



CONSUMERS' FORUM

PRESENTA



Consumerism 2014. Settimo rapporto annuale.

IN COLLABORAZIONE CON



Con il Patrocinio di:



La nuova tutela del consumatore, tra regolazione europea e Authority nazionali

PROGRAMMA

welcome coffee

Introduce

Fabio Picciolini

Presidente Consumers' Forum

Moderà

Debora Rosciani

Giornalista di Radio 24

Relazione a cura di

Liliana Rossi Carleo

Professore emerito di Diritto Privato
Università Roma Tre

Fabio Bassan

Vice Direttore, Dipartimento di Studi
Aziendali Università Roma Tre
**Consumerism 2014. Settimo Rapporto
annuale.**

Dibattito

Roberto Alesse

Presidente Commissione di Garanzia
dell'attuazione della legge sullo sciopero nei
servizi pubblici essenziali

Andrea Camanzi

Presidente Autorità di Regolazione
dei Trasporti

Raffaele Cantone

Presidente Autorità Nazionale
Anticorruzione e per la valutazione e la
trasparenza delle amministrazioni pubbliche

Luigi Carbone

Consigliere Componente Autorità per
l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico

Angelo Marcello Cardani

Presidente Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni

Giovanni Pitruzzella

Presidente Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato

Alessandra Poggiani

Direttore Generale Agenzia
per l'Italia Digitale

Salvatore Rossi

Presidente Istituto per la Vigilanza
sulle Assicurazioni - Direttore
Generale Banca d'Italia

Antonello Soro

Presidente Autorità Garante per la
Protezione dei Dati Personali

Guido Stazi

Segretario Generale Consob Commissione
Nazionale per le Società e la Borsa

**Intervengono rappresentanti delle
Imprese, delle Associazioni dei
Consumatori e delle Istituzioni.**

light lunch

CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
presentano

CONSUMERISM 2014
Settimo Rapporto annuale

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

Premessa (L. Rossi Carleo)	pag.	11
-----------------------------------	------	----

Introduzione (F. Bassan - M. Rabitti)	pag.	14
--	------	----

SETTORE FARMACEUTICO	pag.	17
-----------------------------	------	----

Introduzione (Elena Bellisario)

Sezione I - la fase discendente (Aldo Corvino - Paolo Occhiuzzi)

1. Profili soggettivi e oggettivi (Paolo Occhiuzzi)
 - 1.1. I soggetti istituzionali: AIFA, EMA e Ministero della Salute
 - 1.2. I soggetti della "filiera": sistema sanitario, farmacisti e medici
 - 1.3. I prodotti farmaceutici: classificazione
2. L'AIFA tra recepimento e applicazione diretta del diritto dell'Unione (Aldo Corvino)
 - 2.1. L'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC)
 - 2.2. Le competenze tra Unione e Stati membri
 - 2.3. L'AIC per i farmaci generici
3. L'applicazione diretta dei diritti (fase fisiologica o del consumatore consapevole): il sistema di farmacovigilanza (Aldo Corvino)
 - 3.1. Definizioni e obiettivi
 - 3.2. Struttura dei sistemi di farmacovigilanza
 - 3.3. Provvedimenti per ragioni di farmacovigilanza
4. Segue. La distribuzione dei farmaci tra esigenze di tutela e apertura del mercato (Paolo Occhiuzzi)
 - 4.1. Evoluzione normativa
 - 4.2. Farmaci e parafarmacie: l'apporto della giurisprudenza
 - 4.3. Il ruolo sociale delle farmacie
5. Segue. La pubblicità dei farmaci (Paolo Occhiuzzi)
 - 5.1. Corretta informazione ed esigenze di marketing delle imprese farmaceutiche
 - 5.2. Il vaglio preventivo del Ministero della Salute sulla pubblicità
 - 5.3. Le campagne informative sulla salute e le buone prassi
 - 5.4. Pubblicità e vendita on line di farmaci: le novità introdotte dal recepimento della direttiva 2011/62/UE
6. L'applicazione diretta delle tutele (fase patologica): la tutela preventiva (Aldo Corvino - Paolo Occhiuzzi)
 - 6.1. La collaborazione AIFA, Ministero e Nas (Paolo Occhiuzzi)
 - 6.2. Il controllo sulla produzione (Aldo Corvino)
 - 6.3. Il controllo sulla distribuzione (Paolo Occhiuzzi)
7. Segue. Farmaci contraffatti e tutela del consumatore (Paolo Occhiuzzi)
 - 7.1. Farmaci contraffatti e strumenti di controllo della filiera
 - 7.2. La conferenza dei servizi istruttoria per la lotta alla contraffazione
 - 7.3. Il progetto IMPACT
8. Segue. La tutela successiva: danno da farmaci e responsabilità (Aldo Corvino)
 - 8.1. Il problema della giusta attribuzione dei rischi: il quadro normativo
 - 8.2. Gli orientamenti giurisprudenziali
9. Segue. Settore farmaceutico e tutela del mercato (Paolo Occhiuzzi)
 - 9.1. Le importazione parallele
 - 9.2. Cenni ai profili antitrust: il caso Roche/Novartis
 - 9.3. Tutela brevettuale e abuso di posizione dominante (cenni)

Sezione II - la fase ascendente (Elena Bellisario)

1. L'AIFA nel contesto europeo dei regolatori del settore farmaceutico
 - 1.1. Sul piano normativo
 - 1.2. La prassi
2. Rilevanza delle istanze proposte dall'AIFA ed efficacia dell'intervento
3. Problemi e prospettive
4. Considerazioni finali

Sezione I - la fase discendente *(Davide De Filippis - Maria Chiara Sole - Franco Trubiani)*

1. Le autorità competenti e le funzioni *(Davide De Filippis)*
2. Applicazione diretta del diritto alimentare dell'Unione europea *(Davide De Filippis)*
- 2.1. Le più recenti problematiche in materia di sicurezza alimentare: botulismo alimentare, allergeni alimentari ed Ogm
- 2.2. Segue. Le indicazioni geografiche e la tutela del consumatore
3. L'applicazione diretta dei diritti (fase fisiologica o del consumatore consapevole): l'attività di informazione dei cittadini *(Maria Chiara Sole)*
- 3.1. La sicurezza alimentare: un inquadramento del contesto generale
- 3.2. Il consumer empowerment e l'etichettatura
- 3.3. Attività di informazione del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità
- 3.4. La comunicazione delle imprese e le nuove tecnologie: una app a prova di sicurezza?
4. L'applicazione diretta delle tutele (fase patologica): vigilanza del mercato e controlli *(Maria Chiara Sole)*
- 4.1. Inquadramento del sistema
- 4.2. I controlli secondo il Piano Nazionale Integrato
- 4.3. La delocalizzazione delle produzioni e i controlli sulle importazioni a rischio
5. Violazione delle regole di informazione e rimedi nella vendita di alimenti *(Franco Trubiani)*
- 5.1. Il danno da consumo di alimenti

Sezione II - la fase ascendente *(Maria Chiara Sole)*

1. L'ISS nel contesto europeo delle autorità del settore alimentare
- 1.1. Sul piano normativo
- 1.2. La prassi
2. Rilevanza ed efficacia dell'attività svolta dall'ISS
3. Criticità
4. Il precipitato del coordinamento tra le diverse Autorità competenti: le proposte dell'Italia per la tutela del Made in Italy
5. Considerazioni finali

Sezione I - la fase discendente *(Fabio Bassan, Simona Loiacono)*

1. L'Autorità di regolazione dei trasporti tra recepimento e applicazione diretta del diritto dell'Unione europea *(Simona Loiacono)*

Sezione II - la fase ascendente: l'autorità di regolazione dei trasporti nel contesto dei regolatori indipendenti: sul piano normativo e della prassi *(Sara Perugini)*

1. Introduzione
2. L'Autorità di regolazione dei trasporti: un modello atipico nel contesto europeo
3. La cooperazione internazionale
4. Il ruolo dell'Autorità nell'attuazione della dir. 2009/12/CE sui diritti aeroportuali
5. Il riparto di attribuzioni tra l'Autorità di Regolazione dei Trasporti e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella tutela del consumatore/passeggero ferroviario

Area comunicazioni elettroniche: il ruolo dell'agcom nel processo di regolamentazione delle comunicazioni elettroniche *(Marianna Scali)***Introduzione****Sezione I - la fase discendente**

1. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni tra applicazione diretta e recepimento del diritto comunitario
2. I modelli di cooperazione orizzontale tra autorità nazionali e verticale con la Commissione europea
3. La prassi: ipotesi applicative degli artt. 7 e 7-bis della direttiva quadro
- 3.1. Il caso IT/2013/1489-1490 sulle tariffe "unbundling"
Segue. I "seri dubbi" della Commissione ex art. 7-bis, par. 1 sulla delibera 221/13/CONS
Segue. Il BEREC condivide la posizione dell'Autorità sulle tariffe "unbundling"
Segue. Sulla non fondatezza dei "seri dubbi" della Commissione nella delibera n. 747/13/CONS
- 3.2. Il caso IT/2011/1219 sulle tariffe di terminazioni di reti mobili
Segue. La Raccomandazione e le Osservazioni della Commissione sulle tariffe di terminazione delle chiamate
Segue. Il parziale adeguamento alle indicazioni della Commissione nella delibera n. 621/11/CONS
4. L'applicazione diretta dei diritti e delle tutele
- 4.1. Sul piano nazionale
Segue. L'annullamento della delibera non conforme alle osservazioni della Commissione
Segue. L'onere motivazionale del provvedimento difforme
- 4.2. Sul piano comunitario
Segue. La soglia di difformità del provvedimento a rischio di procedura di infrazione

Sezione II - la fase ascendente

1. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel contesto europeo dei regolatori indipendenti
2. Le piattaforme internazionali di cooperazione e coordinamento
3. Il precipitato del coordinamento tra Autorità nazionali nelle sedi europee
- 3.1. La proposta di Regolamento Telecom single market
Segue. Il contributo del BEREC sulla proposta di regolamento
Segue. I rilievi di ordine metodologico: l'attenzione del BEREC per i principi di qualità della regolazione
Segue. La considerazione dei rilievi del BEREC nel testo approvato in prima lettura dal Parlamento

Area audiovisivo: l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni come regolatore dell'audiovisivo *(Francesca Pellicanò)*

Introduzione

Sezione I - la fase discendente

1. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni come regolatore del settore dell'audiovisivo
2. L'intervento dell'Autorità nel recepimento e nell'implementazione del diritto dell'Unione: la direttiva sui servizi di media audiovisivi
3. L'applicazione diretta dei diritti: le tutele nel settore dell'audiovisivo e strumenti di enforcement

Sezione II - la fase ascendente

1. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel contesto europeo ed extra-europeo dei regolatori del settore audiovisivo
2. Il precipitato del coordinamento tra Autorità nazionali nelle sedi europee

PRIVACY

pag.

292

Introduzione

Sezione I - la fase discendente *(Vito Giuseppe Liotine - Sara Mercuri)*

1. Il Garante per la protezione dei dati personali: tra recepimento e applicazione diretta del diritto dell'Unione. *(Vito Giuseppe Liotine)*
- 1.1. Le modifiche al Codice Privacy da parte del d. lgs. 69/2012
2. L'applicazione diretta dei diritti e delle tutele *(Sara Mercuri)*
- 2.1. La profilazione dell'utente
- 2.2. La tutela della privacy nei social network

- 2.3. Impatto della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (*Vito Giuseppe Liotine*)

Sezione II - la fase ascendente

1. Il Garante per la protezione dei dati personali nel contesto europeo dei regolatori indipendenti (*Sara Mercuri*)
2. Una possibile innovazione: la proposta del Bill of Rights (*Sara Mercuri*)
3. Il precipitato del coordinamento tra Autorità nazionali nelle sedi europee: le riforme proposte/approvate dalle istituzioni dell'Unione (*Vito Giuseppe Liotine*)
- 3.1. La proposta di regolamento generale sulla protezione dei dati personali

CONSOB

pag.

