum kontrahiren* [sic], in *Jherings Jahrbücher*, vol. 32, Jena, 1893, 267, 289 ss., quanto nella più volte citata prima sentenza del *Reichsgericht* in materia (11 aprile 1901, *Kl. c. D.A. Dampfschiffahrts Gesellschaft*, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, vol. 48, Lipsia, 1901, 114 ss.), ove (pag. 127) a quelle teorie esplicitamente ci si riferisce: e per quanto le si distingue dalla situazione nel diritto germanico, è chiaro dal prosieguito che il giudice ne accoglie il fondo di giustizia e razionalità, sforzandosi su tale base di adattare elasticamente le norme del suo ordinamento.

⁶⁸ L'argomento, che meriterebbe una trattazione ben più approfondita, è discusso purtroppo solo da A. SCIALOJA, *Il diritto di salire in tram*, in *Saggi di vario diritto*, 1927, vol. I, 140 ss. (e già in *Foro it.*, 1905, 932), insieme alle dottrine degli antichi commercialisti italiani che ad esso indirettamente si ricollegano, cioè a dire lo Stracca ed il Casaregis.

Questa non può meglio esprimersi che così: il “silenzio del legislatore” si giustifica con il suo desiderio di evitare che, per introdurre obblighi di contrarre “in nome di esigenze generali di ordine pubblico”, il giudice sia costretto a “contrapporre le due distinte categorie di contratti; quella in cui la volontà di concludere è interamente libera; e quella in cui la volontà di concludere o non concludere è soggetta a qualche sindacato”⁶⁹. In altri termini, è dell’elaborazione giurisprudenziale, del *judge-made law*, del *Richterrecht*, che il nostro legislatore ha, come sempre, paura. Paura alla quale in gran parte prudentemente accede, abbiamo visto, la stessa giurisprudenza.

C. I nuovi obblighi a contrarre⁷⁰

1. Senonché, negli ultimi anni, di obblighi a contrarre è stato tutto un fiorire: si va dal diritto (economico) della concorrenza propriamente inteso che, si sa, prevede il caso dell'abuso di posizione dominante da rifiuto di contrattare⁷¹ con l'effetto di imporre, in sostanza, un obbligo, all'istituto dell'abuso di dipendenza economica⁷², ispirato ad una logica piuttosto simile, ad una miriade di norme regolatorie, soprattutto in tema di accesso nei mercati delle comunicazioni elettroniche, del gas e dell'energia⁷³. Tali obblighi sono estremamente pregnanti; eppure nei confronti della loro previsione e della loro puntuale, concreta e frequente imposizione, non si sono sollevate le stesse resistenze, anzi, di resistenza non vi è stata neppure l'ombra. Ci si chieda perché così è stato.

⁶⁹ R.SACCO, in R.SACCO, G.DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1993, 300.

⁷⁰ Anche la trattazione che segue si fonda su C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, ***, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁷¹ Art. 82 del trattato CE e 3 della l. n. 287 del 1990.

⁷² Art.9 della legge 18 giugno 1998, n.192 *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in G.U. del 22 giugno 1998, e successivamente, Art. 11, della legge 5 marzo 2001, n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*, in G.U. del 20 marzo 2001 (che prevede i rimedi del risarcimento dei danni e dell'inibitoria, e assegna competenza concorrente - almeno nei casi in cui l'abuso si rifletta sulla concorrenza - all'applicazione all'Autorità garante, aggiungendo un art. 3-bis alla l. n. 287 del 1990).

⁷³ Cfr.: per l'energia, il d.lg.vo n. 79/1999 (c.d. “Bersani”); per il gas, il d.lg.vo n. 164/2000 (c.d. “Letta”); per le comunicazioni elettroniche, la Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, in GUCE n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 7; la Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, in GUCE n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 33, lo Schema di decreto legislativo di recepimento delle direttive 2002/19/CE (Direttiva Accesso), 2002/20/CE (Direttiva Autorizzazioni), 2002/21/CE (Direttiva Quadro), e 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale), recante il “Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

Ora, se il problema dell'obbligo legale a contrarre, che ne ha impedito nel nostro ordinamento l'applicazione alla gran parte delle situazioni alle quali esso avrebbe potuto estendersi grazie ad una più elastica interpretazione adattarsi, è rappresentato, si è visto, dal timore del giudice italiano di consentire un ricorso incontrollato ad uno strumento di eccezionale efficacia, con il possibile conseguente attentato alla sicurezza dei rapporti economici, tessuto della struttura del mercato, il diritto concorrenziale, in sostanza, supera il problema apprestando al giudice uno strumentario di regole semplici, efficaci, di riconosciuta attendibilità ed estremamente flessibili.

2. Quanto alla semplicità, si ricorda che lo strumento essenziale dell'indagine prevista dal sistema in questione sta nella definizione del mercato rilevante e nella conseguente misurazione delle quote detenute dalle singole imprese. In concreto, effettuata quest'operazione, si determinerà se un'impresa detenga una quota di mercato superiore a certi valori limite; se così è, ciò vale presunzione di posizione dominante, per confutare la quale può solo procedersi alla valutazione di una serie, peraltro limitata, di fattori concorrenti⁷⁴. Se tali fattori non smentiscono la posizione di supremazia, l'impresa è di fatto sottoposta ad una serie di obblighi specifici e aggiuntivi - che concretano la speciale responsabilità richiamata nelle pronunce della Corte di giustizia, tra i quali, in primo luogo e appunto, l'obbligo a contrarre. Per quanto tali strumenti siano costantemente esposti alle critiche di coloro che li ritengono troppo complessi nel loro funzionamento aggregato, ovvero troppo esposti a manipolazioni, ovvero ancora troppo insistenti su problemi concorrenziali in realtà poco rilevanti rispetto a quelli invece ignorati, rimane il fatto indiscutibile che l'analisi che ad essi fa ricorso consente al giudice o all'eventuale autorità amministrativa di ottenere risultati efficaci in modo relativamente semplice. A conferma di ciò si ricordino le numerose pronunce finora intervenute relativamente al rifiuto di trattare da parte di imprese in posizione dominante.

La situazione non è molto diversa - anche se assai complicata dalla assenza o quasi di precedenti - per il caso dell'abuso di dipendenza economica: infatti, in tal caso, almeno nella misura in cui si volesse accettare l'interpretazione proposta⁷⁵, l'analisi verrebbe condotta in base a criteri economici quali l'esistenza di costi di commutazione, di investimenti irrecuperabili, di disfunzioni informative, e la loro rilevanza rispetto al rapporto di cui è questione. Considerazioni analoghe valgono per il diritto regolatorio.

3. Ancora, gli strumenti tecnici del diritto della concorrenza, per quanto criticati e criticabili, rappresentano un ausilio plausibile, dotato della dignità scientifica conferita loro dalla derivazione dalla analisi economica, per aggiudicare le questioni alla

⁷⁴ I fattori in questione sono, in particolare, la distribuzione delle quote di mercato tra i vari concorrenti e la loro evoluzione nel tempo, l'esistenza di limiti all'ingresso nel mercato, l'omogeneità del prodotto e la rilevanza dell'innovazione, la presenza di un contropotere rilevante in capo alle controparti.

⁷⁵ In C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, parte V.

risoluzione delle quali essi sono deputati. Ne risulta anche un alto grado di accettazione sociale. Il tradizionale timore del giudice di fronte all'applicazione delle norme sull'obbligo legale, di incidere troppo profondamente e irreparabilmente nel delicato tessuto connettivo del rapporto contrattuale, e di doverlo fare in base a principi incerti e malfermi, diviene la tranquilla se non perfino eccessiva sicurezza con la quale egli, confortato dalla scientificità del messaggio e dall'apparente facilità della sua applicazione, impone lo stesso comando servendosi di quelle diverse norme, per aggiunta ben spesso assistendolo di pesanti sanzioni pecuniarie. E a ciò ovviamente contribuisce il fatto che la applicazione di tale norme è di regola demandata, in prima battuta, ad organi specializzati, dotati di peculiari competenze tecniche.

La funzione dell'analisi economica nell'applicazione delle norme giuridiche in esame risulta più chiaramente considerando, come pure si è fatto, che il travaso degli strumenti economici nell'applicazione di tali norme è il frutto di una aperta operazione di appropriazione condotta da giudici e avvocati alla ricerca di un criterio interpretativo. Operazione che fu tanto più eloquente in quanto venne condotta prevalentemente tra la disapprovazione e il dissenso della stessa corporazione degli economisti. Nel senso che eloquente era il fatto che tale appropriazione rispondeva al desiderio dei giuristi di scovare regole semplici ed efficaci che permettessero di identificare una via interpretativa nell'applicazione di norme altrimenti di sconsolante vaghezza.

4. La primigenia norma americana, infatti, si limitava a dichiarare illeciti gli accordi "restrittivi del commercio" (*in restraint of trade*), e la Corte Suprema dovette durare molta fatica ed elaborare negli anni una c.d. "regola di ragionevolezza"⁷⁶, per evitare almeno che il commercio non risultasse completamente annichilito da una proibizione che, teoricamente, avrebbe potuto trovare applicazione ad ogni genere di contratto e accordo - in quanto ogni contratto che preveda obblighi e impegni per parti economiche, genera necessariamente la "restrizione" prevista dalla norma.

Paradossalmente, quindi, si può affermare che, da una parte, è proprio l'estrema genericità della formulazione delle regole di concorrenza che ha facilitato in quanto reso necessario il ricorso ad elementi di interpretazione esterni al diritto stesso e,

⁷⁶ Sulla progressiva introduzione della *rule of reason* da parte della Corte Suprema e la sua funzione dirimente conviene rimandare al recente lavoro di R. PERITZ, *Competition policy in America*, 2a ed., Oxford, 2000, 79 ss. Il dibattito sulla *rule of reason* ha infuriato anche nel contesto comunitario, per quanto la recente sentenza nel caso *Métropole* (sentenza del Tribunale del 21 marzo 2001, causa T-206/99, *Métropole télévision c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, II-2459) sembra almeno istituzionalmente aver risolto la questione nel senso dell'ospitalità del diritto europeo a tale concetto, che pure è riflesso nella formulazione del terzo paragrafo dell'art. 81. Per la mia avviso totalmente condivisibile affermazione che tale posizione non è stata smentita dalla successiva sentenza della Corte nel caso *Wouters* (cit. a nt. ***), cfr. la nota di P. MANZINI, *I parafernali del giudizio antitrust*, cit. a nt. ***, 292 s.

dall'altra, che l'incorporazione delle nozioni economiche nel diritto antitrust è operazione che nulla a che fare con una "contaminazione" tra diritto ed economia, ma è una tipica operazione di sussunzione giuridica, di criteri e concetti extragiuridici nel tessuto della norma, al fine di permetterne la puntuale applicazione al giudice competente. Sul punto tuttavia, e in particolare su cosa debba intendersi, nel caso specifico per "sussunzione", conviene spendere qualche ulteriore ragionamento.

C. Il diritto della concorrenza quale clausola generale del diritto civile

1. La ricostruzione che occupa queste pagine è assai semplice. Il comando della norma concorrenziale e regolatoria è: l'imprenditore è tenuto a contrattare con l'altro imprenditore laddove occupi una posizione dominante sul mercato e non sia in grado di presentare motivazioni commerciali che giustifichino il rifiuto. Tale comando costituisce una modificazione e al tempo stesso un completamento della regola codicistica in materia di obbligo legale a contrarre (in particolare di quella contenuta agli artt. 1679 e 2957 c.c.). Una modificazione in quanto, per le ragioni e nella misura considerata alla parte quarta di questo scritto, tale regola ha di fatto sostituito quella codicistica. Un completamento in quanto la regola, integrando l'obbligo a contrarre con un riferimento esplicito a semplici e funzionali regole economicistiche, ha permesso il funzionamento della norma e l'attuazione del principio - obbligo di contrarre nei mercati sottratti alla concorrenza - enunciato, se pur vanamente, alla luce del mancato raggiungimento di risultati giurisprudenziali significativi, fin dalla stessa relazione al codice. Tutto questo è stato detto, e più volte, nelle pagine che precedono.

Ora, esiste nel diritto civile una situazione parallela a quella della quale si discute, ed è quella delle c.dd. clausole generali, cioè a dire di quelle norme che hanno la funzione di supplire al funzionamento dell'ordinamento rinviando in sede di applicazione giurisprudenziale a concetti che permettano la risoluzione di controversie che, per motivi tra loro anche assai diversi, la norma legislativa scritta non ha potuto o voluto prevedere. E in realtà, si vedrà, non è solo la puntuale soluzione dell'obbligo a contrarre, contenuta nella norma concorrenziale, a costituire clausola generale: l'intero sistema del diritto di concorrenza, infatti, rappresenta a suo modo una clausola generale del diritto civile, con particolare riferimento a quello dei contratti e della responsabilità civile. Infine, la natura di clausola generale della disciplina concorrenziale e in particolare della regola dell'obbligo a contrarre dell'impresa dominante, si ricollega direttamente all'origine del diritto antitrust, alla sua derivazione da un sistema di common law in gran parte di formazione giurisprudenziale. Come confermato dalla continua normazione giurisprudenziale che caratterizza il diritto concorrenziale anche nel contesto dell'ordinamento comunitario.

2. Conviene spiegare ora perché ritengo che il diritto di concorrenza possa ricostruirsi come un sistema di clausole generali inserite nel tessuto del diritto civile, cominciando

dal chiarire cosa si intende per clausole generali. Limitandoci a pochi contributi di particolare significato, in un orizzonte dottrinario sterminato, queste sono state definite con particolare acutezza e precisione “tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta”⁷⁷, o, meno concisamente, esempi ove la “sussunzione immediata” è impossibile per l’assenza di un riferimento a “nuclei concettuali univocamente apprezzabili”, e pertanto “l’applicazione della norma a specifici casi concreti avviene solo attraverso decisioni valutative”⁷⁸, e infine, descrittivamente, quali “forme della fattispecie che in virtù della loro generalità possono disciplinare un ampio numero di casi” risolvendo il problema della norma specifica “di determinare diacronicamente lacune”⁷⁹.

La dottrina introduce distinzioni tra clausola generale e norma generale, tra essa e i principi generali, ed ancora tra clausole generali, standards⁸⁰, direttive o concetti indeterminati⁸¹. Tali distinzioni, per la verità di non facile determinazione, e avversate da chi tende a ricondurre ogni siffatta fattispecie alla categoria delle nozioni a contenuto variabile⁸², sono tuttavia ininfluenti al fine del discorso che qui rileva. Per questo rileva infatti un diverso elemento, già anticipato da Mengoni con il suo riferirsi alla “tecnica di formazione giudiziale”.

Per proseguire il discorso è utile fare temporaneamente riferimento alla più nota, e certamente la più sfruttata, tra le clausole generali, quella di buona fede. Attraverso un’analisi dei principali ordinamenti europei, si sono individuate tre funzioni della clausola di buona fede, che si possono distinguere sulla scorta di un celebre passo di Papiniano: quella di concretizzazione o interpretazione (*adiuvare*); quella di supplenza (*supplere*), di riempitura di lacune, in particolare di obblighi, quali l’obbligo di lealtà o correttezza o salvaguardia, di protezione, di cooperazione, di informazione; e quella di correzione o limitazione (*corrigere*), esemplificata in istituti quali in particolare l’abuso del diritto, come nei casi di *venire contra factum proprium*, *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, eccessivo squilibrio (concetto questo alla base della nuova disciplina sulla

⁷⁷ L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 5, 10.

⁷⁸ A.OHLY, *Generalklausel und Richterrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2001, 1, 4. Criptico M. HESSELINK, *Good faith*, cit. a nt. ***, che precisa che il concetto in parola si riflette in un’apertura, tanto nel comando della norma, quanto negli effetti che ne derivano.

⁷⁹ A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano*, diretto da G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G.PASCUZZI, R.SACCO, 2, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, 1999, 131, 132.

⁸⁰ L.MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. a nt. ***, 9 ss. Per la seconda distinzione confronta anche C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 21, 26.

⁸¹ Cfr. S. KAMANABROU, *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002, 662, 664.

⁸² S.RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit. a nt. ***, 249 ss.

clausole vessatorie). Si potrebbe discutere, in realtà, se tali funzioni siano così chiaramente distinte, stante che, ad esempio, il *supplere* è anche un *corrigere*, in quanto si fonda sul giudizio, raggiunto *ex ante*, che la norma non sia sufficiente a regolare il caso⁸³ e, in sostanza, tanto il *supplere* quanto il *corrigere* hanno la funzione di *adiuvare*.

Indipendentemente da ciò, e considerato che a tale tripartizione può essere comunque assegnata la funzione di descrivere ed esemplificare i modi di intervento del giudice, ciò che davvero rileva è che si dimostra che tali funzioni, lungi dall'essere legate ad una norma particolare, per quanto "aperta", caratterizzano in realtà l'attività tipica del giudice: questi, infatti, in presenza di regole che non contemplano espressamente i fatti al suo cospetto, o di fatti che non corrispondono, per difetto o per eccesso, a quelli previsti da quelle regole, è portato a concretizzare, supplire ovvero correggere, rispettivamente, la regola; così facendo, tuttavia, egli crea il precedente che, vuoi per il principio dello *stare decisis*, vuoi per un principio, costituzionalmente protetto nella maggior parte degli ordinamenti occidentali, di eguaglianza⁸⁴, che induce a risolvere in maniera eguale situazioni eguali, rappresenterà di fatto la (nuova) regola alla quale non potranno non richiamarsi le corti che si trovassero a decidere successivamente del medesimo caso.

La funzione concreta della clausola di buona fede non è dunque quella di porre una regola specifica, pertanto, ma è la descrizione della funzione giudiziale, funzione che comporta, piuttosto, la creazione costante di nuove regole. Tant'è che la tripartizione della funzione della buona fede, che dobbiamo a Wieacker⁸⁵, fu da questo articolata ispirandosi al citato passo di Papiniano: il quale tuttavia non trattava di contratti o tantomeno di buona fede, ma stava, piuttosto, descrivendo la funzione del giudice romano, e in particolare la sua caratteristica di creare *ius praetorium* attraverso l'interpretazione del *ius civile*⁸⁶.

Ne consegue che il ruolo della regola di buona fede - non la sua essenza, o la sua origine storica, chiaramente legate alla tutela dell'affidamento, abbiamo visto, è quello di fornire una copertura al giudice che, specie negli ordinamenti continentali, è tenuto

⁸³ Così G. ROTH, in *Münchener Kommentar*, cit. a nt. ***, ad § 242, par. 20.

⁸⁴ Il problema del precedente in un diritto continentale è stato recentemente (e autorevolmente) indagato da F. BYDLINSKI, *Richterrecht über Richterrecht*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, a cura di C.-W. CANARIS, A. HELDRICH, K. HOPT, C. ROXIN, K. SCHMIDT, G. WIDMAIER, 2001, 22. Cfr. anche W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, IV, Tubinga, 1977, 233 ss., e A. OHLY, *Generalklausel und Richterrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2001, 1, 4.

⁸⁵ F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung der § 242. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaft*, Tubinga, 1956.

⁸⁶ D. 1,1,7 : *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

all'applicazione, piuttosto che alla creazione, della regola della legge, non si ritiene investito democraticamente di tale funzione creativa e, come detto, è estremamente timoroso di addentrarsi nell'area della "autonomia privata". Tutte ragioni per preferire di richiamarsi ad una vaga regola ipoteticamente integrante il diritto dei contratti, piuttosto che dichiarare apertamente la propria funzione creativa.

E non è poi troppo distante dal riconoscere tale funzione chi afferma che il problema delle clausole generali "rifluisc[e] nella questione dell'interpretazione" e che "una volta messa in luce la comune caratteristica delle norme giuridiche, contengano esse o meno clausole generali, di costituire spazi per l'intervento creativo del giudice ai fini della costruzione della norma individuale", la contrapposizione tra clausole generali e regole scritte diviene più di quantità che di qualità⁸⁷.

D'altronde, una dimostrazione piuttosto evidente della fondatezza di quanto si va dicendo, sta nella recente modifica del codice civile tedesco che, tra l'altro, ha cristallizzato in alcuni articoli una serie di casi tipizzati elaborati dalla giurisprudenza in buona parte proprio attraverso la valvola della clausola di buona fede⁸⁸.

3. Ora, apparentemente la ricostruzione sopra riportata si appunta specificamente sulle caratteristiche della clausola di buona fede, estraendola dal diritto dei contratti e trasformandola nella funzionalizzazione della creazione giudiziale tipica.

E si può tuttavia dedurre dall'esame della regola di buona fede, e si può estendere tale esame alla generalità delle clausole generali, che la funzione concreta di queste, da una parte, ha rappresentato la via di transito, e meglio, la copertura, dell'intervento del giudice nella struttura della norma scritta e, dall'altra, che tale intervento comporta, attraverso la strutturazione di precedenti, la creazione di norme che si pongono ad un livello di normazione forse diverso da quello delle norme scritte e che alle norme scritte inevitabilmente si ricollega, non solo nella sua derivazione, ma anche nella struttura complessiva del sistema.

Chiediamoci quindi se davvero le osservazioni appena fatte in materia di buona fede siano peculiari a questa o non si estendano invero a tutte le clausole generali, e facciamolo con un esempio che coinvolga la situazione della quale ci siamo più volte occupati, quella dell'abuso di posizione dominante.

Supponiamo così che, in un momento non molto distante dall'entrata in vigore del trattato di Roma, un imprenditore si rifiuti di fornire una materia prima, della quale egli è di fatto l'unico a disporre in quel territorio, ad un trasformatore, che se ne serve

⁸⁷ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit. a nt. ***, 25; è bene precisare che l'autore si limita, per quanto concerne il discorso qui articolato, a riconoscere la funzione creativa della giurisprudenza, ma non segue la "riduzione" della clausola di buona fede di cui si è detto.

⁸⁸ Sulla riforma, cfr. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1.

per produrre un medicinale⁸⁹. E supponiamo che il trasformatore convenga in giudizio il produttore per ottenere la fornitura nelle quantità desiderate ad un prezzo di mercato. Questo egli potrà fare richiedendo l'applicazione delle norme in materia di abuso di posizione dominante, in una situazione ove per ipotesi esse non hanno ancora trovato applicazione alla fattispecie specifica⁹⁰. Il giudice potrebbe bene, come esso fece nel caso di specie, interpretare la vaga norma concorrenziale nel senso di prevedere un obbligo di fornitura a carico del produttore; creando così un precedente, e cioè una nuova regola, alla quale le giurisdizioni successive si sarebbero a loro volta richiamate, spesso per aggiungere ulteriori frammenti di norme vieppiù complesse e diversificate. Ovvero potrebbe - almeno se richiestone - preferire di applicare la regola di buona fede e considerare, sulla base del principio secondo il quale la violazione dell'obbligo di cooperazione rappresenta un comportamento in contrasto con l'obbligo di buona fede, che tale condotta integra un caso di inadempimento contrattuale, o di responsabilità extracontrattuale. In entrambi i casi, l'attività del giudice è, eminentemente, un supplere, un integrare la fattispecie prevista dalla norma aggiungendovi elementi ulteriori. E non è un caso se tale fattispecie sia più tardi confluita ad integrare ipotesi tanto di abuso di posizione dominante quanto, almeno in base ad una interpretazione dottrina autorevole e giurisprudenziale relativamente consolidata in materia di interruzione arbitraria di una fornitura, di violazione dell'obbligo generale di buona fede nei rapporti contrattuali⁹¹. Né è un caso se lo stesso obbligo a contrarre è, nell'elaborazione della dottrina germanica, istituto legato all'illecito aquiliano⁹². Senza contare che la fattispecie in esame potrebbe anche facilmente concretare un caso di abuso di dipendenza economica, e che tale istituto la legge riconnette al verificarsi, nei rapporti tra due imprenditori, di una situazione di "eccessivo squilibrio": figura che, si è visto, deriva indirettamente proprio da una vasta elaborazione giurisprudenziale germanica in materia di clausola di buona fede.

Ne consegue che la clausola generale dell'abuso di posizione dominante⁹³ si concreta, né più né meno che la clausola generale di buona fede, nel fornire al giudice lo spazio -

⁸⁹ E' ovviamente la fattispecie considerata dalla Corte di Giustizia nel caso *Commercial Solvents*, cit. a nt. ***.

⁹⁰ Il trasformatore potrebbe egualmente richiedere un'interpretazione estensiva dell'obbligo legale a contrarre nei confronti del monopolista di fatto - con scarsissime probabilità di successo, si è visto, ovvero l'applicazione di particolari norme regolatorie proprie dei mercati farmaceutici, se esistano, o infine della regola relativa all'abuso di dipendenza economica (oggi, almeno).

⁹¹ Cfr. *supra*, parte V, *passim*, e in particolare parr. E.2 ss.

⁹² Questa è infatti la tesi di H.C. NIPPERDEY, principale elaboratore della teoria relativa al *Kontrahierungszwang*, sul quale si veda quanto detto alla parte II.

⁹³ Che l'abuso di posizione dominante, come d'altronde l'abuso di dipendenza economica, rappresenti una clausola generale non pare dubbio in relazione a quanto si è detto più sopra sulla definizione del concetto di clausola generale: tale istituto menziona tra l'altro

o meglio, la copertura - per un supplere, che, come previsto dagli obblighi di lealtà, correttezza, salvaguardia, protezione, cooperazione, informazione, si traduce nel comando all'imprenditore dominante di rifornire l'altro imprenditore.

Ne deriva anche che l'opera di completamento della fattispecie, o, meglio sarebbe dire, dell'istituto dell'abuso di posizione dominante, fa di questo, si è visto, una clausola generale non tanto del diritto antitrust, quanto più correttamente e direttamente dello stesso diritto civile. E che la sua natura di clausola generale si concreta nell'accesso che essa conferisce alla possibilità di creare norme.

4. Particolarmente interessante risulta, a questo punto, chiedersi perché il legislatore abbia ritenuto di delegare l'applicazione delle norme in materia di obbligo a contrarre, e l'elaborazione della clausola generale che a tale obbligo si sovrappone, alle istanze giudiziali⁹⁴. Si tratta, ovviamente, di un discorso relativamente complesso che, in fondo, appartiene piuttosto allo studioso di scienze politiche che al giurista di continuare. Né la teoria dell'agenzia e lo studio del rapporto preponente-agente, modello peraltro estremamente popolare nell'analisi economica, sembra essere stata più che tanto sceverata proprio in relazione al problema di cui ci occupiamo⁹⁵.

Tentandone tuttavia, in maniera del tutto propositiva, un'impostazione, vale ricordare che spesso si afferma che la creazione di agenzie (che, si è detto, nel nostro discorso assimiliamo comunque alle corti) è giustificata dalla necessità di disporre di competenze specifiche ed altamente qualificate; di rendere le procedure e anche le

espressamente senza ulteriore elaborazione nel novero delle clausole generali A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit. a nt. ***.

⁹⁴ Cfr. già R. POSNER: "il legislatore ha disposto a favore del giudice di una ampia delega di poteri di normazione a mo' di *common law* [*common-law rule-making authority*], come nel diritto *antitrust* ..." (in *The Federal courts*, cit. a nt. ***, 292); nello stesso senso F. EASTERBROOK, "Statutes' domains", cit. a nt. ***, 544, che considera il diritto *antitrust* come eccezione alla generale opportunità di costruire le norme di legge in maniera strettamente corrispondente alla originaria volontà del legislatore, e questo perché tali norme, come dimostrato dalla generalità della loro formulazione, conterrebbero una chiara "delega" ("un assegno in bianco") del legislatore al giudice.

⁹⁵ Sull'*agency theory* cfr. in primissima approssimazione S. ROSS, *The economic theory of agency: the principal's problem*, in *American Economic Review*, 1973, 134 ss.; S. GROSSMAN, O. HART, *An analysis of the principal-agent problem*, in *Econometrica*, 1983, 7 ss.; D. SAPPINGTON, *Incentives in principal-agent relationship*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 45 ss.; A. STONE SWEET afferma (in *Governing with Judges*, Oxford, 2000, 23) che il problema è stato studiato anche con riferimento alle corti, da G. GARRETT, *International cooperation and institutional choice: the EC's internal market*, in *International Organization*, 1992, 533 ss. e A. STONE SWEET, J. CAPORASO, *From free trade to international polity: the European Court and integration*, in *European Integration and Supranational Governance*, a cura di W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET, Oxford, 1998. Si tratta tuttavia di studi che si concentrano sulla delega nel diritto pubblico internazionale e comunitario, che poco aiutano nell'analisi del problema affrontato in queste pagine.

finalità più trasparenti nei confronti dei cittadini; e di garantire l'indipendenza da pressioni politiche⁹⁶. Tali considerazioni lasciano in realtà il tempo che trovano: quanto alle competenze, nulla impedirebbe di dotarne anche l'amministrazione; forse l'osservazione vale nel contesto dell'alternativa agenzia-corte: ma si tratta più di un problema di scarsa flessibilità ed adattabilità della configurazione delle giurisdizioni, derivante soprattutto dal loro consolidamento in epoche storiche pre-industriali, che di una loro connaturata insufficienza funzionale, e la competenza tecnica non rappresenta comunque necessariamente un attributo intrinseco delle autorità indipendenti rispetto ai giudici⁹⁷; lo stesso discorso vale per la trasparenza, che pure potrebbe essere assicurata anche nell'attività della amministrazione e dello stesso parlamento; quanto alle pressioni politiche, occorrerebbe, da una parte, spiegare perché il controllo politico dovrebbe impedire di intervenire efficacemente nei meccanismi del mercato e, dall'altra, in quanto ciò compensi la mancanza di legittimazione democratica di un organo che non promana dal parlamento e si sottrae al suo controllo.

E in realtà su questo ultimo punto non si è andati oltre il dire che il controllo da parte dell'esecutivo sarebbe venuto meno in ragione di una "crisi" - in sostanza, di credibilità - del sistema politico, la quale avrebbe anche comportato la crisi del sistema tradizionale nel nostro ordinamento, quello della responsabilità unificatrice del ministro preposto alla relativa amministrazione, di fronte al Parlamento⁹⁸; crisi alla quale si accompagnerebbe comunque sempre il rapporto di controllo diretto - cioè a dire, senza passare per il ministro e in genere l'esecutivo - del parlamento sull'autorità indipendente⁹⁹.

Tali osservazioni sono completamente condivisibili; ma non si soffermano, come è essenziale fare, sul fatto che ciò che è avvenuto rappresenta non un intervento esterno al sistema politico ma una sua auto-limitazione attraverso, appunto, una delega di poteri alle agenzie indipendenti¹⁰⁰. E non si dica che la delega da parte del parlamento

⁹⁶ In senso critico, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, cit. a nt. ***, 144.

⁹⁷ Il discorso vale anche per le *independent regulatory agencies*, delle quale storicamente la prima, la *Interstate Commerce Commission*, fu pensata per ovviare al problema dell'intervento dei giudici in situazioni estremamente tecniche quali quella della fissazione delle tariffe per il trasporto ferroviario; a ciò si accompagnava la sensazione che i problemi del settore non potessero risolversi con il semplice ricorso al contenzioso, per l'applicazione di quelle dottrine di *common law* che corrispondono, ma con campo di applicazione molto più vasto, all'obbligo a contrarre: cfr. J. ROSSI, *The common law "duty to serve"*, cit. a nt. ***, 1250 s. Cfr. *supra*, alla parte III, par. F.4.

⁹⁸ F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 151 s.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 645, 656.

⁹⁹ Sul tema insiste M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante*, cit. a nt. ***, 384 ss.

¹⁰⁰ Il problema della delega, specie di quella ad autorità amministrative indipendenti, è stato in tempi recenti più volte affrontato da economisti e politologi, ma mai nel contesto e secondo le linee qui sia pur sommariamente abbozzate. Per alcuni tra i più recenti contributi che, da una

non è stata completa, poiché, si è visto, il controllo del parlamento sull'operato di certe autorità indipendenti è assai limitato, e si riduce in sostanza agli stanziamenti di bilancio relativi alle autorità stesse¹⁰¹.

Vanno invece nel senso indicato, quello di cercar di comprendere le ragioni di una delega volontaria ed autolimitativa, le considerazioni che interpretano il successo del modello delle autorità indipendenti in due modi diversi ma in sostanza complementari: da una parte il corpo legislativo conferirebbe credibilità ai propri impegni. Questi risulterebbero poco credibili nel tempo, in quanto l'elettore sa che gli incentivi del politico possono rapidamente mutare, per tacere del fatto che egli è soggetto a rielezione e potrebbe non essere eletto; tale problema il politico risolverebbe delegando funzioni decisionali ad un organo che lo supera e completa nella durata, nel senso di non essere soggetto alla limitazione temporale della rielezione e che può meno facilmente ritrattare i propri impegni in quanto più esposto nella propria reputazione¹⁰². Inoltre, gli stessi autori spiegano la delega nel senso di distinguere tra scelte che implicano una redistribuzione del reddito - le quali abbisognano di una sede di discussione politica - e scelte che, tendendo meramente a correggere le avarie del mercato, non fanno che aumentare l'utilità di tutti i cittadini - l'ottimo paretiano, è appena il caso di aggiungere - e, pertanto, possono essere assunte, possono essere meglio assunte, da un organismo tecnico¹⁰³.

Ora, quanto alla prima osservazione, è appena il caso di osservare che tale posizione, con tutta la sua suggestione, non pare tener sufficientemente conto del problema di credibilità dello stesso regolatore, il quale pure è nominato per una durata normalmente limitata, e assume troppo semplicisticamente che il suo desiderio di mantenere la propria "reputazione" sia più forte dell'analogo desiderio del legislatore.

parte, riportano ampi riferimenti alla letteratura più recente e, dall'altra, contengono alcuni interessanti spunti che si prestano ad una elaborazione nel contesto del nostro esame, cfr. D. SPENCE, *A public choice progressivism, continued*, in *Cornell Law Review*, 2002, 397; D. SPENCE, F. CROSS, *A public choice case for the administrative state*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, 97; S. VOIGT, E. SALZBERGER, *Choosing not to choose: when politicians choose to delegate powers*, in *Kyklos*, 2002, 289.

¹⁰¹ Cfr. sopra, nt. ***.

¹⁰² A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, cit. a nt. ***, 144 ss., che si richiamano in particolare a F. KYDLAND, E. PRESCOTT, *Rules rather than discretion: the inconsistency of optimal plans*, in *Journal of Political Economy*, 1977, 3, 137. Una versione di tale teoria è già in W. LANDES, R. POSNER, *The independent judiciary in an interest-group perspective*, in *Journal of Law and Economics*, 1975, 875, i quali vedono il giudice indipendente nella funzione di chi anche successivamente assicura il patto raggiunto dal gruppo di interessi con le precedenti legislature.

¹⁰³ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, cit. a nt. ***, 188 s., che si richiamano in tal caso a K. WICKSELL, *A new principle of just taxation*, 1896, trad. in R. MUSGRAVE e A. PEACOCK (a cura di), *Classics in the theory of public finance*, Londra, 1967.

Inoltre, la teoria della regolazione come (esclusivamente) dedicata a correggere le avarie di mercato pecca di una semplificazione veramente eccessiva, e comunque essa non si concilia con quanto da me più sopra sostenuto, e cioè che antitrust e regolazione non si possono spiegare nella loro pratica applicazione in base a criteri esclusivamente economici.

E in realtà, qualsivoglia tentativo di approfondire il tema della regolazione e dell'antitrust nel senso di una delega alle autorità amministrative non può evitare di misurarsi con una serie di approfondite teorie relative al funzionamento del potere politico, quelle che si riassumono nella definizione di teoria delle scelte pubbliche. Tale scuola ha, da una parte, messo in luce la possibilità di condizionamenti dei gruppi di interessi sulla formazione del consenso in sede soprattutto legislativa (è la teoria dei "gruppi di interessi")¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Più precisamente, tale ambiente suole studiare i meccanismi di formazione del consenso in chiave di perseguimento da parte dei vari soggetti coinvolti - legislatori, governanti ed elettori - dei propri specifici interessi, attraverso l'esercizio di pressioni e influenze sul sistema. Codeste influenze possono acquistare forme diverse, dal voto, ovviamente, al lavoro volontario, alle contribuzioni in denaro sotto varie forme, all'offerta di posti di lavoro, al condizionamento dei mezzi di comunicazione di massa. L'esame dell'esercizio dell'influenza dei vari gruppi di interessi porta ad evidenziare una disfunzione del sistema democratico, in particolare per il fatto che gruppi di interessi più ristretti possono esercitare una pressione maggiore, in quanto, da una parte, ognuno dei loro componenti ha un interesse individualmente maggiore di quanto avviene nei gruppi più larghi, ove gli interessi sono più diffusi - e questo perché ogni membro ha, a parità delle altre condizioni, più da guadagnare dall'esercizio di quell'influenza - e, dall'altra, la ristrettezza del gruppo minimizza gli ostacoli al funzionamento degli strumenti di aggregazione ed all'esercizio dell'influenza. Sul tema ci limitiamo a citare gli scritti più noti: G. STIGLER, *The theory of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, 3; M. OLSON, *The logic of collective action*, 2a ed., Cambridge, Mass., 1971; G. STIGLER, *Free Riders and Collective Action*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, 359; D. MAYHEW, *Congress: the electoral connection*, New Haven, 1974, 5 s., 13 ss.; R. POSNER, *Theories of economic regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Sciences*, 1974, 335; S. PELTZMAN, *Toward a more general theory of regulation*, in *Journal of Law and Economics*, 1976, 211; R. MCCORMICK, R. TOLLISON, *Politicians, legislation, and the economy*, Boston, 1981; R. TOLLISON, *Rent seeking: a survey*, in *Kyklos*, 1982, 575; R. HARDIN, *Collective Action*, Baltimora, 1982; G. BECKER, *A Theory of competition among pressure groups for political influence*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1983, 371; J. MACEY, *Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation*, in *Columbia Law Review*, 1986, 223; F. MCCHESENEY, *Rent extraction and rent creation in the economic theory of regulation*, in *Journal of Legal Studies*, 1987, 101; J. D. GWARTNEY, R. WAGNER, *Public choice and the conduct of representative government*, in *Public choice and constitutional economics*, a cura di J. GWARTNEY e R. WAGNER, Greenwich, Conn., 1988, 3; A. BRETON, *The economic theory of representative government*, Chicago, 1974, 155; J. MACEY, *Public Choice*, in *Cornell Law Review*, 53, 1988; D. MUELLER, *Public choice II*, Cambridge, 1989, 310; F. MCCHESENEY, *Regulation, taxes, and political extortion*, in *Regulation and the Reagan era*, a cura di R. MEINERS e B. YANDLE, Oakland, 1989, 223; in senso critico, tra gli altri, M. KELMAN, *On democracy-bashing: a skeptical look at the*

Una ulteriore e distinta branca della scuola della scelta pubblica ha invece messo in luce la difficoltà che le scelte dei cittadini possano esprimersi attraverso lo strumento elettorale: è questa la c.d. "teoria delle decisioni" (decision theory). In particolare, tale teoria giunge alla conclusione che il sistema di voto non permette agli individui di "graduare" le proprie scelte, e quindi non permette alla struttura politica di percepirla¹⁰⁵.

