

Profili critici della tutela del consumatore nel Diritto dell'Unione europea

Alessandro Tomaselli
Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea
Università "Kore" di Enna

Riassunto

Attraverso il presente contributo l'autore intende analizzare, all'interno di una rinnovata prospettiva di matrice essenzialmente economico-mercantile, la disciplina normativa apprestata dall'ordinamento europeo a tutela del consumatore. In particolare, da una rassegna sommaria delle disposizioni di cui ai Trattati istitutivi dell'allora CEE, nonché della più recente legislazione secondaria, si tenterà di dimostrare come la tutela dei consumatori, per come disciplinata dal diritto facente capo a Bruxelles, non sembra nei fatti potersi ritenere aliena, in termini di contrapposizione, a quella relativa alla tutela della concorrenza, rispetto alla quale, dunque, non può considerarsi legata da un rapporto di complementarietà. In altri termini, ciò che pare supportato da più di un indizio politico-normativo, anche la protezione del c.d. "utente finale" rientra pur sempre all'interno della più ampia *ratio* garantista nei confronti del mercato.

Parole chiave: mercato, consumatore, Unione europea

Abstract. *Critical Features of Consumer Protection in the European Union Law*

Through this contribution, the author intends to analyze, within an essentially renewed economic – commercial perspective, the economic law provided by the European system to protect consumers. In particular, by virtue of a summary review of the provisions of the founding treaties of the then EEC and of more relevant subsidiary legislation recently, the author will attempt to demonstrate how the consumer protection, as governed by the law and headed by Brussels, it doesn't seem in fact to feel alienated, in terms of opposition to the one on the protection of competition, against which cannot be considered a complementary relationship. In other words, what seems supported by more than one political – legal clue, also called end user protection regulation is still within the larger *ratio* guarantee towards the market.

Keywords: market, consumer, European Union

1. La legislazione di diritto europeo per la tutela della libera concorrenza

La base giuridica di diritto europeo di carattere primario, e dunque riconducibile ai Trattati istitutivi, relativamente alla tutela della libera concorrenza nei mercati, nonché alla complementare tutela dei consumatori, è rappresentata da più di una disposizione: in particolare, all'interno del Trattato sul Funzionamento dell'Europa (di seguito, anche TFUE) acquistano senz'altro, innanzitutto, immediato risalto gli artt. 101 e 102, norme di apertura della Sezione 1 (Regole Applicabili alle Imprese) del Capo 1 (Regole di Concorrenza) del Titolo VII (Norme Comuni sulla Concorrenza, sulla Fiscalità e sul Ravvicinamento delle Legislazioni), nonché quanto statuito dall'art. 169 (Titolo V: Protezione dei Consumatori).

Certamente degno di rilievo pare, poi, il disposto di cui all'art. 106, nonché, in più ampia prospettiva, quanto contenuto all'interno del punto 3 dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (di seguito, anche TUE) e degli artt. 3, 4 – num. 2 – lett. f, 12, 26 e 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Infine, in forza del suo art. 114 il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea indica, con riferimento al ravvicinamento delle legislazioni, le disposizioni di carattere procedurale atte a conseguire proprio gli obiettivi di cui al precedente art. 26¹.

Di egual rilevanza, e (come di norma) addirittura di maggior pregnanza dal punto di vista tecnico-applicativo, sembrano senz'altro latrici quelle disposizioni legislative di carattere secondario che, al pari di una non indifferente mole di normazione atipica, afferiscono, in via diretta o mediata, al contesto in esame.

¹ «1. Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. 2. Il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti. 3. La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo. 4. Allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 36 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, esso notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse. 5. Inoltre, fatto salvo il paragrafo 4, allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione, esso notifica le disposizioni previste alla Commissione precisando i motivi dell'introduzione delle stesse. 6. La Commissione, entro sei mesi dalle notifiche di cui ai paragrafi 4 e 5, approva o respinge le disposizioni nazionali in questione dopo aver verificato se esse costituiscano o no uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri e se rappresentino o no un ostacolo al funzionamento del mercato interno. In mancanza di decisione della Commissione entro detto periodo, le disposizioni nazionali di cui ai paragrafi 4 e 5 sono considerate approvate. Se giustificato dalla complessità della questione e in assenza di pericolo per la salute umana, la Commissione può notificare allo Stato membro interessato che il periodo di cui al presente paragrafo può essere prolungato per un ulteriore periodo di massimo sei mesi. 7. Quando uno Stato membro è autorizzato, a norma del paragrafo 6, a mantenere o a introdurre disposizioni nazionali che derogano a una misura di armonizzazione, la Commissione esamina immediatamente l'opportunità di proporre un adeguamento di detta misura. 8. Quando uno Stato membro solleva un problema specifico di pubblica sanità in un settore che è stato precedentemente oggetto di misure di armonizzazione, esso lo sottopone alla Commissione che esamina immediatamente l'opportunità di proporre misure appropriate al Consiglio. 9. In deroga alla procedura di cui agli articoli 258 e 259, la Commissione o qualsiasi Stato membro può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dal presente articolo. 10. Le misure di armonizzazione di cui sopra comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri ad adottare, per uno o più dei motivi di carattere non economico di cui all'articolo 36, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione».