319

Sezione I - la fase discendente (*Caterina Pistocchi - Clara Sgobbo*)

1. Mifid2 e Mifir: fra legislazione dell'emergenza e prospettive di continuità (*Clara Sgobbo*)
- 1.1. Introduzione
- 1.2. La tutela dell'investitore finanziario e la regolamentazione dei mercati: dalla disciplina nazionale ai primi interventi comunitari
- 1.3. Dal T.U.F. alla Mifid: cambio di prospettiva nell'azione del legislatore europeo
- 1.4. Il regolamento Emir: rinnovate regole strutturali
- 1.5. Mifid 2 e Mifir: il "fronte avanzato" dell'integrazione europea nella disciplina dei mercati finanziari
2. Mifid2 e Mifir: quo vadis? (*Caterina Pistocchi*)
- 2.1. Premesse di metodo e inquadramento della fattispecie
- 2.2. Brevi cenni sui limiti e sulle lacune della Mifid 1
- 2.3. La tutela dell'investitore-cliente nell'ottica della nuova Mifid 2: i principi
- 2.3.1. I sistemi organizzati di negoziazione
- 2.3.2. I prodotti finanziari
- 2.3.3. La consulenza indipendente
- 2.3.4. Gli obblighi di comunicazione con la clientela
- 2.4. Segue: i problemi
- 2.5. Considerazioni conclusive

Sezione ii - la fase ascendente: la camera di conciliazione e arbitrato presso la consob e il progetto "carta degli investitori" (*Alessandro Lomoro*)

1. La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB: premesse d'indagine
2. Le ADRs di natura economico-finanziaria nell'ordinamento nazionale: l'esigenza di protezione dell'investitore e il ruolo delle c.d. "norme di condotta" degli intermediari
- 2.1. Segue. Il confronto con l'esperienza europea
3. L'operatività della Camera di Conciliazione e Arbitrato: analisi dei profili di criticità
4. La riforma della Camera di Conciliazione e Arbitrato e il ruolo del progetto "Carta degli investitori": obiettivi e spunti di riflessione

BANCHE

pag.

363

Sezione I - la fase discendente: l'unione bancaria europea: prime riflessioni in materia di effetti per il consumatore (*Angela Capocchetti*)

1. Introduzione
- 1.1. Il primo passo verso l'Unione Bancaria Europea: il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria. Focus sul ruolo dell'EBA
- 1.2. Il Single Supervisory Mechanism e il nuovo ruolo della BCE
- 1.2.1. Rapporti con l'EBA
- 1.2.2. Quali gli effetti per l'utente di servizi bancari?
- 1.3. Il Single Resolution Mechanism
- 1.4. Il terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea: il sistema comune di assicurazione dei depositi

Sezione II - la fase ascendente *(Alessandro Lomoro - Nazareno Mizzau - Fabio Porta)*

1. la tutela del risparmiatore tra obblighi di protezione e iniziative di educazione finanziaria *(Alessandro Lomoro)*
 - 1.1. Introduzione
 - 1.2. I programmi educativi delle Authorities nazionali: in particolare, Banca d'Italia
 - 1.2.1. Segue. Il confronto con il contesto internazionale ed europeo
 - 1.3. Rilevanza ed efficacia delle iniziative di educazione finanziaria
 - 1.4. I programmi di educazione finanziaria: profili problematici e prospettive
2. l'influenza dell'arbitro bancario e finanziario sul regolatore nazionale e sulla nuova banking union *(Nazareno Mizzau)*
 - 2.1. Il ruolo dell'ABF in Italia e in Europa
 - 2.2. L'ABF come procedura ADR aggiudicativa
 - 2.3. Un modello esportabile come best practice: il tema dell'usura
 - 2.4. L'Arbitro Bancario e Finanziario nel contesto delle altre procedure ADR europee nel settore bancario e finanziario
 - 2.5. La nuova Unione bancaria e il ruolo dell'ABF
 - 2.6. L'ulteriore funzione bottom-up.
3. Il credito alle famiglie consumatrici e la cessione del quinto: lineamenti, prassi applicative, criticità *(Fabio Porta)*
 - 3.1. Introduzione
 - 3.2. Il credito ai consumatori: evoluzione della normativa comunitaria e nazionale
 - 3.2.1. Segue. Gli strumenti di tutela della clientela
 - 3.3. Coordinamento tra Autorità nella tutela del consumatore dei servizi bancari finanziari: partecipazione dell'Organo di vigilanza nazionale alle iniziative promosse dall'Unione europea
 - 3.4. Lineamenti giuridici del finanziamento contro cessione di quote di stipendio o salario o pensione (CQSP)
 - 3.4.1. Cessione del quinto e intermediazione assicurativa
 - 3.4.2. La struttura dell'offerta e il modello distributivo della CQSP
 - 3.4.3. Principali questioni affrontate dall'Arbitro Bancario Finanziario in materia di CQSP: equo indennizzo in caso di estinzione anticipata; mancato rispetto del termine legale in caso di rinnovo della cessione; usura pecuniaria originaria e sopravvenuta
 - 3.4.4. Rapporto tra Cessione del quinto e previdenza complementare

ASSICURAZIONI E PREVIDENZA COMPLEMENTARE (EIOPA, IVASS E COVIP)

pag. 437

Sezione I - la fase discendente *(Andrea Luberti)*

1. Introduzione
2. L'IVASS nel più ampio disegno di riforma delle autorità indipendenti
3. La normativa primaria
4. L'attività di moral suasion

Sezione II - la fase ascendente *(Alessandra Camedda)*

1. I PIP e il riparto della vigilanza tra IVASS e COVIP
2. La disciplina a tutela dei "consumatori" di prodotti assicurativi-previdenziali
 - 2.1. Segue. I diritti dell'assicurato-aderente: le anticipazioni, il riscatto e il trasferimento della posizione individuale
 - 2.2. La disciplina in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti
3. Gli interventi della COVIP a tutela dell'assicurato-aderente.
4. I prodotti assicurativi di previdenza complementare nel contesto comunitario: verso un mercato unico europeo? *(Cenni)*.

P.A. E CONSUMATORI CONSAPEVOLI

pag. 467

Sezione I - la fase discendente *(Lucia Minervini)*

1. Premessa. Considerazioni generali.

2. Le implicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale sulle formazioni sociali: il “versante attivo” della libertà di associazione nella giurisprudenza amministrativa più recente
3. La sussidiarietà orizzontale work in progress: il tema della qualità dei servizi pubblici locali e il ruolo delle associazioni dei consumatori e del cittadino - utente in sede di stipula dei contratti di servizio
4. Il contenuto precettivo dell’art. 2, comma 461, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e la partecipazione civica
5. Lo stato di scarsa attuazione della legge finanziaria 2008 e l’individuazione di correttivi in termini di tutela preventiva e successiva dell’utente
6. Le linee guida sui criteri da applicare per individuare i principi e gli elementi minimi da inserire nei contratti di servizio e nelle carte della qualità dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento al ruolo delle associazioni dei consumatori.
7. L’azione di classe prevista dall’art. 140-bis del Codice del consumo quale strumento di attuazione ex post del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale
8. Conclusioni

Sezione II - la fase ascendente *(Rocco Junior Flacco)*

1. Premessa
2. Lo strano caso delle carte dei servizi pubblici: tra regolazione dei servizi a contenuto economico e nuovi assetti del rapporto di cittadinanza
3. Regolazione autonoma o regolazione preventiva? Nuovi orizzonti per l’attività della pubblica amministrazione
4. Il rilievo giuridico delle carte dei servizi: evoluzione normativa
5. Prospettive attuali della regolazione sulla qualità dei servizi pubblici locali: le aperture verso una regolazione amministrativa di tipo territoriale
- 5.1. La riforma Brunetta e l’introduzione della c.d. class action amministrativa
- 5.2. Il ruolo dell’amministrazione locale nei recenti assetti della giurisprudenza amministrativa
6. Conclusioni

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMBITO NAZIONALE ED EUROPEO *(Sara Perugini)*

pag. 534

Sezione I - la fase discendente

1. Le competenze dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di tutela del consumatore
2. L’applicazione diretta di diritti attribuiti ai consumatori da norme dell’Unione e da norme di derivazione comunitaria
3. L’applicazione diretta dei diritti a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE consumer rights
4. L’applicazione diretta delle tutele: attivazione dei poteri di oscuramento dei siti internet ai sensi del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70

Sezione II - la fase ascendente

1. Le azioni coordinate di enforcement in sede europea: il Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori
2. Criticità e revisione del Regolamento 2006/2004/CE: armonizzazione dell’enforcement nella repressione delle violazioni transfrontaliere
- 2.1. Segue: L’ampliamento del campo di applicazione del Regolamento alle “violazioni parallele”
3. La prassi: le azioni comuni e le procedure di sweep
4. Il precipitato del non/coordinamento tra Autorità nazionali nelle sedi europee: procedura di infrazione n. 2013/2169 “relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati”
5. L’art. 27, comma 1-bis, del Codice del consumo
6. Considerazioni finali

Conclusioni

pag. 571

Gli Autori

pag. 579

PREMESSA

(Liliana Rossi Carleo)

Questa breve premessa, più che enunciare e chiarire quanto si dirà in seguito (compito affidato all'Introduzione), intende dar conto, ancora una volta, degli obiettivi che il Rapporto *Consumerism* persegue.

Si tratta di una testimonianza del persistente intersecarsi di tradizione e innovazione che, fin dall'inizio, ha caratterizzato il lavoro del Gruppo di ricerca del Dipartimento di Studi Aziendali dell'Università Roma Tre, attento a leggere il nuovo alla luce dei principi fondamentali e che, nel suo evolversi, non ha mai perduto la forte identità iniziale, volta a ricomporre la frammentarietà in un quadro più chiaro: ciò non certo e non solo per perseguire un astratto ideale, quanto, piuttosto, per meglio operare in concreto.

Le innovazioni, sulle quali di anno in anno si è incentrata l'attenzione, sono state considerate tenendo conto che la complessità dell'attuale contesto di riferimento, seppure ha portato al superamento di una *reductio ad unum*, che segnava l'impronta unitaria del precedente sistema, caratterizzato dal suo essere piramidale, non ha portato – né avrebbe potuto farlo – al superamento di una visione sistematica.

Costantemente, pertanto, i Rapporti, nel loro succedersi, rappresentano l'esigenza di ricercare i criteri ordinanti utili alla ricostruzione di un sistema non tanto "rinnovato" quanto "nuovo", caratterizzato dalla complementarietà che impone il coordinamento dei diversi profili che contraddistinguono una società complessa.

Da ciò l'utilità di offrire in ogni Rapporto una fotografia prospettica aperta al dialogo che, attraverso un dibattito costruttivo, consenta di cogliere il passaggio dal profilo statico della disciplina a quello dinamico della sua effettività e che, in un'ottica di sussidiarietà, consenta di raggiungere convergenze operative basate sull'adozione di azioni concordate.

Il punto di partenza iniziale ha visto incentrare l'attenzione sulla disciplina a "tutela" del consumatore, che ha contribuito in maniera significativa a determinare la rottura del precedente sistema e rappresenta l'esempio emblematico del fenomeno che ha portato al tramonto della unitarietà.