La rilevanza delle teorie in questione per il nostro discorso sta nel fatto che più di un autore ha invocato, quale risoluzione dei problemi tipicamente indagati dalla scuola delle scelte pubbliche, un più penetrante ruolo decisionale dell'autorità giudiziaria¹⁰⁶. Posizione che, in realtà, non si rivela del tutto convincente. Come è stato infatti persuasivamente argomentato, lo stesso sistema giudiziario è soggetto all'azione dei gruppi di interesse, e lo è il processo contenzioso; in generale, nulla prova che il sistema di decisione giudiziale sia più obiettivo e che esso meglio rispecchi la posizione della maggioranza, di quanto lo sia il sistema politico; inoltre, laddove il processo giudiziale abbia l'effetto di rendere più difficile il prevalere dei gruppi di interessi nel processo politico, questo potrebbe paradossalmente favorire i gruppi più forti anziché

theoretical and "empirical" practice of the public choice movement, in *Virginia Law Review*, 1988, 199; H. HOVENKAMP, *Legislation, well-being, and public choice*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 63; E. RUBIN, *Beyond public choice*, in *New York University Law Review*, 1991, 1.

¹⁰⁵ E questo soprattutto perché le scelte non avrebbero la caratteristica della transitività: una certa decisione può prevalere rispetto ad un'altra, che prevale rispetto a un'altra ancora, che tuttavia prevarrà rispetto alla prima; ne deriva non solo l'instabilità delle scelte, ma anche il fatto che il prevalere di quella o quella decisione, dipende esclusivamente da come le scelte stesse sono presentate, in quanto ogni decisione può prevalere su un'altra o soccombere, secondo quale altra decisione venga presentata in alternativa. Molti degli autori citati alla nt. precedente affrontano anche gli aspetti della *decision theory*; si vedano comunque in particolare K. ARROW, *Social choice and individual values*, 2a ed., New Haven, 1963; W. RIKER, B. WEINGAST, *Constitutional regulation of legislative choice*, in *Virginia Law Review*, 1988, 373; nonché R. PILDES, E. ANDERSON, *Slingshot arrows at democracy*, in *Columbia Law Review*, 1990, 2121; *Perspectives on public choice*, a cura di D. MUELLER, Cambridge, 1997, 149 ss.

¹⁰⁶ V. E. CHEMERINSKY, *The Supreme Court, 1988 term-foreword: the vanishing constitution*, in *Harvard Law Review*, 1989, 43; R. EPSTEIN, *Takings*, Cambridge, Mass., 1985; ID., *Toward a revitalization of the contract clause*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, 703; J. MASHAW, *Constitutional deregulation: notes toward a public, public law*, in *Tulane Law Review*, 1980, 849; M. SHAPIRO, *Freedom of speech: the supreme court and judicial review*, Englewood Cliffs, 1966; B. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago, 1980; C. SUNSTEIN, *Interest groups in American public law*, in *Stanford Law Review*, 1985, 29; ID., *Naked preferences and the Constitution*, in *Columbia Law Review*, 1984, 1689; talvolta il problema è applicato all'interpretazione della legge: cfr. ID., *Interpreting statutes in the regulatory state*, in *Harvard Law Review*, 1989, 405; R. POSNER, *Economics, politics, and the reading of statutes and the Constitution*, in *University of Chicago Law Review*, 1982, 263; W. ESKRIDGE, JR., *Politics without romance: implications of public choice theory for statutory interpretation*, in *Virginia Law Review*, 1988, 275; J. MANNING, *Textualism and the equity of the statute*, in *Columbia Law Review*, 2001, 1.

rendere il loro compito più difficile¹⁰⁷. Senza contare che, da una parte, gli stessi organi giudiziari operano spesso in base a votazioni, onde sono afflitti dagli stessi problemi di aggregazione del consenso. In generale, poiché comunque il giudice interpreta le scelte del legislatore, la teoria delle decisioni rischierebbe, da una parte, di delegittimare l'attività del legislatore rendendo, dall'altra e al contempo in un qualche modo inane l'interpretazione da parte del giudice, che sempre alla volontà del legislatore si deve rifare¹⁰⁸.

La mia personale convinzione è che la soluzione stia comunque proprio nella teoria dei gruppi di interessi. In particolare, si può ritenere che il legislatore deleghi alle corti ed alle agenzie la soluzione dei problemi in questione - obbligo a contrarre, ricordiamo, da parte di impresa in posizione di potere assoluto o relativo sul mercato - al fine di:

(i) soddisfare la richiesta del proprio elettorato, di un maggiore controllo politico sul potere economico: una scelta, si potrebbe dire, populista, come chiaramente evidenziato dalla storia dell'adozione tanto dello Sherman Act quanto della legge n. 287 del 1990; in particolare, il politico risponde alla richiesta dell'elettorato, di controllo delle aggregazioni di potere economico, e così facendo ovviamente rafforza la propria popolarità e le chances di essere rieletto; egli, inoltre, fa questo creando certi sistemi di norme e certi organismi amministrativi che creano nell'elettorato la sensazione che il problema che ad esso sta a cuore si avvii ad essere efficacemente preso in considerazione: tali organismi, infatti, sono riconoscibilmente e istituzionalmente deputati a risolvere proprio quel problema, perché l'elettorato suppone che essi siano tecnicamente i meglio adatti a farlo, nonché i meglio attrezzati per resistere proprio alle pressioni di tali aggregazioni economiche;

(ii) rispettare il desiderio, o forse sarebbe meglio dire l'urgenza, di non scontentare comunque i gruppi di pressione, attraverso l'adozione di regole di estrema vaghezza e, se si vuole, prive di un particolare mordente, astrazione fatta proprio dalla capacità delle corti di adottare successivamente una politica di attuazione della legge che potenzialmente è in grado di andare ben oltre quanto richiesto dal legislatore e quanto da esso concordato con i gruppi di pressione stessi¹⁰⁹. Il gruppo di interessi preferisce

¹⁰⁷ E. ELHAUGE, *Does interest group theory justify more intrusive judicial review?*, in *Yale Law Journal*, 1991, 31.

¹⁰⁸ K. SCHNEPSLE, *Congress is a "they", not an "it": legislative intent as oxymoron*, in *International Review of Law and Economics*, 1992, 239, e il commento di W.ESKRIDGE, *Cycling legislative intent*, *ivi*, 260 s.

¹⁰⁹ Al problema in esame si è anche cercata di applicare la teoria del contratto incompleto (v. ad esempio B. RODRIGUEZ, *Statutory interpretation and political advantage*, in *International Review of Law and Economics*, 1992, 217, e il commento di G. HADFIELD, *Incomplete contracts and statutes*, *ivi*, 257). Nel nostro caso, tuttavia, il contratto (cioè il testo legislativo) è *volutamente* incompleto, né si può argomentare, come si è fatto in materia di dipendenza economica (alla parte V) che ciò sia voluto per incentivare la cooperazione: non si vede infatti quali vantaggio il legislatore

tale soluzione a quella di una legislazione maggiormente specifica, in quanto esso suppone che, da una parte, la composizione tecnica dell'organo in questione potrà evitare il rischio di un suo troppo facile e deciso propendere per una posizione populista e contraria in maniera preconcepita ai suoi interessi e, dall'altra, perché la procedimentalizzazione dell'attività di corti e agenzie e la loro stessa composizione inducono il gruppo di interessi a presupporre che gli sarà più agevole di influenzare il risultato delle loro scelte.

La ragione per la quale la fondata critica di Elhauge, sopra menzionata - che anche le corti sottostanno alle stesse pressioni dei gruppi di interessi che si esercitano sul legislatore, onde non è attraverso la delega a loro favore che questo problema si risolve - non tocca questa nostra prospettazione, deriva dal semplice fatto che, secondo quanto noi riteniamo, non è tanto vero che il legislatore disponga la delega alle corti perché vuole concretamente sottrarsi alle pressioni dei gruppi di interessi, ma piuttosto perché egli vuole convogliare all'elettorato l'impressione di essersi durevolmente sottratto a tali pressioni, senza tuttavia aspirare concretamente al raggiungimento di tale risultato, in quanto le regole sono a tal punto vaghe, che le corti potrebbero anche rimanere completamente inattive o attuare le norme in senso assolutamente conforme agli interessi dei gruppi di pressione, come spesso è avvenuto, e il legislatore avrebbe comunque raggiunto il risultato ricercato.

5. A questo aspetto, che mi pare comunque fondamentale, si potrebbero aggiungere ulteriori fattori che a mio avviso possono contribuire alla scelta del legislatore in favore della delega:

(i) il problema del ritardo, con il quale il legislatore segue le richieste dell'elettorato - per vari motivi, tra i quali tuttavia particolarmente pregnante è quello che singoli rappresentanti si concentrano sulle proprie priorità, a cominciare da quella di riuscire ad essere rieletti¹¹⁰, e sono per questo portati a disattendere le richieste dell'elettorato, e la volontà quindi di far avanzare le corti per ovviare al proprio attardarsi; e l'inconfessato desiderio di mantenere una sorta di strumento di risposta e contro-pressione nei confronti degli stessi gruppi di pressione¹¹¹;

(ii) inoltre, è a mio avviso indubitabile che il sistema della delega allevii, se non altro, il problema informativo del quale soffre ogni consesso politico, il problema, cioè, di raccogliere, elaborare ed aggiornare continuamente le informazioni necessarie per effettuare le scelte delle quali è questione. Per quanto, si è detto, tale problema non giustifichi la delega, in quanto il legislatore avrebbe la possibilità di attenuarlo

trarrebbe dall'incentivare la collaborazione del giudice lasciandogli, in sostanza, campo completamente libero.

¹¹⁰ D. MAYHEW, *Congress: the electoral connection*, cit. a nt. ***, 126 s.

¹¹¹ Tale intento è affiorato in modo piuttosto evidente al momento dell'adozione della legge italiana sulla concorrenza.

attraverso la creazione di organismi interni alla legislatura stessa, opzione che esso consapevolmente disattende, non è dubbio che il sistema della delega, in particolare della delega alle agenzie regolatorie, sia in parte determinato da tali problemi informativi, e in parte li risolve;

(iii) la delega, ancora, diviene in una qualche misura rapidamente irrevocabile: da una parte, infatti, la corte continua progressivamente ad accumulare potere e spazio discrezionale, attraverso il sistema del precedente, sopra delineato, potere che sarebbe assai difficile al legislatore di ridimensionare¹¹²; dall'altra, se la delega si è resa possibile attraverso il raggiungimento di un grado normalmente assai elevato di consenso in sede legislativa, la revoca della delega stessa richiede nuovamente il formarsi di una tale aggregazione, ciò che, in presenza appunto di un organo che svolge un ruolo più o meno consolidato, e salvo che si verifichino eventi storici o culturali di eccezionale ampiezza, diviene estremamente difficile. Ne risulta una tendenza degli organi giudiziari o amministrativi che esercitano il potere di cui si tratta a perpetuarsi ed anzi ad accrescere progressivamente lo spazio della propria azione più o meno discrezionale. Cui si aggiunge, si è detto, la convenienza del legislatore a non adottare posizioni troppo facilmente riconoscibili nel tentativo, in sostanza, di barcamenarsi tra elettorato e gruppi di pressione;

(iv) infine, anche se la elaborazione teorica sul punto è ancora molto incompleta, il problema di cui ci si occupa è influenzato dal suo parziale dispiegarsi in ambiente comunitario, e ciò almeno in due modi: da una parte, esso è toccato da quel processo di progressiva accumulazione di potere messo in atto, finora con successo, congiuntamente da giudici nazionali e Corti di giustizia attraverso il ricorso al meccanismo dell'art. 234 del trattato; dall'altra, occorre ricordare che, nella misura in cui è esercitata dalla Corte, la delega di cui si tratta proviene non da un parlamento, ma da più Stati membri; la delega, pertanto, va esaminata anche nella luce della sua capacità di risolvere i problemi che gli Stati membri incontrano nel processo di decisione collettiva. Il potere della Corte, in questo rispetto, risponde agli interessi degli Stati membri in quanto, è stato detto¹¹³, ha l'effetto di rendere vincolanti i

¹¹² Sul punto specifico cfr. A. STONE SWEET, *Judicialization and the construction of governance*, in *Comparative Political Studies*, 1999, e oggi in *On law, politics & judicialization*, Oxford, 2002, 55; ID., *European integration and the legal system*, in *The State of the European Union*, 6, Law, Politics and Society, dir. da T. BORZEL, R. CICHOWSKI, Oxford, 2003 (ma n.a.p.): sul primo aspetto - l'accrescersi quasi automatico del potere del giudice - l'autore - che in realtà non rientra tra i sostenitori della teoria della delega - ricorre, come detto, alla figura della dipendenza da percorso (path dependence). Come egli stesso ammette, tuttavia, se il processo dinamico della formazione del precedente è assai chiaro, e l'utilità che da tale processo deriva è sufficientemente comprensibile, la presenza e la specificità di proventi crescenti, condizione essenziale della dipendenza da percorso, merita ancora più di un approfondimento.

¹¹³ J. WEILER, *The constitution of Europe*, 1999, 200 s., anche per l'osservazione relativa alla rilevanza del rapporto tra giudici nazionali, di regola inferiori, e Corte (*ivi*, 197): l'a. mette in

patteggiamenti da questi conclusi: ciò, nella materia di cui ci occupiamo, vale soprattutto per quella giurisprudenza della Corte che, applicando in maniera innovativa le regole di concorrenza al settore pubblico, ha creato un argine molto efficace alla tendenza degli stati di barare creando in vari modi aree sottratte di fatto all'applicazione delle norme concorrenziali. Tale aspetto è meno evidente nella creazione progressiva delle regole di concorrenza applicabili alle imprese ove, si è detto, l'aspetto qualificante è dato dalla rilevanza del rapporto con l'elettorato, che esso si articoli con il parlamento nazionale ovvero con la struttura comunitaria che comunque all'elettorato, indirettamente, risponde.

rilievo altre motivazioni per l'accresciuto potere della Corte quali il formalismo giuridico europeo, la neutralità della Corte e il dispiegarsi incrociato dell'influenza delle pronunce dei giudici nazionali tra uno Stato membro e l'altro.

La concorrenza sleale*

- SOMMARIO:** 1 - Concorrenza sleale: problemi di definizione.
2. - I soggetti dell'illecito concorrenziale
3. - Le fattispecie illecite.
3.1. - Illecito con fusorio.
3.2. - Denigrazione e appropriazione di pregi.
3.3. - Atti sleali per contrarietà alla correttezza professionale.
4. - Il sistema sanzionatorio.
5. - La concorrenza sleale nell'era di Internet.

1. - Concorrenza sleale: problemi di definizione.

A.- La concorrenza sleale, scriveva Bonfante all'inizio del secolo scorso, è una "nebulosa di consistenza dubbia, a contorni vaghi ed oscillanti".¹¹⁴ In un ambiente legislativo profondamente mutato, l'osservazione resta valida. E, tuttavia, va conciliata col rilievo che il significato tecnico attribuito dal codice civile a tale locuzione rimanda ad un ambito alquanto circoscritto. Non ogni comportamento contrario alla correttezza professionale, capace di risolversi in pregiudizio per un concorrente, può essere con certezza ricondotto nell'ambito di applicazione degli artt. 2598 - 2601. Più precisamente (ma sulla questione si tornerà più diffusamente in prosieguo), non è dato parlare di concorrenza sleale quando l'attività compiuta dall'imprenditore a danno di un rivale viola un divieto legislativo fissato in vista del perseguimento di un qualche interesse superiore. In questo caso, infatti, si verte in situazione di vera e propria *concorrenza illecita* in senso stretto, fattispecie regolata da norme di volta in volta diverse e in generale, dal punto di vista civilistico, riconducibile al paradigma dell'art. 2043. Allo stesso modo, non si applicano le categorie proprie della concorrenza sleale alle ipotesi riconducibili alla c.d. *concorrenza illecita contrattuale* (o *anticontrattuale*), che ricorre quando tra l'imprenditore danneggiante e quello danneggiato esista un contratto o un rapporto qualificati da caratteristiche tecniche significative o da una situazione di particolare affidamento¹¹⁵.

* Di Roberto Pardolesi. Un sincero ringraziamento ad Anna Lisa Bitetto per la preziosa collaborazione.

¹¹⁴ P. BONFANTE, *Il diritto al nome commerciale e la concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, II, 164.

¹¹⁵ Cfr. Cass. 16 ottobre 1985, n. 5089, secondo cui: «La domanda rivolta a sostenere la responsabilità del convenuto per fatti di concorrenza sleale, consistenti nella violazione di specifici obblighi contrattuali, con la conseguente richiesta di condanna del convenuto medesimo al risarcimento del danno, esula dalla previsione dell'art. 2598 c.c., riguardante la

Sgombrato il campo dall'idea che la concorrenza sleale ricorra in tutti i casi l'imprenditore manca ad un qualche obbligo a suo carico, occorre appuntare l'attenzione sul presupposto critico per la concreta applicazione delle regole in oggetto: presupposto rappresentato dalla natura 'sleale' dell'atto di concorrenza posto in essere. Sul valore e sul significato dell'aggettivazione giova soffermarsi, pur nella consapevolezza ch'essi, in quanto basati su considerazioni soprattutto etiche, sono destinati a variare con l'evolversi delle circostanze di fatto in cui il gioco concorrenziale si sviluppa¹¹⁶.

Un'ovvia premessa. Salvo il caso di monopoli legali, non può considerarsi sleale *an sich* l'entrata di un'impresa in un determinato mercato, malgrado il fatto che l'operatore con una posizione preconstituita possa lamentare, esclusivamente in termini economici, un danno in relazione a tale (ai suoi occhi ingrata) novità. Per usare le parole della Corte costituzionale, l'art. 41 cost. «enuncia sul piano costituzionale la libertà economica nella sua fondamentale manifestazione di iniziativa economica privata, che si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico»¹¹⁷. Quanto dire che l'ordinamento non garantisce, a chi svolge una certa attività imprenditoriale, di non essere disturbato dalla concorrenza altrui, a meno che tale concorrenza non si svolga attraverso pratiche e dinamiche sleali in sé.

Si ripropone, quindi, il problema definitorio sopra enunciato. Per risolvere il quale occorre innanzitutto evidenziare che in tanto la concorrenza sleale è un istituto giuridico in quanto i parametri per valutarla sono costituiti da regole contenute in norme di legge o precetti di origine etica, ma rivestiti di un «elemento formale» che dia loro una portata giuridica vincolante e le renda, dunque, obbligatorie. Fuori da questi stretti confini, prassi e usi del commercio, non formalizzati, appaiono inadatti a dettare le regole di comportamento per gli appartenenti alla categoria interessata, perché questi, non solo non avvertiranno il precetto come vincolante, ma addirittura non avranno modo di conoscere con certezza il precetto. Ciò non significa che la concorrenza è sleale soltanto nella misura in cui si palesa contraria a consuetudini, cioè a comportamenti generalizzati e caratterizzati dalla *opinio iuris ac necessitatis* (nel qual caso, si tratterebbe di contrarietà a norme giuridiche e non di slealtà *tout court*); bensì

diversa ipotesi di concorrenza in violazione di regole di condotta extracontrattuale, e si traduce nella denuncia di un fatto illecito contrattuale». Cfr. Cass. 1° marzo 1986, n. 1310, a tenore della quale: «il rapporto di concorrenza rilevante ai sensi dell'art. 2598, n. 1, può esistere anche tra imprenditori che trattino beni succedanei ed altresì in relazione ad attività che si presentino, in termini non già di mera possibilità, ma di rilevante probabilità, quali estensioni o espansioni in futuro dell'attività attuale dell'imprenditore».

¹¹⁶ Si pensi, ad esempio, a come è mutato nel tempo l'atteggiamento assunto dai ceti mercantili rispetto alla pubblicità commerciale o allo storno di dipendenti. Cfr. L.C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, 105.

¹¹⁷ Così Corte cost. 26 gennaio 1957 n. 29, *Foro it.*, 1957, I, 505.

che l'interprete, nel pronunciarsi sull'eventuale slealtà, deve tenere ben presente qual è la fonte dalla quale trae il parametro utilizzato per valutarla.

B.- L'esigenza di predisporre norme giuridiche che imponessero agli imprenditori di rispettare le regole del gioco concorrenziale desumibili dall'applicazione del canone generale di correttezza nei loro rapporti e, più in generale, nel compimento degli atti propri dell'attività di impresa fu formulata espressamente per la prima volta a livello internazionale, nella Convenzione di Unione di Parigi del 1883. A tale esigenza si rispose a livello regolamentare inizialmente con la Convenzione di Bruxelles del 1900 e la revisione di Washington del 1911. La definitiva sistemazione della materia a livello internazionale si ebbe però soltanto con l'art. 10 *bis* della revisione dell'Aja del 1925, modificato nella revisione di Londra del 1934 e in quella successiva di Lisbona del 31 ottobre 1958 (che sarebbe stata ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la legge 4 luglio 1967, n. 676).

In Italia le prime norme riguardanti espressamente la materia furono poste soltanto nel 1942, con l'emanazione del codice civile che, come si è già detto, agli artt. 2598-2601 sottopose gli atti di concorrenza sleale ad un regime specifico, con ciò sottraendoli alle regole generali di responsabilità extracontrattuale. Tuttavia, già in precedenza la legge 29 dicembre 1927, n. 2701 –nella quale fu convertito il R.d.l. 10 gennaio 1926, n. 169, che aveva dato esecuzione in Italia alla Convenzione dell'Unione nel testo approvato all'Aja nel 1925– aveva stabilito che tutti i benefici accordati da convenzioni o trattati internazionali agli stranieri nelle materie contemplate dalla convenzione stessa erano estesi anche ai cittadini italiani. E fu questa la via attraverso la quale il già citato art. 10 *bis* della Convenzione di Unione entrò a far parte dell'ordinamento italiano. La disposizione non corrisponde esattamente all'art. 2598, ma certo ne costituisce il motivo ispiratore.¹¹⁸

¹¹⁸ Tale articolo recitava: «Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnetes en matière industrielle ou commerciale. Notamment devront être interdits: 1) tout faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 2) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 3) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la qualité des marchandises».

C.- Il recepimento codicistico di regole già introdotte sulla scorta di fonti internazionali ha, da un lato, sancito l'autonomia dell'istituto, dall'altro acuito il problema del rapporto con principi e regole che presidiano il campo della responsabilità aquiliana (artt. 2043 - 2059)¹¹⁹.

Come si è già accennato, prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, la norma utilizzata dalla giurisprudenza per addivenire alla repressione degli atti sleali era l'art. 1151 del codice abrogato. A tal proposito, la dottrina non aveva mancato di rilevare come, per un verso, la base del delitto o quasi-delitto si rivelasse men che solida per un'azione esperibile anche di fronte al danno meramente eventuale, dal momento che l'art. 1151 presupponeva il danno senza prevenirlo¹²⁰; e come, per altro verso, i presupposti della succitata disciplina -materializzarsi del pregiudizio e sua valutazione-- fossero inadeguati alle ipotesi di illecito concorrenziale con danno non ancora prodottosi o insuscettibile di apprezzamento puntuale, giungendo a denunciare la strutturale inidoneità a soddisfare l'esigenza di reprimere preventivamente le manovre speculative illecite¹²¹.

Sulla scia di tali critiche dottrinarie e soprattutto a seguito dell'espressa regolamentazione (prima con la Convenzione e poi con il codice del 1942), la concorrenza sleale acquisisce un profilo autonomo, nel quale è facile scorgere aree di indubbia divergenza rispetto alle regole poste dall'art. 2043.¹²² Più in particolare, si conviene che:

- l'illecito concorrenziale non necessita di uno stato soggettivo 'tipico' del soggetto agente; se l'illecito civile- fatte salve le ipotesi di responsabilità oggettiva- è sempre caratterizzato dalla colpa ovvero dal dolo di chi lo pone in essere, l'atto di concorrenza sleale rileva per il solo fatto di essere stato compiuto ed il suo accertamento oggettivo spiana la via all'adozione di provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, a prescindere da ogni indagine di natura psicologica;

¹¹⁹ La giurisprudenza ha avuto più volte modo di specificare che «le norme sulla concorrenza sleale rappresentano un'applicazione specifica del dovere generico di non cagionare danni ingiusti ad altri (art. 2043), riferita al campo della tutela dei prodotti dell'azienda e la violazione delle stesse comporta responsabilità extracontrattuale a carico del colpevole» (Cass. 28 febbraio 1992, n. 2501, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1992, 593). Ciò premesso, va tuttavia rilevato che «mentre con le norme repressive dell'illecito concorrenziale il legislatore protegge il diritto a determinati comportamenti negativi da parte di altri soggetti qualificati (precisamente il diritto ad ottenere che ciascun imprenditore non si avvalga verso gli altri di mezzi scorretti nell'esercizio dell'attività economica), la norma generale sull'esercizio dell'illecito aquiliano tutela il diritto assoluto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale, che viene lesa dallo stesso comportamento illegittimo» (Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, 386, con nota di LIBERTINI).

¹²⁰ GIANNINI, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1898, 43.

¹²¹ MARGHERI, *Necessità di provvedimenti relativamente alla concorrenza sleale*, relazione al IV Congresso giuridico nazionale, Napoli 1897, 308.

¹²² SCIRE', *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Milano 1989, 18.

- è ravvisabile un illecito concorrenziale ogniqualvolta l'attività compiuta abbia in sé una potenzialità dannosa (mentre l'illecito civile assume che all'attività colposa e dolosa dell'agente corrisponda un danno ingiusto); pertanto il giudice, ove ricorrano atti di concorrenza sleale, potrà inibirli semplicemente perché idonei a danneggiare il soggetto passivo dell'attività concorrenziale, prescindendo, così, dalla necessità di individuare un concreto effetto pregiudizievole;
- per quel che concerne gli effetti più spiccatamente processuali, se in materia di responsabilità aquiliana compete al danneggiato fornire la prova del dolo o della colpa del soggetto agente, del danno e del nesso di causalità fra il fatto e il danno, quando si verta in ambito di concorrenza sleale, una volta raggiunta la prova dell'illecito concorrenziale, spetta all'agente, per essere esentato da responsabilità, procurare la prova della propria incolpevolezza, a causa della presunzione *iuris tantum* di cui all'art. 2600; si registra, dunque, una vera e propria inversione dell'onere probatorio in favore del soggetto passivo dell'attività che si asserisce illecita.¹²³

Se tutto ciò non bastasse, a tenore del formante giurisprudenziale ormai maggioritario la disciplina dell'illecito di concorrenza sleale si emancipa dall'ordinario illecito aquiliano con riguardo alla più intensa tutela concessa per la concorrenza sleale e, ancor prima, con riferimento ai diversi presupposti delle due categorie di illecito, in quanto l'uno è correlato all'adozione di mezzi di concorrenza che violano la correttezza professionale, l'altro ad ogni comportamento lesivo di un interesse tutelato.¹²⁴

D'altro canto, non ci si può nascondere che proprio l'indagine sui rapporti tra concorrenza sleale e illecito aquiliano ha consentito di rispondere ad interrogativi rilevanti (come il termine prescrizione dell'illecito concorrenziale, la possibilità di applicazione dell'art. 2049 in ipotesi di illecito commesso da un dipendente, l'eventualità che il non concorrente possa essere ritenuto responsabile per fatto illecito); e non sorprende che, per questa via, si sia giunti ad asserire il rapporto di specialità della prima rispetto alla seconda.¹²⁵ Specialità cui si è voluto far conseguire un ulteriore risultato: muovendo appunto dal presupposto di ritenere che l'illecito concorrenziale, pur con le sue segnate peculiarità, costituisca una *species* dell'ampio *genus* dell'illecito aquiliano (sì che esisterebbe un rapporto di c.d. sussidiarietà necessaria tra le norme di cui agli articoli 2043 e 2598¹²⁶), si è affermato che, riguardo al pregiudizio subito dal

¹²³ In tal senso SALZO, *La concorrenza sleale*, Padova, 1998, 21.

¹²⁴ Da ultimo cfr. App. Milano 23 novembre 1993, *id.*, 1994, 525; in senso conforme v. altresì Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, in *Foro it.*, 1984, I, 535 (m), con nota di VETTORI; 6 luglio 1971, n. 2106, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1564; 5 dicembre 1969, n. 3886, in *Giur. it.*, 1970, I, 1469; 17 giugno 1966, n. 1561, in *Giur. it.*, 1967, I, 222; 6 aprile 1966, n. 690

¹²⁵ Per una prima pronuncia con esito positivo all'interrogativo sulla possibilità che la disciplina dell'illecito civile potesse considerarsi fonte integrativa della normativa sulla concorrenza sleale cfr. Cass. 9 agosto 1961 n. 1930, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 1510-

¹²⁶ Di contrario avviso G. e G. GUGLIEMETTI, voce *Concorrenza*, in *Digesto comm.*, Torino, 1988, 318. Gli autori sostengono, infatti, che il rapporto tra l'art. 2043 c.c. e art. 2598 non sia di sussidiarietà, nel senso che l'art. 2043 sia applicabile ogni qualvolta sia posta in essere una condotta che rientri oggettivamente nella previsione di cui all'art. 2598, e ciò non solo e non

prodotto d'impresa a causa del comportamento altrui, la non configurabilità di atti di concorrenza sleale, per difetto dei relativi requisiti, non implica la sua promozione al novero intangibile delle espressioni del principio di libera iniziativa economica, potendo esso integrare gli estremi dell'illecito aquiliano, ove l'indicato pregiudizio venga a riflettersi negativamente sulla sfera patrimoniale dell'impresa produttrice.¹²⁷

La contrapposizione rischia d'isterilirsi nelle secche di un dibattito nominalistico. Se non v'è dubbio che, come recentemente ribadito dalla Suprema corte¹²⁸, le norme sulla concorrenza sleale rappresentino un'applicazione specifica del dovere di non cagionare danni ingiusti ad altri riferito al campo della tutela dei prodotti dell'azienda,¹²⁹ va altresì condivisa l'opinione secondo cui, quante volte sia da escludere l'applicabilità alla fattispecie dei rimedi forniti dalla norme sull'illecito concorrenziale, occorrerà indagare *case by case* se la scorrettezza oggettivamente esistente possa essere valutata anche in termini di sua più generale anti giuridicità, con un'indagine non preclusa aprioristicamente ma neppure, per converso, condizionata da facili automatismi valutativi.¹³⁰ Invero, dal momento che potrebbe essere più corretto considerare sia l'illecito aquiliano, sia quello concorrenziale come *species* di un *genus* più ampio, comprensivo dei casi di responsabilità per colpa e di responsabilità oggettiva, e giacché gli atti di concorrenza sleale producono effetti giuridici di notevole importanza pur se privi dell'elemento psicologico previsto dall'illecito aquiliano¹³¹--come attestato dall'art. 2600, che richiede la prova del dolo o della colpa per procedere al risarcimento del danno, ma non al fine di inibire la continuazione degli atti di concorrenza e la rimozione degli effetti--, si va ad una conclusione obbligata: che, qualora un atto non possa qualificarsi come illecito di natura concorrenziale per difetto di uno dei suoi requisiti, non sempre e non necessariamente esso si presta ad essere

tanto per la rilevanza dell'elemento della colpevolezza nei due tipi di illecito, né per la necessità ai fini dell'applicazione dell'art. 2043 di un danno attuale, quanto piuttosto per la considerazione di carattere generale, che la valutazione dell'illiceità della condotta lesiva di interessi altrui posta in essere nell'esplicazione dell'attività concorrenziale riposa su principi diversi rispetto a quelli su cui riposa la medesima valutazione riferita, questa volta, a comportamenti estranei all'ambito concorrenziale.

¹²⁷Cfr., Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Concorrenza*, n. 39; nella giurisprudenza di merito cfr. App. Bologna 6 luglio 1982, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 830, con nota di GIULIANI, *Illecito concorrenziale, illecito aquiliano ed ingiustizia del danno*; Trib. Milano 21 dicembre 1981 App. Roma 21 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 382, con nota di MORELLI, *Il boicottaggio economico indiretto collettivo tra disciplina dell'illecito aquiliano e regime della concorrenza sleale*.

¹²⁸ Cass. 28 febbraio 1992, n. 2501, cit.

¹²⁹ In tal senso v. Cass. 3 luglio 1980, n. 4225 in *Giur. dir. ind.*, 1980, 81

¹³⁰ SCIRE', cit., 29.

¹³¹ FRANCESCHELLI, voce *Concorrenza sleale*, *Encicl. giur.*, Roma, 1988, vol. VII, 10.

inquadrate nella diversa categoria di illecito aquiliano, se non previa verifica della sussistenza dei presupposti per questo richiesti dall'art. 2043.¹³²

2. - I soggetti dell'illecito concorrenziale.

I. - La qualifica di imprenditore.

All'indomani dell'emanazione del codice civile, in letteratura emerge l'esigenza di chiarire quali siano i presupposti soggettivi per l'applicabilità della disciplina sulla concorrenza sleale: in particolar modo, se --posto che la lettera della norma si affida alla formulazione più dilatata, chiunque-- sia necessario che il soggetto attivo della condotta disciplinata dall'art. 2598 rivesta la qualifica d'imprenditore e, soprattutto, se debba sussistere un rapporto di concorrenza fra l'autore della condotta e il soggetto che la subisce.¹³³

Ai due problemi interpretativi posti dalla norma la dottrina ha risposto prospettando quattro soluzioni¹³⁴:

- a) chiunque, anche il *quisque de populo*, è in condizione di commettere un atto di concorrenza sleale diretto contro un imprenditore, anche se non è a sua volta imprenditore, né concorrente, né interessato allo svolgimento della lotta concorrenziale.¹³⁵ A sostegno di tale tesi, una considerazione di carattere teleologico: la necessità che non sfugga a repressione il comportamento illecito attuato da un terzo su incarico, difficile a provarsi, di un imprenditore rivale (se si preferisce, il rischio che un condotta sleale per interposta persona veda impuniti l'uno e l'altro colpevole, quante volte non si riesca a dimostrare il rapporto di complicità.)¹³⁶;
- b) per entrambi i soggetti è necessaria soltanto la qualifica di imprenditore, non però quella di concorrente.¹³⁷ Secondo i fautori di tale tesi, la concorrenza può sussistere non solo con riferimento a beni suscettibili di soddisfare bisogni identici o affini, ma anche allorquando le attività

¹³² In dottrina in tal senso cfr. MANGINI, *Proprietà industriale e concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 658; G. e G. GUGLIEMETTI, cit. 318

¹³³ GUGLIEMETTI, *La concorrenza*, cit., 50.

¹³⁴ Per un'ampia ricognizione delle varie tesi interpretative sui presupposti soggettivi dell'illecito concorrenziale, v. SCIRE', cit., vol. I, 90ss.

¹³⁵ FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, 294; BIANCA, *Sull'autore dell'atto di concorrenza*, nota a Cass. 21 febbraio 1958, n. 517, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 90; SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, 1959, 131, nota 77.

¹³⁶ AULETTA - MANGINI, cit. *infra*, nota 115.

¹³⁷ PELLEGRINO, *Il soggetto attivo della concorrenza sleale*, in *Foro pad.*, 1953, I, 181; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 563; BERNINI, *Omonimia tra ditte non concorrente e disciplina repressiva della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, I, 288.

imprenditoriali siano tra loro diverse, in considerazione della generale interdipendenza che collega tra loro tutti i beni;¹³⁸

- c) per entrambi i soggetti è essenziale soltanto la relazione concorrenziale.¹³⁹ Supportano tale soluzione quanti ritengono che lo schema dell'imprenditorialità necessaria contrasti con l'adozione di criteri interpretativi intesi a preservare un'apertura problematica verso il futuro: quanto dire che la lettera della norma non limita la fattispecie concorrenza sleale in base al concetto tecnico-giuridico di imprenditore, né tale limitazione può dedursi dalla *ratio legis*, sì che per la sua applicazione è sufficiente l'esercizio di un'attività economica, al di là dell'organizzazione imprenditoriale.¹⁴⁰
- d) entrambi i soggetti devono essere imprenditori e, al tempo stesso, concorrenti.¹⁴¹ Per i sostenitori di tale approccio, la concorrenza sleale mira ad evitare che si verifichi uno sviamento della clientela, autentico *ubi consistam* del danno concorrenziale; pertanto, non vi può essere concorrenza se non fra imprese che esplicano un'attività di genere affine e con una clientela intercomunicante.¹⁴²

In sintonia con quest'ultima impostazione concettuale si è posta gran parte dei giudici di merito, che ribadiscono come la qualifica d'imprenditore commerciale in capo ad entrambi i soggetti del rapporto concorrenziale costituisca presupposto indeclinabile per l'applicazione della tutela contro la concorrenza sleale.¹⁴³ La compattezza del fronte si è venuta, però, sfrangiando per effetto di pronunce intese a rilevare come una struttura organizzata di rilevanti dimensioni non potesse sfuggire

¹³⁸ FERRARI, *Il soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, I, 163, ed ancora *Osservazioni sui soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 425.

¹³⁹ La tesi viene prospettata per la prima volta da CARNELUTTI, *Concorrenza illecita professionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 166, nonché in *Studi di diritto industriale*, 1916, 83; v. altresì JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 193.; BELTRAMI, *I soggetti dell'atto di concorrenza sleale*, nota a Cass. 2 marzo 1961, n. 439, in *id.*, 1961, II, 345; FRANCESCHELLI, *L'esistenza di una situazione di concorrenza in senso economico come presupposto della concorrenza sleale*, *id.*, 1956, II, 29.