Segnatamente, assume innanzitutto certamente rilievo il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio dell'Unione europea (di seguito, più brevemente Consiglio) del 16 dicembre 2002 (Disponibile: GUCE 03, L1/1) concernente l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (adesso, artt. 101 e 102 secondo la nuova numerazione introdotta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), efficace a partire dal maggio del 2004 e le cui linee programmatiche possono individuarsi all'interno del *Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86* (secondo la numerazione antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam), pubblicato nel maggio 1999 (GUCE C132/1 del 12 maggio 1999) dalla Commissione al fine precipuo di apprestare una nuova disciplina in materia di intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante².

Altri atti legislativi riconducibili all'attività normativa di Bruxelles in relazione alla materia che più da vicino in tale sede ci interessa sono senz'altro rappresentati dalla Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005³ (GUCE L 149/22 dell'11 giugno 2005) specificamente riguardante le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la Direttiva 84/450/CEE e le *Direttive* 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 206/2004 («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), dalla Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 (GUUE L. 304/64 del 22 novembre 2011) sui diritti dei consumatori, recante modifica della Direttiva 93/13/CEE e della Direttiva 1999/44/CE e che abroga la Direttiva 85/577/CE e la Direttiva 97/7/CE, nonché, soprattutto, dalla Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 (GUUE L. 349/1 del 5 dicembre 2014) e relativa a determinare norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della

² Tale atto vincolante riconducibile alla volontà del legislatore di Bruxelles è bene specificare come nasca espressamente volto a sostituire l'analogo precedente provvedimento emanato dal Consiglio il 6 febbraio 1962 (*Reg. 17/62* in GU 13 del 21.2.1962) in riferimento alla tutela della concorrenza all'interno dell'ordinamento giuridico europeo (così come modificato dal Regolamento CE n. 1216 del 1999 in GU L 148 del 15 giugno 1999).

³ Cui hanno fatto seguito, tra l'altro, la Comunicazione, e relativa Relazione, della Commissione relativa all'applicazione della Direttiva medesima ed espressamente deputata al raggiungimento di un elevato livello di tutela dei consumatori, nonché al rafforzamento della fiducia nel mercato interno, entrambe del 14 marzo 2013 ((COM) 138 def. e (COM) 139 def.)

concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea⁴ (GUUE L 24/1 del 29 gennaio 2004).

Tale ultimo provvedimento normativo richiamato, che gli Stati membri dovranno recepire entro il 27 dicembre 2016, è considerato particolarmente degno di nota, non fosse altro per avere inserito all'interno dell'ordinamento giuridico europeo una disciplina comune, di carattere sostanziale e procedurale, che regola le azioni di risarcimento promosse ai sensi del diritto nazionale da chiunque (impresa o consumatore) abbia subito un danno per la violazione delle disposizioni in materia antitrust (cd. azioni di *private enforcement*), e ciò al fine specifico di «garantire una corretta applicazione e una piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE»⁵.

Segnatamente, avuto riguardo alla *ratio* ispiratrice della Direttiva in esame è da richiamare il considerando n. 7 del suo preambolo laddove è espressamente specificato come le “marcate differenze” tra le singole normative nazionali relativamente al contesto che in tale sede ci occupa è fonte di inevitabile incertezza a proposito delle condizioni in presenza delle quali «i soggetti danneggiati possono esercitare il diritto al risarcimento conferito loro dal TFUE» e come, quindi, in concreto si corra il rischio di compromettere l'effettivo esercizio del medesimo, per tal via incidendo sui mercati all'interno dei quali operano i soggetti danneggiati così come le imprese autrici della violazione; inoltre, a proposito dell'individuazione della duplice base giuridica su cui è espressamente fondata la norma in questione, merita senz'altro menzione il successivo considerando n. 8 della stessa, a mente del quale

le imprese stabilite e operanti in Stati membri diversi sono soggette a differenti norme procedurali che incidono fortemente sulla misura in cui possono essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell'Unione

⁴ In realtà, al novero dei provvedimenti normativi tipici di diritto europeo comunque rilevanti in materia antitrust pare potersi anche ricondurre il Regolamento (CE) del Consiglio n. 139 del 20 gennaio 2004 che ha sostituito, a far data dal 1° maggio 2004, il precedente atto regolamentare (CEE) 4064/89, e relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»). Nello specifico, in forza dell'emanazione della norma europea secondaria adesso in questione all'interno dell'ordinamento giuridico del Vecchio Continente è stata introdotta, tra l'altro, una disciplina sul controllo preventivo di tutte le operazioni di concentrazione nelle quali il fatturato delle imprese interessate superi determinate soglie. In tali casi, prima di realizzare l'operazione le imprese devono darne comunicazione alla Commissione che può vietare l'operazione allorché la concentrazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare mediante la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.