Il *focus* iniziale consente di cogliere attraverso un'immagine – in maniera immediata, ma sufficientemente chiara – il percorso che ha portato a questo Rapporto: è stato come gettare il sasso in uno stagno. Il lancio ha determinato una serie di cerchi concentrici e su questo propagarsi si è incentrata di volta in volta la riflessione, che vede sempre più allargare il suo ambito di osservazione senza tradire l'impostazione iniziale, che parte dalla verifica dello “stato dell'arte” per arrivare alla visione d'insieme e che, nella consapevolezza che il sistema non è una gabbia fissa nella quale si inserisce, fra gli altri, il consumatore, vede piuttosto nel consumatore l'espressione di una trasversalità intorno alla quale riflettere al fine di armonizzare gli assetti di tutela.

Il consumatore frazionato, espressione della modernità, diventa occasione per un'analisi settoriale che conduce alla ricerca di strumenti validi ad operare come traduzione di principi che ricompongono il frazionamento e che portano all'applicazione di *best practices* intersettoriali.

Il consumatore resta il punto nodale intorno al quale i diversi Rapporti si vanno articolando, ma sempre più il suo ruolo si valorizza: non viene più considerato esclusivamente come destinatario di una tutela, ma piuttosto come «*colui che agisce*» e deve, pertanto, assumere coscienza del suo ruolo attivo. Il consumatore è attore del mercato alla cui correttezza deve concorrere, posto che proprio la correttezza del mercato rappresenta il punto di convergenza intorno al quale si compongono i diversi interessi.

L'agire, il fare rappresenta quest'anno, con evidenza maggiore rispetto al passato, l'angolo visuale dal quale e intorno al quale si snoda l'analisi, che si allarga a settori non esplorati nei precedenti Rapporti e che, principalmente, parte dall'Europa e all'Europa ritorna, osservando accanto alla fase discendente anche quella ascendente.

Le ambizioni che sottendono, con crescente coscienza, un'analisi tesa a offrire anche risposte costruttive e operative, tali da trovare nella scientificità supporti concreti e operativi, parte anch'essa dal dialogo. Gli autori utilizzano una metodologia comune e il loro lavoro, pur nel rispetto della originalità dei singoli contributi, si muove in un ambito concordato che vede la partecipazione di studiosi che, anche in mancanza di apporti specifici, hanno tuttavia contribuito al risultato.

In tal senso piace menzionare alcuni nomi, quali quello di Paolo Valensise e Giustino De Cecco, che, seppure non presenti nell'Indice, sono stati tuttavia partecipi all'attività di ricerca, che ha consentito di porre un ulteriore tassello a un lavoro che si evolve con utile continuità e che trova una sua specificità nella forza della interdisciplinarietà, avvalendosi anche del sostegno specifico di colleghi, quali Paolo Lazzara, che fanno parte di un diverso Dipartimento.

Di certo non si può ignorare, altresì, l'importanza dell'apporto, in apparenza umile, ma in sostanza indispensabile, di chi, come Elena Bellisario, ha provveduto a collazionare i diversi contributi con la collaborazione di alcuni giovani dottorandi. E invero, proprio i dottorandi e alcuni affezionati dottori di ricerca, che si vanno formando e si sono formati nel dottorato *"Mercato e consumatori"*, costituiscono il nucleo portante del Gruppo e ne esprimono la vitalità e l'entusiasmo, che traspare dai loro contributi.

Menzionare altri nomi appare superfluo in quanto il rilievo del loro apporto si coglie con palmare evidenza: essi, e fra tutti Fabio Bassan e Maddalena Rabitti, meritano più che una menzione un ringraziamento, al quale non deve far velo la stima e l'affetto personale, e l'augurio che il Gruppo possa sempre continuare in questa proficua attività.

INTRODUZIONE

(Fabio Bassan, Maddalena Rabitti)

Il Rapporto annuale del Dipartimento di Studi Aziendali di Roma per Consumers' Forum, giunto alla sua settima edizione, costituisce un appuntamento ormai consolidato nel settore, che mette a confronto associazioni e imprese - rappresentate entrambe in Consumers' Forum e anzi, ne costituiscono il 'format' originale - con le autorità indipendenti che operano nei diversi settori regolamentati.

Nel corso degli anni il Rapporto si è evoluto e da un'iniziale 'fotografia' dello stato dell'arte si è trasformato in uno strumento di analisi e critica costruttiva, diretta ad armonizzare e migliorare gli assetti delle tutele, spingendoli verso *best practices* intersettoriali.

Il presupposto delle diverse forme - a volte, dei diversi approcci - della regolazione in ragione dei settori è noto, e deriva da un'evoluzione delle competenze dell'Unione e del modo in cui le istituzioni europee le hanno esercitate, in una dinamica con gli Stati membri spesso 'vivace'. Ci troviamo quindi oggi con regolazioni settoriali tra loro diverse (a volte, molto diverse) sulla cui applicazione vigilano autorità indipendenti quasi sempre di origine europea, con poteri differenti (tra le autorità, ma anche tra i settori, quando vigilati da una stessa autorità).

Ne emerge un quadro difficilmente riconducibile a una sintesi; del resto, all'unità di sistema, consolidata in un codice, abbiamo ormai rinunciato. Un elemento in comune però, queste dinamiche ce l'hanno. Le autorità indipendenti nazionali, quando di origine europea, esercitano il vero potere esecutivo del diritto dell'Unione, che sostituisce quello in origine statale. Direttive dell'Unione ormai di massima armonizzazione recepite negli ordinamenti nazionali con norme 'fotocopia', nonché regolamenti, direttamente applicabili, vengono attuati direttamente dalle autorità indipendenti. La disintermediazione dei governi nazionali diviene completa quando le autorità di settore si coordinano tra loro, mediante reti europee sempre più complesse e regolamentate - di nuovo, in modo differente in ragione dei settori - per rendere più omogenea l'applicazione del diritto dell'Unione, da un lato, e per portare nelle sedi europee le istanze nazionali dall'altro. Fase 'discendente' la prima, 'ascendente' la seconda. Entrambe, attuazione concreta del principio di sussidiarietà, nel perimetro della proporzionalità.

Diventa così determinante l'attività che le autorità indipendenti svolgono in concreto, sia nella fase 'discendente' dell'attuazione del diritto (massimamente armonizzato) dell'Unione, sia nella fase di partecipazione alla creazione del diritto dell'Unione, con la sollecitazione delle istituzioni europee secondo i criteri, i metodi e le procedure previste dall'Unione.

L'indagine di quest'anno si concentra proprio su questi profili. In particolare, abbiamo voluto verificare da un lato quanto l'attività nelle due fasi (ascendente e discendente) sia effettivamente svolta dalle autorità, e dall'altro quanto quest'attività sia caratterizzata, in ragione del settore, dell'autorità e dei poteri a questa attribuiti (nonché, effettivamente esercitati).

L'obiettivo, di nuovo, non è semplicemente proporre lo 'stato dell'arte', lavoro che pure di per sé sarebbe meritevole, quanto piuttosto aumentare la consapevolezza del consumatore, ma anche delle autorità, della necessità di un'azione costruttiva e continuativa in una fase (quella ascendente) su cui c'è tradizionalmente meno impegno (nonché, evidentemente, meno controllo).

Questo Rapporto ha affrontato il tema evidenziando le differenze tra i settori, le analogie, le *best practices*. Il perimetro dell'analisi è stato definito in base agli interessi di Consumers' Forum; per questa ragione non ci si è occupati del settore elettrico, che pure è di particolare interesse ai fini dell'indagine. Sono stati inseriti invece, rispetto al passato, alcuni settori nuovi, tra cui quello farmaceutico e quello alimentare.

L'approccio seguito è stato scientifico. Non tutti i settori hanno evidenziato caratteristiche 'di sistema' analoghe, e in quei casi sono state evidenziate le lacune, così come - quando possibile - i limiti delle azioni delle autorità e le potenzialità ancora non colte.

Per raggiungere quest'obiettivo, l'analisi non si è più concentrata su legislazione, prassi e contenzioso nazionali. Al contrario, si è tentato di evidenziare il rapporto tra autorità nazionali ed europee, nella duplice fase discendente e ascendente.

L'originalità dell'impostazione, la profondità dell'analisi e la scientificità del metodo suggeriscono di trasformare questo rapporto - modificandolo e integrandolo con i settori (primo tra tutti, quello energetico) qui non trattati - in un volume della colla-

na del Dipartimento di Studi Aziendali di prossima pubblicazione.

L'indagine condotta si pone in linea con i Rapporti precedenti evidenziando il ruolo del "consumatore - attore" del mercato nei diversi settori considerati. Nei rapporti con le Autorità di controllo e con il mercato, il consumatore, ormai sempre meno contraente debole, concorre alla creazione delle regole e dialoga intensamente con le autorità amministrative indipendenti. La "voce" del consumatore, anche attraverso l'attività della Corte di Giustizia, è ben avvertita inoltre anche dall'Unione Europea. Ciò si riflette sulle tecniche di tutela, sulle quali il Rapporto annuale si sofferma, mettendo in luce il bilanciamento tra sistema di Private e di Public Enforcement.



Settore Farmaceutico

SETTORE FARMACEUTICO

(Elena Bellisario, Aldo Corvino, Paolo Occhiuzzi)

A soli dieci anni dall'inizio della sua attività, l'Agenzia italiana del farmaco ha dimostrato di essere in grado di coniugare un'elevata competenza scientifica con un'efficace capacità operativa e, dunque, di svolgere con efficienza e trasparenza le molte e complesse funzioni ad essa assegnate.

Anche il suo ruolo fuori dai confini nazionali appare in netta ascesa: in particolare in Europa (ma non solo) l'AIFA costituisce già un punto di riferimento, un vero e proprio modello di eccellenza regolatoria e, sebbene nel settore vi siano ancora diverse criticità da superare e molto da fare per mantenere - se non potenziare - l'autorevolezza raggiunta, essa è certamente motivo di orgoglio per il nostro Paese e, anche per il futuro, appare in grado di rispondere pienamente alle sfide emergenti.

Analogo apprezzamento va manifestato per l'azione dell'AGCM, la cui costante attenzione nell'applicazione del diritto europeo in tema di concorrenza e tutela del consumatore ha permesso di riaffermare l'importanza di un corretto instaurarsi delle dinamiche concorrenziali nel mercato farmaceutico, senza, al contempo, deprimere l'interesse delle aziende ad investire nella ricerca e sviluppo di nuovi farmaci. Tale azione è stata altresì condotta con interventi mirati alla tutela del consumatore nella lotta alla contraffazione dei farmaci e alla distribuzione degli stessi senza autorizzazioni all'immissione in commercio in Italia.

Resta invece da chiarire se la responsabilità del produttore di farmaci nei confronti dei consumatori sia una responsabilità da prodotti difettosi oppure da attività pericolosa e se la prassi giurisprudenziale, ad oggi prevalente, di optare per la seconda sia davvero in linea con il diritto europeo.