¹⁴⁰ FRANZOSI, *Sui soggetti dell'atto di concorrenza sleale*, nota a Cass. 6 luglio 1962, n. 1733, *id.*, 1962, II, 99; ROVELLI, *La concorrenza sleale ed i beni immateriali di diritto industriale*, Torino 1967, 9.

¹⁴¹ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, 26ss; GHIDINI, *La concorrenza, in la concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di GALGANO, Padova, 1981; CAMILLI, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, 363

¹⁴² GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, Torino 1971, 24

¹⁴³ In tal senso, *ex plurimis*, Trib. Genova, 20 marzo 2002, in *Dir. ind.*, 2002, 395; Trib. Trieste 4 gennaio 2001, in *Rass., avv. stato*, con nota di CAPALDO; Trib. Catania 28 giugno 2000, in *Giur. dir. ind.* 2000, 1002.

alla disciplina della concorrenza sleale e, comunque, sensibili al carattere economico dell'attività privata e all'incidenza dell'attività di un soggetto sulla clientela dell'altro.¹⁴⁴

In realtà, le voci che ravvisano nel rapporto concorrenziale l'asse portante dell'istituto e caldeggiavano la diretta applicabilità della disciplina *ex art. 2598* a società occasionali, lavoratori autonomi, professionisti, artisti --in una, a quanti esercitano attività economiche, anche se non professionalmente né in modo organizzato--¹⁴⁵ trovano riscontro in un crescente numero di decisioni inclini a dare ingresso all'azione concorrenziale ove sussista un rapporto di concorrenza con soggetti mossi da potenziale perseguimento di utili¹⁴⁶; e si delinea un'impostazione più elastica, a tenore della quale si richiede soltanto che si tratti di operatori impegnati in un'attività economica sul mercato.¹⁴⁷ In tal senso, recentemente la Suprema Corte ha affermato che anche istruzione e insegnamento rientrano nella nozione della possibile iniziativa economica privata e che l'offerta del relativo servizio al mercato deve rispettare i limiti che garantiscono al consumatore la scelta libera e consapevole del prodotto e del produttore; ecco, allora, spianata la strada all'affermazione che la disciplina della concorrenza sleale trova applicazione ogni qual volta sussista un rapporto concorrenziale in forza del quale l'attività dell'un soggetto incida, anche potenzialmente, sulla clientela dell'altro.¹⁴⁸

Si è invece da sempre sostenuta l'irrilevanza della natura privata o pubblica del soggetto attivo dell'atto di concorrenza, poiché non soltanto i privati, ma anche coloro che operano sul versante pubblico sono tenuti a non compiere atti di concorrenza sleale, anche qualora l'esercizio di attività imprenditoriale sia (come per gli enti pubblici non economici) meramente secondario.¹⁴⁹ In linea con tale impostazione, argomentando *ex art. 2093*, si è preferito parlare di soggetti pubblici esercenti un'impresa, per giungere ad affermare che possono essere sleali tutti gli atti riferibili all'esercizio di attività idonee a danneggiare concorrenti.¹⁵⁰

II. - Il rapporto di concorrenza.

¹⁴⁴ Cfr. Trib. Roma 24 settembre 1986, in *Giur. dir. ind.*, 1986, 2070; App. Roma 25 febbraio 1985, *id.*, 1985, 1903; Trib. Milano 6 giugno 1985, in *Dir. ind.*, 1985, 613; Pret. Monza 12 ottobre 1984, in *Giur. dir. ind.*, 1985, 1871; Trib. Roma 7 ottobre 1981, *id.*, 1981, 590; Trib. Roma 21 ottobre 1981, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 145.

¹⁴⁵ Così PARDOLESI, nota a Pret. Roma 27 giugno 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2048.

¹⁴⁶ Cfr., da ultimo, Trib. Chiavari 21 settembre 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., 223.

¹⁴⁷ QUARANTA, *E' ravvisabile concorrenza sleale nell'attività di istruzione ed insegnamento*, in *Dir. ind.*, 2001, 350.

¹⁴⁸ Cass. 11 aprile 2001, n. 5377, in *Dir. ind.*, 2001, 347, con nota di QUARANTA, cit.

¹⁴⁹ GUGLIEMETTI, *La concorrenza*, cit., 51

¹⁵⁰ ASCARELLI, cit., 195.

Univoco il convincimento dei giudici di legittimità: il presupposto indefettibile della fattispecie illecita prevista dall'art. 2598 è la sussistenza di un'effettiva situazione concorrenziale tra soggetti economici, il cui obiettivo consista nella conquista di una maggiore clientela a danno del concorrente. Da ciò consegue che la comunanza di mercato -- *id est*, l'insieme dei consumatori che avvertono il medesimo bisogno e si rivolgono ai prodotti atti a soddisfare tale esigenza, senza che conti l'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti delle due imprese -- è elemento costitutivo della fattispecie, la cui assenza impedisce ogni concorrenza.¹⁵¹

Questa prospettiva è avallata dalla letteratura dominante, a cui avviso: a) va sempre accertato empiricamente il rapporto concorrenziale, verificando l'identità di mercato ovvero l'insieme delle domande che il mercato esprime o è astrattamente in grado di esprimere in dipendenza di bisogni fra loro analoghi; e soprattutto b) la comunanza di clientela non rileva di per sé, ma come frutto di attività del concorrente non conforme a correttezza professionale, diventando l'elemento determinante della fattispecie anche in prospettiva potenziale.¹⁵²

Se i giudici escludono la praticabilità della tutela fra soggetti che non abbiano una clientela comune (perché, ad es., svolgono attività diverse¹⁵³), è anche vero che il rapporto di concorrenza -- nei suoi tre profili: territoriale, temporale e merceologico -- deve essere valutato non solo alla luce delle attività svolte dagli imprenditori al momento della commissione dell'illecito, ma anche con riguardo alle correlative potenzialità di futura espansione¹⁵⁴. Ciò che accomuna le motivazioni giurisprudenziali sembra essere proprio il fatto di ragionare secondo un duplice binario: *in primis*, l'analisi del dato empirico, poiché la specificità dell'atto in esame non è sempre riconducibile ad una categoria predeterminata di imprenditori; in secondo luogo, l'astratta potenzialità che si realizzi, sul piano temporale/merceologico/spaziale, un inammissibile fattore di confusione tra prodotti, tale da determinare uno sviamento della clientela a favore del concorrente scorretto e in danno di quello leso, anche se la concorrenza è di là da venire.¹⁵⁵ In quest'ottica, si afferma che il luogo di esercizio dell'impresa va inteso non solo in senso letterale, come dislocazione organizzativa della stessa, ma anche in senso potenziale, come mercato c.d. di sbocco, destinato, nel prossimo futuro e con ogni ragionevole probabilità, ad estendersi fino ad interessare le

¹⁵¹ Cfr. da ultimo Cass. 14 febbraio 2000, n. 1617, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 96; 11 aprile 2001, n. 5377, cit.; 11 aprile 2001, n. 5375, in *Danno e resp.*, 2002, 288.

¹⁵² Cfr. LEONINI, *Marchi famosi e marchi evocativi*, Milano 1991, 558.

¹⁵³ Trib. Bari, 12 settembre 2000 in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2001, I, 58.

¹⁵⁴ Trib. Agrigento, 27 dicembre 2000, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 480, con nota di CACCIATORE.

¹⁵⁵ CEVOLINI, *Alcuni presupposti "necessari e sufficienti" della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 104.

sfere territoriali di commercianti che si rivolgano ad una medesima categoria di consumatori.¹⁵⁶

Riguardo al profilo merceologico la giurisprudenza, per lo più di merito, sostiene che anche prodotti distanti per caratteristiche specifiche e, come tali, destinati a fasce di mercato differenti possano entrare in concorso per il modo in cui alcuni di essi vengono concretamente offerti, così da divenire validi surrogati di oggetti diversi (come nel caso di articoli di materiale sintetico argentati elettroliticamente rispetto a prodotti di argento).¹⁵⁷ E, ancora, che bisogna tener presente non soltanto il mercato in cui le imprese operano attualmente, ma anche quello potenzialmente raggiungibile in base al prevedibile sviluppo dell'azienda in attività complementari o affini a quelle svolte (fino a ravvisare un rapporto di concorrenza tra prodotti di pelletteria e profumi).¹⁵⁸

Per quanto concerne la dimensione temporale, ci s'interroga sulla configurabilità del rapporto di concorrenza fra soggetti che debbano iniziare o stiano esaurendo l'attività d'impresa.¹⁵⁹ La giurisprudenza quasi unanime ha stabilito che la disciplina dell'illecito *ex art. 2598* si applica: a chi sta organizzando la propria impresa, quando l'imprenditore *in fieri* abbia già proceduto alla combinazione di tutti i fattori produttivi e tale attività organizzatoria sia univocamente diretta alla realizzazione di un commercio concorrente,¹⁶⁰ alle società non ancora costituite legalmente, che pongano in essere atti sleali collegati con il proprio oggetto ed interesse sociale, purché tali atti non siano isolati (come nel caso della semplice presentazione di una domanda

¹⁵⁶ Trib. Monza 1988 in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 860, con nota di INTROVIGNE, *Marchi di servizio, insegne e franchising*. D'altro canto, in riferimento all'ipotesi di cui all'art. 2598 n. 1, si sottolinea come nel giudizio di contraffazione di marchio registrato occorra accertare la sovrapposizione sul piano territoriale dell'uso del marchio stesso con quello dell'imitatore, mentre nel giudizio diretto a verificare la sussistenza del rapporto concorrenziale la tutela non va estesa *tout court* all'intero territorio nazionale, essendo necessario valutare in concreto se vi sia comunanza del contesto commerciale attuale e prossimo: in tal senso cfr. RAVA', *diritto industriale*, vol. I, Torino, 1973, 169, che definisce rapporto concorrenziale "prossimo" quello intercorrente fra aziende i cui successi o insuccessi si ripercuotono a vicenda

¹⁵⁷ App. Milano 15 novembre 1994, in *Dir. ind.*, 1995, 835, con nota di FLORIDIA.

¹⁵⁸ Trib. Milano 26 febbraio 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, 3470.

¹⁵⁹ GHIDINI, voce *Concorrenza*, cit., 382.

¹⁶⁰ Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, in *Giur. dir. ind.*, 1983, 1592; 6 maggio 1980, n. 2996, *id.*, 1980, 1255; 24 febbraio 1972, n. 528, *id.*, 1973, 238.

di registrazione di marchio uguale a quello di un concorrente);¹⁶¹ all'impresa in liquidazione ed a quelle fallite in esercizio provvisorio.¹⁶²

In realtà, si avverte l'esigenza di trovare un qualche equilibrio tra una nozione di concorrenza "potenziale" a compasso allargatissimo (comprensiva di qualsivoglia attività d'impresa e connaturale ad essa), ed una, per converso, sin troppo ristretta, che faccia riferimento alle sole attività poste in essere in un determinato momento ed un preciso territorio.¹⁶³ A tal proposito, all'indirizzo giurisprudenziale che ha fatto riferimento a concetti vaghi ed astratti, come "gli sviluppi potenziali dell'impresa razionalmente prevedibili" ovvero "la rilevante o ragionevole probabilità di estensione dell'impresa nel prossimo futuro", sembra da preferire l'orientamento che risolve *case by case* le controversie in relazione a parametri oggettivi e soggettivi, quali la dimensione dell'impresa, l'intervento di deliberazioni per l'espansione dell'azienda unitamente a sondaggi di mercato e atti di pubblicità, la capacità di penetrazione in un mercato diverso.¹⁶⁴

Per quanto concerne il differente problema della concorrenza sleale a livelli economici diversi¹⁶⁵, un indirizzo minoritario in giurisprudenza esclude la dimensione verticale del rapporto di concorrenza, poiché essa si materializzerebbe solo in presenza di due requisiti: la diversità del prodotto, pur appartenente al medesimo genere merceologico, e la circostanza che un soggetto diverso dal produttore, cioè un'impresa produttrice concorrente, si avvantaggi del comportamento scorretto del rivenditore.¹⁶⁶ Invece, il *mainstream* giurisprudenziale, pienamente condiviso da gran parte della dottrina¹⁶⁷, riconosce l'esistenza di un rapporto di concorrenza *ex art.* 2598 anche tra soggetti che operino a diversi stadi della catena produttivo-distributiva, in considerazione dell'incidenza della loro attività sulla medesima cerchia di consumatori finali, e quindi, dell'idoneità dell'atto compiuto da uno di essi ad operare uno sviamento di clientela in danno dell'altro.¹⁶⁸ A chiare lettere i giudici di legittimità

¹⁶¹ Trib. Piacenza 9 febbraio 1995, in *Arch. civ.*, 1995, 974; Trib. Roma 1° aprile 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, 525; Pret. Genova 7 maggio 1991, in *Foro pad.*, 1991, 405; App. Bologna 29 dicembre 1979, in *Giur. dir. ind.*, 1979, 1231; Cass. 6 maggio 1980, n. 2996, *id.*, 1980, 1225.

¹⁶² Cass. 11 marzo 1975, n. 897, *Giur. dir. ind.*, 1975, 681; Trib. Milano 9 luglio 1964, in *Rass. prop. ind. lett. art.*, 1964, 256.

¹⁶³ CACCIATORE, *Rapporto di concorrenza e rischio di confondibilità*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 487.

¹⁶⁴ Così Cass. 7 febbraio 1994, n. 10521, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, 11; App. Milano 11 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 495, con nota di AMBROSINI.

¹⁶⁵ Cfr. UBERTAZZI-MARCHETTI, *Codice della concorrenza*, Padova, 1997, 511 ss.

¹⁶⁶ Così Cass. 4 aprile 1970, n. 914, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1175; 5 luglio 1967, n. 1662, *id.*, 1968, I, 1, 572; 23 ottobre 1964, n. 2649, *id.*, 1965, I, 1, 389; 19 gennaio 1963, n. 65, *id.*, 1963, I, 1, 1267; 2 marzo 1961, n. 439, in *Riv. dir. ind.*, 1961, II, 345.

¹⁶⁷ Cfr. SANTAGATA, in *Riv. dir. ind.*, 1976, I, 58; CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino 1974, 665 JAEGER, *Concorrenza sleale fra grossista e dettagliante?*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, II, 395; ASCARELLI, *cit.*, 199.

¹⁶⁸ V. Cass. 14 febbraio 2000, n. 1617, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 96, con nota di CEVOLINI, *cit.*; 13 dicembre 1999, n. 13981, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Agenzia*, n. 51; Trib. Monza 16 giugno 1998, *id.*,

affermano che, in presenza d'identità dei nomi o segni distintivi di operatori economici, attivi in un medesimo settore merceologico, il ricorrere della concorrenza sleale non è precluso dalla circostanza che l'uno realizzi la sua attività nella vendita al consumatore e l'altro negozi unicamente con il rivenditore.¹⁶⁹

III. - Atti compiuti da terzi interposti o dipendenti.

Sempre più spesso in letteratura si evoca la concorrenza sleale dell'*extraneus*: terminologia con cui si vuole richiamare l'attenzione sulla possibilità che il soggetto attivo della condotta illecita risulti non imprenditore, non appartenente allo stesso livello di mercato ovvero terzo rispetto al rapporto di concorrenza.¹⁷⁰

A parere del Supremo collegio, il principio secondo il quale la concorrenza sleale deve ritenersi fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza (sì da non essere configurabile ove manchi tale presupposto soggettivo), non esclude la predicabilità dell'illecito concorrenziale quando l'atto lesivo del diritto del concorrente venga compiuto da un soggetto (c.d. terzo interposto) il quale, pur non possedendo i necessari requisiti soggettivi (non essendo, cioè, concorrente del danneggiato), agisca tuttavia per conto di (o, comunque, in collegamento con) un concorrente del danneggiato stesso: nel qual caso sarà ritenuto responsabile, in solido, con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta, mentre, mancando del tutto siffatto collegamento tra il terzo autore del comportamento lesivo del principio della correttezza professionale e l'imprenditore concorrente del danneggiato, il terzo stesso è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043, e non anche del successivo art. 2598, con tutte le conseguenti differenze in tema di prova dell'elemento psicologico dell'illecito *de quo*.¹⁷¹

Rep. 2000, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 289; Cass. 20 maggio 1997, n. 4458, in *Dir., ind.*, 1997, 668, con nota di P. CAVALLARO, *Concorrenza sleale e rapporto di concorrenza*; Trib. Torino 15 maggio 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, voce cit., n. 128; Cass. 21 marzo 1995, n. 3247, in *Riv. dir., ind.*, 1995, II, 345, con nota di LEVI; Trib. Torino 27 gennaio 1995, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 127; Trib. Palermo 30 settembre 1994, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 134; Trib. Monza 31 gennaio 1989, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 53; Cass. 2 luglio 1987, n. 5776, *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Agenzia*, n. 32

¹⁶⁹ Cfr. Cass. 6 dicembre 1991, n. 13217, in *Giur. dir. ind.*, 1991, 2738. Dello stesso tenore le più recenti decisioni di merito, dove si ribadisce che, per essere l'art. 2598 applicabile anche nel caso di concorrenza verticale, sono in rapporto di concorrenza l'agente che distribuisce a dettaglianti/ grossisti e l'ipermercato che offre gli stessi prodotti ai consumatori finali: Trib. Frosinone, 19-05-2000, in *Giur. dir. ind.*, 2000, 947; Trib. Ancona-Senigallia, 10 gennaio 2000, *ibid.*, 605.

¹⁷⁰ Così RONCO, *La concorrenza sleale dell'extraneus*, in *Danno e resp.*, 2002, 289

¹⁷¹ Cass. 11 aprile 2001, n. 5375, in *Danno e resp.*, 2002, 288, con nota di RONCO, cit. Nell'affermare il principio di diritto suesposto, la suprema corte ha, peraltro, confermato la sentenza del giudice di merito, che aveva ritenuto la sussistenza dell'ipotesi concorrenziale tipica ex art. 2598 n. 3 c.c. nel comportamento della camera di commercio di Gorizia, la quale aveva arbitrariamente ampliato i confini della c.d. «zona franca», consentendo, in tal modo, ai produttori di birra residenti di estendere la loro attività fiscalmente agevolata al più ampio

Fine dichiarato dell'estensione dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2598 a carico dell'imprenditore per gli atti compiuti 'indirettamente' (*rectius*: qualora i comportamenti siano stati realizzati non già dall'imprenditore in prima persona, bensì dai suoi ausiliari: lavoratori dipendenti o autonomi, mandatari, agenti o soggetti a lui contrattualmente legati) è quello di non consentire l'elusione delle norme dettate a tutela della correttezza dei rapporti imprenditoriali.¹⁷² Per certo, non crea problemi di carattere interpretativo l'imputazione degli atti compiuti da un collaboratore a carico dell'imprenditore a vantaggio del quale si sono verificati gli effetti della condotta sleale, in considerazione del principio (sancito dall'art. 2049) per cui il datore di lavoro risponde degli atti compiuti dai suoi dipendenti;¹⁷³ per la giurisprudenza, basta la prova che l'atto compiuto dal terzo va obiettivamente nell'interesse dell'impresa, per l'imprenditore favorito opera una sorta di presunzione di partecipazione, anche in assenza di *pactum sceleris*.¹⁷⁴

In sostanza, emergono le seguenti direttive: a) se sussiste un rapporto di carattere economico fra terzo ed imprenditore avvantaggiato dagli atti anticoncorrenziali, il terzo risponderà *ex art. 2598*¹⁷⁵; b) qualora si tratti di atti di denigrazione, occorre la prova dell'istigazione o della preordinazione dei risultati¹⁷⁶ c) ove manchi un collegamento economico, il terzo risponde *ex art. 2043 c.c.*, e non per concorrenza sleale.¹⁷⁷ D'altronde, nell'esaminare le varie forme d'intervento del terzo, la giurisprudenza afferma la responsabilità delle associazioni di categoria per gli atti compiuti nell'interesse degli aderenti¹⁷⁸: l'avallo al riconoscimento di tali profili di

territorio provinciale in danno dei concorrenti di diversa residenza, chiamati ad affrontare maggiori costi

¹⁷² GHEZZI - MAGGIOLINO, *Appunti di diritto antitrust e disciplina della concorrenza*, in corso di pubblicazione, consultabile sul sito www.antitrustisti.net, 39.

¹⁷³ Trib. Trento 7 dicembre 1999, *Foro it.*, 2000, I, 2693, con ampia nota di richiami.

¹⁷⁴ Cfr. Cass. 18 dicembre 1991, n. 13623, *id.*, Rep. 1993, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 71; 20 novembre 1985, n. 5708, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 29.

¹⁷⁵ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 5 dicembre 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 403, con nota di CANTELLI, *Brevi osservazione sulla concorrenza per interposta persona in Internet*; App. Bologna 4 dicembre 1993, *Giur. dir. ind.*, Repertorio sistematico 1988-1996, Milano, 1998, 376 [s.m.]; Trib. Torino 28 novembre 1995, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 244; App. Brescia 13 maggio 1987, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 45; Trib. Bergamo 12 settembre 1985, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 29; 6 giugno 1985, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 25

¹⁷⁶ Trib. Milano 24 settembre 1990, *Foro it.*, Rep. 1993, voce cit., n. 178; Trib. Milano 29 settembre 1988, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 139.

¹⁷⁷ Trib. Napoli 8 agosto 1997, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 139; Pret. Taranto 7 aprile 1989, *id.*, Rep. 1989, voce *Agenzia*, n. 45; App. Bologna 20 gennaio 1981, *id.*, Rep. 1983, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 40; Trib. Brindisi 22 maggio 1978, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 36.

¹⁷⁸ Cfr. Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, *id.*, 1983, I, 2160.; App. Bologna 20 marzo 1984, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 198.

concorrenza sleale per interposta persona sembra scontare *ex ante* l'eventualità che l'artefice/fruttore del marchingegno non possa essere individuato.¹⁷⁹

3.- Le fattispecie illecite.

3.1.- Illecito confusorio.

L'illecito confusorio è disciplinato all'art. 2598, n. 1, che detta divieti in vista dell'obiettivo di assicurare la veridicità dell'identificazione della fonte produttiva dei beni e dei servizi immessi sul mercato.¹⁸⁰

Tre le ipotesi di attività confusoria individuate dalla norma, due sono specificatamente tipizzate -l'utilizzazione di nomi e segni distintivi legittimamente usati da altri e l'imitazione servile-; mentre la terza -il compimento con qualsiasi altro mezzo di atti idonei a creare confusione- è riepilogativa e funziona come previsione di chiusura, vera e propria clausola generale all'interno della galassia soria.¹⁸¹

I divieti tipizzati mirano a qualificare come illecita la riproduzione di segni distintivi ovvero l'imitazione di forme di altri prodotti se idonee a creare confusione con l'attività, i prodotti o gli stabilimenti di un concorrente.¹⁸² In proposito, si è recentemente affermato che la ragione per far riferimento a questo determinato rischio di confusione risiede nella funzione della norma, orientata a garantire la prevalenza nella gara concorrenziale dell'imprenditore i cui prodotti sono preferiti -- e, quindi, premiati attraverso le scelte d'acquisto -- dai consumatori: soggetti, questi ultimi, da tutelare assicurando la possibilità di ricondurre il prodotto offerto sul mercato all'imprenditore da cui il prodotto proviene.¹⁸³ Per questa via, s'ipotizza che la disciplina della concorrenza sleale e quella dei segni distintivi possano confluire in un unico calco, di cui è parte integrante il rischio di associazione, vale a dire il rischio che i consumatori riconoscano (anche inconsapevolmente) in un dato segno un richiamo o un riferimento ad un altro segno registrato.¹⁸⁴ Sennonché, anche a riconoscere che non sorgono gravi problemi di coordinamento fra la tutela dei segni distintivi e quella contro la concorrenza sleale --in considerazione dell'univocità del loro scopo primigenio (*id est*, consentire che i prodotti o le attività presenti sul mercato siano ricondotte al soggetto da cui realmente provengono) e del fatto che la disciplina

¹⁷⁹ PARDOLESI, *Distribuzione dei giornali: associazioni di categoria e boicottaggio*, nota a Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, cit.

¹⁸⁰ GHIDINI, voce *Concorrenza sleale*, in *Encicl. dir.*, aggiorn. III, Milano, 1999, 390.

¹⁸¹ G. e G. GUGLIEMMETTI, voce *Concorrenza*, in *Digesto comm.*, vol. III, Torino 1988, 322.

¹⁸² In tal senso v. SCIRE', *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, vol. II, *L'atto confusorio*, Milano, 1989, 5.

¹⁸³ Così, GHEZZI - MAGGIOLINO, 49.

¹⁸⁴ Da ultimo, cfr. Trib. Napoli 11 luglio 2000, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza* (disciplina della), n. 228, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 2000, 1053.

speciale in materia di segni distintivi e brevetti prevale su quella generale in tema di concorrenza--, è opportuno, al fine di meglio comprendere le risposte fornite dalla giurisprudenza a ridosso di controversie in cui le problematiche di illecito concorrenziale e contraffazione si intersecano, mettere in esponente la diversità delle due previsioni normative.

In merito agli elementi differenziali, una parte consistente della letteratura e la giurisprudenza quasi unanime sono concordi nel ritenere che: a) nella azione di concorrenza è presupposta l'esistenza di un rapporto concorrenziale, non indispensabile ai fini della tutela del marchio¹⁸⁵; b) la tutela del marchio non esige l'uso effettivo a differenza dell'azione di concorrenza sleale che senza l'uso concreto del marchio, in proiezione confusoria, appare palesemente priva di senso¹⁸⁶; c) nella tutela del marchio il giudice, verificata l'affinità ed accertata, quindi, l'astratta sussistenza del rischio di confusione sulla provenienza dei prodotti, non può spingere più oltre la sua indagine, mentre nella concorrenza sleale deve controllare, ancorché sintenticamente, che la contraffazione del marchio abbia fatto sorgere un concreto pericolo confusorio, la cui verifica è sempre essenziale e non può concretarsi nella meccanica trasposizione dei risultati cui si è pervenuti nell'ambito della violazione del marchio.¹⁸⁷ A conferma di quest'ultima asserzione, si è recentemente ribadito che l'azione di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 1, postula un *quid pluris* rispetto alla mera contraffazione di marchio e richiede un apprezzamento di confondibilità non solo fra i segni, ma anche tra i prodotti contraddistinti, con conseguente necessità di verificare le circostanze che accompagnano in concreto l'impiego dei marchi in conflitto.¹⁸⁸

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che le segnalate differenze fra le due azioni si riducano alla circostanza che l'azione di contraffazione è esperibile purché si sia adempiuto al semplice onere di registrare il segno distintivo per determinate categorie di prodotti, e dunque prescinde dall'uso effettivo del segno, laddove l'azione per concorrenza sleale presuppone, da parte dell'attore, un uso effettivo sul mercato – anche al solo scopo pubblicitario – del segno stesso. Per tutto risultato, l'accertamento della confondibilità risulta più rischioso in sede concorrenziale, dove la prova dell'uso effettivo deve sopperire alla carenza di registrazione.¹⁸⁹

Il *mainstream* dottrinario è avallato dall'orientamento giurisprudenziale volto per un verso ad affermare la cumulabilità dell'azione di contraffazione e di

¹⁸⁵ MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Trattato di dir. commerciale e dir. dell'economia*, a cura di GALGANO, Padova 1982, 238.

¹⁸⁶ Cfr. GHIDINI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di dir. commerciale e dir. dell'economia*, a cura di GALGANO, Padova 1981, 77.

¹⁸⁷ V. SCIRE', cit., 44. In giurisprudenza negli esatti termini, cfr. Cass. 19 maggio 1999, n. 4841, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Marchio*, n.174.

¹⁸⁸ Trib. Napoli – Afragola 13 marzo 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 250, e, per esteso in *Giur.dir. ind.*, 2000, 866.

¹⁸⁹ Così, GHIDINI, cit., 392.

concorrenza sleale,¹⁹⁰ per l'altro ad escludere la confusorietà concorrenziale allorché sia dimostrata la non contraffazione¹⁹¹ e, specularmente, l'automatico riconoscimento dell'illecito concorrenziale laddove sia accertata la contraffazione.¹⁹²

I.- Seguendo questa prospettiva, affinché possa ritenersi integrata la prima fattispecie di atto illecitamente concorrenziale ex art. 2598 n.1, è necessario un duplice ordine di presupposti: la capacità distintiva del segno o del nome già impiegato dal concorrente e l'idoneità a determinare confusione con il prodotto e l'attività di un concorrente. Pertanto, occorrerà che il "segno" (anche tipico, ad es. un marchio) dispieghi sufficienti effetti individualizzanti, risultando idoneo a far associare, presso il pubblico, il segno a quel prodotto.¹⁹³ Per conseguenza, i giudici negano capacità distintiva al segno che impieghi parole di uso comune o meramente descrittive o termini non idonei a richiamare immediatamente il prodotto.¹⁹⁴

Opinioni dottrinarie discordi si rinvencono sulla tutelabilità del c.d. marchio di fatto per il tramite della disciplina sulla concorrenza sleale. Più in dettaglio, un orientamento minoritario sostiene che la tutela concorrenziale possa essere attivata anche a favore del marchio non registrato, operando la limitazione che deriva dal c.d. principio di diffusione, vale a dire la tutela del preuso nel contesto della notorietà raggiunta;¹⁹⁵ ma i più ritengono che il marchio di fatto debba trovare tutela unicamente tramite l'azione di concorrenza sleale confusoria¹⁹⁶, seguiti in ciò dalla giurisprudenza nettamente prevalente¹⁹⁷. Si precisa, altresì, che l'ambito di protezione del marchio di

¹⁹⁰ *Ex multis*, v. Trib. Velletri, 20 maggio 2000, *Foro it.*, Rep. 2001, voce cit., n. 279; App. Milano, 1 dicembre 2000, *ibid.*, n. 485; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13916, *id.*, Rep. 2001, voce *Marchio*, n. 176, e, per esteso in *Dir. ind.*, 2001, 160, con nota di DI GARBO; Trib. Roma 8 marzo 1999, *Foro it.*, 2001, I, 1412, con nota di LAGHEZZA.

¹⁹¹ Argomentando a contrario Trib. Napoli 13 settembre 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 229, ritiene che il rischio di associazione non costituisce altro che una specificazione del rischio di confusione tra marchi e segni distintivi

¹⁹² In tal senso, da ultimo, Trib. Monza 17 ottobre 2000, *ibid.*, n. 249.

¹⁹³ Così, già Il MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in Trattato diretto da F. GALGANO, Milano, 1982, V, 265-6

¹⁹⁴ Cfr. *ex plurimis*, da ultimo, Trib. Napoli 8 febbraio 2002, *Foro it.*, Rep. 2001, voce cit., n. 271, e, per esteso in *Dir. ind.*, 2001, 267; Cass. 8 gennaio 1998, n. 91, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Marchio*, n. 30.

¹⁹⁵ MANGINI, *Il marchio non registrato*, Padova, 1964, 87; ROTONDI, *Diritto industriale*, Milano, 1965, 156.

¹⁹⁶ FRASSI, *Forma del prodotto, secondary meaning e standardizzazione*, *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 143; RAVA', *Diritto industriale - Azienda - Segni distintivi - Concorrenza*, vol. I, Torino, 1981, 296; SORDELLI, *Marchio e secondary meaning*, Milano 1979, 152.

¹⁹⁷ Trib. Bologna 15 aprile 1999, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza*, n. 269; Trib. Napoli 21 giugno 1995, *id.*, Rep. 1996, voce *Marchio*, n. 258, e, per esteso, in *Dir. ind.*, 1996, 453, con nota ROSSETTI, BELLOMUNNO; Trib. Milano 20 luglio 1992, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Concorrenza*, n. 293; Trib. Catania 30 giugno 1989, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 78; Trib. Torino 28 febbraio 1989, *id.*, Rep. 1990, voce *Marchio*, n. 57; Trib. Torino 16 settembre 1987, *id.*, Rep. 1987, voce *Concorrenza*, n. 67; Trib. Roma 3 ottobre 1986, *id.*, Rep. 1988, voce *Marchio*, n. 63, e, per esteso in

fatto e, correlativamente, il suo potere invalidante rispetto alle successive registrazioni altrui, s'identificano con tutte le ipotesi in cui l'uso, da parte di terzi, del contrassegno successivamente registrato possa determinare confondibilità, avuto riguardo alle circostanze che accompagnano l'utilizzazione del marchio da parte del titolare e la percezione di esso da parte del pubblico.¹⁹⁸

Quest'ultima indicazione spiana la via alle necessarie precisazioni in merito all'idoneità confusoria, che va valutata tenendo conto, appunto, della capacità del consumatore medio di distinguere opportunamente tra prodotti concorrenti.¹⁹⁹ L'obiettivo è indurre l'imprenditore al rispetto dei limiti che garantiscono al consumatore la scelta libera e consapevole del prodotto e del produttore²⁰⁰ A tal proposito, la giurisprudenza pone l'accento sulla considerazione che il rischio di confusione è massimo a fronte di prodotti di uso quotidiano e a basso costo, acquistati in genere in supermercati, velocemente e senza particolare attenzione, sottolineando come nella valutazione del rischio di confusione occorre tener conto dei fattori che condizionano la scelta dei consumatori nel momento dell'acquisto.²⁰¹

Con riguardo all'imitazione dei segni distintivi, resta da sottolineare che all'interno di questa categoria sono inclusi non solo i segni tipici (marchio, ditta, insegna), ma anche i segni c.d. atipici (motti, slogan emblematici, melodie pubblicitarie ovvero i «jingle» musicali).²⁰² Tutti gli elementi utilizzati da un'impresa in quanto idonei a distinguerla dai concorrenti possono, quindi, essere tutelati qualora il loro uso da parte di altri soggetti generi confusione tra le imprese.²⁰³ Tali argomentazioni, dopo un periodo iniziale di incertezza, hanno indotto la giurisprudenza a ritenere tutelabili, per mezzo delle norme del codice civile disciplinanti la concorrenza, i nomi di dominio in Internet,²⁰⁴ muovendo dal presupposto che il *domain name* --oltre ad assolvere la funzione di carattere tecnico di identificazione di ciascun utente della rete Internet, concorre, grazie alla parte individualizzante (c.d. *second level name*), anche ad identificare nei rapporti con il pubblico l'utilizzatore del sito ed i servizi offerti-- presenta notevoli affinità con l'insegna e si presta, quindi, ad esser qualificato come

Riv. dir. ind., 1987, II, 201, con nota di SANDRI; Cass. 18 ottobre 1985, n. 5131, *Foro it.*, Rep. 1985, voce cit., n. 72; Pret. Roma 18 dicembre 1984, *id.*, 1985, I, 3041, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

¹⁹⁸ Cfr. Pret. Roma 20 luglio 1987, *Foro it.*, Rep. 1989, voce cit., n. 75, e, per esteso in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 441; App. Napoli 23 marzo 1989, *foro it.*, Rep. 1991, voce cit., n. 98.

¹⁹⁹ B. GRAZZINI, *Concorrenza sleale e diritti di privativa in materia di invenzioni industriali*, nota a Trib. Milano 23 gennaio 1997, in *Resp. comunicazione e impresa*, 1997, 824.

²⁰⁰ Cass. 11 aprile 2001, n. 5377, *Foro it.*, Rep. 2001, voce cit., n. 129, e, per esteso in *Dir. ind.*, 2001, 347, con nota di QUARANTA

²⁰¹ Cfr., Trib. Napoli 11 luglio 2000, cit.

²⁰² GHIDINI, cit., 393.

²⁰³ Cfr., GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 52

²⁰⁴ Da ultimo, Trib. Reggio Emilia 5 dicembre 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 240, e, per esteso, in *Riv. dir. ind.*, 2002II, 399, con nota di CANTELLI; Trib. Perugia 5 ottobre 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 241; Trib. Napoli 27 maggio 2000, *ibid.*, n. 242.

nuovo segno distintivo dell'impresa.²⁰⁵ In dottrina si segnala che il conflitto vede contrapporsi gli operatori economici interessati ad apparire su Internet mercé l'utilizzo dei segni -ad es., marchi- impiegati per distinguersi nel mondo reale, evidenziando che la complicazione deriva dal fatto che un medesimo segno (nome di dominio) può individuare sulla rete un solo indirizzo e quindi, in concreto, individuare un solo operatore.²⁰⁶ Orbene, per i giudici non v'è dubbio che l'utilizzo di nomi di dominio del tutto simili a quelli di noti marchi registrati (ed utilizzati dal titolare anche nella rete come *domain name*) e differenziati esclusivamente per la ripetizione del prefisso «www» oppure per la mancanza di un semplice punto («.»), essendo chiaramente finalizzato a generare confusione tra il pubblico e ad attirare gli utenti della rete web verso siti diversi rispetto a quelli effettivamente ricercati, giustifica l'adozione dei provvedimenti cautelari di sequestro dei siti illegittimi e di inibitoria dell'uso delle suddette denominazioni.²⁰⁷ In secondo luogo, si ritiene che configuri atto di concorrenza sleale l'appropriazione di un sito Internet con un nome di dominio uguale a quello di un'altra ditta concorrente che svolge la propria attività in un medesimo settore merceologico contiguo ma distinto, escludendo che il fatto di chiedere all'autorità statunitense competente la registrazione del sito Internet e il relativo collegamento, attraverso la rete telematica, comporti la devoluzione della giurisdizione su un illecito di concorrenza sleale al giudice americano, se le imprese interessate hanno sede in Italia e i presunti comportamenti sono stati posti in essere nel territorio italiano.²⁰⁸ D'altro canto, si era già negato che la registrazione del nome di dominio presso la competente autorità scongiurasse di per sé stessa la violazione di un marchio consumata attraverso il suo impiego quale nome di dominio anche se il titolare del marchio non si fosse adoperato per la registrazione presso detta autorità.²⁰⁹

Parimenti, si è ritenuto, di recente, che la consapevole registrazione su Internet di un nome di dominio contenente il riferimento al marchio protetto di azienda concorrente integra attività illecita di concorrenza sleale, della quale deve rispondere anche il *provider*, qualora, pur reso edotto dell'abuso commesso, non abbia tutta la

²⁰⁵ Trib. Parma 26 febbraio 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Marchio*, n. 73, e, per esteso in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 350, con nota di TOSI; Trib. Reggio Emilia, 30 maggio 2000, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 83.