⁵ Così espressamente il punto 3 del preambolo della direttiva in questione.

non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli articoli 101 o 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l'esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace. Poiché le differenze fra i regimi di responsabilità applicabili negli Stati membri possono quindi incidere negativamente sia sulla concorrenza che sul corretto funzionamento del mercato interno, è opportuno fondare la presente direttiva sulla duplice base giuridica degli articoli 103 e 114 TFUE⁶ (COM 2008 165 def).

Con riguardo, poi, alla normazione non tipizzata all'interno dei Trattati, ma ugualmente rilevante, ai fini che ci riguardano, per prassi istituzionale all'interno del diritto europeo, non possono certamente trascurarsi i due Libri verdi ed il Libro bianco della Commissione, rispettivamente, del 19 dicembre 2005 (COM 2005 672 def) riguardante *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, dell'8 febbraio 2007 (COM 2007 744 def) invece relativo alla *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* e del 2 aprile 2008 (COM (2008) 165 def) ancora in materia di *azioni del risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, nonché la raccomandazione, ancora a firma della Commissione, dell'11 giugno 2013 (GUUE L/201 60 del 26 luglio 2013) relativa a *principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalla norme dell'Unione*.

Infine, a completamento del breve excursus normativo riferentesi alla tutela della concorrenza e del consumatore, e rinviando al punto successivo con riguardo ai rilievi critici che pare possano muoversi anche a tal proposito, degna di nota è certamente anche la disposizione di cui all'art. 38 (*Protezione dei consumatori*) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, laddove è specificato come nelle politiche dell'Unione sia garantito un «livello elevato di protezione dei consumatori».

⁶ In forza dei quali «Fino al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni adottate in applicazione dell'articolo 103, le autorità degli Stati membri decidono in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel mercato interno, in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni dell'art. 101, in particolare del paragrafo 3, e dell'art. 102» e «Il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza».

2. Rilievi critici e prospettive

Alla luce di quanto già esposto, e a dispetto di considerazioni e relative conclusioni pacificamente raggiunte e condivise, il contesto politico-normativo europeo relativo alla tutela della concorrenza, da un lato, e del consumatore, dall'altro, sembra nei fatti lasciare spazio a più di un rilievo di carattere critico, e ciò sia con specifico riguardo alla richiamata legislazione (primaria e/o secondaria) che all'interno della più ampia prospettiva relativa ai rapporti tra Stati membri ed Unione europea.

Dal primo dei punti di osservazione appena indicati, sembra intanto utile prendere le mosse, in particolare, dall'ultimo dei provvedimenti normativi di carattere secondario emanati dal legislatore di Bruxelles relativamente all'oggetto del presente contributo, e cioè la Direttiva n. 104/2014.

Al riguardo, è opinione comune ritenere come la promulgazione della stessa indubbiamente rappresenti un'iniziativa di sicuro rilievo a tutela di chi, azienda concorrente e/o soprattutto consumatore, risulti danneggiato da comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da parte di altri operatori di mercato ed atti ad arrecare gravi turbative, o financo a pregiudicare, il corretto funzionamento del mercato: com'è stato, infatti, tra gli altri, osservato, la norma in questione, al precipuo scopo di promuovere, accanto al consolidato sistema di applicazione pubblica affidata alla responsabilità di Commissione, autorità nazionali per la concorrenza e giudici, un più efficace sistema di applicazione privata del diritto della concorrenza o antitrust (dove con tale espressione, è utile ricordarlo, nel linguaggio adottato dalla Commissione, ci si riferisce a quei campi del diritto della concorrenza altri rispetto al controllo sulle concentrazioni e sugli aiuti di Stato), «è chiaramente orientata alla tutela del consumatore che l'ordinamento, nelle sue fonti europee e nazionali, tutela come soggetto debole, ma che, nel caso dell'esecuzione del diritto della concorrenza, soffriva di una debolezza ancora più marcata quando chiedeva il ristoro di un danno subito in conseguenza di una violazione del diritto della concorrenza perpetuato da soggetti economici che spesso risultano essere di rilevante grandezza. Altro elemento che, a detta di molti, non incentivava i privati a ricorrere a vie giudiziarie per ottenere il risarcimento dei danni era rappresentato dal fatto che l'ordinamento europeo, a differenza di

quello statunitense, non prevedeva i cosiddetti danni punitivi. Le sanzioni che, come noto, possono essere anche molto elevate, rimanevano prerogativa delle autorità pubbliche, europee e nazionali, le quali sanzionavano le aziende responsabili della violazione del diritto antitrust nel solo interesse pubblico» (Sanna, 2016).