SOMMARIO: INTRODUZIONE (ELENA BELLISARIO). - **SEZIONE I:** LA FASE DISCENDENTE (ALDO CORVINO, PAOLO OCCHIUZZI): - 1. PROFILI SOGGETTIVI E OGGETTIVI. - 1.1. I SOGGETTI ISTITUZIONALI: AIFA, EMA E MINISTERO DELLA SALUTE. - 1.2. I SOGGETTI DELLA "FILIERA" DEL FARMACO: SISTEMA SANITARIO, FARMACISTI E MEDICI. - 1.3. I PRODOTTI FARMACEUTICI: CLASSIFICAZIONE. - 2. L'AIFA TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE. - 2.1. L'AUTORIZZAZIONE ALL'IMMISSIONE IN COMMERCIO (AIC). - 2.2. LE COMPETENZE TRA UNIONE E STATI MEMBRI. - 2.3. L'AIC PER I FARMACI GENERICI. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA

DEI DIRITTI (FASE FIOLOGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): IL SISTEMA DI FARMACOVIGILANZA. - 3.1. DEFINIZIONI E OBIETTIVI. - 3.2. STRUTTURA DEI SISTEMI DI FARMACOVIGILANZA. - 3.3. PROVVEDIMENTI PER RAGIONI DI FARMACOVIGILANZA. - 4. *SEGUE*. LA DISTRIBUZIONE DEI FARMACI TRA ESIGENZE DI TUTELA E APERTURA DEL MERCATO. - 4.1. EVOLUZIONE NORMATIVA. - 4.2. FARMACIE E PARAFARMACIE: L'APPORTO DELLA GIURISPRUDENZA. - 4.3. IL RUOLO SOCIALE DELLE FARMACIE. - 5. *SEGUE*. LA PUBBLICITÀ DEI FARMACI. - 5.1. CORRETTA INFORMAZIONE E ESIGENZE DI *MARKETING* DELLE IMPRESE FARMACEUTICHE. - 5.2. IL VAGLIO PREVENTIVO DEL MINISTERO DELLA SALUTE SULLA PUBBLICITÀ. - 5.3. LE CAMPAGNE INFORMATIVE SULLA SALUTE E LE BUONE PRASSI. - 5.4. PUBBLICITÀ E VENDITA *ON LINE* DI FARMACI: LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2011/62/UE. - 6. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): LA TUTELA PREVENTIVA. - 6.1. LA COLLABORAZIONE AIFA, MINISTERO E NAS. - 6.2. IL CONTROLLO SULLA PRODUZIONE. - 6.3. IL CONTROLLO SULLA DISTRIBUZIONE. - 7. *SEGUE*. FARMACI CONTRAFFATTI E TUTELA DEL CONSUMATORE. - 7.1. FARMACI CONTRAFFATTI E STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA FILIERA. - 7.2. LA CONFERENZA DEI SERVIZI ISTRUTTORIA PER LA LOTTA ALLA CONTRAFFAZIONE. - 7.3. IL PROGETTO IMPACT. - 8. *SEGUE*. LA TUTELA SUCCESSIVA: DANNO DA FARMACI E RESPONSABILITÀ. - 8.1. IL PROBLEMA DELLA GIUSTA ATTRIBUZIONE DEI RISCHI: IL QUADRO NORMATIVO. - 8.2. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI. - 9. *SEGUE*. SETTORE FARMACEUTICO E TUTELA DEL MERCATO. - 9.1. IMPORTAZIONI PARALLELE. - 9.2. CENNI AI PROFILI *ANTITRUST*: IL CASO ROCHE-NOVARTIS. - 9.3. TUTELA BREVETTUALE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE (CENNI). **SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE (ELENA BELLISARIO):** 1. L'AIFA NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE FARMACEUTICO. - 1.1. SUL PIANO NORMATIVO. - 1.2. LA PRASSI. - 2. RILEVANZA DELLE ISTANZE PROPOSTE DALL'AIFA ED EFFICACIA DELL'INTERVENTO. - 3. PROBLEMI E PROSPETTIVE. - 4. CONSIDERAZIONI FINALI.

INTRODUZIONE (ELENA BELLISARIO)

Quest'anno il Rapporto dedica per la prima volta uno spazio al settore farmaceutico, perennemente oggetto di analisi, dibattiti e sfide per la complessità e la peculiarità delle questioni che involge, ma soprattutto, per la loro enorme rilevanza economica e sociale.

In effetti, il meccanismo di funzionamento di tale settore - uno dei più importanti e strategici per il futuro dell'Europa¹ - si rivela particolarmente complesso e peculiare sia sotto il profilo soggettivo (i numerosi soggetti coinvolti - imprese farmaceutiche, pazienti, medici, farmacisti, distributori all'ingrosso, agenzie regolatorie e coloro che rimborsano i farmaci o i servizi della salute (SSN) - sono caratterizzati da asimmetria profonda e interessi eterogenei ma, nel contempo, legati da una fortissima interdipendenza) sia sotto quello oggettivo (il farmaco è un prodotto industriale, tanto che la stessa Agenzia europea per i medicinali - EMA dipende - o, almeno, così sembra al momento dell'ultimazione del presente lavoro - dalla Direzione Generale

¹ Come di recente sottolineato nel parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) "Le trasformazioni industriali nel settore farmaceutico europeo" del 29 aprile 2014.

Imprese e Industria², ma nel contempo strumento terapeutico essenziale per la salute).

Si tratta perciò di un settore rigidamente regolato e controllato a livello europeo e nazionale e nel quale lo Stato, nella duplice veste di regolatore e finanziatore, è chiamato a svolgere una difficile opera di bilanciamento dei diversi interessi in gioco nel perseguimento di una pluralità degli obiettivi di fondo: la tutela della salute dei cittadini, il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali, l'aumento degli incentivi alla ricerca e all'innovazione, il contenimento della spesa farmaceutica pubblica³.

Nella evidente impossibilità di affrontare in modo esaustivo un settore così complesso, e considerando che caratteristica costante dei Rapporti *Consumerism* è porre al centro l'attività delle Autorità/Agenzie di regolazione e controllo, si è scelto di privilegiare alcuni degli aspetti e dei problemi direttamente incidenti sulla salute pubblica, focalizzando quindi l'attenzione sulla tutela preventiva e successiva dei pazienti-consumatori e sul ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) nel contesto farmaceutico europeo e internazionale.

I numerosi altri macro-temi trasversali interessanti, a vario titolo, il settore, ma di carattere prettamente economico (solo per menzionarne alcuni: distribuzione dei farmaci e liberalizzazioni, concorrenza, contrattazione dei prezzi, controllo della spesa farmaceutica)⁴, saranno quindi solo occasionalmente accennati, con l'intento (e l'auspicio) di un loro futuro approfondimento nella consapevolezza della loro rilevanza collettiva e della stretta connessione esistente tra di essi e il tema "salute".

2 Difatti, tra le prime mosse del Presidente della (neo-insediata) Commissione Ue Jean-Claude Juncker vi è la decisione (annunciata lo scorso 10 settembre 2014 e su cui, invero, già si parla di un "ripensamento" in virtù delle asprissime polemiche suscitate) di (ri)trasferire l'EMA dalla Direzione Generale per la Salute e i Consumatori alla Direzione Generale per le Imprese e l'Industria. La decisione, se non dovesse intervenire un revirement, implicherebbe un "ritorno al passato" (e, per molti, un "grave passo indietro"): giova infatti ricordare che in origine l'EMA (allora EMEA) era già collocata sotto la DG Industria, e che solo a partire dal 2010 (anche a seguito di una significativa campagna europea) era stata opportunamente trasferita nell'ambito della DG Sanco.

3 Il controllo statale viene esercitato sia sul lato dell'offerta (normativa sulla brevettazione; controllo delle fasi di sperimentazione di nuovi prodotti e obbligatorietà della registrazione prima dell'immissione al commercio del medicinale; normativa sui canali distributivi intermedi e finali; normativa sulla pubblicità delle specialità medicinali) sia sul lato della domanda (criteri di classificazione e rimborso dei medicinali; meccanismi di determinazione dei prezzi). Cfr. al riguardo l'Indagine conoscitiva AGCM del novembre 1997 (prov. 2293).

4 Temi, fra l'altro, rientranti (sotto vari profili) anche nelle competenze di altre Autorità: v. ad esempio l'Indagine conoscitiva AVCP sulle gare per la fornitura di farmaci (aprile 2011), a cura della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture, reperibile sul sito http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Pubblicazioni/StudiRicerche_RelazioneFarmaci/.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE (Aldo Corvino, Paolo Occhuzzi*)

SOMMARIO: 1. PROFILI SOGGETTIVI E OGGETTIVI. - 1.1. I SOGGETTI ISTITUZIONALI: AIFA, EMA E MINISTERO DELLA SALUTE. - 1.2. I SOGGETTI DELLA “FILIERA” DEL FARMACO: SISTEMA SANITARIO, FARMACISTI E MEDICI. - 1.3. I PRODOTTI FARMACEUTICI: CLASSIFICAZIONE. - 2. L’AIFA TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL’UNIONE. - 2.1. L’AUTORIZZAZIONE ALL’IMMISSIONE IN COMMERCIO (AIC). - 2.2. LE COMPETENZE TRA UNIONE E STATI MEMBRI. - 2.3. L’AIC PER I FARMACI GENERICI. - 3. L’APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI (FASE FISIOLOGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): IL SISTEMA DI FARMACOVIGILANZA. - 3.1. DEFINIZIONI E OBIETTIVI. - 3.2. STRUTTURA DEI SISTEMI DI FARMACOVIGILANZA. - 3.3. PROVVEDIMENTI PER RAGIONI DI FARMACOVIGILANZA. - 4. *SEGUE*. LA DISTRIBUZIONE DEI FARMACI TRA ESIGENZE DI TUTELA E APERTURA DEL MERCATO. - 4.1. EVOLUZIONE NORMATIVA. - 4.2. FARMACIE E PARAFARMACIE: L’APPORTO DELLA GIURISPRUDENZA. - 4.3. IL RUOLO SOCIALE DELLE FARMACIE. - 5. *SEGUE*. LA PUBBLICITÀ DEI FARMACI. - 5.1. CORRETTA INFORMAZIONE E ESIGENZE DI *MARKETING* DELLE IMPRESE FARMACEUTICHE. - 5.2. IL VAGLIO PREVENTIVO DEL MINISTERO DELLA SALUTE SULLA PUBBLICITÀ. - 5.3. LE CAMPAGNE INFORMATIVE SULLA SALUTE E LE BUONE PRASSI. - 5.4. PUBBLICITÀ E VENDITA *ON LINE* DI FARMACI: LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2011/62/UE. - 6. L’APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): LA TUTELA PREVENTIVA. - 6.1. LA COLLABORAZIONE AIFA, MINISTERO E NAS. - 6.2. IL CONTROLLO SULLA PRODUZIONE. - 6.3. IL CONTROLLO SULLA DISTRIBUZIONE. - 7. *SEGUE*. FARMACI CONTRAFFATTI E TUTELA DEL CONSUMATORE. - 7.1. FARMACI CONTRAFFATTI E STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA FILIERA. - 7.2. LA CONFERENZA DEI SERVIZI ISTRUTTORIA PER LA LOTTA ALLA CONTRAFFAZIONE. - 7.3. IL PROGETTO IMPACT. - 8. *SEGUE*. LA TUTELA SUCCESSIVA: DANNO DA FARMACI E RESPONSABILITÀ. - 8.1. IL PROBLEMA DELLA GIUSTA ATTRIBUZIONE DEI RISCHI: IL QUADRO NORMATIVO. - 8.2. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI. - 9. *SEGUE*. SETTORE FARMACEUTICO E TUTELA DEL MERCATO. - 9.1. IMPORTAZIONI PARALLELE. - 9.2. CENNI AI PROFILI *ANTITRUST*: IL CASO ROCHE-NOVARTIS. - 9.3. TUTELA BREVETTUALE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE (CENNI).

1. PROFILI SOGGETTIVI E OGGETTIVI

In campo sanitario-farmaceutico il nostro ordinamento giuridico si ispira al principio, di rilievo costituzionale, della tutela della salute dei cittadini e della garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32 Cost.), realizzato attraverso il contemperamento tra l’esigenza (pubblica) di apprestare opportune forme di controllo-vigilanza sulla somministrazione di medicinali - realizzata anche attraverso l’istituto della prescrizione medica - e il diritto, anch’esso di rilievo costituzionale (art. 41 Cost.), al libero esercizio di un’attività economica (vendita di prodotti farmaceutici). Questo in quanto il bene salute è “valore primario” dell’ordinamento che comprende non solo molteplici situazioni soggettive, ma rileva anche nella sua dimensione di “interesse

* Le opinioni espresse dall’Autore non impegnano l’Istituzione cui appartiene

della collettività”¹.

