

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE**

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA**

**DIRITTO DELL'ECONOMIA - XVIII CICLO**

***“EFFETTI PRIVATISTICI DELLA ATTIVITA’***

***DELLE AUTORITA’ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI”***

**Coordinatore: Prof. Nicola Corbo**

**Tutor: Prof. Stefano D’Andrea**

**Dottoranda: Valeria Bucalo**

## **INDICE**

### CAPITOLO I

#### LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. CENNI

- |                                                             |        |
|-------------------------------------------------------------|--------|
| 1. Cenni introduttivi                                       | pag. 1 |
| 2. Classificazioni delle Autorità e delle relative funzioni | pag. 4 |

\* \* \*

## **PARTE I: LE AUTORITA' DI REGOLAZIONE**

### CAPITOLO II

#### AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA ED IL GAS

##### *Titolo I: Funzione regolativa*

- |                                                                                                                                                                                                                                       |         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 1) le "direttive sull'erogazione dei servizi" nel mercato vincolato ( <i>art. 2, comma 12, lett. h e comma 37, L. 481/95</i> ) ed il potere di "determinazione negoziale" nel mercato libero ( <i>art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99</i> ) | pag. 8  |
| 2) le fonti eteronome dell'Autorità e gli effetti sul contratto                                                                                                                                                                       | pag. 17 |
| 3) il cd. indennizzo automatico e risarcimento del danno ( <i>art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95</i> )                                                                                                                              | pag. 29 |

##### *Titolo II: Funzione giustiziale*

- |                                                                                                                                                                                                                                                          |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 4) interventi sulle modalità di erogazione dei servizi: i poteri di "modifica" e di "revisione" del regolamento di servizio ( <i>art. 2, comma 12, lett. m, L. 481/95</i> ) ed i provvedimenti cautelari ( <i>art. 2, comma 20, lett. e, L. 481/95</i> ) | pag. 37 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|

### CAPITOLO III

#### AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

##### *Titolo I: La qualità dei servizi*

- 1) le “direttive” sui livelli di qualità di servizio (*art. 1, comma 6, lett. b, n. 2, L. 249/97*) pag. 42

##### *Titolo II: il settore radiotelevisivo*

- 2) posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni: atti di pubblico richiamo e provvedimenti inibitori (*art. 43 T.U. radiotelevisivo e Regolamento n. 646/06/CONS*) pag. 55

##### *Titolo III: il settore della comunicazione politica*

- 3) l'adozione di Codici di autoregolamentazione (*art. 11 quater L. 28/2000, introdotto dalla L. 313/2003*) pag. 65

### CAPITOLO IV

#### ISTITUTO DI VIGILANZA SULLE ASSICURAZIONI PRIVATE E DI INTERESSE COLLETTIVO. ISVAP

La nota informativa:

- a) obbligo di consegna: finalità, modalità e sanzioni (*art. 185, comma 1, D.lgs. 209/2005*) pag. 71
- b) contenuto e schema (*art. 185, comma 3, D.lgs. 209/2005*) pag. 79
- c) facoltà di “interpello” e potere di “integrazione” (*artt. 186 e 187 D.lgs. 209/2005*) pag. 86

\* \* \*

## PARTE II: LE AUTORITA' DI GARANZIA

### CAPITOLO V

#### BANCA D'ITALIA

- 1) "Contenuto tipico determinato" (*art. 117, comma 8, T.U. e) succ. modifiche*) pag. 92
- 2) Nullità del contratto "difforme" (*art. 117, comma 8, e art. 127, comma 1, T.U. bancario*) pag. 105

### CAPITOLO VI

#### COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETA' E LA BORSA.

#### CONSOB

Forma *ad substantiam* e nullità del contratto (*art. 23, commi 1 e 3 T.U. finanza*) pag. 111

### CAPITOLO VII

#### AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. ANTITRUST

Le intese anticoncorrenziali (*art. 2 L. 287/90*): la nullità e la cd. autorizzazione in deroga (*art. 4 L. 287/90*):

- a) l'Autorità *Antitrust* e le fattispecie vietate: l'abuso di posizione dominante (*art. 3*) e le operazioni di concentrazione (*art. 5*) pag. 127
- b) *segue*: le intese restrittive della libertà di concorrenza (*art. 2*): nullità ed autorizzazione in deroga (*art. 4*) pag. 133
- c) l'autorizzazione in deroga: condizioni ed ambito di applicazione pag. 136
- d) la domanda di "esenzione" ex art. 4 (procedimento; tipi di provvedimento; durata; rinnovo; revoca; silenzio dell'Autorità) e la

|                                                                              |          |
|------------------------------------------------------------------------------|----------|
| “comunicazione di intese” ex art. 13                                         | pag. 139 |
| e) attuazione amministrativa del divieto ed intervento del giudice ordinario | pag. 145 |
| f) natura ed effetti dell’autorizzazione in deroga                           | pag. 151 |

## CAPITOLO VIII

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

|                           |          |
|---------------------------|----------|
| Considerazioni conclusive | pag. 156 |
|---------------------------|----------|

\* \* \*

|                              |          |
|------------------------------|----------|
| Bibliografia                 | pag. 162 |
| Provvedimenti delle Autorità | pag. 171 |

\* \* \*

## CAPITOLO I

### LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. CENNI

**Sommario: 1) Cenni introduttivi; 2) Classificazione delle Autorità e delle relative funzioni.**

#### **1) Cenni introduttivi.**

Il fenomeno delle cd. “Autorità Amministrative Indipendenti” e la relativa disciplina normativa non possono dirsi “unitari”, sotto alcun profilo. Vuoi per l’influenza delle evoluzioni socio-economiche (talora, anche tecnologiche) nell’ambito delle quali si inquadra, e si giustifica, la nascita di ciascuna di esse. Vuoi per l’ampio numero di Authority, create di volta in volta dal legislatore per il raggiungimento di “finalità” ed il soddisfacimento di “esigenze” peculiari per il tipo di settore (o ambito) di operatività al quale sono preposte. Vuoi, da ultimo, per l’ampio panorama legislativo e regolamentare, peraltro in continua evoluzione <sup>1</sup>.

Ciò posto, sembra potersi in ogni caso affermare che l’esigenza di creare tali organismi *ad hoc* vada inizialmente ancorata a due fondamentali

---

<sup>1</sup> Sul fenomeno delle Authority e della regolamentazione del mercato in generale, cfr. Sabino CASSESE - Claudio FRANCHINI, “*Le autorità indipendenti*”, Il Mulino, Bologna, 1996; Sabino CASSESE, “*I garanti delle regole*”, Il Mulino, Bologna, 1996; Sabino CASSESE, “*La nuova Costituzione economica*”, Ed. Laterza, Bari, 2000; Giulio NAPOLITANO, “*Autorità indipendenti e tutela degli utenti*” in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 1/1996, 14-18; Giulio NAPOLITANO, “*Servizi pubblici e rapporti di utenza*”, Cedam, Padova, 2001; Giulio VESPERINI-Giulio NAPOLITANO, “*Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*” in *Quaderni dell’Istituto Giuridico della Facoltà di Economia dell’Univ. degli Studi della Tuscia*, n. 4, Viterbo, Agnesotti, 1998; Giuseppe SANVITI, “*La regolazione dei servizi*” in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 1/1996, 10 ss.; Guido CLEMENTE DI SAN LUCA, “*Le Autorità Indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*” in *Quaderni dell’Istituto di diritto pubblico, Facoltà di Giurisprudenza, Univ. Degli Studi di Urbino, Giappichelli, Torino 2002*; Vincenzo CAIANIELLO-Fabio MERUSI, “*Il ruolo delle autorità indipendenti nell’economia*”, ciclo di seminari sulle autorità di regolazione e di garanzia, ISAE-Istituto di Studi Analisi Economica 14.11.2000; Marco D’ALBERTI, “*Autorità amministrative (dir. amm.)*” in *Digesto* 1995, 1 ss., “*Autorità amministrative (dir. cost.)*” in *Digesto* 1997, 1 ss.; Giandomenico MAJONE – Antonio LA SPINA, “*Lo stato regolatore*”, Il Mulino, Bologna, 2000; Carlo BUCCI, “*Intervento pubblico nell’economia*” in *Digesto Disc. Pubbl.* V, 361 ss..

processi storici ed economici risalenti agli anni 1980-90:

- 1) la “Liberalizzazione del mercato” nell’ambito dei cd. servizi di pubblica utilità (trasporto, energia elettrica e gas, telecomunicazioni, servizi postali), che ha segnato il passaggio dal regime di monopolio statale a quello della libera concorrenza, così recependo l’influsso della normativa comunitaria (Trattato UE 7.2.1992, art. 86)<sup>2</sup> e nazionale (Legge *Antitrust* n. 287/90, art. 8)<sup>3</sup>;
- 2) la (conseguente) “Privatizzazione” di tali servizi: dapprima di natura “formale”, mediante la trasformazione degli enti pubblici economici (gestori di detti servizi) in società per azioni (L. n. 35/92<sup>4</sup> e L. n. 359/92<sup>5</sup>); poi di natura “sostanziale”, attraverso la dismissione delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato (o da enti pubblici), subordinata alla “creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo di qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico” (art. 1 bis L. 474/94)<sup>6</sup>.

In altri termini, il rischio che la cd. privatizzazione potesse risolversi *sic et simpliciter* nel passaggio dal “monopolio pubblico” al “monopolio privato”

---

<sup>2</sup> In particolare, il secondo comma recita che “*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato ed in particolare alle regole della concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità*” (Trattato istitutivo dell’Unione Europea, Titolo VI, recante “Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni”).

<sup>3</sup> Le regole della concorrenza “*non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati*” (comma 2).

<sup>4</sup> La cd. I<sup>a</sup> Legge sulle privatizzazioni, che ha convertito il D.L. 5.12.1991 n. 386, recante “*trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*”.

<sup>5</sup> La cd. II<sup>a</sup> Legge sulle privatizzazioni, che ha convertito il D.L. 11.7.1992 n. 333, recante “*misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*”. In particolare, la citata legge ha previsto la trasformazione *ope legis* in società per azioni dell’IRI-Istituto per la ricostruzione industriale, dell’ENI-Ente nazionale idrocarburi, dell’INA-Istituto nazionale delle assicurazioni e dell’ENEL-Ente nazionale per l’energia elettrica con effetto dalla data di entrata in vigore della legge (art. 15, comma 1) nonché la possibile trasformazione delle aziende autonome e degli altri enti pubblici economici in società per azioni con delibera del CIPE-Comitato interministeriale programmazione economica, che produce i medesimi effetti della legge stessa (art. 18).

<sup>6</sup> Legge di conversione del D.L. 31.5.1994 n. 332 recante “*Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici economici in Società per azioni*”.

fece avvertire l'esigenza di affidare a soggetti "terzi" il controllo dei costi, dei prezzi, della qualità dei servizi offerti, controllo volto alla promozione della concorrenza <sup>7</sup>.

In tale ottica è stata, quindi, emanata la Legge n. 481/1995 <sup>8</sup> (rubricata "*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*") con il preciso obiettivo di istituire le "Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità", rispettivamente competenti per il settore dell'energia elettrica ed il gas e per il settore delle telecomunicazioni.

In concreto, la citata legge si è limitata ad istituire (solo) l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (art. 3) - e non anche l'altra per le telecomunicazioni (contrariamente a quanto previsto) - rinviando la disciplina degli altri settori ad appositi ulteriori provvedimenti legislativi nonché la disciplina e la composizione di ciascuna Autorità "*a normative particolari che tengano conto delle specificità di ciascun settore*". Tant'è che, successivamente, con la L. n. 249/97 è stata istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom).

Al di là dei citati "servizi di pubblica utilità" <sup>9</sup> - come si vedrà in seguito - l'esigenza di creare apposite Autorità è stata poi avvertita anche in

---

<sup>7</sup> Autorevole dottrina ha affermato che "*il ritirarsi dello Stato dalle imprese, congiungendosi con l'idea fondamentale del mercato, spiega il nesso tra privatizzazione e liberalizzazione. L'impresa, restituita dallo Stato ai privati, deve collocarsi nel mercato e perciò obbedire al gioco della concorrenza*". Ed ancora. In questo fenomeno, si rivela il cd. Stato Regolatore il quale "*ritraendosi dal capitale e dalla gestione delle imprese, non lascia l'economia nelle mani invisibili ma corpose e robuste degli affari individuali. C'è piuttosto la visibilità di un regime giuridico, la legalità del mercato, luogo della concorrenza e delle relazioni di scambio*". (cfr. Natalino IRTI, "L'ordine giuridico del mercato", Ed. Laterza, Bari, 1998, pag. 116 ss.). Ciò posto, la nascita delle Autorità indipendenti nell'ambito dello Stato non più imprenditore ma regolatore dell'economia attesta l'emersione di "*interessi collettivi che non possono dirsi pubblici e generali, e che tuttavia non coincidono con gli interessi individuali*" (Ancora, Natalino IRTI, *ult. op. cit.*, pag. 113).

<sup>8</sup> Può certamente definirsi come "legge generale", siccome contenente i principi generali cui si ispirano l'attività delle Autorità di regolazione e, seppur a volte genericamente, l'insieme dei poteri dalle stesse svolti.

<sup>9</sup> Occorre precisare che gli altri servizi pubblici (postale e dei trasporti) sono invece privi, a tutt'oggi, di un organismo preposto al loro controllo.

altri settori (bancario e creditizio, assicurativo, finanziario, lavori pubblici) e per la tutela di interessi, per così dire, “trasversali” (concorrenza, accesso ai documenti amministrativi, diritto di sciopero).

## **2) Classificazione delle Autorità e delle relative funzioni.**

Nonostante l’ampio panorama normativo, il legislatore mai ha fornito definizione alcuna delle Autorità, così affidando alla dottrina l’individuazione di (eventuali) tratti comuni ed il tentativo di classificazione delle stesse.

L’incertezza in ordine ai connotati giuridici della categoria ha, peraltro, determinato l’oscillazione della dottrina stessa nell’uso delle diverse denominazioni (autorità amministrative indipendenti o amministrazioni indipendenti).

Ciò posto, sembra potersi comunque affermare (senza, tuttavia, alcuna pretesa di esaustività) che le Autorità in parola possono dirsi:

- (A) “Amministrative”, siccome attributarie di poteri riconducibili alla funzione amministrativa. Questa intesa sia in senso oggettivo, come attività di trasformazione del potere in provvedimento e dell’interesse pubblico specifico astrattamente individuato dalla legge in interesse pubblico concreto; sia in senso soggettivo, ritenendovi incluse tutte le attività amministrative in senso tecnico oltre che regolative e giustiziali;
- (B) “Indipendenti” dal punto di vista della collocazione istituzionale (rispetto ai tradizionali poteri dello Stato e, soprattutto del Governo) e del regime dei controlli e delle responsabilità.

Le stesse vengono generalmente classificate in due principali categorie:

- 1) Autorità “di regolazione” preposte alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza (Autorità per l’energia elettrica ed il gas, Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, ISVAP);
  - 2) Autorità “di garanzia” di interessi pubblici o collettivi aventi rilevanza costituzionale (Antitrust, Consob, Banca d’Italia, Garante dati personali, Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi
-

pubblici essenziali, Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici).

A queste, una parte della dottrina tende ad affiancare una “terza” categoria nella quale vengono fatti rientrare organismi aventi compiti e funzioni di indirizzo e coordinamento nell'ambito di settori con elevato carattere di “tecnicità” (Centro nazionale per l'informatica nella p.a., Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici). Sussistono, però, seri dubbi sulla loro riconducibilità alla figura di Autorità Indipendenti.

Nonostante la peculiarità (e le diversità proprie) di ciascuna Autorità, la molteplicità delle funzioni sono generalmente sussumibili in quella amministrativa in senso stretto, regolativa e giustiziale.

La funzione *amministrativa in senso stretto* - come prima s'è detto - è ormai comunemente intesa come l'attività consistente nel provvedere all'interesse pubblico, previa comparazione dello stesso con altri interessi pubblici e privati, nell'esercizio di una scelta che individua, di volta in volta, qual'è l'interesse prevalente e che si estrinseca, poi, nella regola concreta contenuta nel provvedimento amministrativo<sup>10</sup>.

Quella *regolativa* è volta a determinare in astratto regole giuridiche, siano esse relative ai rapporti tra Amministrazione e cittadini ovvero a quelli tra i cittadini medesimi.

Da ultimo, la funzione *giustiziale* consisterebbe nello “*ius dicere fra privati, sia pure in ordine ai rispettivi diritti nei confronti degli apparati pubblici*”<sup>11</sup>.

Ciò posto, la peculiarità di ciascuna Autorità e la molteplicità di funzioni fanno sì che, inevitabilmente, anche i rispettivi poteri spieghino effetti

---

<sup>10</sup> In tal senso, Carlo MALINCONICO, “*Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*” in “I garanti delle regole” di S. Cassese, *op. cit.* pag. 39. Tuttavia, l'Autore tiene a precisare che non vi sarebbe omogeneità fra le funzioni amministrative affidate alle varie autorità.

<sup>11</sup> Cfr. in tal senso, Giuliano AMATO, “*Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*” in *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del Convegno di Sorrento 30.5.1997, Cedam, Padova, 1999, pag. 30 ss.) nonché in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 1997, 645.

(altrettanto) diversi quanto ai “soggetti amministrati” (a seconda dei casi, enti erogatori del servizio ovvero consumatori ed utenti). Ciò, con particolare riferimento a taluni “atti autoritativi”, distinguendosi poi tra quelli aventi mero contenuto prescrittivo (cui i destinatari devono uniformarsi) e gli altri di contenuto sanzionatorio.

## PARTE PRIMA: LE AUTORITA' DI REGOLAZIONE

## CAPITOLO II

### AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA ED IL GAS

**Sommario:** *Titolo I: Funzione regolativa.* 1) le “direttive sull'erogazione dei servizi” nel mercato vincolato (art. 2, comma 12, lett. h e comma 37, L. 481/95) ed il potere di “determinazione negoziale” nel mercato libero (art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99); 2) le fonti eteronome dell'Autorità e gli effetti sul contratto; 3) il cd. indennizzo automatico e risarcimento del danno (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95); *Titolo II: Funzione giustiziale.* 4) interventi sulle modalità di erogazione dei servizi: i poteri di “modifica” e di “revisione” del regolamento di servizio (art. 2, comma 12, lett. m, L. 481/95) ed i provvedimenti cautelari (art. 2, comma 20, lett. e, L. 481/95)

#### *Titolo I: Funzione regolativa.*

**1) le “direttive sull'erogazione dei servizi” nel mercato vincolato (art. 2, comma 12, lett. h e comma 37, L. 481/95) ed il potere di “determinazione negoziale” nel mercato libero (art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99).**

Come poc'anzi s'è detto, con la L. 481/95 - contenente “*norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*” - sono state istituite le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti, rispettivamente, per il settore dell'energia elettrica e gas e delle telecomunicazioni. Entrambe “*preposte alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza*” (art. 2, comma 5) .

La legge detta - anzitutto - “*i principi generali a cui si ispira la normativa relativa alle Autorità*” (art. 2, comma 2), elencando, in particolare (comma 12), un'ampia serie di poteri riconducibili alle (altrettanto) molteplici funzioni delle stesse. Disciplina, poi, direttamente il settore dell'energia elettrica <sup>12</sup> e del gas (art. 3) <sup>13</sup>, rinviando quella del settore delle

---

<sup>12</sup> Il settore è attualmente disciplinato dal D.Lgs. 16 marzo 1999 n. 79, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica il quale sarà, in seguito, più volte richiamato. Il D.lgs. in parola ha liberalizzato le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica (art. 1, comma 1). Tuttavia, la realizzazione totale della concorrenza è limitata da una rete infrastrutturale non riproducibile. Tant'è che v'è un doppio mercato dell'energia elettrica: il mercato “libero” aperto cioè ai cd. clienti idonei (utenti con quote di consumo superiori ad

telecomunicazioni ad altri provvedimenti legislativi <sup>14</sup>.

L'introduzione di tali "organismi indipendenti" ha segnato l'innovativo passaggio alla cd. "regolamentazione" dei servizi pubblici laddove si consideri che essi, prima di tale intervento legislativo, erano affidati alla "autoregolamentazione" di ciascun esercente. Questi, infatti, era tenuto - esclusivamente - a conformare il servizio offerto ai criteri ed ai principi fissati dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 (cd. direttiva Ciampi) <sup>15</sup> la quale imponeva l'adozione della cd. Carta dei Servizi <sup>16</sup>. L'erogazione del servizio pubblico era, poi, sottoposto al controllo del Comitato Permanente, appositamente istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con funzioni largamente più circoscritte rispetto a quelle delle Autorità. In altri termini, quindi, l'erogazione del servizio era rimesso alla discrezionalità ed alla predeterminazione degli esercenti medesime con forme di controllo, a garanzia degli utenti, piuttosto blande.

Ciò premesso, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (come poi si vedrà anche quella per le garanzie nelle comunicazioni) viene fatta rientrare dalla stessa legge istitutiva tra quelle "di regolazione" (ciò per distinguerla da quelle "di garanzia" cui prima s'è fatto cenno). Intendendosi, con questa espressione, il "*soggetto pubblico* - che svolge una "*azione di controllo*" - *a cui, da un lato, viene attribuito un certo grado di autonomia sul piano*

---

una certa soglia) i quali possono liberamente stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero (art. 2, co. 6) ed il mercato "vincolato" nell'ambito del quale gli utenti (clienti non idonei) possono stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore (locale) che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza (art. 2, co. 7).

<sup>13</sup> Il D.Lgs. 23 maggio 2000 n. 164, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 98/30/CE, recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, ha disciplinato le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale. In realtà, il D.lgs. definisce espressamente servizio pubblico la sola attività di distribuzione di gas naturale (art. 14, comma 1).

<sup>14</sup> Come s'è detto, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata istituita successivamente con la L. 249/1997.

<sup>15</sup> La direttiva Ciampi enuncia i principi fondamentali ai quali si deve uniformare l'erogazione dei pubblici servizi: eguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta, partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico, efficienza ed efficacia.

<sup>16</sup> Va precisato che anche la L. 481/95 (art. 2, comma 12, lett. p) dispone che ogni esercente adotti una Carta di servizio pubblico e che l'Aeeg abbia il compito di verificarne il rispetto.

*infrastrutturale e che, dall'altro, cumulerebbe l'esercizio di funzioni di tipo normativo, amministrativo e para-giurisdizionale, assolvendo a compiti di adjudication mediante la soluzione di conflitti di natura intersoggettiva”*<sup>17</sup>.

L'attività regolativa<sup>18</sup> della stessa può dirsi volta - in via del tutto generale - a fissare ai privati (*rectius*, gli enti esercenti) una serie di criteri di comportamento e di regole di condotta che risultino idonei ad assicurare, al contempo, l'uguaglianza degli operatori e la libera scelta di consumatori ed utenti nonché a garantirne il successivo rispetto e controllo mediante l'esercizio di funzioni di “monitoraggio” che si estrinsecano in provvedimenti “autoritativi”<sup>19</sup>. Ciò al fine di “garantire la promozione dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità nonché adeguati livelli di qualità nei servizi (...) assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori” (art. 1, comma 1, L. 481/95).

L'intervento regolativo dell'Aeeg si estrinseca, tuttavia, con modalità diverse a seconda del “tipo” di mercato (vincolato o libero) nel quale opera.

---

<sup>17</sup> In tal senso, Marco ANTONIOLI, “Mercato e regolazione”, Università degli Studi Milano Bicocca, Facoltà di giurisprudenza, Milano, Giuffrè, 2001, pag. 13 il quale ha ripreso la tesi di Giulio VESPERINI, “La Consob e l'informazione del mercato mobiliare”, Cedam, Padova, 1992 e Luisa TORCHIA, “Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti” in “I garanti delle regole” di S. Cassese, *op. cit.*, pagg. 5 ss..

<sup>18</sup> Cfr. Luisa TORCHIA, “Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti” in “I garanti delle regole” di S. Cassese, *op.cit.*, pag. 58, la quale definisce tale regolazione “condizionale” non prefigurando, infatti, un risultato o un obiettivo al quale l'attività privata deve conformarsi. Ciò a differenza della regolazione cd. finalistica (che consiste in un insieme di comandi specifici ai quali segue la fase di controllo volta ad accertare la conformità dei comandi stessi all'esecuzione da parte dei destinatari) e della regolazione cd. prudenziale (in cui la cura concreta dell'interesse pubblico risulta dal rapporto tra situazioni soggettive diverse potenzialmente contrapposte e la libertà di scelta del privato non viene più interamente conformata ma, piuttosto, indirizzata d esercitarsi entro margini di libertà predeterminati). Secondo autorevole dottrina, con il termine “regolazione” non si intende in modo generico qualsiasi tipo di disciplina e di controllo di attività private bensì “*quelle forme di ingerenza che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi*” (cfr. Sabino CASSESE, “Regolazione e concorrenza”, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 19 ss. ).

<sup>19</sup> Regolazione che - in concreto - si esplica mediante una molteplicità di atti ai quali, (troppo) spesso, il legislatore non attribuisce alcuna precisa denominazione da cui poter (tentare di) risalire alla natura dell'atto e solo ad alcuni dei quali attribuisce, poi, effetti giuridici diversi ed “atipici” lasciando, così, all'interprete il compito di colmare le lacune.

Così come i provvedimenti, rispettivamente adottati, spiegano effetti diversi rispetto al regolamento negoziale di utenza.

Ed infatti.

Nel mercato cd. “vincolato” - nell’ambito del quale i clienti cd. non idonei possono stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore locale che esercita il servizio nell’area territoriale dove è collocata l’utenza <sup>20</sup> - la predisposizione unilaterale delle condizioni di fornitura da parte dei distributori locali impone un intervento incisivo dell’Autorità direttamente sull’erogazione del servizio pubblico, mediante l’imposizione (agli enti esercenti) di obblighi e vincoli (riguardanti prezzi, livelli qualitativi, clausole contrattuali), ciò ad esclusiva protezione dei clienti vincolati, ritenuti parti “deboli” <sup>21</sup>.

Il legislatore, infatti, riconosce - genericamente - all’Autorità la facoltà di emanare *“direttive concernenti la produzione ed erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni ed i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all’utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione”* (art. 2, co. 12, lett. h, L. 481/95).

In attuazione di tale facoltà, l’Aeeg ha proceduto, quindi, a determinare non solo i “livelli qualitativi” dei servizi <sup>22</sup> ma anche le “condizioni contrattuali” <sup>23</sup> applicate dagli esercenti relativamente ad ogni rapporto di

---

<sup>20</sup> Art. 2, comma 7, d.lgs. 79/99.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. la precedente nota 12 (art. 2, comma 7, D.lgs. 79/99).

<sup>22</sup> Per il mercato vincolato dell’energia elettrica, la delibera Aeeg 28 dicembre 1999 n. 201, art. 2, comma primo (concernente la “disciplina dei livelli specifici e generali di qualità commerciale dei servizi di distribuzione e vendita dell’energia elettrica”) la quale è applicabile ai soggetti esercenti aventi un numero di utenti (clienti del mercato vincolato in un’area territoriale) superiore ad una soglia minima. Per il mercato del gas, la delibera Aeeg 2 marzo 2000 n. 47, art. 2, comma primo (concernente la “disciplina dei livelli specifici e generali di qualità commerciale dei servizi di distribuzione e vendita del gas”) successivamente modificata dalla delibera n. 334/01 in caso di società separate di distribuzione e di vendita del gas.

<sup>23</sup> Per il mercato vincolato dell’energia elettrica, la delibera Aeeg 28 dicembre 1999 n. 200 (direttiva concernente l’erogazione dei servizi di distribuzione e vendita dell’energia elettrica a clienti del mercato vincolato). Per quello del gas, la delibera Aeeg 18 ottobre 2001 n.

fornitura.

E così esattamente.

Le direttive emanate dall'Autorità sulla qualità del servizio *“impongono a tutti gli esercenti livelli specifici (riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente) <sup>24</sup> e generali (riferiti al complesso delle prestazioni) <sup>25</sup> di qualità commerciale”*, previamente indicati in apposite tabelle dall'Autorità che, per la più facile identificazione dei quali, prevede, altresì, taluni *“indicatori di qualità commerciale del servizio” <sup>26</sup>*. Prevedono, altresì, che, in caso di mancato rispetto dei livelli *“specifici”* di qualità (non anche dei livelli *“generali”*), gli esercenti siano tenuti, nei confronti degli utenti, ad un *“indennizzo automatico” <sup>27</sup>* definito dall'Autorità con riferimento a ciascuna

---

229 (direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali).

<sup>24</sup> I livelli *“specifici”* sono elencati nell'art. 21 (tabella 1) delle citate delibere n. 201/99 e n. 47/00 (tempo massimo di preventivazione per l'esecuzione di lavori semplici; tempo massimo di esecuzione di lavori semplici; tempo massimo di attivazione della fornitura; tempo massimo della disattivazione della fornitura su richiesta dell'utente; tempo massimo di riattivazione della fornitura in seguito a sospensione per morosità; fascia massima di puntualità per appuntamenti personalizzati).

<sup>25</sup> I livelli *“generali”* sono elencati nell'art. 21 (tabella 2) delle citate delibere n. 201/99 e n. 47/00 (percentuale minima di richieste di preventivi per l'esecuzione di lavori complessi messi a disposizione/comunicati entro il tempo massimo di 40 giorni lavorativi; percentuale minima di richieste di esecuzione di lavori complessi realizzati entro il tempo massimo di 60 giorni lavorativi; percentuale minima di risposte a richieste di rettifica di fatturazione messe a disposizione/comunicati entro il tempo massimo di 15 giorni lavorativi; percentuale minima di esiti di verifiche del gruppo di misura su richiesta dell'utente messi a disposizione/comunicati entro il tempo massimo di 10 giorni lavorativi; percentuale minima di esiti di verifiche della tensione di fornitura su richiesta dell'utente messi a disposizione/comunicati entro il tempo massimo di 10 giorni lavorativi; percentuale minima di risposte motivate a reclami scritti o a richieste di informazioni scritte messi a disposizione/comunicati entro il tempo massimo di 20 giorni lavorativi; grado minimo di rispetto della fascia di puntualità per appuntamenti con l'utente relativi a sopralluoghi per preventivi per l'esecuzione di lavori semplici). Altri livelli generali sono, poi, previsti solo con riferimento al settore del gas (percentuale minima di utenti con tempo di arrivo sul luogo di chiamata per pronto intervento entro il tempo massimo di 60 minuti; percentuale minima di utenti con numero annuo di letture e autovetture non inferiore ad uno).

<sup>26</sup> Artt. 3 delle delibere appena citate n. 201/99 e n. 47/00 (tempi di preventivazione per l'esecuzione di lavori semplici; di esecuzione di lavori semplici; tempi di attivazione, di disattivazione e di riattivazione della fornitura; fascia di puntualità).

<sup>27</sup> Artt. 24, tabella 4, delle delibere citate (rubricato *“Casi di indennizzo automatico”*). In ogni caso, il legislatore prevede che l'Autorità determini i casi di indennizzo automatico dovuto dagli esercenti in favore degli utenti in caso di erogazione del servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio ovvero ai sensi della lettera h (art. 2, comma 12, lett. g L. 481/95).

tipologia di utenza, salvo taluni casi di esclusione<sup>28</sup>.

Fermo quanto precede, le direttive in parola consentono tuttavia agli esercenti di *“definire standard specifici e generali di qualità e indennizzi automatici diversi da quelli indicati nelle citate direttive, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 32”*<sup>29</sup>. A condizione, cioè, che essi siano *“migliorativi”* di quelli definiti dall’Autorità nelle direttive in parola oppure *“riferiti a prestazioni non previste”* dalle stesse. In tal caso, impongono all’esercente medesimo di darne previa *“comunicazione all’Autorità”*<sup>30</sup>, nulla prevedendo però in caso di omissione ovvero nell’ipotesi in cui l’Autorità ravvisi la mancata corrispondenza delle determinazioni medesime rispetto a quanto prescritto, invece, dalle direttive.

Permettono, altresì, agli esercenti di determinare gli indennizzi automatici dovuti agli utenti (anch’essi solo in caso di adozione di standard specifici di qualità) i cui importi devono essere applicati però *“in misura non inferiore, in riferimento a ciascuna tipologia di utenza, a quella definita dall’art. 24”* quindi, secondo e criteri definiti dall’Autorità.

Quanto, invece, al potere di definire condizioni contrattuali, l’Autorità ha fissato, sempre mediante l’adozione di specifiche direttive, le *“condizioni minime di fornitura”*<sup>31</sup> - in particolare, attinenti alla lettura del gruppo di misura, alla periodicità di fatturazione dei consumi ed alle relative modalità di calcolo, ai tempi ed alle modalità di pagamento della bolletta, agli interessi di mora, alle modalità ed ai tempi di sospensione della fornitura, alla ricostruzione dei consumi, alla rateizzazione dei pagamenti, al deposito cauzionale, ai reclami - imponendo agli esercenti di inserirle

---

<sup>28</sup> Per esempio, cause di forza maggiore, ritardo dell’utente nei pagamenti dovuti, mancato rispetto da parte dell’esercente del tempo massimo per l’esecuzione dei lavori, ecc. (artt. 25, comma primo, delle delibere citate rubricati “Casi di esclusione del diritto all’indennizzo automatico”).

<sup>29</sup> Art. 2, comma 1, della delibera n. 201/99 e art. 2, comma 4, della delibera n. 47/00.

<sup>30</sup> Artt. 32, comma quattro, delle delibere citate.

<sup>31</sup> Artt. 3-8 della delibera Aeeg n. 200/99. Ai sensi della delibera in parola, tali clausole non sono, invece, applicabili ai “clienti idonei” i quali, operando all’interno del mercato libero, sono generalmente in grado di poter negoziare su un piano di parità con i soggetti esercenti le clausole contrattuali. Ciò non esclude che le stesse possano essere loro offerte come “riferimento”, come clausole cioè definite dagli esercenti che i clienti possono scegliere

“inderogabilmente” nei contratti di fornitura con i “clienti vincolati”<sup>32</sup>. In modo tale che, “*in caso di mancato rispetto delle clausole contrattuali*”, gli esercenti siano tenuti, nei confronti dell’utente, ad un “*indennizzo automatico*”, anch’esso definito dall’Autorità (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95).

Consegue che gli esercenti dei servizi sono, quindi, vincolati ai precetti dell’Autorità potendo predisporre condizioni diverse purché migliorative di quelle imposte dall’Autorità<sup>33</sup>, analogamente a quanto previsto per i livelli qualitativi.

L’Aeeg nel determinare autoritativamente parte significativa del contenuto negoziale muove, infatti, dalla constatazione che, nel mercato vincolato, “*i rapporti di fornitura di energia elettrica tra i soggetti esercenti il servizio ed i clienti sono disciplinati da contratti di diritto privato contenenti condizioni generali predisposte unilateralmente dai soggetti esercenti medesimi*”<sup>34</sup>.

Sicché il proprio intervento si pone proprio nell’ottica di ristabilire, ove compromessa, l’equità contrattuale nei citati rapporti di fornitura siccome caratterizzati da una forte “asimmetria contrattuale”.

Ciò posto, le direttive emanate ai sensi del più volte citato art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95 (concernenti, quindi, sia i livelli qualitativi sia le condizioni contrattuali) - denominate genericamente “*determinazioni*” - producono “*gli effetti di cui al comma 37*”: cioè quelli “*di modificare o integrare il regolamento di servizio*” predisposto da ogni esercente il servizio ovvero lo schema contrattuale da questi adottato, contenente le condizioni generali<sup>35</sup> applicate, poi, ad ogni singolo contratto di fornitura con i clienti

---

direttamente oppure negoziare (cfr. premessa della delibera Aeeg n. 229/01).

<sup>32</sup> E’ appena il caso di chiarire che per “cliente vincolato” si intende, ai sensi dell’art. 2, comma 6, D.lgs. 79/99, “il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell’area territoriale dove è collocata l’utenza”.

<sup>33</sup> Così prevede l’art. 2, comma primo, della delibera n. 200/99.

<sup>34</sup> In tal senso, si è espressa l’Aeeg nella nota delibera 28 dicembre 1999 n. 200 (rubricata “direttiva concernente l’erogazione dei servizi di distribuzione e vendita dell’energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell’art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95).

<sup>35</sup> In tal senso, Giorgio CIAN “*Gli interventi dell’Autorità regolatoria sul contratto*” in Rass. Giur. En. Elettr. 1197, pag. 330. Ad analoga conclusione perviene anche Domenico

vincolati.

Non v'è chi non veda dunque come tali provvedimenti, pur avendo come diretti destinatari i gestori dei servizi, di fatto vadano ad incidere “autoritativamente” nel rapporto contrattuale esercente-utente vincolato. Da un lato, imponendo all'esercente le condizioni minime di fornitura deliberate, quindi incidendo sullo schema negoziale adottato unilateralmente dalle parti e limitandone l'autonomia negoziale. Dall'altro, tutelando la posizione “debole” del cliente vincolato, garantendogli la modifica e la integrazione di quelle condizioni generali che, predisposte unilateralmente dall'esercente nel regolamento di servizio, si discostino appunto dalle determinazioni dell'Autorità.

Diversamente accade nel mercato cd. “libero”, nell'ambito del quale i clienti idonei possono liberamente stipulare i contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero<sup>36</sup>. Le parti, cioè, sono libere di negoziare, secondo quanto disposto dall'art. 1322 c.c.: i singoli utenti possono liberamente trattare con gli esercenti le condizioni di fornitura e gli esercenti non sono vincolati all'applicazione di quelle condizioni contrattuali “minime” inderogabilmente imposte dall'Autorità (come s'è visto nel mercato vincolato), potendo al più proporle come riferimento, ovvero offrirne, quale diversa opzione, altre più specifiche dagli stessi formulate<sup>37</sup>.

In tale contesto, l'intervento regolativo dell'Aeeg non si risolve (come nel mercato vincolato) nell'imposizione di obblighi e vincoli alla erogazione del servizio, limitando fortemente l'autonomia contrattuale per impedire il

---

SORACE, “*Diritto delle amministrazioni pubbliche*”, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 132 ss. secondo il quale “*i regolamenti di servizio possono essere configurati come atti che indicano le condizioni generali di contratto*” e che “*la loro vigenza non è fondata su alcun potere particolare di supremazia del soggetto che produce ed eroga il servizio nei confronti dell'utente ma invece sull'accettazione da parte di ambedue i soggetti di un rapporto contrattuale che comporta l'insorgere nei confronti dell'utente di diritto ed obblighi*”. Ed ancora, cfr. Davide DE GRAZIA “*La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività normativa*” in Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, a cura di Paolo CARETTI, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 109; Giulio NAPOLITANO “*Servizi pubblici e rapporti di utenza*”, Cedam, Padova, 2001, pag. 319.

<sup>36</sup> Cfr. art. 2, co. 6, D.lgs. n. 79/99.

<sup>37</sup> Cfr. la premessa della delibera n. 229/01.

costituirsi, prima, ed il perpetuarsi, poi, di squilibri contrattuali.

Pur tuttavia, nell'espletare prevalentemente funzioni di monitoraggio e di vigilanza sui gestori dei servizi per garantire il corretto funzionamento del mercato elettrico, l'Autorità finisce comunque per intervenire sul regolamento negoziale.

Il D.lgs. 79/99 <sup>38</sup> stabilisce - infatti - che “con determinazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas...sono stabilite, con riferimento ai contratti con i clienti idonei, le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico da inserire nei contratti stessi” (art. 6, comma primo) <sup>39</sup>.

In attuazione della norma appena citata, con deliberazione n. 78/99 <sup>40</sup> l'Aeeg ha previsto che i contratti bilaterali, ad esecuzione continuata, stipulati dai fornitori di energia elettrica con i clienti idonei “dovranno contenere determinate clausole negoziali” - che assicurino il corretto funzionamento del sistema elettrico, tenuto conto degli obiettivi di promozione della concorrenza - in base alle quali:

- a) “sia riconosciuta alle parti la facoltà di recedere unilateralmente dal contratto, salvo preavviso non superiore a sei mesi per il cliente idoneo e ad un anno per il fornitore” <sup>41</sup>;
- b) “sia prevista la risoluzione di diritto del contratto nel caso in cui venga meno in capo alla parte acquirente il diritto alla qualifica di cliente idoneo”;
- c) “sia definita l'attribuzione alle parti del contratto bilaterale dei diritti, degli oneri e delle obbligazioni derivanti dal contratto relativo al servizio di vettoriamiento dell'energia elettrica”.

---

<sup>38</sup> Cfr. art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99 con il quale, come s'è detto, è stata data attuazione alla direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

<sup>39</sup> L'art. 6 è rubricato “contrattazione bilaterale” intendendosi per contratto bilaterale il “contratto di fornitura di servizi elettrici tra due operatori del mercato” (art. 2, comma 9).

<sup>40</sup> Art. 1 della delibera 26.5.1999 n. 78 (denominata “definizione di alcune clausole da inserire nei contratti bilaterali di fornitura di servizi elettrici a clienti idonei di cui all'art. 6 D.lgs. n. 79/99).

<sup>41</sup> Quanto al recesso, v'è da dire che la delibera n. 78/99 in parola è stata adottata dall'Aeeg sulla scia della precedente delibera 23 settembre 1998 n. 120/98 la quale ha imposto (art. 2) l'inserimento, nei contratti pluriennali di fornitura di energia elettrica a clienti idonei,

Non sembra revocabile in dubbio che, in tal caso, l'Autorità definisca - al pari di ciò che accade nel mercato vincolato - una parte rilevante del contenuto negoziale. Imponendo agli esercenti l'applicazione - sanzionata in caso di inadempimento - dei livelli qualitativi dei servizi e delle condizioni minime di fornitura, modificando o integrando il regolamento di servizio ed introducendo l'indennizzo automatico.

La previsione che le clausole determinate dall'Autorità debbano essere “inserite” nei contratti di fornitura finisce dunque con il limitare l'autonomia delle parti di cui all'art. 1322 c.c.

Vero è che il legislatore non prevede, altrettanto chiaramente, una disposizione invalidante della clausola pattizia che si ponga in difformità.

Ma è parimenti vero che la citata delibera n. 78/99 prosegue statuendo che tali contratti bilaterali di fornitura “*dovranno contenere una previsione che ne consenta la modificazione di diritto mediante l'inserimento di clausole negoziali e regolamentazioni tecniche che l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, ai sensi dell'art. 6 D.lgs. 79/99, definisca successivamente alla entrata in vigore della presente deliberazione*”<sup>42</sup>.

## **2) le fonti eteronome dell'Autorità e gli effetti sul contratto.**

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembra dunque potersi affermare che l'Aeeg sia munita di un potere, per così dire, “conformativo” del contratto<sup>43</sup> il quale oscilla - a seconda dei casi - dalla prescrizione di un determinato contenuto “minimo” del regolamento negoziale, unilateralmente predisposto dall'esercente (art. 2, comma 37, L. 481/95), alla definizione di particolari clausole da “inserire” obbligatoriamente nei contratti di fornitura

---

della clausola che riconosca alle parti la facoltà di recedere unilateralmente, salvo preavviso non superiore a sei mesi.

<sup>42</sup> Art. 2 della citata delibera n. 78/99. Sul punto, è bene precisare che il successivo art. 3 prevede che la deliberazione viene pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ed entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione stessa.

<sup>43</sup> In tal senso, Francesco MACARIO, “*Autorità indipendenti, regolazione del mercato, controllo di vessatorietà*” in L'autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 206 ss.

(art. 6 D.lgs. 79/99) <sup>44</sup>.

La nozione di “conformità” presuppone, di per sé, una gerarchia di valori posti a confronto, tra i quali quello sovraordinato prevale necessariamente su quello sott’ordinato, incompatibile.

Al previo giudizio di conformità segue, poi, quello di validità. E la prescrizione riconosciuta difforme alla fonte sovraordinata è affetta da quell’invalidità prevista appunto dalla norma sovraordinata.

Orbene, ben può affermarsi la sicura presenza di una fonte conformatrice “eteronoma” <sup>45</sup> (di cui, come si vedrà, è discutibile la natura normativa o amministrativa), la quale va ad incidere sul rapporto di utenza, quale rapporto di natura privatistica, limitandone l’autonomia.

La valutazione di conformità attiene, dunque, alla compatibilità dell’atto di autonomia privata rispetto alla determinazione dell’Autorità. Il confronto e l’eventuale conflitto si verificano tra disposizioni di pari rango: entrambe certamente di natura secondaria, posto che l’atto eteronomo si pone allo stesso livello dell’atto negoziale quanto al contenuto della misura (particolare e concreta come la clausola negoziale) e quanto al grado della fonte di produzione (regolamento o atto amministrativo).

Fermo quanto precede, non si vede tuttavia come - in difetto di una prescrizione invalidante - l’autonomia privata possa essere, in tesi, regolata e poi limitata da una fonte equiordinata.

In particolare, non è agevole cogliere quale possa essere la sorte di quelle clausole che, unilateralmente predisposte dal gestore del servizio (nel mercato vincolato) o pattiziamente introdotte dalle parti (nel mercato libero), si discostino, rispettivamente, dalle prescrizioni tecniche (livelli specifici e

---

<sup>44</sup> In dottrina, Giuseppe AMADIO, “Autorità indipendenti e invalidità del contratto” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 218 ha affermato che “il controllo dell’agire autonomo dei privati si sviluppa in una prospettiva che vuole essere, oltre che valutativa, conformativa e modellatrice, il quale passa attraverso la predisposizione normativa di contenuti minimi necessari del contratto”.

<sup>45</sup> Autorevole dottrina sostiene che l’espressione “Autorità” “designa un potere, una fonte imperativa, che non sale dalla autonomia dei privati ma ai privati s’indirizza e comanda: dunque eteronoma proprio nel senso che i destinatari ricevono la regola dall’esterno e non la

generali qualitativi del servizio) o segnatamente negoziali (condizioni minime di fornitura) adottate ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95, oppure dalle clausole negoziali e regolamentazioni tecniche determinate autoritativamente dall'Autorità ai sensi dell'art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99.

Ciò considerandosi, peraltro, che l'autonomia privata - indubbiamente fenomeno correlato e complementare rispetto a quello della "eteronomia"<sup>46</sup> - rappresenta un potere normativo suscettibile di essere limitato, quanto alla validità del suo estrinsecarsi, solo da norme primarie. Quindi di rango superiore. Tant'è che le parti sono libere di determinare il contenuto dei contratti con i soli "*limiti imposti dalla legge*" (art. 1322, comma primo, c.c.).

Tale norma presuppone di certo che l'accordo sia negoziabile. Sicché gli atti insuscettibili di negoziazione sarebbero, di per sé, esclusi dall'applicazione della fattispecie di cui all'art. 1322, co. 1, c.c.

Potrebbe apparire quindi più opportuno parlare di autonomia negoziale limitatamente al mercato libero, posto che la predisposizione unilaterale, nel mercato vincolato, di condizioni generali ex art. 1341 c.c. rivela che l'ente esercente sottoponga all'approvazione degli utenti (o, meglio, di categorie di utenti) veri e propri contratti per adesione.

Tuttavia, non sembra che - nell'uno e nell'altro mercato - le fonti eteronome siano in grado, comunque, di generare vere e proprie "regole" che dettino una disciplina "autoritativa" del rapporto contrattuale. Regole atte ad introdurre, per categorie di contratti, un insieme di norme imperative (precettive ed inderogabili) e non già meramente dispositive, la cui applicazione possa essere cioè esclusa - a seconda delle circostanze - da un patto o da una manifestazione di volontà contrari<sup>47</sup>.

Ferme le argomentazioni che precedono in ordine alla natura secondaria

---

*producono con la loro volontà*" (cfr. Natalino IRTI "*La dissimulazione politica delle autorità indipendenti*" in L'ordine giuridico del mercato, Ed. Laterza, Bari, 1998, pag. 41).

<sup>46</sup> Così Mauro ORLANDI, "*Autonomia privata e autorità indipendenti*" in L'autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 69 ss..

<sup>47</sup> Su tale problema, si veda la riflessione di Fabio ADDIS, "*La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*" in L'autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 111.

delle fonti eteronome, appare opportuno svolgere talune ulteriori precisazioni.

Il legislatore - come s'è visto - lungi dal definire i provvedimenti dell'Aeeg, si è limitato a chiamarli "direttive" (art. 2, comma 12, lett. h e comma 37, L. 481/95). Altre volte, e ancor più genericamente, "determinazioni" (art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99).

Ebbene, le direttive - come è noto - non rientrano tra le fonti dell'ordinamento giuridico (art. 1 c.c.).

Probabilmente il legislatore ha così denominato le deliberazioni dell'Autorità perché il precetto in esse contenuto si traduce nell'indicazione di un obiettivo le cui modalità di raggiungimento sono rimesse all'autonomia imprenditoriale dell'esercente, con l'effetto di limitarne più o meno intensamente la sfera privata (posto che si inseriscono nel regolamento di servizio)<sup>48</sup>.

In quest'ottica, sembra dunque potersi operare un parallelo con la direttiva quale fonte del diritto comunitario (al pari di regolamenti, decisioni, raccomandazioni e pareri), che rappresenta l'unico dato normativo da cui poter prendere le mosse.

La direttiva comunitaria è un atto normativo, obbligatorio in tutti i suoi elementi, avente portata pressoché individuale siccome rivolto ad uno Stato membro (salvo il caso delle "direttive generali" rivolte a tutti gli Stati). Inoltre, è atto vincolante per il destinatario *"per quanto riguarda il risultato da raggiungere salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi"* (art. 249, terzo comma, Trattato UE).

