

Paternalismo giuridico e attività di tutela del consumatore

Definizione e ambiti d'applicazione

Nicolas Monese¹

Abstract. *Tramite l'adozione di alcuni concetti di filosofia morale, etica e politica, si indagherà riguardo la possibilità di ricondurre – e in che misura – l'attività di tutela del consumatore alla concezione del paternalismo giuridico.*

SOMMARIO 1. *Fondamenti del paternalismo giuridico.* 2. *Condizioni per un agire secondo la volontà autonoma.* 3. *Il consumatore: contraente debole, asimmetria informativa e coercizione dei bisogni.* 4. *Il paternalismo sui generis della tutela del consumatore.* 5. *Lo strumento della moral suasion: caso emblematico di paternalismo.* 6. *Conclusioni.*

1. *Fondamenti del paternalismo giuridico.*

Il termine *paternalismo* indica, in senso lato, l'atteggiamento assunto da una qualsiasi autorità nei confronti dei suoi sottoposti, per cui, a fronte del consenso di questi ultimi all'autorità stessa, essa garantisce, bonariamente, l'attuazione di un'azione volta al benessere generale. Storicamente, con la concezione etico-politica del paternalismo *giuridico*, si intende una precisa impostazione dell'attività di governo secondo la quale i provvedimenti sono affidati ad un potere sovrano di cui si presume capacità di comprensione maggiore e buona volontà orientate in buona fede al bene pubblico, per promuoverlo ed elevarlo. Il fulcro di tale teoria sta appunto nella *sollecitudine paterna* dei governanti, che riconoscono l'incapacità dei propri sottoposti nel perseguire i propri fini in modo autonomo, dunque assumono su di sé l'assolvimento complessivo dell'interesse generale. In questa forma, tipica del pensiero politico di XVIII-XIX secolo – che è ancora oggi riscontrabile in diverse declinazioni – i principi democratici vengono posti in secondo piano, a favore di un *compassionate conservatism*² che limita la libertà individuale per tutelare e promuovere il benessere.

¹ Laurea in *Filosofia* (2018) presso l'Università degli Studi di Trento. Studente del corso di Laurea magistrale di *Filosofia e linguaggi della modernità*, presso lo stesso ateneo.

² Jacob Weisberg, *The Bush Tragedy*, Random House, 2008, che riporta un discorso di Doug Weid intitolato *The Compassionate Conservative*, in occasione della Charity Awards Dinner 1979.

Giorgio Maniaci³ individua nel paternalismo giuridico quella dottrina che «sostiene che lo Stato abbia il potere di limitare la libertà dell'individuo, tramite la coazione, ad esempio la sanzione penale, per tutelare (ciò che si pretende sia) il bene dell'individuo medesimo, per impedire che egli cagioni un danno a se stesso, anche se non cagiona danni a terzi»⁴. Lo Stato, così come altri soggetti da esso autorizzati, è dunque autorizzato all'intervento coercitivo contrario alla volontà dell'individuo, nel momento in cui si ritiene che le sue scelte possano intaccare quelli che vengono ritenuti i suoi interessi, ovvero per evitare che egli possa rischiare di arrecarsi una qualsiasi forma di danno (fisico, economico, psichico, etc.).

La problematica che emerge immediatamente come centrale sta nella determinazione della misura in cui un individuo, le cui scelte siano da considerarsi *razionali e coerenti*, può disporre di proprio corpo, libertà e vita. Il percorso teorico di Maniaci lo porta ad affermare che il principale argomento a favore del rifiuto del paternalismo sta nel valore dell'*autonomia individuale*, rintracciando quattro condizioni che, se rispettate, garantiscono un sufficiente grado di autonomia del singolo per poter ritenere ingiustificata la coazione dello Stato: razionalità dei desideri, conoscenza dei fatti rilevanti, stabilità nel tempo dei desideri e sufficiente libertà da pressioni coercitive. Come si può notare, si tratta di concetti che ritorneranno, *mutatis mutandis*, nel discorso relativo alla considerazione del consumatore come contraente debole.

La concezione anti-paternalista intende tutelare come valore centrale il potere di autodeterminarsi dell'essere umano, cioè la libertà fondamentale di decidere consapevolmente quali azioni compiere e quali evitare, in altri termini la decisione riguardo il proprio destino, per impostare un'esistenza che corrisponda il più possibile ai propri ideali. La questione è allora se, in effetti, gli individui possano essere liberi in questo senso, se cioè, in ultima analisi, si possa dimostrare che le nostre azioni non siano interamente determinate da fattori fuori dal nostro controllo. In ambito filosofico⁵, pensatori come Locke, Voltaire e Hume, hanno voluto dimostrare che libertà e *determinismo* non sono compatibili: il concetto di libertà corrisponde alla possibilità di agire senza impedimenti, costrizioni o influssi di sorta (siano essi psicologici, fisici o, appunto, politici), cioè che le azioni *discendano interamente dalla volontà*. Quando le quattro condizioni individuate da Maniaci non sono rispettate, e il paternalismo giustificato, si ha appunto una situazione in cui la volontà non è in grado di autodeterminarsi.