Tuttavia, le riflessioni che pare possano al riguardo sorgere suggeriscono una visuale analitica sostanzialmente differente, in particolare a proposito dell'individuazione del reale obiettivo sotteso all'intera disciplina europea in ambito antitrust.

Segnatamente, per quanto comunemente si argomenti nel senso della complementarità tra la normativa a tutela della concorrenza e la legislazione relativa alle pratiche commerciali scorrette e ciò in considerazione dei diversi fini ritenuti sottesi a fondamento delle medesime, secondo Bruzzone, è generalmente riconosciuto che la tutela della concorrenza e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non hanno nel contesto giuridico europeo un medesimo fine diretto. L'obiettivo della disciplina antitrust è rimuovere le distorsioni al processo concorrenziale; perseguendo questo obiettivo si ottengono importanti benefici per i consumatori, ma ciò avviene in via indiretta. La tutela dei consumatori è invece obiettivo diretto della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Nella disciplina questo obiettivo è definito non genericamente, ma in modo specifico in relazione alle pratiche che tramite l'inganno, la coercizione o comunque in contrasto con la diligenza professionale alterano le decisioni di natura commerciale del consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto. Contrastando le condotte che possono alterare significativamente i processi di scelta dei consumatori, le regole sulle pratiche commerciali scorrette favoriscono, indirettamente, il processo concorrenziale. Il diritto antitrust e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non sono quindi strumenti succedanei, ma sistemi normativi complementari (Bruzzone, 2011) o nonostante da più parti si sostenga come la legislazione europea in materia di tutela del consumatore svolga una sostanziale funzione di contro bilanciamento nei confronti di quella sulla concorrenza, per tal via etichettando alcuni tra le suindicate iniziative di secondo grado ed atipiche del legislatore di Bruxelles alla stregua di improbabili «segnali che potrebbero portare ad un'inversione di tendenza (Bonelli, 2010, pp. 45-46)», conclusioni di diversa natura sembrano, al contrario, potersi raggiungere all'interno di una generale prospettiva che

potrebbe definirsi monista-funzionalista: da una lettura complessiva di quanto disposto dall'ordinamento europeo in materia di (tutela della) concorrenza tra imprese, nonché in considerazione delle accennate peculiarità di matrice mercantile afferenti sia al contesto ordinamentale medesimo che al diritto moderno generalmente inteso, l'intera normativa europea a tutela dei consumatori, non pare, in realtà, potersi ritenere aliena alla sostanziale funzione garantista nei confronti del corretto funzionamento del mercato cui è improntata, dal suo canto, la specifica disciplina relativa alla tutela della concorrenza.

Per quanto, in altri termini, il contenuto della Direttiva n. 104/2014 rappresenti indubbiamente quell'ulteriore e decisivo passo nella direzione di una compiuta ed uniforme protezione da parte del diritto europeo nei confronti del soggetto debole delle transazioni commerciali, considerare la norma in esame, però, alla stregua di un provvedimento ispirato a valori ed obiettivi ulteriori rispetto al mero ambito mercantile non pare, nell'opinione di chi scrive, potersi condividere: l'atto legislativo in questione, infatti, nasce espressamente allo scopo di rafforzare la tutela a) del consumatore, così per tal via accrescendo i modi e gli strumenti avuto riguardo b) al corretto funzionamento del mercato («Determinare norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»).

Gli oggetti della propria disciplina sono, dunque, *expressis verbis* rappresentati in via diretta dai consumatori, in prospettiva mediata dal mercato medesimo ed il contesto all'interno del quale lo stesso interviene è, conseguentemente, costituito unicamente e fondamentalmente dallo spazio economico europeo, senza che, dunque, possano individuarsi residuali margini di operatività od elementi estranei allo stesso. Individuare a fondamento della norma in esame (anche) ideali e conseguenti obiettivi di natura sociale o solidaristica, per tal via giungendo ad attribuire alla medesima un ruolo sostanzialmente antagonista rispetto alla disciplina sulla concorrenza, dunque, è opinione che non pare potersi condividere, e ciò non semplicemente a causa degli accennati ostacoli di carattere letterale: la disciplina di cui alla Direttiva in oggetto, infatti, si pone come norma di chiusura e completamento dell'intera normativa in ambito concorrenziale europeo, rappresentando quindi quel necessario riflesso di carattere sanzionatorio apprestato dall'ordinamento di Bruxelles nei confronti di un danno ingiustamente sofferto dal singolo operante all'interno