La direttiva è quindi finalizzata a far conseguire un determinato "risultato" allo Stato cui è diretta, il quale è vincolato al raggiungimento di tale obiettivo (entro il termine prescritto dalla direttiva), pur rimanendo libero in ordine alla "forma" degli strumenti da adottare per la sua realizzazione. Come dire che, all'atto del recepimento della direttiva all'interno del proprio ordinamento, lo Stato membro potrà adottare qualsiasi atto congruente (di

---

<sup>48</sup> In tal senso, Giulio NAPOLITANO *"Servizi pubblici e rapporti di utenza"*, op. cit., pagg. 318 e 365.

natura legislativa, regolamentare o amministrativa).

Le direttive emanate dall'Aeeg ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett h, L. 481/95 - anch'esse, come s'è detto, obbligatorie e vincolanti per i destinatari - potrebbero essere equiparate a quelle comunitarie.

Infatti, per un verso, contengono anch'esse l'indicazione agli enti esercenti di un preciso "obiettivo" da raggiungere (l'erogazione, cioè, dell'energia elettrica e del gas con determinati livelli qualitativi, riferiti a generiche o a singole prestazioni), restando poi rimesse all'autonomia imprenditoriale di questi ultimi le modalità per raggiungere detto obiettivo. Per altro verso, ne condividono la natura "normativa".

La riconducibilità delle direttive dell'Aeeg tra gli atti normativi, ovviamente di natura regolamentare, deve essere necessariamente ricercata vuoi sotto il profilo formale vuoi sotto quello sostanziale<sup>49</sup>.

Se, infatti, gli elementi "formali" (generalità, astrattezza, novità, esteriotà e coattività) possono essere considerati elementi necessari e sufficienti ai fini dell'individuazione delle *fonti primarie*, non altrettanto sembra possa affermarsi quanto alle *fonti secondarie*, rispetto alle quali l'indagine va svolta, soprattutto, dal punto di vista contenutistico.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità sembra aver chiarito che "i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita alla amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza". A differenza degli atti e provvedimenti amministrativi in generale, i quali "sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel

---

<sup>49</sup> Le differenze sul piano giuridico sono molteplici e rilevanti investendo molteplici profili: l'applicazione (ai soli atti normativi) del principio *iuris novit curia* secondo il quale spetta al giudice, al di là delle prospettazioni delle parti, stabilire quale sia la norma da

*provvedimento ma determinabili* <sup>50</sup>.

Se è vero che, dal punto di vista formale, i regolamenti <sup>51</sup> possono essere facilmente equiparati agli atti amministrativi (quanto alla provenienza da organi dell'apparato esecutivo, alle modalità di formazione, al vincolo di dipendenza che lega entrambi rispetto alla legge formale), è altrettanto vero che, dal punto di vista sostanziale, le direttive emanate dall'Autorità, al di là del *nomen juris*, potrebbero esser qualificati come regolamenti o come atti amministrativi a seconda che, rispettivamente, dispongano in linea generale ed astratta o che provvedano caso per caso e in concreto <sup>52</sup>.

A conferma, potrebbe essere utile richiamare brevemente il procedimento di formazione degli atti normativi e degli atti a contenuto generale adottato dall'Aeeg <sup>53</sup> e dalla stessa riconosciuto applicabile, in quanto compatibile, a quello relativo alla formazione delle direttive di cui all'art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95 <sup>54</sup>.

Il procedimento inizia con la pubblicazione sul Bollettino (o in altra forma ritenuta idonea) di un avviso relativo all'avvio delle attività volte alla predisposizione degli atti sopra richiamati. L'Autorità fissa un "*termine entro il quale è possibile far pervenire all'Autorità osservazioni e memorie scritte*" e, qualora, poi, lo ritenga opportuno, può altresì "*diffondere versioni preliminari del provvedimento da adottare al fine di acquisire osservazioni scritte*" nonché "*convocare audizioni speciali, anche individuali*" <sup>55</sup>.

Sicché la direttiva deliberata all'esito di tale procedimento partecipativo viene così "concordata", quanto al suo contenuto, dall'Autorità direttamente

---

applicare al caso concreto; dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.; delle forme di pubblicità; del ricorso in Cassazione ex art. 360 c.p.c. ecc.

<sup>50</sup> Cass. Sez. Unite, sent. 28.11.1994, n. 10124 in Mass. Giur. It., 1994. In senso analogo, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 732/2001.

<sup>51</sup> I regolamenti, infatti, possono dirsi *atti formalmente amministrativi* siccome emanati da organi del potere esecutivo ma *sostanzialmente normativi* in quanto contenenti norme destinate ad innovare l'ordinamento giuridico.

<sup>52</sup> Cfr. Vezio CRISAFULLI, "Atto normativo" in Enc. dir., Giuffrè, Milano, 1959, pag. 255.

<sup>53</sup> Delibera 20 maggio 1997 n. 61 (Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Aeeg) art. 5.

<sup>54</sup> In particolare, art. 5, comma 3, della citata delibera n. 61/97.

<sup>55</sup> Art. 5, comma 2, lett. a) e b) della citata delibera n. 61/97.

con le parti interessate <sup>56</sup>.

L'attribuzione ai privati, da parte dell'Autorità, di intervenire <sup>57</sup> e, quindi, di partecipare fattivamente al procedimento formativo delle direttive in parola deroga - per un verso - a quanto previsto dalla L. n. 241/90 <sup>58</sup>, che, come è noto, disciplina il procedimento amministrativo. Quest'ultima, infatti, pur riconoscendo il libero accesso ai documenti amministrativi come "*principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione ed assicurare l'imparzialità e la trasparenza*" (art. 22, comma 2) e riconoscendo, altresì, "*a qualunque soggetto* <sup>59</sup> *la facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo*" (art. 9), non altrettanto riconosce la partecipazione dei privati nei procedimenti diretti all'adozione degli atti normativi (art. 13, comma 1).

Per altro verso, tuttavia, la medesima L. 241/90 all'art. 11 (rubricato "*accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*") riconosce ai privati una forma di intervento partecipativo. Disponendo che l'amministrazione procedente può - in accoglimento delle osservazioni e proposte presentate dagli interessati intervenuti nel procedimento amministrativo, "*concludere accordi, con gli interessati medesimi, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*" - sembra potersi concludere che, analogamente a quanto accade per le direttive, anche il provvedimento all'esito adottato possa considerarsi pattiziamente concordato.

A conferma della natura negoziale dell'accordo, il citato art. 11 prosegue statuendo che detti "*accordi devono essere stipulati, a pena di*

---

<sup>56</sup> Sul punto, mi sembra opportuno citare la direttiva Aeeg 18 ottobre 2001 n. 229 - che, in seguito, sarà più ampiamente richiamata - con la quale sono state definite le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali, considerate "inderogabili" per i clienti del mercato vincolato e "di riferimento" per i clienti del mercato libero. La direttiva *de qua*, infatti, è il frutto di una lunga negoziazione dell'Autorità con le parti interessate, gli esercenti il servizio e le associazioni maggiormente rappresentative.

<sup>57</sup> In dottrina, si è affermato che le disposizioni che attribuiscono la facoltà di intervento non sarebbero che "una generosa concessione" (in tal senso, cfr. Giulio NAPOLITANO e Andrea ZOPPINI, "*Regolamentazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*" in L'autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 135).

<sup>58</sup> Ora modificata dalla Legge 11.2.2005 n. 15.

<sup>59</sup> In particolare, la norma citata (rubricata "Intervento nel procedimento"), introdotta dall'art. 21 della Legge 11.2.2005 n. 15, precisa che "*sia portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.*"

*nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti” e che ad essi sono applicabili in quanto compatibili, “i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”*<sup>60</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono in ordine alla natura, per lo più, normativa delle direttive ed, in genere, delle determinazioni dell’Aeeg incidenti sul regolamento negoziale, il potere regolamentare attribuito dal legislatore primario (la L. 481/95 ed il D.lgs. 79/99) all’Autorità di regolazione sembra essere frutto di una sorta di “delegificazione” della materia laddove il legislatore primario, in luogo di procedere alla diretta disciplina della stessa, ne demanda interamente il compito all’Autorità amministrativa indipendente.

In entrambi i casi oggetto della presente analisi, infatti, norme di rango primario (art. 2, co. 12, lett. h e co. 37, L. 481/95 e art. 6, co. 1, D.lgs. 79/99) hanno attribuito all’Aeeg, rispettivamente nel mercato vincolato e nel mercato libero, il potere di emanare direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi aventi la peculiare efficacia di incidere sul regolamento di servizio predisposto dall’ente esercente, così da modificarlo ed integrarlo, ed il potere di determinare, con appositi provvedimenti (non qualificati), talune clausole negoziali e regolamentazioni tecniche da inserire nei contratti bilaterali di fornitura.

Sebbene la contrattazione esercente/cliente finale - come s’è detto più volte - si espliciti nei due tipi di mercati secondo modalità ed in termini affatto diversi, sembra tuttavia verificarsi, in entrambi, la medesima peculiare ipotesi di eterodeterminazione contrattuale: l’inserimento obbligatorio di clausole<sup>61</sup> suscettibili di adempimento o di inadempimento. Clausole che, al contempo, contengono l’imposizione di un obbligo (per il gestore del servizio) ed il riconoscimento di un diritto (per il cliente finale).

E valga il vero.

---

<sup>60</sup> Dottrina autorevole ha parlato di “atto amministrativo negoziato” (cfr. in tal senso Gregorio GITTI *“Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti”* in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti* a cura di G. Gitti, *op. cit.* pag. 104).

<sup>61</sup> In tal senso, in dottrina si veda Mauro ORLANDI, *“Autonomia privata e autorità indipendenti”* in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti* a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 82 ss.

Nel mercato vincolato, le “direttive” contenenti prescrizioni sia di natura tecnica (in tema di livelli qualitativi del servizio) sia di natura negoziale (condizioni minime di fornitura) si atteggiavano quali vincoli inderogabili *in pejus*: tant’è che sono modificabili dall’esercente solo se più favorevoli per l’utente.

Si risolvono, in concreto, nella imposizione agli esercenti dell’obbligo di erogare il servizio pubblico rispettando determinati canoni qualitativi <sup>62</sup>. Sia specifici (con i quali viene assicurato all’utente, per esempio, il tempo massimo dei preventivi per l’esecuzione di lavori o di esecuzione degli stessi; il tempo massimo per la attivazione, disattivazione e riattivazione della fornitura) sia generali (con i quali, invece, devono essere garantite percentuali minime di richieste di preventivi per l’esecuzione di lavori complessi, richieste di esecuzione di lavori complessi ecc.).

Si esauriscono, infine, nell’obbligo che vengano garantite agli utenti determinate condizioni “minime” di fornitura (per esempio, attinenti a modalità e tempi di sospensione della fornitura in caso di morosità del cliente; a modalità e procedure di inoltro del reclamo secondo l’apposito modulo consegnato al cliente all’atto della stipulazione del contratto di fornitura ed ogni qual volta ne faccia apposita richiesta, al deposito cauzionale ed altre forme di garanzia ecc.).

Il gestore è obbligato ad adottare, dunque, quelle clausole secondo il contenuto determinato dall’Autorità (a seconda dei casi, più tecnico o negoziale), inserendole tra le condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte, contenute nel regolamento di servizio che, come s’è detto, costituisce lo schema negoziale “standardizzato” da sottoporre poi alla adesione del cliente finale.

Nel mercato libero l’Autorità provvede direttamente alla stesura di talune clausole che entrambe le parti, sebbene in grado di negoziare su un

---

<sup>62</sup> Sul punto, si ricordi che le deliberazioni Aeeg n. 201/1999 e n. 47/2000 (già citate alla nota 22) prevedono espressamente la “imposizione” a tutti gli esercenti del mercato vincolato del raggiungimento dei livelli di qualità ivi indicati.

tendenziale piano di parità, “devono” <sup>63</sup> prevedere e parimenti inserire nei contratti di fornitura.

Se è vero dunque che, anche in tal caso, il precetto dell’Autorità si traduce nella imposizione (questa volta) ad entrambe le parti, dell’obbligo non solo di convenire la clausola secondo il contenuto dalla stessa determinato, ma addirittura di inserirla ove mai le parti medesime l’abbiano omessa, è altrettanto vero che - soprattutto in tale ipotesi - il precetto in parola contenga ed esprima altresì il riconoscimento di un “diritto” (o comunque di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela) in capo alle medesime parti.

Basti pensare, ad esempio, alla clausola che attribuisce alle parti la facoltà di recesso - con preavviso non superiore a sei mesi per il cliente e ad un anno per il fornitore - ovvero alla clausola risolutiva espressa, di cui ciascuna potrà avvalersi ritenendo così risolto di diritto il contratto <sup>64</sup>.

Ed ancora.

Entrambi i “mercati” sono, altresì, accomunati dal cd. “indennizzo automatico” (su cui ci si soffermerà più diffusamente nel successivo paragrafo) al quale l’ esercente è tenuto nei confronti dell’utente, nell’importo e secondo le modalità all’uopo definiti dall’Autorità <sup>65</sup>, per il caso di inadempimento (erogazione del servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio o nelle direttive emanate ai sensi della lettera h, comma 12 dell’art. 2 L. 481/95 e di mancato rispetto delle clausole contrattuali).

In ciò palesandosi, ancor di più, la natura precettiva della norma autoritativa.

Al di là della irrogazione di tale sanzione pecuniaria - prevista in una logica prevalentemente risarcitoria - il legislatore non chiarisce, però, quale sia

---

<sup>63</sup> L’espressione già di per sé sola esprime l’imposizione di un obbligo.

<sup>64</sup> Cfr. la deliberazione Aeeg n. 78/99 art. 1, lettere a) e b) (in tale ultimo caso, la delibera ipotizza la risoluzione di diritto nel caso in cui l’acquirente perda il diritto alla qualifica di cliente idoneo).

<sup>65</sup> Così prevede l’art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95.

la sorte delle clausole che (unilateralmente predisposte o pattizamente concordate) si discostino dalla quella autoritativamente imposta. Limitandosi ad affermare, come s'è detto, che le direttive di cui all'art. 2, co. 12, lett. h L. 481/95 "modificano" o "integrano" il regolamento di servizio e che le clausole negoziali determinate ai sensi dell'art. 6 D.lgs. 79/99 "si inseriscono" nel contratto bilaterale di fornitura.

Né alcuna soluzione è prevista per l'ipotesi di "omissione" della clausola autoritativa. Per il caso, cioè, in cui l'esercente non la introduca tra le condizioni generali del regolamento di servizio, oppure le parti non la inseriscano nel contratto di fornitura.

Ebbene, in tali casi, la clausola autoritativa dovrebbe considerarsi egualmente "operante ed operativa".

Solo in tale prospettiva, infatti, rivestirebbero valenza e significato giuridici - al di là delle improprietà letterali - le espressioni adottate ("modifica", "integrazione", "inserimento").

Diversa, invece, l'ipotesi in cui l'esercente predisponga (o le parti negozino) il contenuto di una clausola secondo un contenuto (totalmente o parzialmente) difforme rispetto a quanto stabilito dall'Aeeg. Ad esempio, disciplinando - nel primo caso - diverse modalità di sospensione della fornitura in caso di morosità del cliente vincolato <sup>66</sup>, oppure riconoscendo - nel secondo caso - la facoltà al cliente idoneo di recedere con un preavviso più breve di quello stabilito dall'Autorità <sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Ed infatti con delibera n. 200/99 l'Aeeg ha previsto (all'art. 8) che, in caso di mora del cliente, l'esercente prima di sospendere la fornitura di energia elettrica sia tenuto ad inviargli una comunicazione scritta - che ha valore di costituzione in mora - a mezzo raccomandata indicante il termine ultimo entro cui provvedere alla adempimento, le modalità di comunicazione dell'adempimento stesso all'esercente ed i tempi entro i quali, in costanza di mora, la fornitura potrà essere sospesa. In linea generale, l'esercente non può sospendere la fornitura al cliente in assenza della predetta comunicazione scritta. Salvo talune ipotesi (art. 8 comma 4) in cui la sospensione è consentita anche senza detto preavviso (cause oggettive di pericolo; appropriazione fraudolenta di energia elettrica). Ed ancora, l'art. 8 prosegue poi prevedendo i casi di esclusione della sospensione della fornitura. Analoghe disposizioni sono previste dall'art. 9 della delibera n. 229/01 per la fornitura del gas.

<sup>67</sup> Come s'è detto precedentemente, l'Aeeg con la delibera n. 78/99 ha riconosciuto ad entrambe le parti il diritto di recesso dietro il preavviso di sei mesi per il cliente idoneo e di un anno per il fornitore (art. 1).

Orbene, la clausola autoritativamente imposta - val bene ripetere - non contiene in sé, per genesi e natura, la forza cogente cui possa conseguire, in caso di assenza o difformità nella previsione dalle parti, la “sostituzione automatica” di quella adottata.

Il legislatore primario (art. 2, co. 12, lett. h L. 481/95 e art. 6, co. 1, D.lgs. 79/99), attraverso il processo di delegificazione di cui s’è detto, si è limitato a demandare all’Authority il potere di enucleare (a seconda dei casi) parte significativa del contenuto negoziale, ovvero soltanto talune clausole.

Senza, tuttavia, comminare espressamente la nullità della clausola difforme e, quindi, limitare l’autonomia contrattuale ai sensi del primo comma dell’art. 1322 c.c..

In difetto, dunque, di una espressa previsione in tal senso, la validità della clausola negoziale difforme non sembra poter essere inficiata da quella autoritativa di pari rango (sia che si riconosca la natura regolamentare sia che, diversamente opinando, si opti per la natura amministrativa).

D’altra parte, ove si volesse affermare la nullità della clausola pattizia incompatibile con quella regolamentata dall’Aeeg, sarebbe una palese forzatura il sostenere la ricorribilità della cd. nullità “*in bianco*”, i cui confini di operatività vengono definiti *per relationem*. Questa risulterebbe - in tesi - ipotizzabile nel solo caso in cui il legislatore primario avesse richiamato una fonte di determinazione pariordinata, anziché rimettere - come invece nel caso di specie - la individuazione del nucleo precettivo della norma ad un atto (variamente configurato) dell’autorità indipendente”<sup>68</sup>.

Né può ingenerare equivoco, per la contraria tesi, l’espressione “inserimento” talvolta utilizzata dal legislatore. Questa infatti dev’essere intesa nel senso di “obbligatorio”, non già di “automatico” ai sensi dell’art. 1339 c.c., il quale - come è noto - prevede che “*le clausole, i prezzi di beni o servizi imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*” .

---

<sup>68</sup> Così Giuseppe AMADIO, “Autorità indipendenti e invalidità del contratto” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 220 ss.

D'altronde, senza addentrarsi in ulteriori analisi ed interpretazioni, appare sufficiente - almeno in questa sede - ribadire che la “sostituzione automatica” implica necessariamente il confronto o, più propriamente, il “giudizio di conformità” della clausola negoziale rispetto alla norma primaria imperativa. Cui consegue, in caso di incompatibilità, solo la nullità parziale della clausola ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418, comma primo, c.c.

**3) il cd. indennizzo automatico e risarcimento del danno (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95).**

Come s'è già ricordato, il legislatore attribuisce all'Aeeg il potere di *“determinare i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente”*, nelle ipotesi in cui l'esercente medesimo non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio o nelle direttive emanate ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h. (art. 2, co. 12, lett. g, L. 481/95).

In attuazione di tale norma, l'Aeeg con deliberazioni n. 201/99 e n. 47/00 (relative, rispettivamente, al servizio di distribuzione e vendita di energia elettrica e di gas), nel prevedere ed imporre agli enti erogatori *standard* qualitativi dei detti servizi, ha definito, per ciascuna categoria di utenza (bassa e media tensione; domestici e non domestici), gli importi di tale indennizzo da applicarsi in caso di mancato rispetto dei (soli) livelli qualitativi specifici (non anche quelli generali) <sup>69</sup>, le modalità di corresponsione all'utente <sup>70</sup> ed i casi di esclusione dell'indennizzo medesimo <sup>71</sup>.

In particolare, ha stabilito che l'indennizzo automatico – negli importi prestabiliti – venga, in ogni caso, corrisposto all'utente attraverso la detrazione dall'importo addebitato nella prima fatturazione utile e, comunque, entro novanta giorni dalla scadenza del tempo massimo previsto per l'esecuzione

---

<sup>69</sup> Cfr. art. 24 (tabella 4) della delibera n. 201/99 e art. 24 (tabella 3) della delibera n. 47/00.

<sup>70</sup> Cfr. artt. 25 di entrambe le delibere n. 201/99 e n. 47/00.

della prestazione richiesta dall'utente ovvero dalla data dell'appuntamento personalizzato (ove l'utente lo abbia espressamente richiesto).

Nell'ipotesi in cui l'importo della prima fatturazione addebitata all'utente sia inferiore all'entità dell'indennizzo automatico, la fatturazione dovrà evidenziare un "*credito a favore dell'utente*", che sarà detratto dalle successive fatturazioni (fino a totale esaurimento del credito relativo all'indennizzo) oppure corrisposto all'utente mediante rimessa diretta. In caso di mancata corresponsione entro i termini di cui sopra, l'entità dell'indennizzo potrà aumentare fino al doppio e fino al quintuplo. Esso sarà, invece, escluso nei casi di forza maggiore; per causa imputabile esclusivamente all'utente o nel caso in cui quest'ultimo non sia in regola con i precedenti pagamenti.

Orbene, va subito sottolineato come l'introduzione dell'indennizzo a carico dei soggetti erogatori inadempienti costituisca, anzitutto, un'innovazione nella cd. "regolamentazione" dei servizi pubblici (a seguito della privatizzazioni, svolti in forma imprenditoriale e, quindi, soggetti, a norme di diritto privato), introdotta dalla più volte citata Legge n. 481/95, ad opera degli "organismi indipendenti".

Un precedente in tal senso è, senz'altro, offerto dalle forme di "rimborso" appositamente previste dagli esercenti, ed assicurate agli utenti, nella Carta dei servizi dagli stessi, adottata sulla scorta dei fattori e dei principi imposti dalla Direttiva Ciampi <sup>72</sup>.

Ma, al di là dall'uso del diverso termine "indennizzo", quest'ultimo si differenzia e caratterizza, nel concreto, per il fatto che la sua determinazione sia demandata all'Autorità (e non già agli esercenti); che esso sia previsto non solo in caso di violazione degli *standard* qualitativi estendendosi, anche, all'ipotesi di violazione delle clausole contrattuali; da ultimo, che la sua applicazione sia "automatica" (nel senso che operi a prescindere dalla domanda

---

<sup>71</sup> Cfr. artt. 26 di entrambe le delibere n. 201/99 e n. 47/00.

<sup>72</sup> In particolare, l'art. 6, commi 1 e 2, parte seconda della direttiva 27.1.1994 impone agli erogatori di assicurare agli utenti forme di rimborso nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli standard pubblicati e stabiliscono che le procedure di rimborso devono essere tali da non rendere difficile, per complessità, onerosità o durata l'esercizio del diritto dell'utente.

dell'utente e dalla prova del danno effettivamente patito).

L'espressione "indennizzo" (o anche indennità) viene generalmente utilizzata dal legislatore ogni qual volta la responsabilità patrimoniale discenda da un "atto lecito dannoso"<sup>73</sup>.

In ogni caso, esso non differisce dal "risarcimento del danno" quanto alla misura della riparazione comprensiva, come la stessa intende essere, delle perdite subite e dei mancati guadagni<sup>74</sup> (danno emergente e lucro cessante).

Orbene, nel caso che ne occupa, il diritto dell'utente alla corresponsione "automatica" dell'indennizzo nell'importo predeterminato dall'Autorità sorge al verificarsi di un atto (violazione di *standard* qualitativi ed inadempimento contrattuale) produttivo di un danno del quale - come appresso si dirà - non deve essere provata la sussistenza né l'entità effettivamente patita.

La predeterminazione del *quantum* e l'applicazione automatica dell'indennizzo a fronte del verificarsi di un'ipotesi di inadempimento contrattuale per causa imputabile all' esercente sembrano, dunque, assolvere in via principale ad una funzione risarcitoria, benché dalla legge non esplicitata.

In ciò l'indennizzo automatico potrebbe accostarsi, per certi versi, all'istituto della "clausola penale" prevista nell'art. 1382 c.c., con la quale - come è noto - *"si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione"* (primo comma). Benché quest'ultima contempli anche l'ipotesi del "ritardo" nell'adempimento non previsto, invece, per l'indennizzo<sup>75</sup>.

Al riguardo, è sufficiente richiamare che la clausola penale è una pattuizione accessoria, introdotta per rafforzare il vincolo contrattuale, con la previsione della liquidazione "preventiva e forfettaria del danno" che una parte

---

<sup>73</sup> Cfr. art. 1381 c.c. (promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo); ART. 843 c.c.(accesso al fondo ; art. 924 c.c. (sciame d'api).

<sup>74</sup> In tal senso, si veda in dottrina Pietro RESCIGNO, *"Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali"* in Enc. Dir., Vol. XXIX, Milano, 1979, pag. 157.

<sup>75</sup> Sull'argomento si veda Giulio NAPOLITANO, *"Gli indennizzi automatici agli utenti di servizi pubblici"* in Danno e respons. civ. 1996, 15 ss.. Aderisce alla tesi della qualificazione dell'indennizzo quale clausola penale Marco CAMMELLI, *"La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi"* in D. Sorace (a cura di) *"Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale"*, Cedam, Padova, 1998, pag. 3 ss.

potrebbe patire a fronte dell'inadempimento (o del ritardo nell'adempimento) dell'altra.

I contraenti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale di cui all'art. 1322, primo comma, c.c., vanno in tal modo a disciplinare *“gli effetti dell'inadempimento”*<sup>76</sup> limitando *“il risarcimento alla prestazione promessa”*, la quale *“è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”* (art. 1382, comma secondo c.c.). Nel caso in cui, invece, abbiano espressamente previsto la *“risarcibilità del danno ulteriore, la clausola penale costituisce solo una liquidazione anticipata del danno, destinata a rimanere assorbita, nel caso di prova di ulteriori e maggiori danni, nella liquidazione complessiva di questi”*. Se poi *“la parte adempiente non voglia limitare la propria richiesta alla penale pattuita ma intenda richiedere la liquidazione del danno subito deve dimostrarne l'effettiva entità”*<sup>77</sup>.

Invero, anche l'indennizzo, al pari della penale, è oggetto di una clausola predeterminata (quanto al contenuto, all'entità, all'ambito di applicazione e/o esclusione ed alle modalità di accredito). Ma, pur volendo accomunare l'uno e l'altra in punto di funzione risarcitoria, il primo difetta della connotazione, propria della seconda, di liquidazione *“convenzionale del danno fissata antecedentemente dalle parti”*<sup>78</sup>.

La predeterminazione dell'indennizzo è, piuttosto, il “risultato” della imposizione (agli esercenti) da parte dell'Autorità di un obbligo per il quale si prefissano le conseguenze dell'inadempimento.

Il legislatore statuisce, appunto, che sia l'Autorità a determinare i “casi” in cui è dovuto l'indennizzo (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95).

Essa procede a “selezionare” il tipo ed il numero di *standard* e di clausole contrattuali il cui mancato rispetto sia fonte dell'obbligo di indennizzo, nonché l'importo dell'indennizzo differenziato per ciascuna categoria di utenza.

---

<sup>76</sup> App. Roma, Sez. III, sentenza 13.12.2005; Trib. Monza 30.5.2005. <sup>76</sup> Così, Cass., Sez. II Civ. 22.7.2005 n. 15371.

<sup>77</sup> Così, Cass., Sez. II Civ. 22.7.2005 n. 15371.

<sup>78</sup> Cfr. in particolare Cass. n. 6561/91; Cass. n. 11204/98.

Quanto ai primi (livelli qualitativi), nonostante la genericità della lettera della norma citata (la quale richiama l'ipotesi della erogazione del servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento del servizio e determinati nelle direttive di cui all'art. 2, comma 12, lett. h L. 481/95), l'Autorità ha limitato l'applicazione dell'indennizzo al mancato raggiungimento dei livelli "specifici" di qualità, non anche estendendolo a quelli generali.

Quanto alle seconde (clausole contrattuali), non è dato rinvenire nella legge istitutiva richiamata né nelle delibere dell'Autorità quali siano tali clausole né quale sia il criterio selettivo.

Ed ancora, la clausola penale postula, per la sua operatività, l'accertamento giudiziale dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento. Sicché il creditore dovrà limitarsi a fornire la prova dell'inadempimento contrattuale della controparte e non anche la prova dell'esistenza del danno subito e del suo ammontare. E il debitore, dal suo canto, non potrà liberarsi dall'obbligo di prestare la penale provando l'inesistenza del danno. Salvo, s'intende, che sia stata convenuta la "risarcibilità del danno ulteriore" e, in tal caso, nei limiti dello stesso.

Per l'indennizzo, invece, la "automaticità" della sua applicazione indurrebbe a pensare - in difetto di contraria disposizione - che l'Autorità proceda direttamente all'accredito in favore dell'utente, nei termini di cui sopra s'è detto, ogni qual volta, all'esito della (generica) attività di controllo "*dello svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso e di acquisizione della documentazione e delle notizie utili*" (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95), ravvisi un'ipotesi di inadempimento dell'esercente. Vale a dire, a prescindere sia da qualsivoglia reclamo o segnalazione da parte dell'utente, sia da un previo procedimento deliberativo.

In tal modo opinando, tuttavia, l'automatica applicazione dell'indennizzo finirebbe con il costituire una "deroga" al procedimento, deliberato dall'Aeeg, relativamente alla formazione delle decisioni di sua competenza (già richiamato precedentemente in punto di formazione di atti

normativi)<sup>79</sup>.

Tale procedimento infatti prevede che l'Autorità - in relazione a notizie o elementi acquisiti d'ufficio o su istanze, reclami o segnalazioni proposti da parte di utenti o consumatori, singoli o associati "*in ordine al rispetto dei livelli qualitativi*" (ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. m, L. 481/95) che siano "*tali da costituire possibili presupposti all'esercizio delle proprie competenze - può deliberare - anzitutto - una istruttoria conoscitiva al fine di verificare se sussistono le condizioni per gli interventi di competenza*"<sup>80</sup>. Qualora poi, all'esito, siano stati effettivamente acquisiti elementi di conoscenza tali da far ritenere fondati i presupposti per l'adozione di una decisione di sua competenza, in tal caso l'Autorità "*delibera l'avvio dell'istruttoria formale*" della quale viene data "*idonea pubblicità nelle forme ritenute più opportune*"<sup>81</sup>.

Ciò posto, nonostante la legge istitutiva, per un verso, taccia sulle modalità di applicazione dell'indennizzo, limitandosi a definirlo "automatico"; e, per altro verso, non escluda l'applicabilità del procedimento di formazione delle decisioni dell'Aeeg anche al provvedimento che disponga l'indennizzo, una siffatta ipotesi interpretativa non sembra percorribile.

Ed ancora in punto di "automaticità".

Essa disvela un limite ulteriore della funzione regolativa dell'Autorità.

L'indennizzo viene applicato, come s'è detto, a prescindere dalla prova del danno effettivamente patito dall'utente.

Di talché la discrezionale quantificazione dell'importo relativo potrebbe non essere commisurata esattamente al danno subito dall'utente nel caso specifico.

Se, dunque, l'automaticità, da un parte, è posta a garanzia dell'utente, cui viene riconosciuto il diritto di percepire il *quantum* prestabilito dall'Autorità, con esonero della prova del danno patito, dall'altra parte, all'Autorità è preclusa sia la valutazione del "maggior danno" rispetto a quello

---

<sup>79</sup> Delibera Aeeg 20 maggio 1997 n. 61, già citata.

<sup>80</sup> Art. 3 della delibera Aeeg n. 61/97.

coperto dall'indennizzo sia la conseguente condanna dell'esercente al relativo risarcimento.

Con la conseguenza che, ove mai l'utente intenda far valere la risarcibilità del danno ulteriore, mai potrà rivolgersi all'Autorità, ma dovrà necessariamente adire l'autorità giudiziaria invocando l'applicazione dell'art. 1224, comma secondo, c.c. (sull'assunto che l'indennizzo costituisce un "debito di valuta" e non di valore <sup>82</sup>) con l'onere di provare di avere subito un danno maggiore rispetto a quello coperto dall'indennizzo.

Altra norma prevede, poi, l'applicazione di un indennizzo. Sebbene in termini non esplicitamente "automatici".

L'art. 2, comma 20, lett. d, L. 481/95 dispone - infatti - che l'Autorità, sempre mediante l'adozione di "direttive" (art. 3, comma 3, della medesima legge), possa ordinare *"al soggetto esercente la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo ai sensi del comma 12, lett. g)* - che, come s'è detto, dispone l'applicazione dell'indennizzo in forma "automatica" - *l'obbligo di corrispondere un indennizzo".*

Pur in difetto di una previsione esplicita, il richiamo al comma 12, lett. g, potrebbe comportare che, anche in tal caso, l'applicazione dell'indennizzo sia "automatica".

Senonché, l'applicazione dell'indennizzo finirebbe con l'assolvere in siffatta ipotesi ad una funzione più "sanzionatoria" e "punitiva" (intesa anche nel senso di stimolo per l'ente erogatore all'adempimento <sup>83</sup>) piuttosto che "risarcitoria".

L'attività regolativa dell'Autorità non si esaurisce - come appresso si vedrà - nel fissare una serie di regole ed imporre taluni vincoli agli esercenti i servizi. Si estende, invece, anche alla successiva attività di controllo e monitoraggio dello svolgimento dei servizi ad opera degli esercenti. Per culminare nell'adozione di una serie di determinazioni, direttamente incidenti

---

<sup>81</sup> Art. 4 della delibera Aeeg n. 61/97.

<sup>82</sup> Cfr. tra l'altro Cass. 8.4.1998 n. 3641.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. n. 6561/91.

sulla modalità di erogazione dei servizi<sup>84</sup> e sui singoli rapporti di utenza.

Certamente non v'è chi non veda come le espressioni utilizzate dal legislatore “*comportamenti lesivi dei diritti degli utenti*” al pari dell’ “*ordine di cessazione*” siano assolutamente generiche. Potendo comprendere, l’una, molteplici ipotesi e, l’altra, estrinsecarsi in forme e modalità diverse (inibitorie, sanzionatorie, etc.), ma tutte caratterizzate da ostacoli applicativi a causa dei limiti dei poteri dell’Autorità.

Nel caso in cui l’Aeeg - ad esempio - constati l’indebito rifiuto da parte dell’esercente di erogare una determinata prestazione, con conseguente inevitabile pregiudizio per l’utente, in forza della norma citata potrà ordinare all’esercente la cessazione della condotta lesiva e potrà condannarlo al pagamento di una sanzione pecuniaria a titolo di indennizzo.

Il suo intervento, tuttavia, mai potrà tradursi in un provvedimento che abbia la medesima efficacia di una sentenza costitutiva emessa dal giudice ai sensi e per gli effetti dell’art. 2932 c.c.<sup>85</sup>.

Tant’è che l’utente potrà tutelare il proprio diritto all’adempimento del contratto di fornitura, stipulato con l’esercente inadempiente, con i normali strumenti di diritto comune dinanzi al giudice ordinario. Parimenti l’esercente, dal suo canto, potrà proporre ricorso avverso tale provvedimento dinanzi all’autorità giudiziaria amministrativa (ai sensi dell’art. 2, comma 25, L. 481/95).

Un’ultima breve considerazione va aggiunta a conferma della dedotta lacunosità, sotto altro profilo, e contraddittorietà di talune norme della più volte citata legge istitutiva.

Nel caso appena richiamato, s’è detto che l’indennizzo (sia esso in forma automatica o non), risolvendosi in buona sostanza nella irrogazione di una sanzione pecuniaria, assolve ad una funzione sanzionatoria-punitiva della

---

<sup>84</sup> Come poi si vedrà, l’art. 2, comma 12, lett. m L. 481/95 che attribuisce all’Aeeg la possibilità di modificare le modalità di esercizio procedendo alla “*revisione del regolamento di servizio*”.

<sup>85</sup> In tal senso, si veda in dottrina anche Giulio NAPOLITANO “*Servizi pubblici e rapporti di utenza*”, *op. cit.*, pag. 335.

condotta dell'esercente.

Se così è, non si spiega tuttavia come mai il legislatore *“in caso di inosservanza dei propri provvedimenti, in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse alla effettuazione dei controlli ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri* (art. 2, comma 20, lett. c, L. 481/95) preveda che l'Aeeg commini una *“sanzione amministrativa pecuniaria”* e non già un indennizzo, se la stessa assolve alla medesima funzione punitiva.

## ***Titolo II: Funzione giustiziale***

**4) interventi sulle modalità di erogazione dei servizi: i poteri di “modifica” e di “revisione” del regolamento di servizio (art. 2, comma 12, lett. m, L. 481/95) ed i provvedimenti cautelari (art. 2, comma 20, lett. e, L. 481/95)**

Come s'è anticipato poc'anzi, il sistema regolativo introdotto dalla L. 481/95 ed affidato alle Autorità amministrative indipendenti non si risolve unicamente nella predisposizione ed imposizione (agli enti erogatori) di precetti vincolanti, ma si estende piuttosto ad un insieme complesso di controlli successivi sulle modalità di svolgimento dei servizi.

Tra questi, alcuni controlli si svolgono *“in forma non contenziosa”* esaurendosi principalmente in un'attività continua di *“monitoraggio”* in punto di adozione della Carta di servizi da parte di ciascun esercente (art. 2, comma 12, lett. p) e di pubblicizzazione delle condizioni di svolgimento dei servizi idonee a garantire la massima trasparenza, concorrenzialità e libera scelta degli utenti (art. 2, comma 12, lett. l). In generale, mediante l'esercizio di poteri di ispezione, di accesso e di acquisizione di informazioni o documenti utili (art. 2, comma 12, lett. g). Nonché in *“rilevazioni periodiche”*, come nel caso di verifica della congruità delle misure adottate dai soggetti esercenti al fine di controllare periodicamente la qualità e la efficacia delle prestazioni, se del caso anche acquisendo la valutazione degli utenti, e nell'assicurare sollecita risposta

a reclami, istanze e segnalazioni sul rispetto dei livelli qualitativi (art. 2, comma 12, lett. n).

Altri controlli, invece, sono esercitati dall'Autorità "in forma contenziosa" per accertare la rispondenza del comportamento imprenditoriale degli enti esercenti alle regole che presiedono allo svolgimento dell'attività.

Ed hanno natura, per così dire, "eventuale", siccome esercitati dall'Autorità solo nell'ipotesi in cui si presentino "disfunzioni" nella attività erogativa dei servizi pubblici, rilevate d'ufficio oppure sollecitate da reclami ed istanze di utenti o consumatori.

Tali sono i poteri generalmente definiti "giustiziali" (o anche "paragiurisdizionali), atteso che postulano un "conflitto" tra i soggetti amministrati (esercenti ed utenti) rispetto al quale si pongono in posizione risolutiva (come nel caso delle procedure di arbitrato e di conciliazione) oppure di mero intervento.

In tale ultimo caso, poi, i poteri possono estrinsecarsi nell'adozione di provvedimenti che vanno ad incidere sul rapporto di utenza (come nel caso dell'"ordine di cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti" di cui al citato art. 2, comma 20, lett. d, L. 481/95, poc'anzi citato) ovvero, come nel caso che ne occupa, direttamente sulle modalità di erogazione del servizio.

Ed infatti.

L'Autorità nel valutare *"reclami, istanze e segnalazioni presentate da utenti, consumatori in ordine al rispetto dei livelli qualitativi da parte dei soggetti esercenti il servizio"* può, conseguentemente, intervenire nei confronti degli esercenti il servizio *"imponendo, ove opportuno, le modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al comma 37"*(art. 2, co. 12, lett. m, L. 481/95).

Orbene, in tal caso, non è dato desumere dal dettato letterale quale sia, anzitutto, il provvedimento adottato nel concreto (se direttiva, determinazione, regolamento o altro).

Il legislatore invero si limita a "descriverne" - ed, in ogni caso, molto approssimativamente - gli effetti. I quali sembrerebbero avere (ma solo

apparentemente) una duplice direzione: da una parte, investono “le modalità di esercizio” così da imporre (agli esercenti) la relativa modifica; dall'altra, riguardano il “regolamento di servizio”, del quale è l'Autorità (e non gli esercenti) a procedere direttamente alla “revisione”.

Certo è che il presupposto comune per l'adozione di entrambi i provvedimenti è il “mancato rispetto dei livelli qualitativi” del servizio erogato, rispetto (presumibilmente) a quelli definiti ed imposti dall'Autorità nelle direttive adottate ai sensi della lettera h dell'art. 2, comma 12, L. 481/95 che (si ripeta) modificano o integrano il regolamento di servizio predisposto da ogni esercente, ai sensi del comma 37 dell'art. 2, L. 481/95.

E ciò giustificherebbe le segnalazioni degli utenti.

Anche se è dato rilevare che l'Autorità - nel concreto - abbia adottato siffatti provvedimenti anche al di fuori di un procedimento (che, come s'è visto, presuppone l'apertura dell'istruttoria, prima conoscitiva e poi formale).

Così come nel caso della deliberazione n. 200/99, con la quale l'Aeeg - muovendo dalla constatazione che l'ampio numero di reclami, istanze e segnalazioni ricevute con riferimento ai livelli qualitativi (e, quindi, ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. m) evidenziasse, già di per sé, *“un'area di scarsa equità contrattuale nei rapporti di fornitura di energia elettrica con i clienti vincolati”* - ha fissato le “condizioni minime di fornitura” imponendo agli esercenti di applicarle inderogabilmente ai citati contratti (ed, ancora prima, al regolamento di servizio).

E dire che il “regolamento di servizio” costituisce, come s'è detto, lo schema contrattuale contenente le condizioni generali di contratto, predisposte unilateralmente dall'ente erogatore, ed applicate, poi, in via standardizzata ad ogni contratto di fornitura successivamente stipulato con i clienti “vincolati”.

In tal modo, i provvedimenti adottati dall'Autorità all'esito della valutazione delle istanze degli utenti, andando ad incidere sul regolamento (in termini di “modifica” e di “revisione”) e, quindi, sulle condizioni generali predisposte dall'esercente (ed, eventualmente, già integrate dall'Aeeg), finiscono con il produrre effetti non solo limitati al caso specifico (o meglio, al

singolo contratto, in corso di esecuzione, stipulato tra un certo fornitore ed un tale utente), ma tali da incidere, invece, anche sulla futura attività contrattuale di una pluralità di soggetti erogatori <sup>86</sup>.

Ed ancora.

Il legislatore prevede, infine, un ulteriore intervento sulle modalità di erogazione del servizio. Stavolta di natura “cautelare”. Statuisce, infatti, che l'Autorità “*può adottare - nell'ambito della procedura di arbitrato e di conciliazione - provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità della erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente*” (art. 2, comma 20, lett. e, L. 481/95).

La norma richiamata sembra riprodurre – per alcuni versi – il disposto di cui all'art. 2, comma 20, lett. d, L. 481/95 (prima richiamato), il quale prevede che l'Autorità, a fronte di comportamenti degli esercenti lesivi dei diritti degli utenti, possa ordinarne la cessazione imponendo loro il pagamento di un indennizzo. Benché quest'ultimo, nel caso che ne occupa, non sia previsto.

Certo è che, ancora una volta, il legislatore denuncia evidenti lacune non chiarendo, in alcun modo, la natura del provvedimento adottato con il quale, da una parte, assicura la continuità del servizio e, dall'altra, inibisce gli abusi dell'esercente.

In ogni caso, la qualificazione del provvedimento come “*temporaneo*” ne lascia intendere la natura cautelare e, quindi non definitiva.

Il che non può che aggiungere perplessità a perplessità.

Anzitutto, perché difetta in capo all'Autorità la funzione giurisdizionale che, peraltro, il legislatore vorrebbe addirittura attribuirle “*ex officio*”.

Poi perché il diritto dell'utente all'adempimento del contratto di fornitura è tutelato dagli ordinari strumenti del diritto comune.

Di guisa che non appare seriamente ipotizzabile un conflitto nel caso in

---

<sup>86</sup> In tal senso, cfr. Giulio NAPOLITANO, “*Servizi pubblici e rapporti di utenza*” op. cit., pag. 378.

cui l'utente, "ottenuto" dall'Autorità un provvedimento "provvisorio" (di natura inibitoria o ripristinatoria), consegua poi in sede giudiziale un diverso provvedimento cautelare.

### CAPITOLO III

#### AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

**Sommario:** *Titolo I: La qualità dei servizi.* 1) le “direttive” sui livelli di qualità di servizio (art. 1, comma 6, lett. b, n. 2, L. 249/97); *Titolo II: il settore radiotelevisivo:* 2) posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni: atti di pubblico richiamo e provvedimenti inibitori (art. 43 T.U. radiotelevisivo e Regolamento n. 646/06/CONS); *Titolo III: il settore della comunicazione politica:* 3) l'adozione di Codici di autoregolamentazione (art. 11 quater L. 28/2000 introdotto dalla L. 313/2003)

#### *Titolo I: La qualità dei servizi.*

**1) le “direttive” sui livelli di qualità di servizio (art. 1, comma 6, lett. b, n. 2, L. 249/97).**

La L. 481/95 ha istituito le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità rispettivamente competenti per il settore dell'energia elettrica ed il gas e per quello delle telecomunicazioni, entrambe preposte alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza (art. 2, comma 5), dettando “*i principi generali a cui si ispira la normativa relativa alle Autorità*” (art. 2, comma 2).

La legge citata - come s'è detto nel precedente capitolo - ha provveduto a disciplinare direttamente il settore dell'energia elettrica e del gas (art. 3), rinviando per le “telecomunicazioni” ad altri provvedimenti legislativi.

Tant'è che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (che di seguito sarà denominata Autorità o, più semplicemente, AGCom) è stata istituita successivamente con la Legge 31 luglio 1997 n. 249<sup>87</sup>, in sostituzione del “Garante per la radiodiffusione e l'editoria” di cui alla L. 223/90 il quale, a

---

<sup>87</sup> Unitamente alla citata Legge istitutiva, occorre ricordare che con Decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997 n. 318 è stato emanato il Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni, successivamente abrogato dal cd. Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D.lgs. 1 agosto 2003 n. 259.

sua volta, aveva già assorbito le competenze del precedente “Garante per l’editoria” (istituito con la L. 416/81).

L’AGCom, anch’essa definita dal legislatore - al pari dell’Aeeg - “Autorità di regolazione”, è munita di molteplici poteri e funzioni (appunto) di regolazione e di vigilanza del settore delle comunicazioni “di massa” ed “individuali”: taluni espressamente qualificati come “regolamentari”; altri di indirizzo, di definizione, di determinazione ed individuazione di criteri di comportamento e regole di condotta (non qualificati dal legislatore, in alcun modo).

Tant’è che essi difficilmente possono essere ricondotti ad un’unica tipologia. Soprattutto alla luce dell’ampio panorama legislativo <sup>88</sup> che, in continua evoluzione, disciplina i vari “settori” delle comunicazioni (settore televisivo, audiovisivo, elettronico).

La complessità e vastità della materia è confermata, altresì, anche dal riparto delle competenze normative tra i vari organi nei quali l’Autorità si articola:

- 1) il Consiglio <sup>89</sup> (più brevemente, CONS) al quale il legislatore affida buona parte del potere regolamentare, nonché una competenza per così dire “residuale” riservando allo stesso *“tutte le altre funzioni non espressamente attribuite alle Commissioni per le infrastrutture e le reti ed alla Commissione per i servizi ed i prodotti”* (art. 1, comma 6, lett. c, n. 14);
- 2) le Commissioni: quella *“per le infrastrutture e le reti”* (più brevemente,

---

<sup>88</sup> Ed infatti, all’originaria Legge istitutiva n. 249/97 ed al connesso d.p.r. n. 318/97 (già citato alla nota precedente), ora abrogato dalla entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche, si sono susseguite – solo per citare le più incisive – la legge n. 66/2001 (in materia di radiotelevisione in tecnica digitale), la Legge n. 28/2000 (in materia di accesso ai mezzi di comunicazione politica) successivamente modificata dalla Legge n. 313/2003 (recante disposizioni per l’attuazione del principio del pluralismo nella programmazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali), il D.lgs. n. 259/2003 (cd. Codice delle comunicazioni elettroniche), la Legge n. 112/2004 (cd. legge Gasparri) (in materia di assetto del sistema radiotelevisivo, sia pubblico che privato), la Legge n. 215/2004 (in materia di risoluzione di conflitti di interessi) nonché il D.lgs. n. 177/2005 (cd. Testo Unico della radiotelevisione).

<sup>89</sup> Cfr. Fernando BRUNO-Gilberto NAVA “Il nuovo ordine delle comunicazioni: radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria. Guida alla regolamentazione del settore aggiornata al Codice delle comunicazioni elettroniche ed al testo unico della radiotelevisione”, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 263 ss.

CIR)<sup>90</sup> e quella “per i servizi ed i prodotti” (più brevemente, CSP)<sup>91</sup>, alle quali vengono, invece, affidate le competenze *latu sensu* amministrative ed alcune funzioni sostanzialmente normative.

Il richiamo operato dalla Legge istitutiva dell’AGCom alle disposizioni della (ormai) nota Legge n. 481/95 - definita più volte come “legge generale” in materia di Autorità amministrative indipendenti - è molto forte.

La citata L. 249/97 prevede - anzitutto - che “*all’Autorità si applicano le disposizioni di cui all’art. 2 della L. 481/95* (che, vale ribadire, detta “*i principi generali*” applicabili alle Autorità di regolazione) *non derogate dalle disposizioni della presente legge*” (art. 1, comma 21).

In particolare, quanto all’attività svolta dai principali organi dell’AGCom, prima indicati, la L. 249/97 prevede che il Consiglio eserciti “*tutte le altre funzioni e poteri previsti dalla Legge 481/95*” (art. 1, comma 6, lett. c, n. 14) oltre a quelli non espressamente attribuiti alle due Commissioni.