In tale ottica, è indubbio che la tutela di tale valore impegna i soggetti che - a diverso titolo e secondo i propri compiti - intervengono non solo nella fase della normopoesi ma anche in quella di regolazione e controllo.

È d'uopo, dunque, fare un breve cenno preliminare ai profili oggettivi e soggettivi, prima di addentrarsi nell'approfondimento oggetto dello studio, ossia la tutela del consumatore nel settore farmaceutico.

1.1. I soggetti istituzionali: AIFA, EMA e Ministero della Salute

Gli attori istituzionali del settore farmaceutico rappresentano parte, invero rilevante, dei tasselli che compongono tale mosaico.

Sotto il profilo istituzionale, il controllo del settore è affidato ai poteri di intervento del Ministero della Salute, dell'Autorità Europea dei Farmaci (in seguito, più brevemente citata con l'acronimo inglese “EMA”) e dell'Agenzia Italiana del Farmaco (“AIFA”). Ognuno dei citati tre protagonisti coprono ambiti tra loro strettamente collegati che attengono al controllo della pubblicità dei farmaci, alla farmacovigilanza e alle autorizzazioni in commercio.

Più nello specifico, l'Agenzia Italiana del Farmaco è l'autorità nazionale competente per l'attività regolatoria dei farmaci in Italia.

È un ente di diritto pubblico, dotato di personalità giuridica, istituito dal d.l. 269/2003 (in seguito convertito nella l. 326/2003) e ha iniziato la sua attività nel luglio 2004².

L'Agenzia opera sulla base degli indirizzi del Ministero della Salute, ed è sottoposta alla vigilanza del medesimo dicastero e di quello dell'Economia e delle Finanze. L'Agenzia è altresì dotata di autonomia organizzativa, patrimoniale, finanziaria e gestionale³.

¹ Cfr. A. CATAUDELLA, Diritto alla salute e qualità della vita, in La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale: principi fondamentali, Atti del II Convegno Nazionali SISDiC, I, Napoli, 2008, 173.

² Per un approfondimento sulle funzioni e l'attività svolta dall'Agenzia Italiana del Farmaco si rinvia a E. BELLISARIO, Sezione II, in questo Rapporto.

³ Il nuovo regolamento di organizzazione, amministrazione e ordinamento del personale dell'AIFA è stato adottato e pubblicato nell'ottobre 2009. Sono organi dell'Agenzia il direttore generale, il consiglio di amministrazione

Gli obiettivi dell'istituzione sono concentrati nel controllo dell'intero percorso del farmaco: dalla sperimentazione clinica, all'immissione in commercio secondo criteri di qualità, sicurezza ed efficacia, operando un monitoraggio continuo delle reazioni avverse e del profilo rischio-beneficio attraverso la rete nazionale di farmacovigilanza.

L'AIFA fornisce, inoltre, informazione pubblica e indipendente per favorire il corretto uso dei farmaci e orientare il processo delle scelte terapeutiche e l'appropriatezza delle prescrizioni. Inoltre l'Agenzia cura l'aggiornamento degli operatori sanitari attraverso le attività editoriali e i programmi di formazione a distanza.

Oltre a realizzare al proprio interno l'intero processo decisionale, garantendo così l'unitarietà del sistema farmaceutico e l'equità nell'accesso ai medicinali quali strumenti di tutela della salute, l'AIFA governa la spesa farmaceutica in stretto rapporto con le Regioni e l'industria, mantenendo l'equilibrio economico nell'ambito del tetto di spesa stabilito annualmente dallo Stato.

I processi di valutazione scientifica e l'attività negoziale connessa all'attribuzione del prezzo e alla rimborsabilità dei farmaci sono supportate dall'analisi di Commissioni consultive tecnico-scientifiche, mentre le attività di monitoraggio sul consumo e la sicurezza dei farmaci e sulle sperimentazioni cliniche sono garantite dall'attività di Osservatori dedicati.

L'Agenzia rappresenta, infine, il referente nazionale dell'Agenzia europea per i medicinali (*European Agency for Medicines* - EMA) sia per le procedure comunitarie di autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) che per la registrazione dei prodotti farmaceutici⁴.

L'EMA, evoluzione della già esistente Agenzia europea per la valutazione dei medicinali, è stata istituita con il Reg. CE 726/2004, al fine di dotare l'Unione di mezzi per valutare scientificamente i medicinali presentati secondo le procedure comunitarie d'autorizzazione centralizzate di cui si parlerà in seguito. Al fine di garantire il buon funzionamento del mercato interno, inoltre, l'EMA si occupa di assicurare l'armo-

e il collegio dei revisori. La struttura tecnica dell'AIFA è articolata in cinque Aree tecnico-scientifiche e una di Coordinamento degli affari amministrativi, un Coordinamento degli Uffici di Staff, un Ufficio di Presidenza, un Ufficio Stampa e della Comunicazione e un'Unità dedicata alle Terapie Avanzate.

⁴ Per un approfondimento sulle competenze in materia di autorizzazione per l'immissione in commercio dei farmaci dell'AIFA e dell'omologa agenzia europea, si rinvia ad A. CORVINO, *infra*, Sezione I, par. 2, in questo Rapporto.

nizzazione effettiva delle decisioni amministrative prese dagli Stati membri rispetto ai medicinali presentati secondo procedure d'autorizzazione decentralizzate, e di risolvere eventuali divergenze tra Stati membri in merito alla qualità, sicurezza ed efficacia dei medicinali.

Sotto il profilo operativo, l'Agenzia europea si compone di comitati, tra cui il comitato per i medicinali per uso umano, il comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza, il comitato pediatrico, il comitato per i medicinali a base di piante e il comitato per le terapie avanzate, un segretariato e un consiglio d'amministrazione. Ogni Stato membro nomina un membro e un supplente del consiglio d'amministrazione, nonché un membro e un supplente nei comitati. I membri di ogni comitato possono farsi accompagnare da esperti competenti in settori scientifici o tecnici particolari.

Oltre al coordinamento per la procedura di immissione in commercio dei farmaci, l'istituzione dell'Agenzia ha avuto il precipuo compito di rafforzare e sviluppare in modo sistematico la consulenza scientifica alle imprese nella fase di ricerca e sviluppo di nuovi medicinali, ben a monte delle richieste di immissione in commercio⁵.

Tra gli attori istituzionali protagonisti del settore farmaceutico svolge, infine, un ruolo di primo rilievo il Ministero della Salute.

Nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti costituzionali alla dignità della persona umana e alla salute, sono, infatti, attribuite al Ministero della Salute⁶ le funzioni relative al con-

5 Cfr. art. 51, lett. I), Reg. CE 726/2004. Come già detto, per le Istituzioni dell'UE, l'attività di consulenza rappresenta un aspetto estremamente importante, soprattutto nel quadro delle nuove terapie e dei medicinali derivati da procedimenti biotecnologici: si tratta di aiutare e di stimolare la ricerca farmaceutica in Europa e permettere così ai pazienti europei di ottenere in tempi più rapidi medicinali più efficaci. L'EMA è altresì coinvolta a livello comunitario in programmi d'uso umanitario di talune aziende farmaceutiche (art. 73 reg. cit.) per i medicinali ad uso umano che entrano nel campo d'applicazione del citato regolamento (per "uso umanitario" s'intende, qui, messa a disposizione di determinati gruppi di pazienti di un medicinale prima che sia autorizzato ma a precise condizioni, da parte di un'azienda e sotto la sua responsabilità). Appare evidente che tale prerogativa deve presentare - almeno potenzialmente - un interesse rilevante dal punto di vista della sopravvivenza, della qualità della vita o del miglioramento della prognosi della malattia dei pazienti interessati. Questo uso umanitario è quindi riservato a medicinali destinati a patologie gravi, spesso mortali, per le quali le terapie sono rare o inesistenti o presentano effetti indesiderati notevoli. Per definizione, l'uso umanitario si situa prima o durante la procedura di valutazione finalizzata al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio. Esso termina con la fine di questa procedura. Si precisa infine che se taluni pazienti ottengono medicinali in via di sviluppo partecipando a test clinici, l'uso umanitario, così come è inteso qui, riguarda la messa a disposizione del medicinale al di fuori di tali test.

6 Cfr. d. lgs. 300/1999 e successive modificazioni.

trollo e vigilanza sui farmaci (in coordinamento con AIFA), sulle sostanze e prodotti destinati all'impiego in medicina e sull'applicazione delle biotecnologie. Infine spetta al Ministero della Salute la valutazione e l'autorizzazione della pubblicità dei farmaci promossi presso il pubblico.

1.2. I soggetti della “filiera” del farmaco: sistema sanitario, farmacisti e medici

L'accesso dei cittadini al bene farmaco non è libero, ma disciplinato da norme speciali che lo sottraggono alle leggi generali sul commercio, riservando al farmacista in via primaria la dispensazione al pubblico, su necessaria indicazione del medico⁷.

La possibilità del cittadino di ricorrere all'utilizzo dei farmaci avviene in prevalenza nell'ambito del sistema sanitario nazionale che, sulla base dei c.d. «*Livelli essenziali di assistenza*» (LEA), garantisce la gestione unitaria della tutela della salute in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, indistintamente dalle condizioni sociali.

Il d. lgs. 502/1992 definisce i LEA all'art. 1, come l'insieme delle prestazioni che vengono garantite dal Servizio Sanitario Nazionale, a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa, perché presentano, per specifiche condizioni cliniche, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, individuale o collettiva, a fronte delle risorse impiegate⁸. Pertanto, sono escluse dai LEA le prestazioni, i servizi e le attività che non rispondono a necessità assistenziali, le prestazioni di efficacia non dimostrabile o che sono utilizzate in modo inappropriato rispetto alle condizioni cliniche dei pazienti e le prestazioni che, a parità di beneficio per i pazienti, comportano un impiego di risorse superiore ad altre (sono più costose di altre).

I LEA sono suddivisi in tre grandi aree⁹: a) assistenza sanitaria collettiva in ambiente

7 Cfr. t.u. delle leggi sanitarie di cui al R.d. 27 luglio 1934, n. 1265, in part. art. 122.

8 La finalità dei LEA - così come ribadito anche dalla Corte Cost. 19 giugno 2002, n. 282, in GU 3 luglio 2002 - è quella di consentire al legislatore statale di assicurare a tutti i cittadini l'erogazione di determinate prestazioni, senza discriminazioni territoriali, in piena attuazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Per approfondimenti sul tema: F. PIZZETTI, *La tua tutela dei diritti nei livelli sub-statali*, in AA.Vv. *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. Bilancia ed E. De Marco, Milano, 2004, 217 ss.; E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'uguaglianza? Evoluzione i diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in AA.Vv., *Il sistema integrato dei servizi sociali (Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione)*, a cura di E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori, Milano, 2007, 27 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, a cura di E. Catelani, G. Corte Cerrina Feroni, M.C. Grisolia, Torino, 2010, 12.

9 In attuazione della l. 405/2001 è stato emanato il d.p.c.m. 29 novembre 2001 di “Definizione dei Livelli

di vita e di lavoro, ossia i livelli essenziali di tutela dagli effetti dell'inquinamento, dai rischi infortunistici negli ambienti di lavoro, sanità veterinaria, tutela degli alimenti, profilassi delle malattie infettive, vaccinazioni e programmi di diagnosi precoce, medicina legale; b) l'assistenza distrettuale relativa alle attività e ai servizi sanitari e sociosanitari diffusi sul territorio (medicina di base, assistenza farmaceutica, specialistica e diagnostica ambulatoriale, servizi domiciliari agli anziani e ai malati gravi, consultori, residenze per gli anziani e i disabili, centri diurni, case famiglia e comunità terapeutiche); c) assistenza ospedaliera.