³ Giorgio Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Analisi e diritto. Serie teorica* 06/2020, Giappichelli Editore, Torino 2012. Il testo di Maniaci sarà il principale punto di riferimento per la trattazione del tema del paternalismo giuridico.

⁴ *Ivi.*, p. XI.

⁵ Cfr. Maurizio Ferraris. *Libertà. Quando si è davvero liberi?*, La biblioteca di Repubblica, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma 2012, pp. 17-47.

2. Condizioni per un agire secondo la volontà autonoma.

Di particolare rilevanza è la componente *razionale* del libero agire. Essa può essere deficitaria in modo permanente o temporaneo, a causa di gravi problematiche che vanno dagli impedimenti psicopatologici agli handicap mentali irreversibili; ma anche, e questo è l'ambito di nostro interesse, per via di credenze false, contraddizioni, analisi assente, incoerenza nel giudizio di valore. Ciò mette in dubbio la capacità del soggetto di intendere e volere razionalmente nel determinare il proprio agire e dunque giustificerebbe l'interferenza equilibratrice dello Stato. Come scrive infatti Maniaci: «una preferenza che non sia espressa in condizioni di razionalità può essere effettivamente molto differente dalle preferenze reali o autentiche dell'agente»⁶.

Anche qualora si avesse a che fare con un individuo pienamente dotato di raziocinio, la volontà alla base del suo autodeterminarsi potrebbe comunque essere influenzata negativamente da diverse forme di *coercizione* esterna (sia fisiche che psicologiche), cioè l'agire potrebbe essere frutto di *violenza epistemica*⁷. In una modalità particolare, la coercizione può sussistere anche nella disparità della relazione tra i desideri che il soggetto tenta di soddisfare e la limitatezza – causata da forze esterne – delle opzioni a disposizione. Ritroviamo una tale situazione nel caso di un consumatore che si preoccupa di soddisfare il proprio bisogno ricorrendo all'analisi dell'offerta di beni/servizi a sua disposizione: l'entità di quest'ultima, nonché le modalità di presentazione (quali la pubblicità), sono elementi in una certa misura coattivi l'autonomia dell'individuo.

Al riguardo, uno spunto di riflessione è offerto dalla nozione di autonomia nella concezione liberal-egualitaria di John Rawls⁸. Per il filosofo morale statunitense, una persona è guidata da una *razionalità strategico-strumentale* quando segue la cosiddetta *regola del maximin*: in una situazione d'incertezza dagli esiti sconosciuti, il soggetto finisce per scegliere l'opzione che per lo meno assicura il conseguimento degli esiti migliori tra i peggiori possibili. Gli individui coinvolti partono sì da una ipotetica “posizione originaria di eguaglianza” – caratterizzata appunto da razionalità e libera volontà –, ma essa è irrimediabilmente segnata anche da un *velo d'ignoranza*, per il quale ciascuno dei contraenti non dispone di informazioni particolari relative alla situazione specifica ma unicamente di conoscenze generali relative alla generalità dei propri fini e dei mezzi per raggiungerli. Trasponendo tale discorso dall'ambito politico-sociale a quello del consumatore, la debolezza di quest'ultimo si configura come coscienza più o meno corretta dei propri bisogni, a cui però corrisponde una mai completa informazione sull'offerta commerciale, che mina alle fondamenta la ragionevolezza e razionalità delle scelte. Infatti, anche se il soggetto è sufficientemente razionale, potrebbe comunque non essere a conoscenza di fatti rilevanti che lo renderebbero *competente* nella scelta.

⁶ Giorgio Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, cit., p. 94.

⁷ Cfr. *ivi*, p. 82.

⁸ Cfr. Virginio Marzocchi, *Filosofia politica. Storia, concetti, contesti*, Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 350-357. Il discorso di Rawls è rivolto a questioni di carattere eminentemente filosofico-politico tra cui contrattualismo, stato di natura e la giustificazione dei suoi due principi di giustizia fondanti la società. Può essere però utile applicarlo, con le dovute cautele, anche all'ambito più ristretto del soggetto-consumatore e le sue dinamiche di scelta.

A complicare il quadro sta la modalità stessa con cui i desideri vengono formati e individuati: essi possono essere instabili e incerti, possono mutare molto rapidamente in base alle circostanze o alle pressioni/opinioni di terzi. La problematica dell'autodeterminazione si espande allora su livelli successivi: prima di tutto la *capacità* di individuare i mezzi adatti a soddisfare i bisogni, preceduta dalla *competenza cognitiva/emotiva* di autocoscienza di essi; il tutto però è subordinato alla *genesì* stessa dei desideri, il momento più insidioso in cui può insinuarsi il condizionamento esterno. Ritornando al nostro parallelismo; l'ignoranza del consumatore riguardo i) la modalità migliore di soddisfare il proprio bisogno e ii) il rintracciare informazioni sufficienti su tali modalità, diviene una problematica secondaria qualora il bisogno stesso sia indotto artificialmente, per esempio tramite pubblicità occulta/ingannevole.