del mercato unico a causa della costituzione di cartelli tra imprese, sfruttamento abusivo di posizione dominante, ecc., e ponendosi, in conclusione, per tal via nel solco delle tradizionali peculiarità proprie degli ordinamenti nazionali avuto specifico riguardo alla compiuta espressione del potere giurisdizionale, ma, proprio in forza di quanto appena ricordato, non potendosi certamente considerare come latrice di istanze di matrice etico-morali.

Per quanto, infatti, si ripete come la disciplina in questione tuteli immediatamente il singolo, non può trascurarsi come il fine ultimo sia comunque rappresentato dal rafforzamento degli strumenti atti a garantire il corretto, in senso giuridico, funzionamento del mercato: quindi, la prospettiva rimane, e non potrebbe essere diversamente, essenzialmente economicistica. Argomentare, al contrario, nei suindicati termini di complementarità o, addirittura, di antagonismo rispetto alla tutela del mercato, in tal guisa così ammantando la branca di diritto europeo in esame di quantomeno originali elementi di stampo moralistico, appare del tutto fuorviante, anche in considerazione dei caratteri della società e, dunque, del diritto moderno.

A tal ultimo proposito, non può, infatti, trascurarsi come la modernità, ed il diritto di cui la medesima è espressione, nascano e si sviluppino in forza della separazione tra sfera economico-giuridica, da un lato, e quanto invece assume rilievo per morale, etica e religione, dall'altro. Solo occasionalmente, e in via del tutto casuale, tali due ambiti possono coincidere (avuto riguardo a precetti per entrambi rilevanti, come, ad esempio, il divieto di uccidere, precetto religioso e fattispecie di reato), ma non può più argomentarsi in direzione identitaria tra i medesimi.

Conseguentemente, all'interno del diritto, dell'economia e, dunque, del mercato non vi è, ne può esservi, più posto per elementi che non rientrino nel giuridicamente (in quanto economicamente) rilevante, e in tal senso estremamente emblematica pare l'espresso richiamo operato da più di una normativa nazionale in materia di risarcimento del danno non patrimoniale al requisito dell'ingiustizia del medesimo ai fini della sua rilevanza in termini di ristoro economico: com'è noto, infatti, tale carattere non risponde a mutevoli e generiche istanze di matrice emozionale rifacentesi ad astratte entità trascendenti di natura divina, o ad un non meglio identificato *idem sentire* di stampo moralistico, ma, al contrario,

è tenuto a soddisfare rigidi requisiti normativamente predeterminati. A conferma di quanto testé ricordato, nonché in prospettiva speculare rispetto all'oggetto del presente contributo, sembra, ancora, senz'altro acquisire rilevanza quanto (non) disposto dagli ordinamenti nazionali ed europeo a proposito dei danni sofferti da un imprenditore in conseguenza di atti di concorrenza leale posti in essere da un suo avversario: l'assenza avuto riguardo alla suindicata reazione ordinamentale in termini sanzionatori con riferimento a tale ipotesi, pienamente giustificata in ottica strettamente giuridica, non troverebbe spiegazioni plausibili, al contrario, all'interno di una visuale moralmente orientata.

Il punto è proprio questo: il mercato non è morale, perché il diritto non lo è, né può esserlo; le regole atte a disciplinarlo perseguono il fine specifico di preservarne e garantirne mantenimento, sviluppo, compiti e funzioni, in tal direzione apprestando anche i necessari anticorpi ordinamentali di natura sanzionatoria in caso di turbamento dell'armonico e corretto funzionamento del medesimo, cioè nell'eventualità in cui dalla violazione di una regola a tale ultimo riguardo prevista derivi illecitamente un danno a carico di altro soggetto operante all'interno del contesto in questione. La correttezza in senso economico-giuridico, dunque, non rimanda alle superiori istanze metagiuridiche di cui sopra, ma molto più realisticamente si riferisce unicamente a criteri normativamente predeterminati, dunque, di carattere non moralistico. E, d'altro canto, ammettere, da parte del singolo ordinamento, nazionale o extraterritoriale che sia, l'ingresso di istanze, *rationes* ed elementi altri rispetto a quanto testé rimarcato significherebbe rinnegare la propria stessa ragion d'essere e natura, lo scopo ultimo ed essenziale alla base della propria genesi.