All'interno dell'assistenza distrettuale è prevista, dunque, l'assistenza farmaceutica attraverso cui lo Stato regola la dispensazione gratuita dei medicinali e degli altri prodotti sanitari. I rapporti tra le farmacie e il Servizio Sanitario Nazionale sono regolati da apposite convenzioni, di durata triennale, conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati, a norma dell'art. 4, co. 9, l. 30 dicembre 1991, n. 412, con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in campo nazionale. È poi demandato ad accordi di livello regionale la disciplina delle modalità di presentazione delle ricette e i tempi dei pagamenti dei corrispettivi nonché di modalità ulteriori di erogazione delle prestazioni finalizzate al miglioramento dell'assistenza, di informazione ed educazione sanitaria.

In tale cornice, le farmacie, sia quelle in titolarità privata sia quelle in titolarità comunale,¹⁰ rappresentano anche gli strumenti per l'esercizio del servizio pubblico preordinato alla tutela della salute¹¹.

essenziali di assistenza" che elenca, negli allegati, le attività e le prestazioni incluse nei Livelli, le prestazioni escluse, le prestazioni che possono essere fornite dal Servizio Sanitario Nazionale solo a particolari condizioni. Risultano attualmente escluse dai LEA, con particolare riguardo all'assistenza farmaceutica, le medicine non convenzionali (tra cui agopuntura, fitoterapia, medicina antroposofica, medicina ayurvedica, omeopatia, chiropratica, osteopatia).

10 L'apertura delle farmacie non è discrezionale, ma avviene sulla base della pianta organica delle sedi farmaceutiche: il sistema prevede il contingentamento del numero totale delle farmacie distribuite sulla base dei criteri determinati dal decisore pubblico che ineriscono sia alla distanza tra le farmacie sia al rapporto farmacie/popolazione residente. Il sistema della pianta organica fu pensato già nel lontano 1913 dal legislatore per garantire una distribuzione capillare di farmaci, evitando il rischio che le farmacie si concentrassero solo nelle zone commercialmente più attraenti prevedendo un numero massimo di farmacie insediabili sul territorio, e assicurando così ad ogni esercizio una quota di mercato.

11 Il concetto di servizio universale, analizzato anche nel Libro Verde della Commissione UE sui servizi d'interesse generale del 2003 [COM (2003) 207 def.], ha come finalità quella di indicare i principi da rispettare nell'erogazione di tali servizi. Si fa infatti riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale che devono essere presenti nell'erogazione del servizio stesso, come ad esempio la continuità, la qualità, l'accessibilità alle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori. L'UE tende così ad operare un bilanciamento tra le esigenze inderogabili del mercato e le istanze sociali e i diritti, tutelati spesso anche a livello costituzionale, dei singoli. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a A. MONICA, *I regimi di autorizzazione e la libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, in *Diritto Amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, a cura di D.U. Galetta,

Il *trait d'union* tra il sistema nazionale e l'assistenza farmaceutica è rappresentato dal medico, soggetto che, nel prescrivere una specialità medicinale o altro medicinale prodotto industrialmente, si attiene alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dall'AIFA¹².

La prescrizione medica, con particolare riferimento alla prescrizione di medicinali, rientra nella sfera volitiva e, dunque, nella esclusiva responsabilità del medico prescrittore, almeno con riferimento alla scelta ed indicazione della terapia farmacologia in relazione alla patologia riscontrata, nonché ai tempi, dosi e modalità di somministrazione del farmaco¹³.

Ben lungi dall'essere affidata alla totale discrezionalità del professionista, però, la prescrizione deve essere effettuata, oltre che «*secondo scienza e coscienza*», nel rispetto delle norme di settore, delle limitazioni e delle indicazioni fornite dal Ministero della Salute nelle schede tecniche ed eventualmente contenute nelle note della Commissione Unica del Farmaco ("CUF")¹⁴, nonché dei seguenti principi: a) economicità e riduzione degli sprechi; b) appropriatezza della prescrizione, ossia la necessità che ad ogni patologia corrisponda esclusivamente la prescrizione di farmaci (principi attivi) che risultino tali - per quantità, qualità e modalità di somministrazione - da indurre un miglioramento nelle condizioni di salute del paziente, con conseguente illiceità di comportamenti prescrittivi che portino il paziente ad un consumo di farmaci incongruo od inadeguato; c) efficacia dell'intervento¹⁵.

Torino, 2014, 520 ss.

12 Cfr. M. MINERVA, *I limiti alla discrezionalità medica nella prescrizione dei farmaci a carico del SSN e la giurisdizione della Corte dei conti sui danni da iperprescrittività*, in *Riv. Corte dei conti*, 2004, 196 ss.

13 Cfr. sul punto L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione dei farmaci. Responsabilità giuridica e deontologica*, 2007, Firenze, 147 ss. In quest'ottica, il suggerimento terapeutico di uno specialista, portato a sostegno della terapia praticata, non rileva, in quanto è sempre il medico-prescrittore che si assume totalmente la responsabilità prescrittiva e ciò sia dal punto di vista deontologico, sia dal punto di vista della responsabilità medica (relativamente ad eventuali danni al paziente), sia dal punto di vista economico per quanto riguarda la concedibilità del farmaco prescritto da parte del SSN. Il medico che trascrive la ricetta dello specialista, quindi, condivide in tutto la scelta terapeutica e ne assume la responsabilità.

14 Le c.d. note CUF sono uno strumento regolatorio per la definizione della rimborsabilità dei farmaci senza, comunque, interferire con la libertà di prescrizione del medico.

15 Che la discrezionalità (tecnica) del medico dei servizi di medicina generale nell'attività prescrittiva di medicinali non sia illimitata è affermazione che si ritrova anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 1995, n. 1310), secondo cui al riguardo sussiste sia «l'obbligo di attenersi alle modalità sancite dall'accordo collettivo, ossia l'obbligo di non superare la prescrizione di tre pezzi per ciascuna ricetta, a maggior ragione vigente nel caso di più prescrizioni dello stesso prodotto nella stessa ricetta, sia la sindacabilità delle scelte terapeutiche e sanitarie del medico che coeteris paribus si pongano in contrasto con quelle effettuate dalla generalità degli altri medici, fatta ovviamente salva la prova del contrario, il cui onere incombe sul medico

1.3. I prodotti farmaceutici: classificazione

I farmaci in commercio sul territorio italiano sono classificati in base a due differenti criteri: il regime di rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale nonché il regime di fornitura o di dispensazione, cioè, l'obbligo o meno di prescrizione medica.

Il primo criterio è lasciato alla libera determinazione di ogni singolo Stato in quanto impatta direttamente sui livelli di spesa disponibili per l'assistenza farmaceutica pubblica, mentre per il secondo criterio, di tipo tecnico-scientifico, esistono precise norme di riferimento dell'Unione Europea. La classificazione ai fini del rimborso trova nella l. 537/93, e successive modifiche, la norma di riferimento. La normativa prevede che tutte le specialità medicinali siano collocate in una delle seguenti classi:

- Classe A: medicinali a totale carico del SSN (Classe H se a carico del SSN, dispensati solo in ambito ospedaliero);
- Classe C: medicinali esclusi dal rimborso da parte del SSN, suddivisi, in Classe C e in Classe C-bis per i farmaci di automedicazione. Mentre nella Classe C sono ricompresi sia farmaci soggetti a prescrizione medica, sia medicinali senza obbligo di ricetta, nella Classe A rientrano unicamente le specialità medicinali dispensabili con ricetta medica¹⁶.

Allo scopo di garantire una maggiore appropriatezza d'uso di alcuni farmaci, l'AIFA stila periodicamente delle note con le quali, sulla base delle informazioni scientifiche internazionali conosciute al momento, determina la spesa per un determinato farmaco a carico o meno del SSN a seconda della patologia che deve contrastare. In particolare, accade che un medicinale, pure se autorizzato per diversi usi terapeutici, possa essere rimborsato solo se prescritto per la cura di patologie rilevanti oppure se giudicato capace di prevenire un rischio per uno o più gruppi di popolazione. Inoltre, è possibile che, conseguentemente a un uso inappropriato di farmaci, si

stesso». Con la conseguenza che è qualificabile come «illecito disciplinare sanzionabile l'iperprescrizione di farmaci, perché essa costituisce la situazione più frequente di scostamento, più o meno giustificato, tra le scelte del medico e quelle della generalità degli altri sanitari, laddove l'interessato non dia la dimostrazione plausibile dell'eventuale particolarità delle patologie da lui trattate».

¹⁶ Proprio su tale classe di medicinali che si gioca da anni una delle tante partite della liberalizzazione del mercato farmaceutico: se il costo di tale bene è pagato dal paziente, quindi non ricade sulla collettività, perché il SSN nazionale non se ne fa carico, ci si dovrebbe trovare davanti ad un bene "puro" scambiato sul mercato. Per un approfondimento sul punto v. *infra*, par. 4 e cfr. A. MONICA, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della fascia c: ancora un nulla di fatto. analisi della recente giurisprudenza fino alla pronuncia della corte di giustizia, cause riunite da c-159/12 a c-161/12*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 261.

decida un controllo maggiore sulla prescrizione. In questi casi, dunque, il costo del farmaco è a carico dello Stato solo se il medico lo prescriverà per determinati impieghi terapeutici e, viceversa, sarà sostenuto dal cittadino se impiegato per terapie non contenute nelle note AIFA.

Se la classificazione dei farmaci in base al regime di rimborso è lasciata alle scelte dei singoli Paesi, quella in base al regime di fornitura trova nelle Direttive Comunitarie 2001/83/CE e 2003/94/CE le norme quadro alle quali tutti gli Stati membri devono attenersi. Secondo le richiamate direttive i farmaci sono classificati in due categorie principali: a) medicinali soggetti a prescrizione medica (c.d. farmaci etici) e b) medicinali non soggetti a prescrizione medica (di seguito SOP).

Questi ultimi, a loro volta, vengono suddivisi in: b1) medicinali da banco o di automedicazione (di seguito, anche OTC) e b2) restanti medicinali non soggetti a prescrizione medica. Soltanto gli OTC, che costituiscono un sottoinsieme dei SOP, hanno accesso alla pubblicità al pubblico.

Le direttive e i relativi decreti di recepimento¹⁷ definiscono, inoltre, i medicinali con obbligo di ricetta medica attraverso specifica peculiarità. Si tratta di farmaci che possono presentare rischi se utilizzati senza il controllo del medico; sono destinati all'uso in condizioni anormali; contengono sostanze di cui devono essere approfonditi l'efficacia e/o gli effetti secondari; vi rientrano tutte le sostanze che sono somministrate per via parenterale (iniettabili).

Al contrario, i farmaci esenti dall'obbligo di prescrizione medica sono determinati per differenza, cioè come *«quelli che non rispondono ai criteri previsti per l'obbligo di prescrizione»*.

Occorre, infine, rilevare che contestualmente alla concessione dell'AIC, sia essa centralizzata o nazionale, per ogni farmaco viene approvato un documento relativo alle indicazioni terapeutiche, vie e modalità di somministrazione: tale documento, denominato Riassunto delle Caratteristiche del Prodotto (RCP, traduzione italiana di *Summary of Product Characteristics*, SmPC, compreso nel documento informativo generale predisposto da EMA per ogni farmaco e denominato *European Public*

¹⁷ Il recepimento delle direttive europee è avvenuto con il d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 e successive modifiche, che aggiorna e supera tutte le precedenti normative in materia farmaceutica.