Viste le condizioni necessarie e sufficienti per accettare l'intervento paternalistico dell'autorità, occorre ora approfondire quelle caratteristiche del consumatore che lo rendono un contraente debole in uno status di asimmetria informativa, problematiche che effettivamente presuppongono il non avverarsi di razionalità e volontà nella scelta e instabilità dei bisogni. Per poi comprendere in che modo il principio del paternalismo giuridico sia applicabile all'azione di tutela nella sua forma attuale.

3. *Il consumatore: contraente debole, asimmetria informativa e coercizione dei bisogni.*

Le superate concezioni dell'economia neoclassica e della visione liberale ottocentesca prevedevano per i rapporti di tipo privato massima libertà dalla regolamentazione del legislatore. Si tratta però di una concezione che astrae dalle autentiche dinamiche di confronto economico tra diversi contraenti, in quanto è chiaro che in esse si registra disparità a favore delle parti aventi maggiore forza contrattuale. In particolare, è il consumatore, privo delle fondamentali competenze per ottenere condizioni per lui ottimali, a configurarsi come *contraente debole*, la cui inesperienza è frutto di una doppia *asimmetria*: informativa ed economica.

Tale visione della teoria economica pare adottare gli stessi presupposti delle prospettive anti-paternalistiche, a giustificare quindi la massima libertà nei rapporti contrattuali privati. Infatti, come osservano Alberto Cavaliere e Francesco Silva: «è una teoria che disegna un modello di consumatore assai semplicistico: è un soggetto assolutamente razionale, dotato di perfetta conoscenza dei beni che acquista e dei prezzi di mercato, dotato di un criterio di scelta, l'utilità, che non muta nel tempo e non è soggetto a influenze esterne. È un personaggio così perfetto che è capace di garantirsi il massimo vantaggio possibile, compatibilmente con le risorse di cui dispone, ricorrendo alle proprie esclusive capacità di scelta»⁹.

⁹ Alberto Cavaliere, Francesco Silva, *I diritti del consumatore e l'efficienza economica in una società democratica evoluta*, in *La tutela del consumatore tra mercato e regolamentazione*, a cura di Francesco

Tali righe offrono una descrizione del consumatore che corrisponde esattamente a quel modello di individuo operante scelte in accordo alla propria volontà autodeterminante. Sempre razionale, al massimo informato, stabile nei desideri e non soggetto a influssi; il consumatore dell'economia neoclassica è il prototipo di essere umano che non ha bisogno dell'intromissione dello Stato o dell'autorità nei suoi affari, che sempre si concludono a suo vantaggio. La possibilità di procurarsi un danno non viene contemplata – o, per lo meno, non giustificata, considerando come vigente la situazione originaria di eguaglianza – dunque perde di valore qualsiasi ipotesi di tutela. Inoltre, ciò ha delle implicazioni anche sul mercato in senso generale, dato che esso soddisfa ogni singolo bisogno individuale e dunque genera benessere collettivo.

Essenzialmente, ciò che giustifica il modello di consumatore onnisciente e autosufficiente è il postulato che egli sia in possesso di tutte le informazioni necessarie affinché non sussistano asimmetrie rispetto le parti che propongono un'offerta in risposta alla sua domanda. Negata tale possibilità – ed è ciò che ammettono le più recenti teorie – è allora necessario ipotizzare piuttosto uno status di debolezza, che si è dimostrato riflettersi sia nell'interpretazione dei prezzi che nel riconoscimento della qualità dei beni¹⁰. Il mercato delle informazioni può essere manchevole sia perché il consumatore stesso non è in grado di accedervi e comprenderle, sia anche perché esse non vengono in primo luogo prodotte e generate. Il consumatore, allora, non è completamente razionale e, nella sua inesperienza e incapacità per mancanza di strumenti, necessita dunque di essere protetto e tutelato dalla possibilità di danno economico (nonché anche fisico e psichico). Ciò ha, chiaramente, anche delle ricadute sul sistema generale, in quanto l'inefficienza negli scambi lede anche le imprese e distorce il mercato concorrenziale¹¹.

La pubblicità rappresenta uno degli strumenti più immediati per il consumatore per supplire alla carenza di informazioni, rendendogli più semplice raccogliere notizie su disponibilità, caratteristiche e prezzi dei prodotti che dovrebbero soddisfare la propria domanda. Potrebbe dunque essere qualificata come utile tassello nel processo di costituzione del consumatore come agente razionale, in grado di autodeterminarsi secondo una volontà propria; se non fosse per la presenza di alcuni elementi negativi che invece a loro volta contribuiscono a minacciarne l'autonomia di scelta.