Tutto questo appare particolarmente vero per l'Unione europea: a dispetto, infatti, delle presunte velleità sociali, umanitarie o solidaristiche che la stessa sostiene, sempre in misura maggiore, imputarsi a cagione del proprio ampliamento territoriale e di competenze, dovrebbe ammettersi come le stesse vadano in realtà relegate al politicamente, ma di certo non giuridicamente, rilevante, e ciò in considerazione dei richiamati fini ultimi a fondamento del processo d'integrazione.

E che la (voluta?) commistione tra politica e diritto non possa di certo considerarsi una rarità avuto riguardo al contesto istituzionale ed ordinamentale europeo sembra trarre avallo da ulteriori elementi, in particolare aventi origine dalla controversa categoria concettuale dei

diritti umani, a quanto pare terreno fertile, per l'Europa e non solo, ove enfatizzare ruolo e funzioni di prerogative soggettive per le quali appare necessaria, proprio in ottica politica, l'"aurea" certificazione di diritti fondamentali: segnatamente, ci si riferisce all'introduzione di diritti afferenti alla sfera economica con riguardo al contenuto della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, comunemente intesa come Carta di Nizza, e più precisamente quanto sancito all'interno dell'art. 16 della stessa, ma, soprattutto per i fini che in tale sede ci interessano, la lettera di cui al già richiamato art. 38. La prima delle previsioni appena richiamate, ai sensi della quale è laconicamente disposto che «È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alla legislazioni e prassi nazionali» infatti, lascia spazio a più di una perplessità, specificamente sia di carattere sistemico che nella suindicata prospettiva relativa alla usuale sovrapposizione tra politica e diritto all'interno del diritto dell'UE: accostare la libertà in parola a diritti e prerogative relativi alla tutela più intima ed essenziale dell'essere umano quali, in primis, il diritto alla vita, pare opzione per nulla comprensibile, oltre e prima che non condivisibile, se non all'interno della composita visuale prospettica appena richiamata.

Più precisamente, la presenza di ciò che prima facie sembra potersi considerare a pieno titolo un'indebita intrusione all'interno di un documento relativo alla tutela dei diritti fondamentali, conseguentemente offuscandone, nonché degradandone la "sacra" rilevanza, sembra, al contrario, acquistare valenza attraverso la considerazione della Carta di Nizza complessivamente intesa come l'epilogo di un'operazione di impronta sostanzialmente strategico-politica: per quanto, infatti, l'Europa possa pienamente ritenersi ordinamento all'avanguardia con riferimento alla salvaguardia dei diritti dell'uomo in considerazione specifica della presenza di un soggetto dotato di poteri giurisdizionali espressamente deputati alla loro tutela (la Corte di Strasburgo), d'altro canto non può sottacersi come la promulgazione della stessa Carta risponda a motivazioni non strettamente giuridiche, e ciò sia in considerazione del suo contenuto, sostanzialmente coincidente con quella della *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (di seguito,

anche CEDU)⁷, che, ancor prima e più in generale, avuto riguardo alla categoria dei diritti umani medesimi.

A tal ultimo proposito, in particolare, non possono trascurarsi le criticità che, dal punto di vista della teoria generale del diritto, paiono potersi ascrivere alla categoria in questione, e ciò anche all'interno di una prospettiva storico - realistica, e dunque non giusnaturalistica, in riferimento ai presunti diritti alla stessa riconducibili in termini di individuazione del loro fondamento ("diritti fondamentali"), del reale grado di tutela agli stessi effettivamente riconosciuto ("diritti inviolabili") e, soprattutto, al loro concreto tasso di divulgazione e riconoscimento ("diritti umani").

E tali considerazioni sembrano a fortiori acquistare valore avuto riguardo alla seconda delle richiamate disposizioni di cui alla Carta di Nizza, e cioè l'art. 38, ai sensi del quale «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori». La presenza del disposto adesso in esame, in particolare, non trova spiegazioni plausibili se non all'interno dell'accennata strategia di matrice politica che pare contraddistinguere le iniziative istituzionali all'interno dell'ordinamento europeo: ricondurre, infatti, al novero dei diritti umani un quid alieno all'essere umano essenzialmente considerato, tanto da non trovare corrispondenza all'interno della CEDU, e che, oltretutto, gode già di espressa disciplina normativa di rango primario e secondario all'interno dell'ordinamento europeo, sembra confermare il fine politico di cui sopra, e cioè dotare la tutela del consumatore, e, dunque, indirettamente il mercato, del carattere assoluto, intangibile e, in ultima analisi, costitutivo tipico dei supposti diritti dell'uomo.