Assessment Report, EPAR), rappresenta l'atto d'indirizzo fondamentale per l'utilizzo *standard* del prodotto da parte di medici e strutture sanitarie: tale utilizzo viene definito secondo etichetta/registrazione, ovvero "*on-label*".

L'osservanza del RCP di un farmaco sotto il profilo delle indicazioni terapeutiche e/o delle modalità di somministrazione è alla base dell'uso *on-label*, ovvero secondo etichetta. Nondimeno, quando ritenuto utile per la salute dei pazienti, in base al fondamentale principio della libertà di giudizio e indipendenza di scelta terapeutica proprio della sua professione, un medico può decidere d'impiegare un farmaco al di fuori delle indicazioni riportate nel RCP. Tale uso, comunemente definito fuori etichetta/registrazione, ovvero "*off-label*"¹⁸, può attenersi l'impiego del farmaco secondo (i) una diversa indicazione terapeutica, (ii) un diverso dosaggio, (iii) un diverso gruppo di pazienti, rispetto a quelli per cui ha ottenuto l'AIC e riportati in RCP.

2. L'AIFA TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE

2.1. L'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC)

La disciplina dei farmaci (o dei "medicinali", che è il termine utilizzato dalla legislazione europea) deve tenere in considerazione due esigenze: la tutela della salute e l'integrazione del mercato.

Da un lato, è necessario un controllo preliminare alla commercializzazione dei prodotti volto a verificare la sicurezza degli stessi; dall'altro, i controlli esercitati dagli Stati membri devono essere coordinati in modo da non creare ostacoli al mercato comune.

Con riferimento ai prodotti in generale, la soluzione prescelta, in estrema sintesi, è stata quella di stabilire a livello europeo i requisiti essenziali di sicurezza che i pro-

¹⁸ La pratica dell'*off-label* risulta molto diffusa, in particolare in alcuni importanti settori terapeutici⁸: il supporto da parte di evidenze clinico-scientifiche per gli utilizzi *off-label* di farmaci, tuttavia, varia a seconda dei casi, di frequente non ricorrendo affatto. Nonostante la sua ampiezza, il fenomeno resta privo a livello internazionale di riferimenti comuni sotto il profilo regolamentare: manca ad esempio una definizione condivisa di tali pratiche, e occorre pertanto prendere in considerazione le eventuali discipline esistenti nei diversi ordinamenti. Una sentenza della Corte di Giustizia, però, ha da ultimo fornito un'interpretazione restrittiva delle applicazioni *off-label*, rilevando come queste debbano rispondere a speciali esigenze di natura medica, fondarsi su considerazioni strettamente terapeutiche e in assenza di farmaci già autorizzati per la medesima indicazione (Corte Giust. 29 marzo 2012, causa C-185/10, Commissione c. Polonia, par. 30 ss.).

dotti devono possedere per poter circolare liberamente nell'Unione, prevedendo altresì che il rispetto delle norme tecniche elaborate da appositi Enti, e certificato da organismi qualificati, comporti una presunzione di sicurezza¹⁹.

I farmaci, però, presentano caratteristiche particolari. La definizione di medicinale di cui all'art. 1 della dir. 2001/83/CE è la seguente: *a)* ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; o *b)* ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica.

La valutazione della sicurezza dei farmaci non può prescindere dall'analisi specifica del singolo prodotto e deve tener conto dei profili innovativi dello stesso.

Anche in questo caso, però, è necessario, ed anzi ancora più importante, un sistema di controllo preventivo, che in passato veniva esercitato dai professionisti, ed in particolare da un soggetto al quale faceva capo la produzione e la distribuzione: lo speciale.

In considerazione della maggiore complessità dell'epoca contemporanea, con particolare riferimento alla produzione di massa ed allo sviluppo tecnologico, il controllo sull'immissione in commercio dei farmaci è dettagliatamente disciplinato²⁰.

A partire dalla dir. 65/65/CEE è previsto che nessun farmaco può essere immesso in commercio senza una preventiva autorizzazione (l'autorizzazione all'immissione in commercio: d'ora in poi AIC).

La normativa ha subito diverse modifiche ed oggi l'immissione in commercio di un farmaco è subordinata all'autorizzazione dell'Autorità nazionale o dell'Autorità europea: a livello nazionale la valutazione è effettuata dall'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ai sensi del d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (attuazione della citata dir. 2001/83/CE, e successive direttive di modifica, relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano); a livello europeo è stata istituita un'Autorità denominata, dopo la modifica di cui al Reg. CE 726/04, *European Medicines Agency* (EMA).

19 Sul tema, v. E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011.

20 Per quanto riguarda i soggetti coinvolti nell'autorizzazione all'immissione in commercio e nell'accesso dei cittadini ai farmaci, v. *retro*, P. OCCHIUZZI, par. 1.1 e 1.2 e, con particolare attenzione alla dimensione europea, v. *infra*, E. BELLISARIO, Sezione II, par. 1, in questo *Rapporto*.

Alla luce di quanto detto, la decisione in merito all'autorizzazione di un farmaco presenta profili particolari essendo costruita attorno alle caratteristiche degli stessi. Innanzitutto, è necessario valutare una serie di elementi, tra i quali i risultati delle prove farmaceutiche, delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche e comparare, da un lato, il rischio per la salute che può produrre l'immissione in commercio del farmaco, e dall'altro, i mancati effetti positivi che deriverebbero dalla mancata immissione in commercio. È dunque centrale l'analisi rischi-benefici, che deve essere condotta secondo il principio di precauzione²¹. Allo stesso modo, inoltre, si giustifica l'esistenza di una fase di monitoraggio successiva all'AIC, definita farmacovigilanza²².

Per quanto riguarda specificamente la disciplina dell'AIC, i problemi affrontati nei successivi paragrafi possono aggregarsi attorno a due temi.

In primo luogo, devono essere individuati i soggetti ai quali spettano tali decisioni nel contesto dell'integrazione europea.

In secondo luogo, nell'ottica della dialettica che caratterizza la disciplina dei farmaci tra tutela della salute e del mercato, si pone, con particolare riferimento all'AIC per i farmaci generici, il problema di bilanciare l'interesse alla segretezza delle informazioni con l'interesse pubblico alla trasparenza.

2.2. Le competenze tra Unione e Stati membri

L'AIC, senza la quale, come è stato accennato, nessun farmaco può essere immesso in commercio, può essere conseguita secondo diverse procedure.

La procedura nazionale, disciplinata dalla dir. 2001/83/CE (codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano), recepita dal d. lgs. 219/2006, prevede che la domanda deve essere presentata all'AIFA, la quale è competente a rilasciare l'autorizzazione in commercio.

La domanda deve contenere le informazioni e la documentazione prevista dall'art. 8 del decreto, il cui elenco può essere modificato ed integrato con decreto del Ministro

²¹ Sul tema, cfr. C.R. SUSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010. Recentemente, v. Cons. Stato 27 dicembre 2013, n. 6250, in *Urb. e app.*, 2014, 551 ss., con nota di G. MONACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*.

²² Sulla farmacovigilanza, v. più diffusamente *infra*, par. 3.

della salute, in conformità alle direttive e raccomandazioni dell'Unione Europea. In particolare, deve indicare, come è stato anticipato, i risultati delle prove farmaceutiche (chimico-fisiche, biologiche o microbiologiche), delle prove precliniche (tossicologiche e farmacologiche) e delle sperimentazioni cliniche, che costituiscono un elemento fondamentale per la valutazione all'esito della quale l'Agenzia autorizza un nuovo farmaco. Inoltre, la domanda deve contenere una *“descrizione dettagliata del sistema di farmacovigilanza”*, la *“descrizione del modo di fabbricazione”* e *“dei metodi di controllo utilizzati dal fabbricante”*²³.

Accanto alla procedura nazionale vi sono, inoltre, diverse procedure che coinvolgono, in vario modo, l'Unione Europea.

Innanzitutto, per alcuni farmaci è prevista una procedura obbligatoria gestita completamente a livello europeo.

Quest'ultima, definita procedura centralizzata, è disciplinata dal Reg. CE 726/04²⁴ ed è obbligatoria per i medicinali (indicati nell'allegato al Reg.) derivati da procedimenti biotecnologici, per i medicinali orfani, per quelli contenenti una nuova sostanza attiva non autorizzata nella Comunità alla data di entrata in vigore del regolamento, aventi come indicazione terapeutica il trattamento della sindrome da immunodeficienza acquisita, cancro, disordini neurodegenerativi, diabete e dal 20 maggio 2008 malattie autoimmuni, altre disfunzioni immunitarie, malattie virali.

È facoltativa, invece, per i medicinali che contengono una nuova sostanza attiva la cui utilizzazione in una specialità medicinale non era autorizzata da nessuno Stato membro al 1° gennaio 1995, o quelli contenenti un'indicazione completamente nuova che costituiscono un'importante innovazione, e per i nuovi medicinali derivati dal sangue o dal plasma umano²⁵.

La domanda si presenta all'EMA e l'autorizzazione è rilasciata dalla Commissione.

La procedura, in sintesi, è la seguente. L'EMA compie l'istruttoria attraverso un

23 Sulla produzione di farmaci v. *infra*, par. 6.2.

24 Ma v. anche Reg. CE 141/2000 e Reg. CE 507/2006, il quale disciplina la procedura centralizzata condizionata applicabile a determinati farmaci, come quelli classificati orfani, quelli da utilizzare in situazioni di emergenza in risposta a minacce per la salute pubblica e quelli destinati al trattamento, alla prevenzione o alla diagnosi di malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, i quali possono essere autorizzati prima che siano disponibili tutti i dati.

25 Art. 3, co. 2, Reg. CE 726/2004.

Comitato per i medicinali per uso umano (*Committee for Medicinal Products for Human Use* - CHMP)²⁶, entro duecentodieci giorni comunica alla Commissione, agli Stati membri e al richiedente il parere del Comitato con una relazione accompagnatoria. Infine, la Commissione predispone un progetto di decisione che in caso di differenze deve contenere una spiegazione dettagliata delle stesse²⁷.

Una volta autorizzato il medicinale, questo è iscritto nel registro comunitario dei medicinali (*Community Register of Medicinal Products*) e gli viene attribuito un numero, che appare nel confezionamento.

L'EMA elabora la relazione pubblica di valutazione europea (EPAR), redatta in modo tale da essere comprensibile al pubblico, la quale contiene le condizioni di utilizzazione del medicinale e una sintesi della valutazione del Comitato.

Una volta terminata la procedura a livello europeo, il titolare dell'AIC dovrà negoziare a livello nazionale il prezzo di vendita al pubblico e la classificazione del farmaco ai fini del rimborso²⁸.

Nel contesto dell'Unione Europea si collocano altre due procedure, che hanno ad oggetto i farmaci per i quali non è obbligatoria la procedura centralizzata che è appena stata sintetizzata.

Tali procedure sono volte ad evitare che per un medesimo farmaco vi siano differenti valutazioni da parte delle autorità nazionali.

Si tratta della procedura di mutuo riconoscimento (disciplinata dagli artt. 28 ss. del codice) e della procedura decentrata (disciplinata dagli artt. 32 ss. del codice).

La prima si occupa del caso in cui per un farmaco già autorizzato da uno Stato membro sia chiesta l'autorizzazione in un altro Stato.