Soprattutto per quanto riguarda la condizione della stabilità dei desideri, la teoria dell'informazione ipotizza che le *preferenze* dei consumatori non siano necessariamente un sistema rigido e immutabile. Per citare Marco Gambaro: «Non sempre insomma il consumatore si presenta sul mercato sapendo esattamente cosa vuole»¹². Infatti, la pubblicità, oltre che informativa, può anche essere utilizzata allo scopo di *persuadere* verso l'acquisto di determinati beni a determinati prezzi, per soddisfare dei bisogni che non sono propri del consumatore ma artificiali. In modo del tutto ingannevole, l'informazione pubblicitaria così prodotta esercita *coercizione*, presentando il prodotto

Silva, Fondazione Adriano Olivetti, Roma 1996, pp. 9-51, qui p. 26. Per quanto riguarda la caratteristiche del consumatore come contraente debole si fa riferimento principalmente a questo testo, oltre che a Marco Gambaro, *I consumatori e la pubblicità*, cit., pp. 109-132.

¹⁰ Si veda *ivi.*, pp. 27-28.

¹¹ Cfr. *ivi.*, pp. 29-30.

¹² Marco Gambaro, *I consumatori e la pubblicità*, cit., p. 111. Corsivo nostro.

in maniera fuorviante, collegandovi precise emozioni e suggestioni. Generando, insomma, un'offerta non corrispondente all'interesse del consumatore ma che presto lo sostituisce, costringendo ad agire per bisogni prima assenti, orientando così la scelta.

Il quadro che va qui delineandosi è quindi il medesimo che, per la dottrina, giustificherebbe l'intervento paternalista: il consumatore, come contraente debole, si trova in una condizione perenne di mai integrale autonoma scelta, sia per fallace razionalità (deficit informativo) che per coercizione esterna in molteplici modalità (disparità economica e possibile limitatezza nella scelta, induzione di bisogni). Per riprendere la concezione di Rawls, il consumatore è affetto da un multiforme *velo d'ignoranza* che ne intacca la razionalità strategico-strumentale e non lo pone nella condizione di esercitare la propria volontà autentica. Pertanto, il suo agire nell'ambito dell'offerta commerciale può essere cagionevole di danno, non solo per se stesso ma anche per l'intero sistema del mercato. L'autorità – in questo caso lo Stato e gli organismi di autodisciplina – è dunque costretta ad intervenire appositamente per garantire il benessere individuale e della comunità.

Come ora si vedrà, nel caso della tutela del consumatore, a differenziarsi dall'azione paternalista in senso classico sono *modalità* e *destinatari* di tale intervento.

4. *Il paternalismo sui generis della tutela del consumatore.*

Nelle contemporanee dinamiche di mercato, lo Stato-legislatore interviene nel momento in cui l'autoregolamentazione degli scambi si rivela fonte di abuso sul soggetto ritenuto più debole, per tutelarlo tramite l'introduzione di leggi ad hoc per il settore.

Questa azione legislativa è paragonabile al paternalismo sopra descritto prima di tutto perché ne condivide il *fine*: «La protezione dei consumatori viene definita da Lane come “La prevenzione di danni fisici o finanziari a favore dell'acquirente di beni o servizi per uso personale o familiare”. Questa definizione basta da sola a sottolineare i due motivi fondamentali per cui si sono sviluppate attività di tutela dei consumatori. Il primo è legato alla necessità di evitare danni alla salute dei cittadini e di garantire la loro sicurezza anche come consumatori di prodotti ed utenti di servizi. Il secondo concerne invece la più ampia sfera dei danni economici che il consumatore può subire e che si concretizzano sovente in perdite effettive (il danno finanziario). [...] Il fatto che la protezione dei consumatori sia demandata parzialmente o totalmente allo Stato riflette a sua volta *le caratteristiche di bene pubblico insite nelle prestazioni di tutela*. Tuttavia l'offerta di questo bene pubblico è tradizionalmente avvenuta con maggior considerazione per gli aspetti perequativi delle politiche dei consumatori che sono nate con l'intento di proteggere la parte “debole” dello scambio e si sono poi sviluppate anche

con l'intento di costituire un potere "alternativo" a quello dell'altra parte: l'impresa commerciale o industriale»¹³.

Lo Stato agisce per colmare le inefficienze che il mercato non riesce a superare autonomamente, ma per farlo, per lo meno nel caso della tutela del consumatore, si inserisce negli scambi privati come potere alternativo alla componente più avvantaggiata: allo scopo di preservarne il funzionamento, agisce da un lato proteggendo e dall'altro imponendo la propria autorità. Il benessere generale dunque, in chiave paternalistica, viene così mantenuto partendo dal presupposto che le parti in causa, lasciate in piena libertà, non sarebbero in grado di preservarlo in autonomia: danni per i consumatori; concorrenza sleale, pratiche commerciali non conformi, etc., che arrecano svantaggi agli altri concorrenti.