⁷ Rispetto alla quale potere, in tutta onestà, almeno parzialmente avanzare, in armonia con quanto appena rimarcato all'interno del testo, le medesime perplessità di natura teorico – concettuale evidenziate in relazione alla categoria dei diritti dell'uomo: per quanto, infatti, la promulgazione della CEDU abbia rappresentato e continui ad oggi a rappresentare un non indifferente punto di approdo avuto riguardo alla protezione del singolo tendenzialmente con riferimento ad ogni (o quasi) sua estrinsecazione, non può, d'altro canto, trascurarsi come la spinta decisiva ai fini della stipula della stessa abbia trovato la propria principale ragion d'essere in motivazioni di carattere essenzialmente emozionale, in particolare da ricondurre alla generale indignazione sollevata dagli aberranti crimini praticati e perpetrati all'interno dei campi di concentramento tedeschi nel corso del Secondo Conflitto Mondiale. E per quanto è indiscutibile l'assioma in forza del quale è la società a creare il diritto ad essa maggiormente consono (*ubi societas ibi auctoritas et ius*), non può, oltretutto, sottacersi come la dottrina dei diritti umani sconti una visione occidentalcentrica del diritto, e ancor prima del modo d'intendere, quindi, la società, trascurando, o, perfino, ignorando, in tal senso costumi, valori ed ideali tipici di luoghi alieni alle frontiere della "civiltà" (USA, Europa, Canada, Australia, Nuova Zelanda) e dunque alla medesima non riconducibili. Quale reale valenza, ad esempio, assegnare al diritto umano per eccellenza, e cioè il diritto alla vita, di fronte ad un attacco suicida compiuto da un kamikaze in nome di principi religiosi o metafisici comunque ritenuti di rango superiore?

Insomma, da più di un elemento sembra potersi evincere come l'intera dottrina dei diritti umani, e prima ancora, il concetto stesso di diritti fondamentali, privo di reali basi teorico – concettuali dal punto di vista giuridico, sembra rispondere maggiormente a comode istanze politiche contingenti, che ad autentici imperativi aventi efficacia in termini di vincolatività normativa. Conseguentemente, i (meta) precetti all'interno della stessa riconducibili sembrano nei fatti ricoprire una posizione di confine tra il giuridicamente rilevante e quanto, invece, non attiene a tale contesto, contribuendo, in ultima analisi, a considerare tale categoria alla stregua di un flessibile e mutevole concetto border line da adattare a piacimento a seconda delle necessità del momento.

Quali i possibili correttivi all'egemonia mercantile all'interno dei confini istituzionali europei, magari anche in grado di infondere ai cittadini dei singoli Stati membri un rinnovato senso di appartenenza, nonché fiducia nell'operato di Bruxelles?

La risposta a tale interrogativo sembra sostanzialmente risiedere unicamente nel recupero pieno del ruolo del Parlamento europeo, in particolare avuto riguardo all'esclusiva titolarità del potere legislativo: concentrare, infatti, la potestà legiferante unicamente nelle mani del soggetto istituzionale a tal fine astrattamente preposto equivarrebbe, in virtù di un'autentica e rinnovata attuazione del principio di rappresentatività (e della conseguente risoluzione dell'annoso problema del deficit democratico all'interno dell'UE), alla riscoperta di quel nucleo essenziale ed autentico di valori e principi di matrice costituzionale posti a fondamento di ogni ordinamento democratico propriamente inteso. E tale prospettata soluzione, si badi, conseguentemente rappresenterebbe un decisivo punto di svolta anche avuto riguardo all'accennata controversa categoria dei diritti umani, la cui tutela posta al vaglio, e ancor prima, al sindacato di un Parlamento che davvero legiferi potrebbe realmente considerarsi piena ed effettiva: a tal proposito, infatti, si ritiene che, al di là di mere petizioni di principio di varia natura ed origine, nonché degli strumenti di protezione di matrice eventuale e successiva al riguardo offerti dalla Corte di Strasburgo, solo per il tramite del riconoscimento di una piena capacità legislativa, a sua volta figlia di una rigida separazione tra poteri, (anche) i c.d. diritti dell'uomo potrebbero finalmente godere di un grado assoluto in termini di riconoscimento e protezione.