²⁰⁶ Così, PASCUZZI, *Da IANA ad ICANN: un nuovo regime per l'attribuzione dei nomi di dominio in Internet*, in *Foro it.*, 1999, IV, 415.

²⁰⁷ Cfr. Trib. Napoli 8 gennaio 2002, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., 260, e, per esteso in *Dir. informazione e informatica*, 2002, 359.

²⁰⁸ V. Trib. Lecco 31 maggio 2000, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza*, n. 278, e, per esteso in *Giust. civ.* 2001, I, 1101, con nota di SEBASTIO.

²⁰⁹ Cfr. Trib. Reggio Emilia, cit.; Trib. Cagliari 30 marzo 2000, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Marchio*, n. 112, e, per esteso in *Nuova. giur. civ.*, 2000, I, 535, con nota di PALAZZOLO; Trib. Roma 22 agosto 1997, *Foro it.*, 1998, I, 923.

diligenza necessaria per evitarne la perpetrazione, provvedendo all'oscuramento dei siti contenenti direttamente i segni distintivi.²¹⁰

In realtà, a giudicare dal crescente numero delle controversie giudiziarie in questione, trova ampio accreditamento l'opinione di chi aveva previsto che la tematica dei nomi di dominio --lungi dal ridursi al conflitto tra operatori economici titolari di segni distintivi, più o meno famosi, e imprenditori privati-- fosse in magmatica evoluzione, dal momento che, quand'anche si fosse a sconfitta la pratica del *cybersquatting*²¹¹ (intesa come forma più articolata di illecito confusorio²¹²), sarebbe rimasto impregiudicato il problema di scoprire come far convivere sulla rete individui e imprese aventi nomi e/o denominazioni identiche (essendo insufficiente il principio del *first come, first served*).²¹³ Del resto, in letteratura si sottolinea criticamente che la predisposizione di idonei strumenti di tutela a vantaggio dei titolari di segni distintivi, imponendo ai *registrars* di acquisire tutte le informazioni (dati personali) sui soggetti richiedenti la registrazione di un dominio (al fine di agevolare l'avente titolo a sapere chi abbia registrato un dominio simile ad un certo marchio per un eventuale arbitrato e/o azione giurisdizionale), non prenda in adeguata considerazione la posizione di chi, per non essere operatore commerciale, si affacci sulla rete per altri fini e possa avere interesse a mantenere l'anonimato.²¹⁴

II.- L'imitazione servile è un'ipotesi confusoria che va posta accanto all'imitazione di segni distintivi nominativi: anche per essa, infatti, ci si riferisce ad elementi, invero tridimensionali, che ricollegano il prodotto alla sua fonte produttiva.²¹⁵

Ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per imitazione servile, la confondibilità deve sostanziarsi nella presentazione alla clientela di prodotti con nomi, segni distintivi o confezioni che, in base ad un accertamento sintetico esteso a tutte le loro caratteristiche salienti in relazione al normale grado di percezione dei destinatari del prodotto, siano a tal punto somiglianti da indurre in equivoco i consumatori.²¹⁶

²¹⁰ V. Trib. Napoli 28 dicembre 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 239, e, per esteso in *Dir. informazione e informatica*, 2002, 94, con nota adesiva di SAMMARCO, *Atti di concorrenza sleale attraverso Internet e responsabilità del provider*.

²¹¹ In letteratura, si segnala che negli Stati Uniti le controversie in materia di nomi di dominio sono state finora ancorate a quattro tipologie di tutela: la: violazione del trademark per possibilità di confusione (*Lanham Act* S.32) 15 USC S. 1114); *dilution* (*Lanham Act* S.43 (c) - 15 USC S. 1125 (c)); concorrenza sleale (di solito per le ipotesi in cui il marchio non è registrato a livello federale); tutela espressamente rivolta a prevenire il c.d. *cybersquatting* (*Lanham Act* - 15 USC S. 1125 (d) - *Anticybersquatting Consumer Protection Act*)

²¹² Per *cybersquatting* si intende l'attività di chi registra domini corrispondenti a marchi famosi con l'intenzione di rivenderli a fini di lucro.

²¹³ Così PASCUZZI, *Ancora novità sul fronte de nomi di dominio in Internet*, in *Foro it.* 2000, I, 2344.

²¹⁴ In argomento, cfr. PASCUZZI, voce *Internet* (dir. priv.), *Digesto. civ.*, Torino, 1999, aggiornamento.

²¹⁵ VANZETTI- DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 50 ss.

²¹⁶ Da ultimo Trib. Napoli 5 ottobre 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 153, con nota di GIUDICI.

Pertanto, il giudizio di confondibilità tra i segni distintivi dei prodotti va condotto in base alla valutazione (che possa essere) formulata in concreto dal consumatore medio di quel genere di prodotto, e quindi tenendo conto dell'effettivo contesto di mercato in cui si asserisce essere avvenuta l'attività concorrenziale; e deve basarsi su un esame non analitico, ma essenzialmente sintetico, d'impressione, sì da risultare positivo allorché l'imitazione riguardi elementi caratterizzanti o individualizzanti dell'altrui prodotto, confezione o attività.²¹⁷ La tutela contro l'imitazione servile si vuole assuma, dunque, un ruolo fondamentale nel ridurre i costi del consumatore (c.d. costi transattivi connessi all'identificazione del prodotto e valutazione, senza necessità di effettuare ulteriori esperienze), creando un importante incentivo alla realizzazione di prodotti di qualità.²¹⁸

E' opinione prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, che, per determinare l'esatta portata del divieto di imitazione servile, sia indispensabile coordinarlo con le regole del sistema brevettale, poiché comune è la preoccupazione di evitare che la tutela predisposta contro l'imitazione servile venga a costituire un indebito prolungamento o un arbitrario duplicato dell'esclusiva brevettuale, subordinata alla presenza di precisi requisiti dei prodotti e concessa solo per un limitato periodo di tempo.²¹⁹ Sulla scorta di queste considerazioni, è opportuno sottolineare come la norma sulla concorrenza sleale non estenda la protezione del brevetto, e meno che mai la fornisca in via succedanea se non vi è stata in precedenza, in quanto essa più semplicemente concede all'imprenditore la facoltà di impedire la circolazione di prodotti atti a creare una possibilità di confusione con i suoi, prescindendo dall'esistenza della privativa.²²⁰

Alla luce del divieto di imitazione servile, il concorrente deve evitare la confusione: *a)* in assenza di brevetto, quando cioè poteva essere richiesto ma non lo è stato; *b)* se il prodotto è brevettato ed egli operi sotto licenza, dal momento che quest'ultima lo autorizza ad imitare le forme funzionali, ma non ad ingenerare confusione nel pubblico; *c)* dopo la scadenza del brevetto anche nell'imitazione di

²¹⁷ Cfr, Trib. Napoli 26 luglio 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 153.

²¹⁸ Per quel che concerne la funzione economico sociale della tutela contro l'imitazione servile essa viene assimilata alla disciplina sul marchio, cfr. in tal senso, MARTINO - ULLAH, *The Quality Guarantee Function of Trademark: an Economic Viewpoint*, EIPR, 1990, 267.

²¹⁹ Fra i tanti cfr. AULETTA - MANGINI, *Concorrenza*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1987, 231, sub art. 2598.

²²⁰ In dottrina, FLORIDIA, in AA VV., *Diritto industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2002, 393; GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Commentario*, a cura di SCHELESINGER, Milano, 1991, 150ss; si è sottolineato come l'ammissibilità della sopravvivenza di una tutela di tipo concorrenziale alla caduta in pubblico dominio di un determinato brevetto possa comportare il rischio di creare delle privative a tempo indeterminato, provocando effetti negativi come il rendere poco appetibile la tutela brevettuale, impedire o limitare l'acquisizione al patrimonio collettivo del contenuto dell'invenzione o innovazione protetta, consentire in tal modo la creazione di zone di privativa senza determinazione di termine finale che si risolverebbero in forme di monopolio dagli evidenti effetti anticoncorrenziali.

forme funzionali, nella realizzazione di prodotto a forma inderogabile, o utile ma non inderogabile, attraverso una 'comunicazione' del prodotto stesso che ne sottolinei le differenze nonostante l'identità o somiglianza formale (ad. es., diverso colore, marchio apposto in modo evidente, diversa confezione, diversa distribuzione, diverse garanzie ed istruzioni, diversa presentazione pubblicitaria).²²¹

Ma la questione dell'applicabilità della fattispecie concorrenziale alla libera imitazione o riproduzione di forme dettate da esigenze funzionali è d'importanza nevralgica perché, secondo l'insegnamento tradizionale, non sono proteggibili --in base al divieto di imitazione servile di cui all'art. 2598, n. 1-- le cosiddette forme funzionali, cui vengono aggiunte le forme atte a conferire al prodotto un particolare ornamento: tale limitazione mira ad evitare che, tramite il divieto di imitazione servile, si finisca per riconoscere di fatto una tutela perpetua a soluzioni funzionali od ornamentali che il sistema vuole connotate dal conseguente, necessario carattere di contemporaneità.²²²

Per altro verso si è osservato che, se la legge deve evitare il perpetuarsi di un monopolio di sfruttamento oltre la fisiologica durata di una privativa, non può tuttavia, in via di principio, consentire un vero e proprio storno del frutto dell'altrui investimento: questa soluzione finirebbe con l'essere essa stessa anticoncorrenziale, togliendo un presupposto della competizione nel mercato, *id est* la possibilità di conquistare, secondo regole di correttezza commerciale, la clientela.²²³ Così si è fatta largo in giurisprudenza l'opinione secondo cui ad escludere la concorrenza sleale per imitazione servile non è sufficiente la forma funzionale o estetica del prodotto imitato: occorre accertare che il prodotto non possa subire varianti innocue, senza che, cioè, si vada ad incidere su quella forma.²²⁴ Al fine di bilanciare gli opposti interessi in gioco e superare gli effetti indesiderati derivanti dall'accoglimento del criterio della libera riproduzione delle forme funzionali, è stata così prospettata dalla dottrina (ed accolta dalla giurisprudenza) la c.d. teoria delle varianti innocue o esigibili, in ragione della quale spetterebbe a chi riproduce la forma altrui, non brevettata o il cui brevetto sia scaduto, l'onere di differenziare il proprio prodotto in modo da scongiurare

²²¹ M. FRANZOSI, *Imitazione servile e brevetto scaduto: scade il brevetto o il prodotto*, in *Contratto e impr.*, 2001, 522.

²²² G. BONELLI, *Prodotti modulari brevetti e imitazione servile*, in *Dir. ind.*, 2002, 289, nota a Trib. Milano 11 ottobre 2001.

²²³ Così Cass. 9 marzo 1998, *Foro it.*, 1998, I, 2745, con nota di LAMBO.

²²⁴ Per tale orientamento giurisprudenziale v. App. Venezia 29 maggio 1993, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 326, e *Giur. dir. ind.*, 1994, 329; Trib. Parma 4 agosto 1992, *Foro it.*, Rep. 1994, voce cit., n. 212, e *Giur. dir. ind.*, 1992, 793; Pret. Forlì 16 ottobre 1987, *Foro it.*, Rep. 1988, voce cit., n. 146, e *Giur. merito*, 1988, 478; App. Milano 12 ottobre 1982, *Foro it.*, Rep. 1985, voce cit., n. 66, e *Giur. dir. ind.*, 1983, 346

il rischio di confusione con quello imitato.²²⁵ Tuttavia, si è da più parti osservato che il margine di operatività della teoria delle varianti esigibili è effettivamente molto ristretto, o finanche addirittura inesistente, giacché, se la varianti di cui trattasi devono riguardare elementi che non incidono su aspetti funzionali od estetici del prodotto di una qualche rilevanza –altrimenti non sarebbero innocue--, saranno davvero rari i casi in cui la loro adozione possa fare acquisire al prodotto una capacità distintiva prima non posseduta.²²⁶ Si obietta, altresì, che l'onere di eseguire modificazioni sarà ravvisabile solo quando non incida sul funzionamento del prodotto, diminuendone apprezzabilmente l'utilità, e quando il prezzo delle differenziazioni, inteso come dispendio di energie creative e mezzi economici per apportare varianti, non appaia eccessivo e, comunque, sproporzionato rispetto all'interesse del concorrente a non subire imitazioni al proprio articolo.²²⁷ Da condividere, pertanto, l'opinione di chi sostiene che, nei casi in cui non siano possibili interventi modificativi di grado non invasivo e antieconomico, la possibilità di abbattere il rischio di confusione sull'origine dei prodotti dipenderà solo dagli strumenti ed accorgimenti di ordine estrinseco, quali l'uso del marchio, la presentazione del prodotto in contenitori o imballaggi distinti, l'indicazione che il prodotto è fabbricato da un diverso imprenditore.²²⁸

Alla luce delle considerazioni suesposte, appare improntato a sicura saggezza l'orientamento giurisprudenziale, ormai prevalente, a tenore del quale, in caso di imitazione di forme funzionali non suscettibili di varianti innocue, i nomi e i segni distintivi tipici e atipici sono gli unici mezzi per ridurre il pericolo di confusione sulla provenienza dei prodotti.²²⁹

3.2. – Denigrazione e appropriazione di pregi.

Una seconda categoria di atti vietati è quella che viene definita “concorrenza sleale per denigrazione e per appropriazione di pregi”.

²²⁵ LAMBO, *Imitazione servile : varianti innocue o esigibili*, in *Foro it.*, 1998, I, 2750

²²⁶ DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993, 93.

²²⁷ Cfr. App. Venezia 29 maggio 1993, cit.; Trib. Napoli 22 giugno 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1996, 977, con nota di V. BUONPENSIERE.

²²⁸ In tal senso le conclusioni della nota di LAMBO, cit, 2549.

²²⁹ In tal senso v. Trib. Bologna 27 maggio 1993, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 351, e *Giur. dir. ind.*, 1993, 592; 1° aprile 1993, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 352, e *Giur. dir. ind.*, 1993, 521; App. Bologna 21 marzo 1991, *Foro it.*, Rep. 1994, voce cit., n. 211, e *Giur. dir. ind.*, 1992, 161; Cass. 18 novembre 1988, n. 6237, *Foro it.*, 1989, I, 2553; 3 agosto 1987, n. 6682, id., Rep. 1988, voce cit., n. 105, e *Giur. it.*, 1988, I, 1, 59

L'art. 2598, n.2, come accennato, prevede quali atti di concorrenza sleale la diffusione di notizie e apprezzamenti sui prodotti o sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, e l'appropriazione di pregi di prodotti dell'impresa rivale.²³⁰ Nel presupposto che la norma sia diretta a tutelare l'attività di comunicazione dell'impresa volta a far riconoscere e propagandare i suoi prodotti o servizi –attività imperniata sugli strumenti della pubblicità–, viene in primo piano il divieto di esercitare una scorretta influenza sul giudizio dei destinatari della comunicazione.²³¹

Perché si abbia denigrazione occorre, dunque, che l'influenza venga attuata direttamente, incidendo negativamente sul *goodwill*, la reputazione del concorrente; diversamente nell'appropriazione di pregi –così come nella pubblicità menzognera sanzionabile ex n. 3 dell'art. 2598– l'alterazione si realizza attraverso il *free ride* sulle altrui virtù e l'artificioso incremento del proprio prestigio.²³²

I.- Riguardo alla prima ipotesi,²³³ la disciplina italiana si differenzia dal calco dell'art. 10 bis della Convenzione di Unione, non richiedendo come elemento della fattispecie che le notizie o gli apprezzamenti, aventi ad oggetto l'attività del concorrente, siano false.²³⁴ In letteratura, si sottolinea come la mancanza di distinzione fra notizie vere e false sia il risultato della costruzione corporativistica della concorrenza sleale, dominata dall'interesse dell'imprenditore a che non siano diffuse notizie vere screditanti sul suo conto piuttosto che l'interesse alla trasparenza del mercato e la tutela del consumatore.²³⁵ Sennonché, costituisce *ius receptum* per dottrina e giurisprudenza l'affermazione che la veridicità dei fatti dichiarati non si traduce nella liceità dei comportamenti osservati dall'imprenditore in concorrenza, laddove la stessa si realizzi per il tramite di modalità espressive tendenziose, scorrette, in modo da produrre un generale discredito per i prodotti e/o per l'attività imprenditoriale esercitata dal concorrente.²³⁶

Invero, il criterio della verità e della modalità di divulgazione delle notizie relative al concorrente (che deve ispirarsi ai principi di correttezza professionale)²³⁷ è stato applicato dalle corti anche nella valutazione delle diffide, *id est* comunicazioni,

²³⁰ G. e G. GUGLIELMETTI, cit., 324.

²³¹ "Il mezzo utilizzato con più frequenza per perpetrare atti di denigrazione o appropriazione di pregi altrui e quello pubblicitario" GHEZZI-MAGGIOLINO, cit., 69.

²³² In tal senso GHIDINI, cit., 393.

²³³ In letteratura, FERRARA, *Teoria giuridica dell'azienda*, Napoli, 1949, 303, distingue ulteriormente la denigrazione in senso stretto dal discredito a seconda che la diffusione di notizie concerna i prodotti o l'attività del concorrente.

²³⁴ Cfr. App. Torino 30aprile 19978, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 287, e, per esteso, in *Dir. ind.* 1997, 1039.

²³⁵ GHIDINI, *La concorrenza e i consorzi*, cit., 85,

²³⁶ Debordante la casistica giurisprudenziale in materia. cfr, da ultimo, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna 18 aprile 2002, *Foro it.*, 2003, I, 1918; e, in quella di legittimità, Cass. 7 giugno 2001, n. 7737, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 337:

²³⁷ V., da ultimo, App. Bologna 1° dicembre 1999, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 276.

rivolte a concorrenti o a terzi, in cui si invita il concorrente dall'astenersi da un determinato comportamento in quanto lesivo di un diritto dell'imprenditore diffidente²³⁸. Allo stesso modo, la diffusione di notizie su procedimenti o provvedimenti giudiziari ad iniziativa della parte interessata non costituisce atto di concorrenza sleale a condizione che la divulgazione non sia attuata con modi e forme tali da ingenerare nei terzi una rappresentazione non corretta del contenuto del provvedimento o dell'andamento del giudizio e a condizione che, trattandosi di provvedimenti revocabili o modificabili, sia fatta espressa menzione di tale circostanza.²³⁹

A tali affermazioni fa eco un manipolo di pronunce in cui, ritenendosi invocabile la scriminante della legittima difesa ogni qualvolta l'altrui comportamento possa qualificarsi scorretto, si dichiara giustificabile la diffusione di notizie vere screditanti sul conto di un concorrente quando costituisca la reazione all'altrui slealtà denigratoria.²⁴⁰ In quest'ottica assume rilevanza cruciale il criterio della proporzionalità, giacché la scriminante della legittima difesa non può essere invocata a giustificazione della commissione di un atto di concorrenza sleale ove il pregiudizio ricevuto dal concorrente che ha reagito sia sensibilmente inferiore a quello da lui cagionato.²⁴¹ Analogamente, in applicazione del principio della legittima difesa putativa, qualora il diffidente riesca a provare di essersi trovato in situazioni tali da supportare la sua convinzione circa l'esistenza del diritto ovvero dell'illecito, potrebbe essere esentato dal risarcimento del danno nel caso in cui abbia fatto valere una pretesa priva di fondamento o denunciato un'inesistente violazione di un proprio diritto.²⁴²

In sostanza, la fattispecie «denigrazione» rappresenta una chiara ipotesi di «illecito a forma libera», che può essere posto in essere con i più diversi mezzi (reclamizzazioni, pubblicitarie, circolari alla clientela, comunicazione ad un singolo

²³⁸ Cfr. Cass. 19 gennaio 1995, n. 564, in *Dir. ind.*, 1995, 1133; Trib. Milano 12 novembre 1987, in *Giur. dir. ind.*, 1988, 2271; Cass. 3 luglio 1980, n. 4225, in *Foro it.*, 1980, I, 449, con nota di R. PARDOLESI, Cass. 1° giugno 1976, n. 1978, in *Giur. dir. ind.*, 1976, 787.

²³⁹ In tal senso, Trib. Reggio Emilia 29 luglio 1999 *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 279, cfr. altresì, Trib. Reggio Emilia 30 agosto 1999, *ibid.*, n. 278, e, per esteso, in *Giur. dir. ind.*, 2000, 391.

²⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I, 14-12-1998, n. 12534, *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 252; Cass., sez. I, 04-11-1998, n. 11047, *ibid.*, n. 253, e, per esteso, in *Giust. civ.*, 1999, I, 703, n. SEBASTIO; A. Bologna, 20-04-1996, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 290, e, per esteso, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 27; App. Milano, 15 novembre 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 367; Trib. Teramo, 26 luglio 1983, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 130.

²⁴¹ Così Cass. 21 giugno 2000, n. 8442, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 281, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 2000, 166; App. Milano, 30 ottobre 1998, *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 270.

²⁴² Trib. Torino 26 novembre 1981, *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., 200, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 1981, 609; Trib. Milano 12 luglio 1976, *Foro it.*, Rep. 1976, voce cit., n. 137; App. Milano 14 aprile 1972, *id.*, Rep. 1976, voce cit., n. 36.

interessato, falsa e generalizzata affermazione della propria pretesa eccellenza su tutti i concorrenti)²⁴³.

Per verificare se l'atto concorrenziale abbia cagionato il discredito altrui, bisognerà guardare gli effetti provocati sul mercato, che potranno concretarsi nella perdita di clientela, nella mancata conclusione di affari ovvero in qualsiasi altro effetto negativo sulla posizione dell'impresa.²⁴⁴ Nell'ottica della necessità di riscontrare che dal comportamento del concorrente possa derivare (o sia derivato) un danno, è da accogliere l'affermazione giurisprudenziale per cui si ha diffusione di notizie anche nel caso in cui si esse siano portate a conoscenza di cerchie limitate di soggetti o, addirittura, di unica persona, dal momento che anche l'apprezzamento negativo comunicato ad un solo soggetto (che ad. es. assuma le vesti di fornitore o finanziatore) può cagionare gravi danni al concorrente.²⁴⁵ Affinché ricorra la fattispecie della denigrazione e si produca il danno concorrenziale occorrerà, dunque, che il soggetto passivo, a cui si riferisce la notizia o apprezzamento screditante, sia nominato o quantomeno individuabile.²⁴⁶ Il problema emerge sotto il profilo processuale della legittimazione ad agire nelle ipotesi in cui l'interesse ad agire venga riconosciuto a tutti gli imprenditori coinvolti nella vicenda in quanto produttori o distributori del prodotto denigrato.²⁴⁷ Da ciò consegue che una pluralità di concorrenti può esercitare azione di concorrenza sleale *ex art. 2598, n. 2*, purché tuttavia ciascuna di essi agisca *uti singulus* dimostrando la lesione o la minaccia di un proprio interesse: titolari dell'interesse ad agire della categoria sono pur sempre le associazioni professionali, cui resta affidata la tutela prevista dall'art. 2601.²⁴⁸

Passando, più specificatamente, ad esaminare la denigrazione c.d. comparativa, essa si attua attraverso confronti con i prodotti o i servizi offerti dal concorrente a sé favorevoli.²⁴⁹ Tali confronti, sotto l'aspetto morfologico, si distinguono a seconda che

²⁴³ Trib. Monza 16 giugno 1998, *Foro it.*, Rep. 2000, voce cit., n. 287, e, per esteso, in *Giur. dir. ind.*, 1998, 735.

²⁴⁴ GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 70.

²⁴⁵ Cfr. Trib. Torino 17 marzo 1998, *Foro it.*, Rep. 2001, voce cit., n. 335; Trib. Monza, 16 giugno 1998, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 288; Trib. Bologna 12 novembre 1997, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n. 247.

²⁴⁶ Cfr. da ultimo App. Milano 21 aprile 1998, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n. 339, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 1999, 402.

²⁴⁷ G. e g. GUGLIEMETTI, cit., 326.

²⁴⁸ GHIDINI, cit., 394.

²⁴⁹ In tal senso M. FUSI, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in *Dir. ind.*, 1994, 863, sostiene che la pubblicità intesa come comunicazione d'impresa è nei sistemi ad economia di mercato attività concorrenziale e, pertanto, se tale comunicazione non rispetta le regole del gioco ma si svolge in modo scorretto, ci si troverà di fronte a concorrenza sleale. Più dettagliatamente egli delinea, mutuandole dalla giurisprudenza le seguenti ipotesi di concorrenza sleale commesse attraverso la *reclame*: 1) pubblicità imitativa confusoria; 2) pubblicità denigratoria; 3) pubblicità comparativa; 4) pubblicità per accostamento o agganciamento; 5) pubblicità menzognera e ingannevole

siano espliciti, come nella *reclame* comparativa in senso stretto, o impliciti come nell'ipotesi di *reclame* superlativa denigratoria (ove si dà per presupposto che i propri prodotti siano migliori di quelli altrui e si esorta il pubblico a preferire la propria produzione in quanto dotato di caratteristiche di superiorità).²⁵⁰

Riguardo alla prima delle fattispecie testé evocate, si è recentemente affermata la liceità di una pubblicità comparativa caratterizzata dalla diffusione di una critica supportata da riscontri scientifici verificabili ed espressa con obiettività e completezza, sì da non poter rappresentare il mezzo per sviare la clientela di uno o più concorrenti.²⁵¹ D'altro canto, dopo lunghe ed annose disquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali,²⁵² si è escluso dal novero degli illeciti concorrenziali commessi attraverso pubblicità redazionale denigratoria la pubblicazione dei c.d. *Warentest*²⁵³, prova comparativa di prodotti diretti a soddisfare analoghe esigenze di consumatori, i cui risultati vengono riassunti in un giudizio complessivo.²⁵⁴

Più in generale, i giudici condannano ogni forma di *reclame* menzognera denigratoria²⁵⁵ e, per converso, ritengono che la comparazione fra prodotti o servizi non assuma carattere di illiceità sin tanto che il raffronto venga reso attraverso riferimenti privi di maliziosità e comunque non subdoli né tendenziosi.²⁵⁶

Per quel che concerne la *reclame* superlativa (o iperbolica, che dir si voglia), non ogni magnificazione o vanteria o generica affermazione di superiorità è idonea a danneggiare l'altrui azienda dal momento che non viene presa sul serio dal pubblico di consumatori. Il *discrimen* è, allora, dettato dall'idoneità dell'affermazione a screditare i

²⁵⁰Per un'ampia e dettagliata disamina del problema della pubblicità comparativa anche alla luce delle recenti modifiche legislative in attuazione del modello comunitario in materia di pubblicità ingannevole, v. G. ROSSI, voce *Pubblicità comparativa*, *Digesto civ.*, Torino, [aggiorn.] 2000, 626.

²⁵¹Così, App. Bologna 1° dicembre 1999, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 273-276

²⁵² GUIDETTI, *Il warentest nella pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 440

²⁵³V. Trib. Roma 18 giugno 1997, in *Dir. informazione e informatica.*, 1998, 282, con nota di G. RESTA, *Circolazione delle informazioni e responsabilità civile: il caso del Warentest* Cass. 24 aprile 1997, n. 3596, in *Dir. ind.*, 1998, 21, con nota di DE PASQUALE; Cass. 12 giugno 1992, n. 7154, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Responsabilità civile* n. 103, e, per esteso in *Riv. pen economia*, 1992, 337, con nota di LA CUTE. Cass. 4 febbraio 1992, n. 1174, *Foro it.*, 199, I, 2127, con nota di R. SIMONE; Trib. Roma 25 luglio 1984, *id.*, 1984, I, 1963, con nota di O. TROIANO. Leading case, Trib. Milano 28 settembre 1972, in *Annali it. dir. autore*, 1972, II, 1210, confermata da App. Milano 16 ottobre 1973, in *Annali it. dir. autore*, 1973, II, 1210;

²⁵⁴ GHIDINI, *Informazione economica e controllo sociale: il problema del warentest*, in *Politica del diritto*, 1973, 626.

²⁵⁵V. Trib. Catania 4 aprile 1996, *Foro it.*, Rep. voce *Concorrenza*, n. 338, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 1996, 731; Pret. Milano 6 marzo 1989, *Foro it.*, Rep. 1990, voce cit., n. 152, e, per esteso in *Foro pad.*, 1990, I, 92; App. Milano 6 ottobre 1981, *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n. 234 e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 1981, 582; App. Milano 9 gennaio 1981, *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n. 216, e, per esteso in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 111.

²⁵⁶ Cfr. da ultimo, Trib. Catania 28 giugno 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 277, App. Milano 2 febbraio 2001, *ibid.*, n. 280.

concorrenti. In tal senso, per un verso si dichiarano illecite le vanterie accompagnate da riferimenti comparativi atti a screditare il concorrente o che comunque contengano espressioni denigratorie riferibili ad una cerchia determinata di concorrenti e, per altro rispetto, si considerano innocue tutte le generiche vanterie che, comunemente accettate dalla prassi commerciale, non ingenerano nel pubblico giudizi sfavorevoli nei confronti di altri imprenditori.²⁵⁷

II.- L'appropriazione di pregi -- c.d. concorrenza appropriativa o per sottrazione -- è la seconda fattispecie prevista dall'art. 2598, n. 2⁵⁸.

In giurisprudenza, si è più volte affermato che la concorrenza sleale per appropriazione di pregi dei prodotti e dell'impresa altrui ricorre quando un imprenditore, in forme pubblicitarie od equivalenti, attribuisce ai propri prodotti o, comunque, alla propria impresa pregi, quali ad esempio medaglie, riconoscimenti, qualità, indicazioni, requisiti, virtù, da essi non posseduti, ma appartenenti a prodotti od all'impresa di un concorrente, in modo da perturbare la scelta dei consumatori.²⁵⁹

Definita la fattispecie allargata, al suo interno è dato scorgere due categorie distinte di illeciti: quelli commessi mediante comunicazioni con cui un imprenditore attribuisce falsamente al proprio prodotto o alla propria attività qualità che esso non possiede e che appartengono ad uno o più concorrenti; quelli commessi mediante comunicazioni (per lo più pubblicitarie) con le quali

²⁵⁷ Cfr., *ex plurimis*, App. Milano 21 aprile 1998, cit.; App. Milano 25 luglio 1997, *Foro it.*, Rep. 2001, voce cit., n. 365, e, per esteso, in *Giur. dir. ind.*, 1999, 231.

²⁵⁸ La definizione è di FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, 145.

²⁵⁹ Cfr. Cass. 7 giugno 2001, n. 7737, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 3337; Trib. Catania 13 ottobre 1999, *ibid.*, n. 29; Trib. Ravenna 11 maggio 1999, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n. 257, e, per esteso, in *Dir. ind.*, 1999, 329, con nota di G. MEDRI, *L'appropriazione di pregi*; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10416, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Marchio*, n. 72, e, per esteso in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, 39, con nota di B. GUIDETTI, *Richiami in tema di imitazione servile confusoria*; Trib. Tortona 29 agosto 1996, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 259; App. Bologna 24 giugno 1996, *ibid.*, n. 255; Trib. Bolzano 17 luglio 1995, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 301 e, per esteso in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 191, con nota di G. BESIA, *Offerta di connessione ad internet e pubblicità ingannevole*; Cass. 10 novembre 1994, n. 9387, *Foro it.*, Rep. 1994, voce cit., n. 231; Trib. Milano 29 settembre 1994, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 302 e, per esteso in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 150, con nota di A. ACCORNERO, *La qualifica di «distributore» di un prodotto senza previa autorizzazione del produttore è atto di concorrenza sleale*; Trib. Napoli 30 marzo 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 375 e, per esteso, in *Dir. ind.*, 1994, 1203, con nota di B. M. GUTIERREZ, *Roccobarocco, stilista superprotetto*; App. Bologna 8 gennaio 1994, *Foro it.*, Rep. 1996, voce cit., n. 299; Trib. Milano 2 dicembre 1993, *id.*, Rep. 1994, voce cit., n. 184, e, per esteso in *Riv. dir. ind.*, 1994, 286, con nota di P. TARCHINI, *Le c.d. tabelle di concordanza*; Trib. Milano 15 novembre 1993, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 376 e, per esteso, in *Riv. dir. sport.*, 1995, con nota di P. LORUSSO, *L'organizzazione di gare automobilistiche e la tutela del marchio celebre*.

viene operata una sorta di «accostamento» o di vero e proprio «agganciamento» del proprio prodotto (o della propria attività) a quello di un concorrente che abbia caratteristiche di notorietà o di qualità unanimemente riconosciute dal pubblico dei consumatori.²⁶⁰

Nella prima categoria rientrano le frequenti ipotesi di illecito concorrenziale per appropriazione di pregi mediante l'utilizzazione di pubblicità non veritiera: dove si sanziona, per un esempio di prammatica, la mendace autoattribuzione, da parte di un imprenditore, della qualità di esclusivista di un certo prodotto²⁶¹, ovvero, per guardare alla casistica di più fresca data, dell'illegittima acquisizione, dalle società sportive (o di società a cui quest'ultime hanno ceduto i diritti), di sfruttamento commerciale su eventi agonistici ovvero manifestazioni sportive di carattere amatoriale²⁶².

Alla seconda categoria, contraddistinta dallo scopo di sfruttare la rinomanza già acquisita dal concorrente²⁶³ - e, nel contempo, di appropriarsi dei risultati ottenuti dai concorrenti ottenuti attraverso studi, progressi ed investimenti²⁶⁴ -- appartengono le ipotesi di: a) utilizzazione di denominazione d'origine controllata o indicazioni di provenienza (qualora il prodotto a cui si riferisce non possieda i requisiti previsti dal decreto ministeriale che la disciplina);²⁶⁵ b) uso di espressioni come «tipo» «modello», «simil», «sistema» che richiamino il prodotto del concorrente;²⁶⁶ c) utilizzazione di strumenti che garantiscano il collegamento della propria impresa con quella del concorrente come la pubblicazione di cataloghi o listini con foto di merce altrì e la riproduzione in materiale pubblicitario di immagini relative a prodotti o attività dell'azienda concorrente.²⁶⁷

²⁶⁰ In al senso, GRUGNOLA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di appropriazione di pregi del prodotto o dell'impresa di un concorrente*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 244.

²⁶¹V. Trib. Catania 23 dicembre 2002, *id.*, 2003, I, 911, con nota di richiami, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.

²⁶² In tal senso Trib. Roma 31 marzo 2003, *Foro it.*, 2003, I, 1879, ritiene che l'illegittima appropriazione di parti dell'evento sportivo che, pur brevi, non vengano diffuse successivamente alla manifestazione ma contestualmente al suo svolgimento, con modalità tali da interferire con la normale attività di sfruttamento delle immagini da parte del titolare del diritto di utilizzazione economica dell'evento sportivo, integri gli estremi della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 n. 2 c.c.

²⁶³ Cfr. *ex multis*, da ultimo, Trib. Verona 2 agosto 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 284; App. Milano 2 novembre 1999, *ibid.*, n. 283; Trib. Milano 1° febbraio 1999, *ibid.*, 282, e, per esteso in *Giur. dir. ind.*, 2000, 209.

²⁶⁴ Così, SANZO, cit., 417.

²⁶⁵Cfr. App. Bologna 24 giugno 1996, *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 255; Trib. Milano 29 settembre 1979, *id.*, Rep. 1981, voce cit., n. 99.

²⁶⁶ Cfr. App. Bologna 9 settembre 1974, in *Giur. dir. ind.*, 1974, 607; Trib. Pistoia 20 febbraio 1993, *id.*, 1993, 760.

²⁶⁷ Trib. Milano 2 novembre 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 218 in *Annali it. dir. autore*, 2001, 562; Trib. Milano 10 giugno 1999, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n.251; Trib. Modena 22 luglio 1999, *ibid.*, n. 252.

3.3.- Atti sleali per contrarietà alla correttezza professionale.

L'art. 2598, al n. 3, definisce sleali tutti gli atti contrari ai principi della correttezza professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda, introducendo, con una formula aperta, la c.d. clausola generale di repressione degli illeciti concorrenziali non espressamente tipizzati dal legislatore.²⁶⁸ Indiscussa conseguenza di tale previsione normativa è l'affermazione, largamente recepita dalle corti,²⁶⁹ della necessità, per chi si dolga di esser parte lesa dell'illecito in esame, di dimostrare che: a) il convenuto si sia avvalso nel compimento degli atti di mezzi diversi e distinti da quelli indicati nelle fattispecie tipizzate e b) tali atti siano in concreto idonei ad arrecargli pregiudizio.²⁷⁰

Diversi i problemi interpretativi sorti in ordine al significato da attribuire al requisito della contrarietà ai principi della correttezza professionale.²⁷¹ Senza addentrarci nei meandri del dibattito letterario sul tema²⁷², è opportuno segnalare i tre filoni dottrinari, che, con alterne fortune, hanno incanalato i corrispettivi indirizzi giurisprudenziali.²⁷³

Secondo un primo approccio, c.d. "fenomenologico", il legislatore --al fine di evitare il pericolo di affidare la determinazione delle regole di correttezza professionale alla sensibilità astratta del giudice-- ha voluto far riferimento a regole esterne all'ordinamento statuale, ma proprie del mercato, vale a dire alle convenzioni, alle regole sociali e professionali riconducibili agli usi mercantili, quando non alla pura prassi (o costume) imprenditoriale, *id est* i comportamenti abitudinari di ciascun settore imprenditoriale.²⁷⁴

²⁶⁸ A tal proposito SCIRE', cit., tomo I, 35, sostiene che: "L'art 2598, dopo aver previsto al n.1, la fattispecie dell'atto confusorio e al n. 2 quella dell'atto denigratorio, al n. 3 individua la terza ipotesi di atto sleale, ma, anziché ricorrere -- come nei n. 1 e 2 -- ad una selezione tipizzata, utilizza una formula aperta, al cui interno è inserito il riferimento ai principi della correttezza professionale, espressione, questa, con la quale per pacifico riconoscimento è stato attuato il ricorso alla tecnica definitoria della clausola generale".