In tal senso, è interessante notare che, se il consumatore è sì un contraente debole, non è invece sempre vero l'opposto, cioè che ogni contraente debole sia necessariamente un consumatore. Se l'obiettivo è preservare l'integrità del mercato dall'azione fallace dei suoi operatori, non in grado di autoregolarsi e autodeterminarsi, va da sé che, in diversa misura, qualsiasi agente possa essere considerato debole (in senso lato), quindi oggetto di tutela dall'arrecare (o arrecarsi indirettamente) un danno. Consumatori ed imprese, nell'immediato, hanno obiettivi specifici e differenti, ma nel complesso si ha una convergenza d'interessi, cioè il funzionamento corretto del sistema economico in generale. La normativa, non a caso, prende in considerazione diverse figure. Per esempio:

a) *Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145*¹⁴

Recepisce e attua l'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE in materia di pubblicità ingannevole. La finalità, come si legge appunto nell'art. 1, è di «tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali».

b) *Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206*¹⁵

Introduce il *Codice del consumo*, che, recita l'art. 1, ha la finalità di armonizzare e riordinare l'intervento normativo nell'ambito di acquisto e consumo, per «assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti». Ciò avviene, nell'art. 2, riconoscendo una serie di diritti fondamentali del consumatore, tra cui spiccano «a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; [...] g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

A questo punto possediamo gli strumenti per considerare se la definizione di paternalismo giuridico offerta da Maniaci è applicabile – e in che misura – a tale ambito. La ripetiamo: «lo Stato abbia il potere di limitare la libertà dell'individuo, tramite la coazione, ad esempio la sanzione penale, per tutelare (ciò che si pretende sia) il bene dell'individuo medesimo, per impedire che egli cagioni un danno a se stesso, anche se non cagiona danni a terzi».

¹³ Alberto Cavaliere, Francesco Silva, *I diritti del consumatore e l'efficienza economica in una società democratica evoluta*, cit., pp. 36-37.

¹⁴ Testo integrale: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/07145dl.htm>

¹⁵ Testo integrale: <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/05206dl.htm>

Prima di tutto, si osserva che l'azione coattiva da parte dello Stato è prevista da entrambi i decreti legislativi, nella possibilità di *sanzioni*. Rispettivamente, abbiamo l'art. 8, "Tutela amministrativa e giurisdizionale", e l'art. 12, "Sanzioni".

Più problematica è invece l'adozione del resto della definizione. Proprio in tal senso si può notare quanto il paternalismo della tutela del consumatore sia da considerarsi *sui generis*: per quanto riguarda il «limitare la libertà dell'individuo», cioè è vero solo in parte. Nell'accezione generica di paternalismo, la concezione qui presa in considerazione è appunto quella di libertà come esercizio di volontà autodeterminata e autodeterminantesi, solitamente nell'ambito di libere decisioni riguardanti l'esistenza del soggetto, che vengono limitate nella convinzione che possano arrecare danno alla sua salute: si pensi per esempio – caso limite – al dibattito relativo all'eutanasia. Risulta difficile il paragone con la situazione del consumatore perché, anche se effettivamente può venire coinvolta la necessità di proteggere la salute, in questo caso non si va a limitare effettivamente la libertà di un individuo di accedere ad un determinato servizio o acquistare un determinato prodotto. Piuttosto, l'intervento è rivolto a chi il prodotto l'ha offerto. Si tratta inoltre di due ordini di "magnitudine" differente di libertà: se nel caso della scelta riguardo il proprio destino individuale abbiamo a che fare in senso stretto con la questione del *libero arbitrio*; il consumatore ha invece a che fare con l'ambito della quotidiana *necessità*.

Per ricapitolare: in questo aspetto, la tutela del consumatore non è precisamente paternalistica, perché i) non si ha a che fare con libertà in senso assoluto del termine, ii) tale "libertà" non viene dall'autorità letteralmente repressa. Nonostante ciò, rimane il medesimo obiettivo, cioè preservare il bene dell'individuo, impendendo che «cagioni un danno a se stesso, anche se non cagiona danni a terzi». Eppure, la figura del consumatore come contraente debole riflette tutti e quattro i criteri stabiliti da Maniaci – razionalità dei desideri, conoscenza dei fatti rilevanti, stabilità nel tempo dei desideri e sufficiente libertà da pressioni coercitive – per giustificare un intervento paternalistico da parte dello Stato. La legislazione rivolta al consumatore è quindi paternalistica nella *ratio*, ma non nelle modalità di *applicazione*: l'obiettivo è evitare scelte/azioni che conducano ad un danno, ma piuttosto che limitare la libertà dell'agente, si interviene a monte, cioè verso chi, per via di un operare scorretto, mette il consumatore nella *condizione* di potersi arrecare danno.