Dispone, altresì, che la Commissione per i servizi ed i prodotti (CSP) - nel vigilare “*sulla conformità alle prescrizioni della legge dei servizi e dei prodotti che sono forniti da ciascun operatore*” (art. 1, comma 6, lett. b, n. 1) - possa emanare “*direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l’adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta dei servizi recante l’indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività*” (art. 1, comma 6, lett. b, n. 2).

Ebbene, la norma appena citata sembra riprodurre - quasi specularmente - il disposto di cui all’art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95 (già richiamato nel precedente capitolo, con riferimento alla attività regolatoria dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas). Il quale - è appena il caso di ricordare - prevede che l’Aeeg emani “*direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi*”, con le quali definisce “*in*

---

<sup>90</sup> Cfr. Fernando BRUNO-Gilberto NAVA “Il nuovo ordine delle comunicazioni: radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria. Guida alla regolamentazione del settore aggiornata al Codice delle comunicazioni elettroniche ed al testo unico della radiotelevisione”, *op. cit.*, pag. 157 ss.

<sup>91</sup> Cfr. Fernando BRUNO-Gilberto NAVA, *ult. op. cit.*, pag. 195 ss.

*particolare, i livelli generali e specifici di qualità eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione” .*

In tal caso, però il legislatore non riconosce, altrettanto espressamente, alle “direttive” dell’AGCom la peculiare efficacia autoritativa delle citate direttive dell’Aeeg di “*modificare*” o “*integrare*” il regolamento di servizio adottato dal singolo gestore (ai sensi dell’art. 2, comma 37 L. 481/95).

Né, tanto meno, attribuisce all’AGCom (altrettanto espressamente) il potere - invero, direttamente riconosciuto in capo all’Aeeg - di “*determinare i casi*” in cui l’esercente, ove mai il servizio venga erogato con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio o nelle direttive in parola, sia tenuto nei confronti dell’utente al pagamento di una somma di denaro a titolo di “*indennizzo automatico*” (di cui s’è detto all’art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95), somma predeterminata nel *quantum* dall’Autorità stessa.

La L. 249/97 si limita infatti ad assumere che le direttive attengono ai livelli generali qualitativi dei servizi ed alla adozione della Carta dei servizi, non contemplando né l’ipotesi in cui i primi non vengano rispettati dagli organismi di telecomunicazioni né l’altra ipotesi in cui la seconda non venga adottata dall’esercente. Sebbene quest’ultima ipotesi, in realtà, non venga minimamente presa in considerazione neppure dalla L. 481/95 <sup>92</sup>.

Fermo quanto precede, va ricordato che, in sede di attuazione del potere di cui all’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2 L. 249/97, la Commissione per i servizi ed i prodotti (organo dell’AGCom) con delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003 ha approvato la “*direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni*” volta a definire il quadro generale o, per così dire, “di riferimento” per tutti gli organismi di telecomunicazione <sup>93</sup> in ordine

---

<sup>92</sup> L’art. 2, comma 12, lett. p, L. 481/95, infatti, si limita ad assumere che l’Aeeg “*controlla che ciascun soggetto esercente il servizio adotti*” - in base alla direttiva Ciampi – *una carta di servizio pubblico con indicazione di standards dei singoli servizi e ne verifica il rispetto*” . Ma non disciplina l’ipotesi in cui l’esercente non adotti la carta dei servizi oppure, nell’adottarla, si discosti dai principi e dai criteri fissati dalla direttiva Ciampi.

<sup>93</sup> Con l’espressione “organismo di telecomunicazione” si intende un ente pubblico o privato, ivi comprese le consociate da esso controllate, al quale sono riconosciuti diritti per la installazione e la fornitura di reti pubbliche di telecomunicazione nonché, se del caso, per la fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni ivi compreso qualunque esercizio interattivo

sia ai criteri generali relativi alla qualità dei servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico sia alle linee guida comuni per l'adozione della Carta di Servizi da parte dei medesimi organismi.

Essa, infatti, contiene *“le disposizioni minime di riferimento per l'adozione, da parte degli organismi di telecomunicazioni, delle carte di servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico”* nonché *“i criteri generali relativi alla qualità dei medesimi servizi”* (art. 2).

La direttiva viene espressamente definita “generale”, prevedendo che, con altre successive e più specifiche emanate con riferimento a ciascun comparto di attività, venga poi individuato per ciascuno di essi un insieme minimo di “indicatori” di qualità dei servizi.

La direttiva in parola disciplina - nel concreto - gli elementi fondamentali del servizio minimo da garantire ai fini della tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti (sotto il profilo della completa informazione, della offerta dei servizi, dei consumi, del pagamento dei servizi, delle procedure di reclamo e segnalazione, dell'assistenza, della qualità dei servizi (artt. 4-10) nonché casi e modalità dell'applicazione di rimborsi ed indennizzi (art. 11).

Oggetto della direttiva dell'Autorità sono, dunque, la definizione dei “contenuti minimi” della Carta di servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico, alla adozione della quale sono tenuti gli organismi di telecomunicazioni ed i relativi obblighi informativi sia nei confronti degli utenti sia della Autorità; la previsione di forme di rimborso e di indennizzo, ancorché non previste espressamente dalla citata L. 249/97; da ultimo, le prescrizioni in ordine alla qualità dei servizi di telecomunicazioni offerti (invero, in posizione marginale).

1) Quanto alla Carta dei servizi ed ai suoi contenuti.

L'Autorità prevede, infatti, che le Carte di servizio debbano contenere l'espresso richiamo alla “direttiva generale” di cui alla delibera n. 179/03/CSP e, quindi, ai principi ivi indicati (verosimilmente al fine di verificarne la

---

anche se relativo a prodotti audiovisivi esclusa la diffusione circolare di programmi radiofonici e televisivi (allegato A alla delibera n. 179/03/CSP, art. 1, comma 1, lett. b).

conformità); che lo “*schema*” delle dette Carte debba essere previamente consegnato dall’organismo di telecomunicazione all’Autorità almeno trenta giorni prima dell’avvio commerciale dell’attività; che il testo delle Carte debba, poi, essere consegnato dall’organismo di telecomunicazione “*in copia*” al contraente prima dell’esecuzione del (futuro) contratto di fornitura del servizio il quale dovrà, a sua volta, contenere un richiamo alla Carta medesima<sup>94</sup>.

Ciò, presumibilmente, allo scopo di assolvere pienamente all’obbligo della “completa” informazione dell’utente in ordine a tutte le modalità della prestazione dei servizi (previsto ai sensi dell’art. 4 della delibera n. 179/03/CSP).

La delibera prosegue, poi, stabilendo che gli organismi di telecomunicazione sono tenuti ad informare sia l’Autorità sia gli utenti (preferibilmente mediante la documentazione di fatturazione, ove prevista) “*delle successive variazioni ed integrazioni delle carte dei servizi con almeno trenta giorni di anticipo rispetto alla loro applicazione*”<sup>95</sup>. Ma non specifica quale sia (o possa essere) il contenuto (se più tecnico o negoziale) di tali variazioni né i criteri sulla base dei quali esse possano essere apportate alla Carta.

Nè chiarisce se la “comunicazione” delle stesse all’AGCom rientri nell’obbligo di informazione cui gli organismi sono tenuti, ai sensi dell’art. 4 della delibera n. 179/03/CSP (sopra citata), nei confronti (però) solo degli utenti. Oppure se possa legittimare l’Autorità alla conseguente adozione di provvedimenti autoritativi nel caso in cui l’organismo di telecomunicazioni, nell’apportare modifiche alla Carta dei servizi precedentemente adottata sulla scorta delle “*disposizioni minime di riferimento*” stabilite dall’Autorità, si discosti da queste ultime.

In siffatta ipotesi - la prospettazione è solo teorica - la comunicazione delle modifiche da parte degli organismi di telecomunicazione non

---

<sup>94</sup> Cfr. art. 2 (rubricato “oggetto della direttiva”), comma 4, lett. a.

<sup>95</sup> Cfr. art. 2 (rubricato “oggetto della direttiva”), comma 4, lett. c.

assolverebbe ad uno scopo meramente “informativo”, potendo invece “provocare” un provvedimento dell’Autorità, con efficacia autoritativa, sul contenuto della Carta di servizio.

Così opinando, si finirebbe però con l’attribuire all’AGCom un potere che, in realtà, la L. 249/97 non le riconosce. Per certi versi analogo a quello previsto dalla L. 481/95 (art. 2, comma 37) in punto di “direttive” emanate, nell’ambito del mercato vincolato ai sensi dell’art. 2, comma 12, lett. h, dall’Autorità per l’energia elettrica ed il gas.

Sul punto, va ricordato - infatti - che tali direttive (di cui s’è ampiamente discusso nel precedente capitolo), contenenti prescrizioni sia di natura tecnica (in tema di livelli qualitativi del servizio) sia di natura negoziale (condizioni minime di fornitura), hanno l’effetto di “*modificare*” o “*integrare*” il regolamento di servizio unilateralmente predisposto dall’ente esercente il quale, nell’adottare le condizioni generali di contratto da applicarsi ad ogni singolo contratto di fornitura con i clienti vincolati, si sia appunto discostato dalle dette prescrizioni autoritative.

Il che presupporrebbe invero che la Carta dei servizi - al pari del “regolamento negoziale” - abbia natura negoziale.

Una siffatta ipotesi, tuttavia, non può che destare serie perplessità. Peraltro, non fugate né dal legislatore del ‘97 né dall’AGCom, i quali tacciono sul punto. Limitandosi, quest’ultima, a stabilire che i contratti di fornitura debbano includere un richiamo alla Carta (art. 2, comma 4, lett. a della delibera n. 179/03/CSP).

Quanto, poi, alla posizione degli utenti che, come s’è visto, ricevono dall’organismo di telecomunicazione - al pari dell’Autorità - la comunicazione delle “*variazioni ed integrazioni delle carte dei servizi*”, la direttiva generale di cui alla delibera n. 179/03/CSP riconosce loro il “*diritto ad un’informazione completa circa le modalità giuridiche, economiche e tecniche di prestazioni dei servizi*” (art. 4, comma 1).

Ma anche in tal caso la delibera non specifica (all’art. 2) se gli utenti debbano limitarsi a prenderne atto oppure se possano, anche, “reagire” alle

(discrezionali) modifiche apportate alla Carta dei servizi. Invocando, ad esempio, l'applicazione del cd. *"indennizzo a richiesta"* <sup>96</sup> previsto in caso di inadempimento contrattuale ed in caso di mancato rispetto degli standard di qualità di cui all'art. 10, comma 1, lettera a della delibera n. 179/03/CSP (sul punto, si tornerà quanto prima).

Ed ancora.

L'intervento dell'AGCom non si limita, come s'è detto, a definire le *"disposizioni minime di riferimento"* delle Carte dei servizi di telecomunicazioni che i singoli organismi sono tenuti ad adottare, ma sembrerebbe spingersi fino alla definizione (seppur parziale) dello *"schema contrattuale"*.

Sull'assunto che gli utenti hanno diritto ad una completa informazione circa la prestazione dei servizi di telecomunicazione offerti sul mercato, la delibera n. 179/03/CSP (comma 3 dell'art. 4, rubricato *"informazione degli utenti"*) stabilisce - tra l'altro - che gli organismi di telecomunicazione si *"impegnano a presentare, in modo esatto, chiaro e completo, i contenuti del servizio nonché i termini e modalità di erogazione ed in particolare i prezzi (...) i periodi minimi contrattuali, le condizioni per il rinnovo ed il recesso, eventuali penali e le condizioni per la cessione del credito (...)"*.

La delibera prescrive altresì - all'art. 5, comma 2 (rubricato *"offerta dei servizi"*) che i medesimi organismi adottino uno *"schema di contratto"* <sup>97</sup> il

---

<sup>96</sup> Art. 11 (rubricato *"rimborsi ed indennizzi"*), comma 2, delibera n. 179/03/CSP.

<sup>97</sup> Sul punto, non si può non segnalare il testo dell'art. 16 (rubricato *"rapporto con gli utenti"*) del d.p.r. n. 318/97 (regolamento di attuazione delle direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni - oggi abrogato dalle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lgs. n. 259/2003 - il quale prevedeva che *"ogni organismo di telecomunicazione che fornisce servizi accessibili al pubblico mediante reti di telecomunicazioni o sistemi di comunicazioni mobili è tenuto ad utilizzare idonei schemi contrattuali con clausole riferite alla descrizione degli specifici servizi forniti, ai relativi livelli qualitativi che devono essere rispettati, al mancato pagamento delle fatture, a qualsiasi conseguente interruzione del servizio o disconnessione ed alle modalità di presentazione e trattazione dei reclami"* (comma 1, lettera a). Ed ancora, *"ogni organismo di telecomunicazione è tenuto ad includere negli schemi di contratto le clausole contenute nella Carta di servizi relativamente al servizio minimo fornito, alle modalità di indennizzo e di rimborso in caso di inosservanza dei livelli qualitativi del servizio stabilito nel contratto salva l'azionabilità degli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento in caso di danno derivante da inadempimento"* (comma 5). Da ultimo, *"l'Autorità può proporre la modifica delle condizioni contrattuali e delle condizioni di indennizzo e di rimborso applicate dagli organismi di*

quale contenga:

- a) il servizio da fornire, adeguatamente descritto;
- b) le condizioni (tecniche ed economiche) ed i termini di disponibilità al pubblico che specificano almeno, in relazione alle caratteristiche del servizio:
  - (i) il dettaglio dei prezzi; (ii) il tempo di fornitura del collegamento iniziale;
  - (iii) la durata, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto; (iv) i tipi di servizio di manutenzione offerti; (v) gli indennizzi ed i rimborsi agli abbonati in caso di servizio insoddisfacente; (vi) una sintesi della procedura da seguire per i reclami di cui all'art. 8; (vii) una sintesi della procedura da seguire per la soluzione delle controversie.

Lo stesso art. 5, al comma 3, prevede che *“gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all’atto della notifica di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati - infatti - sono informati con adeguato preavviso, non inferiore ad un mese, di tali eventuali modifiche e, nel contempo, del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni”*.

Il combinato disposto delle disposizioni della direttiva generale di cui agli artt. 4 e 5 dianzi citati consente di fare alcune considerazioni.

Con la direttiva in parola, l'AGCom - da una parte - definisce parte sostanziale del contenuto dello “schema negoziale” (come s'è detto, prezzi, tempi di erogazione, diritto di recesso, eventuali clausole penali, cessione del credito, etc.), imponendone agli organismi di telecomunicazione l'applicazione ai futuri contratti di fornitura dei servizi. Dall'altra parte, dispone che qualsivoglia “modifica” delle condizioni contrattuali - seppure non specifichi quali - venga comunicata (conformemente a quanto disposto dal citato art. 4 della delibera) dai predetti organismi di telecomunicazioni agli abbonati, con congruo preavviso.

Ciò, al fine di consentire l'accettazione delle “nuove” condizioni contrattuali ovvero, in caso contrario, di recedere dal contratto e senza che ciò

---

*telecomunicazione. I contratti devono contenere indicazioni riguardanti modalità per avviare procedure di conciliazione per la risoluzione di controversie”* (comma 6).

comporti a loro carico l'applicazione di una penale.

Orbene, il richiamato comma 3 dell'art. 5 non può non ricordare il disposto di cui all'art. 6, comma primo, del D.lgs. 79/99 dettato nell'ambito del mercato cd. libero dell'energia elettrica ed il gas. Ai sensi del quale *“con determinazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas sono stabilite, con riferimento ai contratti con i clienti idonei, le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico da inserire nei contratti stessi”*.

In attuazione di tale norma, l'Aeeg - con delibera n. 78/99 - ha previsto che i contratti bilaterali, ad esecuzione continuata, stipulati dai fornitori di energia elettrica con i clienti idonei *“dovranno contenere determinate clausole negoziali”* in base alle quali *“sia riconosciuta alle parti la facoltà di recedere unilateralmente dal contratto, salvo preavviso non superiore a sei mesi per il cliente idoneo e ad un anno per il fornitore”*.

2) Quanto alla previsione del cd. “indennizzo”.

S'è già detto che la L. n. 249/97 (all'art. 1, comma 6, lett. b, n. 2), nel disporre che l'AGCom possa emanare *“direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi”*, sembra - invero solo per alcuni versi - riprodurre specularmente l'art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95. Ai sensi del quale l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas emana *“direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi”*.

Tuttavia, la medesima L. 249/97 non attribuisce all'AGCom, almeno altrettanto espressamente, il potere di *“determinare i casi”* in cui l'organismo di telecomunicazione sia tenuto ad un *“indennizzo automatico”* nei confronti dell'utente. Diversamente da quanto riconosciuto all'Aeeg dall'art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95, nel caso in cui sia l'esercente il servizio pubblico a non rispettare i livelli qualitativi stabiliti nel regolamento di servizio, dallo stesso predisposto, ovvero nelle direttive emanate ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95.

Con la delibera n. 179/03/CSP - che, va ripetuto, ha approvato la *“direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di*

telecomunicazioni” emanata ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2, L. 249/97 - l’AGCom ha espressamente previsto (e, quindi, introdotto rispetto alla previsione normativa appena citata) sia le forme di “rimborso” sia le forme di “indennizzo”<sup>98</sup>.

Il primo (il rimborso) dovuto all’utente nel caso in cui talune somme gli siano state erroneamente addebitate.

Il secondo (l’indennizzo) *“per gli inadempimenti contrattuali ed il mancato rispetto degli standard di qualità di cui all’art. 10, comma 1, lett. a”* della delibera in parola (rubricato “qualità dei servizi”) si cui si dirà a breve.

In tale ultimo caso, in difetto di una previsione normativa che ne devolva il compito all’Autorità, l’AGCom attribuisce agli “organismi di telecomunicazione” il compito di individuare i casi e le modalità di applicazione dell’indennizzo oltre che i relativi importi.

Così derogando a quanto, invece, previsto per il settore della energia elettrica ed il gas in cui (come s’è visto nel precedente capitolo) dove è l’Autorità a definire i casi in cui l’indennizzo debba essere applicato, l’entità dell’importo ( distinguendolo altresì per categoria di utenza), le modalità di corresponsione all’utente ed i casi di esclusione.

Gli organismi di telecomunicazione provvedono dunque a fissare, e ad indicare nelle Carte dei servizi e nella documentazione relativa alla fatturazione, i casi di *“indennizzo a richiesta”* (presumibilmente su reclamo, istanza o segnalazione dell’utente) e di *“indennizzo automatico”*.

Determinano, altresì, i *“relativi importi che devono essere univocamente determinabili e proporzionati al pregiudizio arrecato”*.

In ogni caso, corrispondono un *“indennizzo – sempre secondo i criteri su indicati – per i ritardi nella fornitura del collegamento iniziale”* (art. 11, comma 2 della direttiva generale).

Fermo restando quanto previsto dal citato art. 11, l’AGCom ha poi previsto - in (altra) delibera n. 254/04/CSP (che sarà richiamata in prosieguo) - un’altra ipotesi di “indennizzo”, questa volta applicabile non in caso di

---

<sup>98</sup> Art. 11 (rubricato “rimborsi ed indennizzi) della delibera n. 179/03/CSP.

inadempimento contrattuale bensì “*per i ritardi, rispetto al tempo massimo contrattualmente previsto, nella riparazione dei malfunzionamenti segnalati dagli utenti finali*” . Devolvendo il relativo compito di definizione alle imprese fornitrici di servizi di telefonia vocale fissa <sup>99</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, se la gestione dell’indennizzo è interamente devoluta agli operatori dei (diversi) settori delle telecomunicazioni - e, quindi, sembrerebbe alla loro discrezione, dal momento che non sono indicati indici o criteri di riferimento - non è dato desumere, né dalla Legge istitutiva né dalla direttiva in parola, quale possa essere il ruolo “regolativo” dell’Autorità.

3) Quanto, da ultimo, alla fissazione di obiettivi di qualità dei servizi.

La delibera generale n. 179/03/CSP (art. 10) attribuisce (ancora una volta) agli organismi di telecomunicazione il compito: (a) di individuare - “*nel rispetto delle disposizioni vigenti, delle direttive e delle delibere dell’Autortità*” (presumibilmente, quelle emanate ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b n. 2 L. 249/97) - gli “*indicatori di qualità dei servizi, le relative definizioni ed i metodi di misurazione*”; (b) di fissare i relativi “*standard generali e specifici*” e, quindi, “*di informarne l’Autorità*” <sup>100</sup> nonché di “*pubblicare una relazione contenente gli indicatori, i metodi di misurazione e gli standard generali*” <sup>101</sup> ; infine, (c) di “*inviare contestualmente tale relazione all’Autorità*”, indicando in che modo è avvenuta la predetta pubblicazione <sup>102</sup> .

Anche in tal caso - senza volersi ripetere - dalla lettura della delibera *de qua* non è dato desumere quale sia il ruolo dell’Autorità, la cui attività sembrerebbe porsi solo nell’ottica di “ricevere” le comunicazioni ed informazioni degli operatori di settore.

Se, da una parte, è vero che l’individuazione da parte degli organismi di telecomunicazione degli “indicatori di qualità” e degli “standard qualitativi”

---

<sup>99</sup> Così prevede espressamente l’art. 4 della delibera citata (rubricato “indennizzi”).

<sup>100</sup> Comma 1, lett. a, art. 10.

<sup>101</sup> Comma 1, lett. b, art. 10.

<sup>102</sup> Comma 1, lett. c, art. 10

(generalì e specifici) sia, in un certo senso, “vincolata” dalle prescrizioni fissate dall’AGCom nelle direttive e nelle delibere (benché esse non vengano definite “inderogabili” come, invece, altri casi), dall’altra parimenti è vero che il legislatore non riconosce all’Autorità alcun potere autoritativo nel caso in cui gli operatori si discostino dalle sue prescrizioni.

Né, d’altra parte, l’indennizzo può assolvere ad una funzione sanzionatoria (e punitiva) per l’organismo di telecomunicazione inadempiente - come s’è visto nel caso dell’ordine di cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti emanato dall’Aeeg ai sensi dell’art. 2, comma 20, lett. d, L. 481/95 - atteso che, in tal caso, la relativa determinazione è affidata allo stesso organismo. Non già all’Autorità.

Sopra s’è ricordato che la Commissione per i servizi ed i prodotti, con la più volte citata delibera n. 179/03/CSP, ha approvato la “direttiva generale” contenente i principi ed i criteri di riferimento per tutte le imprese fornitrici dei servizi di telecomunicazioni, demandando a direttive più “specifiche”, emanate con riferimento a ciascun comparto di attività, l’individuazione di un insieme minimo di “indicatori di qualità dei servizi”.

Ebbene, per quel che attiene il “servizio di telefonia vocale fissa”, l’AGCom (sempre attraverso l’operato della Commissione per i servizi ed i prodotti), con la delibera n. 254/04/CSP del 10 novembre 2004<sup>103</sup>, ha determinato - ferma restando l’applicazione alla fornitura di tali servizi delle disposizioni e criteri di cui alla delibera generale n. 179/03/CSP - le disposizioni ed i criteri specifici di qualità e carte dei servizi di telefonia vocale fissa. Specificando, per ciascuno di essi, la definizione, le misure da effettuare, le modalità e la periodicità di rilevazione dei dati e del calcolo dei risultati nonché le integrazioni da apportare alla carta dei servizi redatta, come s’è

---

<sup>103</sup> Sul punto, è necessario precisare che – recentemente – è stato avviato dall’AGCom il procedimento per la revisione della delibera n. 254/04/CSP (provvedimento pubblicato sul sito dell’Autorità [www.agcom.it](http://www.agcom.it) il 13 dicembre 2006. La revisione della direttiva terrà conto delle disposizioni di cui all’art. 72 del Codice delle Comunicazioni elettroniche di cui al D.lgs. n. 259/2003 nella parte in cui prevede la pubblicazione da parte delle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica, ad uso degli utenti finali, di informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sui servizi offerti comunicazione elettronica, ad uso degli utenti finali, di informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sui servizi offerti.

detto, sulla scorta della predetta direttiva generale.

Parimenti, altre direttive specifiche sono state emanate dalla Commissione per i servizi ed i prodotti rispettivamente nei settori del “servizio di comunicazioni mobili e personali” (delibera n. 104/05/CSP del 14 luglio 2005) e del “servizio di accesso a internet da postazione fissa” (delibera n. 131/06/CSP del 12 luglio 2006)

Sul punto, va ricordato che il tema della “qualità dei servizi” viene affrontato (seppur per finalità diverse) dal cd. Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D.lgs. 1° agosto 2003 n. 259. Il quale prevede che l’Autorità possa imporre alle imprese di fornire informazioni al fine di *“pubblicare prospetti comparativi sulla qualità e sui prezzi dei servizi a vantaggio dei consumatori”* (art. 33, comma 1, lett. d)<sup>104</sup>.

Con particolare riferimento alle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica, l’Autorità infine può prescrivere di *“pubblicare, ad uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti”* nonché precisare *“i parametri di qualità del servizio da misurare nonché il contenuto, la forma e le modalità di pubblicazione, per garantire che gli utenti finali abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione”* (art. 72, commi 1 e 2).

## **Titolo II: il settore radiotelevisivo.**

### **2) posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni: atti di pubblico richiamo e provvedimenti inibitori (art. 43 T.U. radiotelevisione e Regolamento n. 646/06/CONS).**

Il settore radiotelevisivo è attualmente disciplinato dal cd. Testo Unico della radiotelevisione (di seguito denominato, più semplicemente, T.U.

---

<sup>104</sup> Articolo rubricato *“Informazioni richieste ai fini dell’autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici”*.

radiotelevisione) di cui al D.lgs. 31 luglio 2005 n. 177 <sup>105</sup>.

Secondo il quale, per “servizio radiotelevisivo”, si intende “*il pubblico esercizio esercitato su concessione nel settore radiotelevisivo mediante la complessiva programmazione, anche non informativa, della società concessionaria, secondo le modalità e nei limiti indicati dal presente testo unico e dalle altre norme di riferimento* (art. 2, comma 1, lett. m).

L’art. 43 - rubricato “*posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni*” - detta una complessa ed articolata disciplina in materia di formazione di posizioni dominanti nonché di intese e di operazioni di concentrazione poste in essere da una o più imprese che possano, a loro volta, favorire il costituirsi di posizioni dominanti all’interno, appunto, del cd. “sistema integrato delle comunicazioni”.

Termine con il quale viene indicato l’ampio settore economico che comprende le seguenti attività: “*stampa quotidiana o periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di internet; radio e televisione; cinema pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni*” <sup>106</sup>.

All’uopo, la norma citata attribuisce all’AGCom la funzione di verificare (previo accertamento istruttorio), su segnalazione dei soggetti interessati o anche d’ufficio, se talune operazioni economiche (in particolare, intese ed operazioni di concentrazione) poste in essere da due o più imprese operanti all’interno del sistema integrato, possano integrare fattispecie vietate di posizioni dominanti (in quanto tali, come poi si vedrà affette da nullità) o, in ogni caso, lesive del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva.

All’esito di tale verifica, l’AGCom adotta provvedimenti per così dire “di segnalazione” (art. 43, comma 4, T.U.) ed inibitori (art. 43, comma 5, T.U.) volti a ripristinare, ove compromessa, la concorrenzialità del mercato all’interno del quale si è costituita la posizione dominante ed il pluralismo dei

---

<sup>105</sup> Cfr. Fernando BRUNO-Gilberto NAVA “Il nuovo ordine delle comunicazioni: radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria. Guida alla regolamentazione del settore aggiornata al Codice delle comunicazioni elettroniche ed al testo unico della radiotelevisione”, *op. cit.*, pag. 876 ss.

mezzi di comunicazione<sup>107</sup>.

Appare, dunque, evidente che il legislatore riconosca all'AGCom - la quale, come è noto, rientra tra le Autorità "di regolazione" - funzioni e poteri propri di altra Autorità: l'*Antitrust* che è posta, invece, "a garanzia" della concorrenza e del mercato.

E' bene, sin d'ora, premettere che il comma 6 dell'art. 43, T.U. radiotelevisione dispone che sia l'Autorità stessa a disciplinare con "proprio regolamento i provvedimenti di cui al comma 5 (cioè, quelli inibitori), i relativi procedimenti e le modalità di comunicazione".

Tant'è che, con delibera n. 646/06/CONS del 9 novembre 2006, l'AGCom ha approvato il "*Regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell'attività di verifica delle operazioni di concentrazione ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni*"<sup>108</sup>. Il quale ha, definitivamente, sostituito la precedente delibera n. 26/99 (di approvazione del regolamento in materia costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni)<sup>109</sup>.

Orbene, la complessità dell'argomento trattato impone necessariamente un tentativo di ricostruzione ed, al contempo, di semplificazione che, tuttavia, non vuole - né può - avere pretese di esaustività.

Ed infatti.

Ai sensi del primo comma dell'art. 43 del T.U. radiotelevisione, i soggetti operanti nel cd. sistema integrato delle comunicazioni "*sono tenuti a*

---

<sup>106</sup> Art. 2, comma 1, lett. l, T.U. radiotelevisione.

<sup>107</sup> Ed infatti, l'art. 5 del T.U. radiotelevisione (rubricato "principi generali del sistema radiotelevisivo a salvaguardia del pluralismo e della concorrenza") specifica - alla lettera a) - che il sistema radiotelevisivo deve conformarsi a taluni principi tra i quali, principalmente, "*la tutela della concorrenza del mercato radiotelevisivo e dei mezzi di comunicazione di massa e nel mercato della pubblicità e tutela del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, vietando a tal fine la costituzione o il mantenimento di posizioni lesive del pluralismo secondo i criteri fissati nel presente testo unico, anche attraverso soggetti controllati o collegati, ed assicurando la massima trasparenza degli assetti societari*".

<sup>108</sup> Nonché "*dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive*".

<sup>109</sup> Ed in materia di traferimenti, la delibera n. 290/03/CONS (di approvazione del regolamento concernente le autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà di società radiotelevisive).

notificare all'Autorità le intese <sup>110</sup> e le concentrazioni <sup>111</sup> al fine di consentire la verifica del rispetto dei principi enunciati dai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12”.

Principi che - come si vedrà - costituiscono i “limiti” delle operazioni economiche, oltre i quali le imprese possono costituire una “posizione dominante” ovvero una posizione, comunque, lesiva del pluralismo nel sistema integrato o all'interno di un singolo mercato che lo compone.

La “preventiva comunicazione” (peraltro redatta sulla base di un formulario predisposto dall'Autorità) ha lo scopo di descrivere analiticamente il contenuto dell'operazione, fornendo all'Autorità ogni necessaria informazione per accertare l'eventuale superamento dei limiti prescritti.

Il Regolamento approvato con la delibera n. 646/06/CONS chiarisce - all'art. 4, comma 1 (rubricato “*Notifica delle operazioni di concentrazione e delle intese*”) - che le operazioni e le intese che devono essere “previamente comunicate” all'Autorità per la “valutazione” siano quelle che superino un determinato tetto di “fatturato”. In particolare, il fatturato “realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate se superiore a 432 milioni di euro”, oppure quello “realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione, attraverso l'operazione di concentrazione, superiore a 43 milioni di euro” <sup>112</sup>.

Al successivo comma 2, prescrive l'obbligo della “preventiva comunicazione” delle intese tra soggetti operanti nel sistema integrato e delle operazioni di concentrazione (nelle quali anche solo una parte operi nel

---

<sup>110</sup> Il Regolamento n. 646/06/CONS (art. 1, lett. f) definisce le “intese” quegli accordi e/o pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari ai sensi dell'art. 2 Legge Antitrust n. 287/1990.

<sup>111</sup> Il Regolamento n. 646/06/CONS (art. 1, lett. g) definisce le “concentrazione” l'operazione che, ai sensi dell'art. 5 Legge Antitrust n. 287/1990, si realizza quando due o più imprese procedono a fusione, quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa, ovvero una o più imprese, acquisiscono direttamente o indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.

<sup>112</sup> Tali valori – specifica ancora il comma 1 dell'art. 4 – sono automaticamente incrementati nella misura stabilita dalla Antitrust con proprio provvedimento emanato ai sensi dell'art. 16 L. 287/90.

predetto sistema) che siano comunque suscettibili di produrre effetti nel sistema o in uno dei mercati che lo compongono (lettera a); nonché delle intese e delle operazioni di concentrazione, di cui alla lettera a, che si realizzino attraverso trasferimenti di impianti o rami d'azienda o acquisizione di emittenti (lettera b).

Anche al di fuori delle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 43 T.U., l'Autorità è, comunque ed in ogni caso, tenuta a *“verificare che non si costituiscano, nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono, posizioni dominanti<sup>113</sup> e che siano rispettati i limiti di cui ai predetti commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12”* (art. 43, comma 2, T.U. radiotelevisione)<sup>114</sup>.

A tal fine - su segnalazione di chi vi abbia interesse oppure anche d'ufficio - procede all'apertura di un'istruttoria (art. 5 Regolamento).

A questa possono intervenire tutti coloro che abbiano ricevuto la notifica del relativo “avvio” ed i soggetti interessati, ai quali viene concessa la facoltà di presentare memorie scritte e documenti nonché la possibilità di essere sentiti sui fatti che ne formano oggetto (artt. 6-7 Regolamento).

I “limiti” di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11, e 12 - che l'Autorità è chiamata a verificare che non siano stati superati - possono così brevemente sintetizzarsi:

- 1) quanto alle frequenze radiofoniche e televisive in tecnica digitale, uno stesso fornitore non può essere titolare di autorizzazioni che consentano la diffusione di più del 20% del totale dei programmi televisivi o dei programmi radiofonici ;
- 2) quanto alle frequenze televisive in tecnica digitale, ogni soggetto non

---

<sup>113</sup> Per la nozione di “posizione dominante” si intende ovviamente quella di cui all'art. 3 Legge Antitrust n. 287/1990. Laddove, invece, il citato Regolamento n. 646/06/CONS parla, più esattamente, di “influenza dominante” per la definizione della quale rinvia all'art. 43, comma 15, del T.U. radiotelevisione.

<sup>114</sup> Sul punto, va fatto presente che – in sede consultazioni pubbliche svolte ai fini dell'adozione del regolamento n. 646/06/CONS – è stato sollevato il problema interpretativo del comma 2 dell'art. 43. Se, cioè, il legislatore abbia voluto limitare l'obbligo della notifica all'Autorità limitatamente ai casi espressamente indicati dal comma 7 al 12 oppure se la

può avere più del 20% dei programmi complessivamente concessi o irradiati in ambito nazionale su frequenze terrestri indifferentemente in tecnica analogica o digitale;

3) i soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione non possono né direttamente né indirettamente (tramite soggetti controllati o collegati) conseguire ricavi superiori al 20% dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni;

4) indicazione dei “ricavi” di cui al comma 9, tra i quali - a titolo esemplificativo - vengono ricompresi quelli derivanti dalla pubblicità nazionale e locale, dalle televendite, dalle sponsorizzazioni, dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, etc.;

5) le imprese i cui ricavi nel settore delle comunicazioni elettroniche sono superiori al 40% dei ricavi complessivi di quel settore non possono poi conseguire, nel sistema integrato delle comunicazioni, ricavi superiori al 10% di quest'ultimo;

6) i soggetti che esercitano l'attività televisiva in ambito nazionale attraverso più di una rete non possono acquisire prima del 31 dicembre 2010 partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani o partecipare alla costituzione di nuove imprese editrici di giornali quotidiani.

All'esito delle risultanze istruttorie (nonché alla luce delle memorie scritte e documenti eventualmente presentati dai soggetti intervenuti e dell'audizione conclusiva degli stessi), il legislatore ipotizza due casi.

L'uno, in cui l'Autorità ravvisi l'esistenza di atti o di operazioni (posti in essere da una o più imprese) anche solo “potenzialmente” idonei a determinare la situazione vietata. Cioè a superare i “limiti” (prima indicati) oltre i quali si è in presenza di una posizione dominante o, comunque, lesiva del pluralismo dei mezzi di comunicazione.

L'altro in cui, l'Autorità accerti la violazione. Dunque, che l'operazione economica sottoposta al suo vaglio abbia concretamente superato i predetti

---

nozione di “posizione dominante” debba essere intesa in senso ampio a tal punto da ricomprendere anche altre ipotesi.

“limiti”, con la conseguente sua nullità (espressamente comminata dal comma 4, art. 43 T.U. radiotelevisione).

Nel primo caso, l’Autorità - accertato che un’impresa o un gruppo di imprese “*si trovi nella condizione di poter superare, prevedibilmente, i limiti di cui ai commi da 7 a 12 - adotta un atto di pubblico richiamo, segnalando la situazione di rischio e indicando l’impresa o il gruppo di imprese ed il mercato interessato*” (art. 43, comma 3, T.U. radiotelevisione; art. 16, comma 1, Regolamento di cui alla delibera n. 646/06/CONS ).

Nel secondo caso, in cui l’Autorità abbia “accertato la violazione dei predetti limiti”, essa provvede ai sensi del comma 5. Il quale dispone che - “*ferma restando la nullità degli atti giuridici, delle operazioni di concentrazione e delle intese ai sensi del comma 4*” - l’Autorità adotta i “provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle posizioni (dominanti) di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12 o, comunque, lesive del pluralismo”.

Prosegue, poi, stabilendo che “*qualora ne riscontri l’esistenza, apre un’istruttoria nel rispetto del contraddittorio, al termine della quale interviene affinché esse vengano sollecitamente rimosse*”.

E così ancora: “*Qualora accerti il compimento di atti o di operazioni idonee a determinare una situazione vietata ai sensi dei commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12, ne inibisce la prosecuzione ed ordina la rimozione degli effetti*”.

Ebbene, non v’è chi non veda come la norma appaia poco chiara. Per certi versi forse contraddittoria.

Né sembra giovare il richiamo alle corrispondenti disposizioni della delibera n. 646/06/CONS con la quale, come s’è detto, l’Autorità ha approvato il Regolamento mediante il quale “*disciplina i provvedimenti di cui al comma 5, i relativi procedimenti e le modalità di comunicazione*”.

L’art. 17 del citato Regolamento (rubricato “*conclusione del procedimento*”) stabilisce - infatti - che il Consiglio, qualora ravvisi, all’esito delle risultanze istruttorie, il superamento dei limiti di cui ai commi 7, 8, 9, 10, 11 e 12 dell’art. 43 T.U. radiotelevisione o accerti la formazione di posizioni

dominanti o, comunque, lesive del pluralismo nel sistema integrato delle comunicazioni o nei singoli mercati che lo compongono, *“adotta i provvedimenti di cui all’art. 43, comma 5, T.U. radiotelevisione, fissando un termine entro il quale le imprese o gli enti interessati devono ottemperare”*.

Con la irrogazione, in difetto, di sanzioni amministrative pecuniarie previste dall’art. 1, comma 31, L. 249/97 (art. 18 del Regolamento, rubricato *“Inottemperanza ai provvedimenti adottati dal Consiglio”*).

Riassumendo, nell’ipotesi di violazione solo “potenziale” dei limiti in parola, l’AGCom adotta un *“atto di pubblico richiamo”* (art. 43, comma 4, T.U. radiotelevisione) il quale consiste nella mera “segnalazione” della situazione di rischio che una certa impresa (o più imprese) potrebbe realizzare in un dato mercato appartenente al sistema integrato delle comunicazioni.

Non è dato desumere, tuttavia, né dal T.U. radiotelevisione (in particolare, non solo dall’art. 43 in parola ma neppure da altre norme) né tanto meno dal Regolamento, di cui alla citata delibera n. 646/06/CONS, quale sia la natura di tale atto e a chi esso sia effettivamente rivolto.

L’art. 17, comma 3, del Regolamento si limita, infatti, a prescrivere la “comunicazione” dell’atto alle parti (dunque, presumibilmente, anche alla/e impresa/e coinvolta/e), ai sensi dell’art. 19 del Regolamento, e la relativa “pubblicazione” sul sito *web* e sul bollettino ufficiale dell’Autorità. Non chiarisce, però, se la comunicazione e la pubblicazione del provvedimento assolvano, di per sé sole, un obbligo/onere informativo. Ovvero se, ad esse, debba seguire - come, peraltro, sarebbe ragionevole - l’adozione, da parte dell’impresa destinataria del “richiamo”, di una sorta di “rettifica”.

Ciò al fine di scongiurare che la situazione potenzialmente rischiosa e segnalata dall’Autorità possa, in seguito, trasformarsi nella fattispecie vietata (e, quindi, nulla) di posizione dominante o lesiva del pluralismo dei mezzi di comunicazione, a fronte della quale l’Autorità medesima interviene con provvedimenti inibitori e ripristinatori della concorrenza.

Ancor più complessa si presenta l’altra ipotesi in cui l’AGCom, all’esito dell’espletata istruttoria, ritenga di aver raccolto elementi necessari e

sufficienti a comprovare l'effettiva violazione commessa da una data impresa.

In tal caso, l'Autorità adotta, ai sensi del comma 5 dell'art. 43 T.U. radiotelevisione, provvedimenti sostanzialmente "inibitori", disciplinati nel regolamento emanato dall'AGCom ai sensi del successivo comma 6.

Tali provvedimenti - ripetesi – si concretano in un "*atto che inibisce la prosecuzione*" dell'attività ritenuta vietata (perché supera i limiti di cui ai commi da 7 a 12 o perché favorisce la formazione di una posizione dominante) o, in ogni caso, lesiva (del pluralismo del sistema integrato delle comunicazioni), ed in un "*atto che ordina la rimozione degli effetti*".

Una volta accertata l'infrazione commessa dall'impresa, essi avrebbero, dunque, lo scopo di impedire la prosecuzione dell'operazione rimuovendone gli effetti.

In sede di approvazione della delibera n. 646/06/CONS (relativa all'adozione del Regolamento emanato ai sensi del citato comma 6, art. 43 T.U.), si è sostenuto che i provvedimenti di cui al comma 5 non potrebbero essere adottati in sede cautelare <sup>115</sup>.

Ciò, sull'assunto che il presupposto necessario per la loro adozione sarebbe l'"*accertamento della violazione*", laddove, invece, (un) presupposto del provvedimento interinale è il "*periculum in mora*".

In altri termini, i provvedimenti inibitori dovrebbero – in tesi – avere solo natura "definitiva".

Così opinando, si potrebbe di conseguenza sostenere che l'*atto di pubblico richiamo* di cui al comma 4 dell'art. 43 T.U. - per il quale, come s'è detto, il legislatore richiede solo una situazione potenziale di rischio per la concorrenzialità ed il pluralismo del mercato - possa essere adottato in via cautelare. Al fine di scongiurare che, come s'è detto, la situazione si trasformi da "potenzialmente" lesiva a situazione "vietata".

E' stato, tuttavia, opposto che il comma 5 dell'art. 43 T.U. contiene, di per sé, come necessario antecedente logico, non l'accertamento della violazione (al quale l'Autorità perviene all'esito dell'accertamento istruttorio),

bensì l'esistenza di atti e/o attività che siano stati idonei a determinare la situazione vietata. Come dire che oggetto dell'accertamento che conduce l'Autorità medesima ad adottare il provvedimento inibitorio non sarebbe la "violazione" commessa ma, al contrario, l'operazione economica posta in essere dall'impresa che sia stata in grado di costituire la posizione dominante ovvero altra posizione lesiva della concorrenzialità del sistema integrato delle comunicazioni.

Ma v'è di più.

L'art. 11 (rubricato "*Misure inibitorie*") della delibera n. 646/06/CONS (Regolamento) riconosce espressamente in capo al Consiglio la facoltà di adottare, ai sensi dell'art. 43 T.U. radiotelevisione, misure inibitorie in via cautelare.

La norma prevede, infatti, che - se "*nel corso della istruttoria risulti urgente intervenire al fine di impedire il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo*" sempre che "*siano stati acquisiti sufficienti elementi istruttori*" - il Consiglio "*possa adottare le misure inibitorie strettamente necessarie ad evitare una lesione grave ed irreparabile al pluralismo dei mezzi di comunicazione o alla concorrenza nei mercati compresi nel sistema integrato delle comunicazioni per il tempo, comunque non superiore a centoventi giorni, necessario alla conclusione del procedimento*".

Il Consiglio ne dà comunicazione (quanto a presupposti, oggetto e finalità) ai soggetti interessati, i quali entro i successivi sette giorni possono inviare memorie e deduzioni. Quindi, "*il Consiglio adotta un provvedimento motivato* – ovvero il provvedimento "definitivo" - *nei successivi sette giorni*".

Nel caso di cui sopra, il legislatore richiede espressamente la sussistenza di entrambi i presupposti richiesti per l'adozione di un provvedimento cautelare: il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris*.

L'uno, confermato dalla "*urgenza*" con la quale l'AGCom interviene allo scopo di impedire la formazione di posizioni dominanti o comunque lesive

---

<sup>115</sup> Cfr. la premessa (pag. 6) della delibera n. 646/06/CONS.

del pluralismo, con inevitabile conseguente irreparabile pregiudizio (*“lesione grave ed irreparabile”*) per la concorrenzialità del mercato.

L'altro, costituito – nel caso che ne occupa - dal “diritto di iniziativa economica” di cui all'art. 41 Cost. in attuazione ed a garanzia del quale è interamente volta la normativa in materia di tutela della concorrenza (Legge *Antitrust* n. 287/90).

Il generico richiamo, poi, a quanto disposto dall'art. 43 T.U. - senza distinguere tra le ipotesi di cui al comma 4 (potenziale rischio di infrazione) ed al comma 5 (accertamento della violazione) - induce a ritenere (come d'anzì anticipato) che anche l'*atto di pubblico richiamo* possa essere adottato in sede cautelare.

La lesione grave ed irreparabile al pluralismo ed alla concorrenza (cioè il *periculum in mora*) che l'Autorità mirerebbe ad impedire sarebbe, dunque, costituita dal rischio che la situazione da “potenzialmente” lesiva del mercato si trasformi, concretamente, in una situazione “vietata”.

Un'ultima considerazione.

Più volte s'è detto che - fermi restando i provvedimenti che possono essere adottati dall'AGCom - *“gli atti giuridici, le operazioni di concentrazione e le intese che contrastano con i divieti dell'art. 43 T.U. radiotelevisione sono - comunque - nulli”* (art. 43, comma 4, T.U. radiotelevisione).

Pur non dubitandosi che la declaratoria di “nullità” competa unicamente all'autorità giudiziaria, sembra legittimo prospettarsi il problema se, in difetto di esplicita previsione normativa, possa estendersi nel caso che ne occupa quanto previsto dalla Legge *Antitrust* (n. 287/90) all'art. 33, comma 2, secondo cui *“le azioni di nullità (....) sono promosse dinanzi alla Corte di Appello competente per territorio”*.

### ***Titolo III: il settore della comunicazione politica:***

**3) L'adozione di Codici di autoregolamentazione (art. 11 *quater* L. 28/2000 introdotto dalla L. 313/2003)**

Il settore della comunicazione politica è disciplinato dalla Legge 22 febbraio 2000 n. 28 (“Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie per la comunicazione politica”), successivamente modificata dalla Legge 6 novembre 2003 n. 313 (contenente “Disposizioni per l’attuazione del principio del pluralismo nella programmazione delle emittenti radiofoniche”) <sup>116</sup>.

Per “comunicazione politica radiotelevisiva” deve - anzitutto - intendersi “*la diffusione sui mezzi radiotelevisivi di programmi contenenti opinioni e valutazioni politiche*” ad esclusione, quindi, delle notizie nei programmi di informazione (art. 2, comma 2, L. 28/2000).

La finalità perseguita dal legislatore è quella di garantire la parità di trattamento e l’imparzialità rispetto a tutti i soggetti politici nell’accesso ai mezzi di informazione ed, in particolare, al mezzo radiotelevisivo, nella comunicazione politica durante le campagne elettorali e referendarie, e non solo.

La citata L. 313/2003 ha proceduto alla parziale modifica della L. 28/2000, introducendo l’art. 11 *quater* (rubricato “*Tutela del pluralismo*”) in materia di adozione di “Codici di autoregolamentazione” da parte delle emittenti radiofoniche e televisive locali.

Ebbene, la norma richiamata (al comma 2) impone a tali emittenti l’obbligo di presentare al Ministro delle comunicazioni, entro un termine prestabilito, uno “*schema di codice di autoregolamentazione*”. Il quale abbia la finalità di garantire il pluralismo, attraverso la parità di trattamento, l’obiettività, l’imparzialità, e l’equità, nella trasmissione vuoi di programmi di informazione vuoi di programmi di comunicazione politica sui quali, poi, debba essere acquisito il parere di taluni soggetti indicati dalla legge (la Federazione nazionale della stampa, l’Ordine dei giornalisti, etc.).

---

<sup>116</sup> Cfr. Fernando BRUNO-Gilberto NAVA “Il nuovo ordine delle comunicazioni: radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria. Guida alla regolamentazione del settore aggiornata al Codice delle comunicazioni elettroniche ed al testo unico della radiotelevisione”, *op. cit.*, pag. 759 ss.

In difetto di adozione entro il termine prescritto, lo schema viene adottato su “proposta” del Ministero delle comunicazioni, previa l’acquisizione dei competenti pareri.

In ogni caso, lo “schema del Codice” viene trasmesso, unitamente ai prescritti pareri, all’AGCom affinché sia da questa “deliberato entro il termine di quindici giorni dalla ricezione” (comma 4).

Successivamente, il testo “*come deliberato dall’Autorità*” viene “*emanato con decreto del Ministro delle comunicazioni*”.

Orbene, ancora una volta il legislatore parla genericamente di “*deliberazione*” dell’Autorità, non qualificando il tipo e la natura del provvedimento adottato.

Infatti, al di là del *nomen juris* utilizzato, ciò che rileva è che non è dato desumere dalla lettera della norma se il provvedimento autoritativo abbia natura meramente “formale”, limitandosi cioè all’approvazione del testo predisposto dai rappresentanti delle emittenti ovvero dal Ministero delle comunicazioni.

Oppure se tale “deliberazione” implichi, di per sé, anche il potere di “emendare” il testo del Codice, nel senso di modificarlo o integrarlo.