Tuttavia, quanto appena auspicato si è ben consci come sia da relegarsi all'utopico compimento del processo d'integrazione federalista europeo, evento, quest'ultimo, le cui vane speranze di realizzazione continuano e continueranno ad infrangersi sulle comuni barricate al riguardo alzate dalla maggioranza degli Stati membri. Non può, infatti, negarsi come i principali oppositori ad una radicale rifondazione dell'attuale architettura ordinamentale dell'Unione europea nei termini suesposti, unica via al fine di reindirizzare anche in senso autenticamente sociale le politiche di Bruxelles, siano rappresentati proprio da quei soggetti che ne fanno parte, in sostanza restii a rinunciare definitivamente a quegli ultimi brandelli di discrezionalità, autonomia e competenze che la nascita degli Stati Uniti d'Europa ineluttabilmente provocherebbe. E proprio qui pare risiedere, a parere di chi scrive, una tra le principali contraddizioni, se non la più rilevante, relativa all'attuale assetto istituzionale dell'UE: l'impossibilità di individuare nei fatti in capo a quest'ultima il crisma della soggettività di diritto internazionale, e cioè i caratteri propri della piena capacità giuridica soggettiva tale da renderla realmente autonoma ed indipendente rispetto agli Stati alla stessa appartenenti. E ciò a dispetto dei vani e disperati tentativi in tal direzione esperiti dall'UE all'interno di una prospettiva essenzialmente autoreferenziale⁸.

In altre parole, e più precisamente, non può negarsi, infatti, come al di là dei roboanti e propagandistici proclami e dichiarazioni sistematicamente richiamanti il presunto unico ed unificante ente Unione europea, sotto la cui uniformante egida la stessa UE *in primis* ritiene finalmente racchiudere i recalcitranti Stati membri per il tramite delle proprie illuminate politiche, gli Stati, lontano da occhi indiscreti all'interno dei loro chiusi ed inaccessibili conclavi, continuano nei fatti a conservare ancora nelle proprie mani il potere di orientare governo e legislazione europei, ben consci del delitto di lesa maestà quotidianamente perpetrato nei confronti del delegittimato Parlamento europeo.

In conclusione, probabilmente dovrebbe ormai da più parti ammettersi che il tempo dell'Europa, per come è stato finora, si è concluso; e dunque agli Stati membri, innanzitutto, spetterebbe il compito di prendere atto della situazione di sostanziale stallo in cui

⁸ Estremamente significative al riguardo le problematiche derivanti dall'adesione dell'UE alla CEDU, così come sancito dall'art. 6 del TUE: ad esempio, come porre rimedio all'anomalia derivante dall'adesione in questione considerato che molti tra gli Stati membri dell'Unione europea hanno già aderito alla CEDU in forza della loro appartenenza al Consiglio d'Europa, proprio considerato, si ripete, che l'UE non può ancora considerarsi titolare di una reale posizione di autonomia ed indipendenza nei confronti dei suoi membri?

L'ordinamento europeo ristagna ormai da troppo tempo e decidersi ad intraprendere un'opera di pressoché totale ricostruzione dell'intera relativa struttura ordinamentale, in tal senso prendendo le mosse dalle fondamenta di cui alla medesima per poi gradualmente risalire fino a raggiungere una volta per tutte un rinnovato senso d'identità e appartenenza comune alle genti d'Europa. E solo per il tramite, quindi, della rigida, in quanto normativamente predeterminata, divisione tra i tre poteri e del non mero "riavvicinamento" o "coinvolgimento" dei c.d. cittadini europei, ma di una rappresentanza piena dei medesimi si ritiene plausibile un nuovo inizio, potenzialmente capace, tra l'altro, di rimodulare ruoli e priorità in chiave autenticamente umanistico-sociale, e, dunque, non più unicamente *market oriented*. Pare, in ultima analisi, giunta l'ora che gli Stati membri, vittime e carnefici del proprio destino, al di là delle innegabili difficoltà oggettive riguardanti il compimento del processo d'integrazione in questione (in primis, le differenze linguistiche), accettino la nascita di un soggetto politico-istituzionale realmente centralizzato e ad essi sovraordinato; l'alternativa sarebbe, al contrario, rappresentata dal nebbioso e caotico presente, capace solo di esprimere inconsistenti istituti quali la cittadinanza europea o di mascherare dietro bluff politici o meta economici di sorta (diritti umani e la fantomatica unità monetaria su tutti), l'unica (questa sì) ossessione dello sviluppo e rafforzamento dell'economia.

Bibliografia

- Bonelli E. (2010). Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nel diritto comunitario e nel diritto interno. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1: 33.
- Bruzzo G. (2011). *La tutela dei consumatori tra diritto antitrust e pratiche commerciali scorrette*. Relazione presentata al convegno *I principali sviluppi nel diritto della concorrenza comunitario e nazionale*, Sorrento, 20 maggio 2011. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.assonime.it/AssonimeWEB/servletAllegati?numero=3785> (31/12/2016).

Sanna D. (2016). *Risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza*. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.iurisprudentes.it/2016/05/18/risarcimento-del-danno-da-violazione-del-diritto-della-concorrenza/> (31/12/2016).