²⁶⁹ Cfr., da ultimo, Cass. 18 aprile 2003, n. 6310, in *Foro it.*, Mass., 538.

²⁷⁰ Gran parte della dottrina ritiene, infatti, che le fattispecie nominate, per essere figure autonome di illecito concorrenziale, non abbisognino della prova della contrarietà ai principi di correttezza professionale e dell'idoneità a danneggiare l'altrui azienda: tali caratteri si vuole siano insiti nei comportamenti espressamente previsti dalla disciplina.

²⁷¹ AULETTA - MANGINI, cit., 240.

²⁷² Per un'ampia descrizione dei vari formanti dottrinari e delle ragioni sottese alle diverse scelte interpretative, in prospettiva storica, si rinvia all'opera di SCIRE', cit., tomo I, 37-65.

²⁷³ In tal senso GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 42.

²⁷⁴ Cfr. FERRARI, *Il soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, I, 146; FRANCESCHELLI, *Sulla legittimazione ad agire in concorrenza sleale delle associazioni professionali e dei consorzi e sulla pretesa giustificazione dei principi della correttezza professionale con l'art. 41 della Costituzione e la protezione dei consumatori*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, 29; GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982, 214.

Per converso, il c.d. indirizzo “deontologico” ritiene che, nell’apprrezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto del compimento di atti non conformi ai principi della correttezza professionale, occorre aver riguardo (non già alla mera prassi commerciale, ad una consuetudine accettata dagli imprenditori di una determinata categoria, bensì) ai principi etici che governano l’attività degli appartenenti al ceto imprenditoriale.²⁷⁵ Quanto dire che il parametro di riferimento non è la condotta normalmente tenuta (e, per ciò stesso, assurta alla dimensione del lecito), ma un costume professionale e commerciale eticamente qualificato, i cui termini di paragone sono costituiti non già dai generici concetti di lealtà ed onestà, ma dalle regole deontologiche che gli stessi operatori abbiano riconosciuto valide e vincolanti.²⁷⁶

A mezza via tra i due orientamenti cennati viene a collocarsi l’impostazione (non a caso, le sue molte epifanie vengono sogliono essere ricondotte all’etichetta unitaria di teoria intermedia) che intende la correttezza non già come morale comune, bensì come etica fatta propria dalla classe imprenditoriale. A tal riguardo si afferma che il giudizio sulla correttezza deve rinvenire la sua iniziale matrice nell’esame del costume imprenditoriale, ma non può limitarsi a questo, né esserne condizionato *a priori*, poiché la rilevazione delle abitudini imprenditoriali deve integrarsi con la successiva valutazione del giudice, volta a verificare se la prassi commerciale si muova all’interno di un sano ed onesto comportamento.²⁷⁷ L’impostazione, suggestiva ed elegante, del principio etico universalmente seguito, si da divenire costume, riscuote successo per la sua intrinseca capacità di apprestare tutela nei confronti di comportamenti nuovi, precedentemente non ritenuti (*rectius* sentiti come) illeciti, nonché di inquadrare fatti e circostanze esimenti la scorrettezza.

Questi indirizzi, considerati unitariamente, esprimono la costruzione tradizionale della concorrenza come disciplina intesa a dettare le regole della «gara per la clientela» e ad offrire tutela agli imprenditori danneggiati dalle scorrettezze che altri abbia usato per prevalere; costruzione in cui gli interessi della collettività --e specificatamente quelli dei consumatori-- rimangono tagliati fuori ovvero, più correttamente, respinti sullo sfondo, poiché è sempre un altro interesse collettivo (quello della libertà economica in chiave di utilità sociale) a giustificare l’intervento legislativo²⁷⁸. Questa chiave di lettura sembra oggi cedere il campo alle più recenti

²⁷⁵ MINERVINI, *La concorrenza e i consorzi*, Milano, 1965, 38; UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, 109; PINNARO, *I profili soggettivi della concorrenza sleale*, Milano, 1976, 55-56, il quale ritiene che la correttezza è quell’onestà che appare praticabile e che, come tale, è esigibile non dal commerciante normalmente corretto, bensì al commerciante onesto, sottolineando la pregnanza del riferimento ai principi deontologici.

²⁷⁶ BARBUTO, *La correttezza dell’imprenditore si può misurare anche con* in *Guida al diritto*, 1999, fasc. 13, 61,

²⁷⁷ ROTONDI, *Il diritto industriale*, Padova, 1965, 484 ss; MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, 207.

²⁷⁸ G. e G. GUGLIELMETTI, cit., 329.

elaborazioni teoriche sulla correttezza come conformità degli atti concorrenziali ai principi costituzionali²⁷⁹, con almeno quattro varianti, inclini volta a volta ad interpretare la correttezza come: a) regola di comportamento coerente al sistema economico;²⁸⁰ b) regola di valutazione comparativa di contrapposti interessi;²⁸¹ c) regola immanente al principio di libertà di iniziativa economica condizionato dal principio dell'utilità sociale;²⁸² d) regola per il rispetto degli interessi dei consumatori.²⁸³

Per parte sua, la giurisprudenza maggioritaria appare restia ad impegnarsi nel dibattito e preferisce far proprie, pressoché acriticamente, le c.d. teorie intermedie: in particolare, la versione che ravvisa nella correttezza professionale un'adesione ai principi deontologici recepiti dalla classe degli imprenditori: non, dunque, l'essere della classe imprenditoriale, bensì il suo 'dover essere', secondo principi ritenuti validi e vincolanti dalla generalità.²⁸⁴ A ben vedere, quest'ultima affermazione viene avallata volentieri dai giudici perché lascia chiaramente intendere che una determinata prassi imprenditoriale non può ritenersi legittima per il sol fatto di essere seguita dai più e, per altro verso, consente di introiettare le modificazioni della prassi commerciale, che, ove si accompagnino ad un mutamento del giudizio di valore circa la correttezza di quella prassi, possono far sopravvivere la valutazione di liceità per comportamenti in precedenza ritenuti sleali (e viceversa).²⁸⁵ D'altronde, non può sfuggire che la fortuna della norma di cui art. 2598 – concepita agli albori del secolo scorso e venuta alla luce in pieno regime fascista – si deve proprio alla possibilità, schiusa dal ricorso alla clausola generale di cui al n. 3, di coprire tutta l'area della slealtà concorrenziale nei

²⁷⁹ Cfr. SANZO, *La corte di cassazione e la correttezza professionale: nuovi spunti di riflessione?*, in *Corr. giur.* 1999, 1124.

²⁸⁰ Per, MARCHETTI, cit., 216 primo tra i sostenitori della teoria, il giudizio di lealtà di un comportamento operato in base al criterio della correttezza professionale è, dunque, la risultante di due successive valutazioni: la prima che riguarda il modello economico o *rectius* quale tipo di economia di mercato si deve assumere come valore e parametro di giudizio, la seconda che riguarda la conformità del comportamento concreto al modello prescelto.

²⁸¹ In tal senso JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.* 1970, I, 101, ritiene che il giudice, nella definizione del conflitto concorrenziale tra due operatori economici, deve operare una valutazione comparativa degli interessi in gioco, assegnando la prevalenza alla posizione che riterrà più conforme (o meno difforme) al vantaggio collettivo o all'utilità sociale.

²⁸² In tal senso, GHIDINI, *Della concorrenza sleale (art. 2598-2601)*, Milano, 1991, 98-99, afferma che il giudice dovrà qualificare illecito il comportamento o modello concorrenziale che, sulla base di una ricognizione oggettiva dei valori costituzionali riferibili alla fattispecie, ritenga lesivo di interessi costituzionalmente garantiti.

²⁸³ Cfr. GHEZZI – MAGGIOLINO, cit., 49; ma v. già SANTAGATA, *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, 1975, Napoli, 319.

²⁸⁴ Da ultimo, App. Milano 2 febbraio 2001, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 286; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Danno e resp.*, 1999, 885, con nota di RONCO, *La concorrenza parassitaria e la correttezza professionale*, nonché in *Dir. ind.* 1999, 171, con nota di GUGGINO, *Regole auto disciplinari e principio di correttezza professionale*.

²⁸⁵ SANZO, *La concorrenza*, cit., 195

mutevoli rapporti interimprenditoriali, ivi compresi, appunto, i nuovi comportamenti che si dovessero verificare nel futuro.²⁸⁶

Orbene, volendo addentrarci nell'analisi delle singole fattispecie convogliate dalla giurisprudenza nell'alveo disciplinare dell'art. 2598, n. 3, torna utile il criterio classificatorio che raggruppa le condotte illecite alla luce della funzione perseguita da ciascuna di esse, riconducendo alla tutela della funzione distributiva le ipotesi di violazione di esclusiva, manovre di prezzo, boicottaggio, a quella della politica del personale le ipotesi di storno di dipendenti o agenti e, infine, a quella della ricerca e dello sviluppo le ipotesi di abuso di segreti, concorrenza di *ex* dipendenti, concorrenza parassitaria e pubblicità menzognera.²⁸⁷ Ci occuperemo, in seguito, delle problematiche più generali connesse alla commissione di illeciti concorrenziali per violazione di norme imperative ovvero mediante l'utilizzo di internet, che *ratione obiecti* possono esser ascritte a ciascuna delle categorie funzionali sopra elencate.

I. - Violazione di esclusiva.

Quando si esamina il problema della violazione di esclusiva sotto l'angolo di visuale della disciplina della concorrenza sleale, l'obiettivo è capire se costituisca atto contrario ai principi della correttezza professionale il comportamento di un terzo --non vincolato al rapporto di distribuzione cui la clausola di esclusiva si riferisce e, quindi, terzo rispetto all'accordo oggetto dell'aggressione--, che acquisti (eventualmente dallo stesso concedente) e metta in vendita prodotti 'contrattuali' nella zona riservata dall'impresa produttrice ad altro soggetto.²⁸⁸

L'acceso dibattito dottrinario sull'argomento ha visto, in Italia²⁸⁹, contrapporsi due schieramenti: quanti ritenevano lecita la pratica della vendita di prodotti della stessa marca nella zona per la quale altro soggetto aveva acquisito, dalla casa produttrice, un diritto di esclusiva,²⁹⁰ sulla scorta delle benefiche ripercussioni recate al regime concorrenziale dalle importazioni parallele;²⁹¹ e chi, sulla sponda opposta, considerava illecita la violazione della zona di esclusiva al fine di tutelare la situazione di vantaggio conseguita

²⁸⁶ GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 79

²⁸⁷ Così, GHIDINI, *Della concorrenza*, in *Commentario*, a cura di SCHELESINGER, Milano, 1999, 400.

²⁸⁸ Così AULETTA - MANGINI, cit., 253.

²⁸⁹ Al riguardo, il solco rispetto all'esperienza tedesca, nel segno della *Luckenlosigkeit*, e a quella francese, in cui campeggia l'idea di *étanchéité*, è davvero profondo.

²⁹⁰ Per il primo orientamento cfr. ROTONDI, *Diritto industriale*, 1965, 497; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali- lezioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 252; CARNELUTTI, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II 147.

²⁹¹ A tal riguardo, v. GHIDINI - HASSAN, *Diritto industriale- Commentario*, Milano, 1988, 588-589 673ss.

attraverso lo strumento negoziale,²⁹² ponendo l'accento sulla circostanza che, con il suo comportamento 'rapinoso' (*free ride*), il terzo sfruttava l'altrui sistema organizzativo e commerciale.²⁹³

Sulla spinta del favore accordato dalla Commissione e dalla Corte di giustizia delle comunità europea alle importazioni parallele²⁹⁴ (e operata la distinzione fra violazione del diritto al marchio dell'esclusivista e violazione della zona esclusiva)²⁹⁵, ha finito col prevalere il formante dottrinario che, sulla base del principio di libertà di iniziativa economica, sostiene l'inopponibilità ai terzi delle posizioni di monopolio acquisite contrattualmente con clausole di esclusiva per una certa zona.²⁹⁶ Prevalenza suggellata da un orientamento giurisprudenziale saldissimo nell'affermare che la violazione dell'altrui esclusiva --anche se accompagnata dalla conoscenza di quest'ultima²⁹⁷ -- non integra di per sé un atto di concorrenza sleale.²⁹⁸

Esulano, peraltro, dalla sfera di liceità i comportamenti del terzo che assuma iniziative di carattere emulativo, come la sistematica vendita di merci nella zona esclusiva riservata ad un concorrente, mediante procacciamento clandestino del prodotto ovvero senza alcuno scopo di utile diretto, ma in funzione esclusivamente aggressiva verso il concorrente esclusivista.²⁹⁹ Sulla scia di tali considerazioni deve segnalarsi, inoltre, che i giudici di merito sanzionano il comportamento del terzo, ove questi si appropri di fette di mercato, sfruttando i risultati dell'altrui investimento commerciale, con la diversa ipotesi di illecito per c.d. concorrenza parassitaria. In linea con la *ratio decidendi* testè descritta, si è recentemente affermato che il concessionario, il

²⁹² In tal senso GRECO, in *Riv. dir. ind.*, 1953, I, 237.

²⁹³ In giurisprudenza cfr. App. Torino 25 novembre 1955 in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 447, con nota di GRECO; App. Trento 19 dicembre 1956, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, 79.

²⁹⁴ Favore che, per altro verso, ha profondamente condizionato --e a tutt'oggi condiziona-- l'enforcement antimonopolistico comunitario (cfr., per una rivisitazione fortemente critica, PARDOLESI, *Ritorno dall'isola che non c'è, ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 561), salvi i ridimensionamenti imposti, dal 1996 in poi, dalla 'giurisprudenza Adalat': v., ora, Corte giust. Ce 6 gennaio 2004, causa C-2 e 3/01 P.

²⁹⁵ Cfr. FRANCESCHELLI, *Importazioni libere in zona d'esclusiva e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, I, 97.

²⁹⁶ G. e G. GUGLIELMETTI, cit., 334.

²⁹⁷ Per Cass. 11 ottobre 1960, n. 2644, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1980, nell'ipotesi concorrenziale di violazione di esclusiva ad opera di un terzo l'elemento soggettivo non assume alcuna rilevanza

²⁹⁸ Cfr. Trib. Ravenna 9 luglio 1986, in *Giur. it.*, I, 2, 302; Cass. 15 giugno 1974, n. 1754, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1383; e per il primo intervento in tal senso Cass. 22 ottobre 1956, n. 3805 in *Foro it.*, 1957, I, 588.

²⁹⁹ Così Trib. . Torino 2 aprile 1977, in *Giur. dir. ind.*, 1977, 936

quale lamenti l'inadempimento del concedente concretizzatosi nella stipulazione di altro contratto di concessione con un terzo, non dispone di azione contrattuale contro quest'ultimo, ma può valersi del divieto di atti di concorrenza sleale qualora risulti che il terzo era consapevole dell'esistenza dell'altrui esclusiva e sia entrato nel mercato sfruttando in maniera parassitaria l'avviamento realizzato dal primo concessionario.³⁰⁰

II. – Vendita sotto costo

Si parla di vendita sotto costo quando un'impresa pratica prezzi non remunerativi, più correttamente prezzi inferiori ai costi sostenuti per la produzione o l'acquisto del prodotto, sì da non porsi come frutto di maggior efficienza e non trovare altra giustificazione se non la volontà di estromettere i concorrenti dal mercato.³⁰¹ Rimangono fuori dal nostro campo d'indagine le ipotesi di vendita sotto costo qualificabili come tali alla luce del divieto di abuso di posizione dominante, nonché le fattispecie espressamente vietate dalla nuova normativa sul commercio (d. lgs. 114//98, integrato dal d.p.r. 218/2001).

Difficile trovare opinioni concordi in ordine all'illecito concorrenziale in esame. Infatti, il generale riconoscimento di liceità accordato in letteratura al c.d. *dumping* interno deriva dalla considerazione che ogni ribasso di prezzo costituisce un effetto desiderabile per il sistema concorrenziale, concretizzandosi in ogni caso in un vantaggio per i consumatori.³⁰² D'altra parte, recenti decisioni giudiziarie, ponendo l'accento sul profilo della tutela del consumatore, sottolineano che la *ratio* del divieto della vendita sottocosto come atto di concorrenza sleale consiste nell'obiettivo necessità di presidiare le regole di competizione economica, posto che il disegno consistente nell'alterare i valori dell'offerta, per poi riemergere imponendo al mercato la legge del proprio profitto, compromette il giudizio del consumatore (il quale premia, con l'acquisto di prodotti a prezzo non remunerativo, l'immeritevole autore di un illusorio benessere collettivo) e, di riflesso, infrange le regole su cui gli operatori economici confidano.³⁰³

³⁰⁰ V. Trib. Nola 21 dicembre 1999, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 225, e, per esteso, in *Giur. dir. ind.*, 2000, 564.

³⁰¹ GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 90.

³⁰² AULETTA - MANGINI, cit., 251.

³⁰³ Cfr. Trib. Ancona Senigallia 10 gennaio 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 312, 315; Trib. Roma 10 giugno 1995, in *Giur. dir. ind.*, 1995, 3323.

Non nuovo nel panorama dottrinario³⁰⁴, il tentativo di abbandonare la tradizionale linea d'attacco alla pratica del *price cutting* in presenza di tecniche oggi diffusissime --come quella del prezzo-civetta, in cui un commerciante offre, a prezzi irrisori, prodotti di forte richiamo contando di pareggiare i conti con un più marcato ricarico sul resto dell'assortimento e, comunque con il maggior volume di affari propiziato dall'incremento di clientela-- e di far leva, piuttosto che sul pregiudizio recato ad altri imprenditori, sull'impatto decettivo nei riguardi del pubblico dei consumatori ovvero sull'attentato all'immagine del prodotto di marca, incontra il crescente favore della nostra giurisprudenza di merito.³⁰⁵ Invero, già tempo addietro era stato segnato il pericolo insito nella possibilità di scorgere, di là dalla sana ed auspicabile tendenza a sfumare i prezzi dei concorrenti a tutto vantaggio dei consumatori, i tratti (poco realistici, fors'anche implausibili se non al cospetto di circostanze assai particolari) del progetto predatorio di metter in corto circuito i rivali, per espellerli dal mercato e lucrare, infine, indebiti profitti monopolistici.³⁰⁶ Tanto più che la pretesa *raison d'être* per la condanna della vendita sotto costo stentava a trovare corrispondenza e riscontro nella prassi, posto che l'intera litigiosità basata sul carattere presuntivamente «*exclusionary*» della condotta in questione riguardava concorrenti più che mai saldamente attestati nel mercato (ciò che vale a rimarcare, per altro versante, la distanza rispetto al modello teorico che punta il dito contro la politica, ad opera del *price leader*, di prezzi modulati in guisa da scongiurare l'entrata di nuove imprese³⁰⁷).

Il rischio, a più di vent'anni dalla prima pronuncia con cui la Suprema corte sanzionava la vendita sotto costo di capi d'abbigliamento, rimane quello di travolgere, insieme a condotte sospette, le spinte a ribassi competitivi, promuovendo una stabilità di prezzo che sa, da lontano, di ristagno monopolistico. Rischio accentuato dall'estrema difficoltà, per i giudici, nell'indicare i presupposti di fatto in presenza dei quali possa ritenersi integrato

³⁰⁴In tal senso, v. LEHMANN, *Verkauf unter Einstandspreis und Lockvogelwerbung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, in *GRUR*, Int. Teil, 1977, 135 ss.

³⁰⁵ In tal senso si afferma essere "concorrenzialmente illecito offrire a prezzi irrisori prodotti di forte richiamo per attrarre a sé i consumatori, contando di pareggiare i conti con un più marcato ricarico sul resto dell'assortimento e, comunque, col maggior volume d'affari propiziato dall'incremento della clientela, con l'ulteriore effetto di fuorviare il giudizio dei consumatori sulle qualità del commerciante, di attentare all'immagine del prodotto di marca e di arrecare pregiudizio ai concorrenti", Trib. Ancona Senigallia 10 gennaio 2000, cit.

³⁰⁶ Cfr. PARDOLESI, *Vendita sotto costo, annientamento del rivale, concorrenza sleale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1864.

³⁰⁷ Per il (difficile) *discrimen* tra prezzi di esclusione e prezzi di eliminazione cfr. COZZI-ZAMAGNI, *Economia politica*, 1994, 412.

l'illecito in esame.³⁰⁸ Si è cercato, e a tutt'oggi ci s'ingegna, di prendere a prestito ciò che veniva elaborandosi in seno alla prassi antitrust: ma il riferimento al costo medio variabile, oltre a rivelare non poche smagliature concettuali³⁰⁹, ha finito, anche nell'area di provenienza, per creare più problemi di quanti contribuisse a risolverne.

Sennonché, le divergenze emergono anche su altri fronti. Alcuni giudici avvertono perentoriamente che l'illiceità concorrenziale della vendita sottocosto non può essere esclusa dalla temporaneità della vendita (ad es. durata di quindicinale della promozione), in quanto il divieto non presuppone il carattere sistematico dell'operazione³¹⁰. Altri sostiene che il requisito di temporaneità dell'iniziativa è utile al fine di escludere l'illiceità della condotta se concorre con il carattere oggettivamente promozionale della vendita³¹¹; ma l'orientamento sicuramente preferibile è quello che postula la sistematicità della condotta, la sola atta a tradursi in un'alterazione tangibile del funzionamento del mercato.³¹² Senz'ombra di dubbio, non potranno essere qualificate scorrette le fattispecie di vendita sotto costo in presenza di situazioni peculiari (ancorché, talpra, routinarie) quali i saldi di fine stagione, l'esaurimento delle scorte, la liquidazione dell'attività o le vendite promozionali soggette ad apposita disciplina.³¹³

Svaniti per strada i tentativi di far leva sull'intento monopolistico (se si preferisce, di annientamento del rivale) del commerciante ribassista per la pratica impossibilità di trovare il riscontro della colorazione teleologica in senso predatorio,³¹⁴ assumono rilevanza, al fine di verificare l'obbiettiva destinazione della vendita sotto costo a sviare la clientela, circostanze di fatto quali: *a*) l'avvio dell'operazione commerciale in coincidenza con l'apertura dell'esercizio di chi l'ha attuata (in special modo nel caso di ipermercati); *b*) l'impiego di mezzi capillari di pubblicità, nei quali il prodotto in questione è inserito assieme ad

³⁰⁸ Cfr. GHIDINI, cit, 401.

³⁰⁹ GHEZZI- -MAGGIOLINO, cit. 92, ricordano come sia questo il parametro di riferimento adottato nel diritto antitrust comunitario per determinare la soglia al di sotto della quale si presume che i prezzi praticati da un'impresa in posizione dominante abbiano intento monopolistico e, di conseguenza, la vendita sotto costo, attuata dall'impresa dominante, configuri un abuso, posto che, quando il prezzo si collochi al di sopra del costo medio variabile, ma al di sotto del costo medio, diventa necessario verificare, attraverso un'analisi delle circostanze concrete, l'esistenza dell'intento monopolistico.

³¹⁰ Cfr., Trib. Frosinone 19 maggio 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., n. 309.

³¹¹ V. da ultimo, Trib. Firenze 29 aprile 2000, in *Annali it. dir. autore*, 2001, 416.

³¹² Cfr., da ultimo, Trib. Catania 2 luglio 1998, in *Giur. dir. ind.*, 1998, 3823; Trib. Napoli 15 luglio, *id.*, 1997, 3768.

³¹³ Cfr. Trib. Roma 1° luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 335.

³¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Trib. Ancona 12 aprile 1999 e Bari 16 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1642; Trib. Arezzo, 10 marzo 1999, in *Giur. it.* 2000, 336; Trib. Roma 14 maggio 1999, *ibid.*

altri beni di carattere eterogeneo, senza alcun richiamo alle qualità del prodotto, del quale si evidenzia solo il prezzo conveniente; c) la notorietà del prodotto venduto non remunerativamente.³¹⁵

III. Boicottaggio.

Il boicottaggio è integrato dal comportamento di chi, astenendosi dal contrattare o imponendo condizioni vessatorie o discriminatorie, riesce, da solo od insieme ad altri, a ledere l'azienda altrui.³¹⁶

In un primo tempo, giurisprudenza e dottrina concordano nel ritenere che, per parlare di illecito concorrenziale *ex art. 2598 n. 3* per rifiuto di contrattare, sia necessaria la sussistenza di un patto di boicottaggio (cioè, di un accordo teso a discriminare un determinato concorrente, impedendo che il medesimo entri o resti nel mercato: c.d. boicottaggio primario collettivo), ovvero di un'induzione, effettuata da uno o più concorrenti in concerto tra loro, affinché i loro fornitori o distributori non abbiano rapporti con un terzo concorrente (c.d. boicottaggio secondario individuale o collettivo).³¹⁷

Successivamente, viene in rilievo il momento teleologico della condotta³¹⁸: e con il termine boicottaggio si va ad indicare l'atto con cui un soggetto, in una situazione di dominio del mercato, da solo (c.d. boicottaggio primario individuale) o con altri, direttamente o indirettamente ostacola un determinato concorrente col fine di impedirgli (o di rendergli eccessivamente gravoso) l'accesso a un mercato oppure il permanervi, con danno del soggetto passivo e senza causa redimente di giustificazione.³¹⁹

E' certo che, in seguito all'introduzione della disciplina *antitrust*, il rifiuto di contrattare, pur non essendo da essa espressamente previsto, ben può incappare, in quanto proveniente da una singola impresa, nel divieto di abuso di posizione dominante ³²⁰, così come, se concertato, nelle maglie dell'art. 2 lettera d), che bandisce l'impiego di condizioni diverse per prestazioni equivalenti e, pertanto si presta ad

³¹⁵ V., da ultimo, Trib. Ancona Senigallia 10 gennaio 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce cit., 314.

³¹⁶ Cfr. RAVA', *Il Diritto industriale*, cit., 362.

³¹⁷ V. SENA, *Il boicottaggio - Un aspetto della disciplina della concorrenza*, Milano, 1970, 55

³¹⁸ Cfr. SCIRE', cit., Tomo III, 147-148.

³¹⁹ In tal senso cfr. Trib. Milano 26 maggio 1994, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Concorrenza*, n. 415.

³²⁰ In vero, per quanto riguarda i profili relativi alla concorrenza sleale ed al rifiuto di contrarre quali condotte abusive della posizione dominante, la giurisprudenza di casa nostra già utilizzava il diretto richiamo al trattato Ce per censurare condotte di abuso: cfr. Trib. Bari 15 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 3256; App. Milano, ord. 15 luglio 1992, *Foro it.*, 1992, I, 3393, con nota di A. MASTRORILLI, *Rifiuto di contrarre, monopolio legale, abuso di posizione dominante*; Trib. Milano, ord. 11 gennaio 1990, *Riv. dir. ind.*, 1992, 259; 13 settembre 1990, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Comunità europee*, nn. 376, 470; per la giurisprudenza comunitaria, cfr. Trib. I grado Ce 10 luglio 1991, causa T-70/89, *id.*, 1992, IV, 179, con osservazioni di R. PARDOLESI; Corte giust. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *ibid.*, 81, con nota di A. MASTRORILLI, *Vendita sotto costo: concorrenza o predazione?*; Commiss. Ce 21 dicembre 1988, *id.*, Rep. 1992, voce cit., n. 491.

un'agevole interpretazione *a fortiori*, posto che il boicottaggio altro non è che la forma estrema di discriminazione.³²¹ D'altronde, il fatto che il rifiuto concertato di contrattare, vietato dall'art. 2 l. 287/90, integri gli estremi dell'atto non conforme a correttezza professionale implica una convergenza, ma non la sovrapposizione delle discipline,³²² per cui la previsione dell'art. 2598, dotata di un raggio d'intervento più largo, potrà operare anche nelle ipotesi di boicottaggio non ricoduncibili al paradigma cartellistico.³²³

Ma, facendo un passo indietro, è bene ricordare, nelle controversie di casa nostra per rifiuto di contrattare, il ruolo da protagonista assunto dalla lotta degli aspiranti giornalisti (muniti di licenza, poi divenuta autorizzazione amministrativa) per ottenere il cd. tesserino di prelevamento, senza il quale si riusciva ad ottenere solo la fornitura di giornali stranieri o pubblicazioni di editori indipendenti; lotta che ha scandito gran parte della 'storia giurisprudenziale' del boicottaggio perpetrato da associazioni di categoria a danno di imprenditori terzi³²⁴ (sulla scena, peraltro, anche il braccio di ferro tra un'associazione di grossisti di medicinali, forte dell'appoggio dei produttori, e distributori all'ingrosso non iscritti³²⁵).

Muovendo dall'assunto che, laddove il numero di operatori sia massiccio, la previa costituzione di organismi rappresentativi è passaggio obbligato per comprimere *transaction costs* altrimenti ingovernabili e che, del resto, la pattuizione relativa al boicottaggio può costituire l'oggetto concreto del contratto associativo, denunziando l'inequivoca strumentalità dell'organismo collettivo rispetto alle mire dei suoi aderenti, si giunse così ad affermare l'opportunità di assoggettare alla disciplina di cui all'art. 2598 le associazioni professionali che non operano direttamente in concorrenza con l'imprenditore danneggiato, ma che, agendo nell'interesse dei propri associati concorrenti del soggetto danneggiato, compiono un'attività di carattere concorrenziale.³²⁶ Sennonché, già nell'esaminare le vicende suesposte la letteratura avvertì la necessità di differenziare il rifiuto di contrattare, dettato nel caso di specie dall'esigenza di commercializzazione dei produttori che in chiave di selezione

³²¹ Sul rifiuto concertato di contrattare, anche in riferimento al problema del rapporto tra illecito *antitrust* e illecito concorrenziale per contrarietà ai principi di correttezza professionale, cfr. R. PARDOLESI, in *Diritto antitrust italiano*, vol. I, (a cura di) FRIGNANI - PARDOLESI - PATRONI GRIFFI - UBERTAZZI, Bologna, 1997, 239-244.

³²² Cfr. sul punto, GHEZZI-MAGGIOLINO, cit., 97.

³²³ In tal senso, MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 191.

³²⁴ A tal proposito cfr. per uno sguardo storico Trib. Roma 12 luglio 1977, in *Giur. dir. ind.*, 1977, 611, Cass. 16 aprile 1983, n. 2643, in *Foro it.*, 1983, I, 2160, con nota di R. PARDOLESI, nonché la più recente Trib. Roma 11 ottobre 1993 in *Rass. dir. farmaceutico*, 1994, 43.

³²⁵ Cfr. Trib. Milano 24 ottobre 1966, *Foro it.*, Rep. 1967, voce *Responsabilità civile*, n. 104; App. Milano 19 settembre 1969, *id.*, 1970, I, 1506, annotata, in *Foro pad.*, 1971, I, 55, da P. MARCHETTI, *Due questioni in tema di boicottaggio*; Cass. 20 giugno 1973, n. 1829, *Foro it.*, 1973, I, 3371.

³²⁶ In tal senso FLORIDIA, *La responsabilità delle associazioni professionali*, in *Mon. trib.*, 1971, 38.

distributiva prediligevano la validità diffusionale dei punti vendita³²⁷, dal boicottaggio secondario collettivo, mirante a precludere l'accesso al mercato ai *newcomers*.³²⁸ E' così prevalso l'orientamento dottrinario,³²⁹ avallato dalla giurisprudenza, che afferma la liceità del c.d. boicottaggio primario individuale qualora si concretizzi in uno spontaneo rifiuto di contrattare³³⁰, espressione di autonomia contrattuale, e per converso, l'illiceità del rifiuto di intrattenere con un determinato soggetto relazioni commerciali, ove sia il frutto di una preordinata manovra fra una pluralità di imprenditori volta ad eliminare il boicottato dal mercato.³³¹

In questa prospettiva, i giudici ritengono che nel boicottaggio l'idoneità al danneggiamento dell'altrui azienda, richiesta dall'art. 2598, n. 3, non possa ritenersi esistente in via presuntiva sulla sola base della maggiore onerosità dell'acquisto del prodotto, di cui sia rifiutata la vendita, né sulla supposta inferiore qualità dell'analogo articolo offerto dalle imprese concorrenti, in quanto l'accertata esistenza e accessibilità di prodotti alternativi sul mercato sono sufficienti a garantire la permanenza attiva e proficua di altre imprese; d'altra parte, le differenze di qualità riscontrabili in prodotti simili e il divario dei relativi prezzi debbono considerarsi normali in un sistema economico improntato alla libertà di commercio e al confronto fra le imprese del medesimo settore.³³² A proposito dell'idoneità a produrre pregiudizio, va ricordato che sia nel boicottaggio primario, sia in quello secondario si configura come illecito anche il mero tentativo³³³, cosicché la repressione della condotta può investire tanto la fallita istigazione alla rottura delle trattative commerciali quanto l'accordo di boicottaggio inesequito.³³⁴

IV. Storno di dipendenti.

³²⁷ Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Padova 16 settembre 1998, *Foro it.*, 1999, I, 338, con ampia nota di richiami cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

³²⁸ Sul punto, v. R. PARDOLESI, *Distribuzione dei giornali: associazioni di categoria e boicottaggio*, in *Foro it.*, 1983, I, 2164.

³²⁹ Cfr. AULETTA - MANGINI, cit., 249.

³³⁰ Cfr. Trib. Milano 26 maggio 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1994, 756; 18 febbraio 1993, *id.*, 1993, 420; Cass. 15 gennaio 1982, n. 253, *id.*, 1982, 9.

³³¹ V., *ex plurimis*, Trib. Roma 11 ottobre 1993, cit., a cui dire, perché venga a configurarsi un'ipotesi di concorrenza sleale per boicottaggio a carico dell'associazione di categoria dei distributori all'ingrosso dei farmaci che, richiesta dall'associazione industriali, rifiuti di rilasciare parere favorevole all'ingresso sul mercato di una nuova impresa grossista, cagionandole notevoli difficoltà nella stipulazione dei contratti di fornitura con le imprese produttrici (con queste ultime in attesa del *placet* della propria associazione), è necessaria la prova di un accordo discriminatorio fra le due associazioni di categoria, volto ad impedire, danneggiare o comunque discriminare l'attività dell'impresa ipoteticamente lesa.

³³² Cfr. Cass. 15 gennaio 1982, n. 253, in *Giur. dir. ind.*, 1982, 9.

³³³ In tal senso, cfr. Trib. Genova 5 ottobre 1988, in *Giur. dir. ind.*, 1989, 2385.

³³⁴ MENESINI, voce *Boicottaggio (dir. comm.)*, in *Enc. giur.*, V, 1988, 1.

Altra figura tipica di concorrenza sleale per contrarietà ai principi di correttezza è lo storno di dipendenti, più correttamente inquadrata come fattispecie a tutela della politica del personale, dal momento che non v'è più dubbio che possa costituire illecito anche la sottrazione di concessionari³³⁵, agenti,³³⁶ rappresentanti,³³⁷ ovvero altri collaboratori funzionalmente inseriti nell'organizzazione dell'impresa.³³⁸

Così, se l'incessante espansione del settore terziario attesta la crescente rilevanza del fattore umano nell'ambito dell'impresa, lo *human capital*, ossia i costi ed i tempi necessari per la selezione e formazione del personale di qualunque livello e il patrimonio di esperienza acquisita nei rispettivi settori di attività spiegano la forte appetibilità, per il concorrente, del personale altrui.³³⁹ Vero è che non esiste norma intesa ad imporre, in via generale, l'assunzione di personale privo di attuale impiego; né può configurarsi per il dipendente un obbligo di permanenza nel posto di lavoro. Sì che la libertà di concorrenza degli imprenditori sul mercato del lavoro e la legittima tendenza ad assumere lavoratori preparati e qualificati (da precedenti esperienze) trovano riscontro nell'altrettanta legittima aspirazione di quest'ultimi a migliorare le proprie condizioni e nella libertà di cambiare occupazione.³⁴⁰ Nella valutazione della liceità della sottrazione, operata da un concorrente, di dipendenti di un imprenditore secondo i canoni di correttezza professionale entrano in gioco, dunque, contrapposti interessi, (tutti) reputati meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento: quello alla conservazione dell'avviamento dell'impresa, motore dell'iniziativa imprenditoriale; il diritto dei lavoratori a organizzare la propria attività nella maniera più confacente ai propri bisogni ed esigenze; libertà dell'impresa di dotarsi delle risorse umane che consentano la massimizzazione del profitto.³⁴¹

Non potendo stabilire *a priori* quale degli interessi summenzionati debba prevalere nella gara concorrenziale, si deve concordare con chi ritiene che quello della valutazione della liceità dell'assunzione dell'altrui personale sia un problema di limiti, destinato a risolversi, una volta di più, nell'individuazione delle condizioni in presenza delle quali tale pratica divenga sleale.³⁴²

Al riguardo, peraltro, la giurisprudenza è attestata su posizioni tutt'altro che univoche: tre gli orientamenti, emersi in un arco temporale quarantennale (salvo riaffiorare alternativamente) e all'origine di contrasti non ancora totalmente dissipati.

³³⁵ Cfr. Trib. Torino 11 febbraio 1983 in *Giur. piemontese*, 1983, 543.

³³⁶ Cfr., da ultimo, App. Cagliari, 12 gennaio 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 44, con nota di CAPRA; App. Milano 27 novembre 1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 1, con nota di ALOE Trib. Torino 17 marzo 1998, in *Giur. dir. ind.*, 1999, 362.

³³⁷ V. Trib. Torino 16 maggio 1983, in *Giur. dir. ind.*, 1983, 609; Pret. Foligno 19 giugno 1984, *id.*, 1985, 199.

³³⁸ G. e GUGLIELMETTI, cit., 333.

³³⁹ SANTINI, *I servizi*, in *Commercio e servizi-Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1979, 413 ss.

³⁴⁰ V. CAPRA, *Concorrenza dell'«ex» e storno di dipendenti*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 88.

³⁴¹ GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 83.

³⁴² In tal senso, AUTERI, *La concorrenza sleale*, 405.