Ancorché non sia dato desumere in che modo ed entro quali limiti.

Quanto al contenuto del Codice di autoregolamentazione, l’art. 11 *quater* si limita a stabilire, invero con eccessiva genericità, che esso debba “*contenere disposizioni che, alla data di convocazione dei comizi elettorali, consentano la comunicazione politica secondo un’effettiva parità di condizioni tra i soggetti competitori, anche con riferimento alle fasce orarie e dal tempo di trasmissione*”.

Esso, peraltro, “*disciplina le condizioni economiche di accesso ai messaggi politici autogestiti a pagamento stabilendo – in particolare – criteri di determinazione dei prezzi da parte di ogni emittente che tengano conto della normativa in materia di spese elettorali ammesse per ciascun candidato e secondo una comprovata parità di costo tra gli stessi candidati*”.

A fronte della estrema indeterminatezza del testo letterale, sembra

possibile formulare talune ipotesi alla luce delle altre disposizioni del citato art. 11 *quater*.

Ed infatti.

S'è detto che il Codice sottoposto al vaglio dell'Autorità debba essere, poi, deliberato “*tenuto conto dei pareri espressi*” dai soggetti ritenuti dalla legge competenti.

Ciò indurrebbe a pensare che l'AGCom possa apportare delle modifiche<sup>117</sup>, ove ritenute necessarie, al fine di adeguare il testo già predisposto – indifferentemente, dalle emittenti o dal Ministro – alle disposizioni ed osservazioni che i predetti soggetti competenti sono chiamati a rendere.

Sebbene il legislatore non qualifichi espressamente il parere come “obbligatorio e vincolante”, non sembra in dubbio che la norma imponga all'Autorità di tenerne comunque conto.

L'altra disposizione normativa - secondo la quale il Ministero delle comunicazioni procede alla emanazione, con apposito decreto, del Codice “*come deliberato dall'Autorità*” - potrebbe suggerire due ipotesi interpretative.

---

<sup>117</sup> Sul punto, è opportuno far presente che l'AGCom - con delibera n. 43/04/CSP del 30 marzo 2004 (di attuazione dell'art. 11 *quater* L. 28/2000 relativo al Codice di autoregolamentazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali) - ha espressamente ritenuto necessario introdurre alcune modifiche di carattere formale ed alcune integrazioni allo schema di regolamento presentato, al fine di tener conto dei pareri espressi e di meglio coordinare il testo del Codice di autoregolamentazione (presentato il 15.3.2004 dalle emittenti radio e televisive locali) alle norme di cui alla L. n. 28/2000 come modificata dalla L. 313/2003. Ed in particolare ha apportato le seguenti modifiche: 1) ha sostituito la nozione di “*propaganda*” non contemplata dalla L. 28/2000 con quella di “*messaggio politico autogestito a pagamento*” espressamente richiamata dall'art. 11 *quater*; 2) ha fornito una puntuale definizione di “*periodo elettorale o referendario*” che coincide, come previsto dall' art. 11 *quater*; con l'arco temporale che intercorre tra la data di convocazione dei comizi elettorali o indizione del referendum alla data di chiusura della campagna elettorale o referendaria, in tal modo recependo il parere espresso dalla competente Commissione della Camera dei deputati; 3) ha inserito un articolo dedicato alla disciplina dei programmi di comunicazione politica in ossequio alle novità introdotte dalla L. 313/2003 la quale prevede che il Codice di autoregolamentazione contenga una disciplina di siffatti programmi, rinviando ai regolamenti dell'Autorità la relativa disciplina attuativa, in particolare, per quanto riguarda la collocazione di tali programmi nelle diverse fasce orarie; 4) ha ampliato l'ambito soggettivo specificando la disposizione in tema di divieto di fornire indicazioni di voto nelle trasmissioni radiotelevisive diverse da quelle di comunicazione politica e dai messaggi autogestiti, in accoglimento delle indicazioni contenute nei pareri delle competenti Commissioni parlamentari, della Federazione nazionale della stampa italiana e dell'Ordine nazionale dei giornalisti; 5) infine, ha previsto che le emittenti le quali intendano diffondere i messaggi autogestiti a pagamento, trasmettano ripetutamente il relativo avviso. Dunque, all'esito, l'AGCom ha deliberato di adottare il Codice di regolamentazione nel testo comprensivo delle modifiche ed integrazioni su indicate.

O il Ministero è investito di un potere di controllo solo “formale” della regolarità e correttezza dell’*iter* procedurale seguito dall’Autorità in sede di deliberazione. Oppure, la supervisione del Ministero funge da duplicazione del procedimento di controllo, già precedentemente svolto dall’Autorità.

Ed ancora.

L’art. 11 *quinquies* (rubricato “*Vigilanza e poteri dell’Autorità*”) attribuisce all’AGCom il (generico) compito di “*vigilare sul rispetto di quanto disposto nel Codice di autoregolamentazione*” adottato ai sensi dell’art. 11 *quater* “*nonché delle disposizioni regolamentari ed attuative emanate dall’Autorità medesima*” (comma 1).

Sembra dunque che l’Autorità - qualora accerti (su denuncia del soggetto politico interessato o anche d’ufficio) che un comportamento posto in essere da un’emittente abbia violato talune disposizioni contenute nel Codice - possa adottare nei confronti dell’emittente medesima, “*anche in via d’urgenza*”, ogni provvedimento che risulti “*idoneo ad eliminare gli effetti*” (pregiudizievoli) derivanti da tale comportamento. Ordinando, se del caso, la “*programmazione di trasmissioni a carattere compensativo*”. E, ove ciò non sia possibile, disponendo la “*sospensione di tutte le trasmissioni dell’emittente per un periodo massimo di trenta giorni*” (comma 2).

Ferma restando la possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per il caso di inottemperanza dei propri provvedimenti (comma 3).

Da ultimo, val bene ricordare che il legislatore attribuisce anche ad un’altra Autorità - il Garante per la protezione dei dati personali (istituito con Legge n. 675/1996, poi assorbito successivamente nel Codice di cui al d.lgs. n. 196/2003) - funzioni e poteri analoghi a quelli dell’AGCom in punto di adozione di “Codici di autoregolamentazione”. Più precisamente, laddove attribuisce al Garante il compito di promuovere “*nell’ambito delle categorie interessate, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità a leggi e regolamenti, contribuisce a garantirne la diffusione ed il rispetto*” (art. 12).

In tal caso, tuttavia, per espressa previsione normativa, il potere del

Garante sembra più incisivo relativamente al “contenuto” del Codice, posto che l’art. 139 prevede - con riferimento a quello adottato dal “Consiglio dell’ordine dei giornalisti” - che il Garante possa “*prescrivere*” *misure ed accorgimenti a garanzia degli interessati che il Consiglio è tenuto a recepire*”.

Tant’è che se il Codice o le modifiche e integrazioni allo stesso non vengono adottati dal Consiglio nonostante la “proposta” dell’Autorità, l’uno e le altre “*sono adottati in via sostitutiva dal Garante*” e sono validi ed efficaci sino a diversa disciplina.

Quanto, poi, all’eventuale accertamento della violazione delle prescrizioni contenute nel Codice, il Garante può adottare - al pari dell’AGCom - provvedimenti sanzionatori con i quali “*vieta*” il trattamento dei dati (ai sensi dell’art. 143, co. 1 lett. c).

## CAPITOLO IV

### ISTITUTO PER LA VIGILANZA SULLE ASSICURAZIONI PRIVATE E DI INTERESSE COLLETTIVO (ISVAP)

**Sommario:** La nota informativa: a) obbligo di consegna: finalità, modalità e sanzioni (art. 185, comma primo, D.lgs. 209/2005) b) contenuto e schema (art. 185, comma terzo, D.lgs. 209/2005); c) facoltà di “interpello” e potere di “integrazione” (artt. 186 e 187 D.lgs. 209/2005).

**a) obbligo di consegna: finalità, modalità e sanzioni (art. 185, comma primo, D.lgs. 209/2005).**

Il settore assicurativo <sup>118</sup> ha attraversato un processo di lunga e profonda evoluzione, che ha comportato una consistente e mutevole produzione normativa <sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> L'assicurazione è un'operazione economico-giuridica mediante la quale “*si mira a provvedere col minimo costo ad un bisogno eventuale e cioè alla necessità di fronteggiare all'improvviso la perdita di ricchezza che può derivare dal verificarsi di determinati eventi o rischi di fronte ai quali la prevenzione appare impossibile o troppo costosa ed il risparmio individuale insufficiente*” (cfr. voce *Assicurazione* in “Lessico Universale Italiano”, Ist. Enc. It. Treccani, Roma, 1969, Vol. II, pag. 310 ss.)

<sup>119</sup> Sul punto, seppur brevemente, è appena il caso di ricordare che la prima disciplina di carattere pubblicistico del settore assicurativo si ebbe con la L. n. 305/1912 che istituì l'INA (Istituto nazionale delle assicurazioni), ente pubblico economico che esercitava, in regime di monopolio, l'attività assicurativa limitatamente al “ramo vita”. Tale legge imponeva alle imprese l'autorizzazione iniziale all'esercizio dell'attività assicurativa nonché il rispetto di tariffe e condizioni di polizza dettate dal Ministero. L'ampliamento del sistema di controllo pubblico oltre il “ramo vita” si ebbe con il R.D.L. n. 966/1923 ed il relativo regolamento di attuazione (R.D. n. 63/1925) i quali, abolito il monopolio dell'INA, fissarono regole poste a tutela degli assicurati, volte a preservare la stabilità delle compagnie ed a garantirne la solvibilità, indipendentemente dal tipo di attività assicurativa esercitata. Dopo la disciplina codicistica del contratto di assicurazione, con la L. n. 294/1955 – che, tra l'altro, riconobbe l'assoggettabilità delle imprese assicurative in crisi al regime esclusivo della liquidazione coatta amministrativa – il legislatore autorizzò il Governo a riunire in un testo unico gran parte delle disposizioni normative sulla materia, autorizzandolo ad apportare modifiche che si fossero rese necessarie per il loro coordinamento. Testo Unico approvato con il D.P.R. n. 449/1959, nel quale il sistema di vigilanza del settore rimase pressoché quello delineato dal R.D.L. n. 966/1923 la cui disciplina è rimasta invariata fino alla L. n. 990/1969, recante norme in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore e natanti, e successivamente fino al D.L. n. 576/1978 convertito in L. n. 738/1978. Quanto alle successive evoluzioni normative del settore, queste saranno richiamate più i dettagli nel prosieguo della trattazione.

L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo - di seguito denominato più semplicemente ISVAP <sup>120</sup> - è stato creato con la Legge 12 agosto 1982 n. 576 (recante norme di “*rimessa della vigilanza sulle assicurazioni*”) quale Autorità di regolazione di settore con compiti pressoché esclusivi di vigilanza e di controllo delle imprese (art. 4), al fianco del CIPE (Comitato Interministeriale per la programmazione economica), munito di poteri di indirizzo generale <sup>121</sup>.

Oggi la disciplina dell'intero settore assicurativo e dell'ISVAP è demandata al cd. Codice delle Assicurazioni Private approvato con il D.lgs. n. 209/2005 entrato in vigore il 1° gennaio 2006 il quale, nel prosieguo della trattazione, sarà semplicemente chiamato “Codice”.

Con l'adozione di tale testo unitario, il legislatore ha sostanzialmente proceduto alla sistemazione ed, insieme, alla semplificazione del precedente e complesso panorama normativo rafforzando notevolmente, come si avrà modo di esporre in seguito, il ruolo e le competenze dell'Autorità di vigilanza.

S'è detto che l'ISVAP svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo attraverso l'esercizio di “*poteri di natura organizzativa, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva*” (art. 5, comma 1). Al fine di garantire l'efficienza, la stabilità e la solvibilità degli operatori delle assicurazioni <sup>122</sup>.

Essa adotta ogni “*regolamento necessario*” per realizzare la “*sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, la*

---

<sup>120</sup> In generale, sull'ISVAP e sulle sue funzioni, si veda tra gli altri Sabino CASSESE, “*I garanti delle regole*”, *op. cit.*; Guido CLEMENTE DI SAN LUCA, “*Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*”, Quaderni Ist. dir. pubbl. Fac. Giurispr., *op. cit.*; Raffaele TITOMANLIO, “*Autonomia ed indipendenza delle authorities: profili organizzativi*”, *op.cit.*

<sup>121</sup> Tale iniziale attribuzione di compiti e funzioni è stata successivamente modificata dalla L. n. 20/1991, dal D.P.R. n. 385/1994, dai DD.lgs. nn. 174 e 175 del 1995 (i quali hanno rispettivamente ratificato la Direttiva 92/96/CEE, cd. *Terza direttiva sull'assicurazione vita* e la Direttiva 92/49/CEE, cd. *Terza direttiva sull'assicurazione diversa dall'assicurazione vita*), infine dal D.lgs. n. 373/1998.

<sup>122</sup> La funzione di vigilanza dell'ISVAP è stata definita “controllo-regolazione” siccome a metà strada tra il “controllo-vigilanza”, consistente in interventi di mera polizia, ed il “controllo-direzione”, diretto ad influenzare le stesse scelte imprenditoriali (così Mario NIGRO, “*La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*” in *Giur. Comm.* 1984, I, pag. 1041 ss.).

*trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore” (art. 5, comma 2).*

Parimenti, con proprio regolamento, determina i *“termini e le procedure per l’adozione degli atti e dei provvedimenti di competenza” (art. 9, comma 3).*

In particolare, il Codice - nell’ambito di quella più ampia opera di sistemazione normativa di cui s’è detto - ha introdotto alcune importanti tutele volte a rafforzare la posizione del contraente-assicurato, ritenendolo *“contraente debole”* rispetto all’assicuratore (*“contraente forte”*).

Il legislatore - muovendo dall’assunto che il contratto di assicurazione è un *“contratto di massa”*, in quanto tale caratterizzato dalla uniforme disciplina realizzata attraverso la predisposizione standardizzata, da parte delle imprese di assicurazione, del contenuto contrattuale, delle condizioni generali di contratto, delle tariffe, dei premi, ecc.<sup>123</sup> - ha cercato di ovviare all’inevitabile squilibrio giuridico-economico che si realizza tra le due parti contrattuali.

Si è prefissato, dunque, l’obiettivo di rimediare a tale situazione di *“asimmetria contrattuale”* attraverso una corretta e puntuale *“informativa precontrattuale”* idonea a garantire la massima *“trasparenza”*<sup>124</sup> e chiarezza nei rapporti contrattuali con i (futuri) fruitori del servizio assicurativo.

In quest’ottica, il nuovo Codice ha dettato una serie di norme volte a

---

<sup>123</sup> Cfr. Rossella PANATTONI, *“Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni private”* tema della Relazione tenuta al Convegno su *“Il nuovo codice delle assicurazioni private”* presso la Camere di commercio di Pistoia il 27.1.2007, pubblicato sul sito [www.altalex.it](http://www.altalex.it), quotidiano di informazione giuridica n. 1683 del 21.2.2007.

<sup>124</sup> L’obiettivo del raggiungimento della *“trasparenza”* è stato, già in passato, al centro di numerosi interventi del legislatore comunitario. E’ appena il caso di ricordare nuovamente la Direttiva 92/96/CEE e la Direttiva 92/49/CEE, appena citate alla nota 116. Nonché la Direttiva n. 92/2002 CE sull’intermediazione assicurativa i cui principi sono stati oggetto di recepimento da parte del Codice delle Assicurazioni. Con riferimento a quest’ultima, in particolare, si è sostenuto in dottrina che, dalla lettura delle norma del Codice del 2005, emergerebbe un sostanziale indebolimento del diritto di trasparenza che costituì, invece, l’obiettivo principale della citata direttiva n. 92/2002 (cfr. Cristina CAVALIERE, *Informazione precontrattuale* sub. art. 120, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni* a cura di Mario BIN, Cedam, Padova, 2006, pag. 310). Peraltro, anche la recente circolare ISVAP n. 551/D/2005, adottata dall’Autorità durante la fase di progettazione del Codice - che si avrà più volte modo di richiamare nel prosieguo della trattazione - nel prescrivere nel dettaglio il contenuto degli obblighi informativi posti a carico degli intermediari assicurativi, in buona sostanza ha sviluppato quella stessa traccia elaborata dal legislatore comunitario.

regolamentare il “comportamento”<sup>125</sup> e la “condotta” delle imprese e degli intermediari assicurativi, imponendo loro obblighi (come s’è detto) di natura prevalentemente informativa da adempiere nei confronti dei contraenti prima della conclusione del contratto, oltre che durante la sua esecuzione.

La regola della “trasparenza” - rivolta (come si vedrà a breve) con particolare riferimento ai criteri di redazione della nota informativa, del regolamento contrattuale e di ogni altro documento che accompagna la stipulazione del contratto di assicurazione - e gli “obblighi informativi” si traducono, nel concreto, in una serie articolata di obblighi comportamentali indirizzati sia alle imprese sia agli intermediari, che si collocano su piani contigui e comunicanti<sup>126</sup>.

Obblighi che - si ripeta nuovamente - assolvono (o, quanto meno, tentano di farlo) alla finalità di colmare il *gap* informativo che separa l’operatore professionale che eroga il prodotto assicurativo dal suo fruitore<sup>127</sup>, eliminando l’asimmetria informativa e contrattuale che caratterizza (anche) i contratti assicurativi.

Ciò posto, il Codice non si è limitato a riconoscere all’ISVAP la mera

---

<sup>125</sup> In particolare, l’art. 183 (rubricato “*regole di comportamento*”) prevede - al comma 1 - che “*Nell’offerta e nell’esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino ad essi pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati*”. Sul punto, non può che rilevarsi come le *Regole di condotta* siano state oggetto di attenzione da parte dell’ISVAP nella circolare n. 551/D/2005, adottata dall’Autorità pochi mesi prima della entrata in vigore del Codice. Detta circolare, all’art. 27, infatti, dispone che “*Nell’offerta di contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione e nell’esecuzione del rapporto contrattuale le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati*” (.....) nonché “*b) agire in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti*”.

<sup>126</sup> In tal senso, Cristina CAVALIERE, *Obblighi di informazione* sub artt. 185 ss., in Commentario al Codice delle Assicurazioni a cura di Mario BIN, *op. cit.*, pag. 590.

<sup>127</sup> Cfr. Alessio DI AMATO “*Trasparenza e protezione dell’assicurato*” in Nuovo Codice delle Assicurazioni. Commentario sistematico, a cura di Sandro AMOROSINO – Luigi DESIDERIO, Giuffrè, Milano 2006, pag. 381.

funzione di vigilanza delle imprese assicurative nell'adempimento (tra l'altro) degli obblighi informativi prescritti.

Bensì, ha ampliato le competenze di quest'ultima fino a conferirgli lo specifico compito di “regolamentare” la materia della “informazione precontrattuale” al fine di ridurre la disparità tra i contraenti. Tant'è che, ai sensi dell'art. 5, comma terzo, essa “*effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione del consumatore*”.

E si veda come.

Sul punto - su cui, peraltro, si avrà modo di tornare nel prossimo paragrafo - non può non richiamarsi, anzitutto, l'art. 120, comma primo, del Codice (rubricato “*informazione precontrattuale e regole di comportamento*”). Ai sensi del quale “*gli intermediari assicurativi (...) - prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo - forniscono al contraente le informazioni stabilite dall'ISVAP con regolamento, nel rispetto di quanto disposto con il presente articolo*”.

Il Codice prevede - altresì - che l'ISVAP possa adottare “*con regolamento specifiche disposizioni relative alla determinazione di regole di comportamento da osservare nei rapporti con i clienti in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza<sup>128</sup> rispetto alle specifiche esigenze dei singoli*” (art. 183, comma 2).

Con riferimento, in particolare, alla fase precontrattuale dispone che l'Autorità possa - sempre con regolamento - adottare “*disposizioni di carattere generale*” aventi ad oggetto - tra l'altro - “*le regole di presentazione e di comportamento delle imprese e degli intermediari nell'offerta dei prodotti assicurativi*” (art. 191, comma 1, lett. a). Nonché determinare gli “*obblighi informativi prima della conclusione e durante l'esecuzione del contratto*” (art. 191, comma 1, lett. b).

Ed ancora.

L'art. 185, comma 1 - rubricato “*nota informativa*” - dispone che le

imprese assicurative, italiane ed estere operanti all'interno del territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento <sup>129</sup> che in regime di libertà di prestazione dei servizi <sup>130</sup>, siano tenute a consegnare “*al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa predisposta nel rispetto delle disposizioni del presente articolo*”.

Ebbene, tale norma non fornisce tuttavia alcuna definizione della “nota informativa”.

Limitandosi solo a prevedere - al successivo comma 2 - peraltro genericamente, che la stessa contiene “informazioni diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell’impresa di assicurazione, affinché il contraente e l’assicurato possano pervenire ad un fondato giudizio sui diritti e sugli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell’impresa”.

Ciò malgrado, è agevole dedurre che l’enunciazione del principio secondo il quale la nota informativa debba essere consegnata al cliente ha lo scopo di soddisfare quella “informazione precontrattuale” di cui all’art. 120 sopra citato, demandandone la (concreta) attuazione al *regolamento* ISVAP, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

Ciò che emerge chiaro è che la “consegna” della Nota informativa costituisca, per le imprese, oggetto di specifico obbligo espressamente

---

<sup>128</sup> Il principio della *adeguatezza* è stato introdotto dall’ISVAP con la circolare n. 551/D/2005 del 1° marzo 2005 e, come si vede, è stato recepito dal legislatore nel nuovo Codice emanato pochi mesi dopo.

<sup>129</sup> Ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. f) del Codice, con l’espressione “attività in regime di stabilimento o rischio assunto in regime di stabilimento” si intende “*l’attività che un’impresa esercita da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro assumendo obbligazioni con contraenti aventi il domicilio ovvero, se persone giuridiche, la sede nello stesso Stato e il rischio che una impresa assume da uno stabilimento situato nel territorio dello Stato membro in cui è ubicato il rischio*”.

<sup>130</sup> Ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. e) del Codice, con l’espressione “attività in regime di libertà di prestazione di servizi o rischio assunto in regime di libertà di prestazione di servizi” si intende “*l’attività che un’impresa esercita da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro assumendo obbligazioni con contraenti aventi il domicilio ovvero, se persone giuridiche, la sede in un altro Stato membro o il rischio che una impresa assume da uno stabilimento situato nel territorio dello Stato membro diverso da quello in cui è ubicato il rischio*”.

sanzionato<sup>131</sup>.

Tant'è che, in caso di omessa consegna della nota, verrà, infatti, irrogata alle imprese una sanzione pecuniaria amministrativa il cui importo sarà compreso tra € 2.500,00.= ed € 25.000,00.= (art. 320) mentre, in caso di (generica) inottemperanza alle disposizioni di cui all'art. 185, comma primo (art. 324), sarà comminata altra (più lieve) sanzione amministrativa pecuniaria (variabile da un minimo di € 1.000,00.= ad un massimo di € 10.000,00.=<sup>132</sup>).

Quanto alle “modalità” della consegna, il Codice - all'art. 185, comma primo, appena citato – nulla dice, assumendo solo che essa debba avvenire “*unitamente alle condizioni di assicurazioni*” affinché il (futuro) contraente-assicurato possa essere reso edotto sulla *adeguatezza*<sup>133</sup> del prodotto assicurativo che si accinge ad acquistare rispetto alle proprie esigenze nonché sulle condizioni contrattuali ed economiche praticate dall'impresa.

Per addivenire, cioè, ad una ponderata decisione.

Nel passato, l'ISVAP si era espressa più volte sul punti con diversi provvedimenti.

In un primo momento, sulla scorta di quanto previsto nella circolare n.

---

<sup>131</sup> Sul punto, va rilevato che le sanzioni che assistono l'inosservanza delle regole di comportamento e degli obblighi inerenti alla predisposizione e consegna della nota informativa non possono partecipare al procedimento oblatorio di cui all'art. 328 Codice, ai sensi del quale è possibile estinguere la violazione tramite il pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta. In altri termini, trattandosi di obblighi particolarmente rilevanti, le relative sanzioni sono ritenute particolarmente gravi a tal punto che non possono essere “conciliate” attraverso l'oblazione.

<sup>132</sup> Secondo il secondo ed ultimo comma dell'art. 324, nei casi di particolare gravità o di ripetizione dell'illecito i limiti minimo e massimo della sanzione di cui al comma primo sono raddoppiati.

<sup>133</sup> Il principio della “adeguatezza” del prodotto offerto rispetto alle esigenze del contraente è stato introdotto dalla circolare ISVAP n. 551/D/2005 prima citata. La quale, agli artt. 27 e 28, ha imposto all'impresa ed all'intermediario assicurativo l'obbligo di acquisire, prima della stipulazione del contratto, le *informazioni* sull'assicurato al fine di valutare le sue esigenze assicurative e previdenziali nonché la sua propensione al rischio. Al fine di offrirgli un prodotto appropriato. Tale principio è stato, poi, recepito dal Codice il quale, all'art. 183, comma primo, lett. b) - già citato alla nota 119 - ha previsto che “*Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono (...) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati*”. Assumendo, quindi, la connotazione di un ulteriore criterio di comportamento e di condotta cui le imprese e gli intermediari debbono uniformarsi.

210/D/1993<sup>134</sup>, la nota informativa avrebbe dovuto essere “*fornita al contraente prima della sottoscrizione della proposta di assicurazione*” e la consegna avrebbe dovuto essere “*comprovata da una apposita dichiarazione, firmata dal contraente, contenuta nella proposta stessa*”. Così evidenziando, la necessità della “ricevuta” da parte del contraente, un nesso tra proposta assicurativa e nota informativa tale da far ritenere che quest’ultima potesse costituire elemento essenziale del contratto di assicurazione siccome insostituibile criterio per l’assicurato di *determinabilità* dell’oggetto del contratto.

Così opinandosi, però, in caso di omessa consegna della nota informativa ovvero nel caso di consegna di una nota informativa difforme e/o lacunosa rispetto al modello prescritto dall’ISVAP, il contratto avrebbe potuto considerarsi addirittura nullo per indeterminatezza dell’oggetto del contratto o, comunque, annullabile per errore essenziale e riconoscibile<sup>135</sup>.

Successivamente, con la circolare n. 551/D/2005<sup>136</sup> - adottata sulla scia (come poi si vedrà nel prossimo paragrafo) della generale rivisitazione delle regole già stabilite – l’ISVAP ha abrogato (art. 35) tutte le precedenti circolari emanate in punto di doveri di informativa e trasparenza dei prodotti di assicurazione sulla vita. Compresa quella n. 210/D/1993.

La nuova circolare - pur ribadendo l’obbligo per le imprese di assicurazione, limitatamente al “ramo vita”, di consegnare tutta la documentazione idonea a garantire la totale informazione precontrattuale (cd. *Fascicolo Informativo*)<sup>137</sup>, pena l’applicazione di sanzioni amministrative

---

<sup>134</sup> Tale circolare è stata abrogata dalla (ormai) nota circolare n. 551/D/2005. Ancor prima, l’ISVAP stabilì con circolare 26.3.1987 n. 71/D (anch’essa abrogata dalla recente circolare n. 551/D/2005) che la nota informativa fosse sottoscritta dal contraente solo per “presa visione” ed una copia della stessa fosse conservata dall’impresa unitamente alla proposta di assicurazione.

<sup>135</sup> Così sostiene Gregorio GITTI, “*Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G. Gitti, *op. cit.* pag. 95 nonché in Riv. Dir. Priv. n. 2/2003 pag. 259.

<sup>136</sup> Circolare già citata più volte, contenente “*disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita*” la quale è stata adottata il 1° marzo 2005 proprio durante la fase di progettazione del Codice, del quale costituisce l’antecedente logico.

<sup>137</sup> Sul punto, è indispensabile precisare che l’ISVAP ha esercitato il potere riconosciutogli dall’art. 109, quarto comma, del D.lgs. n. 174/1995 (che ha recepito la direttiva

pecuniarie - tuttavia non ha richiamato espressamente la “dichiarazione” del contraente menzionata nella circolare n. 210/D/1993, né ha specificato peculiari modalità di adempimento dell’obbligo di consegna *de qua* (art. 2 rubricato “documentazione”).

Si è limitata, invece, a disciplinare gli “effetti” della violazione delle prescrizioni normative in materia di obblighi informativi (art. 4 rubricato “*doveri di informativa*”). Facendoli rientrare nell’ambito di operatività dell’art. 1337 c.c. il quale - come è noto - impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Così che l’omessa o insufficiente informativa da parte dell’impresa di assicurazione esporrebbe la stessa a responsabilità precontrattuale.

La circolare n. 551/D/2005, inoltre, ha ulteriormente precisato che - rientrando tra gli obblighi precontrattuali dell’impresa assicuratrice anche quello di fornire all’utente ogni informazione in merito alle obbligazioni che scaturiranno dal contratto in via di formazione - la violazione di tale obbligo comporta una responsabilità precontrattuale, anche solidalmente con l’intermediario assicurativo ai sensi dell’art. 1228 c.c., qualora sia stato quest’ultimo ad omettere di rilasciare le informazioni prescritte.

Fermo quanto precede, appare evidente che il nuovo Codice, stabilendo (art. 185, comma primo), seppure *sic et simpliciter*, che la nota informativa debba essere obbligatoriamente “consegnata” al (futuro) contraente – pena, in difetto, l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui agli artt. 320 e 324 prima citati - abbia dimostrato di voler mantenere una indiscussa linea di continuità con le prescrizioni della circolare ISVAP sopra citata.

**b) contenuto e schema (art. 185, comma terzo, D.lgs. 209/2005).**

Dianzi s’è detto che il nuovo Codice s’è prefissato l’obiettivo di

---

92/96/CEE) in punto di obbligo legale della nota informativa imposto alle imprese assicurative limitatamente alle tipologie contrattuali del ramo vita. A differenza del regime meno rigoroso della informativa al contraente nel ramo assicurativo diverso da quello sulla vita di cui all’art.

eliminare - o, quanto meno, di ridurre al minimo - l'asimmetria contrattuale che caratterizza i contratti assicurativi attraverso l'imposizione alle imprese ed agli intermediari assicurativi di obblighi di informazione precontrattuale.

All'uopo, ha attribuito all'ISVAP il compito di "regolamentare" la materia riconoscendole, altresì, poteri integrativi e/o modificativi dei quali, però, si tratterà nel paragrafo successivo.

L'art. 185, più volte richiamato, prevede - al terzo comma - che l'ISVAP, con proprio "regolamento", disciplini "il contenuto e lo schema della nota informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all'impresa, le informazioni sul contratto, con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall'impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e limitazioni della garanzia, alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all'organismo o alla autorità eventualmente competente" <sup>138</sup>.

Sono, quindi, attribuiti all'Istituto di vigilanza il potere ed il compito di emanare - non sembra sia dato desumere entro quali limiti - un provvedimento di natura normativa, che determini il "contenuto minimo" <sup>139</sup> della nota informativa la quale dovrebbe fornire tutte le informazioni relative all'impresa assicurativa ed esplicitare le condizioni contrattuali dalla stessa praticate <sup>140</sup>.

---

123 del D.lgs. n. 175/1995 (che ha recepito la Direttiva 92/49/CEE) siccome meno complesso e meno rischioso.

<sup>138</sup> L'ISVAP detta, altresì, "le disposizioni per la comunicazione della nota informativa" (art. 186, co. 4).

<sup>139</sup> Sul punto, va precisato che la Direttiva CE n. 92/2002 già menzionata in precedenza - i cui principi sono stati recepiti da parte del Codice delle assicurazioni - ha stabilito il "contenuto minimo" della informativa che ciascun intermediario di assicurazione avrebbe dovuto fornire al consumatore. Lasciando, tuttavia, allo Stato membro la libertà di adottare disposizioni più rigorose con riferimento agli intermediari che operino sul proprio territorio.

<sup>140</sup> Sul punto, si è pronunciata anche l'Autorità *Antitrust* nel parere-segnalazione del 1.6.2005 (AS301) con il quale ha formulato talune osservazioni in ordine allo schema di decreto legislativo (cioè il futuro Codice delle Assicurazioni). In particolare, l'Autorità - con riferimento alle disposizioni relative alla trasparenza ed agli obblighi di informativa verso i consumatori - ha rilevato che il Codice, nel fissare i principi generali in materia di trasparenza ed informativa contrattuale, cui va data attuazione tramite regolamento ISVAP, "potrebbe specificare maggiormente che tra le caratteristiche dei prodotti che devono essere rese note nella informativa al contraente vi siano anche i termini economici del contratto, inclusi i costi

In sostanza, viene riconosciuta in capo all'Autorità una funzione che - al di là della "vigilanza" che le è propria - comporta la possibilità di emanare ed adottare una disciplina normativa, per così dire, "di dettaglio", volta a dare concreta attuazione a quei principi generali enunciati dal legislatore in punto di informazione precontrattuale.

L'art. 185 in parola non rientra, infatti, tra le disposizioni del Codice direttamente applicabili, necessitando, invece, di un cd. regolamento di attuazione o, comunque, "di supporto"<sup>141</sup>.

Ebbene nel caso che ne occupa, il regolamento non è stato ancora adottato<sup>142</sup>.

Sicché, in attesa di verificare l'effettivo grado di convergenza dell'emanando regolamento ISVAP con la disciplina attualmente in vigore, non può non sottolinearsi come il legislatore - tracciando nel Codice i principi generali ai quali l'Istituto di vigilanza dovrà dare attuazione - abbia voluto mantenere, in ogni caso, una sicura linea di continuità rispetto al passato<sup>143</sup>.

Siffatta constatazione ha indotto a ritenere<sup>144</sup> che, nelle more

---

*connessi a ciascun prodotto, termini a cui le norme suddette - in particolare, gli artt. 212 e 151 - nell'attuale formulazione non fanno alcun riferimento".*

<sup>141</sup> Sul punto, ritengo opportuno fare talune precisazioni. In una prima "Comunicazione interpretativa" in data 2.2.2006 del Presidente dell'ISVAP, G. Giannini, anch'essa disponibile sul sito, è stato chiarito che il novello Codice delle Assicurazioni prevede che talune norme siano di immediata applicazione a partire dal 1° marzo 2006, per altre prevede che l'entrata in vigore sia differita al momento dell'emanazione di Regolamenti di supporto, dovendosi in questo secondo caso fare applicazione in via transitoria delle norme primarie e secondarie previdenti. Per maggiore chiarezza, con successiva "Comunicazione interpretativa n. 2" in data 30.3.2006 - anch'essa disponibile sul sito - sono state aggiornate le norme applicabili all'esito della emanazione del Regolamento n. 1 del 15.3.2006. Ad oggi, sul sito sono consultabili tutte le norme del Codice che sono direttamente applicabili. Tra queste, infatti, non compare quella di cui all'art. 185 per la quale occorre il *regolamento di supporto* che, ad oggi, non è stato emanato.

<sup>142</sup> L'ultimo regolamento adottato dall'ISVAP è il n. 6 del 20.10.2006 (concernente il procedimento di applicazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli intermediari assicurativi e di periti assicurativi nonché le norme di funzionamento del collegio di garanzia di cui al Titolo XVIII, Capo VIII del D.lgs. n. 209/2005) il cui testo integrale è disponibile sul sito [www.isvap.it](http://www.isvap.it) Sezione provvedimenti (regolamenti).

<sup>143</sup> Si fa riferimento alla circolare ISVAP n. 551/D/2005 la quale, come s'è detto, costituisce l'antecedente più completo del nuovo Codice. Così in dottrina, Cristina CAVALIERE, *Obblighi di informazione* sub artt. 185 ss. in Commentario al Codice delle Assicurazioni a cura di Mario BIN, *op. cit.*, pag. 595.

<sup>144</sup> Ancora, Cristina CAVALIERE, *ult. op. cit.*, pag. 595 nonché Alessio DI AMATO "Trasparenza e protezione dell'assicurato" in Nuovo Codice delle Assicurazioni.

dell'adozione del regolamento *de quo*, possa continuare a trovare applicazione - seppure, con doveroso distinguo - la già citata circolare ISVAP n. 551/D/2005<sup>145</sup>, concernente “*disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita*”.

La quale rappresenta, come già s'è detto, l'intervento forse più incisivo precedente alla emanazione del Codice delle Assicurazioni. Seppur limitato al “ramo vita”<sup>146</sup>.

La menzionata circolare è stata adottata dall'ISVAP con lo scopo di procedere alla revisione delle “regole” che le imprese di assicurazione devono osservare nella distribuzione dei prodotti sulla vita<sup>147</sup>, precedentemente fissate in altre circolari delle quali, infatti, ha espressamente disposto l'abrogazione (art. 35).

L'evoluzione che ha caratterizzato il livello di offerta del settore assicurativo, la necessità di rendere sempre più chiari per gli assicurati gli obiettivi perseguibili con l'utilizzo delle varie tipologie di polizze-vita nonché l'esigenza di fornire strumenti in grado di consentire la comparabilità dei molteplici contratti hanno comportato l'esigenza di migliorare il livello della relativa informazione per i potenziali contraenti<sup>148</sup>.

---

Commentario sistematico, a cura di Sandro AMOROSINO–Luigi DESIDERIO, *op. cit.*, pag. 383.

<sup>145</sup> L'applicazione di tale circolare è limitata all'assicurazione “ramo vita”. Quanto al “ramo danni”, deve farsi invece riferimento alla precedente circolare ISVAP n. 533/2004, applicabile agli intermediari nelle more dell'attuazione della Direttiva CE n. 92/2002 (sulla intermediazione assicurativa). Essa rivelò l'attenzione dell'Autorità rispetto alla esigenza di garantire la tutela del contraente attraverso adeguati strumenti di trasparenza, realizzata successivamente con la circolare n. 551/D/2005 (le cui disposizioni sono confluite nel nuovo Codice). Ebbene, quello tra la circolare n. 533/2004 e la circolare n. 551/2005 può definirsi in termini di rapporto tra *genus* a *species* applicandosi il primo alla distribuzione dei prodotti assicurativi, il secondo si configura come un testo unitario in materia di trasparenza e regole di comportamento limitatamente ai prodotti del ramo vita.

<sup>146</sup> Le disposizioni dovranno, poi, essere armonizzate con quelle “*informazioni supplementari*”, determinate con regolamento dell'Autorità ai sensi dell'art. 185, ultimo comma, prima citato, da fornire al futuro cliente sia nella fase precontrattuale sia in pendenza di contratto.

<sup>147</sup> Così recita espressamente la “*premessa*” della circolare in parola.

<sup>148</sup> Così testualmente recita il testo della lettera 1° marzo 2005 (Prot. n. 19-05-001205) con la quale il Presidente Giancarlo Giannini ha dato formale comunicazione alle Imprese di assicurazione sulla vita con sede legale in Italia, con sede legale in uno Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo ammesse ad operare in Italia in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi e con sede legale in uno Stato terzo rispetto allo Spazio Economico

Ebbene, l'articolata struttura <sup>149</sup> della circolare in parola impone di richiamare segnatamente le disposizioni utili e congruenti con la presente indagine.

Ed infatti.

Anzitutto, la circolare - in luogo della (sola) "nota informativa" prevista nell'art. 185 del Codice - usa l'espressione "*Fascicolo Informativo*", contenente esclusivamente documenti precontrattuali e contrattuali (art. 2 rubricato "*documentazione*"). Più in particolare:

- a) la scheda sintetica;
- b) la nota informativa;
- c) le condizioni di assicurazione;
- d) il glossario (nel quale viene spiegato il significato dei termini tecnici);
- e) il modulo di proposta.

Il *Fascicolo* viene predisposto dalle imprese assicurative affinché gli intermediari assicurativi provvedano, poi, a curarne la consegna al potenziale contraente prima della sottoscrizione della proposta di assicurazione (s'è detto) sulla vita (art. 2, comma 1) <sup>150</sup>.

---

Europeo ammesse ad operare in Italia in regime di stabilimento; al Ministero delle attività produttive; al Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti; all'ANIA (Associazione nazionale tra le imprese assicuratrici); alle Associazioni di categoria degli intermediari professionali, della emanazione della Circolare in parola, adottata a seguito di una fase di pubblica consultazione avviata dall'ISVAP nel dicembre 2004 e conclusa il 3 gennaio 2006 (disponibile sul sito [www.isvap.it](http://www.isvap.it)).

<sup>149</sup> La circolare si articola, infatti, in cinque parti. La Prima descrive gli obblighi di informativa precontrattuale (artt. 1-10) e di informativa nel corso del contratto (artt. 11-21) imposti alle imprese di assicurazione. La Seconda (artt. 22-26) è dedicata alle polizze *unit* e *index linked*, regolando il dovere di trasparenza adattabile a tali tipi di contratti. La Terza (artt. 27-31) disciplina l'aspetto della adeguatezza dell'offerta assicurativa e la sussistenza di eventuali conflitti di interesse; l'art. 32 poi regola gli effetti restitutori conseguenti alla revoca o al recesso dal rapporto assicurativo. La Quarta (solo l'art. 33) regola le condizioni per la fusione tra gestioni separate e tra fondi interni. La Quinta (art. 34) enuncia l'ambito di applicazione della circolare.

<sup>150</sup> Va aggiunto che la scheda sintetica, insieme alla nota informativa ed al regolamento del fondo interno (per le polizze *unit linked*) e della gestione separata (per le polizze rivalutabili) deve essere resa disponibile sui siti Internet delle compagnie per consentire al consumatore una attenta ponderazione delle polizze ed una scelta consapevole tra le offerte disponibili. Nella Relazione annuale dell'ISVAP per l'anno 2004 si legge: "A partire dal mese di ottobre del 2004, con riferimento alle polizze individuali a maggior diffusione, le imprese devono pubblicare nel proprio sito internet la documentazione relativa alle condizioni

Quanto alle conseguenze della mancata consegna (di cui all'art. 4), non possono che richiamarsi le argomentazioni già svolte nel precedente paragrafo.

L'ISVAP ha proceduto - quindi - alla rivisitazione della *Nota informativa*, differenziandone lo schema per adeguarlo alle varie tipologie contrattuali (contratti di assicurazione con partecipazione agli utili <sup>151</sup>, contratti *unit linked* <sup>152</sup>, contratti *index linked* <sup>153</sup> e contratti destinati ad attuare forme pensionistiche individuali) <sup>154</sup>.

Ha, così, introdotto, per i predetti contratti, una *Scheda sintetica* che riporti le caratteristiche essenziali di ciascuno (garanzie, costi ed eventuali rischi finanziari) in termini percepibili facilmente dal potenziale contraente <sup>155</sup>.

La *Scheda* - secondo quanto espressamente previsto dalla circolare - non ha lo scopo di sostituire la *Nota*, bensì quello di indicare le “*informazioni di sintesi sulle caratteristiche, sulle garanzie, sui costi e sugli eventuali rischi presenti nel contratto*”.

Sia la “*Nota informativa*” (art. 7) sia la “*Scheda sintetica*” (art. 6) vengono predisposte dalle imprese assicurative sulla base di “*Schemi*” predisposti dall'ISVAP. Analogamente a quanto disposto dal terzo comma dell'art. 185 (seppur con riferimento solo alla prima).

---

*contrattuali, alla nota informativa, alla valorizzazione delle quote di fondo (per le polizze unit linked) e degli attivi (per le polizze index linked) nonché l'articolazione e la localizzazione territoriale della rete distributiva con l'indicazione degli agenti*”. Peraltro, l'art. 131 del Codice (rubricato “trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto”) prevede - infatti - che “*le imprese mettono a disposizione del pubblico, presso ogni punto vendita e nei siti internet, la nota informativa e le condizioni di contratto praticate nel territorio della Repubblica*”. Ciò “*al fine di garantire la trasparenza e la concorrenzialità delle offerte dei servizi assicurativi e un'adeguata informazione*”.

<sup>151</sup> Contratto di assicurazione sulla vita o di capitalizzazione caratterizzato da meccanismi di accrescimento delle prestazioni (quali, per esempio, la partecipazione al rendimento di una gestione interna separata o agli utili di un conto di gestione) (art. 1, lett. a della circolare).

<sup>152</sup> Contratto di assicurazione sulla vita in cui le prestazioni sono direttamente collegate al valore di attivi contenuti in un fondo interno oppure al valore delle quote di OICR (art. 1, lett. e della circolare).

<sup>153</sup> Contratto di assicurazione sulla vita in cui le prestazioni sono direttamente collegate ad un indice azionario o ad un altro valore di riferimento (art. 1 lett. c della circolare).

<sup>154</sup> Contratto di assicurazione sulla vita di cui all'art. 9 *ter* del D.lgs. n. 124/93 (art. 1 lett. g della circolare).

<sup>155</sup> Ancora così dispone la “*premessa*” della medesima circolare.

Tuttavia, solo gli *schemi* <sup>156</sup> della Nota sono stati “differenziati” in relazione alle diverse categorie contrattuali sopra indicate.

Pertanto, pur non potendosi sviluppare il discorso in termini unitari <sup>157</sup>, sembra potersi, in ogni caso, affermare che essi abbiano lo scopo di fornire una dettagliata rappresentazione delle caratteristiche dei prodotti assicurativi con la indicazione in forma tabellare, per tutte le tipologie contrattuali, di tutti i costi a carico del contraente.

Quanto alla *Scheda sintetica*, essa costituisce - come s'è detto - una novità introdotta dalla circolare non riproposta poi dal Codice.

I relativi schemi <sup>158</sup>, non essendo stati distinti a seconda del contratto cui accedono, hanno una struttura, per così dire, *standard* e comprendono :

- 1) le informazioni generali relative alla denominazione della impresa di assicurazione, alla tipologia di contratto, alla durata di esso ed al pagamento dei premi;
- 2) le caratteristiche del contratto;
- 3) le prestazioni assicurative e le garanzie offerte (in caso di vita, decesso, invalidità, malattia, ecc.);
- 4) costi o rischi finanziari a carico del contraente;
- 5) dati storici di rendimento (variabili a seconda del prodotto assicurativo offerto);
- 6) diritto di ripensamento.

Essi assolvono, in definitiva, alla funzione di illustrare le caratteristiche principali del contratto assicurativo, descrivendone i costi ed i rischi finanziari a carico dell'assicurato ed indicando esattamente le prestazioni e l'ampiezza

---

<sup>156</sup> Le diverse categorie sono meglio specificate negli allegati nn. 7, 8, 9, 10 e 11 della circolare.

<sup>157</sup> Al di là delle differenze peculiari di ciascuno Schema, tuttavia, vi sono delle informazioni comuni relative a: 1) informazioni sull'impresa (denominazione, eventuale gruppo di appartenenza, recapiti, conflitti di interesse); 2) informazioni sulle prestazioni assicurative e sulle garanzie offerte; 3) informazioni su costi, sconti e regime fiscale; 4) altre informazioni sul contratto (relative in particolare al perfezionamento del contratto, al pagamento dei premi, al riscatto, al diritto di recesso, alla revoca della proposta, alla legge applicabile al contratto, alla lingua in cui è redatto il contratto, alla procedura di reclamo, alla informativa in corso di contratto.

<sup>158</sup> Essi sono indicati negli allegati 1, 2, 3, 4 e 5 della circolare n. 551/D/2005.

della copertura offerta.

Alla luce delle disposizioni formulate dalla circolare n. 551/D/2005, sembra allora potersi affermare che mentre la *Nota informativa* contiene le informazioni relative all'impresa ed ai prodotti offerti, la *Scheda sintetica* avrebbe lo scopo di rendere l'assicurato edotto sulle essenziali caratteristiche contrattuali ed economiche offerte dall'impresa con la quale si accinge a stipulare il contratto di assicurazione.

Si può, dunque, dedurre che quest'ultima non sia stata riproposta nel Codice posto che il contenuto della stessa è stato trasfuso nella Nota e l'obbligo di consegna limitato alla (sola) Nota.

Un'ultima considerazione.

Il forte nesso tra le disposizioni contenute nel nuovo Codice con quelle adottate dall'ISVAP nella circolare n. 551/D/2005 è fin troppo evidente anche in sede delle cd. *informazioni supplementari*.

L'art. 185 dispone - al quarto comma - che l'ISVAP, limitatamente all'assicurazione "ramo vita", ha la facoltà di determinare, sempre con regolamento, quelle "informazioni supplementari che siano necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi, ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse" (art. 185, comma 4).

La circolare n. 551/D/2005 - quasi specularmente - prevede che "l'inserimento di informazioni supplementari rispetto a quelle previste dagli schemi - della Nota informativa - deve essere limitato all'esigenza di rendere pienamente comprensibili le caratteristiche del contratto".

Ma l'ISVAP - come s'è detto - ad oggi non ha ancora adottato alcun regolamento attuativo.

**c) facoltà di "interpello" e potere di "integrazione" (artt. 186 e 187 D.lgs. 209/2005).**

L'art. 186, primo comma, del Codice (rubricato "*Interpello sulla nota informativa*") riconosce all'impresa assicurativa la facoltà di "*trasmettere preventivamente all'ISVAP*" il testo della Nota informativa unitamente alle condizioni del contratto "*allo scopo di richiedere un accertamento sulla corretta applicazione degli obblighi di informazione*".

L'istituto - denominato cd. *Interpello* - rappresenta una novità assoluta per il settore assicurativo, introdotto dal nuovo Codice delle Assicurazioni <sup>159</sup>.

L'interpello dell'ISVAP costituisce, dunque, una facoltà <sup>160</sup> per le imprese assicurative e non un obbligo.

Tale facoltà, tuttavia, se esercitata, ha l'effetto di sospendere la distribuzione del prodotto.

L'art. 186 appena citato prevede infatti - al comma 3 - che "*sino al provvedimento dell'ISVAP*", l'impresa che ha interrogato l'Autorità "*non procede alla commercializzazione del prodotto*".

L'impresa, dunque, non può commercializzare il prodotto e poi chiedere l'interpello. Se intende farlo, deve farlo prima e, una volta richiesto, deve attendere il provvedimento dell'Autorità.