Tale apparente contraddizione è spiegabile spostando il focus dell'analisi: il paragone tra azione di tutela e paternalismo giuridico è assai più cogente se si prende come oggetto della normativa l'altro protagonista degli scambi privati, cioè l'impresa/industria/operatore in generale. In questo caso, l'azione di limitazione della libertà è più concreta e pertinente, perché ad essere impedito con la minaccia di sanzioni è appunto un determinato comportamento. Anche in questo ambito però la corrispondenza non è biunivoca, perché, come dimostrano innumerevoli indagini empiriche, intervenire per vietare un comportamento danneggiante il consumatore e recante vantaggio all'operatore – sul breve periodo – garantisce anche un più generale effetto positivo sull'intero mercato – sul lungo periodo. Non bisogna infatti dimenticare che l'azione di tutela è in parte svolta nella modalità di *autodisciplina*, che sposta l'azione autoritaria-paternalistica all'interno dello stesso settore che andrebbe da essa regolato – particolari-

tà che rende ancora più complessa l'adozione della definizione di paternalismo giuridico.

Da un lato dunque – il consumatore – il paternalismo è incompleto perché si interviene sì per evitare il danno a se stessi, ma non *direttamente* sul soggetto tutelato con limitazione di libertà sostanziale; dall'altro – l'impresa – è comunque un'azione incompleta, perché l'intervento coercitivo è attuato per impedire danni a terzi, anche se nell'ottica di un possibile più ampio e duraturo danno a se stessi. La conclusione che se ne può trarre è che la definizione di paternalismo giuridico è applicabile al sistema della tutela del consumatore solo se lo si considera come un *unicum* che al proprio interno si differenzia per modalità di azione e destinatari, mantenendo però una medesima finalità: tutelare il consumatore da un possibile danno, senza però intaccarne la sua particolare libera volontà di autodeterminazione¹⁶.

In tal senso lo definiamo un paternalismo *sui generis*, che, come ora vedremo, possiede uno strumento del tutto particolare per imitare i sovrani del XIX secolo nella loro *sollecitudine paterna*: la *moral suasion*.

5. *Lo strumento della moral suasion: caso emblematico di paternalismo.*

Con *moral suasion* si intende una forma di potere *intrinseco* derivato dal fatto stesso che un'autorità viene riconosciuta come tale dai soggetti sottoposti alle sue funzioni di controllo/vigilanza, esercitate secondo un fondamento giuridico. Si tratta di un intervento essenzialmente *persuasivo*, più che punitivo, che ha effetto non tanto perché in forza di una precisa regolamentazione da attuare, ma facendo leva sulla convinzione che adottare un certo comportamento rappresenti l'opzione *moralmente* più corretta. Nel nostro caso specifico, l'Autorità garante, godendo di un ruolo autorevole e come tale riconosciuto, sfrutta lo status che ne deriva per invitare, nel caso di un comportamento scorretto, ad una soluzione che tuteli i consumatori senza dover necessariamente avviare un procedimento con possibilità di sanzione.

Tale esercizio di autorità persuasiva rappresenta un elemento emblematico di attività paternalistica, che in qualche modo riesce a risolvere alcune delle problematiche teoriche relative all'idea tradizionale di paternalismo giuridico, anestetizzando anche

¹⁶ Che è propriamente da considerare di "second'ordine" rispetto alla categoria di libero arbitrio. La libera scelta nell'offerta commerciale rappresenta certamente un elemento di autodeterminazione per l'individuo, ma, come già detto, riconducibile alle necessità dell'esistenza, piuttosto che al suo indirizzarsi verso determinati ideali-guida. In altri termini: sebbene il consumo e le scelte ad esso connesse rientrano a pieno titolo nella miriade di decisioni che costituiscono, in maggiore o minore misura, il continuo modellamento della nostra vita secondo uno sforzo di volontà autodeterminantesi; da un punto di vista di analisi teoretica-filosofica esse non sono accomunabili ad altre problematiche di più consistente impatto etico-morale. Questioni che sono appunto il focus primario degli studiosi/pensatori che si occupano di accettare, giustificare o rifiutare dottrine come quella del paternalismo giuridico: da ciò derivano appunto le difficoltà che abbiamo incontrato nell'applicarla all'ambito del consumo, con il rischio di incorrere in controsensi e anomalie teoriche.

l'argomento fondante la critica anti-paternalistica: *persuadendo*, e non imponendo, la *moral suasion* evita qualsiasi possibilità di intaccare l'autodeterminazione individuale, pur preservando l'azione di tutela.

Si tratta, inoltre, di uno strumento massimamente efficace per la sua *dinamicità*. Prima di tutto, da un punto di vista giurisdizionale, perché garantisce *rapidità d'intervento*. Infatti, il giudice ordinario che interviene in base alla norme del Codice civile e penale, così come le Autorità che seguono codici di autodisciplina, per gli interventi processuali impiegano tempi più o meno lunghi ma spesso ledenti l'efficacia dell'intervento stesso¹⁷.

Ma ciò ha anche valenza dal punto di vista *etico-morale*, e lo si registra soprattutto nell'ambito pubblicitario. Infatti, e citiamo nuovamente Gambaro: «Un ultimo elemento di analisi dei contenuti pubblicitari è costituito dalla dimensione etica del messaggio pubblicitario. Talvolta, anche se i contenuti pubblicitari da tutti gli altri punti di vista sono corretti, l'uso di certi registri informativi può essere inaccettabile per talune categorie di cittadini. Si tratta naturalmente di un terreno delicato dove si scontrano esigenze legittime, ma per alcuni versi contrapposte. Da un lato c'è la libertà di espressione, un bene considerato di base nella nostra società. Dall'altro ci sono la sensibilità, le credenze, talvolta le religioni o i miti di categorie di cittadini per i quali alcune zone informative assumono un carattere inviolabile»¹⁸.