Il primo indirizzo ritiene che lo storno assurga ad atto di concorrenza sleale solo quando le modalità di attuazione della sottrazione siano oggettivamente sleali, concentrando il giudizio di scorrettezza sui mezzi usati per la persuasione dei dipendenti, come per esempio la denigrazione del datore di lavoro, la propalazione di notizie allarmistiche sulle condizioni economiche della sua azienda od altri strumenti menzogneri.³⁴³

L'orientamento testé cennato cede progressivamente il passo ad una giurisprudenza incline ad affermare che lo storno di dipendenti deve ritenersi vietato allorché sia attuato non solo con la consapevolezza, nell'agente, dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa, ma altresì con la precisa intenzione di conseguire tale risultato (c.d. *animus nocendi*): intenzione da ritenersi sussistente quante volte, in base agli accertamenti compiuti dal giudice del merito ed insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati, lo storno dei dipendenti sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di scompaginare l'organizzazione e la struttura produttiva dell'imprenditore concorrente.³⁴⁴ A sostegno di tale argomento si sottolinea come l'intento di nuocere non necessiti di prova diretta, ma si presti ad essere desunto dal modo in cui lo storno viene effettuato; e si indicano, a mo' di elementi rivelatori dell'*animus nocendi*, il numero dei prestatori d'opera distolti e il ruolo dagli stessi svolto nell'ambito dell'azienda,³⁴⁵ la non facile sostituibilità dei dipendenti,³⁴⁶ il fatto che, prima delle dimissioni, essi abbiano già stipulato accordi per la costituzione di un'impresa concorrente,³⁴⁷ il lasso di tempo intercorso tra storno e l'assunzione presso il concorrente³⁴⁸, l'avvalersi, nell'opera di persuasione del personale da assumere, dei dipendenti di colui che subisce lo storno.³⁴⁹

In realtà, in letteratura la teorica dell'*animus nocendi* è stata ampiamente criticata anche nella versione rimeditata sulla base di criteri definitivi maggiormente

³⁴³ Per l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e merito, v. DALLE VEDOVE, *Lo storno di dipendenti nella disciplina della concorrenza*, Padova, 1992, 7 ss.

³⁴⁴ Cfr., *ex multis*, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 21 novembre 1983, n. 6928, in *Giur. it.*, 1984, I, 1704; in quella di merito, Trib. Vicenza 3 settembre 1998, in *Giur. dir. ind.*, 1999, 3944.

³⁴⁵ Cass. 20 giugno 1996, n. 5718, *Foro it.*, 1997, I, 228, con nota di MONTARULI, *Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)*; Cass. 6 maggio 1980, n. 2996, *id.*, 1980, I, 1885, con nota di PARDOLESI.

³⁴⁶ Cfr. Trib. Cagliari 21 novembre 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 93, con nota di CARIA; Cass. 16 maggio 1983, n. 3365, *Foro it.*, Rep. 1985, voce cit., n. 118.

³⁴⁷ Cfr. sul punto Cass. 6 maggio 1980, n. 2996, cit., la quale desume uno degli indici dello storno dalla circostanza che due dipendenti del concorrente, mentre erano ancora alle dipendenze della società, avevano stipulato una convenzione in cui si prevedeva la costituzione di una nuova società alla scadenza del contratto di lavoro a termine.

³⁴⁸ Cfr. Pret. Milano 19 aprile 1983, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Provvedimenti di urgenza*, n. 79.

³⁴⁹ Cass. 3 luglio 1996, n.6079, in *Dir. ind.*, 1997, 35, con nota di CAVALLARO, *Storno di dipendenti ed espansione di attività*.

oggettivi.³⁵⁰ A tal proposito, si è sottolineato: a) il carattere inutilmente artificioso di tale ricostruzione, dal momento che spesso i fatti assunti ad indici oggettivi del dolo sarebbero di per sé sufficienti a comprovare l'illiceità dello storno³⁵¹; b) come fosse sostanzialmente ambiguo configurare gli elementi che attribuiscono maggior pericolosità allo storno (tipicamente: la sottrazione di dipendenti particolarmente qualificati) alla stregua di indici obbiettivi dell'*animus nocendi*, posto che, per questa via, si finisce per collegare in modo automatico la finalità lesiva agli elementi oggettivi della fattispecie, fondando una sorta di presunzione assoluta;³⁵² c) che, secondo espressa disposizione normativa, per la sussistenza della concorrenza sleale rilevano solo i mezzi contrari ai principi di correttezza professionale, mentre è ininfluyente lo stato soggettivo dell'agente, tant'è vero che, se la condotta è contraria alla correttezza, la continuazione (o ripetizione) della stessa può essere inibita, in quanto oggettivamente anti-giuridica e senza alcun riguardo allo stato di dolo o di colpa dell'agente, in forza dell'art. 2599.³⁵³

Sulla scia di tali argomentazioni ha preso piede il terzo indirizzo giurisprudenziale, volto ad affermare l'opportunità di prescindere dall'elemento soggettivo (che, obiettivato, perde di rilevanza) e concentrarsi sulla valutazione dell'idoneità dell'atto a disgregare l'altrui organizzazione imprenditoriale, quindi, sulla portata monopolistica dell'atto stesso.³⁵⁴ In vero, la *ratio decidendi* fatta propria dal formante giurisprudenziale testé evocato riecheggia il monito di accorta dottrina che --sul presupposto che la costituzione economica pone sul medesimo piano la libertà di concorrenza (anche sul mercato del lavoro) e la libertà degli *ex* dipendenti di svolgere una propria attività di concorrenza ovvero di potenziare quella di altri operatori presenti sul mercato--, già tempo addietro aveva sostenuto la possibilità di configurare lo storno illecito soltanto in una situazione (verificabile, di regola, in riferimento a personale qualificato) di (quasi)monopolio della forza-lavoro rilevante in un determinato settore, sempre che detta monopolizzazione non sia causata da obiettive fisiologiche esigenze di sviluppo dell'impresa.³⁵⁵

V. Violazione di segreti: sottrazione, abuso e concorrenza dell'*ex*.

Con la denominazione di (atto di concorrenza sleale per) sottrazione ed abuso di segreti si è soliti indicare due forme distinte --almeno sul piano soggettivo-- di violazione dei principi di correttezza professionale: l'apprensione, da parte di un

³⁵⁰ Cfr. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da Walter Bigiavi*, Torino 1971, 209 ss.

³⁵¹ VANZETTI, in *Manuale di diritto industriale*, a cura di VANZETTI- DI CATALDO, Milano, 1996, 104.

³⁵² PARDOLESI, nota a Cass. 6 maggio 1980, n. 2996, in *Foro it.*, 1980, I, 1886.

³⁵³ In tal senso, SPIAZZI, *concorrenza sleale – Storno di dipendenti*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 243.

³⁵⁴ Cfr. Trib. Cagliari 21 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 491, con nota di DESSI; Cass. 9 giugno 1998, n. 5671, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 28, 16, con nota di KRASNA.

³⁵⁵ GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 189.

concorrente, del segreto (c.d. spionaggio industriale); la divulgazione di segreti da parte di *ex* collaboratori.³⁵⁶

La prima ipotesi prospetta *in limine* la difficile precisazione dei confini da assegnare alla nozione di segreto, mentre attiene alla seconda fattispecie la problematica del bilanciamento tra l'interesse dell'impresa a non vedere divulgati i propri segreti e quello dell'*ex* dipendente a sfruttare lo *human capital* accumulato, ossia l'insieme di conoscenze, acquisite durante l'esecuzione del rapporto di lavoro, che contribuiscono a formare (o implementare) la sua professionalità.³⁵⁷

Ma procediamo con ordine. Riguardo alla nozione di segreto, nessun dubbio fra: è di valore e va protetto tutto il bagaglio di informazioni che avvantaggia chi lo possiede e che i concorrenti vorrebbero poter utilizzare, cioè le informazioni relative a tecnologie produttive (c.d. segreti in senso stretto) ovvero le conoscenze organizzative, distributive e commerciali.³⁵⁸ Tale indicazione viene recepita (dalla letteratura giuslavoristica, e soprattutto) dalle corti, per le quali lo scopo della tutela dei segreti attraverso la clausola generale di cui all'art. 2598 n. 3 è proprio quello di evitare che un concorrente possa essere avvantaggiato nella lotta concorrenziale dallo sfruttamento degli altrui segreti, *id est* dei risultati dell'altrui lavoro, investimento, esperienza.³⁵⁹

Se dalle declamazioni definitorie si passa ad osservare l'applicazione concreta di quest'approccio, ci si accorge subito che la tutela offerta ai segreti da norme sulla concorrenza sleale abbraccia non solo le scoperte e le invenzioni industriali, ma anche i metodi di fabbricazione, le liste dei clienti, le tecniche commerciali, il *know-how*, le invenzioni non brevettabili, i modelli, nonché tutte le notizie che, pur non costituendo veri e propri segreti, l'imprenditore non ritenga di mettere a disposizione del pubblico.³⁶⁰ La giurisprudenza sembrerebbe, dunque, allinearsi con quanto sostenuto in dottrina, per la quale oggetto del segreto sarebbero: a) le scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, atte a fornire soluzione ai problemi che si pongono nell'attività industriale e, dunque, sia le conoscenze che presentino i requisiti di brevettabilità, sia quelle che tali requisiti non hanno (c.d. segreti industriali)³⁶¹; b) le

³⁵⁶ Cfr. SALZO, *La concorrenza sleale*, cit., 235.

³⁵⁷ G. e G. GUGLIELMETTI, cit., 334.

³⁵⁸ In tal senso, FRIGNANI, voce *Segreti d'impresa*, in *Digesto comm.*, Torino, 1996, XII, 334.

³⁵⁹ Cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 20 marzo 1991, n. 3011, *Foro it.*, 1993, I, 3154, con nota di DI PAOLA; 5 aprile 1978, n. 1548, *id.*, Rep. 1978, voce *Concorrenza.*, n. 153; 10 gennaio 1975, n. 74, *id.*, Rep. 1975, voce cit., n. 45; 15 marzo 1974, n. 750, *ibid.*, nn. 48, 49; in quella di merito, Trib. Urbino 27 febbraio 1988, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 51; Pret. Roma 10 marzo 1987, *id.*, 1987, I, 1925; App. Roma 5 dicembre 1988, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 141; Trib. Napoli 5 marzo 1979, *id.*, Rep. 1981, voce cit., nn. 113, 114; App. Firenze 24 aprile 1976, in *Giur. dir. ind.*, 1976, 1151, Trib. Vicenza 23 febbraio 1973, *id.*, 1973, 444; Trib. Milano 26 aprile 1962, *Foro it.*, Rep. 1966, voce cit., n. 25; App. Milano 1° ottobre 1963, *id.*, Rep. 1963 voce cit., n. 62.

³⁶⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. 24 febbraio 1983, n. 1413, in *Giur. dir. ind.*, 1983, 34; 9 luglio 1971, n. 1590, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1556.

³⁶¹ AUTERI, *Il segreto industriale*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1983, 314.

conoscenze che si traducono in regole di condotta derivate dall'esperienza nella gestione imprenditoriale, attinenti al settore organizzativo e commerciale (c.d. segreti commerciali)³⁶²; c) il *know-how*, sempre che si accolga il convincimento dottrinario a tenore del quale il contenuto di tali conoscenze risulterebbe più ampio dei segreti d'impresa, includendo al suo interno la categoria delle *confidential informations* (es.: strategie di mercato).³⁶³

Di là dagli interrogativi sul contenuto, in letteratura si è discusso sul grado di segretezza che deve contraddistinguere le informazioni affinché possano ottenere tutela nell'ambito della disciplina della concorrenza sleale.³⁶⁴ Sulla scia dell'accattivante teoria del c.d. segreto relativo³⁶⁵, si ritiene possano considerarsi segrete solo le conoscenze oggetto di ragionevoli sforzi – da testare in base a circostanze quali numero di dipendenti messi a conoscenza del segreto ed investimenti affrontati – per assicurare ovvero preservare la segretezza.³⁶⁶ Seguendo tale tesi (e portandola, anzi, alle sue conseguenze più estreme) in relazione ad ipotesi di spionaggio industriale, ove l'illiceità della condotta è predicata fondamentalmente sulla scorta della valutazione dei mezzi posti in essere per l'acquisizione delle notizie, si è precisato che la qualità riservata delle cognizioni e dei dati attinenti all'organizzazione dell'impresa concorrente non può derivare dalla mera affermazione di segretezza proveniente dall'interessato, dovendosi piuttosto ricercare un'idoneità oggettiva delle notizie a rimanere segrete, se non volontariamente comunicate a terzi.³⁶⁷

Una volta superati i problemi di carattere definitorio in ordine alla nozione di segreto (stabilendo il contenuto e il grado di riservatezza necessario perché il segreto sia preservato) ed individuati i limiti di operatività della clausola generale della disciplina sulla concorrenza sleale,³⁶⁸ resta da acclarare in che modo si attui la protezione dei segreti.

Innanzitutto, i giudici proibiscono, ritenendolo contrario a correttezza professionale, ogni atto volto ad appropriarsi di segreti altrui con mezzi illeciti (c.d. spionaggio industriale), senza attribuire rilievo alcuno alla circostanza che il comportamento sia realizzato direttamente dal concorrente ovvero da un intermediario (agente, complice, proprio o altrui dipendente inottemperante all'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105).³⁶⁹ Alcune pronunce di merito hanno sottolineato come lo

³⁶² V. BORTOLOTTI, *La tutela del know-how nell'ordinamento italiano*, in DEC, 1970, 549.

³⁶³ Cfr. FRIGNANI, cit., 338

³⁶⁴ V. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza* cit., 244 ss.

³⁶⁵ Cfr. DESSENMONTET, *The legal protection of know-how in the United States of America*, Geneve a., 1976, 131.

³⁶⁶ In tal senso FRIGNANI, cit., 339.

³⁶⁷ Cfr. Trib. Milano 25 marzo 1974, in *Giur. dir. ind.*, 1974, 548.

³⁶⁸ Per GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, 345, l'abuso di segreti è un problema di limiti che investono alcuni tipi di notizie riservate.

³⁶⁹ In tal senso v. Cass. 24 febbraio 1983, n. 1413, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Concorrenza*, n. 109; 9 luglio 1971, n. 2199, *id.*, Rep. 1971, voce cit., n. 53; App. Milano 17 settembre 1968, *id.*, Rep. 1969, voce cit., n. 19.

spionaggio vada inibito solo nel caso in cui il segreto sottratto può risultare vantaggioso per il concorrente che acquisisce l'informazione, prestando il fianco alle aspre critiche di chi, a ragion veduta, ha replicato che una restrizione della nozione di spionaggio sulla base di un giudizio da effettuare *ex post* avrebbe vanificato la funzione preventiva delle norme sulla concorrenza sleale, che –come già ricordato-- non richiedono il realizzarsi di un pregiudizio concreto, ma soltanto la sua possibilità.³⁷⁰

Per quanto attiene alla fattispecie di abuso di segreti, più genericamente si afferma che è contrario alle norme sulla lealtà concorrenziale divulgare o utilizzare segreti quando i mezzi ed i modi con cui il concorrente se n'è appropriato sono illeciti; nessuna protezione, quindi, e piena utilizzabilità ove essi siano acquisiti ovvero scoperti grazie ad un'attenta analisi o abilità personale.³⁷¹

Come anticipato, risulta più problematica la fattispecie dell'utilizzazione, da parte di *ex* dipendenti o collaboratori, di cognizioni inerenti all'organizzazione imprenditoriale di provenienza.³⁷² E' noto, infatti, che la tutela contro lo sfruttamento di informazioni riservate opera nell'ambito della disciplina della concorrenza anche se tale sfruttamento viene compiuto da *ex* dipendenti, giacché l'art. 2105, nel sancire il divieto di divulgazione di notizie aziendali, stabilisce cosa debba fare il lavoratore in pendenza del rapporto di lavoro, mentre nulla dice su cosa egli possa e debba fare successivamente alla cessazione di tale rapporto.³⁷³ Del resto, proprio perché l'applicazione dell'art. 2598 in ipotesi come quelle in esame implica il contemperamento delle contrapposte esigenze --del datore di lavoro di mantenere i propri segreti industriali/commerciali e del dipendente a svolgere liberamente altrove le capacità acquisite--, nel panorama letterario si registrano opinioni alquanto divaricate.³⁷⁴

Chi ritiene tutelato dall'ordinamento il segreto industriale sin dalla fase di comunicazione del segreto ai propri dipendenti, alla luce del disposto dell'art. 2105, ed anche oltre l'eventuale cessazione del rapporto di lavoro, sostiene che vadano protette solo le notizie riservate: da individuare in quelle conoscenze tecniche che, solo in quanto si differenzino dallo stato della tecnica di fatto accessibile agli operatori presenti nel dato mercato, possano essere considerate patrimonio dell'impresa ed essere separate dalle conoscenze e capacità personali del prestatore di lavoro (o da lui agevolmente raggiungibili)³⁷⁵

³⁷⁰ MARCHETTI, *Sull'idoneità del danno dell'atto di concorrenza sleale con particolare riferimento al cosiddetto tentativo di spionaggio industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1969, II, 78 ss.

³⁷¹ Cfr., *ex multis*, da ultimo, Trib. Piacenza 14 dicembre 1998, in *Arch. civ.*, 1999, 1154.

³⁷² CAPRA, *Concorrenza dell'ex e storno di dipendenti*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 69.

³⁷³ Così MELI, *Note in tema di sfruttamento di informazioni da parte di ex dipendenti e collaboratori*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, 303

³⁷⁴ Cfr. SORDELLI, *Il know-how: facoltà di disporre e interesse al segreto*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, I, 93.

³⁷⁵ In questi termini AUTERI, *Il segreto industriale*, cit., 351; dello stesso a. v. anche *La concorrenza sleale*, in *Trattato* diretto da Rescigno, Torino, 1983, 407 ss.

Altra parte della letteratura, sul diverso presupposto di riconoscere la pari valenza –anche in termini di canoni costituzionali– della libertà di lavoro e di quella di concorrenza, inclina a circoscrivere il novero delle notizie riservate a quelle aventi per oggetto dati obiettivamente rilevanti: vale a dire definibili, in senso sostanziale, come ‘invenzione’ o ‘scoperta’, non ritenendo sufficiente una destinazione unilaterale al segreto da parte del titolare dei dati asseritamente riservati e contestualmente ammettendo che la destinazione acquisti rilievo in forza di un vincolo negoziale.³⁷⁶ La diffusa insoddisfazione nei riguardi di questa tesi, che utilizza la distinzione fra notizie oggettive (inerenti il patrimonio aziendale e, come tali, non liberamente utilizzabili) e notizie soggettive (collegate alla personale formazione professionale del lavoratore e, quindi, liberamente utilizzabili)³⁷⁷ apre la strada ad una giurisprudenza che fa dipendere la valutazione del comportamento dell’ex collaboratore da una specifica considerazione delle peculiarità del caso concreto e da un’analisi combinata dei vari aspetti della fattispecie, quali la necessità dell’impiego del segreto e la natura delle conoscenze utilizzate, oltre che le modalità con cui la conoscenza delle informazioni contestate è stata ottenuta e le modalità con cui si entrati in rapporto con la clientela dell’ex datore.³⁷⁸

Infine, si deve segnalare, per un verso, l’introduzione nel nostro ordinamento dell’art. 6 bis l.i. che, in attuazione dell’art. 39 della accordo internazionale TRIPs,³⁷⁹ lasciando impregiudicata la disciplina dettata dall’art. 2598,³⁸⁰ sembrerebbe allinearsi con i principi richiamati dai nostri giudici per la definizione di segreto industriale³⁸¹; e, per altro profilo, il testo provvisorio del Codice dei diritti di proprietà industriale (redatto da un’apposita commissione, istituita presso il Ministero delle attività produttive in virtù della delega prevista dall’art. 15 della legge 12 dicembre 2002 n.

³⁷⁶ GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e Costituzione economica*, Padova, 1978, 192-95,

³⁷⁷ DI PAOLA, *Concorrenza sleale per utilizzo di notizie «segrete»: quale avvenire per l’ex dipendente?*, in *Foro it.*, 1993, I, 3154.

³⁷⁸ Cfr. Trib. Milano 2 febbraio 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 299; Trib. Verona 23 luglio 1998, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 293; Trib. Cagliari 21 novembre 1994, in *Riv. gir. sarda*, 1996, 93; Trib. Milano 25 settembre 1989, *Foro it.*, Rep. 1991, voce cit., n. 142; App. Bologna 9 giugno 1988, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 144; Trib. Torino 8 giugno 1987, *id.*, Rep. 1989, voce cit., n. 44; Trib. Milano 18 aprile 1983, *id.*, Rep. 1986, voce cit., nn. 26-27; App. Bologna 9 agosto 1977, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 44; Trib. Milano 19 dicembre 1974, in *Giur. dir. ind.*, 1974, 1399; App. Milano 5 maggio 1972, *Foro it.*, 1972, I, 976; Trib. Milano 18 febbraio 1972, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 475; 30 ottobre 1967, *id.*, Rep. 1969, voce cit., n. 84; 21 maggio 1964, *id.*, Rep. 1965, voce *Lavoro* (rapporto), n. 430. In vero, è prevalso l’indirizzo giurisprudenziale incline ad affermare la liceità dell’uso dei dati e delle cognizioni acquisite dall’ex-dipendente, salvo che risulti un espresso patto che vincoli il lavoratore a non violare il segreto su determinate notizie.

³⁷⁹ Cfr. BARBUTO, *La tutela giudiziaria del segreto d’impresa*, in *Les-Italia*, Atti del Convegno *La tutela del segreto di impresa dopo i TRIPs*, Torino, 1996, 19.

³⁸⁰ Cfr. Trib. Nola 4 aprile 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 301.

³⁸¹ Cfr., sul tema, l’analitico lavoro di DALLE VEDOVE, *La violazione dei segreti d’impresa tra vecchio e nuovo diritto*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 244.

273)³⁸², agli artt. 98-99, detta una disciplina autonoma alle informazioni segrete, in precedenza regolati per rinvio alle norme in tema di concorrenza sleale.³⁸³

VI. Concorrenza parassitaria.

La concorrenza parassitaria si vuole consista (non già nel compimento di un singolo atto di concorrenza sleale, bensì) nel cammino continuo, sistematico, essenziale e costante sulle orme altrui. Mentre creare un prodotto analogo a quello del rivale è l'anima stessa della concorrenza, l'imitazione di tutto o quasi tutto quello che fa il rivale, l'adozione pressoché sistematica di ogni sua nuova iniziativa sono contrarie alle regole che presiedono al corretto svolgimento della concorrenza.³⁸⁴ Costituisce concorrenza parassitaria, dunque, la commissione di diversi atti, ripetuti nel tempo, d'imitazione delle iniziative del concorrente³⁸⁵; sitraguarda, insomma, una complessiva condotta di pedissequa e reiterata riproduzione degli altrui «passi» commerciali.³⁸⁶

Non sorprende allora che, come elemento atto a contraddistinguere la concorrenza parassitaria, sia stato indicato il tempo: ma il senso dell'affermazione è largamente svuotato dalla precisazione di non voler fare riferimento alla concentrazione o diluizione dell'attività che ricalca le orme altrui, bensì al dinamismo produttivo e commerciale delle due imprese concorrenti, l'una delle quali si pone sulle orme dell'altra in modo sistematico e continuativo.³⁸⁷ Non a caso, se lo sfruttamento sistematico del lavoro e delle creatività altrui viene conseguito attraverso una pluralità di atti succedutisi nel tempo, si configura un'ipotesi di concorrenza parassitaria c.d.

³⁸² Per un primo commento agli artt. 15, 16, 17 e 18 della legge 273/2002 si rinvia a FLORIDIA, *Il riordino della proprietà industriale (Legge 12 dicembre 2002, n. 273)*, in *Dir. ind.*, 2003, 22 ss.

³⁸³ La Commissione di esperti per la redazione del Codice sulla proprietà industriale, istituita presso il Ministero delle Attività Produttive, ha presentato al Ministro, il 27 luglio 2003, una bozza di Codice sulla proprietà industriale. Prima di avviare l'iter per l'approvazione definitiva del codice, è stata aperta la consultazione dei soggetti interessati, nell'ambito della quale Confindustria –e, per essa, il Gruppo di Lavoro "Proprietà Intellettuale"— ha presentato un documento di osservazioni in cui, per quanto qui interessa, la previsione di un'autonoma regolamentazione delle informazioni segrete è stata salutata con grande favore.

³⁸⁴ V. in tal senso Trib. Lecco 1° luglio 1995, *Giur. dir. ind.*, 1995, 1099; Trib. Bassano del Grappa 3 novembre 1994, *id.*, 1995, 639.

³⁸⁵ Cfr. Trib. Roma 1° luglio 1999, in *Dir. autore*, 2000, 252, con nota di DE ANGELIS.

³⁸⁶ In Trib. Torino 13 aprile 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 304, si è ritenuto idoneo ad integrare la fattispecie in esame la ripetizione di atti di imitazione come la realizzazione di riviste di analogo contenuto, di un simile calendario e di opere monografiche aventi il medesimo oggetto; cfr., altresì, Trib. Modena 22 luglio 1999, *id.*, Rep. 2002, voce *cit.*, n. 323; Trib. Milano 4 ottobre 1996, in *Annali it. dir. autore.*, 1997, 797.

³⁸⁷ Così FRANCESCHELLI, *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria* in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 3, e la giurisprudenza unanime. *Leading case* è stata la causa Motta-Alemagna, decisa dalla Cass. 17 aprile 1962 n. 752, in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, 12, vicenda giudiziaria che ha visto affermare per la prima volta con chiarezza la slealtà della condotta parassitaria, della quale sono stati anche definiti i caratteri fondamentali.

diacronica; se, invece, tale sfruttamento ha luogo attraverso una pluralità di atti o un comportamento globale posti in essere contemporaneamente, si verterà in ambito di concorrenza parassitaria c.d. sincronica.³⁸⁸ D'altronde, se è vero che si richiede un tallonamento sistematico (ben al di là dell'imitazione rapsodica), è altrettanto evidente che l'atto concorrenziale non deve presentarsi come elemento organico di un complesso piano di azione di sfruttamento delle iniziative e della stessa organizzazione del concorrente.³⁸⁹

Alcune decisioni ritengono che, per le sue stesse caratteristiche ontologiche, la concorrenza parassitaria sia in concreto rilevabile solo quando la reiterazione dei fatti imitativi si espliciti attraverso modalità che denunciano sul piano obiettivo l'intento di deviare a proprio vantaggio l'altrui impegno imprenditoriale.³⁹⁰ Secondo l'orientamento giurisprudenziale testé menzionato, si avrebbe concorrenza parassitaria, censurabile ex art. 2598 n. 3, quando l'attività di un'impresa segue in modo continuo, sistematico, costante anche se non integrale, le iniziative produttive, commerciali ovvero pubblicitarie di un concorrente, con risparmio evidente di spese di ricerca e di mercato, e con intento sotteso di scorrettezza e di approfittamento di ogni altrui iniziativa, non rilevando l'isolata liceità di ogni singolo episodio, ma solo l'insieme degli stessi, che deve palesare l'*animus* fraudolento.³⁹¹ Invero, sembra da preferire l'indirizzo giurisprudenziale che reputa illecita la concorrenza parassitaria ove si presenti in base a parametri oggettivi: come la presenza, da un lato, di un imprenditore che, con un certo dispendio di energie umane e finanziarie, compia apprezzabili progressi nel suo settore ed offra ai consumatori prodotti di una certa qualità e di un certo prezzo e, dall'altro, di un rivale che sfrutti tale progresso o, comunque, i risultati degli sforzi inventivi ed innovativi del concorrente, procedendo su una strada già tracciata, ma col vantaggio di offrire prodotti analoghi a prezzi, forse, migliori.³⁹²

In considerazione delle necessità operative del mercato, si esclude la ricorrenza della fattispecie in esame: a) quando la somiglianza esistente di fatto tra i prodotti di un imprenditore e quelli del concorrente non dipende dalla pedissequa riproduzione di caratteri originali ed inerisce, invece, ad aspetti comuni, ormai standardizzati e rinvenibili in ogni prodotto di quel tipo: l'imitazione può considerarsi illecita solo se effettuata a breve distanza di tempo da ogni singola iniziativa del concorrente o dall'ultima e più significativa di esse;³⁹³ b) nel caso di imitazione di modelli altrui che siano di pubblico dominio ³⁹⁴; c) ogni qualvolta l'impresa che entri per la prima volta sul mercato copi una gamma di prodotti già stabilmente presenti nella produzione

³⁸⁸ V. Cass. 19 novembre 1994, n. 8927, in *Dir. ind.*, 1995, 242.

³⁸⁹ Così PARDOLESI, nota a Cass. 15 novembre 1982, n. 6099, in *Foro it.*, 1983, I, 2515.

³⁹⁰ Cfr. Trib. Milano 14 febbraio 1995, in *Dir. ind.*, 1995, 1009, nota di NOSOTTI.

³⁹¹ Così, Trib. Ferrara 1° settembre 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1994, 903

³⁹² Cfr. RONCO, *La concorrenza parassitaria e la correttezza professionale*, in *Danno e resp.*, 1999, 890.

³⁹³ V., in tal senso Cass. 17 novembre 1984, n. 5852, *Foro it.*, 1985, I, 127.

³⁹⁴ Cfr. Trib. Firenze 28 gennaio 1988, *id.*, Rep. 1990, voce *Concorrenza*, n. 135.

delle imprese di settore, se il «*new comer*» non si limiti ad una copiatura pedissequa, ma realizzi le diversificazioni estetiche accessorie per evitare confusione tra i suoi e gli altri prodotti.³⁹⁵; *d*) nel caso in cui l'imprenditore faccia inserzioni pubblicitarie nelle maggiori e più diffuse riviste specializzate e in settimanali nei quali vi sia un altissimo numero di inserzioni, ancorché le medesime riviste ospitino la pubblicità di un concorrente³⁹⁶; *e*) nel caso di imitazione dei vari aspetti formali di un prodotto del concorrente.³⁹⁷

Del pari, si precisa che la pubblicità parassitaria, per essere contraria alla correttezza professionale *ex art.* 2598 n 3, dovrà consistere nello sfruttamento sistematico e continuativo, in materia pubblicitaria, degli altrui studi, spese di preparazione e presentazione e nell'utilizzazione di idee già sperimentate, così da evitare il rischio dell'insuccesso e da contenere i costi di gestione; e, soprattutto, che la valutazione della natura parassitaria dovrà essere compiuta alla stregua dell'oggetto dell'informazione pubblicitaria, in vista della possibilità ch'essa costringa gli operatori ad adottare messaggi di tenore analogo.³⁹⁸

In realtà, la ragione dell'illiceità della concorrenza che, in senso lato, si assume parassitaria, risiede nel fatto che essa non solo turba pregiudizievolemente l'evoluzione di chi la subisce, ma di per sé non è portata di un'iniziativa valida, né tramite di alcuna evoluzione, sì da apparire immeritevole di tutela da parte dell'ordinamento.³⁹⁹ Tiene banci, in tal senso, l'opinione di chi rileva come la fonte del successo imprenditoriale e del progresso di un'economia di mercato consista nell'originalità delle iniziative economiche dei partecipanti, e conclude nel senso che un'azienda, nella fase costitutiva così come in quella operativa e di sviluppo, costituisce, nell'equilibrio e nella combinazione delle sue componenti, un'idea originale del suo imprenditore, da salvaguardare precludendo l'attività parassitaria dei terzi operanti nello stesso mercato.⁴⁰⁰ In definitiva, nel bilanciamento dei contrapposti interessi che si fronteggiano in questa specifica tipologia concorrenziale, prevale quello collettivo a che ciascun imprenditore, anziché ripetere pedissequamente le vie già battute dagli altri, adotti tecniche nuove e tenti strade diverse: il che val quanto porre in primo piano l'esigenza di incentivare l'innovazione ed il miglioramento produttivo, in un rapporto di strumentalità fra interesse generale ed attività creativa.⁴⁰¹

³⁹⁵ Così, Pret. Vigevano 20 marzo 1987, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 374, con nota di CARTELLA, *Note riassuntive su: imitazione servile, parassitismo, storno dei dipendenti ed altri profili di illecito concorrenziale*.

³⁹⁶ V. Trib. Milano 23 dicembre 1985, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Concorrenza*, n. 148.

³⁹⁷ V. Trib. Milano 4 marzo 1982, *id.*, Rep. 1984, voce *Concorrenza*, n. 81

³⁹⁸ Pret. Torino, 10 gennaio 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 362.

³⁹⁹ V. Cass. 10 novembre 1994, n. 9387, in *Dir. ind.*, 1995, 644, con nota di GUTIERREZ; 19 novembre 1994, n. 9827, in *Giur. dir. ind.*, 1994, 129; 16 febbraio 1988, n. 1667 in *Giur. dir. ind.*, 1988, 59

⁴⁰⁰ Cfr. MAGNANI, *Appropriazione di Know-how, concorrenza parassitaria e sfruttamento del lavoro altrui*, in *Resp. civ.*, 1997, 145.

⁴⁰¹ Cfr. RONCO, *La concorrenza cit.*, 890

VII. Pubblicità menzognera o ingannevole.

Quando si analizza la *reclame* nell'ottica della contrarietà alla correttezza professionale, si prescinde dalla valutazione dell'attitudine della condotta dell'imprenditore a screditare il prodotto o l'attività dell'impresa concorrente e si pone in primo piano il vero ruolo dell'*advertising*: quello di sottrarre affari ai concorrenti.⁴⁰²

Per integrare gli estremi della scorrettezza professionale, sanzionabile ex art. 2598 n. 3, la pubblicità c.d. menzognera, *id est* fondata su affermazioni false ed ingannevoli, deve affermare fatti specifici che non siano corrispondenti al vero e, pur riguardando esclusivamente l'autore della pubblicità, appaiano idonei a danneggiare l'altrui azienda in quanto capaci di dissuadere il consumatore medio dall'acquisto dei prodotti dei concorrenti.⁴⁰³ Il requisito della specificità dei fatti falsamente affermati è, dunque, ciò che distingue la pubblicità menzognera dalla pubblicità superlativa, innocua vanteria che si realizza nei casi in cui, mancando un riferimento a dati e circostanze specifici, la falsità risulta il più delle volte inadeguata ad ingenerare nel pubblico un falso giudizio sui prodotti o sulle attività reclamizzate.⁴⁰⁴

Altra distinzione da interpretare è quella fra pubblicità ingannevole e pubblicità sleale (introdotta nel nostro ordinamento dal d. lgs. 74/92 in recepimento della direttiva CEE/450/848 e successivamente modificata in attuazione della direttiva 55/97/CE), ossia tra illecito lesivo dell'interesse dei consumatori ed illecito (eventualmente) lesivo dell'interesse del concorrente, rilevante ex art. 2598.⁴⁰⁵ In vero, per effetto dell'entrata in vigore del d. lgs. 74/92 si è verificato un ampliamento del concetto di pubblicità: un tempo limitata all'*advertising* classico, oggi essa include le iniziative promozionali, le sponsorizzazioni, certi tipi di informazioni redazionali e qualsiasi forma di presentazione al pubblico di prodotti o servizi.⁴⁰⁶ Così, la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che la distinzione tra le due fattispecie non può giungere sino al punto di negare la necessità, in entrambe le ipotesi, di un accertamento puntuale in ordine all'attitudine della pubblicità ad indurre in errore i consumatori del prodotto reclamizzato dal concorrente, in virtù della stessa portata relazionale del concetto di ingannevolezza.⁴⁰⁷ Pertanto, tale accertamento, quando richiesto al fine di stabilire l'eventuale connotazione sleale della condotta concorrenziale posta in essere dal committente, può essere effettuato alla luce dei parametri e dei criteri definitivi indicati dal d. lgs. 74/92, nella consapevolezza della

⁴⁰² Per uno sguardo d'insieme alle problematiche attinenti alla pubblicità commerciale, v. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, XI, Torino, 1995, 433 ss.

⁴⁰³ Cfr. Pret. Milano 6 marzo 1989 in *Foro pad.*, 1990, I, 92;

⁴⁰⁴ In tal senso, v. Trib. Bologna 15 giugno 1990, in *Giur. dir. ind.*, 1990, 602; Pret. Catania 23 febbraio 1987, *id.*, 1987, 377.

⁴⁰⁵ In tal senso V. FRANCESCHELLI, *Il messaggio pubblicitario come ipotesi di pubblicità ingannevole e come elemento della fattispecie «concorrenza sleale»*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 223.

⁴⁰⁶ FUSI, *Concorrenza sleale*, cit., 864.

⁴⁰⁷ Trib. Roma 25 febbraio 1998, in *Riv. dir. ind.* 1998, II, 204.

necessaria unitarietà del sistema disciplinante la pubblicità commerciale -pur diversamente articolato- e della conseguente esigenza di evitare difformità valutative in relazione all'eventualità del verificarsi di identica fattispecie, ancorché diversamente riguardata negli effetti lesivi che è suscettibile di produrre.⁴⁰⁸

Come corollario di tale assunto, anche in letteratura si auspica che le decisioni dei giudici ordinari s'ispirino ai principi che informano la nuova disciplina amministrativa: quale quello dell'obbligatorietà, nell'apprezzamento del messaggio pubblicitario, del grado di attitudine del consumatore ad essere ingannato, distinguendo gli *spot* rivolti ad un *target* professionale di soggetti informati circa le caratteristiche dei prodotti reclamizzati da quelli indirizzati a consumatori non particolarmente attrezzati.⁴⁰⁹ Per tutta conseguenza, alla valutazione, in sede di applicazione dell'art 2598 n. 3, dei messaggi pubblicitari in riferimento all'uomo di media accortezza ed avvedutezza verrebbe preferita un'analisi *case by case*.⁴¹⁰

Sulla scia di tali osservazioni si è parlato di spontaneo processo di 'normalizzazione', tendente a ricondurre norme amministrative e regole autodisciplinari agli stessi parametri; ma la diversità tra le due fattispecie testé evocate riemerge con evidenza sul piano del regime processuale predisposto dalla legge.⁴¹¹ Se, per un verso, il legislatore --lungi dal riservare la competenza in materia di pubblicità ingannevole all'autorità amministrativa, più precisamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato-- ha inteso ribadire la piena giurisdizione del giudice ordinario sotto il profilo della concorrenza sleale⁴¹², dall'altro la giurisprudenza ha più volte chiarito che l'onere della prova in materia di pubblicità menzognera ricada sul ricorrente⁴¹³

Va segnalato, infine, che in materia di concorrenza sleale per pubblicità ingannevole i giudici ritengono ipotizzabile, a mo' di causa di giustificazione della

⁴⁰⁸ Cfr. Trib. Roma 29 settembre 1993, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, 382, con nota di GAMBINO, *La distribuzione dell'onere probatorio nella legge sulla pubblicità ingannevole (in caso di «meta-analisi»)*; Trib. Roma 25 febbraio 1998, cit. Cfr. altresì, App. Milano 2 febbraio 2001, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza*, n. 286, ove si afferma che anche i precetti sanciti dal codice di autodisciplina possono assumere rilevanza ai fini dell'individuazione del contenuto dei principi di correttezza professionale di cui all'art. 2598.