Con il quale questa si pronuncerà (in senso positivo o negativo) sulla regolarità del contenuto della Nota informativa oppure indicherà "*le eventuali integrazioni*" da apportare alla stessa (art. 186, comma 2, ultima parte).

L'interpello assolve, in sostanza, alla funzione di "controllo preventivo", sollecitato dall'impresa, con particolari implicazioni sotto il profilo probatorio <sup>161</sup>.

E si veda come.

---

<sup>159</sup> Contrariamente ad altri ambiti nei quali l'interpello è una figura già nota: per esempio, l'art. 9 del D.lgs. 23.4.2004 n. 124 ha introdotto l'interpello nell'ordinamento previdenziale e giuslavoristico; esso è stato altresì riconosciuto, in materia contributiva, dall'art. 11 L. 27.7.2000 n. 212.

<sup>160</sup> Il servizio legale dell'ANIA - in una nota del 7 novembre 2005 - ha rilevato che "*la procedura dell'interpello non poteva che essere facoltativa giacché la normativa comunitaria assicurativa esclude la possibilità di una approvazione preventiva delle note informative precontrattuali e delle condizioni di contratto ai fini dell'esercizio della attività assicurativa*".

<sup>161</sup> Il tema è stato affrontato, in dottrina, da Cristina CAVALIERE, *Obblighi di informazione* sub artt. 185 ss. in Commentario al Codice delle Assicurazioni a cura di Mario BIN, *op. cit.*, pag. 596.

Esso mira ad accertare che l'impresa assicurativa abbia correttamente e puntualmente applicato, nella nota informativa predisposta, quelle (obbligatorie) informazioni sul contratto (oltre che sull'impresa medesima) definite dall'ISVAP nel regolamento di cui all'art. 185, comma 3, prima citato.

E' quindi rivolto al medesimo organo – l'ISVAP – che ha dettato quelle regole di compilazione della nota informativa (in punto di informazioni sulla impresa assicurativa e sul contratto che si andrà a stipulare) delle quali dev'essere verificata, nel caso concreto, l'esatta congruenza.

Di guisa che, se la valutazione dell'Autorità avrà esito positivo, essa si tradurrà in una sorta di (preventiva) *certificazione di conformità* allo schema predisposto dall'Autorità medesima.

Ciò posto, non può non rilevarsi come tale meccanismo realizzi in sostanza uno strumento di acquisizione preventiva della prova da parte dell'impresa (in punto di “specificata diligenza” adottata nella fase precedente la stipulazione del contratto), che l'art. 178 del Codice - invertendo i normali principi processuali che regolano l'onere probatorio - ha posto invece a carico dell'impresa medesima.

Il citato art. 178 recita infatti che “*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al contraente di un contratto di assicurazione sulla vita a contenuto finanziario, spetta all'impresa l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta*”.

Consegue che il (positivo) esercizio della facoltà di interpello liberi l'impresa dalla ogni responsabilità al riguardo. E comunque, ove mai volesse ritenersi che non sia tale da integrare una vera e propria prova liberatoria, allo stesso conseguirebbe l'effetto di “alleggerire” detto onere.

All'impresa residuerebbe al più l'onere di provare che l'adempimento degli obblighi di informazione (la cui attuazione si concretizza nella predisposizione della nota informativa in termini chiari e comprensibili) sia stato preventivamente accertato dall'ISVAP, con le implicazione che a ciò conseguono.

Pertanto, in tal senso opinando, il diritto di interpello sembrerebbe

rappresentare un “vantaggio” per le imprese di assicurazione in una con un ulteriore elemento di affidamento per l’utente - contraente.

Di contro, per l’Autorità di vigilanza, il meccanismo dell’interpello comporterebbe un decisivo ampliamento delle responsabilità nei confronti di terzi assicurati i quali potranno fare affidamento sull’approvazione – o, meglio, sulla certificazione di conformità – della nota informativa da parte dell’ISVAP

162

Ma v’è di più.

Il controllo preventivo esercitato dall’ISVAP è ulteriormente snellito dal *silenzio-assenso* dell’Autorità.

In virtù del quale, se l’ISVAP non provvede a rendere la sua *“valutazione sul contratto entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della documentazione, esauriente e completa,* la nota dovrà intendersi *“conforme agli obblighi di informazione”* (art. 186, comma 2).

E’ fin troppo evidente, infatti, che il termine di sessanta giorni stabilito dal legislatore, entro il quale, come s’è visto, l’ISVAP è tenuta ad esaminare tutta la documentazione fornita dalle imprese ed a pronunciarsi - positivamente oppure indicando *“le eventuali integrazioni”* da apportarvi (art. 186, comma 2, ultima parte) – sia eccessivamente breve e, comunque, poco congruo ed adeguato alle capacità funzionali dell’Autorità ed alla mole di interpellazioni che essa potrebbe ricevere.

Alla prospettiva di un possibile uso strumentale di detto termine da parte dell’impresa, il legislatore sembra abbia voluto contrapporre la successiva previsione di cui all’art. 187 (rubricato *“integrazione della nota informativa”*) .

Ai sensi del quale l’ISVAP – ferme restando le disposizioni del presente capo – *“può chiedere all’impresa”* di apportare *“modifiche alla nota informativa utilizzata, quando occorre fornire informazioni ulteriori e necessarie per la protezione degli assicurati”* (art. 187, rubricato *“integrazione della nota informativa”*).

Senonché, anche la norma appena richiamata appare un po' generica, o quanto meno di portata limitata.

Anzitutto, essa non specifica quando tale potere di "modifica" possa essere esercitato. Anzi, il rilievo che tale potere si espliciti in relazione ad una "*nota informativa utilizzata*" induce a ritenere che si tratti di un intervento "successivo" dell'Autorità. Inoltre, che venga esercitato *ex officio* e non su richiesta dell'impresa.

Di guisa che l'operatività della norma richiamata resterebbe circoscritta al solo caso di una nota informativa predisposta dall'impresa, ragionevolmente in violazione e/o in modo difforme delle indicazioni provenienti della stessa ISVAP contenute nel regolamento (art. 185, comma terzo).

Infine, la norma non definisce quale sia il tipo di "provvedimento" che l'ISVAP possa adottare nell'esercizio di tale potere di integrazione della nota.

La soluzione appare ancor più ostica in assenza – per quanto risulta – di qualsivoglia provvedimento adottato dall'ISVAP in attuazione dell'art. 187 in parola.

---

<sup>162</sup> Così in dottrina, Alessio DI AMATO "*Trasparenza e protezione dell'assicurato*" in Nuovo Codice delle Assicurazioni. Commentario sistematico, a cura di Sandro

## PARTE SECONDA: LE AUTORITA' DI GARANZIA

---

AMOROSINO– Luigi DESIDERIO, *op. cit.*, pag. 382.

## CAPITOLO V

### BANCA D'ITALIA

**Sommario:** 1) “Contenuto tipico determinato” (*art. 117, comma 8, T.U.B. e succ. modifiche*); 2) Nullità del contratto “difforme” (*artt. 117, comma 8, e 127, comma 2, T.U.B.*).

**1) “Contenuto tipico determinato” (*art. 117, comma 8, T.U.B. e successive modifiche*).**

La Banca d'Italia si colloca, nella categoria delle Autorità Amministrative Indipendenti, certamente tra le figure più complesse. Vuoi per l'ampiezza e la varietà dei compiti e funzioni ad essa riconosciuti dal legislatore, vuoi per i diversi settori del mercato all'interno dei quali opera e sui quali è chiamata a vigilare.

Al contempo, può definirsi:

1) Istituto di emissione ed autorità monetaria <sup>163</sup>, facente parte integrante

---

<sup>163</sup> Quanto alla funzione monetaria, è appena il caso di ricordare che la Banca d'Italia venne costituita con R.D. n. 449 del 10.8.1893 come società di diritto speciale a seguito della fusione tra gli istituti di emissione degli Stati preunitari (Banca nazionale del regno, Banca nazionale toscana e Banca toscana di credito). Insieme con essa rimasero, in qualità di concessionarie dei diritti di emissione, il Banco di Napoli ed il Banco di Sicilia. Nel 1926, per effetto della cessazione della facoltà delle altre due disposta con R.D.L. n. 812 del 6 maggio, la Banca d'Italia rimase unico istituto di emissione dello Stato italiano. Successivamente, con R.D.L. 375 del 12.3.1936, la Banca fu dichiarata Istituto di diritto pubblico (art. 20, comma 1). Il successivo percorso evolutivo della disciplina legislativa relativa alla funzione monetaria si è sviluppato, in particolare, a partire dagli anni ottanta. Nel senso, da un lato, della “autonomizzazione” della Banca d'Italia nell'esercizio delle proprie funzioni, dall'altro, della evoluzione degli strumenti di intervento sulla massa monetaria da forme dirette (di tipo ordinatorio) a forme indirette (in particolare, le operazioni di mercato aperto). Tale sviluppo è certamente dipeso anche dall'impulso della normativa comunitaria in punto di libera circolazione dei capitali e netta separazione tra politica monetaria e politica di bilancio degli Stati (artt. 104 e 105 del Trattato CE). Ma il principale effetto prodotto, ad oggi, dal processo di integrazione europea è il trasferimento della funzione monetaria dalla sfera di sovranità dei singoli Stati nazionali aderenti a quella della Unione che la esercita mediante il Sistema Europeo di Banche centrali (SEBC) costituito dalla Banca Centrale Europea (BCE) e dalle banche centrali degli Stati aderenti. In ogni caso, per la illustrazione di funzioni e compiti cfr. in dottrina, tra l'altro, Alberto DE CHIARA, “La Banca d'Italia” in Le Autorità Indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione (a cura di) Guido Clemente di San Luca, *op. cit.*, pag. 9 ss.

del SEBC - Sistema Europeo di Banche Centrali;

2) autorità di vigilanza, unitamente alla CONSOB, sul settore dell'intermediazione finanziaria <sup>164</sup> disciplinato dal D.Lgs. n. 58/1998 (cd. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), di cui si dirà nel successivo capitolo;

3) autorità di vigilanza sul settore creditizio <sup>165</sup> - insieme con le altre Autorità creditizie (Ministero dell'economia e delle finanze e CICR-Comitato interministeriale credito e risparmio) - disciplinato, quest'ultimo, dal D.Lgs. n. 385/93, cd. Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia che, in seguito, sarà denominato più semplicemente T.U.B..

Il Testo Unico Bancario si è ispirato - al pari del Testo Unico della finanza (come si vedrà in prosieguo) - ad una politica di parziale

---

<sup>164</sup> Nel settore della intermediazione finanziaria non bancaria, sono stati affidati alla Banca d'Italia compiti di cura della stabilità dalla Legge 2 gennaio 1991 n. 1 recante la "Disciplina della attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sulla organizzazione dei mercati mobiliari". Compiti successivamente confluiti ed organicamente disciplinati nell'ambito del testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, al qual sono state apportato talune modifiche per effetto della entrata in vigore della Legge 28 dicembre 2005 n. 262 recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

<sup>165</sup> Per quanto attiene al settore bancario creditizio, fino al 1926 le banche operavano in regime di totale libertà. Con il R.D.L. 7.9.1926 n. 1511 recante "Provvedimenti per la tutela del risparmio" ed il relativo regolamento di esecuzione, R.D.L. 6.11.1926 n. 1830, il settore fu sottratto alle norme generali del Codice del Commercio e sottoposto ad uno statuto speciale, ispirato alla tutela dei risparmiatori. Il sistema creditizio che ne derivò fu basato sulla "banca mista" la quale, oltre a raccogliere risparmio, compiva operazioni attive di credito sia a breve che a lungo termine ed acquisiva la veste di azionista di imprese industriali. All'epoca, le tre più grandi banche (Banca commerciale italiana, Credito italiano ed il Banco di Roma) erano azioniste di società che controllavano i più importanti settori della economia italiana. A seguito della grande crisi del 1929 le banche, nelle vesti di azioniste e finanziatrici delle imprese industriali, rischiarono di mettere a loro volta in crisi la stabilità della Banca d'Italia. Sicché, come è noto, con la istituzione dell'IRI (Istituto ricostruzione industriale) e l'abbandono della figura di "banca mista", venne promulgata la seconda legge bancaria R.D.L. 12.3.1936 n. 375 recante "Disposizioni per la difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia". Con la quale la Banca d'Italia è stata espressamente denominata "Istituto di diritto pubblico" avente la struttura di società di capitali. La disciplina del settore creditizio ha subito una profonda modificazione a partire dagli anni 70, fondamentalmente ad opera di tre fattori: influenza della normazione comunitaria; tendenze economiche alla despecializzazione e conseguente omogeneizzazione delle imprese bancarie; emersione dei nuovi interessi pubblici della concorrenza e della tutela dei consumatori. Tale processo ha portato ad una disciplina organica contenuta nel cd. Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385 il quale, tra l'altro, ha definitivamente riconosciuto la natura imprenditoriale (e non di servizio pubblico) della attività bancaria (art. 10). Di recente, anche il citato Testo Unico - al pari del Testo Unico Finanza - ha subito talune modifiche per effetto della appena citata Legge 28 dicembre 2005 n. 262.

“delegificazione”<sup>166</sup> della materia bancaria e creditizia. Limitandosi a fissare i principi e le regole fondamentali della materia e demandando, poi, alle Autorità creditizie prima citate (Ministro dell’economia e delle finanze, CICR e Banca d’Italia) il compito, nelle rispettive competenze, di integrare e specificare le norme di legge attraverso provvedimenti regolamentari di portata generale.

In altri termini, dunque, l’ulteriore disciplina, per così dire, “di dettaglio” viene espressamente attribuita a tali Autorità, siccome ritenute più idonee ed esperte del legislatore rispetto alla “tecnicità” della materia da trattare.

E si veda come.

Da una parte, il legislatore ha determinato nella “*stabilità, efficienza, competitività del sistema finanziario*” nonché nell’*“osservanza delle disposizioni in materia creditizia, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati”* (art. 5 rubricato “*Finalità e destinatari della vigilanza*”) i “fini” della vigilanza cd. prudenziale (verifica del rispetto dei parametri imposti dalle norme di legge).

Dall’altra, quanto alla normativa “di dettaglio” di cui s’è detto, ha riconosciuto alla Banca d’Italia<sup>167</sup> - tralasciando, ai fini della nostra indagine, le altre Autorità creditizie<sup>168</sup> - un potere regolamentare, da adottarsi nell’esercizio della funzioni di vigilanza, che prevede e consente l’emanazione sia di “*istruzioni*” (ovvero atti amministrativi generali) sia di veri e propri “*regolamenti*” (art. 4). Questi ultimi, “*nei casi previsti dalla legge*”.

---

<sup>166</sup> Il tema è stato recentemente affrontato da Paolo BONTEMPI, “*Diritto bancario e finanziario*”, cap. I (Le fonti del diritto bancario e finanziario) Giuffrè, Milano, 2006, pag. 13 ss. nonché da Gregorio GITTI “*Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G.Gitti, *op. cit.*, pag. 97 nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 261 parla, in particolare, di “*potenziale delegificazione*”.

<sup>167</sup> In generale, sui “*Poteri della Banca d’Italia*” si veda anche l’art. 96 *ter* del T.U.B..

<sup>168</sup> E’ appena il caso di ricordare brevemente che al Ministro dell’economia e delle finanze (art. 3 T.U.B.) compete una potestà regolamentare che esercita mediante emanazione di decreti nelle materie espressamente previste dal T.U.B. (per esempio, decreto contenente la specificazione dei requisiti di professionalità ed onorabilità degli esponenti aziendali cioè di amministratori, sindaci e direttori generali di banche). Mentre al CICR (art. 2 T.U.B.) compete

L'attuazione dei "fini", previamente individuati dalla legge, avviene dunque attraverso molteplici poteri (normativi ed amministrativi) riconducibili nell'alveo della "discrezionalità amministrativa tecnica" <sup>169</sup> della Banca d'Italia, la quale individua i parametri di riferimento delle valutazioni (tecniche) e "*determina e rende pubblici i principi ed i criteri dell'attività di vigilanza*" (art. 4, comma 2).

Senza voler (ulteriormente) richiamare la distinzione tra *atti amministrativi* e *regolamenti* - di cui ci si è ampiamente soffermati nel secondo capitolo - è appena il caso di ricordare che solo questi ultimi sono in grado di incidere sull'ordinamento giuridico con forza "innovativa" attraverso la creazione di norme generali ed astratte, destinate a trovare applicazione quindi oltre i confini dell'autorità emanante <sup>170</sup>.

Gli atti amministrativi, tuttavia, sembrano avere - in particolare nel settore bancario - una portata ambivalente. Nei confronti delle banche, si pongono come *norme giuridiche interne* dell'ordinamento bancario, destinate cioè a regolare i rapporti tra le banche, da un lato, e gli organi di vigilanza, dall'altro. Nei confronti di terzi, sono inidonei ad incidere sulla sfera dei diritti soggettivi dei privati, a meno che non vengano trasfusi in norme contrattuali <sup>171</sup>.

Ciò posto, il processo di delegificazione in parola sembra essersi esteso

---

una potestà regolamentare consistente nella fissazione delle linee generali della disciplina bancaria nelle materie previste ed in particolare in quelle indicate dall'art. 53 del T.U.B..

<sup>169</sup> In tal senso, cfr. Alberto DE CHIARA, "*La Banca d'Italia*" in Le Autorità Indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione (a cura di) Guido Clemente di San Luca, *op. cit.* pag. 21.

<sup>170</sup> Sul punto, parte della dottrina si è espressa addirittura fino al punto di ritenere che le norme regolamentari di portata generale che le Autorità creditizie sono chiamate ad emanare in forza di una legge che le autorizzi espressamente diventano norme generali ed astratte in grado di abrogare norme vigenti di rango legislativo (in tal senso, cfr. Lorenza CARLASSARE, voce "*Regolamento (dir. cost.)*" in Enc. dir., Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXIX, pag. 624 ss.; Fabrizio POLITI, voce "*Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*" in Enc. giur. Treccani, 2001, pag. 19 ss.)

<sup>171</sup> Così sostiene Paolo BONTEMPI, "*Diritto bancario e finanziario*", cap. I (Le fonti del diritto bancario e finanziario), *op. cit.*, pag. 14.

anche alla “materia contrattuale”<sup>172</sup>, rispetto alla quale il Testo Unico bancario difetta, quasi completamente, di una specifica e dettagliata disciplina.

Ed infatti.

Il legislatore si è limitato a prevedere al Titolo VI (rubricato “*Trasparenza delle condizioni contrattuali*” - artt. 115-128) un insieme di norme di principio (a titolo esemplificativo: quelle in materia di pubblicità di operazioni e servizi di modifica delle condizioni contrattuali; di comunicazioni periodiche alla clientela; varie disposizioni a tutela dei consumatori) volte, in buona sostanza, a garantire al cliente “debole” la “trasparenza” delle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dalla banca. E ciò, sul presupposto della “disparità” o “asimmetria” contrattuale che caratterizza (anche) i contratti bancari.

All’interno del medesimo Titolo VI, ha poi inserito l’art. 117<sup>173</sup>, rubricato (troppo) genericamente “*Contratti*”<sup>174</sup>.

La norma dispone - in particolare, al comma 8 - che la Banca d’Italia, “*d’intesa con la CONSOB*”<sup>175</sup>, può prescrivere che “*determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualitativi, abbiano un contenuto tipico determinato*”.

Prosegue poi che, in caso di “*difformità*”, i contratti o i titoli sono affetti da nullità.

Tema, quest’ultimo, sul quale si tornerà più approfonditamente nel successivo paragrafo.

Non v’è chi non veda, tuttavia, come il richiamato art. 117, comma 8, sia poco chiaro nelle ragioni e nella portata.

---

<sup>172</sup> Il tema è stato affrontato anche da Gregorio GITTI “*Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G.Gitti, *op. cit.*, pag. 97 nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 261.

<sup>173</sup> La norma richiama, seppur in modo non proprio speculare, l’art. 23 del T.U.F sul quale si avrà modo di soffermarsi nel successivo capitolo con riferimento alla CONSOB.

<sup>174</sup> E’ il caso di precisare, tuttavia, che anche l’art. 124 T.U.B. è parimenti rubricato “*Contratti*”. Esso viene dettato in materia di contratti di credito al consumo e richiama l’applicazione dell’art. 117, primo e terzo comma.

<sup>175</sup> Le parole “*d’intesa con la CONSOB*” sono state recentemente introdotte dall’art. 25 del già citato D.Lgs. 262/2005.

La stessa formulazione testuale, a dir poco generica, non può non sollevare dubbi e perplessità, che difficilmente possono essere chiariti, stante – tra l’altro – la “quasi” inesistente (per quel che risulta) prassi applicativa.

Quel che, tuttavia, emerge con una certa chiarezza, è che, in forza della citata norma, la Banca d’Italia risulti essere destinataria di una “*delega di potestà normativa*” da esercitarsi mediante provvedimenti amministrativi aventi natura regolamentare<sup>176</sup>, ancorché non esplicitati.

Potestà normativa oggetto – forse – di un “*eccesso di delega*”<sup>177</sup>, posto che, secondo il dato letterale, il potere della Banca d’Italia non sembra essere esattamente circoscritto dal legislatore. Così da conferirle un peculiare “potere di conformazione” di contratti e di titoli, non solo di portata molto vasta ma soprattutto senza chiari parametri limitativi<sup>178</sup>.

Fermo quel che s’è detto, il tentativo di analisi della disposizione *de qua* non vuole – né tanto meno può – avere pretese di esaustività e neppure di dare soluzione ad un tema peraltro così complesso. Mira, comunque, a fare almeno un po’ di chiarezza.

---

<sup>176</sup> Così è affermato da Gregorio GITTI “*Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G.Gitti, *op. cit.*, pag. 97 nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 261. In ogni caso, il tema è stato autorevolmente affrontato in occasione del convegno promosso dalla medesima Banca d’Italia a Roma il 31 gennaio 1997 sul tema “Fondamento, implicazioni e limiti dell’intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela” i cui atti sono stati pubblicati nei *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia* n. 49/1999. Meritano di essere ricordati soprattutto gli interventi – che, nel prosieguo della trattazione, saranno più volte richiamati – di Aldo Angelo DOLMETTA “*Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d’Italia*” pag. 9 ss; Michele GRILLO e Michele POLO “*La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle norme bancarie uniformi*” pag. 27 ss; Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall’art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*” pag. 61 ss; Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*” pag. 71 ss.

<sup>177</sup> Cfr. Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall’art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*” *op. cit.* pag. 67. In particolare, sul “potere conformativo” – in genere – delle Autorità Amministrative Indipendenti il quale oscilla tra la prescrizione di un contenuto minimo e la definizione di talune particolari clausole da inserire obbligatoriamente cfr. Francesco MACARIO “*Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*” in L’autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di Gregorio Gitti, *op. cit.* pag. 206.

<sup>178</sup> Così sostiene Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*” in *Quaderni di*

Ciò detto, il riferimento della rubrica dell'art. 117 – parimenti generico – ai contratti *tout court* consente di ricomprendere nella disciplina ivi contenuta non solo i contratti bancari disciplinati dal codice civile (artt. 1834-1860), ma anche quei contratti che abbiano come controparte - contraente un intermediario finanziario.

Ad eccezione - ovviamente - di quelli posti in essere nell'esercizio di servizi di investimento regolati, quest'ultimi, dal Testo Unico sulla finanza (D.Lgs. n. 58/1998) <sup>179</sup>.

In particolare, il comma 8 di cui è discorso - nel prevedere che la Banca d'Italia possa prescrivere che a determinati contratti o titoli, individuati attraverso un particolare *nomen* o categoria, corrisponda un “*contenuto tipico determinato*” – ha certamente introdotto *ex novo* <sup>180</sup> la facoltà per la Banca medesima di definire taluni “schemi” per la redazione dei contratti bancari (nel senso sopra richiamato).

Addirittura sancendo - come poi si vedrà - la nullità dei contratti e dei titoli “difformi” <sup>181</sup> rispetto allo schema autoritativamente determinato.

Tuttavia, la estrema genericità della portata della norma non consente di comprendere quale sia tale “contenuto” contrattuale, entro quali limiti la Banca d'Italia possa determinarlo e quale provvedimento quest'ultima possa adottare: si limita a specificare unicamente che il contenuto debba essere *tipico* e *determinato*.

Ebbene, il disposto di cui all'art. 117, comma 8, sembra rispondere *prima facie* all'esigenza di aggiungere alle “regole di trasparenza” di cui al

---

*ricerca giuridica della Banca d'Italia* n. 49/1999 pag. 73. In particolare, sul “potere conformativo” della Banca d'Italia si tornerà in seguito.

<sup>179</sup> In tal senso, Anna Maria CARRIERO, *Commento sub art. 117* in Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di Francesco Capriglione, Tomo II, Cedam, Padova, 2001, pag. 902.

<sup>180</sup> Concordemente in dottrina, in tal senso, sia Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*” *op. cit.* pag. 67; Anna Maria CARRIERO, *ult. op. cit.* pag. 912. La “novità” della disposizione in esame va considerata anche in relazione alla precedente Legge 17.2.1992 n. 154 (concernente “*norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*”) molti dei cui principi sono stati, appunto, recepiti dal T.U.B.

<sup>181</sup> Anna Maria CARRIERO, *ult. op. cit.* pag. 912.

Titolo VI un ulteriore presidio alla correttezza contrattuale. Attraverso l’emanazione, per così dire, di “regole-cornice” all’uopo fissate dalla Autorità di vigilanza, all’interno delle quali si dovrebbe articolare l’autonomia contrattuale degli operatori di settore <sup>182</sup>.

Come dire che la norma attribuirebbe alla Banca d’Italia un particolare potere di regolamentazione attiva in funzione di propulsione e di specificazione di finalità proprie della trasparenza <sup>183</sup>. Conformemente, peraltro, alla collocazione sistematica dell’art. 117 tra le disposizioni di cui al citato Titolo VI in punto di “*Trasparenza delle condizioni contrattuali*”.

In tal senso, autorevole dottrina ha ipotizzato che il legislatore, con l’art. 117 ottavo comma, abbia inteso prefigurare una sorta di “*riserva di intervento*”<sup>184</sup> della Banca d’Italia sul contenuto dei contratti bancari. Intervento tale da consentirle di agire sui soggetti vigilati (banche ed intermediari finanziari) al fine di prevenire il ricorso, da parte di questi ultimi, a formulazioni oscure o, comunque, di difficile lettura da inserire nei contratti da essi predisposti.

Ebbene, se alla stregua di tale lettura interpretativa (secondo la quale, come s’è detto, l’Autorità di vigilanza detterebbe le “regole-cornice” entro le quali le banche che predispongono i contratti sono tenute a “muoversi”) da una parte resterebbe assolta la funzione di assicurare la controparte “debole” in

---

<sup>182</sup> In tal senso, ancora Anna Maria CARRIERO, *ult. op. cit.* pag. 912.

<sup>183</sup> Il tema è stato, peraltro, affrontato da Aldo Angelo DOLMETTA “*Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d’Italia*” *op. cit.* pag. 22 ss.

<sup>184</sup> L’esplicitazione di siffatta tesi si deve a Mario NIGRO “*La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*” in *Dir. bancario* 1994, I, pag. 583 il quale l’ha formulata in via dubitativa e con riferimento alle sole condizioni disciplinari di tali contratti. Il tema è stato successivamente ripreso da Aldo Angelo DOLMETTA “*Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d’Italia*”, *op. cit.* pag. 23 nonché da Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*”, *op. cit.* pag. 83. Tale tesi è stata articolata sulla scorta della cd. “interpretazione forte” dell’art. 117, comma 8, del TUB contrapposta alla cd. “interpretazione debole” secondo la quale la norma in parola possiederebbe sì una peculiare funzione di trasparenza ma concernente un profilo del tutto specifico e particolare. La norma, infatti, mira a proteggere l’uniformità dei linguaggi informativi senza, tuttavia, vietare la stipulazione di contratti (atipici e) difforni dalle regole che vengono emanate dalla Banca d’Italia ma, unicamente, che ceti contratti o titoli, espressamente e normalmente individuati con un nome o con un contenuto consolidato, presentino un contenuto diverso da quello che prima la prassi e poi la Banca

punto di trasparenza del contratto o del titolo offerti dalla banca - così garantendo che ai contratti o ai titoli di precisa denominazione corrisponda un contenuto prefissato - dall'altra resterebbe conseguentemente limitato, tuttavia, l'esercizio della autonomia contrattuale di cui all'art. 1322, comma primo, c.c..

Di talché una siffatta prospettazione non sembra del tutto condivisibile.

Peraltro, le perplessità al riguardo sono ulteriormente alimentate dalla originaria formulazione dell'art. 117, comma ottavo, secondo la quale: *“Fermo restando quanto disposto dall'art. 1322 c.c., la Banca d'Italia può prescrivere che particolari denominazioni siano riservate a titoli e contratti che abbiano contenuto determinato dalla medesima Banca d'Italia. Sono inefficaci le clausole difformi”*<sup>185</sup>.

Anche il “vecchio” testo sembra dunque confermativo che non fosse intenzione del legislatore delegare alla Banca d'Italia un potere normativo così ampio da limitare sensibilmente l'autonomia contrattuale.

Diversamente opinando, non avrebbe senso, altrimenti, il richiamo all'art. 1322 c.c..

Ma se così è, occorre tentare di chiarire, allora, quale portata rivesta l'intervento con il quale la Banca d'Italia determina il “*contenuto tipico determinato*” di contratti e titoli, previamente individuati.

A tal fine, occorre prendere le mosse dal dato normativo, ancorché impreciso, secondo il quale il *contenuto* prescritto dalla Banca d'Italia deve essere “*tipico*” e “*determinato*”.

La stretta correlazione tra gli aggettivi utilizzati ha indotto autorevole dottrina ad affermare che il potere normativo delegato all'Autorità si sostanzia in un potere di “*tipizzazione*” di eventuali nuove operazioni finanziarie che “l'organo di vigilanza o, comunque, la prassi bancaria possano in futuro

---

d'Italia hanno determinato (in tal senso esattamente Renzo COSTI “*L'ordinamento bancario*”, II<sup>a</sup> Ed., Zanichelli, Bologna, 1994, pag. 481).

<sup>185</sup> Questo è il testo dello schema di Testo Unico alla data del 2 luglio 1993. L'opportunità di richiamare il vecchio testo è stata sollevata da Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*”, op. cit. pag. 67.

escogitare, come pure di ostracismo di eventuali altre operazioni divenute, nel frattempo, socialmente tipiche”<sup>186</sup>.

Tale potere non comporterebbe, dunque, alcuna limitazione sostanziale del principio di libertà contrattuale<sup>187</sup>.

Anzi, la previsione di cui all’art. 117, comma 8, consentirebbe proprio di coniugare l’esigenza di tutela della clientela con quella di rinsaldare la certezza dei rapporti giuridici, senza comportare – tuttavia – alcuna limitazione del principio di autonomia contrattuale<sup>188</sup>.

Se, dunque, il potere di “tipizzazione” amministrativa non avrebbe l’effetto di pregiudicare l’autonomia contrattuale degli operatori di settore, dovrebbe potersi riconoscere in capo alle banche predisponenti il potere di integrare lo schema negoziale “tipo”, definito dall’Autorità, mediante l’inserimento di clausole e/o condizioni aggiuntive.

Sempre che – s’intende - non snaturino le condizioni tipizzate<sup>189</sup> dalla Banca d’Italia.

In difetto, il contratto è sanzionato con la nullità.

Siffatta interpretazione, peraltro, appare sicuramente compatibile con il disposto di cui all’art. 127, comma primo, T.U.B. (rubricato “*regole generali*”), a tenore del quale “*le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente*”.

Come dire che, al contrario, esse non sono derogabili *in pejus*.

Le prescrizioni adottate dalla Banca d’Italia avrebbero dunque l’effetto di “vincolare” la parte “forte” del contratto bancario. Lasciando alla stessa un

---

<sup>186</sup> Così esattamente afferma Vincenzo BUONOCORE, “*Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*” in Banca impr. soc. 1994, pag. 171 ss; nonché Renzo COSTI “*L’ordinamento bancario*”, op. cit. pag. 481.

<sup>187</sup> Cfr. Giovanni CASTALDI “*Il riassetto della disciplina bancaria: principali assetti innovativi*” in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia n. 36, 1995, pag. 85.

<sup>188</sup> Cfr. Vincenzo DESARIO “*Caratteristiche e finalità dell’azione della Banca d’Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*”, Banca d’Italia, Documenti, n. 647, marzo 2000, pag. 23.

<sup>189</sup> In tal senso, Anna Maria CARRIERO “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e intermediazione finanziaria. Studi sugli intermediari finanziari non bancari*” (a cura di ) Rispoli-Farina, Novene, 1998, pag. 94 nonché Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall’art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*”, op. cit. pag. 68.

marginale di discrezionalità (*rectius*, di autonomia contrattuale) nell'inserire clausole, diverse ed aggiuntive, purché migliorative della posizione giuridico-economica del cliente.

Corollario - o, se si preferisca, semplice variante - della teoria della tipizzazione, l'altra della cd. "tipizzazione atipica" <sup>190</sup> .

Il presupposto da cui muove quest'ultima è che i contratti bancari e finanziari sono caratterizzati da una forte atipicità per quel che attiene il "*tipo*": sia sotto il profilo della causa, intesa come funzione economico-sociale, sia per quel che concerne l'oggetto del contratto, ovvero la prestazione ed il servizio prestato dalla banca.

Il potere della Banca d'Italia sarebbe ancor più incisivo e penetrante trattandosi, infatti, non già di individuare, cristallizzare e circoscrivere i caratteri di un "bene (già) noto", bensì di individuare addirittura un "tipo" di contratto o di un titolo nel loro contenuto, ad essi riservando così un preciso "*nomen*".

La "*atipicità*" della tipizzazione risiederebbe - per un verso - nel fatto che, contrariamente ai principi comuni dell'ordinamento giuridico, la esatta qualificazione del contratto (o del titolo) non proviene dal legislatore, bensì dall'Autorità amministrativa preposta alla vigilanza.

Per altro verso, la "*atipicità*" connoterebbe anche agli effetti invalidanti della "difformità" <sup>191</sup> .

Il contratto o il titolo che risultino difformi rispetto al modello tipizzato dalla Banca d'Italia sono affetti, infatti, da nullità.

Ebbene, non v'è chi non veda come tale norma deroghi ai normali principi civilistici e processualistici in punto di qualificazione del contratto e sue patologie.

---

<sup>190</sup> L'espressione e la relativa teoria appartengono a Paolo FERRO LUZZI "*Lezioni di diritto bancario*", Vol. I, Parte Generale, Lezione VII, Giappichelli, Torino, pag. 184.

<sup>191</sup> Con particolare riferimento al profilo della sanzione della nullità, Paolo FERRO LUZZI "*Lezioni di diritto bancario*", *op. cit.* pag. 185 sostiene che siffatta sanzione potrebbe spiegarsi con una tutela della "fede pubblica" nel senso che, in tal modo, si potrebbe impedire per esempio che con il nome di "obbligazioni" vengano collocati titoli che contengono profili di capitale di rischio anziché di credito.

E' principio consolidato quello secondo il quale se il *nomen* che parti attribuiscono al contratto non corrisponda al tipo, cioè al suo effettivo contenuto, non consegue il fenomeno della nullità.

Il giudice, infatti non è vincolato al *nomen iuris* adottato dalle parti.

Egli può sempre “*correggere la loro autoqualificazione qualora riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da esse voluto*”

<sup>192</sup>.

Sicché il contenuto finisce per prevalere sul *nomen*, senza che sia inficiata la validità del negozio giuridico posto in essere.

Altrettanto autorevolmente si è obiettato che la tesi della “tipizzazione” dei contratti e dei titoli appare eccessiva <sup>193</sup>.

Che, dunque, sembra più appropriato parlare di un potere di “connotazione” della Banca d'Italia: cioè nel potere di “prescrizione delle caratteristiche che un titolo o un contratto devono possedere per poter essere indicati con un determinato *nomen*” <sup>194</sup>.

Il che in buona sostanza, significa che oggetto di tale potere sono soltanto i titoli ed i contratti “legalmente o socialmente” tipici. La Banca d'Italia può, dunque, prescrivere essa stessa direttamente il contenuto tipico

---

<sup>192</sup> Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. III Civ., 22.6.2005 n. 13399 in Mass. 2005, 986 (Soc. Echidna c/ Soc. Costruz. Mastella).

<sup>193</sup> Così sostiene sia Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*” *op. cit.* pag. 83 sia Giorgio DE NOVA “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*” *op. cit.* pag. 68. Il richiamo alle tesi della “tipizzazione” e della “connotazione” è stato, altresì, operato da Gregorio GITTI “*Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*” in L'autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G.Gitti, *op. cit.*, pag. 97 nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 261.

<sup>194</sup> In tal senso, espressamente, Giorgio DE NOVA “*Trasparenza e connotazione*” in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1994, pag. 938. Il quale tiene a precisare ulteriormente che alla Banca d'Italia non viene affidato un potere di “eteronormazione”. La tendenza a leggere nella norma tale potere si spiegherebbe solo con l'esigenza di ricercare nuove forme di regolamentazione dei titoli e dei contratti. Ed ancora precisa che, se si fosse trattato di un potere di eteroregolamentazione, si sarebbe detto, sulla falsariga dell'art. 1374 c.c., che “i contratti producono gli effetti determinati dalla banca d'Italia” (in “*La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, ottavo comma, del Testo Unico bancario*” *op. cit.* pag. 67). Tesi ripresa anche da Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*”, *op. cit.* pag. 83.

ovvero farlo anche *per relationem* <sup>195</sup>.

Se, dunque, la connotazione va intesa nel senso della corrispondenza tra un *nomen* e un determinato contenuto <sup>196</sup>, la stessa sembra essere strumentale ad obiettivi di trasparenza. Il potere esercitato dalla Banca d'Italia sarebbe, dunque, volto ad evitare che la clientela possa essere indotta in equivoco dalla non sovrapponibilità sostanziale tra *nomen* e contenuto <sup>197</sup>.

D'altra parte, la collocazione sistematica dell'art. 117 all'interno del Titolo VI del Testo Unico sulla "trasparenza delle condizioni contrattuali" ne sarebbe conferma.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, non può tuttavia non rilevarsi come entrambe le soluzioni prospettate (quella della "tipizzazione" e quella della "connotazione") non sembrano del tutto escludersi a vicenda.

D'altra parte, la genericità della norma in esame non sembra consentire di ricondurre il potere normativo riconosciuto alla Banca d'Italia né solo alla "tipizzazione" dei nuovi titoli o contratti bancari né alla sola "connotazione" di quelli legalmente o socialmente tipici <sup>198</sup>.

D'altronde - come sopra s'è detto - difettano, ad oggi, casi concreti di ricorso all'art. 117, comma 8, T.U.B..

La Banca d'Italia - a quanto risulta - si è avvalsa solo una volta <sup>199</sup> dei poteri in parola, peraltro limitatamente a "titoli" (nella specie, cambiali

---

<sup>195</sup> Ad esempio, a quanto elaborato dall'ABI. Ancora Giorgio DE NOVA "Trasparenza e connotazione" *op. cit.* pag. 939.

<sup>196</sup> Il legislatore parla, infatti, di "contenuto tipico determinato" non già di "contenuto determinato".

<sup>197</sup> Ancora Giorgio DE NOVA "Trasparenza e connotazione", *op. cit.* pag. 935 ss.

<sup>198</sup> Queste sono le conclusioni cui è pervenuto anche Gregorio GITTI, "Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti" in L'autonomia privata e le autorità indipendenti (a cura di) G.Gitti, *op. cit.*, pag. 99 nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 262.

<sup>199</sup> Con le istruzioni di vigilanza del 2 dicembre 1994, cap. LX. In particolare, nel 133° aggiornamento del 19.12.1996 alla circolare n. 4 del 29.3.1988, in materia di raccolta in titoli delle banche, si legge espressamente: "Per le obbligazioni, i certificati di deposito e i buoni fruttiferi vengono indicate le caratteristiche tipiche minime: il pubblico deve essere posto in grado di associare a tali forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali. La tipizzazione dei menzionati strumenti non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta". Ed ancora. "Non è consentita l'emissione di titoli denominati obbligazioni che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti istruzioni. E' del pari vietato l'emissione di titoli dotati delle caratteristiche indicate per le obbligazioni ma diversamente denominati".

finanziarie e certificati di investimento), mai ai contratti.

**2) Nullità del contratto “difforme” (artt. 117, comma 8, e 127, comma 2, T.U.B.).**

S'è detto che - ai sensi dell'art. 117, comma 8 - la Banca d'Italia ha la facoltà di prescrivere un “*contenuto tipico determinato*” per determinati contratti o titoli, individuati secondo una particolare denominazione o secondo specifici criteri qualitativi.

Con la conseguenza che, in caso di “*difformità*”, “*i contratti e i titoli sono nulli*”<sup>200</sup>.

Trattasi di nullità relativa posto che l'art. 127, comma 2 (rubricato “*regole generali*”) prescrive che “*Le nullità previste dal presente titolo - quindi, anche quella in esame - possono essere fatte valere solo dal cliente*”.

Il combinato disposto delle norme citate solleva non poche perplessità.

Con la previsione di cui all'art. 117, comma 8, il legislatore - in buona sostanza - ha inteso demandare (*rectius*, delegare) alla Banca d'Italia il potere normativo di disciplinare, con un proprio provvedimento sebbene non espressamente qualificato, il contenuto di “*determinati contratti o titoli*”.

Potere da esercitarsi in via del tutto discrezionale (la norma recita, infatti, “*può prescrivere*”) e, almeno apparentemente, senza alcun limite.

Senonché, da un lato, la norma in parola non specifica in alcun modo quale debba (o possa) essere il contenuto (di determinati contratti o titoli) che la Banca d'Italia può discrezionalmente determinare.

Si limita solo a stabilire che esso debba essere “*tipico*” e “*determinato*”.

Dall'altro lato, invece, prevede espressamente la *nullità* di quei contratti (o dei titoli) che si discostino (*rectius*, che siano “*difformi*”) dal modello

---

<sup>200</sup> Originariamente, nel progetto del Testo Unico, la sanzione prevista dalla norma in esame per la violazione del precetto era la “*inefficacia*” delle clausole difforme rispetto al *nomen* dato dalla Banca d'Italia non già la nullità.

contenutistico prescritto dall'Autorità.

In altri termini, mentre la sanzione (senz'altro "grave") invalidante è qualificata con chiarezza, benché riferita ad generica, quanto imprecisa, nozione di "*difformità*" del contratto (o del titolo), il comma ottavo omette di indicarne i requisiti di validità <sup>201</sup>.

Il citato comma 8 sembra richiamare – quasi specularmente – quanto previsto dal medesimo art. 117 in punto di *forma*.

Il terzo comma, in particolare, dispone che "*Nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è - parimenti - nullo*".

Ebbene, l'art. 117 prescrive due "tipi" di forme.

L'una, "*di legge*" - che è lo scritto - laddove stabilisce che "*i contratti sono redatti per iscritto e che un esemplare è consegnato al cliente*" (comma 1).

L'altra, per così dire, "*amministrativa*", demandata al CICR (Comitato interministeriale credito e risparmio, altra Autorità creditizia) il quale "*può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma*" (comma 2) <sup>202</sup>.

La violazione della prescrizione formale comporta in entrambi casi, come s'è detto, la nullità dell'intero contratto.

Sicché, il richiamo del comma 8 al comma 3 - pur con il doveroso distinguo - si impone per le analogie che presenta.

E si veda come.

La *difformità* si riferisce al "contenuto" del contratto predisposto dalla banca rispetto a quello, come s'è detto, *tipico* e *determinato*, adottato dalla Banca d'Italia in forza dell'ottavo comma.

---

<sup>201</sup> Su questo rilievo, ed in genere sull'art. 117, comma 8, del TUB si vedano le riflessioni di Mauro ORLANDI, "*Autonomia privata e autorità indipendenti*" in L'autonomia privata e le autorità indipendenti *op. cit.* pag. 91 ss. nonché in Riv. dir. priv. n. 2/2003 pag. 284 ss.

<sup>202</sup> Nel prossimo capitolo sulla CONSOB si avrà modo di vedere come tale norma si avvicini molto a quella dell'art. 23, comma 1, del T.U.F. ai sensi del quale "*la CONSOB, sentita la Banca d'Italia può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma*". Ed ancora. Anche in tali casi, "*l'inosservanza della forma prescritta*" determina la nullità del contratto.

L'*inosservanza* è, invece, legata alle (due) “forme” previste, *ad substantiam*, ai sensi dei commi primo e secondo.

La comparazione tra le disposizioni (commi ottavo e terzo) muove dal rilievo che la violazione di tutte le prescrizioni (contenutistica la prima, formale la seconda) è sanzionata con la nullità (s'è detto, relativa).

Nel tentativo, allora, di giustificare l'invalidità di cui al comma ottavo, siccome conseguente alla violazione di un precetto normativo in alcun modo esplicitato (difetta qualsivoglia riferimento ai requisiti di validità del contratto), parte della dottrina ha voluto ricondurre la prescrizione relativa al “*contenuto tipico determinato*”, imposto dalla Banca d'Italia, al principio della “*forma-contenuto*”<sup>203</sup>. Affiancandola, dunque, alle mere prescrizioni formali di cui ai commi primo e secondo, prima citati<sup>204</sup>. La cui *inosservanza* determina, parimenti, l'invalidità del contratto.

Ciò, sulla scorta delle considerazioni già svolte in punto di *tipizzazione* di nuovi contratti (o titoli) ad opera della Banca d'Italia, nel senso che la predetta può imporre un determinato *nomen* ad un contratto avente un dato contenuto, rendendolo così “tipico”.

E, il dato normativo non sembrerebbe contraddire l'assunto, posto che per “tutti” i vizi di forma, concernenti il mancato rispetto sia delle forme di legge (comma 1) sia delle forme amministrative (comma 2), prevede la nullità *assoluta*. Laddove, per i vizi “diversi”, non conseguenti cioè alla violazione di prescrizioni formali prevede, invece, (solo) la nullità *parziale* (commi 4, 6 e 7)

---

<sup>203</sup> L'espressione in parola è di Raffaele LENER “*Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel testo unico del credito*” in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, Tomo II, cap. XVII, di Guido Alpa e Mario Bessone, UTET, 1999, pag. 1184 nonché sempre Raffaele LENER “*Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*”, Giappichelli, Torino, 1996, pag.222 ss. L'Autore precisa che, benché la facoltà di tipizzazione sia stata utilizzata solo una volta ed in maniera “non pesante” per disciplinare la raccolta in titoli delle banche, il tenore della prescrizione non consente di escludere una possibile omogeneizzazione dei contratti bancari. Ed ancora. Che un certo grado di standardizzazione contrattuale potrebbe anche giovare alla concorrenza.

<sup>204</sup> La tripartizione dei tipi di “forma” dei contratti bancari appartiene a Raffaele LENER “*Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel testo unico del credito*” in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, Tomo II, cap. XVII, di Guido Alpa e Mario Bessone, UTET, 1999, pag. 1184.

Tuttavia, pur volendo aderire alla tesi appena illustrata, permangono forti perplessità in ordine alla possibilità di considerare la “*forma-contenuto*” quale elemento essenziale del contratto.

Ove mai si condivida la valutazione secondo la quale la forma possa essere requisito “sostanziale” del contratto solo nelle ipotesi in cui è prescritta dalla legge, a pena di nullità ai sensi e per gli effetti dell’art. 1325, n. 4, c.c.<sup>206</sup>, nel caso di specie, non sembra dubbio che trattasi di una “forma” non dettata dal legislatore bensì determinata (*rectius*, imposta) da una Autorità amministrativa indipendente, ancorché attributaria di un potere normativo regolamentare<sup>207</sup>.

Ancora un’altra considerazione.

Pur aderendo alla tesi della “*tipizzazione*”, così da farvi rientrare sia il potere di dare un *nomen* al contratto sia l’altro di prescrivere un contenuto minimo (così avrebbe senso l’espressione della *forma-contenuto* cui prima s’è fatto cenno), ulteriore perplessità suscita l’impropria espressione “*difformità*”

<sup>205</sup> Comma 4 (“*I contratti indicano il tasso di interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggior oneri in caso di mora*”); comma 6 (“*Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*”); comma 7 (“*In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto*”).

<sup>206</sup> Cfr. Natalino IRTI “*Studi sul formalismo negoziale*” Cedam, Padova, 1997; “*Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*”, Giuffrè, Milano, 1985; nonché “*Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*” in *Sistema finanziario e controlli: dall’impresa al mercato*, Giuffrè, Milano, 1986, pag. 113.

<sup>207</sup> Cfr. Mario NIGRO “*La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*”, *op. cit.* pag. 580. Renzo COSTI “*L’ordinamento del credito nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*” in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Censoni, Trieste, 1995, pag. 19 il quale afferma che l’art. 117 non introduce vincoli alla libertà contrattuale ma si pone come “momento della trasparenza” nel senso che “se un titolo ha un nome, deve avere quel contenuto”.

<sup>208</sup> Il tema della “difformità” ed, in genere, il comma ottavo dell’art. 117 è stato oggetto di analisi anche da parte di Ugo MAJELLO *Commento sub art. 117 TUB* in *Testo Unico delle*

La locuzione, infatti, sembra poter ricomprendere sia la mancanza “totale” della *forma-contenuto* prescritta dalla Banca d’Italia, cui potrebbe (più) logicamente conseguire la nullità dell’intero contratto - sempre che, ovviamente, si voglia riconoscere ad essa la natura di elemento essenziale - sia la mancanza “parziale” o, ancor più semplicemente, la mera “discordanza” o “incompatibilità” del testo predisposto unilateralmente dalla banca rispetto alle prescrizioni dell’Autorità.

Tali da legittimare – se del caso – una nullità (solo) *parziale* <sup>209</sup> con conseguente sostituzione di diritto delle singole clausole, appunto, “difformi”. E garantendo, in tal modo, il principio di “conservazione del contratto” che rimarrebbe valido.

Ipotesi, quest’ultima, tuttavia non contemplata dall’ottavo comma.