Il discorso che qui si apre è articolato e complesso, e caratterizza da secoli il dibattito filosofico, cioè *se i valori morali siano relativi o assoluti*¹⁹. Soprattutto nel mondo contemporaneo – essenzialmente postmoderno – l'umore e le interpretazioni oscillano polarmente tra il radicale relativismo e un altrettanto estremo anti-relativismo, anche se non mancano posizioni pluraliste. Si tratta di tre concezioni riassumibili in:

- i. *relativismo*: non è possibile sostenere un determinato sistema etico in quanto ciascuno di essi è legittimato unicamente dal particolare codice morale proprio di una data società/cultura;
- ii. *assolutismo*: esiste un solo sistema di valori legittimo verso il quale far convergere le diversità;
- iii. *pluralismo*: la legittimità di un determinato sistema di valori non implica necessariamente la non validità di soluzioni etiche alternative.

Ad oggi, la posizione del relativismo sembra essere intuitivamente l'unica teoria etica praticabile, ma ha dei difetti che si riscontrano in entrambe le sue forme: relativismo *soggettivistico*, cioè la validità del giudizio morale dipende dalle preferenze, interessi e credenze del singolo soggetto; relativismo *convenzionalistico*, per il quale i principi e norme morali sono da ricondurre alle forme storico-sociali in cui si sviluppano in relazione a cultura, religione e costumi particolari. Cruciale però è il fatto che tutto ciò non si accorda con l'esigenza fondamentale dell'etica, cioè individuare giudizi morali dal carattere *universale*: il relativismo, in sostanza, nega che comportamenti analoghi in

¹⁷ Si veda al riguardo Marco Gambaro, *I consumatori e la pubblicità*, cit., pp. 120-129.

¹⁸ *Ivi.*, p. 118.

¹⁹ Cfr. Maurizio Ferraris, *Morale. C'è un solo modo giusto di vivere?*, La biblioteca di Repubblica, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma 2012, pp. 7-14, pp. 17-32.

situazioni simili debbano essere sottoposti allo stesso metro di giudizio, mentre dovrebbero dipendere dalla peculiarità del contesto.

Allo stesso modo, sono difficilmente accettabili anche le altre due posizioni. L'assolutismo, assumendo la validità oggettiva e intrinseca dei propri valori morali, nega la legittimità di sistemi etico-culturali differenti, sfociando nel fanatismo. Il pluralismo, nel dover conciliare le diverse ottiche, presuppone un inevitabile conflitto nella convivenza tra la necessità di sostenere il proprio sistema etico e la tolleranza nei confronti degli altri.

Il filosofo Maurizio Ferraris indica una possibile soluzione nell'individuazione di «una “*etica minima*” all'interno di un più ampio e specifico sistema di valori. L'etica minima comprenderà quell'*insieme di principi e regole che costituiscono la condizione necessaria perché vi sia stabilità, equità e rispetto dei diritti inviolabili delle persone che fanno parte di una qualsiasi comunità. Come tali dovranno necessariamente essere comuni a qualsiasi sistema morale* che voglia garantire la convivenza umana [...] La restante parte del sistema morale, quella parte che ha a che fare con i modelli e gli ideali che ciascuno può assumere relativamente allo stile di vita da preferire o addirittura da privilegiare ritenendolo perfetto, può invece essere il più vario»²⁰.

Ciò si riflette concretamente, appunto, nelle dinamiche che caratterizzano ambiti più ristretti e specifici dell'esistenza quotidiana, come quello di contenuto e forma pubblicitaria, i cui *limiti d'offesa* sono dunque «variabili a seconda dell'abitudine alla decontestualizzazione, del grado di integralismo di una società, dell'abitudine alla diversità, del grado di tolleranza di una cultura. L'accettabilità sociale dei linguaggi è inoltre variabile nel tempo come l'evoluzione della sensibilità [...]»²¹. A rispondere in maniera ottimale alle mutevoli esigenze dell'*etica pubblica* è appunto la *moral suasion*, che non condivide la staticità della legislazione ordinaria ma piuttosto riesce a intervenire tempestivamente adattandosi alle nuove coordinate morali della società.