⁴⁰⁹ In tal senso, GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 124; V. FRANCESCHELLI, cit., 223.

⁴¹⁰ Per il riferimento all'uomo medio e al concetto di *dolus bonus* nella pubblicità, cfr. App. Milano 9 gennaio 1981, in *Riv. dir. comm.* 1982, II, 111.

⁴¹¹ FUSI, cit., 866.

⁴¹² L'art. 7/13 d. lgs 74/92 "fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale a norma dell'art. 2598 c.c.". In giurisprudenza v., *ex plurimis*, Trib. Bologna 19 aprile 2002, in *Dir. ind.*, 2002, 293, con nota di FLORIDIA, *Il caso di "Fresco Blu" la cui "freschezza dura di più"*; Trib. Napoli 15 giugno 1994, in *Dir. ind.* 1995, 577, con nota di DE PASQUALE. Per un caso analogo, dove si stabilisce l'autonomia della decisioni prese dal Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria, cfr. Trib. Milano 15 ottobre 1998, in *Aida*, 1999, 580.

⁴¹³ Trib. Roma 27 ottobre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2596, con nota di SCRIVANO, Trib. Roma 20 aprile 1994, *id.*, 1994, I, 2251.

condotta, l'aver agito per legittima difesa, spiegando come occorra esaminare in concreto se il comunicato di reazione si sia mantenuto nei limiti della stessa ovvero li abbia travalicati, dando luogo ad un'offesa al concorrente eccessiva rispetto alle esigenze difensionali.⁴¹⁴

VIII. Violazione di norme pubblicistiche.

Il tema del rapporto tra violazione di norme pubblicistiche e concorrenza sleale gravita intorno all'interrogativo se, per qualificare una condotta come professionalmente scorretta, basti la semplice inosservanza di norme penali fiscali od amministrative oppure occorra un *quid pluris*, che giustifichi una sanzione in tal senso.⁴¹⁵ Il quesito concernente l'eventuale automatismo esistente tra violazione di norma pubblicistica e atto di concorrenza sleale stenta, ancor oggi, a trovare una risposta definitiva, consentendo a tre diverse correnti di pensiero di contendersi la prevalenza nel panorama letterario.⁴¹⁶

Prima in ordine cronologico la c.d. teoria della sufficienza della violazione, secondo cui qualunque *vulnus* a norma pubblicistica dà automaticamente luogo ad un comportamento da ritenersi contrario ai principi della correttezza professionale e, come tale, è perseguibile *ex art. 2598 n. 3.*⁴¹⁷

Giunge a conclusioni diametralmente opposte la teoria c.d. dell'irrilevanza della violazione che, muovendo dal presupposto che le norme di diritto pubblico siano poste a tutela di interessi collettivi e, dunque, diversi da quelli rilevanti ai fini della disciplina di cui all'art. 2598, dichiara che la violazione della normativa pubblicistica potrà assumere rilevanza solo ove possa essere riferita ad un rapporto concorrenziale e vada a ledere gli interessi di un concorrente, determinandone l'interesse ad agire.⁴¹⁸

Infine, la teoria c.d. intermedia, a tenore della quale esisterebbero previsioni pubblicistiche, munite di valenza direttamente concorrenziale, la cui violazione innesca automaticamente la sanzione specifica prevista dalla norma pubblicistica ed anche l'illecito concorrenziale, e norme di diritto pubblico a valenza non direttamente concorrenziale, la cui violazione impone, volta per volta, l'accertamento della sussistenza di una condotta concorrenziale sleale.⁴¹⁹

Sul versante giurisprudenziale appare cristallizzato l'orientamento volto ad affermare che non ogni comportamento lesivo di norme di diritto pubblico può ricondursi automaticamente alla categoria degli atti di concorrenza sleale, potendo la condotta dell'agente essere anti-giuridica, senza per questo dar luogo

⁴¹⁴ In tal senso, da ultimo, v. App. Milano 30 ottobre 1998, in *Dir. ind.*, 1999, 347.

⁴¹⁵ Così, ANTEZZA, in *Foro it.*, 1997, I, 2309, nota a Trib. Orvieto 16 dicembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 2309.

⁴¹⁶ Fra i molti, cfr. SANZO, cit., 269.

⁴¹⁷ Così AULETTA - MANGINI, cit., 241.

⁴¹⁸ V. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 1960, 213ss.

⁴¹⁹ In tal senso v. SCIRE', 1989, cit., 130 ss; AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato Rescigno*, Milano, 1983, 416.

ad un'ipotesi di concorrenza illecita.⁴²⁰ Secondo alcuni giudici, una condotta tenuta in violazione di norme pubblicistiche, per integrare gli estremi della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 n. 3 c.c., necessita di un *quid pluris*: la condotta violatrice deve, cioè, porsi come elemento integrativo di una più complessa attività di illecita concorrenza che, attraverso un malizioso ed artificiale squilibrio delle condizioni di mercato, si rifletta direttamente sulla sfera patrimoniale del concorrente, danneggiandone l'azienda.⁴²¹ Sulla scia di tali considerazioni, assumono rilevanza cruciale circostanze di fatto, come le distorsioni delle dinamiche di mercato, tali da avvantaggiare l'imprenditore che ha agito scorrettamente.⁴²²

Altra parte della giurisprudenza, più semplicemente, ritiene che i principi di correttezza professionale non includano il rispetto di tutte le norme imperative che un imprenditore deve osservare nella sua attività; la violazione di norme imperative fiscali amministrative o penali non costituisce di per sé concorrenza sleale in quanto tali norme non tutelano la lealtà della concorrenza, né la loro trasgressione può qualificarsi come atto professionalmente scorretto, se non sia stata usata quale mezzo per incidere direttamente sulla situazione concorrenziale, sì che l'atto illecito sia causa diretta ed immediata di una situazione concorrenziale scorretta.⁴²³

Da segnalare, altresì, come la teoria intermedia abbia trovato riscontro in un manipolo di pronunce incline a ritenere che il *discrimen* tra un comportamento professionalmente scorretto, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, ed una semplice violazione di norme pubblicistiche sia dato dall'idoneità della condotta in questione a ledere, tra gli

⁴²⁰ Cfr. App. Perugia 9 luglio 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 10, con nota di MARABINI; Trib. Verona 14 aprile 1994, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 399; App. Milano 10 dicembre 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1994, 563; Trib. Milano 29 settembre 1980, *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n. 69; Cass. 8 maggio 1978, n. 2220, in *Giust. civ.*, 1978, I, 1664.

⁴²¹ App. Roma 12 novembre 1992, *Foro it.*, 1995, voce cit., 391; Trib. Genova 5 luglio 1989, in *Giur. dir. ind.*, 1989, 491; Trib. Vicenza 23 maggio 1987, in *Giur. dir. ind.*, 1987, 567.

⁴²² V. Pret. Torino 26 novembre 1992, in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, 99; Pret. Verona 22 giugno 1985, *Foro it.*, 1985, I, 2791; App. Bologna 31 luglio 1984, in *Giur. dir. ind.*, 1984, 587.

⁴²³ In tal senso, Trib. Roma 23 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 2333, con nota di ARNAUDO, *La tutela della concorrenza sospesa tra giurisdizione ordinaria e autorità garanti, concorrenza sleale e legge antitrust*; Trib. Orvieto 16 marzo 1998, in *Rass. giur. umbra.*, 1998, 680, con nota di EROLI; Trib. Milano 30 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 444; Trib. Roma 29 luglio 1996, in *Corriere giur.*, 1997, 100, con nota di CARBONE, *Concorrenza, giornali e videotape*; Trib. Genova 29 giugno 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1994, 211; Pret. Torino 24 febbraio 1986, in *Foro pad.*, 1988, I, 185; nella giurisprudenza di legittimità, tra le prime pronunce, cfr. Cass. 5 novembre 1974, n. 3358, in *Giur. it.*, 1975.

altri, anche interessi collettivi, individuati in quelli degli imprenditori concorrenti al rispetto delle regole del mercato e della concorrenza.⁴²⁴

La lettura estensiva dell'art. 2598 in chiave costituzionale pubblicistica ha aperto la strada al collegamento fra la clausola generale di correttezza e altri settori disciplinari, tra cui editoria, radiodiffusione e, soprattutto, antitrust.⁴²⁵ In realtà, i rapporti tra le suddette discipline non sono ancora nettamente definiti e, proprio sul tema del difficile rapporto tra antitrust e concorrenza sleale⁴²⁶, si riscontrano tanto voci propense ad affermare che la violazione della disciplina dettata dalla l. 287/90 costituirebbe di per sé una violazione dei principi di correttezza professionale⁴²⁷, quanto prese di posizione nel senso che, laddove un illecito concorrenziale sia sanzionabile ai sensi della legge antimonopolistica, i soli rimedi civilistici applicabili sono quelli ivi delineati (salvo spiegare che detti rimedi sono rivolti, al pari delle misure codicistiche sulla concorrenza sleale, alla tutela del diritto soggettivo alla libertà di impresa, violato dall'intesa illecita o dal comportamento abusivo lesivi altresì dell'interesse pubblico⁴²⁸). Con la conseguenza che il campo si divide fra quanti prospettano l'applicazione cumulativa delle due discipline⁴²⁹ e chi si pronuncia per la prevalenza della legge *antitrust* in ossequio al principio di specialità⁴³⁰ (quando non ricorrendo al criterio della consunzione adottato dalla dottrina penalistica nell'ipotesi di concorso apparente di norme⁴³¹).

E' bene ricordare, al riguardo, che l'eterointegrazione, a mezzo di norme pubblicistiche, della clausola codicistica di correttezza professionale, mettendo in discussione la linea discrezionale tra concorrenza illecita (per cui si vieta un'attività in ragione di specifiche fattispecie normative espressamente disciplinate) e concorrenza sleale (per cui si vietano attività di per sé lecite a causa delle modalità sleali del loro concreto esercizio), è stato lo strumento 'storico' per far fronte all'esigenza di tutelare nuovi interessi, primo fra tutti quello dei consumatori.⁴³² Ben s'intende, in quest'ordine

⁴²⁴ Cfr. Trib. Orvieto 16 dicembre 1996, cit.; Cass. 25 marzo 1988, n. 2570, in *Giur. dir. ind.*, 1988, 2337.

⁴²⁵ LAMANDINI, *Concorrenza sleale e diritto antitrust*, in *Dir. ind.*, 1994, 876.

⁴²⁶ Sottolineano l'emersione della problematica GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 101.

⁴²⁷ Cfr. già BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna 1992, 429; e FRIGNANI-WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Cee*, Napoli, 1983, 264.

⁴²⁸ Cfr. Trib. Roma 31 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, 2330; Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, *Foro it.*, 1999, I, 831, con nota di LAMBO; App. Milano 2 luglio 1998, in *Dir. ind.*, 1999, 57, con nota di LAMANDINI, *Impresa in posizione dominante e rinegoziazione dei rapporti con gli agenti*.

⁴²⁹ Di tal avviso ARNAUDO, cit., 2337.

⁴³⁰ V., in particolare, LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649, 678.

⁴³¹ Impostazione giurisprudenziale che trova adesione nell'opinione di AMADEI, *Invito a contrarre con il concorrente e disciplina antitrust*, nota a App. Milano, 25 settembre 1995, in *Dir. ind.*, 1996, 308; LAMANDINI, *Concorrenza sleale e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, 873.

⁴³² Cfr. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, Milano, 1997, 33 ss.

di idee, perché la riconduzione, all'alveo dell'art. 2598 n. 3, di condotte in violazione di norme della c.d. costituzione economica fosse perseguita con convinzione quando si trattava di sopperire alla carenza di un'apposita disciplina *antitrust*,⁴³³ ma abbia perso parte del suo significato pratico proprio con l'introduzione della l. 2187/1990.⁴³⁴ Come si è accennato in esordio,⁴³⁵ la questione tende oggi a riemergere in chiave di ricostruzione sistematica.

4.- Il sistema sanzionatorio.

I. - L'azione di concorrenza sleale e la tutela anticipatoria.

La fattispecie dell'illecito concorrenziale, come delineata dall'art. 2598, non postula il prodursi di un pregiudizio attuale nel patrimonio del soggetto tutelato, quanto la sussistenza di una potenzialità di danno: pericolo integrato dall'idoneità al pregiudizio della condotta sanzionata.⁴³⁶ Invero, nell'articolazione delle tre fondamentali situazioni di illecito s'individuano testualmente atti idonei "a produrre confusione", "a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente", "a determinare il discredito" o ancora "a danneggiare l'altrui azienda". L'idoneità della condotta, quale qualificazione intrinseca delle modalità della condotta, ad arrecare un pregiudizio specifico (discredito e confusione tra prodotti o attività) ovvero un pregiudizio generico come danno patrimoniale ed economico, basta a concretizzare l'illecito, indipendentemente dal fatto che un danno effettivo si sia attualmente verificato⁴³⁷

In coerenza con questa configurazione, la reazione che l'ordinamento fa conseguire al giudizio di disvalore nei confronti di condotte cui accede la qualificazione dell'illecito non è necessariamente *ex post* rispetto all'evento di danno, ma prevede anche una tutela preventiva mercé l'inibizione (del protrarsi) della condotta (art. 2599 c.c.) ed una sanzionatoria con funzione risarcitoria specifica per

⁴³³ In tal senso, v. ARNAUDO, cit., 2335

⁴³⁴ Mette conto incrociare, in prospettiva di politica del diritto, la tesi della neutralità ideologica e politica dell'art. 2598 quale norma destinata alla sola composizione del conflitto di interessi fra imprenditori (SPAGNUOLO-VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 72) e con quella che segnala la carica politica della legislazione *antitrust* (AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, Oxford, 1997, 95).

⁴³⁵ V. *supra*, § ...

⁴³⁶ V. Cass. 15 novembre 1984 n. 5772, *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Concorrenza* (disciplina); 24 febbraio 1983, n. 1413, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 220; 23 aprile 1980, n. 2669, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 257; 9 novembre 1977, n. 4787, *id.*, Rep. 1977, voce cit., n.115.

⁴³⁷ Trib. Roma 13 febbraio 1992, *id.*, Rep. 1994, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 187; App. Roma 19 gennaio 1987, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 219; Cass. 24 luglio 1987, n. 6447, *id.*, Rep. 1987, voce *Sentenza civile*, n. 60; 24 febbraio 1983, n. 1413, cit.; 2 aprile 1982, n. 2020, *id.*, Rep. 1985, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 175; App. Milano 4 dicembre 1981, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 296.

danno verificatosi, o futuro ed eventuale, connessa alla pubblicazione della sentenza (art. 2600 c.c.).⁴³⁸ In letteratura si evidenzia come al soggetto passivo di concorrenza sleale venga offerta una gamma di provvedimenti assai più ricca di quella che s'individua in relazione all'art. 2043, posto che la tutela concorrenziale non guarda solo al passato (soccorrendo la vittima con il risarcimento del danno), ma anche al presente, preoccupandosi di ricostituire l'interesse leso (neutralizzazione degli effetti confusori e di discredito con la pubblicazione della sentenza che accerti l'illecito), nonché al futuro, mirando ad impedire la continuazione o il ripetersi dell'illecito già compiuto.⁴³⁹

Del resto, se la valutazione della capacità protettiva di una norma sostanziale non può prescindere dall'effettività della tutela giudiziaria ch'essa appresta, proprio l'azione di concorrenza sleale --grazie alla valorizzazione del rimedio inibitorio (accanto ed oltre la domanda risarcitoria)-- ha rivestito un ruolo di primo piano nel panorama delle azioni *lato sensu* aquiliane.⁴⁴⁰

A ciò si aggiunga, per la sua importanza pratica⁴⁴¹, il fatto che buona parte della giurisprudenza di merito ha risolutamente sostenuto l'ammissibilità della tutela cautelare innominata nell'ipotesi in cui non sia ancora comprovata la condotta sleale, affermando che l'imprenditore, il quale ritenga il suo diritto minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile durante il tempo necessario a farlo valere in via ordinaria ed abbia interesse a conseguire in via anticipatoria e cautelare alcuni effetti della sentenza prevista nell'art. 2599 -- in particolare, quelli inibitori -- può senz'altro esperire il rimedio atipico e residuale dell'art. 700 c.p.c.⁴⁴² Così, per i giudici di legittimità, ai fini della concessione di un provvedimento cautelare, «la fattispecie dell'illecito concorrenziale è ravvisabile nella mera sussistenza di una potenzialità di danno specifico (discredito e confusione tra prodotti o attività) o generico (danno patrimoniale ed economico), pericolo alla cui realizzazione è sufficiente l'idoneità al pregiudizio della condotta sanzionata, senza che sia necessaria la produzione di un danno attuale sul patrimonio del soggetto tutelato». ⁴⁴³

⁴³⁸ LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di GALGANO, Padova, 1981, 241.

⁴³⁹ GHIDINI, *La concorrenza sleale*, cit., 312

⁴⁴⁰ Cfr., in tal senso, LIBERTINI, *Nota di commento a Cass. 25 luglio 1986, n. 4755*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, 397; GHIDINI, *Concorrenza sleale*, voce cit., 406.

⁴⁴¹ Per comune ammissione, i lunghi tempi del processo civile hanno reso la misura cautelare d'urgenza strumento preferenziale e maggiormente in voga nelle ipotesi di illecito concorrenziale: cfr., *ex plurimis*, GHIDINI, voce cit., 406; GHEZZI - MAGGIOLINO, cit., 108.

⁴⁴² Trib. Catania 23 dicembre 2002, *Foro it.*, 2003, I, 911; Trib. Napoli 10 febbraio 2000, *id.*, Rep. 2000, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 452; Trib. Messina 25 febbraio 1997, *Giust. civ.*, 1997, I, 2289, con nota di NAVARRINI; Trib. Napoli 21 giugno 1995, *id.*, Rep. 1996, voce *Marchio*, n. 258; Trib. Bologna 23 luglio 1993, *id.*, Rep. 1995, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 150; Pret. Catania 9 marzo 1982, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 134.

⁴⁴³ Così Cass. 23 novembre 1995, n. 12103, in *Danno e resp.*, 1996, 477, con nota di GILI, *Domanda limitata all'an debeatur e posizione del convenuto le sezioni unite cambiano idea*.

Riguardo al presupposto essenziale per l'adozione del provvedimento d'urgenza del *periculum in mora*, la giurisprudenza appare divisa tra: a) quanti ritengono che nei casi di concorrenza sleale il *periculum in mora* sia *in re ipsa*, identificandolo nell'imminenza del pregiudizio che l'istanza vuole scongiurare e nella sua irreparabilità, data dal carattere irreversibile della lesione del diritto assoggettato a cautela ovvero dall'impossibilità di determinare *a posteriori* le misure del risarcimento⁴⁴⁴; e b) quanti sostengono ch'esso ricorra solo quando l'attività illecita sia in atto e sussista il rischio fondato di ripresa o reiterazione, con tanto di aggravamento del danno.⁴⁴⁵ Peraltro, si nega l'ammissibilità di un'azione cautelare tendente ad ottenere l'ordine di concludere contratti aventi ad oggetto una prestazione indeterminata e neppure determinabile *per relationem*, allo scopo di ovviare al danno subito e a subirsi per effetto del rifiuto di contrarre -danno che sarà oggetto di proponenda domanda risarcitoria- in quanto il provvedimento chiesto, oltre che incoercibile, consisterebbe nell'affermazione del diritto ad ottenere la stipulazione di un numero indeterminato di contratti a condizioni non preliminarmente individuate.⁴⁴⁶ Ed ancora, sulla scia della *ratio decidendi* della decisione testé richiamata, s'inclina a convenire che nel procedimento cautelare in materia di concorrenza sleale non possa disporsi, a carico del soccombente, una penalità in caso di futura reiterazione degli atti illeciti, negandosi così la possibilità di condanna a somme predeterminate in caso di futura violazione (c.d. penalità di mora, o penali, sulla scia delle *astreintes* del diritto francese)⁴⁴⁷. Ma non sono mancate pronunce, avallate dalla dottrina maggioritaria⁴⁴⁸, in

⁴⁴⁴V. Trib. Reggio Emilia 12 gennaio 1999, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 479; Trib. Firenze 5 marzo 1998, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 451; Trib. Milano 10 dicembre 1996, in *Giur. dir. ind.*, 1997, 3631 Trib. Treviso 14 luglio 1993, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 566.

⁴⁴⁵Trib. Napoli 22 dicembre 2000, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 480,

⁴⁴⁶App. Genova, 2 giugno 2000 *Giur. merito*, 2001, 655, con nota di BELFIORE, *Sul potere cautelare della Corte d'appello in materia di tutela della concorrenza*.

⁴⁴⁷Cfr. Trib. Bologna 18 aprile 2002, *Foro it.*, 2003, I, 1918; Trib. Ancona 12 aprile 1999, *id.*, 1999, I, 1642; Trib. Milano 21 novembre 1991, *id.*, Rep. 1993, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 214; Trib. Firenze 11 dicembre 1990, *ibid.*, n. 215; Trib. Milano 15 settembre 1988, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 105; 12 giugno 1986, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 223; 4 giugno 1984, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 143; Trib. Catania 15 aprile 1980, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 300; Trib. Roma 16 luglio 1979, in *Giur. dir. ind.*, repertorio sistematico 1972-1987, Milano, 1990, 1034; Trib. Torino 26 marzo 1979, *ibid.*; 20 dicembre 1975, *id.*, 1975, 720; Trib. Milano 13 novembre 1975, *ibid.*, 1034; 3 ottobre 1974, *id.*, 1974, 1223; App. Milano 16 luglio 1974, *ibid.*, 1005; Trib. Milano 18 ottobre 1973 (due provvedimenti in pari data), *id.*, 1973, 1223 e 1227; 1° marzo 1973, *ibid.*, 464; Trib. Treviso 8 gennaio 1973, *Foro it.*, Rep. 1976, voce cit., n. 27.

⁴⁴⁸V. in tal senso FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949, 332; MOSCO, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1956, 272; AGHINA, *L'utilizzazione atipica del marchio altrui*, Milano, 1971, 63; M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni*, cit. 248; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, 1974, 521; A. FRIGNANI, *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, *passim* (e *Ancora sulle penalità di mora nella concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1976, I, 207). In senso contrario all'applicazione della penale, cfr. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1949, 526, sul presupposto che le norme dei diritti di privativa sono eccezionali;

cui l'applicabilità delle sanzioni suddette è stata giustificata proprio in considerazione del particolare ambito dei provvedimenti cautelari, che apparirebbero ancor più idonei ad assicurare gli effetti della decisione sul merito, *ex art. 700 c.p.c.*, oppure in analogia agli art. 66, 2° comma, r.d. 21 giugno 1942 n. 929 (in materia di marchi registrati) e 86, 1° comma, r.d. 29 giugno 1939 n. 1127 (in materia di brevetti per invenzioni industriali).⁴⁴⁹

Per quanto concerne l'individuazione del giudice competente in ordine alla domanda di concorrenza sleale, si ritiene, quasi unanimemente, che il luogo di commissione dell'illecito (rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente per territorio alla stregua dei criteri alternativi indicati dagli art. 19 e 20 c.p.c.) non è quello in cui l'attore ha la sua sede (tale ritenendosi il luogo dell'«evento dannoso», ancorché non coincidente con quello nel quale il comportamento antiggiuridico sia stato, in concreto, posto in essere), bensì quello nel quale si siano materialmente verificati tanto gli atti lesivi, quanto i conseguenti effetti, sul mercato, dell'attività concorrenziale vietata.⁴⁵⁰ Se, dunque, al fine dell'individuazione del *forum commissi delicti*, in ipotesi di divergenza tra il luogo all'azione illecita (*id est*, sede del produttore o luogo dove il prodotto viene posto in vendita) e quello di effettiva materializzazione del danno deve aversi riguardo a quest'ultimo --puntualizzandosi che, qualora sia difficile identificare il luogo specifico ove si è prodotto il pregiudizio, la competenza per la domanda risarcitoria spetterà al giudice del luogo in cui fu commesso il fatto illecito⁴⁵¹--, si ritiene anche che nell'ipotesi di illecito concorrenziale, a cui è seguito sviamento della clientela, il foro competente possa essere quello del luogo presso cui il ricorrente ha la propria sede poiché il danno rappresentato dalla contrazione delle vendite, elemento

MICHELI, *L'azione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 215; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1166 s. e nota 82, che rileva l'insuscettibilità «di applicazione generale e probabilmente neppure analogica» di questa tecnica sanzionatoria; SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 143, sottolinea che non si tratta di forme di preliquidazione del danno, e che inoltre tali penalità – pur presenti in quasi tutti i progetti di legge di riforma di inizio secolo – non sono state inserite nella normativa sulla concorrenza sleale, fermo restando che, *de iure condendo*, tale scelta è contraria a logica e ad equità. SANZO, *La concorrenza sleale*, cit., 474 s., nel definire anomali i provvedimenti che ammettono la penale, registra che sono emessi, in realtà, senza effettiva motivazione.

⁴⁴⁹ Cfr. Trib. Ancona 31 ottobre 1998 (giud. Russo), inedita, riformata da Trib. Ancona 12 aprile 1999, cit; 5 agosto 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 564; Trib. Milano 23 aprile 1990, *id.*, 1991, I, 920, in motivazione; 10 gennaio 1980, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 292; App. Milano 21 novembre 1975, *Giur. dir. ind.*, 1975, 699; Trib. Roma 23 gennaio 1973, *Foro it.*, Rep. 1974, voce cit., n. 29; Trib. Milano 20 maggio 1965, *id.*, Rep. 1965, voce cit., n. 70; 25 ottobre 1962, *id.*, Rep. 1963, voce *Marchio*, n. 64.

⁴⁵⁰ Cass. 20 marzo 1998, n. 2932, *Giur. dir. ind.*, 1998, 50; Trib. Milano 18 ottobre 1996, *Annali it. dir. autore.*, 1997, 806; Trib. Napoli 22 giugno 1996, *Dir. ind.*, 1996, 977, con nota di BUONPENSIERE; Cass. 12 luglio 1984, n. 4103, *Foro it.*, 1984 Rep., voce *provvedimenti d'urgenza*, n. 63.

⁴⁵¹ Trib. Napoli 8 novembre 1996, *Dir. ind.*, 1997, 193, con nota di BELLOMUNNO

essenziale dell'illecito, si verifica direttamente nel patrimonio aziendale dell'istante.⁴⁵² La domanda cautelare va necessariamente proposta al giudice competente a conoscere la domanda del merito.⁴⁵³

Il termine di prescrizione dell'azione di concorrenza sleale è quello di cinque anni previsto dall'art. 2947 per tutte le azioni di fatto illecito in generale, senza nessuna salvezza o diverso maggior termine per i provvedimenti di cui all'art. 2599, che non delineano diritti a se stanti, ma costituiscono semplici sanzioni accessorie.⁴⁵⁴

II. - Sanzioni

Non sorgono dubbi sull'interpretazione della prima parte dell'art. 2599, ovvero sull'ammissibilità di pronunce di accertamento, che consistono nella declaratoria del compimento di atti concorrenziali, ai sensi dell'art. 2598, e prescindono sia dalla dimostrazione che tali atti abbiano causato un danno, sia dalla verifica di particolari stati soggettivi dell'agente, ponendosi come pregiudiziali tanto dell'inibitoria quanto del risarcimento del danno.⁴⁵⁵

Si discute, invece, sul problema dell'ammissibilità di un'azione rivolta al mero accertamento dell'insussistenza dell'illecito.⁴⁵⁶ A tal proposito l'orientamento dottrinario prevalente, che trova riscontro in un manipolo di pronunce intervenute sul tema⁴⁵⁷, individua l'interesse alla pronuncia di accertamento negativo nella necessità di rimuovere una pregiudiziale situazione di incertezza, salvo riconoscerlo solo quando in concreto non vi sia ragione per richiedere una pronuncia inibitoria o il risarcimento del danno, poiché non si dà pregiudizio o è cessata l'attività imprenditoriale altrui.^{458 459}

Come accennato, la funzione essenziale e tipica dell'azione inibitoria, di cui all'art. 2599, è quella di apprestare una tutela giurisdizionale preventiva, attuantesi nella pronuncia che reca l'ordine, rivolto ad una parte del processo, di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione degli obblighi di non fare previsti dall'art. 2598; pertanto, anche la pronuncia inibitoria, sebbene non suscettibile di attuazione diretta nelle forme dell'esecuzione forzata, può costituire oggetto di

⁴⁵² Trib. Roma 2 febbraio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1189, con nota di FORMICHELLI, *Note in tema di concorrenza sleale, pubblicità ingannevole e pubblicità comparativo-denigratoria*.

⁴⁵³ Trib. Napoli 8 novembre 1996, cit.

⁴⁵⁴ Trib. Parma, 18 aprile 1986 *Giur. dir. ind.*, 1987, 167.

⁴⁵⁵ Con riguardo all'azione che persegue l'intento di ottenere una sentenza di (mero) accertamento positivo, a sostegno della sua ammissibilità milita l'argomentazione secondo la quale, per il combinato disposto degli artt. 112 e 100 c.p.c., la sussistenza di un interesse ad agire è resupposto non solo necessario, ma sufficiente per l'ottenimento di un provvedimento giurisdizionale.

⁴⁵⁶ SCIRE', cit., vol. I, 266.

⁴⁵⁷ Trib. Milano 25 aprile 1962, *Riv. dir. ind.*, 1962, II, 300; Cass. 25 gennaio 1968, n.223, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, 438, con nota di LANFRANCHI *Accertamento negativo della concorrenza sleale e foro delle obbligazioni*.

⁴⁵⁸ JAEGER, *Inibitoria pericolo di ripetizione, tentativo di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, I, 5.

⁴⁵⁹ LANFRANCHI, *contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1967, *passim*.

giudicato, consentendo di acquisire ad un eventuale secondo giudizio di cognizione l'accertamento, compiuto nel primo giudizio, dell'illiceità dell'atto ex art. 2598.⁴⁶⁰

Secondo l'orientamento tradizionale, l'avvenuta spontanea cessazione degli atti di concorrenza sleale vale ad escludere la necessità di inibirne la continuazione, ma non esclude, sulla base di una valutazione ponderata della situazione, l'opportunità dell'emanazione di provvedimenti idonei ad eliminarne gli effetti residui e quelli permanenti, né può elidere la possibilità di ottenere la condanna al risarcimento dei danni e la pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 2600, se si è provato che gli atti di concorrenza sleale sono stati commessi con dolo o colpa.⁴⁶¹ Sennonché, tale indirizzo sembra oramai superato dalla giurisprudenza, per lo più di merito, incline a ritenere che la cessazione dell'attività confusoria, denigratoria o contraria a correttezza professionale non faccia venir meno l'interesse alla pronuncia di un'inibitoria poiché l'ordine di cessare una condotta concorrenzialmente sleale ha anche la funzione di ripristinare l'immagine dei prodotti oggetto dell'illecito.⁴⁶²

In perfetta sintonia con l'orientamento giurisprudenziale testé evocato si dichiara che l'inibitoria può essere disposta in presenza di spontanea cessazione dell'attività anche per l'impossibilità di raggiungere la certezza che l'attività non venga in seguito ripresa, considerando come presupposto necessario alla concessione provvedimento sanzionatorio il solo accertamento del compimento di un atto di concorrenza sleale, a prescindere dalla prova della colpa e del danno potenziale.⁴⁶³ Alle riserve sull'eccessiva espansione dei provvedimenti inibitori --sentenze di condanna suscettibili di esecuzione ex art. 2931, con l'imposizione di rimuovere le opere realizzate in violazione dell'obbligo di astensione--, i giudici rispondono, in ossequio al principio dei limiti oggettivi del giudicato, individuando esattamente i contorni del comportamento vietato (ad es., inibizione dell'invio di diffide alla clientela del concorrente, di un determinato slogan pubblicitario ingannevole e di messaggi che abbiano lo stesso contenuto, della produzione di un prodotto imitato servilmente).⁴⁶⁴

La seconda parte dell'art. 2599 dispone che il giudice, una volta accertato il compimento di atti di concorrenza sleale, conceda gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della condotta sleale.⁴⁶⁵ I provvedimenti restitutori si differenziano da quelli risarcitori, poiché: a) prescindono dal riscontro del dolo e

⁴⁶⁰ Da ultimo, v. Cass. 25 luglio 1995, n. 8080, *Foro it.*, Rep. 1995, VOCE *Concorrenza* (disciplina), n. 921

⁴⁶¹ Cass., 20 ottobre 1982, n. 5462 in *Foro it.*, 1982, voce cit., n. 32.

⁴⁶² Trib. Catania, 19-09-2000 *Giur. dir. ind.*, 2000, 1164; Trib. Frosinone, 2 febbraio 2000, *ibid.*, 772

⁴⁶³ Criticamente GHEZZI- MAGGIOLINO, cit. 103, ritengono più opportuno la verifica, *case by case*, del concreto pericolo di reiterazione della condotta, ritenendo essenziale ai fini dell'accoglimento dell'azione inibitoria la concreta probabilità del verificarsi di un comportamento sleale in futuro onde differenziare l'azione inibitoria e quella diretta la mero accertamento della condotta sleale.

⁴⁶⁴ LIBERTINI, cit., 245.

⁴⁶⁵ AULETTA - MANGINI, cit., 257, evidenziano come il legislatore abbia voluto concedere

della colpa, anche perché sarebbe alquanto singolare che un'identica azione fosse disciplinata in due norme distinte e con distinti presupposti⁴⁶⁶; b) adempiono a funzioni diverse in quanto i primi mirano ad eliminare lo stato di fatto creato e perpetuato dall'illecito (e da cui sia certo, o probabile, che deriverà, prima o poi, un nuovo pregiudizio)⁴⁶⁷; c) la tutela dichiarativa reintegratoria tende alla restaurazione o conservazione del diritto e della modalità del suo esercizio, non alla difesa dell'integrità patrimoniale;^{468d}) il problema nei provvedimenti restitutori non è quello di procedere ad una redistribuzione della ricchezza fra autore e vittima del danno, ma di eliminare una situazione non conforme al diritto e generatrice di pregiudizio⁴⁶⁹. E' facile apprezzare la diversità della funzione dei provvedimenti suddetti ove si osservi la giurisprudenza che, in ipotesi di denigrazione, ordina come risarcimento in forma specifica la pubblicazione della sentenza ex art. 2600 ovvero la pubblicazione di una smentita ex art. 2599 al fine di ristabilire un equilibrio compromesso.⁴⁷⁰

Il rimedio della rimozione è dunque autonomo, ma ciò non impedisce che sia concesso assieme a provvedimenti risarcitori o inibitori; inoltre, non possiede mai un contenuto predefinito, ma deve essere adattato alla situazione concreta da cui promana l'effetto che si mira ad eliminare.⁴⁷¹

III. - Risarcimento del danno.

Per ciò che concerne il risarcimento del danno, bisogna distinguere se l'atto di concorrenza sleale sia stato, o non, commesso con dolo o colpa⁴⁷²: nel primo caso, incomberà sul soggetto attivo l'obbligo di risarcire la vittima, nell'altro il soggetto attivo sarà tenuto a rimborsare l'arricchimento, secondo quanto disposto dall'art. 2041, sussistendo per il concorrente un danno derivato dalla perdita di clientela e mancando una giusta causa per l'arricchimento costituito dai guadagni realizzati mediante la clientela altrui.⁴⁷³

La colpa, secondo la disciplina della concorrenza sleale, assume il significato di compimento cosciente e volontario di un atto sleale ex art. 2598 da parte di chi non provi che non conosceva o non poteva conoscere secondo l'ordinaria diligenza, richiesta per la sua attività professionale, che la condotta tenuta integrasse gli estremi dell'illecito.⁴⁷⁴

⁴⁶⁶ GHIDINI, *la concorrenza*, cit., 317.

⁴⁶⁷ EBENE - COBELLI, *Risarcimento in forma specifica*, in *La responsabilità civile* a cura di ALPA-BESSON, Torino, 1987, vol. V, 356-358

⁴⁶⁸ RAPISARDA, cit., 233.

⁴⁶⁹ FRIGNANI, voce *Azione in cessazione*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1980, 667.

⁴⁷⁰ Cfr. CRUGNOLA, *La pubblicazione della sentenza in materia di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, 243.

⁴⁷¹ V., in tal senso, SCIRE', cit., 251.

⁴⁷² AULETTA-MANGINI, cit., 256.

⁴⁷³ GUGLIELMETTI, *concorrenza e consorzi*, cit., 246; ASCARELLI, cit., 182; LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 266.

⁴⁷⁴ Così GHIDINI, voce cit., 409.

Se, dunque, la colpa è presunta fino a prova contraria, è invece a carico della parte interessata provare di aver patito uno specifico pregiudizio.⁴⁷⁵ Ed ancora più problematica, nell'ottica dell'onere probatorio a carico del danneggiato, la quantificazione del pregiudizio patito nelle sue voci di danno emergente e lucro cessante, a cui fa eco un frequente ricorso da parte dei giudici competenti ad una valutazione di carattere equitativo.⁴⁷⁶ In ordine al peculiare problema di quantificazione del lucro cessante, si riscontra in giurisprudenza un indirizzo, per la verità minoritario, propenso ad affermare che debba essere liquidato in favore del danneggiato l'utile realizzato dal concorrente grazie all'attività illecita⁴⁷⁷; ed una deriva maggioritaria volta a considerare il mancato guadagno in relazione al calo di fatturato.