Ma v’è di più.

La “*difformità*” – in buona sostanza - altro non sembra significare se non “discordanza” (intesa in senso totale o parziale, sopra indicato) dal modello “tipizzato” dalla Banca d’Italia.

Così che il contratto “difforme” dovrebbe intendersi “atipico” e, dunque, nullo.

Ma la tipizzazione - o meglio, la tipicità - non implica la preclusione di stipulare contratti “diversi” da quelli nominati.

Tant’è che l’art. 1322, comma secondo, c.c. prevede che “*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*”.

L’intenzione del legislatore, dunque, non è volta a limitare l’autonomia contrattuale.

Semmai, con l’imporre alle banche - attraverso il potere

---

leggi in materia bancaria e creditizia a cura di F. Belli - G. Contento - A. Patroni Griffi - M. Porzio – U. Santoro, II Ed., Zanichelli, Bologna, 2003, pag. 1943 ss.

<sup>209</sup> Così sostiene Ugo MAJELLO *Commento sub art. 117 TUB* in Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a cura di F. Belli - G. Contento - A. Patroni Griffi - M. Porzio – U. Santoro, *op. cit.* pag. 1944 il quale ravvisa nel comma ottavo la prescrizione di nullità parziale alla stessa stregua della nullità di singole clausole di cui al comma sesto dell’art. 117.

“conformativo” della Banca d’Italia - l’adozione di un “determinato contenuto”, a pena di nullità, mira a garantire il contraente “debole” da strumentalizzazioni da parte del predisponente il contratto.

Se, dunque, la conformità del contratto o del titolo alla denominazione e/o al contenuto prescritto dalla Banca d’Italia mira non già a limitare l’autonomia negoziale ma ad assicurare al cliente la massima trasparenza contrattuale, questa scarsamente trova realizzazione nella “nullità relativa”<sup>210</sup> di cui all’art. 127, comma secondo ( può esser “*fatta valere solo dal cliente*”).

Questi infatti - rilevato il vizio – è costretto ad adire l’autorità giudiziaria per chiedere che venga posto nel nulla il contratto, non avendo a sua disposizione altro strumento di tutela.

---

<sup>210</sup> In particolare, sulla nullità relativa nel settore bancario si veda (ancora) Ugo MAJELLO *Commento sub art. 117 TUB* in Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a cura di F. Belli - G. Contento - A. Patroni Griffi - M. Porzio – U. Santoro, *op. cit.* pag. 1944; Fabrizio DI MARZIO “*La nullità del contratto*” in Collana diretta da Paolo Cendon, Cedam, Padova, pag. 159 ss; Raffaele LENER “*Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*” *op. cit.* pag. 87 ss. nonché “*Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel testo unico del credito*” in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, *op. cit.* pag. 1189. Quanto alla “singolarità” della categoria della nullità relativa intesa a metà strada tra nullità e annullamento nel senso che coniuga il carattere assoluto della prima con la relatività della seconda (cfr. Vincenzo ROPPO “*Il contratto*”, Il Mulino, Bologna, 1977, pag. 186).

## CAPITOLO VI

### COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA.

#### CONSOB

**Sommario: Forma *ad substantiam* e nullità del contratto (art. 23, commi 1 e 3, T.U. finanza).**

**Forma *ad substantiam* e nullità del contratto (art. 23, commi 1 e 3, T.U. finanza).**

La Commissione nazionale per le società e la borsa <sup>211</sup> - in seguito denominata, più brevemente, CONSOB - viene istituita, limitatamente al mercato di borsa, con la Legge n. 216/1974 <sup>212</sup> di conversione del D.L. n. 95/1974 (concernente le “disposizioni relative al mercato mobiliare e al trattamento fiscale dei titoli azionari”), quale organo dello Stato posto in posizione di sostanziale subordinazione al Ministero del Tesoro (ora Ministero delle economia e delle finanze) avente, quest’ultimo, compiti di controllo sulle

---

<sup>211</sup> In generale sulla CONSOB quale Autorità amministrativa indipendente, cfr. in dottrina tra l’altro Vincenzo CAIANIELLO-Fabio MERUSI “*Il ruolo delle Autorità indipendenti nell’economia*”, ciclo di seminari sulle autorità indipendenti di regolazione e di garanzia, ISAE-Istituto di Studi di analisi economica 14.11.2000; Sabino CASSESE “*I garanti delle regole*” Il Mulino, Bologna, 1996; Sabino CASSESE “*La nuova Costituzione economica*” Ed. Laterza, Bari, 2000; Giulio VESPERINI-Giulio NAPOLITANO “*Le Autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*” in Quaderni dell’Istituto Giuridico della Facoltà di Economia della Università della Tuscia n. 4, VT, Agnesotti, 1998; Guido CLEMENTE DI SAN LUCA “*Le Autorità Indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*” in Quaderni dell’Istituto di dir. pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Urbino, op. cit.; Paolo CENDON “*Osservatorio sulle fonti 2003-2004: i poteri normativi delle Autorità Indipendenti*” Giappichelli, Torino, 2005.

<sup>212</sup> Con tale legge di conversione, il legislatore delegò il Governo ad emanare numerose disposizioni (in materia di controllo delle società con azioni quotate in borsa; redazione dei bilanci delle imprese operanti in settori finanziari; coordinamento delle attribuzioni della CONSOB con le norme sull’organizzazione ed il funzionamento delle borse valori e sull’ammissione a quotazione dei titoli provvedendo a trasferire alla Commissione la titolarità dei poteri, delle attribuzioni, spettanti in materia alle camere di commercio ed alle autorità locali di borsa). Tant’è che vennero poi emanati i DD.P.R. nn. 136, 137 e 138 del 1975. A distanza di soli due anni, con la L. n. 49/1977 anche il mercato “ristretto” dei titoli non ammessi alla quotazione ufficiale nelle borse valori fu sottoposto alla vigilanza della CONSOB.

regole in materia di informazione societaria.

Successivamente, la L. n. 281/1985 <sup>213</sup> attribuisce alla CONSOB personalità giuridica di diritto pubblico, disciplinandone significative prerogative di “indipendenza strutturale” ed “autonomia funzionale”.

In seguito alla privatizzazione ad opera del D.lgs. n. 415/1996 (cd. “decreto EUROSIM) della “borsa valori” nella forma societaria - cui è conseguita la soggezione della stessa alla vigilanza dell’Autorità - si avverte l’esigenza di dare ordine ed organicità al complesso panorama normativo nel frattempo stratificatosi nel tempo.

In quest’ottica, viene quindi emanato il D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, cd. “Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”, <sup>214</sup> il quale attualmente contiene l’intera disciplina del settore della intermediazione finanziaria con riferimento ai tre profili - individuati dal legislatore - che formano oggetto delle cd. “Parti” in cui si articola il Testo Unico: “*Disciplina degli Intermediari*” (Parte II), “*Disciplina dei Mercati e della gestione accentrata di strumenti finanziari*” (Parte III) e “*Disciplina degli Emittenti*” (Parte IV) .

Il richiamato Testo Unico - che, nel prosieguo della trattazione sarà denominato più brevemente T.U.F. <sup>215</sup> - ha assegnato alla CONSOB,

---

<sup>213</sup> La Legge n. 281/85 in parola potenziò gli strumenti di controllo sulla informazione societaria e perfezionò la disciplina della ammissione alla quotazione dei valori mobiliari. Essa fu emanata subito dopo la L. n. 77/1983 - avente ad oggetto la “disciplina dei fondi comuni di investimento mobiliare” - la quale introdusse la disciplina delle operazioni di raccolta dei valori mobiliari fornendone una definizione normativa. Successivamente, vennero emanate la L. n. 1/1991 che codificò il concetto di intermediazione ed introdusse la figura delle SIM (Società di Intermediazione Mobiliare); la L. n. 157/1991 contenente le “norme relative all’uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari”; il D.lgs. n. 84/1992 in materia di SICAV (Società di investimento a capitale variabile); il D.lgs. n. 124/1993 in materia di fondi comuni di investimento chiusi; il D.lgs. n. 344/1993 in materia di fondi comuni di investimento immobiliare; la L. n. 86/1994 in materia di fondi pensione.

<sup>214</sup> Il Testo Unico, di recente, ha subito talune modifiche - al pari del Testo Unico bancario prima citato - per effetto dell’entrata in vigore della Legge 28 dicembre 2005 n. 262 recante, come s’è detto, “*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*”. Quasi coeva alla emanazione del TUF è il D.lgs. n. 213/1998, cd. “decreto Euro” contenente “disposizioni per l’introduzione dell’Euro nell’ordinamento nazionale, a norma dell’art. 1, comma primo, della Legge 17.12.1997 n. 433”.

<sup>215</sup> Anche per distinguerlo più facilmente dal T.U.B. (Testo Unico bancario) che, nel prosieguo della trattazione sarà più volte richiamato.

unitamente alla Banca d'Italia, l'esercizio della funzione di vigilanza nei confronti dei "soggetti abilitati" <sup>216</sup>. Ciascuna nelle rispettive competenze.

La prima (CONSOB), infatti, "competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti" (art. 5, comma 3); la seconda (Banca d'Italia) "competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale" (art. 5, comma 2),

Ai sensi dell'art. 5 appena citato (rubricato, appunto, "finalità e destinatari della vigilanza"), la funzione di vigilanza persegue il raggiungimento della "trasparenza e correttezza dei comportamenti" nonché della "sana e prudente gestione dei soggetti abilitati". Avendo riguardo alla "tutela degli investitori" nonché alla "stabilità, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema finanziario".

Anche il T.U.F. - al pari di quanto s'è detto in ordine al T.U.B. (Testo Unico bancario) relativamente al settore bancario-creditizio - si è sostanzialmente ispirato ad una politica di "delegificazione" <sup>217</sup> della materia dell'intermediazione finanziaria.

Tant'è che il legislatore si è limitato a fissare i principi e le regole fondamentali della stessa, demandando la disciplina - per così dire - "attuativa" alle disposizioni "di azione" e "di relazione" <sup>218</sup> emanate dalle predette Autorità di settore (CONSOB e Banca d'Italia, nelle citate rispettive competenze), ritenendole più idonee a dettarla per l'elevata qualificazione "tecnica".

Ed infatti.

Il Testo Unico - all'art. 21 (rubricato "criteri generali") - detta una

---

<sup>216</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma primo, lett. r), per soggetti abilitati si devono intendere "le imprese di investimento, le SGR, le società di gestione armonizzate, nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario e le banche autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento".

<sup>217</sup> In generale, sul tema, cfr. Alberto DE CHIARA "La Commissione nazionale per la società e la borsa" in Le Autorità Indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione (a cura di) Guido Clemente di San Luca, Giappichelli, *op. cit.*, pag. 41 ss.

<sup>218</sup> Le prime (regole di azione) attribuiscono poteri amministrativi alle autorità di settore e ne disciplinano l'esercizio. Le seconde, invece (regole di relazione) sono quelle che disciplinano i rapporti giuridici intersoggettivi nel campo della intermediazione finanziaria. Tale distinzione è dovuta a Alberto DE CHIARA, *ult. op. cit.*, pag. 51.

serie di “regole di comportamento” - relative, in particolare, agli *standards* di comportamento; all’informativa assunta dal cliente e fornita al medesimo; ai conflitti di interesse; all’efficiente svolgimento dei servizi; alla sana e prudente gestione – alle quali i *soggetti abilitati* <sup>219</sup> alla prestazione dei servizi di investimento (ed accessori) devono attenersi.

Regole che, al contempo, hanno l’effetto di facilitare anche lo svolgimento delle attività di controllo e di vigilanza della CONSOB, volte come sono a garantire la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei predetti soggetti <sup>220</sup>.

La CONSOB, dunque, nell’attuare le finalità e gli obiettivi previamente individuati dal legislatore, adotta provvedimenti prevalentemente “regolamentari” <sup>221</sup> (oltre che “*provvedimenti di carattere generale ed altri provvedimenti*”). Provvedimenti dei quali essa stessa stabilisce, altresì, “*termini e procedure*” (art. 3).

Il processo di “delegificazione” cui s’è fatto cenno ha investito, soprattutto, l’attività contrattuale svolta dai soggetti abilitati all’esercizio dell’attività di intermediazione finanziaria.

Delegificazione che (come s’è visto nel precedente capitolo) ha parimenti connotato la medesima attività svolta nel settore bancario/creditizio rispetto alla quale, però, quella in esame si caratterizza per un (più) penetrante ed esplicito <sup>222</sup> potere regolamentare esercitato dalla CONSOB.

---

<sup>219</sup> Cfr. nota 216.

<sup>220</sup> Sul punto, ritengo utile precisare che, nello svolgimento della funzione di vigilanza, la CONSOB ha il compito di accertare eventuali inadempimenti e/o violazioni dei precetti normativi. Con la conseguente possibilità di irrogare con provvedimento motivato sanzioni amministrative (art. 195) pecuniarie e non. Infatti, in casi specifici di violazione delle norme del Testo Unico o di disposizioni generali o particolari della CONSOB, la stessa può adottare altri tipi di provvedimenti sanzionatori con i quali “*ordina di porre fine alle irregolarità*” riscontrate (art. 51, comma 1), “*vieta di intraprendere nuove operazioni*” (art. 51, comma 2), “*dispone in via cautelare la sospensione* - del promotore finanziario - *dell’esercizio dell’attività*” (art. 55). Accertate, poi, gravi irregolarità nello svolgimento di attività di revisione “*vieta alla società di revisione di accettare nuovi incarichi*”, ne “*dispone la cancellazione dell’albo*” (art. 163), dispone “*la sospensione ovvero la radiazione dall’albo*” di promotori finanziari (art. 196).

<sup>221</sup> Sulla cd. vigilanza regolamentare cfr. l’art. 6 T.U.F.

<sup>222</sup> Richiamando le (analoghe) disposizioni del Testo Unico bancario, s’è detto che anche la materia contrattuale nel settore bancario è stata oggetto di delegificazione. Con la differenza però che, quanto all’art. 117 T.U.B., il legislatore non è stato altrettanto esplicito nell’attribuire

Ciò posto, appare opportuno richiamare - pur con il doveroso distinguo – alcune delle considerazioni svolte con riferimento ai poteri normativi delegati alle competenti Autorità creditizie ai sensi dell’art. 117 T.U.B..

E si veda come.

L’art. 23 del T.U.F. - rubricato anch’esso “*Contratti*”- detta talune “regole generali” <sup>223</sup> applicabili a quei contratti che abbiano ad oggetto “*la prestazione di servizi di investimento ed accessori*” .

Rientrando nei primi (servizi di investimento) le attività che abbiano ad oggetto strumenti finanziari, di negoziazione per conto proprio e per conto terzi; di collocamento o assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; di gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; di ricezione, trasmissione e mediazione di ordini <sup>224</sup>.

Intendendo, per secondi (accessori), la custodia ed amministrazione di strumenti finanziari; la locazione di cassette di sicurezza; la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare operazioni relative a strumenti finanziari nella quali interviene il soggetto che concede il finanziamento; la consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse nonché la consulenza ed i servizi concernenti le concentrazioni e l’acquisto di imprese; i servizi connessi all’emissione o al collocamento di strumenti finanziari ivi compresa l’organizzazione e la costituzione di consorzi di garanzia e collocamento; la consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari; da ultimo, l’intermediazione in cambi quando collegata alla prestazione di servizi di investimento <sup>225</sup>.

---

alla Banca d’Italia il potere di emanare un regolamento per determinare il “*contenuto tipico determinato*” di taluni contratti (comma ottavo).

<sup>223</sup> Così sostiene Guido ALPA *Commento sub art. 23 TUF* in Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria a cura di Guido Alpa e Francesco Capriglione, Cedam, Padova, 1998, pag. 257. L’Autore precisa che tali “regole generali” erano già contenute nell’art. 18 del D.lgs. n. 415/96 (decreto Eurosim) e che sono traslate nell’art. 23 del T.U.F. Diversamente, le regole specificamente dettate per i “contratti di gestione” già dettate dall’art. 20 del citato decreto Eurosim si trovano ora nell’art. 24 del T.U.F.

<sup>224</sup> Art. 1, comma 5, T.U.F..

<sup>225</sup> Art. 1, comma 6, T.U.F..

Nonostante la genericità della rubrica, la norma ha dunque il pregio di avere una portata ben più circoscritta dell'art. 117 T.U.B. (le cui disposizioni, oltre alla rubrica, si riferiscono genericamente a “*contratti*”), applicandosi esclusivamente ai contratti su richiamati.

L'art. 23 prescrive - in particolare, al comma primo - che i contratti di investimento siano “*redatti per iscritto*”, con il conseguente obbligo di consegnare un esemplare al cliente. Richiamando esattamente quanto disposto dall'art. 117, comma primo, T.U.F. in materia di contratti bancari (“*I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente*”).

Il comma in parola prosegue, poi, con lo stabilire che la CONSOB - “*sentita la Banca d'Italia*”<sup>226</sup> - possa prevedere che “*particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma*”. Ciò, mediante l'adozione di apposito “*regolamento*” e “*per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti*”<sup>227</sup>.

Con la conseguenza che, “*in caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*”.

Trattasi di nullità *relativa* potendo esser fatta valere “solo dal cliente” (comma 3)<sup>228</sup>.

Ancora una volta, l'art. 23, comma primo, in parola riproduce - “quasi”

---

<sup>226</sup> Nel Testo Unico si prevede spesso la partecipazione della Banca d'Italia alla formazione dei regolamenti della CONSOB in materia di intermediazione finanziaria. In alcuni casi - come in quello in esame - si tratta di partecipazione alla fase istruttoria del procedimento attraverso la formula “*sentita la Banca d'Italia*” destinata a esplicitarsi attraverso la formulazione di pareri (non vincolanti). In altri casi, invece, si tratta della partecipazione alla fase decisoria del medesimo prevista con la formula “*d'intesa con la Banca d'Italia*” (in tal senso Guido PUCCINI “*La potestà regolamentare della CONSOB*” in Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti a cura di Paolo Caretti, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 33).

<sup>227</sup> La disposizione in esame *in parte qua* è analoga a quanto già previsto dall'art. 18 del D.lgs. n. 415/1996. La non necessità del requisito formale potrebbe, infatti, derivare dalla natura stessa del servizio prestato dall'intermediario ma anche dalle caratteristiche soggettive dell'investitore il quale, avendo maturato specifiche competenze di settore, non debba essere considerato controparte contrattuale cui garantire forme particolari di tutela.

<sup>228</sup> Già l'art. 18 del D.lgs. n. 415/1996 (cd. decreto Eurosime) prevedeva la sanzione della nullità relativa come conseguenza, tra l'altro, della violazione dell'obbligo di forma. Novità questa rispetto alla precedente L. n. 1/1991 (la quale, come s'è detto, ha introdotto la disciplina delle SIM) che, al contrario, si limitava ad imporre l'obbligo della forma scritta senza ricollegare alla sua violazione alcun tipo di sanzione. Con la conseguenza che il silenzio del

specularmente - quanto previsto dal secondo comma dell'art. 117 T.U.B.. Ai sensi del quale il CICR (Comitato Interministeriale Credito e Risparmio) <sup>229</sup> ha la (analoga) facoltà di “*prevedere che particolari contratti possano essere stipulati in altra forma*”. Ciò, senza che sia specificato il “tipo” di provvedimento adottato dall'Autorità creditizia e (solo) “*per motivate ragioni tecniche*”.

L'inosservanza della forma “*in ogni caso prescritta*” determina, parimenti, la nullità del contratto (comma 3).

Nullità anch'essa *relativa* potendo essere fatta valere “*solo dal cliente*” (art. 127, comma 2, T.U.B.).

Orbene, benché il (necessario) confronto tra le norme richiamate (art. 23, comma 1, T.U.F. e art. 117, commi 1 e 2, T.U.B.) dimostri come la prima sia (o appaia soltanto) più chiara e circoscritta quanto a formulazione e portata, non v'è chi non veda come la stessa sollevi, in ogni caso, perplessità.

Ed infatti.

Al di là di talune differenze, peraltro già evidenziate, entrambe le disposizioni contengono, in buona sostanza, prescrizioni di natura formale la cui violazione, come s'è già accennato, determina l'invalidità del contratto.

Ebbene, sulla scorta delle osservazioni svolte in ordine ai contratti bancari, anche l'art. 23, comma primo, sembra collocarsi tra quelle disposizioni <sup>230</sup> volte a rendere più corretti e trasparenti i rapporti intercorrenti tra imprese e consumatori. Caratterizzati, come s'è detto, da una forte “asimmetria contrattuale” determinata dalla unilaterale predisposizione contrattuale da parte del contraente “forte”.

La norma in parola disciplinando, infatti, la *forma* dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi investimento ed accessori persegue, in buona sostanza, l'obiettivo di tutelare la parte contraente “debole” attraverso la

---

legislatore sul punto poneva il problema di quali fossero allora le conseguenze dei vizi di forma.

<sup>229</sup> Il legislatore ha demandato tale potere al CICR e non già alla Banca d'Italia. Ciò, nonostante, come s'è detto, CONSOB e Banca d'Italia condividano, per espressa volontà del legislatore (nel T.U.F. e nel T.U.B.) l'esercizio delle funzioni ad esse demandate.

<sup>230</sup> Tra le altre, l'art. 117 T.U.B. nonché l'art. 3 L. 154/1992.

predisposizione di misure tendenti a garantire la conoscibilità delle condizioni contrattuali e la certezza dei termini dell'accordo<sup>231</sup>.

Coerentemente, peraltro, con il perseguimento dello scopo di cui all'art. 5, comma 1, T.U.F. prima citato (*"massima trasparenza e correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati"*).

Ciò mostra, peraltro, una linea di sicura "continuità" con i precedenti interventi normativi, costituendo il principio della forma scritta in una con il (correlativo) obbligo di consegnare copia del contratto al cliente soluzioni già adottate dal decreto Eurosim (D.lgs. 415/96)<sup>232</sup>.

L'art. 23, comma primo, T.U.F. - analogamente a quanto disposto dall'art. 117, commi 1 e 2, T.U.B. - prescrive due "tipi" di forme.

Una, *di legge* - ovvero lo "scritto" - laddove, come s'è detto, dispone che i contratti di investimento debbano essere redatti per iscritto ed obbligatoriamente consegnati, in esemplare, al cliente.

Un'altra, per così dire, "*amministrativa*" siccome determinata dalla CONSOB mediante proprio "*regolamento*". Il quale sembrerebbe - *prima facie* - avere la capacità (*rectius*, l'efficacia) di derogare alla prescrizione formale legale per particolari tipi di contratti e per determinate ragioni ("*motivate ragioni tecniche*" o "*natura professionale dei contraenti*"). La cui individuazione, a tenor della norma, è rimessa alla mera discrezione dell'Autorità e senza apparenti limiti applicativi (la norma, infatti, recita "*la CONSOB può prevedere*").

Alla violazione di entrambe le prescrizioni formali (*legale* nel primo caso, *amministrativa* nel secondo) consegue - in ogni caso - la *nullità* del contratto.

Ciò posto, suscita perplessità non tanto il fatto che venga riconosciuto alla CONSOB, quale Autorità amministrativa di vigilanza, un potere

---

<sup>231</sup> Il tema è affrontato da Valeria ROVITO e da Lucia PICARDI, *Commento sub art. 23 TUF* in "Testo Unico della Finanza. Commentario. Intermediari e Mercati. Le Riforme del diritto commerciale" a cura di Gian Franco Campobasso, UTET, Torino, 2002, pag. 199 ss.

<sup>232</sup> Senza omettere di rilevare come l'art. 18 prevedeva la nullità relativa conseguente alla violazione dell'obbligo della forma scritta. Sul punto vedi la precedente nota 228.

normativo di natura regolamentare. Quanto, piuttosto, la scelta del legislatore vuoi di attribuire (*rectius*, delegare) alla stessa un potere normativo così ampio<sup>233</sup> (oltre che, come s'è detto, discrezionale), avente la forza di derogare alla forma *di legge*, vuoi di sanzionare l'*inosservanza* della forma *amministrativa* (al pari della forma legale) con l'invalidità del (l'intero) contratto<sup>234</sup>.

Nel tentativo, dunque, di chiarire - pur senza pretese di esaustività - la logica sottesa ad una siffatta prescrizione invalidante (conseguente alla *inosservanza* di una prescrizione sulla forma negoziale), si potrebbe sostenere che, in entrambi i casi, il requisito della forma sia prescritto *ad substantiam*.

*Nulla quaestio* nel caso della forma *legale*.

Dubbi sussistono, invece, nel caso di quella *amministrativa*.

Sembra opportuno prendere le mosse dal dato normativo.

Come è noto, l'art. 1325 c.c.<sup>235</sup> - rubricato "*indicazione dei requisiti*" - elenca, appunto, i requisiti del contratto: ciò che il legislatore richiede "affinché un contratto ci sia"<sup>236</sup>.

Oltre all'accordo delle parti, alla causa e all'oggetto, la richiamata norma prevede anche "*la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge a pena di nullità*"<sup>237</sup>. L'art. 1350 c.c. elenca, infatti, tutti gli atti che devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, a pena di nullità.

Può allora desumersi, da un lato, che "la forma non sia un requisito costante ma un requisito di singoli contratti, appunto, quando risulta che sia stata prescritta a pena di nullità". Dall'altro lato, che laddove il legislatore non

---

<sup>233</sup> V'è da dire che questa è la critica che, generalmente, viene mossa a tutte le Autorità amministrative indipendenti cui il legislatore riconosca un potere normativo.

<sup>234</sup> Analoghe considerazioni - è appena il caso di ricordarlo - sono state svolte, peraltro, in ordine al "*contenuto tipico determinato*" stabilito con provvedimento, peraltro non qualificato, della Banca d'Italia. Alla cui *difformità* consegue, parimenti, la nullità del contratto (art. 117, comma 8, TUB).

<sup>235</sup> Tale norma non comanda, non vieta e neppure definisce. Descrive solo la struttura di un fenomeno giuridico cioè indicagli elementi necessari affinché ad un accaduto storico sia attribuibile la qualifica di "contratto" (così, autorevolmente, Natalino IRTI "*Studi sul formalismo negoziale*" Cedam, Padova, 1997, pag. 143)

<sup>236</sup> Ancora Natalino IRTI, *ult. op. cit.* pag. VII (Replica agli Idola libertatis) nonché a pag. 98.

<sup>237</sup> Art. 1325, n. 4, c.c.

prescriva oneri di forma, la forma non abbia, appunto, rilevanza giuridica<sup>238</sup>.

In buona sostanza, la singola norma può – tra l’altro – prescrivere o non prescrivere<sup>239</sup> la forma negoziale. In entrambi i casi, si è sempre in presenza di una norma giuridica. Senza, però, che quella prescrittiva di una data forma possa - né tanto meno debba – essere considerata “eccezionale”<sup>240</sup> rispetto all’altra. Sarà semplicemente una norma giuridica la quale attribuisce, unicamente, rilevanza giuridica alla forma negoziale.

Consegue che è la norma, dunque, a delineare la *struttura del contratto* - non già *di un* contratto - indicando gli elementi ed i caratteri necessari ai fini della esistenza (*rectius*, validità) del contratto medesimo<sup>241</sup>.

Senonché, mentre la stessa prescrive sempre, per ogni tipo di contratto, il requisito dell’accordo (art. 1325, n. 1, c.c.), soltanto per taluni tipi e per talune categorie di contratti stabilisce il requisito della forma<sup>242</sup> (art. 1325, n. 4, c.c.).

Su tale assunto, autorevole dottrina<sup>243</sup> ha affermato che il citato art. 1325 c.c. descriva *due strutture* di contratto.

L’una, “*debole*” (denominata anche *povera*) composta solo da tre elementi (*rectius*, requisiti) : accordo, causa ed oggetto.

L’altra, “*forte*” (denominata, altresì, *ricca*) composta invece da quattro

---

<sup>238</sup> Occorre precisare che la irrilevanza giuridica della forma negoziale non deve automaticamente convertirsi in “principio di libertà delle forme” (il quale *esprime soltanto l’assenza di una norma*) il quale non viene, peraltro, enunciato da nessuna norma del nostro ordinamento giuridico. Sul punto, si veda ancora Natalino IRTI, *ult. op. cit.* pag. 153 ss.

<sup>239</sup> Autorevole dottrina ritiene, a rigore, che il contratto è a-morfo tutte le volte che non sia prescritta la forma. Posto che il problema *giuridico* della forma nasce solo in presenza di una norma giuridica che disciplini appunto i modi espressivi delle parti sotto pena di nullità. Sicché i contratti che la dottrina denomina a forma libera sono appunto contratti a-morfi (cfr. in tal senso Rodolfo SACCO “*Il contratto*” Giappichelli, Torino, 1975, pag. 428).

<sup>240</sup> Ancora Natalino IRTI, *ult. op. cit.*, pag. X, il quale afferma che “*il carattere di eccezionalità di una norma deriva dal raffronto con altra norma che può dirsi, appunto, regolare. Ma qui non c’è una norma regolare la quale stabilisca che “la forma è un requisito costante del contratto; le parti sono libere di sceglierne le modalità”.*

<sup>241</sup> Di qui, la affermazione secondo la quale il contratto non è un semplice *faciendum* ma è un *faciendum* secondo il diritto (sul punto, cfr. Natalino IRTI, *ult. op. cit.*, pag. 95 ss.).

<sup>242</sup> Intendendo per “forma” la forma delle singole decisioni, o meglio, *identità tra le forme delle singole decisioni* (ancora, cfr. Natalino IRTI, *ult. op. cit.*, pag. 109 ss.).

<sup>243</sup> La distinzione appartiene ancora a Natalino IRTI, *ult. op. cit.*, pag. 137 ss. e “*Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*”, Giuffrè, Milano, 1985.

elementi: accordo, causa, oggetto e forma.

Solo rispetto a quest'ultima fattispecie si pone, quindi, il problema *giuridico* della forma. Tant'è che alla mancanza di tale requisito consegue logicamente l'invalidità.

Ed ancora.

Si guardi il fenomeno anche dal lato della *nullità*.

L'art. 1418, comma secondo, c.c., stabilisce che produce "*la nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti previsti dall'art. 1325 c.c.*". Ivi comprendendo anche il requisito di cui al n. 4 c.c. che, come s'è detto, circoscrive l'ambito di applicazione della forma ai soli casi in cui essa "*è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*".

Il dato normativo sembra, allora, confermare coerentemente l'assunto.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'art. 23, comma primo, T.U.F. sembra potersi definire una "*norma a struttura forte*" nella parte in cui prescrive, per i contratti di investimento, la *forma scritta* a pena di nullità.

Si è, dunque, in presenza di una norma prescrittiva della forma (*ad substantiam*) nel senso sopra chiarito.

Il problema che si pone è se la medesima norma possa qualificarsi, parimenti, *a struttura forte* anche nella parte in cui prescrive, per i medesimi contratti di investimento, *altra forma*.

E ciò perché, se è vero che la norma in parola dispone che i detti contratti possano avere anche "*altra forma*", parimenti è vero che la stessa domanda la (discrezionale) determinazione dei casi di applicazione (la norma recita "*particolari tipi di contratti che possano o debbano essere stipulati in altra forma*") direttamente alla CONSOB.

Le perplessità possono sorgere vuoi dalla constatazione che trattasi di una *forma amministrativa* (nel senso che s'è più volte detto), vuoi dalla previsione della medesima sanzione invalidante del contratto, già prevista per il caso di inosservanza della forma *legale*.

Certo è che - attenendosi al tenore letterale - non sembra potersi negare che la norma contenga un'altra prescrizione sulla forma. Accanto alla forma

scritta, quella *orale*, che la CONSOB provvede a determinare quanto alla sua applicazione.

Se così è, (anche) siffatta prescrizione normativa crea, già di per sé, il problema *giuridico* della forma.

Diversamente, non avrebbe senso – o, ancor meglio, non potrebbe giustificarsi – la sanzione della nullità in caso di violazione della forma *amministrativa* così come nel caso della forma *legale*.

Se, dunque, è la stessa previsione della nullità a lasciar supporre che (anche) la forma *amministrativa* sia prescritta (al pari di quella *legale*) *ad substantiam*, si potrebbe arrivare allora a sostenere che, nel primo caso, si tratti di nullità *in bianco* <sup>244</sup>. Nullità, cioè, prescritta sempre dall'art. 23, comma 1 (norma primaria), i cui confini di operatività (determinazione dei casi in cui “*particolari tipi di contratto*” possano o debbano essere “*stipulati in altra forma*”) siano determinati *per relationem*. Ovvero rimessi, nel caso di specie, ad un *regolamento* CONSOB.

Siffatta ipotesi, peraltro, potrebbe sembrare coerente con la scelta operata dal legislatore di “delegificazione” della materia. Demandando la disciplina attuativa all'Autorità siccome dotata di elevata qualificazione “tecnica” rispetto alla complessità della materia stessa.

Come dire che la CONSOB (meglio) può “selezionare” i casi in cui è possibile “affiancare” allo *scritto* (non già derogandovi) un'altra forma, parimenti prescritta *ad substantiam*.

Certo è che anche siffatta prospettazione - ove ritenuta condivisibile - non rimane comunque esente da critiche. Il richiamo *per relationem* potrebbe avere una maggiore logica qualora la norma primaria richiamasse una fonte pariordinata, non già - come nel caso che ne occupa - una fonte di natura secondaria (regolamento CONSOB).

---

<sup>244</sup> Il tema è stato affrontato, tra gli altri, anche da Giuseppe AMADIO “*Autorità indipendenti e invalidità del contratto*” in L'autonomia privata e le autorità indipendenti a cura di G. Gitti, *op. cit.*, pag. 217 ss.. Secondo l'Autore, tuttavia, sarebbe l'atto dell'Autorità a specificare il contenuto di previsioni che la legge formula in termini generici facendo uso di concetti quali la “difformità” (nel caso dell'art. 117 T.U.B.) e la “inosservanza” (nel caso dell'art. 23 T.U.F.).

Un cenno merita, infine, la prassi applicativa dell'art. 23, comma 1, di cui si è discusso.

Contrariamente alla Banca d'Italia - la quale, nell'esercitare la (analoga) facoltà attribuitale dall'art. 117, comma ottavo, T.U.B., si è limitata a definire il "*contenuto tipico determinato*" di soli titoli, mai di contratti <sup>245</sup> - la CONSOB, con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 (e successive modifiche), ha emanato il cd. Regolamento Intermediari ai sensi dell'art. 23, comma primo, citato <sup>246</sup>. Individuando, così, quelle tipologie di contratti che non sono obbligatoriamente sottoposte all'obbligo della "forma scritta" <sup>247</sup>. Vuoi "*per ragioni tecniche*" vuoi "*per la natura professionale dei contraenti*".

Ebbene, quanto ai primi, l'art. 30, comma 3, Reg. CONSOB (rubricato "*contratti con gli investitori*") ha sancito la non applicabilità delle disposizioni in punto di forma ai contratti relativi alla prestazione di servizi "*di collocamento*" <sup>248</sup>, compresi quelli di offerta fuori sede e di promozione collocamento a distanza" (lettera a) nonché ai relativi "accessori, fatta eccezione per quelli di concessione di finanziamenti agli investitori e di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari" (lettera b).

---

<sup>245</sup> Sul punto, è appena il caso di richiamare le considerazioni svolte nel precedente capitolo.

<sup>246</sup> S'è detto che nel Testo Unico vi sono numerose espresse previsioni di potestà regolamentare della CONSOB, ciascuna relativa ad oggetti specifici, più o meno circoscritti. A fronte di siffatte previsioni la CONSOB, anziché adottare tanti appositi regolamenti quanti le previsioni normative, ha in concreto emanato tre soli "maxiregolamenti" rispettivamente relativi alle tre grandi *submaterie* nelle quali si articola il Testo Unico in parola: *emittenti*, *intermediari* e *mercati*. Ed infatti, in ordine di tempo sono stati adottati: 1) con la delibera n. 11522 del 1.7.1998 il Regolamento Intermediari di cui si discorre; 2) con la delibera n. 11768 del 23.12.1998 il Regolamento Mercati; 3) con la delibera n. 11971 del 14.5.1999 il Regolamento Emittenti.

<sup>247</sup> L'art. 30, comma 1, Reg. CONSOB prevede – infatti – che "*gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore*". Così riproducendo, in buona sostanza, quanto previsto dall'art. 23, comma primo, T.U.F..

<sup>248</sup> Quanto al servizio di collocamento, occorre precisare che l'art. 23, comma 4, ora modificato dalla L. n. 262/2005, prevede che dall'applicazione delle disposizioni di cui al Titolo VI, capo I, del T.U. bancario siano esclusi - oltre ai servizi di investimento ed al servizio accessorio di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari (di cui all'art. 1, comma 6, lett. f) - anche "*i servizi di collocamento di prodotti finanziari, alle operazioni ed ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25 bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I*". Ed ancora. Il prima citato art. 25 bis, comma primo, T.U.F. ha esteso l'applicazione degli artt. 21 (criteri generali) e 23 *de quo* alla sottoscrizione ed al collocamento di prodotti finanziari che siano emessi da banche e da imprese di assicurazioni.

Quanto ai secondi, l'art. 31 Reg. CONSOB (rubricato, appunto, "*rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori*") ha proceduto - per un verso - all'individuazione di un'ampia categoria di soggetti ai quali può essere riconosciuta la qualifica di "operatori professionali" (comma 1)<sup>249</sup>. Ha *deformalizzato*, per altro verso, quei contratti conclusi con talune categorie di "operatori qualificati". Tra i quali compaiono, tra gli altri, gli intermediari autorizzati, le SGR (Società di gestione del risparmio)<sup>250</sup>, le SICAV (Società di investimento a capitale variabile)<sup>251</sup>, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal TUF per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie nonché ogni società o persone giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante (comma 2).

Ed ancora.

Gli *ordini di borsa* - rientrando nella categoria dei *servizi di investimento* (art. 1, comma 5) nel senso prima indicato - sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 23, comma 1. Dunque, all'obbligo della forma scritta.

Essi possono essere, tuttavia, impartiti oralmente sempre che ciò sia previsto dal contratto scritto di negoziazione. Giacché, in tal caso, le singole operazioni costituirebbero solo un momento esecutivo dell'accordo raggiunto in forma scritta con il contratto-quadro<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Il comma primo del citato art. 31 recita: "*ad eccezione di quanto previsto da specifiche disposizioni di legge e salvo diverso accordo tra le parti, nei rapporti tra intermediari autorizzati ed operatori qualificati non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 27, 28, 29, 30, comma 1, ad eccezione per il comma 1 della lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5 lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62*".

<sup>250</sup> Società per azioni con sede legale e direzione generale in Italia autorizzata a prestare servizio di gestione collettiva del risparmio (art. 1, comma 1, lett. o, T.U.F.).

<sup>251</sup> Società per azioni a capitale variabile con sede legale e direzione generale in Italia avente per oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante l'offerta al pubblico di proprie azioni (art. 1, comma 1, lett. i, T.U.F.).

<sup>252</sup> In tal senso si è espresso, in dottrina, Raffaele LENER "*Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*", *op. cit.*, pag. 175. In tal senso, anche

Peraltro, la possibilità di impartire tali ordini anche *oralmente* sembra essere contemplata anche nel citato Regolamento CONSOB n. 11522/98.

Nello stabilire che il contratto con l'investitore debba – tra l'altro – “*indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini ed istruzioni*” (art. 30, comma 2, lett. c), il Regolamento in parola ha imposto - da una parte - all'intermediario autorizzato l'obbligo di “*registrare su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori*” (art. 60, comma 2).

Ha prescritto - dall'altra parte - che, nell'ipotesi in cui l'operazione rientri tra quelle qualificabili come “*non adequate*” (per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione), l'ordine possa essere conferito per via telefonica. Ma in tal caso deve risultare, dal “*nastro magnetico sul quale è stato registrato o su altro supporto equivalente*”, l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute dall'intermediario autorizzato (art. 29, comma 2).

Un'ultima considerazione.

S'è detto sin dall'inizio che il T.U.F., con l'art. 23 più volte citato, sembra abbia inteso dettare le “regole generali” in materia di *contratti di investimento* andando così a riprodurre quanto già previsto dal precedente decreto Eurosim (all'art. 18) <sup>253</sup>. Al tempo stesso, che con il successivo art. 24 abbia voluto dettare, invece, “regole più specifiche” (sulle quali non non è il caso di soffermarsi attesa la non attinenza con il tema trattato) per i “*contratti di gestione*” (riproducendo anch'esso l'art. 20 del decreto Eurosim).

E' appena il caso di segnalare, tuttavia, che la norma richiamata, sebbene prescriva (tra l'altro) per tali contratti la *forma scritta* (comma primo,

---

la giurisprudenza, cfr. già Trib. Milano 6 febbraio 1997 in Giur. Comm. 1998, II, pag. 259. Ed ancor più recentemente, Trib. Genova 2 agosto 2005 in Giur. It. 2006, II, pag. 308 il quale ha affermato che “*la nullità dei contratti di investimento è riscontrabile solo in difetto della forma scritta ex art. 23 T.U.F. , forma che deve sussistere con riferimento al contratto-quadro di negoziazione e di deposito titoli e che non si estende ai vari ordini di acquisto via via impartiti dal cliente*”; nonché Trib. Venezia 8 giugno 2005 in Foro It., 2005, 2537 ai sensi della quale “*Posto che l'ordine di acquisto titoli (nella specie, obbligazioni Cirio Holding) attiene alle modalità esecutive del rapporto instaurato tra l'intermediario e l'investitore, il difetto di forma scritta non comporta la nullità dell'ordine che sia stato impartito secondo le modalità prescritte dal regolamento della Consob concernente la disciplina degli intermediari*”.

<sup>253</sup>

Cfr. note 228 e 232.

lett. a) a pena di nullità (comma 2), non assegni alla CONSOB il potere di prescrivere una forma diversa attraverso un proprio provvedimento <sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> Il comma secondo recita solo che *“sono nulli i patti contrari alle disposizioni del presente articolo; la nullità può essere fatta valere dal cliente”*.

## CAPITOLO VII

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

### *ANTITRUST*

**Sommario:** Le intese anticoncorrenziali (art. 2 L. 287/90): la nullità e la cd. autorizzazione in deroga (art. 4 L. 287/90): a) l'Autorità *Antitrust* e le fattispecie vietate: l'abuso di posizione dominante (art. 3) e le operazioni di concentrazione (art. 5); b) *segue*: le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2): nullità ed autorizzazione in deroga (art. 4); c) l'autorizzazione in deroga: condizioni ed ambito di applicazione; d) la domanda di "esenzione" ex art. 4 (procedimento; tipi di provvedimento; durata; rinnovo; revoca; silenzio dell'Autorità) e la "comunicazione di intese" ex art. 13; e) attuazione amministrativa del divieto ed intervento del giudice ordinario; f) natura ed effetti dell'autorizzazione in deroga.

**Le intese anticoncorrenziali (art. 2 L. 287/90): la nullità e la cd. autorizzazione in deroga (art. 4 L. 287/90):**

**a) l'Autorità *Antitrust* e le fattispecie vietate: l'abuso di posizione dominante (art. 3) e le operazioni di concentrazione (art. 5).**

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato <sup>255</sup> - che, nel

---

<sup>255</sup> La letteratura in materia *antitrust* è molto vasta. Si richiama in dottrina, tra gli altri, Paolo CENDON "La concorrenza" in Il diritto privato nella giurisprudenza (a cura di), Tomo I (Antitrust, Diritto civile e penale, comportamenti anticompetitivi, intese restrittive, esenzioni, abuso di posizione dominante, concentrazioni, controlli e procedure), UTET, Torino, 2005; Aldo FRIGNANI - Roberto PARDOLESI - Antonio PATRONI GRIFFI - Luigi Carlo UBERTAZZI "Diritto antitrust italiano. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287", Vol. I (artt. 1-7), Zanichelli, Bologna, 1993; Piero FATTORI - Mario TODINO "La disciplina della concorrenza in Italia", Il Mulino, Bologna, 2004; Antonio PATRONI GRIFFI - Franco DI SABATO "La legge antitrust. Materiali", Quaderni della rivista di diritto dell'impresa, Ed. Scientifiche Italiane, 1992; Mario LIBERTINI "La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano", Atti del Convegno in Roma 9-10 ottobre 2000 (Concorrenza e autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla Legge), 69; Riccardo ALESSI-Gustavo OLIVIERI "La disciplina della concorrenza e del mercato", Giappichelli, Torino, 1991; Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI "Diritto antitrust. Le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante", IPSOA, 2003; Monica CARNEROLI "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato" in Le Autorità indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione di G. Clemente di San Luca, *op. cit.* pag. 117 ss; Mauro ORLANDI "La legge per la tutela della concorrenza e del mercato" in Giur. Merito 1992, I, 495 ss.; Pietro MILAZZO "Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato" in Osservatorio sulle fonti 2003-2004.

prosegua della trattazione, sarà indicata più semplicemente come Autorità *Antitrust* - viene istituita (art. 10) con la Legge n. 287/90 (recante “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”) a tutela ed a garanzia del “diritto di iniziativa economica” in attuazione dell’art. 41 Cost.<sup>256</sup> (art. 1, comma primo).

La Legge antitrust - che ha introdotto una disciplina unitaria<sup>257</sup> della (libera) concorrenza<sup>258</sup> all’interno del mercato nazionale - si è sostanzialmente ispirata alla quella comunitaria.

Vuoi perché ha recepito molti dei principi già enunciati dal Trattato di

---

I poteri normativi delle autorità indipendenti a cura di Paolo Caretti, *op. cit.* pag. 43 ss; Sabino CASESE “*I garanti delle regole*”, Il Mulino, Bologna, 1996.

<sup>256</sup> Il quale - come è noto - dispone che “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”. In dottrina, nel senso che il fondamento costituzionale della legislazione antitrust andrebbe ravvisato nell’art. 41, comma primo, Cost., si è espresso Alessandro PACE “*Libertà del mercato e nel mercato*” in *Pol. Dir.*, 1993, 327. Nel senso, invece, che il richiamo riguarderebbe più la seconda parte della disposizione in cui si prevedono limiti alla iniziativa economica individuale finalizzati al raggiungimento di obiettivi di utilità sociale, si è orientato Giorgio OPPO “*Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*” in *Riv. Dir. civ.* 1993, II, 543. Ed ancora. Si veda Tullio ASCARELLI “*teoria della concorrenza e dei beni immateriali*”, Giuffrè, Milano, 1960, pag. 32 ss. il quale pur avvertendo che l’art. 41 Cost. “parte dalla premessa di finalità sociali del sistema economico e dalla negazione che queste finalità possono essere automaticamente raggiunte col solo gioco della concorrenza” sottolinea tuttavia come gli accordi anticoncorrenziali finiscano con il risolversi in un “grave e fondamentale problema della economia moderna “ eliminando una gara che si svolge a favore del progresso tecnico e dell’abbassamento dei costi.

<sup>257</sup> Prima della entrata in vigore della legge, mancava infatti una disciplina organica in materia di concorrenza. Lo Stato regolava e controllava il sistema di mercato con i tradizionali strumenti delle discipline amministrative di settore e delle imprese pubbliche. Infatti, sulla scia del diritto comunitario, le prime disposizioni legislative in materia di concorrenza avevano natura solo “settoriale” (la L. n. 416/1981 per il settore della editoria e la L. n. 223/1990 per la radiotelevisione).

<sup>258</sup> La nozione di *libera concorrenza* si ritiene che abbia natura essenzialmente economica laddove essa indica una situazione ideale di mercato in cui: vi siano molti operatori, sia sul fronte della domanda che su quello della offerta, e nessuno di essi possa influire più degli altri sul prezzo; il mercato, inoltre, sia aperto sia all’entrata che all’uscita e sostanzialmente trasparente cioè privo di asimmetrie informative che determinino condizioni di vantaggio per alcuni operatori; non vi siano, infine, ostacoli di natura legale alla piena libertà del mercato stesso. Ebbene, tali condizioni dovrebbero condurre alla massima produttività del sistema e, di conseguenza, alla naturale massima soddisfazione reciproca degli interessi dei soggetti operanti sul mercato, obiettivo che invece sarebbe compromesso nelle opposte situazioni di monopolio nonché in presenza di coalizioni tra operatori finalizzate a condizionare l’andamento del mercato (trust e cartelli) in tal senso Monica CARNEROLI “*L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*”, *op. cit.* pag. 117.

Roma del 1957 istitutivo della Comunità Europea <sup>259</sup>. Il quale, a suo tempo, aveva previsto tra l'altro che *“l'azione della Comunità comporta un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”* (art. 3, comma primo, lett. g); che *“l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende l'adozione di una politica economica e di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”* (art. 4, comma primo); nonché, in ordine alla politica economica e monetaria, che *“gli Stati membri e la Comunità agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”* (art. 98).

Vuoi perché la disciplina dettata dalla citata L. 287/90 ha natura, per così dire, *“residuale”* trovando applicazione limitatamente a quelle fattispecie (*“intese”, “abuso di posizione dominante”* ed *“operazioni di concentrazione”*) che *“non ricadono nell'ambito di applicazione del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, dei regolamenti CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata”* (art. 1, comma primo). Tant'è che, nel caso in cui l'Autorità Antitrust ritenga che una fattispecie sottoposta al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della legge in parola, *“ne informa la Commissione delle Comunità europee cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso”* (art. 1, comma secondo).

In conformità alle disposizioni comunitarie appena richiamate, (anche) l'obiettivo perseguito dalla L. 287/90 è, dunque, quello di garantire la “libertà di iniziativa economica” assicurando, nel contempo, la piena concorrenzialità del mercato nazionale o di parte rilevante di esso.