Il parallelismo con la prospettiva dell'etica minima sta appunto nel rapporto tra *moral suasion* e legge dello Stato. Ritornando a citare il decreto legislativo 145/07, esso può essere considerato come il quadro generale in cui vengono fissati i pilastri fondamentali che stabiliscono i criteri di giudizio secondo i quali una pubblicità può essere considerata lecita o meno. Nell'art. 14, “Condizioni di liceità della pubblicità comparativa”, si afferma, per esempio, che è accettabile quando «*b*) confronta beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi», oppure «*d*) non genera confusione sul mercato tra i professionisti o tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi». Allo stesso modo, l'art. 15 stabilisce i criteri per la *trasparenza*. Tale “etica minima pubblicitaria”, stabilita dal legislatore come sempre valida – a meno che non venga modificata la legge stessa – implica però la necessità di un'azione più puntuale, che giudichi i comportamenti – invece mutevoli nel tempo – interpretandoli alla luce del quadro di riferimento ma tenendo presente il contesto e la sua evoluzione. Un dinamismo che è appunto tipico della *moral suasion*, che si muove nel relativismo dei casi concreti, determinandone la “moralità” in base ai principi cardine.

²⁰ *Ivi.*, p. 27. Corsivi nostri.

²¹ Marco Gambaro, *I consumatori e la pubblicità*, cit., p. 119.

Per sintetizzare, riprendiamo una parte della citazione di Gambaro: «Talvolta, anche se i contenuti pubblicitari da tutti gli altri punti di vista sono corretti [l'etica minima stabilita dal d.lgs.], l'uso di certi registri informativi può essere inaccettabile per talune categorie di cittadini [dunque la necessità di un'azione interpretante]».

Per esempio, come riportato nella *Relazione annuale sull'attività svolta* da parte dell'AGCM²², nel 2018 l'Autorità è intervenuta con successo ben 63 volte tramite strumento di persuasione, un'azione in parte anche volta a contrastare il fenomeno nuovo dell'*influencer marketing* sui social media, soprattutto – considerato che questa precisa attività ha avuto inizio solo nel 2017 – allo scopo di «definire principi validi nei confronti di tutti gli operatori del settore». Specificamente, si legge nel report, «nelle lettere di moral suasion indirizzate agli influencer e ai titolari dei marchi utilizzati dagli stessi è stato ricordato che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile in quanto tale ed è stato, quindi, evidenziato che il divieto di pubblicità occulta ha portata generale e deve, dunque, essere applicato anche alle comunicazioni diffuse tramite i social network [...] L'intervento dell'Autorità ha avuto un esito in larga parte soddisfacente, in quanto gli influencer hanno recepito le indicazioni ricevute, facendo un uso più intenso di avvertenze circa la presenza di contenuti pubblicitari [...]».

Tramite un'azione non punitiva ma persuasiva, essenzialmente paternalistica, l'Autorità è così riuscita a delineare un *modus operandi* per un settore inedito e fluido, avendo però presente il quadro legislativo di riferimento – l'etica minima, *mutatis mutandis*. Ciò non sarebbe stato possibile – per lo meno con altrettanta efficienza – affidandosi unicamente all'azione legislativa o ai processi della giustizia ordinaria; così come anche a quelli specifici dell'autodisciplina, più celeri ma non allo stesso modo incisivi in situazioni come questa. Pur senza ricorrere all'accezione dura e pura del paternalismo, che ottiene i suoi effetti tramite (la minaccia del)la sanzione disciplinare, la *moral suasion* è riuscita a diramare (nuove) questioni di pubblica moralità, rispondendo dinamicamente alla sua mutevolezza nel tempo.

Si conferma così uno strumento efficace a rispondere alle esigenze dei consumatori prima di tutto in base a principi e valori saldi stabiliti per legge e di validità durevole nel tempo, ma articolandoli in base all'aleatorietà dei fenomeni sociali e ai loro effetti concreti e immediati sull'etica/morale comune.

6. Conclusioni.

Il consumatore, definitivo dalle moderne teorie economiche come contraente debole, manifesta una serie di caratteristiche che lo pongono in una situazione di inferiorità congenita nelle dinamiche di scambio, che, se fossero lasciate alla mera autoregolamentazione, implicherebbero l'impossibilità di un totale soddisfacimento di bisogni e desideri, nonché ripetuti danni economici.

²² Capitolo III, p. 195, pp. 199-201, pp. 232-233.

Lo Stato, dunque, si trova nella posizione di dover regolare tali dinamiche. Il contemporaneo sistema di tutela del consumatore riesce ad attuare il proprio intervento benefico – per il singolo, per il sistema di mercato e per la comunità in generale – correggendo i difetti centrali del paternalismo giuridico inteso come dottrina etico-politica. Ciò avviene tramite un’azione di protezione dal danno (economico, in minor misura fisico e psichico) che non intacca però la libera autodeterminazione della volontà individuale, perché opera direttamente sulla fonte del possibile svantaggio che il consumatore può arrecarsi.

Tale intervento, se non nella modalità e nei destinatari, rimane però, oltre che per finalità, di *natura* paternalista, come dimostra lo strumento emblematico della *moral suasion*, che garantisce l’applicazione di un sistema stabile di valori di correttezza nella mutevolezza delle situazioni concrete, manifestazione queste ultime di una realtà comunitaria – tipica del mondo postmoderno – la cui auto-consapevolezza etica è in perenne processo di rideterminazione.