⁴⁷⁸

Le difficoltà probatorie sulla sussistenza del danno, ma soprattutto sull'indicazione del suo preciso ammontare, hanno indotto sempre più l'attore, legittimato in virtù di un principio di autonoma disponibilità delle forme di tutela offerte dall'ordinamento giuridico, a proporre un'autonoma domanda di condanna generica, indipendentemente dal consenso del convenuto, il quale può comunque chiedere che sia accertata l'inesistenza del danno.⁴⁷⁹ Invero, la sentenza di condanna generica è un'autentica decisione di condanna, che consiste nell'accertamento dell'obbligo in via strumentale rispetto alla successiva determinazione quantitativa (onde va distinta dalla sentenza di mero accertamento, che, essendo priva di qualsiasi effetto innovativo, si limita a dichiarare l'esistenza, o no, di un diritto o di un rapporto giuridico); relativamente alla sua pronuncia sussiste uno specifico interesse, anche se tale determinazione non ha luogo nel prosieguo dello stesso procedimento, posto che anche la sola decisione sull'*an* è fonte di effetti immediati, quali la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale o di ottenere una eventuale provvisoria.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ Cfr., *ex plurimis*, da ultimo, Trib. Alba, 26 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2002, I, 340, con nota di CANDELLERO, *Questioni vecchie e nuove in tema di contraffazione*, Trib. Firenze 31 gennaio 2000, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 415; Trib. Bologna 16 luglio 1999, *ibid.*, 413.

⁴⁷⁶ Tra le voci di difficile quantificazione si considerano come danno emergente le spese sostenute ad esempio per i costi di sostituzione dei dipendente illecitamente stornati, il disagio aziendale patito dalle inattese dimissioni, gli oneri derivanti dalla recupero della clientela persa, come lucro cessante la mancata vendita di prodotti derivante dalla contraffazione o confusione di segni distintivi. Cfr. in tal senso, da ultimo, Trib. Vicenza 14 ottobre 1999, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 416; Trib. Voghera, 15 febbraio 2000, in *Giur. dir. ind.*, 2000, 802; Trib. Torino 25 gennaio 2000, *ibid.*, 666.

⁴⁷⁷ V. App. Genova 30 luglio 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1993, 2908; Trib. Urbino 27 febbraio 1998, in *Riv. dir. ind.*, 1989, II, 96.

⁴⁷⁸ V., *ex multis*, Cass. 22 agosto 1997, n. 7869, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 490.

⁴⁷⁹ V. nello stesso senso, Cass. 23 novembre 1995, n. 12103, cit.; Cass. 10 maggio 1993, n. 5346, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Sentenza civile*, n. 18; 8 agosto 1984, n. 4644, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 48,

⁴⁸⁰ Cass. 26 agosto 1982, n. 4727, *id.*, Rep. 1982, voce *Sentenza civile.*, n. 95 e 10 gennaio 1983, n. 153, *id.*, 1983, I, 2507.

Del resto, qualora l'attore abbia richiesto la condanna del convenuto al risarcimento del danno ed alla liquidazione di questo nello stesso processo (c.d. condanna specifica) e non abbia poi, con il consenso del convenuto, limitato la domanda all'*an debeatur* (c.d. condanna generica), il giudice del merito non può emanare una condanna generica al risarcimento del danno e rimetterne la liquidazione ad un separato giudizio, ma, in ossequio al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deve liquidare il danno in base agli elementi acquisiti al processo, oppure rigettare la domanda per difetto di prova, dovendosi inoltre escludere la possibilità di procedere a liquidazione equitativa, che è consentita solo ove si tratti di danno che non può essere provato nel suo esatto ammontare, e non anche allorché manchi la prova della sua entità.⁴⁸¹

Come brevemente suesposto, va annoverata tra i provvedimenti risarcitori la pubblicazione della sentenza, che non adempie solo ad una funzione riparatoria e compensativa di situazioni lesive già verificatesi, ma svolge anche una funzione preventiva e dissuasiva rispetto ad analoghe situazioni che potrebbero verificarsi in futuro ed è quindi finalizzata ad evitare la reiterazione dell'illecito, portando a conoscenza dei terzi la reintegrazione del diritto offeso.⁴⁸² Per affermazione pacifica della nostra giurisprudenza, la pubblicazione della sentenza si contraddistingue per le seguenti peculiarità:

a) l'elemento soggettivo della colpa, una volta accertato il compimento degli atti di concorrenza sleale, si presume ex art. 2600; peraltro tale presunzione è foriera di conseguenze sul piano dei rapporti tra giudicato penale e azione concorrenziale, poiché il giudizio penale di assoluzione per insufficienza probatoria sull'elemento soggettivo del reato pregiudica solo l'azione per illecito aquiliano e non l'azione risarcitoria;⁴⁸³

b) la pubblicazione del dispositivo della sentenza, che accerti atti di concorrenza sleale, costituisce esercizio di un potere discrezionale ed insindacabile del giudice di merito, che prescinde dalla stessa individuazione del danno e della sua riparabilità mediante la pubblicazione dell'indicato dispositivo, trattandosi di sanzione autonoma, indipendente dal risarcimento, diretta a portare a conoscenza del pubblico la reintegrazione del diritto offeso.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ V. Cass. 3 marzo 1994, n. 2124, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Sentenza civile*, n. 16; 25 agosto 1993, n. 8992, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 20; 13 settembre 1991, n. 9573, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 12; 26 ottobre 1991, n. 11418, *ibid.*, n. 13; 18 febbraio 1988, n. 1736, in *Arch. civ.*, 1988, 547; 6 febbraio 1987, n. 1205, *Foro it.*, Rep. 1987, voce cit., n. 53.

⁴⁸² Cfr. Cass. 9 aprile 1996, n. 3276, *Foro it.*, 1996, I, 1606, con osservazioni di CAPUTI; Cass. 1° marzo 1986, n. 1310, *id.*, 1986, I, 914, con nota di TROIANO.

⁴⁸³ Cfr. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, 1999, cit., 402.

⁴⁸⁴ V. tra le pronunce più recenti, Trib. Napoli 11 luglio 2000, in *Giur. dir. ind.*, 2000, 1053; Trib. Catania 28 giugno 2000, *ibid.*, 1002; Trib. Vicenza 14 ottobre 1999, *ibid.*, 426; App. Milano 22 luglio 1997, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, 424, con nota di PERON.

Si è, altresì, osservato che il potere discrezionale del giudice di disporre la pubblicazione della sentenza che accerta la condotta sleale non solo non esclude, ma, anzi, è del tutto compatibile con il diritto del privato tanto di dare notizia di una controversia con il concorrente sottoposta all'esame della magistratura, quanto di comunicare, a proprie spese, l'esito della lite attraverso la pubblicazione dell'atto finale del procedimento (*id est*, emblematicamente, la sentenza)⁴⁸⁵. In conclusione, tale sentenza può essere resa nota a mezzo stampa pur in difetto di autorizzazione del giudice o in caso di rigetto della relativa istanza, dovendosi poi solo valutare la liceità della pubblicazione secondo gli ordinari criteri che inducono a qualificare conforme o meno a correttezza gli atti specificatamente volti alla diffusione di notizie ed apprezzamenti sui prodotti e sull'attività del concorrente.⁴⁸⁶

IV. - Legittimazione ad agire.

Oltre all'imprenditore che subisce la condotta sleale di un concorrente, l'art. 2601 prevede la legittimazione ad agire anche delle associazioni professionali per gli atti che pregiudichino gli interessi della categoria rappresentata, consentendo a tali enti di chiedere ed ottenere sia l'ordine di inibizione e il provvedimento restitutori, sia il risarcimento del danno arrecato non ai singoli imprenditori associati, bensì all'intera categoria in modo indifferenziato e globale.⁴⁸⁷

In giurisprudenza e più ancora in dottrina emergono posizioni differenti in ordine al problema del titolo in base al quale le associazioni di categoria sono legittimate ad agire *ex art.* 2601.⁴⁸⁸ Per alcuni (corrente pubblicistica), le associazioni sarebbero legittimate *iure proprio* per la tutela di un proprio interesse (c.d. interesse di categoria) generale ed indifferenziato, cui la norma fa espresso riferimento.⁴⁸⁹ Tale opinione dottrina sembrerebbe avvalorata dall'art. 2, comma 5, l. 29 dicembre 1993, n. 580, sul riordino delle Camere di commercio, che ha attribuito a tali enti la facoltà di costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio nonché la facoltà di promuovere l'azione per la repressione della concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2601.⁴⁹⁰ Sulla scia di siffatte argomentazioni, si è posto in evidenza che le associazioni professionali rappresenterebbero enti esponenziali di un interesse collettivo autonomo, contrapposto tanto all'interesse

⁴⁸⁵ Cass. 11 febbraio 2003, n. 1982, *Foro it.*, Rep. 2003, n. 1; App. Milano 12 ottobre 1982, in *Giur. dir. ind.*, 1983, 339.

⁴⁸⁶ Così PERON, *Il caso Gusbi*, in [nota a App. Milano 22 luglio 1997, cit.], *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 441.

⁴⁸⁷ GHEZZI- MAGGIOLINO-, cit., 101.

⁴⁸⁸ Cfr. DE PRA', *Associazioni professionali e concorrenza sleale per pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2000, 146.

⁴⁸⁹ FLORIDIA, *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, milano, 1982, 287; TONI, *La legittimazione ad agire delle associazioni di categoria per la repressione della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 385.

⁴⁹⁰ FLORIDIA, *Concorrenza sleale e camere di commercio un ritorno al futuro*, in *Dir. ind.*, 1994, 851.

individuale dei singoli iscritti all'associazione, quanto all'interesse pubblico in senso proprio, che vien fatto valere con l'azione amministrativa.⁴⁹¹

Altri autori (corrente privatistica), invece, ritengono che, a seguito del venir meno dell'ordinamento corporativo e del conseguente difetto di rappresentanza legale degli interessi di categoria da parte degli enti professionali, si debba attribuire alle associazioni una legittimazione ad agire speciale, in altri termini -- *ex art. 81 c.p.c.* -- la possibilità di far valere in giudizio, nel proprio, interesse, un diritto altrui.⁴⁹²

Indipendentemente dalla natura giuridica dell'intervento delle associazioni, l'unico limite al loro agire in giudizio a tutela degli interessi dei propri associati è rappresentato dall'oggetto del proprio atto costitutivo.⁴⁹³ In questo senso occorre osservare che l'art. 2601: *a*) si pone come norma speciale rispetto al disposto di cui all'art. 2598, dal momento che la qualificazione di illiceità dell'atto concorrenziale in chiave di idoneità a danneggiare l'altrui azienda viene sostituita con il requisito dell'idoneità a pregiudicare gli interessi della categoria professionale; *b*) soprattutto deroga sul piano soggettivo, legittimando associazioni ed enti ad agire contro gli atti concorrenziali illeciti indipendentemente dal requisito della qualità di imprenditori concorrenti.⁴⁹⁴

Non è mancato in dottrina il tentativo di promuovere la legittimazione ad agire per concorrenza sleale anche di associazioni a tutela di soggetti non imprenditoriali, in particolare delle associazioni dei consumatori, attraverso una lettura estensiva e combinata dell'art. 3 l. 281/1998 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti), che consente a qualificate associazioni di consumatori di agire per la repressione di atti contrari agli interessi degli stessi, e dell'art. 2601.⁴⁹⁵ A tal proposito deve ricordarsi, però, che la Corte costituzionale è già intervenuta sul tema, sancendo che l'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 2601 è (e rimane tutt'oggi quello) delle associazioni di imprenditori, non essendo ipotizzabile un allargamento ad enti ed associazioni che fanno valere interessi estranei alla correttezza dei rapporti economici sul mercato.⁴⁹⁶

Un'apertura della giurisprudenza si riscontra, invece, sul piano della legittimazione passiva delle associazioni professionali nell'azione di concorrenza sleale. Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai dominante, anche le associazioni di categoria sono in grado di compiere atti nell'interesse degli aderenti che

⁴⁹¹ FLORIDIA, nota a Cass. 20 dicembre 1996, 11404, *Dir. ind.*, 1997, 315.

⁴⁹² SPOLIDORO, *Costituzione e limitazioni soggettive ad agire per concorrenza sleale*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 74; JAEGER, *Sulla legittimazione delle associazioni professionali ad agire per concorrenza sleale*, in *Problemi attuali di diritto industriale*, Milano, 1977, 639; VANZETTI - DI CATALDO, *cit.*, 24; AUTERI, *la concorrenza sleale*, *cit.*, 356.

⁴⁹³ Cfr., da ultimo, Trib. Torino 19 aprile 2001, in *Giur. it.*, 2002, I, 1666, nonché in dottrina JANDOLI, *Scotch whisky e concorrenza sleale*, [nota a Trib. Mondovì 25 ottobre 1995], in *Dir. ind.*, 1996, 201.

⁴⁹⁴ BROCK, *Sulla legittimazione ad agire ex art. 2601c.c.*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 52.

⁴⁹⁵ GHEZZI - MAGGIOLINO, *cit.*, 102

⁴⁹⁶ Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 59, in *Giur. cost.*, 1988, I, 170.

vadano a ledere le posizioni soggettive di imprenditori concorrenti non iscritti.⁴⁹⁷ Pur tuttavia, si deve segnalare che ancor oggi la giurisprudenza, più che assoggettare direttamente alla disciplina speciale le associazioni di categoria (che, pur non svolgendo un'attività economica in concorrenza con l'imprenditore danneggiato, ma agendo nell'interesse dei propri associati concorrenti del soggetto passivo, compiano un'attività economica di tipo concorrenziale: soluzione che avrebbe il pregio di chiamare le cose con il proprio nome), preferisce parlare di responsabilità indiretta ovvero, come si suole etichettarla, per interposta persona.⁴⁹⁸

5.- La concorrenza sleale nell'era di Internet.

La locuzione 'realtà digitale' evoca, per ormai comune riconoscimento il complesso di attività che si svolgono mediante utilizzazione di strumenti informatici e si esprimono o manifestano in linguaggio digitale piuttosto che analogico. Digitale sta per cifra: la fortuna del termine si deve al fatto che ogni segnale trattato dal computer risulta dalla combinazione dei valori 0 e 1 in sequenza, sulla base del sistema di scrittura e di calcolo definito binario⁴⁹⁹.

L'evoluzione della tecnologia digitale ha facilitato, ed a sua volta è stata propiziata, dall'evoluzione delle tecnologie di rete. La possibilità di far svolgere a macchine di dimensioni e prezzi sempre più ridotti operazioni molto complesse in frazioni temporali sempre più esigue ha incrementato il mercato e, di conseguenza, le applicazioni delle tecnologie digitali. In origine erano gli elaboratori elettronici, i quali vennero nel tempo affiancati da enormi banche dati memorizzate sui *server* dei grandi centri di elaborazione; poi fu la volta delle efficienti e minuscole memorie dei personal computer, seguite dai floppy, quindi dai CD Rom, prima musicali, poi multimediali, contenenti banche dati di vario tipo, ovvero *software*. Il tutto in un crescendo di potenza dei microprocessori e di capacità di memorizzazione. Crescendo dovuto, tra l'altro, alla logica digitale che, come detto, presiede all'attività degli strumenti informatici o telematici⁵⁰⁰. Maturarono così le condizioni per la nascita delle reti telematiche, le quali

⁴⁹⁷ V. Trib. Agosto 1° agosto 2002, *Foro it.*, 2003, I, 1918; App. Milano, 30 luglio 1999 *Dir. ind.*, 2000, 141, con nota di DE PRÀ, cit.; App. Milano, 15 novembre 1994, *Dir. ind.*, 1995, 835; Cass. 15 marzo 1985, n. 2018, *Foro it.*, 1985, I, 1663, nota di PARDOLESI; Trib. Milano, 27 maggio 1982 *Giur. dir. ind.*, 1983, 252; Cass. 16 aprile 1983, n. 2634, cit.

⁴⁹⁸ Cfr., in tal senso, DE PRA', cit., 146, nonché PARDOLESI, in nota a Cass. 16 aprile 1983, n.2643, cit., 2163.

⁴⁹⁹ Sul punto, cfr. PASCUZZI, *Internet*, cit. 531.

⁵⁰⁰ Il termine «telematica», con il quale si fa riferimento all'integrazione tra tecnologica che consente ai dati elaborati dai computer di essere trasferiti da un luogo fisico all'altro, deriva dalla fusione delle parole «telecomunicazione» e «informatica». Cfr. FROSINI, *Telematica ed informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 60; nonché RICHIERI, *Le autostrade dell'informazione*, in *Problemi dell'informazione*, 1995, 27.

in pochi anni hanno consentito, attraverso il loro sviluppo vorticoso e la messa a punto di protocolli comuni, la creazione della c.d. rete delle reti, e cioè di Internet⁵⁰¹.

L'operatore giuridico è così chiamato ad occuparsi di nuovi problemi legati all'utilizzazione delle tecnologie digitali e di rete: in concreto, a vagliare l'applicabilità delle regole tradizionali a fattispecie che pongono questioni affatto nuove⁵⁰². Anche il settore disciplinare della concorrenza non è estraneo all'emersione di tali problemi. In particolare, occorre notare che, tra le pratiche illecite affioranti in Internet, un ruolo di primo piano hanno quelle volte a violare un altrui diritto di privativa o a danneggiare in altro modo l'altrui attività di impresa. In rete, infatti, sia per ragioni tecniche (non è facile distinguere l'originale dalla copia, manca il supporto fisico, la riproduzione pirata si realizza e distribuisce a costi bassissimi), sia per la mancanza di norme *ad hoc*, risulta relativamente semplice violare tanto la proprietà intellettuale su brani musicali, testi scritti, opere letterarie, immagini, *software*, quanto la proprietà industriale, gli altrui segni di privativa e le norme a tutela della correttezza nello svolgimento delle attività d'impresa concorrenziali⁵⁰³.

Nell'impossibilità di analizzare in questa sede tutti i profili problematici della concorrenza svolta *on-line*, si accennerà per sommi capi ad alcune delle fattispecie illecite più ricorrenti in Internet⁵⁰⁴.

I. - *Surface linking e deep linking*.

La filosofia di Internet è l'accessibilità a tutti della risorsa il cui indirizzo telematico (c.d. URL) è conosciuto (sempre che l'accesso non sia impedito/regolato da chi controlla quella risorsa). Va, d'altro canto, evidenziato che i titolari di pagine *web* rendono accessibili le informazioni ai propri utenti direttamente ovvero attraverso

⁵⁰¹ Per un'efficace ed esauriente sintesi della nascita e dell'evoluzione di Internet, v. DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, voce della *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2002, in particolare 1-3.

⁵⁰² Per gli opportuni approfondimenti, v., tra i molti altri, CIAMPI, *Diritto e nuove tecnologie dell'informazione*, Firenze, 1998; LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; LEMLEY - MENELL - MERGERS - SAMUELSON, *Software and Internet Law*, New York, 2000; TRIPODI - SANTORO - MISSINEO, *Manuale del commercio elettronico*, Milano, 2000; E. TOSI (cura di), *I problemi giuridici di Internet*, II ed., Milano, 2001; CASSANO (a cura di), *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; COMANDÉ - SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001; NIVARRA - RICCIUTO (a cura di), *Internet e diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002.

⁵⁰³ Così DI CIOMMO, cit., 14. Per gli opportuni approfondimenti, v., tra gli altri, PALAZZOLO, *Nomi di dominio e gestione dei siti dedicati al commercio elettronico*, in *Disciplina del commercio*, 2000, 15; AMBROSINI, *La tutela del nome di dominio*, Napoli, 2000; MANSANI, *La protezione dei database in Internet*, in *Annali it. Dir. autore*, 1996, 149; NIVARRA, *Le opere multimediali*, id., 1996, 131; G. PASCUZZI, *Opere musicali su Internet: il formato MP3*, in *Foro it.*, 2001, IV, 102.

⁵⁰⁴ Sul problema rappresentato dalla difficoltà di individuare, per i fatti illeciti commessi via Internet, l'identità dell'autore si rinvia a DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, 754, nonché *Profili di responsabilità del commercio elettronico*, in TRIPODI - SANTORO - MISSINEO, cit., 755; e, per una riflessione più approfondita e riferimenti aggiornati, ID., *Internet (responsabilità civile)*, cit., 4-5.

l'utilizzo del linguaggio HTM,⁵⁰⁵ che consente di passare tramite la navigazione ipertestuale, c.d. *net surfing*, da un argomento all'altro all'interno dello stesso sito ovvero di trasferirsi su una pagina di altro sito mediante la selezione del *link*.⁵⁰⁶ Così, accade sovente che chi si collega ad Internet utilizzando specifici programmi di visualizzazione (denominati *browser* e caratterizzati dall'attitudine a decifrare automaticamente le istruzioni fornite dal *link*) visualizzi immediatamente la specifica pagina o il file cercati mediante copia temporanea sul proprio computer.⁵⁰⁷

L'inserimento di *links* a pagine altrui si deve, per lo più, a:

- a) finalità pubblicitarie. Ai titolari di siti molto frequentati viene usualmente richiesto di inserire *links* sotto forma di *banner* che attirino gli utenti verso offerte dei loro settori merceologici;
- b) finalità informative. Molti siti funzionano come vere e proprie *directories* di indirizzi URL di altri siti, ne riportano i relativi *links*, che forniscono ai propri visitatori utili indicazioni su dove reperire informazioni; tale pratica viene posta in essere da siti che, gratuitamente o dietro pagamento, hanno per oggetto esclusivo la fornitura di contenuti informativi, ma anche da siti che inseriscono il servizio come aggiuntivo alla fornitura di propri prodotti o servizi;
- c) finalità di rivendita e mediazione. Nel settore *business to consumer* (B2C), molti siti agiscono come centri di smistamento per la ricerca, cosicché gli utenti, 'cliccando' sull'oggetto desiderato o sulla categoria merceologica da esplorare, visualizzano pagine contenenti i *links* ai siti *web* dove l'oggetto è in vendita. Nel settore *business to business* (B2B) tali meccanismi vengono impiegati per creare mercati virtuali dove si incontrano compratori e venditori.⁵⁰⁸

In realtà, posto che il valore commerciale di un sito è dato dal numero di accessi, il *link* può risultare strumento alquanto redditizio per le finalità descritte, in quanto conduce il visitatore direttamente ad un altro *file* all'interno del computer dello stesso sito *web* oppure ad un *file* presente in un diverso computer localizzato altrove.⁵⁰⁹ Così, si parla di *surface linking* (agganciamento di superficie) quando il *link* è predisposto per consentire il collegamento dal sito di appartenenza alla pagina di apertura, c.d. *home page*, del sito di arrivo. In letteratura si considera lecita la pratica del *surface linking* sulla base delle teorie: a) della c.d. licenza implicita, per cui chi inserisce un documento in un computer collegato ad Internet offrirebbe implicitamente il consenso ad essere destinatario di collegamenti a tale documento; b) del c.d. *fair use*, che consente l'utilizzo senza autorizzazione del materiale protetto in considerazione di elementi come lo scopo commerciale o educativo *non profit*, la natura dell'opera sottoposta a diritto

⁵⁰⁵ Cfr., in tal senso, REED, *Internet law: text and materials*, Butterworths, 2000, 57.

⁵⁰⁶ MEANI, *Sito internet contraffattore ed uso distorto del linking, del framing, del crawling, e dei meta tag*, in *Corriere giur.*, 2001, 1632.

⁵⁰⁷ Cfr., RICOLFI, *Internet e libere utilizzazioni*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 127.

⁵⁰⁸ Così, CERINA, *La legittimità del <<Web linking>>*, in *Dir. ind.*, 1999, 380.

⁵⁰⁹ A tal proposito, v. DI CIOMMO, voce cit., 14.

d'autore, la porzione usata in relazione al complesso dell'opera.⁵¹⁰ Nell'ottica dell'illecito confusorio, non sono mancate voci dissonanti dal coro volte a segnalare la necessità che il collegamento al sito altrui venga indicato sul sito di partenza in modo corretto ed equilibrato, al fine di evitare ogni rischio di confusione nel pubblico circa l'associazione tra le due entità e, soprattutto, in modo tale da non danneggiare l'entità agganciata.⁵¹¹

Per *deep linking* (agganciamento profondo) s'intende, invece, il collegamento che consente all'utente di navigare direttamente all'interno delle pagine del sito agganciato senza transitare dalla relativa *home-page*. La lesività del *deep linking* è data dall'impossibilità d'identificare il fornitore dell'informazione: ciò che può indurre il pubblico a ritenere che il servizio sia fornito direttamente da colui che ha creato il *link*, con grave rischio di confusione tra i segni distintivi – *rectius* tra quelli del sito agganciato e quelli dell'agganciato – ed anche ingiusto approfittamento dell'attività altrui, sanzionabile *ex art.* 2598, nn. 1 e 3.⁵¹²

Nella giurisprudenza italiana il tema è stato oggetto di alcune recenti pronunce, in cui si è affermato che, per essere il *link* ipertestuale strumento di estensione della gamma di prodotti offerti dal sito di partenza (che finisce con il comprendere mediatamente anche prodotti pubblicizzati in siti diversi), possono ritenersi offerti in vendita su un sito Internet tutti i prodotti pubblicizzati su altri siti comunque raggiungibili da quello di partenza mediante *links* ipertestuali: sì che non vale ad escludere un'ipotesi di lesione del diritto al marchio o una condotta di concorrenza sleale il fatto che il sito di partenza contraffattore non offra direttamente il servizio affine, ma consenta l'accesso al sito in cui vengono offerti prodotti o servizi commercialmente identici o affini a quelli offerti dal titolare del marchio.⁵¹³ In più, si è ritenuta illecita la pratica confusoria consistente nell'utilizzo improprio dei richiami ipertestuali per richiamare in un sito *web* i contenuti di un altro sito al fine di appropriarsi di pregi altrui e di sviare la clientela, considerandosi sleale *ex art.* 2598, nn. 1 e 2, il reindirizzamento telematico di un sito registrato con nome di dominio corrispondente alla ragione di altra società ad altro sito di imprenditore in rapporto di concorrenza con la società del cui nome si era appropriato senza autorizzazione.⁵¹⁴

⁵¹⁰ COMANDÈ – SICA, cit., 188.

⁵¹¹ MEANI, cit., 1633.

⁵¹² TOSI *Domain grabbing, linking, framing e utilizzo illecito di metatag nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online «vecchie» e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir.ind.*, 2002, II, 382

⁵¹³ Trib. Monza – Desio, 14 maggio 2001, in *Corriere giur.*, 2001, 1625.

⁵¹⁴ In tal senso, cfr. Trib. Crema 24 luglio 2000, in *Discipl. comm.*, 2001, 272.

II. – Il *framing*.

Il *framing* rappresenta un'ipotesi particolare di *linking*. La sua peculiarità è data dal fatto che il *viewer*, il quale si collega ad un dato sito e su di esso utilizza un *hiperlink*, viene indirizzato ad una pagina di altro sito; solo che tale pagina, a differenza di quanto avviene nel normale *linking*, è visualizzata all'interno di una cornice (*frame*) del primo sito, in modo che i segni distintivi e soprattutto gli avvisi pubblicitari posti su di esso continuino a circondare la pagina agganciata ed ogni pagina successiva che i visitatori intendano visualizzare.⁵¹⁵ Il sito che funge da cornice, chiamato per l'appunto *framer*, solitamente non offre alcun contenuto proprio, ma, limitandosi a sfruttare il contenuto del sito a cui si è agganciato, trae la propria fonte di guadagno dall'utilizzo dei *banner* collocati sui lati della cornice, all'interno della quale si materializzano i contenuti informativi altrui.⁵¹⁶

In letteratura non sussistono dubbi sulla potenzialità lesiva di tale pratica con fusoria. Si sottolinea, infatti come questa forma di agganciamento, impedendo l'identificazione del sito agganciato, renda illecito tanto il *deep linking* quanto il *surface linking*, giacché la cornice intorno al sito induce il visitatore a credere che via sia un'associazione fra i due siti, con conseguente violazione dell'art. 2598, n. 1.⁵¹⁷ Parte della dottrina ritiene, inoltre, che tale condotta possa dar luogo ad uno sfruttamento parassitario dell'attività imprenditoriale altrui, sanzionabile come condotta contraria a correttezza professionale ai sensi dell'art. 2598 n. 3.⁵¹⁸ In perfetta sintonia con tali argomentazioni l'unico caso, a quanto consta, deciso dai giudici di casa nostra, dove si è dichiarato che: *a*) il titolare di un sito ha diritto di tutelarne l'immagine identificativa e la possibilità di sfruttamento economico fondata su tale identificazione (la quale, a sua volta, quanto più è evidente alla generalità degli utenti della rete, tanto più costituisce valore economico del sito stesso); *b*) l'indebita appropriazione del codice (*software*) e delle immagini con le quali viene costruita ed attivata l'*home page* di un sito (aggravata dalla circostanza di avvenire in tempo reale) costituisce ipotesi di concorrenza sleale, in quanto sfrutta i benefici collegati alla notorietà dell'impresa altrui per ottenere un profitto, generando nell'utente -anche non inesperto, ma semplicemente

⁵¹⁵ TOSI, *Le responsabilità civili, in i problemi giuridici di Internet. Dall'E-commerce all'E-business*, a cura di TOSI, Milano, 2001, 324.

⁵¹⁶ D'ARRIGO, *Concorrenza sleale a mezzo framing: il caso acquario di Genova*, in *Dir. informazione e informatica*, 2001, 537.

⁵¹⁷ MEANI, cit., 1636; DI CIOMMO, cit., 15.

⁵¹⁸ TOSI, *Le responsabilità civili*, cit, 321.

disattento- l'impressione che il collegamento, effettuato attraverso *link* ed avente una funzione di rimando a pagine commerciali, sia stato apposto sull'*home page* del sito indebitamente riprodotto e non invece sul sito che attua l'illecita riproduzione senza avere nulla a che fare con il primo.⁵¹⁹

III. - I *meta-tags*.

I *meta-tags* (marcatori) sono codici alfanumerici posti all'interno delle istruzioni di programmazione di un sito contenenti parole chiave idonee a fornire informazioni sul contenuto delle pagine *web*.⁵²⁰ Ad un esame superficiale, i *meta-tags* rimangono nascosti in quanto non sono immediatamente visualizzati dal programma *browsers*, ma rivestono un ruolo fondamentale nell'ambito delle operazioni effettuate dai motori di ricerca.⁵²¹ Essi procedono, infatti, all'indicizzazione dei siti avvalendosi dell'opera di un particolare programma, detto *crawler* (o *spider*), che analizza le pagine *web* attraverso il titolo e il testo, ma soprattutto per mezzo delle parole chiave presenti nei *meta-tags* che contengono informazioni riguardanti il contenuto del sito.⁵²² Solamente un corretto ed efficace inserimento delle parole chiave (c.d. *keywords*) all'interno degli specifici campi predisposti dai codici di programmazione delle pagine *web* consentirà di essere reperiti nel diluvio dei dati e delle informazioni presenti sulla rete; di qui l'importanza di una scelta precisa dei termini da inserire nei *meta-tags*.⁵²³ Sennonché, il proposito di rendere più visibile la pagina creata induce ad inserire all'interno dei *meta-tags*, anche in un modo subdolo e tendenzioso, parole chiave corrispondenti alla denominazione di concorrenti che hanno acquisito forte notorietà, a marchi famosi o nomi di persone celebri.⁵²⁴ La dottrina quasi unanime ha ritenuto che l'uso in mala fede dei *meta-tags* possa assumere rilievo sotto un duplice profilo: come concorrenza sleale e, nell'ipotesi di utilizzazione di marchio altrui, come contraffazione, dal momento che, con la deviazione della clientela del concorrente verso il proprio sito, si verificherebbe una nuova forma di violazione di marchio registrato (il c.d. *invisible trademark infringement*), non essendo più necessaria la presenza visibile del marchio nel testo o nella grafica

⁵¹⁹ Trib. Genova 22 dicembre 2000, in *Dir. informazione e informatica*, 2001, 529.

⁵²⁰ SAMMARCO, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale attraverso l'uso di meta - tags*, in *Dir. informazione e informatica*, 2001, 552.

⁵²¹ SANTARSIERE, *Meta - tags e possibile concorrenza sleale in Internet*, in *Nuovo dir.*, 2002, I, 931.

⁵²² DELLA VALLE, *L'uso del marchio altrui come meta-tag*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 191.

⁵²³ SAMMARCO, cit. 553.

⁵²⁴ SAMMARCO, *Sulla funzione distintiva e promozionale delle denominazioni protette inserite nei meta tags*, in *Dir. informazione e informatica*, 2002, 555.

del sito per configurare l'abuso.⁵²⁵ Nessun dubbio, invece, si riscontra in letteratura circa l'opportunità di ritenere l'utilizzazione distorta dei *meta-tags* sanzionabile come comportamento anticoncorrenziale sleale sia sotto il profilo dell'attività confusoria, sia come sfruttamento della notorietà altrui.⁵²⁶ In quest'ultima fattispecie, il pregiudizio della società concorrente consiste nella circostanza che il suo sito è relegato in una posizione remota nella graduatoria di indicizzazione dei motori di ricerca, ciò che determina una minore visibilità ed una riduzione degli accessi con evidenti rischi di pregiudizi di natura economica.⁵²⁷

Quanto al formante giurisprudenziale italiano, appare destinato ad infoltirsi il numero di pronunce incline ad affermare che l'utilizzo di *meta-tags*, contenenti segni distintivi di un'impresa concorrente, costituisce atto di concorrenza sleale sotto il profilo dell'illecito concorrenziale di cui all'art. 2598 n. 3; l'orientamento s'inserisce nel filone interpretativo della clausola generale come divieto per ciascun imprenditore, nella lotta con i concorrenti per l'acquisizione di posizioni di mercato più favorevoli, di avvalersi di mezzi altrui traendo vantaggio in maniera parassitaria dall'effetto di "agganciamento" ai risultati dei mezzi impiegati da altri.⁵²⁸

IV. - *Domain grabbing* e *cybersquatting*

Il nome di dominio -come si è già avuto modo di evidenziare⁵²⁹- è un innovativo strumento tecnico di indirizzo delle risorse logiche del *World Wide Web*, ma anche un'espressione che, a seguito della 'commercializzazione' di Internet, può essere utilizzata quale segno distintivo del sito in cui vengono offerti prodotti e servizi, reali e virtuali, dell'imprenditore.⁵³⁰

Tra i problemi più frequenti spicca il conseguimento dell'assegnazione di *domain names* in forme tali da danneggiare i propri concorrenti.⁵³¹ Una delle pratiche più invalse è proprio quella che ha assunto la denominazione di *domain*

⁵²⁵ V. TOSI, *I problemi*, cit., 328.

⁵²⁶ Cfr. PERON, *Concorrenza sleale on-line: rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 85.

⁵²⁷ In tal senso cfr., MEANI, cit., 1638

⁵²⁸ Così Trib. Milano 9 febbraio 2002 in *Danno e resp.*, 2002, 545, con nota di CASSANO, *Internet, meta-tag e concorrenza sleale*; Trib. Roma 24 gennaio 2001, in *Annali it. dir. autore*, 2001, 642; Trib. Roma 18 gennaio 2001, in *Corriere giur.*, 2001, 1087, con nota di CASSANO, *Meta-tag: il primo caso italiano*.

⁵²⁹ Cfr., *supra*...

⁵³⁰ TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra "domain grabbing", "linking", "framing" e "Meta-tag"*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 162.

⁵³¹ MAGNI - SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni ed internazionali*, in *Dir. informazione ed informatica*, 1997, 67

grabbing: consiste nella pratica contraffattoria mediante registrazione, presso la *Naming Authority*, di nomi o segni distintivi altrui, normalmente celebri o rinomati, come nome di dominio al solo fine di appropriarsi della notorietà del segno e di ottenere un ingiusto profitto o recar danno al soggetto titolare del relativo diritto di privativa.⁵³² Secondo una proposta interpretativa emersa in letteratura, il *domain grabbing* dovrebbe differenziarsi dalla fattispecie nota come *cybersquatting* poiché la violazione attuata tramite la registrazione di un segno distintivo altrui ha incidenza sulla sfera patrimoniale, mentre la registrazione con nome di persona famosa incide (anche) sulla sfera personale di quest'ultima, violando più propriamente i diritti della personalità.⁵³³

Così, sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale dominante favorevole al riconoscimento della natura distintiva del nome di dominio,⁵³⁴ si è ritenuto illecito il *domain grabbing*, differenziando, sul piano dei requisiti necessari ad integrare la condotta con fusoria, il *domain name* identico o simile al marchio altrui rinomato da quello identico a marchio non rinomato, dove (oltre all'identità o somiglianza del segno distintivo) devono ricorrere l'identità o l'affinità dei prodotti o servizi offerti sul mercato.⁵³⁵ Nel caso di appropriazione ed uso del marchio o segno distintivo rinomato di un'impresa concorrente come nome di dominio, si pone in primo piano la tutela del vantaggio derivante dalla rinomanza del contrassegno; e s'impedisce ad altri la possibilità di sfruttare tale vantaggio sanzionando le ipotesi di contraffazione e quelle di concorrenza sleale per attività confusoria, appropriazione di pregi o concorrenza parassitaria a seconda delle circostanze di fatto in applicazione dell'art. 2598.⁵³⁶ Più correttamente, si è osservato che nelle ipotesi di *domain grabbing* o *cybersquatting*, accanto al profilo confusorio, figura anche un aspetto di scorrettezza commerciale che deve essere rilevato ed inibito (autonomamente dall'eventuale contraffazione del marchio) nella prospettiva del divieto di atti contrari alla correttezza professionale.⁵³⁷

⁵³² Cfr. FRASSI, *Internet e segni distintivi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 178 ss.

⁵³³ In tal senso, CASSANO, *Cybersquatting*, in *Dir. informazione ed informatica*, 2001, 87.

⁵³⁴ Cfr. SACCANI, *Note in tema di confondibilità fra domain names*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 430 nota a Trib. Milano 22 luglio 1997, cit., *leading case* dell'orientamento giurisprudenziale testé citato.

⁵³⁵ Trib. Parma 26 febbraio 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 350, con nota di TOSI.

⁵³⁶ In tal senso, TOSI, *Domain grabbing* cit., 382.

⁵³⁷ SANZO, *Attività di concorrenza sleale posta in essere mediante comunicazioni pubblicitarie via Internet: qualificazione degli atti, corresponsabilità del titolare del domain name e problematiche connesse*, in *Resp. civ.*, 1998, 182.