Orbene, la “verifica” dell'effettiva realizzazione del *mercato concorrenziale* <sup>260</sup> viene devoluta ad un organismo indipendente all'uopo

---

<sup>259</sup> Successivamente modificato dal Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

<sup>260</sup> Autorevolmente è stato affermato che *“il mercato concorrenziale (che prevede) il contraddittorio ad armi pari è già di per sé una norma o, se si preferisce, è già di per sé una*

istituito <sup>261</sup>: l'Autorità *Antitrust*. La quale, dotata di autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione <sup>262</sup>, ha principalmente il compito di vigilare sul corretto svolgimento del gioco della concorrenza nell'ambito del mercato nazionale <sup>263</sup>, avvalendosi (come si vedrà in seguito) di "poteri ispettivi, istruttori, sanzionatori, al fine di realizzare la tutela degli interessi collettivi" <sup>264</sup>.

Ed è proprio la molteplicità dei poteri riconosciuti in capo all'Autorità in funzione dello scopo dalla stessa perseguito - quello di assicurare il rispetto della legge istitutiva e del principio (come s'è detto, di derivazione comunitario) della concorrenza, vigilando affinché non si producano nel mercato fenomeni di intesa o di concentrazione o di abuso di posizione dominante, vietati dalla legislazione nazionale applicativa di un ampio complesso di disposizioni comunitarie <sup>265</sup> - che ha indotto parte della dottrina a qualificare l'intervento dell'*Antitrust* in termini non regolatori <sup>266</sup> bensì più

---

*fonte di produzione di norma determinate dalla natura delle cose*" (cfr. in tal senso Fabio MERUSI "Democrazia e autorità indipendenti", Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 30). Tema ripreso, altrettanto autorevolmente, da Natalino IRTI "La concorrenza come statuto normativo" in S. Amorosino-G. Morbidelli-M. Morisi (a cura di) Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri, Giappichelli, Torino, 2002, pag. 335 ss. il quale qualifica la concorrenza come "accettazione giuridica della lotta" tra operatori economici.

<sup>261</sup> L'Autorità viene definita come "organo collegiale costituito dal Presidente e quattro componenti dotato di piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione" (art. 10), nominata ogni sette anni dai Presidenti di Camera e Senato, con mandato non rinnovabile.

<sup>262</sup> Pietro MILAZZO "Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", *op. cit.*, pag. 45.

<sup>263</sup> In tal senso, anche Mauro ORLANDI "La legge per la tutela della concorrenza e del mercato" *op. cit.*, 500.

<sup>264</sup> Silvia NICODEMO "Gli atti normativi delle autorità indipendenti", Cedam, Padova, 2002, pag. 211.

<sup>265</sup> Quanto al collegamento tra la L. 287/90 e la disciplina comunitaria, rilevante è il contributo di Mario LIBERTINI "La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano" Atti del Convegno Roma 9-10 ottobre 2000 (Concorrenza e autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla legge), 69 ss. nonché Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2001, reperibile sul sito web dell'AGCM ([www.agcm.it](http://www.agcm.it)), 73 ss.

<sup>266</sup> L'*Antitrust*, infatti, svolge principalmente funzioni di garanzia e non già di regolazione la quale diventerebbe "recessiva". Ciò si rifletterebbe anche sulla assenza di poteri normativi in capo all'Autorità (così sostiene Silvia NICODEMO "Gli atti normativi delle autorità indipendenti", *op. cit.*, pag. 164 il quale afferma che "quando prevale la funzione di garanzia diventa recessiva la funzione di regolazione diventando inferiori per quantità e rilevanza gli atti normativi")

propriamente *aggiudicatori* <sup>267</sup>.

Ciò che, infatti, l'Autorità è tenuta a verificare è che - sulla base delle informazioni in suo possesso o, comunque, acquisite presso terzi - atti o comportamenti posti in essere da soggetti economici non integrino sia fattispecie espressamente vietate (*“intese restrittive della libertà di concorrenza”* ed *“abuso di posizione dominante”*) sia altre, pur non (altrettanto) espressamente vietate, ma comunque volte ad eliminare o ridurre il gioco della concorrenza nel mercato o in parte rilevante di esso (*“operazioni di concentrazione tra imprese”*).

Il complesso dei poteri ad essa attribuiti consiste, quindi, in compiti di accertamento e qualificazione di atti, fatti e comportamenti in termini di liceità o illiceità. Sicché tale attività consiste nella *“verifica conformativa”* rispetto a fattispecie astrattamente illecite <sup>268</sup>.

Consegue che, ove detta *“verifica”* abbia esito positivo, l'Autorità intervenga, anche in via cautelare, con poteri sanzionatori volti a rimuovere l'infrazione, ripristinando la concorrenzialità del mercato.

Fermo quanto precede, prima di affrontare il tema delle *intese anticoncorrenziali*, per maggiore chiarezza e completezza espositiva anche ai fini del prosieguo della trattazione, appare opportuno richiamare - seppur brevemente - le (altre) fattispecie di *abuso di posizione dominante* e di *operazioni di concentrazione*, con la relativa disciplina applicativa.

Quanto alla prima.

Il legislatore all'art. 3 (rubricato appunto *“abuso di posizione dominante”*) prevede un secco *“divieto”* di qualsivoglia comportamento di una o più imprese che abbia l'effetto di costituire o rafforzare una *posizione dominante* all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

---

<sup>267</sup> L'espressione appartiene a Giuliano AMATO *“Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia”*, Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997, Cedam, Padova, nonché in Riv. Trim. dir. pubbl. 1997, 645.

<sup>268</sup> Così espressamente afferma Giuseppe SANTI *“Pubblico e privato nella disciplina antitrust”* in Contratti e impresa, I, 1996, 1029.

Al divieto - peraltro non sanabile con la cd. *autorizzazione in deroga*<sup>269</sup> - non corrisponde un'esplicita prescrizione in termini di *nullità* (contrariamente a quanto previsto per le *intese anticoncorrenziali*).

Il citato art. 3, nonostante la rubrica, non fornisce invero alcuna definizione della nozione di *abuso* riferito ad una posizione dominante all'interno del mercato, limitandosi ad indicare i comportamenti vietati<sup>270</sup>.

Quel che rileva ricordare, in questa sede, è come l'Autorità intervenga in caso di accertata violazione del divieto di cui all'art. 3.

Essa diffida l'impresa a provvedere all'eliminazione della violazione entro il termine assegnato e, nei casi più gravi, irroga anche una sanzione amministrativa. In presenza di reiterata inottemperanza, sospende temporaneamente l'attività dell'impresa medesima.

Quanto alla seconda.

L'art. 5 contiene *sic et simpliciter* l'elencazione delle ipotesi in cui si realizzano operazioni di concentrazione<sup>271</sup> tra imprese. Ma non prescrive, come nel caso dell'art. 3, alcun espresso "divieto".

Ai sensi del successivo art. 6 (rubricato "*divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza*"), non tutte le "operazioni" sono vietate bensì solo quelle che comportino una restrizione della libertà di concorrenza nel mercato o in parte rilevante di esso. Ed

---

<sup>269</sup> Contrariamente a quanto previsto, invece, sia per le intese anticoncorrenziali (art. 4) che per le operazioni di concentrazione (art. 25).

<sup>270</sup> L'art. 3 prosegue disponendo che sono, altresì, vietati: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare l'accettazione di contratti alla accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

<sup>271</sup> Ai sensi del citato art. 5, comma primo, l'operazione di concentrazione si realizza a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente o indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese, c) quando due o più imprese procedono attraverso la costituzione di una nuova società alla costituzione di un'impresa comune.

esattamente le operazioni che, superando una data soglia di fatturato a livello nazionale <sup>272</sup>, sono sottoposte alla obbligatoria e preventiva *comunicazione* all'Autorità, ai sensi dell'art. 16.

Ebbene, a fronte di tali operazioni, l'*Antitrust* è infatti chiamata, dapprima, ad accertare in via istruttoria se le stesse risultino vietate o non (ai sensi dell'art. 6): a valutare cioè se esse “*comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza*”). Quindi, all'esito, può autorizzarle o vietarle (art. 18, comma 1)<sup>273</sup>, fatto salvo il potere di sospenderne provvisoriamente la realizzazione in attesa della conclusione dell'istruttoria (art. 17, comma 1).

Qualora, invece, l'operazione di concentrazione sia stata già realizzata, può prescrivere le “*misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi*” (art. 18, comma 3)<sup>274</sup>.

Da ultimo, va aggiunto che le operazioni di concentrazioni - altrimenti vietate ai sensi dell'art. 6 (per le quali però non v'è espressa previsione di nullità come per le *intese*) - possono essere comunque “*autorizzate in deroga*” al divieto. Ciò “*per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea*” e sempre che “*non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato e restrizioni della concorrenza non strettamente giustificati dagli interessi generali predetti*”.

**b) segue: le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2): nullità ed autorizzazione in deroga (art. 4).**

Si può ora procedere ad analizzare le *intese restrittive della libertà di*

---

<sup>272</sup> Ai sensi dell'art. 16, comma primo, L. 287/90.

<sup>273</sup> Ai sensi dell'art. 19, comma primo, l'Autorità irrognerà una sanzione amministrativa pecuniaria nel caso in cui le imprese realizzino un'operazione di concentrazione in violazione del divieto di cui all'art. 18, comma 1.

<sup>274</sup> Ai sensi del medesimo art. 19, comma primo, l'Autorità irrognerà altra sanzione amministrativa pecuniaria nel caso in cui le imprese non ottemperino alle prescrizioni di cui all'art. 18, comma 3.

concorrenza previste dall'art. 2 (rubricata allo stesso modo).

Con il termine *intese* il legislatore intende riferirsi ad “*accordi e/o pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*” (comma primo).

Analogamente a quanto previsto in punto di fattispecie di *abuso di posizione dominante*, l'art. 2 contiene l'espresso “divieto” di quelle “*intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*” (comma secondo) <sup>275</sup>.

Divieto al quale corrisponde (altra) espressa previsione di “nullità ad ogni effetto” (comma terzo).

Nullità invero non comminata dalla Legge antitrust nelle (altre) ipotesi sopra richiamate, ed altrettanto vietate, dell'*abuso di posizione dominante* di cui all'art. 3 e delle *operazioni di concentrazione* di cui all'art 16.

Ciò posto, non può non rilevarsi come l'art. 2 in esame richiami – pressoché specularmente - quanto già disposto dall'(ex) art. 85 del Trattato di Roma del 1957, ora art. 81, commi primo e secondo del Trattato UE 1992 (che ha introdotto talune modifiche). A tenor del quale “*sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*” (comma primo).

Gli accordi o le decisioni vietate sono “nulli di pieno diritto” (comma secondo).

---

<sup>275</sup> Ciò anche attraverso altre attività consistenti in: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi (art. 2, comma 2).

Orbene, la peculiare previsione di *nullità* di cui all'art. 2 deve essere necessariamente letta unitamente a quanto previsto dalla medesima Legge antitrust al successivo art. 4 in punto di cd. *autorizzazione in deroga*<sup>276</sup>.

La norma (rubricata “*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*”) riconosce in capo all'Autorità il potere di “*autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato intese o categorie di imprese vietate ai sensi dell'art. 2*”. Cioè, intese affette da nullità.

Ebbene, anche tale norma ricalca - al pari dell'art. 2 - la previsione di cui all'art. 81, comma terzo del Trattato UE (ex art. 85 del Trattato di Roma), poc'anzi richiamato. Ai sensi del quale le disposizioni di cui al primo comma (quelle secondo cui gli accordi tra imprese vietati sono nulli) “*sono inapplicabili a: (i) qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese; (ii) a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese; (iii) a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate*”, laddove “*contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.*”

---

<sup>276</sup> Sull'art. 4 L. 287/90 si veda in dottrina, Luca NIVARRA “*Il provvedimento di esenzione ex art. 4 legge antitrust e la tutela delle imprese terze*” in Danno e resp., 1998, 649; Pietro MILAZZO “*Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*”, op. cit., pag. 48; Roberto PARDOLESI “*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*”, Commento sub art. 4, in “*Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287*” (a cura di) A. Frignani-R. Pardolesi-A. Patroni Griffi-L. C. Ubertazzi, op. cit., pag. 399 ss.; Roberto PARDOLESI “*Intese restrittive della libertà di concorrenza*” Commento sub art. 2, in “*Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287*”, op. cit., pag. 145 ss.; Roberto PARDOLESI “*Il contratto e il diritto della concorrenza*” in “*L'autonomia privata e le autorità indipendenti*” a cura di G. Gitti, op. cit., pag. 159 ss.; Francesco DELFINI “*Il controllo ex art. 4 L. 287/90 dell'autorità antitrust sul contenuto del contratto*” in “*L'autonomia privata e le autorità indipendenti*” a cura di G. Gitti, op. cit., pag. 175 ss.

**c) L'autorizzazione in deroga: condizioni ed ambito di applicazione.**

Ai sensi dell'art. 4, comma primo, il potere dell'Autorità *Antitrust* di "autorizzare" intese - che, altrimenti, sarebbero nulle ai sensi dell'art. 2 - viene esercitato non discrezionalmente, ma solo nel caso in cui l'intesa anticoncorrenziale sottoposta alla sua verifica risponda a quattro "condizioni", delle quali l'Autorità è chiamata ad accertare la sussistenza.

Nel tentativo di esemplificare la disposizione normativa in parola, tali condizioni possano essere raggruppate in "*positive*" e "*negative*" a seconda del loro contenuto<sup>277</sup>.

Le prime: *a)* che l'intesa determini un miglioramento delle condizioni di offerta sul mercato dei beni o servizi interessati; *b)* che l'intesa riservi una congrua parte dei benefici da essa prodotti ai consumatori.

Le seconde: *c)* che l'intesa non realizzi restrizioni della concorrenza non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità positive su indicate; *d)* che l'intesa non elimini la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

Un breve cenno alla prassi applicativa.

Quanto alla condizione *sub a*: miglioramento della produzione e progresso tecnologico.

Essa riguarda gli *incrementi di efficienza* connessi alla collaborazione tra le imprese parti dell'intesa, in termini di *costi* e di *valore aggiunto*.

I primi possono comprendere sia le "attività in comune di ricerca e di sviluppo"<sup>278</sup>, finalizzate alla attuazione di nuove tecnologie e di metodi di produzione che consentono un notevole risparmio sui costi, in aggiunta al progresso tecnologico a vantaggio della collettività; sia le maggiori efficienze

---

<sup>277</sup> Il tema delle condizioni legittimanti il rilascio dell'autorizzazione in deroga ex art. 4 e la classificazione delle stesse in positive e negative sono stati affrontati da Piero FATTORI-Mario TODINO "*La disciplina della concorrenza in Italia*" Il Mulino, Bologna, 2004, pag. 74 ss.

<sup>278</sup> Cfr. AGCM 28 marzo 2002, *Nokia Italia/Marconi Mobile/Ote* in Boll. N. 13/2002 con cui è stata autorizzata per un periodo di 30 mesi un'intesa finalizzata alla costituzione di un consorzio per la fornitura di apparati e servizi di radiocomunicazione privata attraverso lo

derivanti dall'utilizzo di "economie di scala"<sup>279</sup>, dalla diminuzione cioè del costo per unità di prodotto legata all'aumento della produzione.

I secondi consistono nella realizzazione di prodotti o di servizi nuovi e migliori<sup>280</sup> che la cooperazione tra imprese consente di ottenere a costi inferiori rispetto a quelli che le singole imprese dovrebbero, altrimenti, sopportare individualmente.

Quanto alla condizione *sub b*: benefici sostanziali riservati ai consumatori.

Tale condizione mira, in sostanza, ad assicurare che all'intesa conseguano guadagni di efficienza per i consumatori.

Come nel caso in cui, per esempio, gli incrementi di efficienza determinino un'allocazione migliore delle risorse, permettendo, quindi, la produzione di prodotti a prezzi più bassi o di qualità più elevati<sup>281</sup>.

---

sviluppo di uno standard tecnologico interoperabile accessibile anche ad imprese terze a condizioni eque e non discriminatorie.

<sup>279</sup> Cfr. AGCM 21 febbraio 1994, *Sapio/Igi/Siad/Chemgas* in Boll. N. 8/1994 con cui l'Autorità ha concesso l'autorizzazione per 120 mesi di un'intesa volta alla realizzazione di un nuovo impianto per la produzione e la distribuzione nel Mezzogiorno di gas tecnici che avrebbe consentito l'immissione sul mercato di una maggiore quantità di prodotti a prezzi inferiori a causa del risparmio dei costi derivanti dal raggiungimento di significative economie di scala.

<sup>280</sup> Cfr. AGCM 22 aprile 2004, *FIEG/ANADIS* in Boll. N. 17/2004 con cui l'Autorità, al fine di migliorare la struttura distributiva, ha autorizzato per 56 mesi un'intesa tra la Federazione Italiana Editori Giornali e l'Associazione Nazionali Distributori Stampa che prevedeva, tra l'altro, uno scambio di informazioni fondato su una banca dati ed un modello di calcolo per la distribuzione delle copie rese. Meno recentemente, cfr. AGCM 13 ottobre 1993 *Ina/Banca di Roma* in Boll. N. 30/1993 con la quale l'Autorità ha concesso l'autorizzazione per 60 mesi per un accordo di collaborazione reciproca tra un'impresa di assicurazione ed una banca finalizzato alla distribuzione esclusiva di prodotti assicurativi e finanziari attraverso le rispettive reti in quanto tale accordo è stato ritenuto strumentale rispetto alla creazione di un nuovo canale distributivo caratterizzato da minori costi di intermediazione e dalla introduzione di servizi aggiuntivi rispetto ai canali tradizionali.

<sup>281</sup> Cfr. AGCM 19 luglio 2001, *Unione petrolifera/Piano di razionalizzazione della rete carburanti* in Boll. N. 29/2001 (concessa autorizzazione per 29 mesi di un'intesa che comportava una riduzione dei prezzi per il consumatore alla luce del risparmio dei costi derivanti dalla eliminazione di punti vendita marginali); AGCM 29 marzo 2001, *Coop Italia/Conad/Italia Distribuzione* in Boll. N. 13/2001 (concessa autorizzazione per 45 mesi di un accordo volto alla costituzione di una centrale di acquisto comune destinata a trattare con fornitori di prodotti alimentari e di altri prodotti di largo consumo le condizioni degli acquisti effettuati dalle società facenti parte dei sistemi cooperativi Coop e Conad); AGCM 29 giugno 2004 *Consorzio Grana Padano* in Boll. N. 26/2004 (concessa autorizzazione per 6 mesi di un accordo per il riposizionamento sul mercato del Grana Padano ed il nuovo meccanismo di contribuzione consortile ivi previsto in quanto idoneo a consentire un miglioramento

Quanto alla condizione *sub c*: carattere indispensabile delle restrizioni.

La nozione di “indispensabilità” della restrizione va letta nel senso che sia l’intesa sia le restrizioni della concorrenza ad essa relative debbano essere necessarie per l’ottenimento degli “incrementi di efficienza” di cui alla condizione *sub a*) prima citata<sup>282</sup>. E’ essenziale, conclusivamente, che gli incrementi realizzati attraverso la condotta anticoncorrenziale non siano raggiungibili altrimenti e nella medesima misura.

Quanto alla condizione *sub d*: la non eliminazione della concorrenza.

Tale condizione - l’accordo o l’intesa non devono comportare la eliminazione della concorrenza per una parte rilevante del mercato - è di sicura rilevanza ogni qual volta l’accordo sia potenzialmente idoneo a rafforzare una posizione dominante sul mercato. L’accertamento, dunque, dovrà tener conto del grado di concorrenza preesistente al momento in cui l’intesa è stata posta in essere, anche per determinare la entità della conseguente riduzione concorrenziale.

Ed ancora.

Sempre il medesimo comma primo dell’art. 4 dispone che l’autorizzazione in deroga possa essere concessa “*per intese o categorie di intese*”.

*Nulla quaestio* quanto alle *singole intese*.

Il richiamo invece alle “*categorie di intese*” ha indotto parte della dottrina<sup>283</sup> a ritenere che il legislatore abbia voluto attribuire all’*Antitrust* il potere di regolamentare *preventivamente*, ed in termini generali (in tal senso, andrebbe inteso l’espressione utilizzata “*categoria*”), i presupposti e le modalità

---

qualitativo del prodotto ed una più corretta percezione del valore dello stesso da parte dei consumatori).

<sup>282</sup> Cfr. AGCM 22 dicembre 1993, *Consorzio Capri* in Boll. N. 40-41/1993: l’Autorità in tal caso non ha concesso l’autorizzazione in deroga avendo ritenuto che l’attività del Consorzio nell’ambito dell’incarico per la progettazione, costruzione e fornitura chiavi in mano del materiale rotabile per l’attuazione del Piano di Ristrutturazione per il risanamento e lo sviluppo dell’Ente FS comportasse restrizioni della concorrenza non indispensabili per gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di offerta.

<sup>283</sup> Hanno segnalato tale possibilità Monica CARNEROLI “*L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*”, *op. cit.* pag. 124; Silvia NICODEMO “*Gli atti normativi delle*

per accedere alla deroga. Non limitando, così, l'attività dell'Autorità alla sola verifica *ex post* delle singole intese ad essa sottoposte alla luce delle prospettazioni delle parti.

Sembra, tuttavia, che la prassi applicativa dell'art. 4, finora almeno, abbia smentito tale interpretazione, avendo l'Autorità optato piuttosto per un approccio di tipo *casistico* <sup>284</sup>.

Sembra, infatti, che essa si sia limitata ad esaminare “caso per caso” le diverse intese sottoposte al suo vaglio, accertando di volta in volta la ricorribilità dei presupposti legittimanti il rilascio della autorizzazione. Omettendo di formulare scelte di tipo “regolativo” <sup>285</sup>.

**d) la domanda di “esenzione” ex art. 4 (procedimento; tipi di provvedimento; durata; rinnovo; revoca; silenzio dell'Autorità) e la “comunicazione di intese” ex art. 13.**

La domanda di autorizzazione in deroga - che può denominarsi anche “*di esenzione*” - sembra presupporre, anzitutto, che le imprese siano consapevoli dell'*antigiuridicità* dell'accordo perfezionato ovvero di quello che si apprestano a perfezionare, ma che ritengano l'accordo medesimo comunque meritevole di essere *autorizzato*, assumendo la sussistenza dei presupposti (prima indicati) legittimanti la deroga <sup>286</sup>.

---

*autorità indipendenti*”, *op. cit.*, pag. 175-176; Pietro MILAZZO “*Aspetti del potere regolamentare dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*”, *op. cit.*, pag. 48.

<sup>284</sup> Fra i più recenti provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust nei quali è stata posta in discussione una deroga *temporanea* ad intese restrittive della concorrenza, si possono segnalare: provv. n. 12368/2004 *Enel Produzione/Endesa Italia*: deroga di 6 mesi, provv. n. 9773/2004 *Unione petrolifera/Piano di realizzazione della rete carburanti*: deroga di 9 mesi, provv. n. 13113/2004 *federazione italiana editori giornali/Associazione nazionale distributori stampa*: deroga di 56 mesi, provv. n. 13300/2004 *Consorzio Grana Padano*: deroga di 6 mesi, provv. n. 12185/2003 *Alitalia/Volare*: deroga di 3 mesi, provv. n. 10596/2002 *Nokia Italia/Marconi Mobile/Ote*: deroga di 30 mesi, provv. n. 10985/2002 *Vendita diritti televisivi*: deroga di 36 mesi.

<sup>285</sup> Cfr. Mario LIBERTINI “*La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*”, *op. cit.*, pag. 83.

<sup>286</sup> Cfr. Giorgio FLORIDA-Vittorio G. CATELLI, “*Diritto antitrust. Le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante*”, *op. cit.*, pag. 196 ss. nonché Roberto PARDOLESI “*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*”, Commento sub art. 4, in “*Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287*” (a cura di) A. Frignani-R.

La richiesta di esenzione può essere formulata da una o più imprese partecipanti all'accordo.

Deve essere presentata direttamente all'Autorità (art. 4, comma 3), redatta sulla base di un apposito *Formulario* predisposto dalla stessa Autorità e pubblicato nel bollettino, che deve contenere tutte le informazioni e gli allegati che consentano all'organo di controllo di valutarne il contenuto<sup>287</sup>.

Informazioni e dati che devono essere, dunque, esaustivi ed in merito ai quali l'Autorità può eventualmente chiedere integrazioni (facendo, in tal caso, decorrere un nuovo termine per il ricevimento delle stesse)<sup>288</sup>.

L'Antitrust provvede alla pubblicazione della richiesta sul Bollettino<sup>289</sup> sul quale viene, altresì, inserito un breve avviso concernente l'intesa oggetto della instata autorizzazione.

I terzi interessati sono invitati a presentare eventuali osservazioni entro il termine di 30 giorni dalla predetta pubblicazione.

Ai sensi dell'art 14 si apre quindi l'istruttoria<sup>290</sup>. Che si svolge con un procedimento cui possono partecipare sia le imprese che hanno effettuato la comunicazione sia i terzi portatori di interessi pubblici o privati, con la facoltà di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri e di accedere ai documenti nel rispetto della riservatezza dei medesimi<sup>291</sup>.

Conclusa l'istruttoria, l'Autorità "*provvede entro 120 giorni dalla presentazione della richiesta*" di esenzione (art. 4, comma 3).

In caso di diniego dell'autorizzazione<sup>292</sup>, le imprese possono

---

Pardolesi-A. Patroni Griffi-L. C. Ubertazzi, *op. cit.*, pag. 401.

<sup>287</sup> Secondo quanto previsto dal D.P.R. n. 217/1998.

<sup>288</sup> Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, *ult. op. cit.*, pag. 200.

<sup>289</sup> Art. 4, comma 6, D.P.R. n. 217/1998.

<sup>290</sup> E' bene precisare che la richiesta di esenzione ai sensi dell'art. 4 comporta in ogni caso l'apertura di un'istruttoria. Ciò indipendentemente dalla validità e meno della domanda medesima. Tale osservazione rileva se si confronta tale disposizione con l'art. 13 (comunicazione facoltativa) laddove l'apertura della istruttoria è invece solo "eventuale". Ma il punto sarà affondato a breve.

<sup>291</sup> Art. 13 D.P.R. n. 217/1998.

<sup>292</sup> Tra i provvedimenti con i quali l'Autorità non ha concesso la deroga al divieto di intese, cfr. AGCM 26 aprile 2006, *Sapio produzione idrogeno ossigeno/Rivoir/Società italiana acetilene e derivati/SIAD/Società ossigeno Napoli/SON/Linde Gas Italia/Air Liquide* disponibile in versione integrale sul sito web [www.agcm.it](http://www.agcm.it) (procedimento n. I603, avviato il 24 marzo 2003), il quale risulta essere l'ultimo procedimento ad oggi concluso. Le domande ex

impugnare il provvedimento dinanzi al TAR del Lazio (art. 33, comma primo).

Nel caso in cui, invece, la richiesta venga accolta, il provvedimento autorizzativo dovrà obbligatoriamente essere concesso, per espressa previsione di legge, “*per un periodo limitato*” (art. 4, comma primo). Periodo non quantificato dalla norma, ma presumibilmente coincidente con quello necessario e sufficiente per il conseguimento dei risultati positivi dell’intesa, giusta la prospettazione delle parti <sup>293</sup>.

Sebbene non previsto dall’art. 4 in parola, sembra non doversi escludere la possibilità che l’autorizzazione, una volta concessa, possa essere *rinnovata* per un periodo (altrettanto limitato) sulla base di una successiva richiesta e con l’adozione di un “nuovo” provvedimento. Ciò, anche se dovessero ritenersi sussistenti i presupposti che avevano determinato l’Autorità a concedere la “prima” autorizzazione <sup>294</sup>.

La *revoca* <sup>295</sup> dell’esenzione è espressamente prevista dall’art. 4, comma secondo, il quale recita: “*l’Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma primo, previa diffida, qualora l’interessato abusi dell’autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l’autorizzazione*”.

---

art. 4 presentate nel 2007 sono ancora in corso. I procedimenti dinanzi all’Antitrust fino ad oggi conclusi con il diniego dell’autorizzazione sono: nel 1999 Proced. I138B *Consorzio del Prosciutto San Daniele/Consorzio del Prosciutto di Parma* e Proced. I276B *Alitalia/Meridiana*; nel 1998: Proced. I299 *Rai/Cecchi Gori Communications* e Proced. I338 *Assosalute/Codice di Autoregolamentazione*; nel 1997: Proced. I219 *Assicurazioni Generali/Unicredit*; nel 1996: Proced. I77C *Ciras*; Proced. I124 *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*; Proced. I157 *Associazione Librai italiani/Editori*; Proced. I167 *Costituzione rete dealer GSM*; Proced. I195 *Associazione italiana calciatori/Panini*; Proced. I212 *Contratti di distribuzione di gelati*; nel 1993: Proced. I43B *Ania*; Proced. I47 *Nord Calce*; Proced. I53 *Ristrutturazione rete distributori carburanti*; Proced. I63 *Centro Italiano GPL*; Proced. I78 *Consorzio Capri*; nel 1992: Proced. I32 *Pro.Cal.*; da ultimo, nel 1991: Proced. I5 *Assirevi*. Anch’essi disponibili tutti in versione integrale sul sito.

<sup>293</sup> Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, *ult. op. cit.*, pag. 204.

<sup>294</sup> Cfr. Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, *ult. op. cit.*, pag. 204.

<sup>295</sup> L’AGCM, anche dopo la scadenza del termine, può assegnare alle parti un periodo di tempo per “eliminare” l’intesa: così nel proced. I138B *Consorzio Prosciutto San Daniele-Consorzio Prosciutto di Parma*, 21.1.1999, in Boll. N. 3/1999, i detti Consorzi, aventi ad oggetto il contingentamento della produzione, avevano ottenuto nel giugno 1996, un’autorizzazione in deroga per la durata di quattro anni. Allo scadere di detto termine, veniva avanzata richiesta di proroga. L’Autorità ha respinto tale richiesta invitando le parti a presentare una relazione in merito alle misure necessarie che le parti intendevano adottare per eliminare, in maniera completa e definitiva, gli accordi intercorsi nel termine di circa un anno.

Notevoli perplessità sono legate alle conseguenze dell'eventuale *silenzio* dell'Autorità a fronte della domanda di esenzione.

L'art. 4 nulla prevede al riguardo. Si limita ad affermare - come s'è detto - che l'Autorità è tenuta a provvedere “*entro 120 giorni dalla presentazione della richiesta*”. Senza, peraltro, specificare se tale termine abbia natura perentoria.

La dottrina è divisa sul punto.

Da un parte, si ritiene che il silenzio equivarrebbe al “rifiuto dell'autorizzazione” (cd. *silenzio-rigetto*), al pari di un provvedimento negativo. Facendo così decorrere i termini per l'impugnazione dinanzi al TAR ex art. 33, comma primo <sup>296</sup>.

D'altra parte, invece, si obietta che l'inattività dell'Autorità non potrebbe essere intesa come *silenzio-accoglimento* (altrimenti si finirebbe con lo svilire il sistema dell'autorizzazione come deroga eccezionale e motivata al divieto) né come *silenzio-rifiuto* (perché, in tal caso le parti, nel rivolgersi al giudice amministrativo, farebbero accertare sia l'obbligo dell'Autorità a provvedere sia anche la sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione).

La circostanza che la legge abbia assegnato alla Autorità un termine entro il quale pronunciarsi indurrebbe dunque a pensare che, decorso detto termine, il silenzio integrerebbe *inadempimento* dell'amministrazione <sup>297</sup>.

La prassi applicativa dell'art. 4 sembra avere, almeno in taluni casi, aggirato - o, quanto meno, tentato di aggirare - l'ostacolo. Al fine di evitare la configurabilità di un'ipotesi di “inerzia” dell'Antitrust.

Per una migliore comprensione del problema interpretativo e delle sue concrete implicazioni, è necessario richiamare - seppure in sintesi - la (diversa) figura della *comunicazione di intese* di cui all'art. 13 della Legge Antitrust.

S'è detto che la domanda di esenzione (art. 4) sembra presupporre che le imprese siano consapevoli della illiceità dell'accordo concluso.

<sup>296</sup>

Così sostiene Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, *ult. op. cit.*, pag. 205.

<sup>297</sup>

Così Paolo AUTERI “Nullità ed autorizzazione delle intese restrittive della

Se, invece, le imprese nutrano soltanto dei dubbi sulla liceità del proprio accordo pur essendone ragionevolmente convinte<sup>298</sup>, le stesse possono provvedere alla *comunicazione*<sup>299</sup>, giusta quanto previsto dall'art. 13 (“*Le imprese possono comunicare all’Autorità le intese intercorse*”).

Detta comunicazione è volta a sollecitare all’*Antitrust* un provvedimento formale di “non doversi procedere ad istruttoria” ovvero, più semplicemente, a far decorrere inutilmente il termine indicato dalla legge.

Se infatti l’Autorità non avvia l’istruttoria<sup>300</sup> entro il (medesimo) termine di 120 giorni dalla comunicazione, resterà definitivamente preclusa la possibilità per la medesima di prendere in esame l’intesa “comunicata” (cd. *attestazione negativa*)<sup>301</sup>.

Il silenzio dell’Autorità - cui l’art. 13 attribuisce, in tal caso, un preciso effetto giuridico - è, dunque, equiparato ad una sorta di decisione di “non rilevanza” in merito all’intesa<sup>302</sup>.

A fronte degli strumenti offerti dal legislatore (domanda di esenzione ex art. 4 e comunicazione di intese ex art. 13) - seppure, come s’è visto, in ambiti distinti (quanto a presupposti e ad effetti) - la prassi applicativa<sup>303</sup> sembra aver

---

*concorrenza nella normativa antitrust nazionale*” in Riv. Dir. Ind. 1996, I, 83.

<sup>298</sup> In tal senso, ancora Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, *ult. op. cit.*, pag. 197 nonché Roberto PARDOLESI “*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*”, Commento sub art. 4, in “Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287” (a cura di) A. Frignani-R. Pardolesi-A. Patroni Griffi-L. C. Ubertazzi, *op. cit.*, pag. 401.

<sup>299</sup> E’ evidente il richiamo alla “*comunicazione obbligatoria e preventiva*” delle operazioni di concentrazione prevista dalla Legge antitrust all’art. 16, prima citato.

<sup>300</sup> In tal caso, l’istruttoria ha natura puramente eventuale. A differenza di quanto previsto nel caso di cui all’art. 4 laddove l’istruttoria si apre in ogni caso a prescindere dalla validità o meno della intesa di cui si chiede l’autorizzazione.

<sup>301</sup> Sul punto, è appena il caso di segnalare che sia le comunicazioni facoltative di intese ex art. 13 sia le comunicazioni obbligatorie e preventive di operazioni concentrazioni ex art. 16 sono regolate dal D.P.R. n. 217/1998 (recante il “*Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*”) che disciplina la predisposizione di moduli e formulari sulla base dei quali vengono effettuate le comunicazioni in parola.

<sup>302</sup> Cfr. Marisa MELI “*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*”, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania, Nuova Serie 176, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 75 la quale sostiene che, in tal caso, l’intesa “*si consolida*”.

<sup>303</sup> Il problema è stato acutamente sollevato in dottrina da Roberto PARDOLESI “*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*”, Commento sub art. 4, in “Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287” (a cura di) A. Frignani-R.

mostrato una certa tendenza delle imprese a presentare entrambe le “istanze”.

Attivando dapprima il procedimento ex art. 13 e, successivamente, in caso di esito negativo, l'altro ex art. 4.

Ovvero contemporaneamente: presentando in via principale la comunicazione ex art. 13 e chiedendo, in via subordinata, il rilascio della autorizzazione in deroga ex art. 4<sup>304</sup>.

Infine, promuovendo entrambi i procedimenti ex artt. 4 e 13, con due coeve ed autonome istanze.

Senonché, questa ultima iniziativa potrebbe esporre l'impresa ad implicazioni procedurali di efficacia preclusiva.

Si dia - a titolo meramente esemplificativo - il seguente caso.

L'Autorità apre l'istruttoria a seguito di comunicazione ex art. 13. Non anche in relazione alla domanda ex art. 4.

Allo spirare del termine di 120 giorni (previsto dall'art. 4) - se la istruttoria ex art. 13 è ancora pendente (non essendo quindi intervenuto alcun provvedimento) - le parti non possono tuttavia impugnare dinanzi al TAR il “silenzio-rigetto” sulla richiesta di autorizzazione (art. 4), dovendo attendere l'esito del procedimento ex art. 13.

La negativa definizione di quest'ultimo farebbe sorgere in capo alle stesse l'interesse all'impugnazione del provvedimento emesso (ex art. 13), ma a quella data, tuttavia, potrebbe essere decorso il termine utile per impugnare dinanzi al TAR il “silenzio - rigetto” in ordine alla domanda ex art. 4.

---

Pardolesi-A. Patroni Griffi-L. C. Ubertazzi, *op. cit.*, pag. 401; da Marisa MELI “*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*”, *op. cit.*, pag. 74; nonché da Giorgio FLORIDA - Vittorio G. CATELLI, “*Diritto antitrust. Le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante*”, *op. cit.*, pag. 205.

<sup>304</sup> Cfr. AGCM 26 agosto 1991 Assirevi, in Boll. N. 7/1991: in tal caso ricorre la comunicazione volontaria del regolamento dell'Associazione nazionale revisori contabili in materia di corrispettivi con la richiesta subordinata di rilascio di autorizzazione “*qualora l'Autorità avesse ritenuto l'intesa vietata ai sensi dell'art. 2*”.

**e) attuazione amministrativa del divieto ed intervento del giudice ordinario.**

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembra potersi senz'altro affermare che quanto sancito all'art. 2 in punto di nullità non possa prescindere da quanto previsto dall'art. 4 in tema di *autorizzazione in deroga*.

E si veda come.

Il sistema di controllo delle intese anticoncorrenziali - modellato, come s'è avuto modo di chiarire, sulla corrispondente norma comunitaria (art. 81 Trattato UE) - è fondato sul "divieto" (di cui all'art. 2) accompagnato dalla previsione di "deroga" (art. 4): il cd. "*divieto con riserva di autorizzazione*"<sup>305</sup>.

Le norme richiamate si pongono, rispettivamente, in un rapporto di "regola" ad "eccezione"<sup>306</sup>. L'art. 2 pone la regola secondo la quale le intese anticoncorrenziali sono vietate. L'art. 4 prevede l'eccezione secondo cui, in presenza dei presupposti di legge, tali intese possano essere autorizzate in deroga a quanto previsto dal citato art. 2.

Ma v'è di più.

Alla *regola* (divieto di intese anticoncorrenziali) corrisponde, sul piano civilistico, la sanzione della *nullità* per la quale è unicamente competente il giudice ordinario. L'*eccezione* (autorizzazione in deroga di intese vietate), che ha l'effetto di derogare alla prescrizione invalidante, rientra nella esclusiva competenza dell'Autorità *Antitrust*.

Sotto il profilo procedurale – dunque - mentre "*le azioni di nullità e quelle di risarcimento del danno e i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza*", in relazione alla violazione delle disposizioni contenute nella Legge antitrust, sono promosse dinanzi alla "*Corte di Appello competente per territorio*" (art. 33, comma secondo, rubricato "*competenza giurisdizionale*"),

---

<sup>305</sup> L'espressione è di Marisa MELI "*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*", *op. cit.*, pag. 40 e pag. 79 ss. la quale affonda ampiamente ed approfonditamente il tema del rapporto tra gli artt. 2 e 4 della L. 287/90.

<sup>306</sup> In tal senso, ancora Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 15.

l'*autorizzazione in deroga* si consegue attraverso l'attivazione, dinanzi all'Autorità, del procedimento ex art. 4 descritto nei precedenti paragrafi. Provvedimento suscettibile di essere impugnato dinanzi al TAR del Lazio (art. 33, comma primo), munito di *giurisdizione esclusiva*.

Il sistema che ne consegue risulta così strutturalmente incentrato su funzioni complementari fra loro ma radicalmente diverse quanto a competenza.

Rientrando l'una (la regola) nella competenza esclusiva del giudice ordinario, l'altra (l'eccezione) nella (altrettanto) esclusiva competenza <sup>307</sup> dell'autorità amministrativa preposta al controllo.

Di guisa che viene a crearsi un "*doppio binario*" in cui si trovano a concorrere e la competenza giurisdizionale e quella amministrativa <sup>308</sup>.

Non è dubbio, invero, che tale sistema (per così dire) "composito" possa essere suscettibile di (eventuali) sovrapposizioni o soggetto al rischio di contrasto tra decisioni adottate da organi diversi <sup>309</sup>: la decisione del giudice ordinario e la pronuncia dell'Antitrust.

La complessità dell'argomento ed i molteplici spunti di riflessione che offre il combinato disposto degli artt. 2 e 4 impongono dunque la massima esemplificazione e chiarezza.

E valga il vero.

Più volte s'è rilevato come entrambe le norme abbiano sostanzialmente ricalcato (*rectius*: recepito) disposizioni e principi comunitari.

Tuttavia, i "suggerimenti" comunitari in ordine al (delicato) rapporto tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa non sembrano estensibili in

---

<sup>307</sup> L'esclusività della competenza dell'Antitrust a rendere il provvedimento autorizzativo deriva oltre che dal dettato legislativo anche in considerazione dell'elevato *tecnicismo* cui è soggetta la valutazione (in tal senso Riccardo ALESSI-Gustavo OLIVIERI, "*La disciplina della concorrenza e del mercato*", *op. cit.*, pag. 42 ss.

<sup>308</sup> Così sostiene Marisa MELI, "*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*", *op. cit.*, pag. 20.

<sup>309</sup> Il problema in questi termini è stato sollevato da gran parte della dottrina, tra i quali principalmente Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 46; Riccardo ALESSI –Gustavo OLIVIERI, *ult. op. cit.*, pag. 172; Marina TAVASSI "*Il contributo dei giudici ordinari*" in Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 122 ss.

ambito nazionale<sup>310</sup>.

In una basilare pronuncia, la Corte di giustizia Europea<sup>311</sup> ha affermato il principio generale<sup>312</sup> secondo cui il giudice nazionale, nell'esercizio delle sue competenze, debba tener conto della competenza della Commissione<sup>313</sup> al fine di evitare di emettere una decisione "incompatibile". Così che, nel caso in cui dinanzi alla Commissione penda un (qualsivoglia) procedimento, l'autorità giudiziaria sarebbe tenuta a "sospendere" il processo dinanzi a sé instaurato in attesa della conclusione di quello proposto dinanzi alla Commissione<sup>314</sup>.

Ciò posto - traslando tale principio in ambito nazionale - si dovrebbe affermare che, parimenti, l'a.g.o. possa decidere solo nel caso in cui sia certo che la sua decisione non sia – né possa essere – in contrasto con quella dell'Antitrust. In caso contrario, sarà tenuto a sospendere il processo in attesa della definizione del procedimento amministrativo ex art. 4.

Tale soluzione, tuttavia, non appare convincente.

Vuoi perché al giudice ordinario non è dato valutare la sussistenza delle condizioni (di cui prima s'è discusso) che legittimano la concessione della deroga ex art. 4, esulando tale valutazione dalla sua specifica competenza. Così che lo stesso sarebbe, più che altro, "costretto" a sospendere il processo siccome incapace di cogliere le ragioni di un'eventuale conflitto, o quanto meno incompatibilità, tra la propria decisione e la pronuncia dell'Autorità.

Vuoi perché l'istituto della *sospensione necessaria*<sup>315</sup>, disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 295 c.p.c., prevede – come è noto – che "*il giudice*

---

<sup>310</sup> Il tema del rapporto tra tutela giurisdizionale/tutela amministrativa in sede comunitaria è stato sollevato ed ampiamente trattato da Marisa MELI "*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*", *op. cit.*, pag. 55 ss.

<sup>311</sup> CGCE 28 febbraio 1991 (causa C234/89), Foro It., IV, c. 29 con nota di M. Merla "*Norme comunitarie sulla concorrenza e poteri dei giudici nazionali*" richiamata ed analizzata in dottrina da Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 55 ss.

<sup>312</sup> Cfr. il punto 18 della decisione in esame e, in dottrina, Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 56.

<sup>313</sup> In sede comunitaria è la Commissione l'autorità amministrativa responsabile dell'orientamento e della attuazione della politica comunitaria della concorrenza e, a tal fine, agisce nel pubblico interesse.

<sup>314</sup> Cfr. il punto 22 della decisione di cui sopra e, in dottrina, Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 57.

<sup>315</sup> Sul punto si veda il commento di Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 59.

*dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa".* Di talché sarebbe una palese forzatura l'applicare tale norma al caso di specie, posto che la pendenza del procedimento dinanzi all'Antitrust mai potrebbe essere equiparato ad "*altro giudice*".

Escluso, dunque, il ricorso all'istituto della "sospensione", la dottrina ha prospettato altre soluzioni.

Taluni autori <sup>316</sup> hanno ritenuto di riconoscere al giudice ordinario un ruolo, per così dire, "secondario e subordinato" rispetto all'Autorità ed alle funzioni alla stessa riconosciute. L'intervento dell'Autorità sarebbe, infatti, indispensabile presupposto processuale per l'esperimento delle azioni civilistiche connesse alla violazione della normativa antitrust. Di guisa che al giudice ordinario "residuerebbe" la tutela dei cd. "diritti consequenziali" alle decisioni della Autorità.

Con l'ulteriore corollario che il procedimento amministrativo dinanzi all'Antitrust avrebbe valenza di "condizione di procedibilità" rispetto a quello giurisdizionale. E che, quindi, la declaratoria di nullità ex art. 2 resterebbe subordinata al mancato rilascio del provvedimento autorizzatorio ex art. 4.

E' del tutto evidente che le ragioni di siffatta ricostruzione trovino fondamento nel "sapere specialistico" dell'Autorità, la quale potrebbe, per così dire, "riempire" di contenuto la norma sanzionatrice di cui all'art. 2. Come dire che solo l'Antitrust avrebbe la necessaria competenza "tecnica" a verificare che una data intesa possa, nel concreto, spiegare effetti anticoncorrenziali sanzionabili con l'invalidità.

Consegue che quello dell'Antitrust dovrebbe essere qualificato come intervento integrativo del precetto normativo <sup>317</sup>, non limitato, tuttavia, al mero accertamento della illiceità dell'intesa in esame bensì più esteso ad una

---

<sup>316</sup> Ancora, Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 61 ss. la quale, in tal caso, si è limitata ad indicare le ragioni di tale dottrina reputandola "minoritaria".

<sup>317</sup> In questi termini si è espresso, seppur con riferimento alla CONSOB, Giulio VESPERINI "*La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*", Cedam, Padova, 1993, pag. 263 ss.

valutazione complessiva delle condizioni di operatività del divieto<sup>318</sup>.

Senonché, aderendo a tale tesi, la declaratoria di nullità mai potrebbe precedere il procedimento ex art. 4 dinanzi all'Autorità e, soprattutto, il provvedimento che lo definisce, quest'ultimo avendo l'efficacia di vincolare il giudice ordinario successivamente adito.

Altra parte della dottrina<sup>319</sup>, in senso critico, ha ritenuto di fondare le proprie convinzioni esclusivamente sul dato normativo. Il quale, come s'è visto, non prospetta il rapporto tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa in termini di "pregiudizialità". Il che detterebbe, peraltro, una "sequenza" obbligata nel ricorso agli strumenti offerti dalla normativa antitrust.

Rispetto al dato testuale (l'art. 2 prima descrive le intese vietate, quindi definisce nulle quelle che corrispondono alla suddetta descrizione; l'art. 33, infine, attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria la competenza a dichiarare tale nullità) sarebbe fuorviante infatti una lettura dalla quale l'intervento del giudice ordinario risulti "conseguenziale" alla decisione dell'Autorità.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, non sembra corretto riferirsi all'intervento dell'Autorità in termini di "integrazione" del precetto normativo (come sopra s'è detto). Deve parlarsi piuttosto di interpretazione di un testo di legge<sup>320</sup>. Si tratta peraltro di funzione che appartiene istituzionalmente anche al giudice ordinario, il quale non ha dunque bisogno di un previo ed estraneo intervento (quello dell'Autorità) che chiarisca i contenuti del testo medesimo.

Siffatta prospettazione, invero, sembra affrontare il problema che ne occupa (e dare allo stesso soluzione) in termini di "obiettività". Delineando (e distinguendo) i ruoli rispettivamente svolti dall'*Antitrust* e dal giudice

---

<sup>318</sup> In tal senso, Giorgio OPPO "Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza" in Riv. Dir. civ. 1993, II, 543.

<sup>319</sup> In tal senso si sono orientati, Mario LIBERTINI "Il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto antitrust" in Giur. Comm., 1998, 649 ss.; Riccardo ALESSI – Gustavo OLIVIERI, "La disciplina della concorrenza e del mercato", *op. cit.*, pag. 170; Luca NIVARRA "La tutela civile: profili sostanziali" in Diritto antitrust italiano, *op. cit.*, pag. 1449. Tale tesi viene, poi, definita "maggioritaria" (rispetto alla precedente) da Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 63.

<sup>320</sup> In tal senso di è orientato, Mario LIBERTINI, *ult. op. cit.*, 649.

ordinario.

La prima, munita di funzioni amministrative, svolte per lo più svolte in forma contenziosa <sup>321</sup>, che attengono alla tutela del sistema concorrenziale nell'interesse della collettività <sup>322</sup>. Il secondo, al quale è demandata la tutela delle situazioni giuridiche soggettive derivanti (proprio) dalla introduzione (e conseguente violazione) della normativa antitrust.

In senso conforme, sembra peraltro essersi attestata anche la giurisprudenza prevalente.

La quale, muovendo dall'assunto secondo il quale l'Autorità è investita della tutela del mercato in senso oggettivo e l'autorità giudiziaria, viceversa, delle posizioni individuali lese dalle condotte anticoncorrenziali, ha negato che un giudizio sulla nullità (come anche quello di risarcimento del danno) possa conseguire (solo) ad una decisione dell'Autorità.

Sottolineando, altresì, come né il provvedimento dell'Antitrust né l'impugnativa dinanzi al TAR possano costituire un "percorso obbligato", da esaurirsi in via preliminare e pregiudiziale rispetto alla azione giudiziaria ordinaria <sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Lo stesso Consiglio di Stato (Commissione Speciale, parere 988/97 del 29 maggio 1998, Cons. Stato 1998, I, 1483) ha messo in evidenza come *"l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria, di sospensione cautelare e di irrogazione delle sanzioni, affidati alle cure dell'Autorità, non è collegato ad una posizione di indifferenza dell'organo decidente verso gli interessi coinvolti è finalizzato alla attribuzione a tale soggetto di un ruolo di cura dell'interesse pubblico alla regolazione dell'iniziativa economica privata in funzione della tutela della concorrenza e del mercato"*. Ha altresì statuito che *"l'autorità garante non ha funzioni giurisdizionali o paragiurisdizionali: al procedimento dinanzi ad essa non sono applicabili le norme proprie dei procedimenti giurisdizionali"* (Cons. Stato, Sez. VI, 12.2.2001 n. 652 in Foro It. Rep. 2001). Recentemente, la Cassazione ha affermato che *"il procedimento dinanzi al garante va inquadrato nel novero dei procedimenti amministrativi contenziosi non esistendo nel nostro ordinamento un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione"* (Cass. 30.6.2001 n. 8889, in Foro It., 2001, I, 2448 con nota di A. Calmieri-R. Pardolesi-M. Granirei).

<sup>322</sup> In dottrina, si è concordi nel ritenere che le funzioni dell'AGCM siano prevalentemente di natura amministrativa. Lo svolgimento in forma "contenziosa" sarebbe solo funzionale al tipo di attività svolta. Il supposto carattere "paragiurisdizionale" non può che indicare un modo di esercizio di funzioni che rimangono comunque amministrative (Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 53).

<sup>323</sup> App. Milano, 18.7.1995, Foro It., 1996, I, 276 (*Telsystem c. Sip*) con nota di A. Barone (Danni da abuso di posizione dominante e giurisdizione ordinaria).

**f) natura ed effetti della autorizzazione in deroga.**

S'è detto più volte che il meccanismo di controllo delle intese anticoncorrenziali è incentrato sul rapporto tra una regola, enunciata in termini di *nullità*, ed una eccezione, prospettata in termini di *autorizzazione*. Rapporto al quale corrisponde, sotto il profilo procedurale (*rectius*, processuale), un “doppio binario” di tutela: giurisdizionale (nel primo caso), amministrativa (nel secondo caso).

L'*autorizzazione in deroga* (art. 4) è stata, di recente, qualificata in termini di *atto a discrezionalità di tipo amministrativo*<sup>324</sup>, conformemente alla natura prevalentemente amministrativa a carattere discrezionale delle funzioni dell'*Antitrust*<sup>325</sup>.

Pur condividendosi la natura amministrativa del provvedimento, non sembra tuttavia che lo stesso possa essere ricondotto nell'alveo della “*autorizzazione*”. Questa intesa - secondo la tradizionale concezione amministrativistica<sup>326</sup> - quale provvedimento con il quale la pubblica amministrazione rimuove un ostacolo all'esercizio del potere privato. In tal caso, infatti, dovrebbe riconoscersi natura “preventiva” rispetto alla stipulazione della intesa, (altrimenti) nulla ai sensi dell'art. 2<sup>327</sup>.

Il congegno autorizzatorio previsto dall'art. 4 appare elaborato, piuttosto, in termini “correttivi”<sup>328</sup>. Consentendo, in linea di principio, la stipulazione di intese e, al tempo stesso, la possibilità per le parti di “recuperare” l'atto in presenza di un interesse “pubblico” e di “utilità sociale”.

---

<sup>324</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23.4.2002 n. 2199 in Foro It., 2002, III, 482 con note di G. Scareselli-R. Pardolesi-C. Osti seppur in un passaggio della motivazione della pronuncia.

<sup>325</sup> Luca NIVARRA “*Il provvedimento di esenzione ex art. 4 Legge antitrust e la tutela delle imprese terze*”, *op. cit.*, pag. 649.

<sup>326</sup> Con riferimento a tale concezione tradizionale della autorizzazione, è sufficiente rinviare a Aldo M. SANDULLI “*Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*” in Riv. Trim. dir. pubbl. 1957, 784. E' appena il caso di accennare brevemente, esulando dall'oggetto del tema trattato, che tale concezione, la quale distingue tra autorizzazioni e concessioni, è stata da tempo messa in dubbio da quanti avvertono che laddove per esplicare una data attività occorre il consenso di un altro soggetto, allora non può esservi una previa situazione di diritto ma provvedimenti di carattere costitutivo che determinano il sorgere di una situazione giuridica nuova esplicatesi nella attività permessa.

<sup>327</sup> Cfr. Francesco DELFINI “*Il controllo ex art. 4 L. 287/90 dell'Autorità sul contenuto del contratto*”, *op. cit.*, pagg. 176 e 178 ss.

<sup>328</sup> Così sostiene Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 98.

D'altronde, anche la prassi applicativa sembra confermare che le imprese sono solite ricorrere alla richiesta di esenzione al fine di "sanare" <sup>329</sup> o di "recuperare" <sup>330</sup> un'intesa (o categorie di intese) già stipulata, della cui illiceità esse sembrano essere consapevoli <sup>331</sup>.

L'autorizzazione produce, quindi, l'effetto di neutralizzare *ex post* - ed in termini provvisori - la nullità dell'accordo. Come dire, in sostanza, che l'accordo è nullo fino a che non intervenga l'autorizzazione in deroga.

Se, quindi, l'autorizzazione presuppone la *illiceità* dell'accordo, ma rimuove il divieto <sup>332</sup> rendendolo non più sanzionabile, la stessa sembra potersi ricondurre nella categoria della "*dispensa*" <sup>333</sup>, quale provvedimento volto a consentire attività istituzionalmente vietate.

In ciò troverebbe conferma la dottrina <sup>334</sup>, pressoché concorde, in ordine alla natura costitutiva (e non dichiarativa) dell'autorizzazione ed alla sua efficacia *ex nunc*.

Quel che invece suscita perplessità <sup>335</sup> è la collocazione sistematica

---

<sup>329</sup> L'autorizzazione nel senso di "sanatoria" appartiene ancora a Francesco DELFINI, *ult. op. cit.*, pag. 179

<sup>330</sup> Così sostiene Roberto PARDOLESI "*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*", *op. cit.*, pag. 400: la conclamata *antigiuridicità* dell'accordo può essere così sospesa temporaneamente in vista della valutazione dei vantaggi, per così dire, "sociali" che ne possono derivare.

<sup>331</sup> In questa consapevolezza, la richiesta di esenzione ex art. 4 si distingue dalla comunicazione di intese ex art. 13 posto che, in tale ultimo caso, le imprese non sono certe della liceità dell'accordo concluso ma ne sono ragionevolmente convinte.

<sup>332</sup> In tal senso, ancora, Roberto PARDOLESI, *ult. op. cit.*, pag. 401.

<sup>333</sup> In tal senso, Marcello CLARICH "*Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato*" in *Mercati ed amministrazioni indipendenti* a cura di F. Bassi-F. Merusi, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 115; Flaminio FRANCHINI "*Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione ed i privati*", Giuffrè, Milano, 1957, pag. 30 ss.;

<sup>334</sup> Roberto PARDOLESI "*Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza*", *Commento sub art. 4*, in "Diritto antitrust italiano. Commento alla L. 10 ottobre 1990 n. 287", *op. cit.*, pag. 401; Marcella NEGRI "*Giurisdizione e amministrazione della tutela della concorrenza*", *Biblioteca di diritto processuale civile*, Collana diretta da S. Chiarori-C. Consolo-G. Costantino-F.P. Luiso-B.N. Sassoni, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 225; Marco ANTONIOLI "*Mercato e regolamentazione*", *Univ. degli Studi di Milano-Bicocca, Facoltà Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano-XV, pagg. 58, 201; Marisa MELI "*Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*", *op. cit.*, pag. 97.

<sup>335</sup> In dottrina, successivamente alla entrata in vigore della legge antitrust, manifesta perplessità in ordine all'inquadramento sistematico della nullità delle intese anticoncorrenziali ex art. 2 Rodolfo SACCO-Giorgio DE NOVA "*Il contratto*" in *Trattato di diritto civile*,

della *nullità*<sup>336</sup> ex art. 2 (in relazione alla deroga ex art. 4).

La nullità, tradizionalmente, attiene infatti al momento di formazione del negozio giuridico mentre, nel caso che ne occupa, essa viene ad essere derogata da un (successivo) provvedimento amministrativo.

Autorevole dottrina<sup>337</sup> ha così tentato di ricostruire e qualificare il fenomeno in termini – non già di *nullità*, bensì – di *inefficacia*. Tale sarebbe, cioè, la situazione giuridica in cui si troverebbero le intese nel periodo compreso tra la stipulazione e l’ottenimento dell’autorizzazione in deroga. In altri termini, in tale spazio temporale, l’intesa si troverebbe in una fase ed in una situazione di *pendenza* (o, anche, di *inefficacia provvisoria*), che si tradurrebbe in *inefficacia definitiva* (che poi, equivarrebbe a *nullità*) nel caso in cui l’autorizzazione fosse negata, oppure in *efficacia ex nunc* qualora quest’ultima venisse rilasciata ai sensi dell’art. 4.

L’autorizzazione sarebbe, dunque, una vera e propria *condicio iuris*. Si consentirebbe la stipulazione di intese, subordinandone gli effetti al giudizio (positivo o negativo) dell’Autorità di controllo.

La prospettazione delle intese (in attesa o, comunque, nella fase antecedente all’autorizzazione) in termini di “*pendenza*” - nel senso su indicato di *inefficacia provvisoria* - escluderebbe, da una parte, il rischio di decisioni configgenti tra Autorità e giudice ordinario (nell’art. 2 non sarebbe ravvisabile alcuna disposizione “contraddittoria” rispetto alla successiva previsione di cui

---

UTET, 1993, tomo II, pag. 476. Prima della legge nazionale, non può non segnalarsi la “prima” pronuncia giurisprudenziale (Pret. Brescia 23.10.1979, in FP, 1980, I, 353): fu eccepita la “nullità di pieno diritto ex art. 85 Trattato di Roma (ora art. 81 Trattato UE) di talune clausole contenute in un contratto di licenza ed il giudice manifestò le sue perplessità in ordine all’inquadramento dogmatico della figura della nullità, ritenendo possa trattarsi di annullabilità o di inefficacia condizionata risolutivamente.

<sup>336</sup> Sulla nullità intesa come “sanzione efficiente ed infallibile” cfr. Natalino IRTI “*La nullità come sanzione civile*” in Contratti e impresa, 1987, pag. 547. La sanzione in parola, nell’ambito della legislazione antitrust risponde essenzialmente a due primarie esigenze: 1) negare vincolatività ad accordi che risultino in contrasto con i principi di ordine pubblico economico (la concorrenzialità del mercato); 2) nel contempo, limitare l’intervento del giudice ordinario alla constatazione di tale evenienza rimettendo alla esclusiva competenza dell’Autorità ogni valutazione in ordine al possibile recupero dell’atto.

<sup>337</sup> La tesi appartiene a Paolo AUTERI “*Nullità ed autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*” in Riv. Dir. ind. 1996, I, 93 ss. Viene ripresa e ampiamente commentata da Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 88 ss.

all'art. 4). Dall'altra parte, risulterebbe senz'altro forzata laddove finirebbe, in buona sostanza, con l'equiparare il "negozio nullo" al "negozio inefficace" (*rectius* definitivamente inefficace) ed il "negozio inefficace" (*rectius*, provvisoriamente inefficace) al "negozio valido" ma con efficacia subordinata al rilascio del provvedimento autorizzatorio.

Un'ultima considerazione può essere ulteriormente svolta a sostegno della tesi della "inefficacia".

Ciò che caratterizza la situazione di "pendenza" - riferibile ad un negozio valido ma non ancora produttivo di effetti - è la produzione dei cd. effetti giuridici *preliminari* (nel caso di specie, l'irrevocabilità del consenso prestato e l'obbligo di fare tutto quanto è necessario per ottenere l'esenzione<sup>338</sup>), dai quali resta esclusa la possibilità per le parti di dare esecuzione all'accordo prima di una formale pronuncia dell'adita Autorità.

Detta situazione sembra essere stata, peraltro, confermata dalla stessa Autorità in occasione dell'adozione del Formulario<sup>339</sup> per le comunicazioni di intese ex art. 13 (di cui s'è discusso nei precedenti paragrafi). Il quale prevede infatti che, "*qualora le imprese si astengano volontariamente dall'eseguire un'intesa comunicata ai sensi degli artt. 4 e 13 in attesa della pronuncia dell'Autorità*", non saranno ad esse applicate le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 15, comma primo.

Le imprese dunque, stipulato un accordo, possono richiedere l'autorizzazione in deroga ex art. 4 (ovvero comunicare l'intesa ex art. 13), astenendosi però dall'eseguirlo prima della formale decisione dell'Autorità, per evitare la sanzione pecuniaria.

Non può escludersi tuttavia che le parti, concordemente, diano esecuzione all'accordo non ancora autorizzato, accettando il rischio conseguente alla provvisoria ed "anticipata" esecuzione.

In tal caso, l'Autorità dovrebbe tenerne conto in sede di rilascio del provvedimento, valutando la "sanatoria" (anche) tali comportamenti. I quali, se

---

<sup>338</sup> Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 100 ss.

<sup>339</sup> Pubblicato in *Boll, Ed. speciale*, 1.7.1996.

sanati, potrebbero non essere sanzionati ai sensi del richiamato art. 15, comma 1, siccome ritenuti nel caso di specie meritevoli di tutela <sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> L'ipotesi è ventilata da Marisa MELI, *ult. op. cit.*, pag. 105 ss.

## CAPITOLO VIII

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La tesi affronta il tema degli effetti spiegati sul piano civilistico da alcuni provvedimenti adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

Si è proceduto a richiamare - seppure in sintesi - l'ambito storico-economico ("Liberalizzazione" del mercato nell'ambito dei cd. servizi essenziali o di pubblica utilità e successiva "Privatizzazione" degli stessi) nel quale si colloca e va individuata la genesi di tali "organismi indipendenti". All'inizio, creati limitatamente ai settori dell'energia elettrica e gas (L. 481/95) e delle telecomunicazioni (L. 249/97) con prevalenti compiti di "regolazione" del settore di propria competenza; successivamente, estesi ad altri settori (bancario e creditizio, finanziario, assicurativo) per la tutela di interessi, per così dire, "trasversali".

Figure di indubbio interesse sotto molteplici punti di vista, soprattutto per la interdisciplinarietà della loro collocazione all'interno del mercato, le Autorità Amministrative Indipendenti non sono state mai definite dal legislatore, nonostante l'ampiezza della produzione normativa ad esse dedicata.

Spetta così alla dottrina il compito di individuare eventuali tratti comuni e di tentare la loro classificazione. Compito reso, peraltro, più difficoltoso vuoi dalla peculiarità di ciascuna Autorità vuoi dalla molteplicità di funzioni ad esse demandate e, a loro volta, realizzate attraverso poteri diversa natura (normativa, amministrativa o quasi-giurisdizionale).

Per maggiore chiarezza e linearità espositiva si è, dunque, proceduto anzitutto all'analisi sistematica delle Autorità medesime, suddividendo la trattazione in due parti.

L'una, dedicata alle Autorità cd. "di regolazione" - Autorità per l'energia elettrica ed il gas; Autorità per le garanzie delle comunicazioni; ISVAP - preposte alla regolazione ed al successivo controllo del settore di propria competenza.

L'altra, riservata alle Autorità cd. "di garanzia" - Banca d'Italia; Consob, Antitrust - istituite allo scopo di garantire ed assicurare la tutela di interessi pubblici o collettivi di rilevanza costituzionale.

Per ciascuna delle Autorità menzionate, poi, è stata richiamata ed esaminata sia la legge istitutiva sia le successive che ne hanno integrato e/o modificato la disciplina.

La vastità del panorama normativo - cui corrisponde, peraltro, la complessità e la diversità dei poteri e delle funzioni riconosciuti a ciascun organismo - e l'ambito dello specifico profilo trattato hanno reso necessaria la individuazione selettiva delle norme più rilevanti sotto il profilo civilistico, anche alla luce della prassi applicativa.

Le disposizioni che si è, quindi, proceduto via via ad enucleare hanno mostrato come i poteri - come s'è detto, non riconducibili ad un'unica categoria - possano essere sussunti, seppur indicativamente, nelle categorie di seguito indicate.

1) Poteri di natura prevalentemente "regolativa" (o "regolatoria").

Tali poteri sono generalmente esercitati, pressoché esclusivamente, dalle Autorità "di regolazione". Le quali - si può affermare - svolgono una attività di controllo che cumula l'esercizio di funzioni di tipi normativo oltre che amministrativo e paragiurisdizionale.

Detti poteri si esplicano e realizzano mediante provvedimenti normativi (ovviamente, di natura secondaria), talora qualificati dal legislatore in termini di "*regolamenti*" (per i quali, *nulla quaestio*) talaltra indicati invece più impropriamente con il termine "*direttive*".

Quanto ai primi possono ricordarsi: nell'ambito del settore assicurativo, il regolamento ISVAP adottato, ai sensi dell'art. 185, comma 3, D.lgs. 2009/2005, che disciplina il contenuto e lo schema della "nota informativa", contenente tutte le informazioni relative all'impresa assicurativa nonché le condizioni contrattuali dalla stessa praticate. Assicurando il più possibile l'informazione precontrattuale dei (futuri) assicurati-contraenti; nonché, nell'ambito del mercato finanziario, il regolamento con cui la CONSOB, ai

sensi dell'art. 23 T.U.F., stabilisce la forma di particolari contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (e relativi accessori).

Quanto alle “direttive” - che, come è noto, non rientrano tra le fonti di cui all'art. 1 c.c. e la cui riconducibilità nell'alveo degli atti normativi (di natura regolamentare) va condotta, caso per caso, sotto il profilo formale e sostanziale - degne di nota appaiono quelle sulla produzione e sull'erogazione del servizio, contenenti prescrizioni sia di natura tecnica (*livelli specifici e generali qualitativi del servizio*) sia di natura più segnatamente negoziale (*condizioni minime di fornitura*), emanate dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas nell'ambito del cd. mercato vincolato (art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95).

Ed ancora, le direttive concernenti la produzione e l'erogazione del servizio (art. 1, comma 6, lett. b., n. 2, L. 249/97) adottate dall'Autorità per le garanzie delle comunicazioni (AGCom), le quali divergono e si discostano da quelle sopra indicate quanto agli effetti.

2) Poteri di natura più squisitamente amministrativa cui corrispondono atti amministrativi a carattere discrezionale, i quali vengono, per lo più, esercitati dalle Autorità “di garanzia”.

Tra questi certamente rientra il potere dell'*Antitrust* di autorizzazione in deroga ex art. 4 L. 287/90 di intese restrittive della libera concorrenza, altrimenti nulle ai sensi dell'art. 2 L. 287/90, qualora ricorrano talune condizioni (positive e negative) delle quali l'Autorità è tenuta ad accertare la sussistenza.

3) Da ultimo, tra i poteri ai quali il legislatore non attribuisce alcun nomen iuris rientra certamente quello della Banca d'Italia di prescrivere il “contenuto tipico determinato” per taluni contratti o titoli ex art. 117, comma 8, T.U.B.

Al di là del tentativo - che non vanta pretese di esaustività - di classificazione dei diversi provvedimenti delle (altrettanto) diverse Autorità, quel che è invero è apparso significativo sottolineare - ai fini della presente indagine - sono stati gli effetti conseguenti alla mancata osservanza dei

provvedimenti delle Autorità.

Anche sotto tale profilo, il legislatore raramante è stato omogeneo e non sempre sembra aver adottato soluzioni congruenti.

Ed infatti.

Talune volte ha previsto la sanzione della “*nullità relativa*” dell’(intero) contratto: (i) in caso di “inosservanza” della forma contrattuale prescritta dalla Consob (art. 23 T.U.F.), equiparandola quanto agli effetti alla forma legale; (ii) in caso di contratto “difforme” rispetto al “contenuto tipico determinato” prescritto dalla Banca d’Italia (art. 117, comma 8, T.U.B.).

Altre volte (nell’ambito del mercato vincolato dell’energia elettrica), alla inosservanza delle prescrizioni tecniche e/o negoziali in ordine alla produzione ed erogazione del servizio ha fatto conseguire la “*modifica*” e la “*revisione*” del regolamento di servizio adottato dagli esercenti il servizio (art. 2, comma 37, L. 481/95) oltre che l’*indennizzo automatico* in favore degli utenti (art. 2, comma 12, lett. g, L. 481/95). Ovvero, ha sanzionato (nell’ambito del mercato libero dell’energia elettrica) il mancato inserimento obbligatorio di clausole negoziali e regolamentazioni tecniche nei contratti bilaterali di fornitura (unicamente) con l’applicazione dell’indennizzo automatico in favore degli utenti (art. 6, comma 1, D.lgs. 79/99) .

Altre volte ancora ha voluto assegnare, infine, a taluni provvedimenti la funzione di “*controllo preventivo*” e di “*controllo successivo*” rispetto alle determinazioni negoziali delle parti con efficacia preclusiva per le parti.

Quanto alla prima funzione.

In caso di *interpello* (art. 186 D.lgs. 209/2005) - avente carattere facoltativo per le imprese assicurative - l’ISVAP ha il compito di accertare preventivamente la corretta applicazione, da parte delle imprese medesime che ad esso si rivolgano, degli obblighi di informazione precontrattuale imposti dal legislatore. All’esito della verifica, l’Autorità può prescrivere, ove lo ritenga opportuno, le eventuali integrazioni. Alle imprese che hanno interpellato l’ISVAP è preclusa la commercializzazione del prodotto assicurativo, prima della pronuncia di quest’ultimo.

Potrebbe essere ricondotto a detta funzione anche l'*atto di pubblico richiamo* (art. 43, comma 4, T.U. radiotelevisione) adottato dall'AGCom in seguito alla preventiva comunicazione di intese ed operazioni di concentrazioni tra imprese. Atto con cui l'Autorità segnala, appunto in via del tutto preventiva, l'esistenza di atti ed operazioni posti in essere da una o più imprese idonei a creare, anche solo potenzialmente, una posizione dominante (quindi, vietata) all'interno di un mercato appartenente al sistema integrato delle comunicazioni.

I dubbi, in tal caso, sussistono non tanto con riferimento alla natura preventiva dell'intervento quanto, piuttosto, all'efficacia preclusiva dello stesso, posto che, in tal caso, il legislatore non prevede quali siano gli effetti spiegati dal "richiamo" nei confronti della impresa destinataria.

Quanto alla seconda funzione.

In un'ottica di controllo "*successivo*" si pone, invece, l'*autorizzazione in deroga* dell'*Antitrust* (art. 4 L. 287/90). Volta a sanare *ex post* intese anticoncorrenziali già affette da nullità ex art. 2, essa si pone infatti l'obiettivo di recuperare, seppur provvisoriamente, l'intesa o le categorie di intese che rispondano ad un superiore interesse pubblico e di utilità sociale. L'efficacia preclusiva per le imprese che abbiano presentato domanda di esenzione ex art. 4, sta nel fatto di non poter dare esecuzione all'intesa prima della pronuncia dell'Autorità.

Ed ancora.

Pur con il doveroso distinguo, un dato sembra accomunare gli interventi delle varie Autorità sul regolamento negoziale: l'"asimmetria contrattuale" che caratterizza taluni settori del mercato nell'ambito dei quali le stesse operano. In particolare, il mercato vincolato dell'energia elettrica, il settore assicurativo, il settore bancario/creditizio e quello finanziario.

Se, dunque, gli interventi sembrano porsi in una logica di ripristino dello squilibrio contrattuale, caratterizzato dalla predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto da parte del contraente forte (distributori locali di energia elettrica, imprese assicurative, banche ed altri intermediari finanziari), in tutti questi casi, è significativa la "cooperazione" tra il legislatore

primario e (talune) Autorità. Volta, in ogni caso, alla tutela dell'utente-contraente "debole" attraverso la prescrizione di obblighi informativi, del contenuto e della forma dei contratti.

Cooperazione alla quale è conseguita la "delegificazione" di talune materie. Laddove il legislatore ha dettato con norme primarie principi e regole generali, demandandone la disciplina di dettaglio ed attuativa al potere regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti (soprattutto, Aeeg, Banca d'Italia e Consob).

L'intervento delle Autorità sembra allora connotarsi – più o meno intensamente – di un potere di tipo "conformativo", il quale oscillerebbe, a seconda dei casi, dalla prescrizione di un determinato contenuto "minimo" del regolamento negoziale (prestazioni qualitative minime dei servizi e condizioni minime di fornitura inderogabili, nel mercato vincolato dell'energia elettrica; prescrizione del "contenuto tipico determinato" per taluni contratti bancari) alla definizione di particolari clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti (clausole negoziali e regolamentazioni tecniche nei contratti bilaterali di fornitura di energia elettrica, nel mercato libero).

## BIBLIOGRAFIA

**ALESSI Riccardo-OLIVIERI Gustavo**, “La disciplina della concorrenza e del mercato”, Giappichelli, TO, 1991

**ALPA Guido**, “Il diritto dei consumatori” – Ed. Laterza, BA, 1996 – VIII

**ALPA Guido**, “Contratti di utenza pubblica” in Nuova Giur. Civ. Comm. 1986, II

**ALPA Guido**, “L’autorità per i servizi pubblici ed i consumatori” in Attività regolatoria e Autorità Indipendenti”, Rass. Giur. En. Elettr. 1996

**ALPA Guido-CAPRIGLIONE Francesco**, “Commentario al Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria” Tomo I, Cedam, PD, 1998

**AMOROSINO Sandro-DESIDERIO Luigi**, “Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico”, Giuffrè, MI, 2006

**ANTONIOLI Marco**, “Mercato e regolamentazione”, Univ. degli Studi di Milano-Bicocca, Facoltà Giurisprudenza, Giuffrè, MI-XV

**AMATO Giuliano**, “Il mercato nella Costituzione” in Quaderni costituzionali, 1993, I

**AMATO Giuliano**, “Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia” (Atti del Convegno di Sorrento 30.5.1997), Cedam, PD nonché in Riv. Trim. Dir. Pubbl, 1997, 645

**ASCARELLI Tullio**, “Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”, Giuffrè, MI, 1960

**AUTERI Paolo**, “Nullità ed autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale” in Riv. Dir. Ind. 1996, I, 93

**BELLI Franco-CONTENTO Gaetano-PATRONI GRIFFI Antonio-PORZIO Mario-SANTORO Vittorio**, “Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” (commento al D.lgs. n. 385/93), Zanichelli, BO, II<sup>a</sup> Ed., 2003

**BENEDETTI Giuseppe**, “Tutela del consumatore e autonomia contrattuale” in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 1998

**BINI Mario**, “Commentario al Codice delle Assicurazioni”, Cedam, PD, 2006

**BONELLI Franco-CASSESE Sabino**, “La disciplina giuridica delle

telecomunicazioni”, Giuffrè, MI, 1999

**BONTEMPI Paolo**, “Diritto bancario e finanziario”, II<sup>a</sup> Ed., Giuffrè, MI, 2006

**BRUNO Fernando-NAVA Gilberto**, “Il nuovo ordine delle comunicazioni: radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria. Guida alla regolamentazione del settore aggiornata al Codice delle comunicazioni elettroniche ed al testo unico della radiotelevisione”, Giuffrè, MI, 2006

**BUCCI Carlo**, “Intervento pubblico nell’economia” in Dig. Disc. Pubbl. V

**BULCKAEN Fabrizio-CAMBINI Carlo**, “I servizi di pubblica utilità: regolazione e concorrenza nei nuovi mercati”, MI, F. Angeli, 2000

**BUONOCORE Vincenzo**, “Riflessioni in margine al nuovo Testo unico in materia bancaria e creditizia” in Banca, impresa e società 1994, 171

**CAIANIELLO Vincenzo-MERUSI Fabio**, “Il ruolo delle Autorità Indipendenti nell’economia”, ciclo di seminari sulle autorità indipendenti di regolazione e garanzia, ISAE-Istituto di Studi Analisi Economica 14.11.2000

**CAMMELLI Marco**, “La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi” in Domenico Sorace (a cura di) “Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale”, Cedam, PD, 1998

**CAMPOBASSO Gian Franco**, “Testo Unico della finanza. Commentario. Intermediari e Mercati (Le Riforme del diritto commerciale a cura di G. F. Campobasso)”, UTET, TO, 2002

**CAPRIGLIONE Francesco**, “Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” Tomo II, Cedam, PD, 2001

**CARETTI Paolo**, “Osservatorio sulle fonti 2003-2004: i poteri normativi delle Autorità Indipendenti”, Giappichelli, TO, 2005

**CARRIERO Anna Maria**, “Trasparenza delle condizioni contrattuali e intermediazione finanziaria”, Studi sugli intermediari finanziari non bancari, a cura di Rispoli-Farina, Novene, 1998, 94

**CARULLO Antonio**, “Lezioni di diritto pubblico” Cedam, PD, II Ed., 1999

**CASSESE Sabino-FRANCHINI Claudio**, “Le Autorità Indipendenti” Il Mulino, BO, 1996

**CASSESE Sabino**, “Trattato di diritto amministrativo”, Vol. III, Giuffrè, MI, 2000

**CASSESE Sabino**, "Chi ha paura delle Autorità Indipendenti?" in Mercato, concorrenza e regole, 1999, 471

**CASSESE Sabino**, "I garanti delle regole" Il Mulino, BO, 1996

**CASSESE Sabino**, "Regolazione e concorrenza", Il Mulino, Bologna, 2000

**CASSESE Sabino**, La nuova Costituzione economica, Editori Laterza, BA 2000

**CASTALDI Giovanni**, "Il riassetto della disciplina bancaria: principali assetti innovativi" in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 36/1995, 85

**CENDON Paolo**, "La concorrenza" in Il diritto privato nella giurisprudenza (a cura di), Tomo I (Antitrust, Diritto civile e penale, comportamenti anticompetitivi, intese restrittive, esenzioni, abuso di posizione dominante, concentrazioni, controlli e procedure), UTET, TO, 2005

**CIAN Giorgio**, "Gli interventi della autorità regolatoria sul contratto" in Rass. Giur. En. Elettr. 1997

**CIAN Giorgio**, "Forma solenne ed interpretazione del contratto", Cedam, PD, 1969

**CLARICH Marcello**, "Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza ed il mercato" in Mercati ed amministrazioni indipendenti a cura di F. Bassi-F. Merusi, Giuffrè, MI, 1993

**CLARICH Marcello**, "Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto" in Riv. Trim. dir. pubbl. 2003, 1

**CLEMENTE DI SAN LUCA Guido**, "Le Autorità Indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione", Quaderni dell'Ist. Dir. Pubbl. Facoltà Giurisprudenza, Univ. degli Studio di Urbino, Giappichelli, TO 2002

**COSTI Renzo**, "L'ordinamento bancario", II<sup>a</sup> Ed., Zanichelli, BO, 1994

**COSTI Renzo**, "L'ordinamento del credito nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" in Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Censoni, Trieste, 1995

**CRISAFULLI Vezio**, "Atto normativo" in Enc. dir., Giuffrè, MI, 1959

**D'ALBERTI Marco**, "Autorità Indipendenti (dir. amm.)" in Digesto 1995, 1 - "Autorità Indipendenti (dir. cost.)" 1997

**DE LUCIA Luca**, "La regolamentazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità, Giappichelli, TO, 2002

**DE NOVA Giorgio**, "Trasparenza e connotazione" in Riv. trim. dir. e proc. Civ. 1994, 935

**DE NOVA Giorgio**, "La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del T.U.B., in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 49/1999, 61

**DESARIO Vincenzo**, "La tutela del consumatore: il ruolo della autoregolamentazione", Banca 'Italia, Documenti, n. 514, marzo 1996, 5

**DESARIO Vincenzo**, "Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziati", Banca 'Italia, Documenti, n. 647, marzo 2000, 23

**DELLA CANANEA Giacinto-NAPOLITANO Giulio**, "Per una nuova costituzione economica" Il Mulino, BO, 1998

**DI MARZIO Fabrizio**, "La nullità del contratto", Collana diretta da Paolo Cendon, Cedam, PD, 1999

**DOLMETTA Aldo Angelo**, "Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia" in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 49/1999, 9 ss.

**FARENGA Luigi**, "Diritto delle assicurazioni private", II<sup>a</sup> Ed., Giappichelli, TO, 2006

**FATTORI Piero-TODINO Mario**, "La disciplina della concorrenza in Italia", Il Mulino, BO, 2004

**FERRO LUZZI Paolo**, "Lezioni di diritto bancario", Vol. I Parte generale, Giappichelli, TO, 2004

**FERRO LUZZI Paolo**, "Lezioni di diritto bancario", Vol. II Parte speciale: i contratti, Giappichelli, TO, 2006

**FERRO LUZZI Paolo-CASTALDI Giovanni**, "La nuova legge bancaria. Il Testo unico delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario", Tomo III, Giuffrè, MI, 1996

**FLORIDA Giorgio-CATELLI Vittorio G.**, "Diritto antitrust. Le intese

restrittive e gli abusi di posizione dominante” IPSOA, 2003

**FRANCHINI Flaminio**, “Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l’amministrazione ed i privati”, Giuffrè, MI, 1957

**FRIGNANI Aldo-PARDOLESI Roberto-PATRONI GRIFFI Antonio-UBERTAZZI Luigi Carlo**, “Diritto antitrust italiano. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 ”, Vol. I (artt. 1-7), Zanichelli, BO, 1993

**GENTILE Giovanni-PASSEGGIO Filomena**, “Influenza sui contratto di utenza pubblica della nuova disciplina sulle clausole abusive” in Rass. Giur. En. elettr. 1996

**GIANNINI Massimo Severo**, “Diritto pubblico dell’economia”, Il Mulino, BO, 1995

**GIORGIANNI Francesco-TARDIVO Carlo Maria**, “Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari”, Giuffrè, MI, 2006

**GITTI Gregorio**, “L’autonomia privata e le autorità indipendenti” (a cura di), Il Mulino, Prismi, BO, 2006

**GIUSTI Mauro**, “Diritto pubblico dell’economia”, Cedam, PD, II Ed., 1997

**GRECO Guido**, “Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto” in Dir. Amm. 1999

**GRILLO Michele-POLO Michele**, “La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle norme bancarie uniformi” in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia, n. 49/1999, 27

**GRISI Giuseppe**, “L’autonomia privata-diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia” in Il diritto privato oggi a cura di Paolo Cendon, Giuffrè, MI, 1999

**IACOVONE Giovanna**, “Carte dei servizi pubblici e autorità di regolazione: posizione dell’utente e prospettive di tutela”, BA, 1996

**IRTI Natalino**, “Dall’ente pubblico economico alla s.p.a. (profilo storico-giuridico)” in Riv. Soc. 1993

**IRTI Natalino**, “Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà” in Riv. Dir. Civ. 1997, I

**IRTI Natalino**, “Persona e mercato” in Riv. Dir. Civ. 1995, I

**IRTI Natalino**, “Teoria generale del mercato e problema di mercato” in Riv. Dir. Civ. 1999, I

**IRTI Natalino**, “Iniziativa economica e concorrenza” in “Per un nuova costituzione economica” di Giacinto Della Cananea-Giulio Napolitano, Il Mulino, BO, 1998

**IRTI Natalino**, “Economia di mercato e interesse pubblico” in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 2000

**IRTI Natalino**, “La nullità come sanzione civile” in Contratti e impresa, 1987

**IRTI Natalino**, “L’ordine giuridico del mercato” Ed. Laterza, BA, 1998

**IRTI Natalino**, “Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari” in Sistema finanziario e controlli: dall’impresa al mercato, Giuffrè, MI, 1986

**IRTI Natalino**, “Studi sul formalismo negoziale”, Cedam, PD, 1997

**IRTI Natalino**, “La concorrenza come statuto normativo” in S. Amorosino-G. Morbidelli-M. Morisi (a cura di) Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri, Giappichelli, TO, 2002

**IRTI Natalino**, “Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico”, Giuffrè, MI, 1985

**LENER Raffaele**, “Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario”, Giappichelli, TO, 1996

**LENER Raffaele**, “Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito” in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998, Tomo II, capitolo XVII, pag. 1165 ss. di Guido Alpa e Mario Bessone, UTET, 1999

**LENER Raffaele**, “Il controllo amministrativo sulla correttezza degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela” in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia, n. 49/1999, 71

**LIBERTINI Mario** “Il ruolo del giudice nell’applicazione del diritto antitrust” in Giur. Comm., 1998, 649

**LIBERTINI Mario**, “La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano”, Atti del Convegno in Roma 9-10 ottobre 2000 (Concorrenza e autorità antitrust: un bilancio a 10 anni dalla

Legge), 69

**LUCANI Massimo**, “Economia nel diritto costituzionale” in Digesto Disc. Pubbl. V

**MAJONE Giandomenico-LA SPINA Antonio**, “Lo Stato regolatore”, Il Mulino, BO, 2000

**MANCINI Laura**, “I contratti di utenza pubblica” in “Dir. Amm. Riv. Trim. n. 1/2002

**MARIANI Valentina**, “Principio di legalità e poteri dell’Autorità per energia elettrica e gas” in Giorn. Dir. amm.n.1/2003

**MARIOTTI Paolo-LOSCO Giorgio**, “I contratti assicurativi: normativa comunitaria, leggi, circolari ISVAP e giurisprudenza commentate” (produzione, distribuzione e consumo, collana diretta da G. Ghiaini e P. Mariotti), II<sup>a</sup> Ed., Giuffrè, MI, 2004

**MELI Marisa**, “Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali”, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, università di Catania, Nuova Serie 176, Giuffrè, MI, 2001

**MERUSI Fabio**, “Democrazia e autorità indipendenti”, Il Mulino, BO, 2000

**MERUSI Fabio-PASSARO Michele**, “Autorità indipendenti” in Encicl. dir., VI agg., MI, 2002

**NAPOLITANO Giulio**, “Servizi pubblici e rapporti di utenza” , Cedam, PD, 2001

**NAPOLITANO Giulio**, “Autorità Indipendenti e tutela degli utenti” in Giornale dir. amm., 1996

**NAPOLITANO Giulio**, “Gli indennizzi automatici agli utenti di servizi pubblici” in Danno e resp. civ. 1996

**NAPOLITANO Giulio**, “Sui limiti alla applicabilità della nuova disciplina della clausola vessatorie ai rapporti di utenza di energia elettrica” in Rass. giur. en. elettr. 1997

**NAPOLITANO Giulio**, “Le nuove discipline dei rapporti di utenza nei servizi di pubblica utilità” in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi, I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998, Tomo II, capitolo XIV, 1117 ss. di Guido Alpa e Mario Bessone, UTET, 1999

**NEGRI Marcella**, “Giurisdizione e amministrazione della tutela della concorrenza”, Biblioteca di diritto processuale civile, Collana diretta da S. Chiarori-C. Consolo-G. Costantino-F.P. Luiso-B.N. Sassoni, Giappichelli, TO, 2006

**NICODEMO Silvia**, “Gli atti normativi delle autorità indipendenti” Cedam, PD, 2002

**NIGRO Mario**, “La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell’ISVAP” in Giur. Comm., 1984, I

**NIGRO Mario**, “La nuova normativa sulla trasparenza bancaria” in Dir. banc. 1194, I, 572

**NIVARRA Luca**, “Il provvedimento di esenzione ex art. 4 legge antitrust e la tutela delle imprese terze” in Danno e resp. 1998, 649

**OPPO Giorgio**, “Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza” in Riv. Dir. civ. 1993, II, 543

**ORICCHIO Antonio**, “Tutela del consumatore e servizi pubblici”, Giuffrè, MI, 2001

**ORLANDI Mauro**, “La legge per la tutela della concorrenza e del mercato” in Giur. Merito, 1992, I, 495

**PACE Alessandro**, “Libertà del mercato e nel mercato” in Pol. Dir., 1993, 327

**PANATTONI Rossella**, “Prime riflessioni sul nuovo Codice delle Assicurazioni private”, Relazione al Convegno su “Il nuovo Codice delle Assicurazioni private” presso la Camera di Commercio di Pistoia del 27.1.2006 sul sito [www.altalex.it](http://www.altalex.it) (quotidiano di informazione giuridica n. 1683 del 21.2.2007)

**PATRONI GRIFFI Antonio-DI SABATO Franco**, “La legge antitrust. Materiali”, Quaderni della rivista di diritto dell’impresa, Ed. Scientifiche Italiane, 1992

**PERICU Giuseppe – ROMANO Alberto – SPAGUOLO VIGORITA Vincenzo**, “La concessione di servizi pubblici” Giuffrè, MI, 1995

**RESCIGNO Pietro**, “Obbligazioni (dir. priv.). Nozioni generali” in Encicl. dir., Vol. XXIX, MI, 1979

**ROPPO Vincenzo**, “Il contratto”, Il Mulino, BO, 1977

**ROVERSI Riccardo**, “Repertorio antitrust”, Giappichelli, TO, 2004

**SACCO Rodolfo-DE NOVA Giorgio** “Il contratto” in Trattato di diritto civile,, UTET, 1993, Tomo II

**SACCO Rodolfo**, “La forma” in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Obbligazione e contratti, Tomo II, Vol. X, UTET, 1982

**SACCO Rodolfo**, “Il contratto”, Giappichelli, TO, 1975

**SALANITRO Niccolò**, “Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell’impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio” in Banca, borsa e titoli di credito 1992, I, 597

**SANDULLI Aldo M.**, “Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi” in Riv. trim. dir. pubbl. 1957, 784

**SANTI Giuseppe**, “Pubblico e privato nella disciplina antitrust” in Contratti e impresa, 1996, 1029

**SANVITI Giuseppe**, “La regolazione dei servizi” in Giornale di diritto amministrativo n.1/1996

**SORACE Domenico**, “Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione”, Il Mulino, BO, 2000

**TAVASSI Marina**, “Il contributo dei giudici ordinari in Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario”, Giuffrè, MI, 1996

**TITOMANLIO Raffaele**, “Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi”, Giuffrè, MI, 2000 - XVII

**VESPERINI Giulio-NAPOLITANO Giulio**, “Le Autorità Indipendenti: norma, procedimento, e giudice” in Quaderni dell’Istituto Giuridico della Facoltà di Economia dell’Università della Tuscia n. 4, Viterbo, Agnesotti, 1998

**VESPERINI Giulio**, “L’attuazione della Carta dei Servizi pubblici in Italia” in Riv. Trim. dir. pubbl. 1998

**VESPERINI Giulio**, “La Consob e l’informazione del mercato mobiliare. Contributo allo Studio delle funzioni regolative”, Cedam, PD, 1993

**VESPERINI Giulio-BATTINI Stefano**, “La Carta dei servi pubblici: erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti”, Maggioli, Rimini, 1997

## **PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITA'**

### **1) AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA ED IL GAS**

sito: [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it)

- delibera Aeeg 20 maggio 1997 n. 61 recante “disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell' Autorità per l'energia elettrica ed il gas”;
- delibera Aeeg 23 settembre 1998 n. 120, “direttiva concernente l'erogazione del servizio elettrico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h, L. 481/95”;
- allegato alla delibera n. 115/02 relativo al “regolamento recante la disciplina delle garanzie di trasparenza dell'azione amministrativa dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas”;
- delibera Aeeg n. 158/1999, “direttiva concernente la facoltà di recesso nei contratti di fornitura annuali, ad esecuzione continuata, di servizi elettrici”;
- delibera Aeeg 2 marzo 2000 n. 47, “direttiva concernente la disciplina dei livelli specifici e generali di qualità commerciale dei servizi di distribuzione e di vendita del gas”;
- delibera Aeeg 28 dicembre 1999 n. 200 “direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato”;
- delibera Aeeg 28 dicembre 1999 n. 201, “direttiva concernente la disciplina dei livelli specifici e generali di qualità commerciale dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica”;
- delibera Aeeg 28 dicembre 1999 n. 202, “direttiva concernente la disciplina dei livelli generali di qualità relativi alle interruzioni senza preavviso lunghe del servizio di distribuzione dell'energia elettrica ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. g e h, L. 481/95”;
- delibera Aeeg 18 ottobre 2001 n. 229 “direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali”;

## 2) AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

sito: [www.agcom.it](http://www.agcom.it)

- delibera AGCom n. 26/99 “di approvazione del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni”;
- delibera AGCom n. 179/03/CSP “di approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2 L. n. 249/97”;
- delibera AGCom n. 43/04/CSP “di attuazione dell’art. 11 *quater* della L. n. 28/2000 relativo al Codice di autoregolamentazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali”;
- delibera AGCom n. 290/03/CONS “di approvazione del regolamento concernente le autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà di società radiotelevisive”;
- delibera AGCom n. 254/04/CSP “di approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di telefonia vocale fissa ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2 L. n. 249/97”;
- delibera AGCom n. 104/05/CSP “di approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di comunicazioni mobili e personali offerti al pubblico su reti radiomobili terrestri di comunicazione elettronica ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2 L. n. 249/97”;
- delibera AGCom n. 131/06/CSP “di approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b, n. 2 L. n. 249/97”;
- delibera AGCom n. 646/06/CONS “approvazione del regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive, dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell’attività di verifica delle operazioni di concentrazione ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni”;

## 3) ISVAP

sito: [www.isvap.it](http://www.isvap.it)

- circolare 1 marzo 2005 n. 551/D (trasparenza dei contratti assicurativi del ramo vita)

- circolare 17 gennaio 2000 n. 393/D (collocamento di prodotti e servizi assicurativi tramite internet)
- circolare 2 giugno 1997 n. 303 (obblighi di informativa nei contratti di assicurazione diretta diversi dall'assicurazione sulla vita)
- circolare 17 dicembre 1993 n. 210/D (ora abrogata)
- circolare 26 marzo 1987 n. 71/D (ora abrogata, ad eccezione dei paragrafi 1,4,5)
- circolare 19 giugno 1995 n. 249/D (ora abrogata)

#### 4) BANCA D'ITALIA

sito: [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)

- istruzioni di vigilanza 2 dicembre 1994

#### 5) CONSOB

sito: [www.consob.it](http://www.consob.it)

- delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 recante il Regolamento di attuazione del d.lgs. 24.2.1998 n. 58, concernente la disciplina degli intermediari"

#### 6) ANTITRUST

sito: [www.agcm.it](http://www.agcm.it)

- AGCM 26 agosto 1991 *Assirevi*, in Boll. N. 7/1991
- 
- AGCM 13 ottobre 1993 *Ina/Banca di Roma* in Boll. N. 30/1993
- AGCM 22 dicembre 1993, *Consorzio Capri* in Boll. N. 40-41/1993
- AGCM 21 febbraio 1994, *Sapio/Igi/Siad/Chemgas* in Boll. N. 8/1994
- AGCM 29 marzo 2001, *Coop Italia/Conad/Italia Distribuzione* in Boll. N. 13/2001
- AGCM 19 luglio 2001, *Unione petrolifera/Piano di razionalizzazione della rete carburanti* in Boll. N. 29/2001
- AGCM 28 marzo 2002, *Nokia Italia/Marconi Mobile/Ote* in Boll. n. 13/2002

- AGCM 22 aprile 2004, *FIEG/ANADIS* in Boll. N. 17/2004
- AGCM 29 giugno 2004 *Consorzio Grana Padano* in Boll. N. 26/2004
- provv. n. 12368/2004 *Enel Produzione/Endesa Italia*
- provv. n. 9773/2004 *Unione petrolifera/Piano di realizzazione della rete carburanti*
- provv. n. 13113/2004 *Federazione italiana editori giornali/Associazione nazionale distributori stampa*
- provv. n. 12185/2003 *Alitalia/Volare*
- provv. n. 10985/2002 *Vendita diritti televisivi*

Procedimenti conclusi con il diniego dell'autorizzazione in deroga:

- Proced. I5/1991 *Assirevi*
- Proced. I32/1992 *Pro.Cal.*;
- Proced. I43B/1993 *Ania*;
- Proced. I47/1993 *Nord Calce*;
- Proced. I53/1993 *Ristrutturazione rete distributori carburanti*;
- Proced. I63/1993 *Centro Italiano GPL*;
- Proced. I78/1993 *Consorzio Capri*;
- Proced. I77C/1996 *Ciras*;
- Proced. I124/1996 *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*;
- Proced. I157/1996 *Associazione Librai italiani/Editori*;
- Proced. I167/1996 *Costituzione rete dealer GSM*;
- Proced. I195/1996 *Associazione italiana calciatori/Panini*;
- Proced. I212/1996 *Contratti di distribuzione di gelati*.
- Proced. I219/1997 *Assicurazioni Generali/Unicredito*

- Proced. I299/1998 *Rai/Cecchi Gori Communications*;
- Proced. I338/1998 *Assosalute/Codice di Autoregolamentazione*
- Proced. I138B/1999 *Consorzio del Prosciutto San Daniele/Consorzio del Prosciutto di Parma*
- Proced. I276B/1999 *Alitalia/Meridiana*;
- Proc. I603/2006, *Sapio produzione idrogeno ossigeno/Rivoir/Società italiana acetilene e derivati/SIAD/Società ossigeno Napoli/SON/Linde Gas Italia/Air Liquide*;

Procedimenti nei quali l'AGCM ha ritenuto la “non applicabilità della legge”:

- Proc. I13B/1994 *San Paolo/La Fondiaria/Milano Assicurazioni*
- Proc. I79/1994 *TAV*
- Proc. I80/1994 *Consorzio Trevi*
- Proc. I77B/1995 *Esenzione Ciag*
- Proc. I117/1995 *Ram-Rifornimenti aeroporti milanesi*
- Proc. I168/1996 *Consorzio Parmigiano Regiano*
- Proc. I450/2002 *Poste Italiane/S.D.A. Express Curier-Bartolini/Consorzi Logisti*
- Proc. I487/2003 *Sagit/Contratti vendita e distribuzione del gelato*
- Proc. I608 *Sisal/Lottomatica*