La seconda, invece, fa riferimento al caso in cui l'autorizzazione sia richiesta con-

26 Come accennato, l'EMA si avvale in tutto di sette Comitati scientifici i quali, oltre al *Committee for Medicinal Products for Human Use* (CHMP), sono i seguenti: *Pharmacovigilance Risk Assessment Committee* (PRAC); *Committee for Medicinal Products for Veterinary Use* (CVMP); *Committee for Orphan Medicinal Products* (COMP); *Committee on Herbal Medicinal Products* (HMPC); *Committee for Advanced Therapies* (CAT); *Paediatric Committee* (PDCO).

27 Art. 10 reg. CE 726/2004.

28 Quest'ultima attività è svolta dal Comitato Prezzi e Rimborsi (CPR) e dalla Commissione Tecnico Scientifica (CTS).

temporaneamente, e per la prima volta, in diversi Stati membri.

È evidente che in questi casi si pone un problema analogo, in quanto le decisioni dei due Stati potrebbero essere diverse: nel primo caso il secondo Stato membro potrebbe non autorizzare un farmaco che è già stato autorizzato dal primo; nel secondo caso l'AIC potrebbe essere concessa da uno Stato e negata dall'altro.

Entrambe le procedure prevedono, quindi, che uno Stato agisca quale «*Stato membro di riferimento*»²⁹, predisponendo una relazione di valutazione che, insieme al riassunto delle caratteristiche del prodotto, all'etichettatura ed al foglietto illustrativo approvati sono trasmessi agli Stati interessati ed al richiedente.

Se gli Stati interessati approvano tali documenti, ne informano lo Stato di riferimento, il quale a sua volta lo comunica al richiedente e chiude il procedimento. Dopodiché ogni Stato membro adotta una decisione conforme.

Il problema si pone quando uno Stato membro ritenga di non poter approvare tale documentazione a causa di un rischio potenziale grave per la salute pubblica.

In tal caso, quest'ultimo «*fornisce una motivazione approfondita della propria posizione allo Stato membro di riferimento, agli altri Stati membri interessati e al richiedente*», comunicando altresì gli elementi su cui si basa il dissenso al gruppo di coordinamento. A questo punto tutti gli Stati membri coinvolti si adoperano per raggiungere un accordo sulle misure da adottare nel gruppo di coordinamento.

Se l'accordo si raggiunge, lo Stato membro di riferimento informa il richiedente e chiude il procedimento, analogamente a quanto avviene nel caso in cui gli Stati interessati approvano subito la documentazione.

Se l'accordo non si raggiunge, è prevista una procedura al fine di raggiungere decisioni armonizzate: viene informata l'EMA ed il Comitato emette un parere, dopo aver concesso al richiedente la possibilità di presentare spiegazioni scritte o orali, e informa immediatamente il richiedente se: a) la domanda non è conforme ai criteri di autorizzazione; b) il riassunto delle caratteristiche del prodotto presentato dal richiedente o dal titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio dovrebbe essere modificato; c) l'autorizzazione dovrebbe essere subordinata a determinate

²⁹ Lo "Stato membro di riferimento", nel caso di mutuo riconoscimento, è quello che ha già concesso l'AIC.

condizioni, con riferimento alle condizioni considerate fondamentali per l'uso sicuro ed efficace del medicinale, inclusa la farmacovigilanza; d) l'autorizzazione all'immissione in commercio dovrebbe essere sospesa, modificata o revocata. Il richiedente o il titolare dell'autorizzazione può richiedere un riesame di tale parere, ma la richiesta è presentata comunque all'EMA ed è sempre il Comitato a decidere.

All'esito del parere, la Commissione elabora un progetto di decisione e, come avviene per la procedura centralizzata, se ritiene di discostarsi da quest'ultimo allega le precise motivazioni delle divergenze.

2.3. L'AIC per i farmaci generici

All'AIC ed al relativo procedimento si collega un aspetto che merita particolare attenzione.

L'AIC fa seguito ad una fase di ricerca che si articola in prove farmaceutiche, sperimentazioni precliniche e cliniche.

Da un lato, vi è l'interesse di chi ha investito in tali ricerche a non diffondere informazioni che potrebbero comprometterne il ritorno economico.

Dall'altro lato, vi è un interesse generale alla pubblicizzazione di tali risultati in almeno due direzioni. In primo luogo, la mancata trasparenza sui risultati delle ricerche rende poco controllabili le decisioni in ordine alla valutazione del farmaco. In secondo luogo, impedendo alle altre imprese di conoscere tali risultati scientifici non si agevola la produzione di altri farmaci.

Come è noto, gli investimenti in campo farmaceutico, così come in altri campi, sono tutelati dalla disciplina dei brevetti e nel campo dei farmaci è anche possibile ottenere un *"certificato complementare di protezione"* che consente all'impresa di prolungare il periodo di protezione in modo da recuperare il tempo necessario ad ottenere l'AIC³⁰.

Il problema che si sta analizzando è però diverso e riguarda il momento in cui si è

30 P. ERRICO, *La durata dei certificati complementari di protezione nazionali: questioni di costituzionalità*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 504 ss.

ormai esaurita la protezione brevettuale. In questo momento, consentendo l'accesso a tali informazioni si permetterebbe ad altre imprese di produrre farmaci utilizzando i dati scientifici frutto della ricerca già effettuata, mentre negando tale possibilità si costringerebbero queste ultime a ripetere le predette ricerche. È bene sottolineare, come ha fatto la Corte di Giustizia³¹, che l'esonero dalla produzione di tali dati scientifici consente al secondo richiedente l'AIC di risparmiare tempo e spese necessari per raccogliere tali dati, ma anche di evitare che siano ripetute prove sull'uomo o sull'animale non strettamente necessarie.

Il codice prevede diverse procedure che permettono di ottenere un'AIC senza la necessità di presentare i risultati degli studi scientifici.

Ciò è possibile nel caso in cui il farmaco per il quale si chiede l'AIC è simile a quello che l'ha già ottenuta e per il quale sono stati già effettuati gli studi prescritti.

Il problema è quello di delimitare tale categoria di farmaci simili, definiti farmaci generici, a quelli che hanno già ottenuto l'AIC, denominati farmaci di riferimento.

La dir. 65/65/CEE si limitava a richiedere che il farmaco generico fosse "essenzialmente analogo" a quello di riferimento. La Corte di Giustizia chiarì che tale requisito ricorreva nelle ipotesi in cui vi era identità della composizione qualitativa e quantitativa in principi attivi, identità della forma farmaceutica e bioequivalenza³².

Oggi il medicinale generico, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, è definito dall'art. 10, co. 2, lett. b), del codice, e dal d. lgs. 219/2006 come un «*medicinale che ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento nonché una bioequivalenza con il medicinale di riferimento dimostrata da studi di biodisponibilità*». Quanto al requisito della forma farmaceutica, la Corte di Giustizia ha poi chiarito che deve farsi riferimento alla Farmacopea europea, che la definisce come la sintesi della forma in cui un prodotto farmaceutico è presentato dal produttore e della forma in cui esso viene somministrato, inclusa la forma fisica. Partendo da questa definizione la Corte ha ritenuto, ad esempio, che se diversi farmaci si presentano sotto forma di una soluzione che va diluita in una bevanda, la forma farmaceutica deve ritenersi la

31 V. Corte Giust. 3 dicembre 1998, in causa C-368/96, Generics, punto 4.

32 Cfr. ancora Corte Giust. 3 dicembre 1998, cit., punto 36.

stessa anche se dopo essere stati diluiti assumono una forma diversa (nella specie: macroemulsione, microemulsione e nanodispersione)³³.

Una volta chiarita la nozione di farmaco generico è opportuno passare in rassegna le diverse procedure che permettono di ottenere l'AIC senza la necessità di presentare i risultati degli studi scientifici: la procedura abbreviata semplice, la procedura abbreviata ibrida e la procedura abbreviata basata sulla letteratura scientifica.

Quanto al soggetto competente, la domanda deve essere presentata all'autorità nazionale, anche nel caso in cui il farmaco di riferimento aveva ottenuto un'AIC centralizzata, ma in tal caso la procedura a livello europeo può essere seguita anche per il generico. È importante sottolineare che la domanda può essere presentata anche ad un'Autorità nazionale diversa rispetto a quella che ha autorizzato il farmaco di riferimento, ed in tal caso le informazioni andranno recuperate presso quest'ultima.

La procedura abbreviata semplice può essere seguita quando un farmaco corrisponde perfettamente alla definizione di "generico" e le sue indicazioni terapeutiche rientrano tra quelle già autorizzate per quello di riferimento. In questo caso l'intero contenuto del fascicolo diviene utilizzabile.

La procedura abbreviata ibrida, invece, è il frutto di una interpretazione della Corte di Giustizia volta ad ampliare la possibilità di accesso al fascicolo del farmaco di riferimento.

La Corte ha elaborato tale interpretazione con riferimento alla direttiva del 1965, ma il ragionamento può essere applicato anche alla disposizione del codice comunitario. L'art. 10, co. 3, prevede che se il medicinale non rientra nella definizione di medicinale generico o se non è possibile dimostrare la bioequivalenza con studi di biodisponibilità, oppure in caso di cambiamenti della o delle sostanze attive, delle indicazioni terapeutiche, del dosaggio, della forma farmaceutica o della via di somministrazione rispetto a quelli del medicinale di riferimento, sono forniti i risultati delle prove precliniche o delle sperimentazioni cliniche appropriate. Tale disposizione è stata letta nel senso che è comunque consentito richiamare i risultati del farmaco generico con la necessità di integrare la documentazione soltanto con

33

Corte Giust. 29 aprile 2004, causa C-106/01, SangStat c. Novartis Pharmaceuticals, punto 41.

riferimento alle differenze³⁴.

È inoltre possibile usufruire della c.d. procedura abbreviata basata sulla letteratura scientifica e non fornire i risultati delle prove precliniche o delle sperimentazioni cliniche dimostrando che le sostanze attive del medicinale sono di impiego medico ben consolidato nell'Unione da almeno dieci anni e presentano una riconosciuta efficacia e un livello accettabile di sicurezza.

Infine, è prevista un'altra agevolazione per ottenere l'AIC nel caso di farmaci contenenti sostanze attive presenti nella composizione di altri farmaci già autorizzati ma non ancora usate in associazione a fini terapeutici: ferma restando la necessità di fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche, non è necessario fornire documentazione scientifica su ogni singola sostanza attiva.

3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI (FASE FISIOLOGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): IL SISTEMA DI FARMACOVIGILANZA

3.1. Definizioni ed obiettivi

L'immissione in commercio di un farmaco è subordinata, come è stato sinteticamente esposto, all'esperimento di prove farmaceutiche, di prove precliniche e di sperimentazioni cliniche.

Analizzando l'AIC ci si è fermati a tali studi.

La farmacovigilanza può essere intesa come una continuazione di questi ultimi.

In particolare, è definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come *«qualsiasi procedura che mira a fornire interferenze sistematiche sulle probabili reazioni di causalità intercorrenti tra farmaci e fenomeni inattesi all'interno della popolazione»*.

Il codice definisce il sistema di farmacovigilanza come un *«sistema di controllo e di*

34 Corte Giust. 29 aprile 2004, cit., punti 51 ss.

segnalazione usato dal titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio e dagli Stati membri per svolgere le funzioni ed assolvere le responsabilità elencate nel titolo IX, volto a monitorare la sicurezza dei medicinali autorizzati e a rilevare eventuali cambiamenti del loro rapporto rischio/beneficio»³⁵.

Difatti, né gli studi preclinici né quelli clinici possono rivelare in modo completo i rischi di un farmaco.

Ciò è dovuto a diversi motivi: la sperimentazione clinica non può che avere una breve durata e non può che essere condotta su una popolazione ristretta e selezionata, in strutture in cui i pazienti sono estremamente controllati.

Dunque, è necessario che il monitoraggio del farmaco prosegua anche dopo l'immissione in commercio, e la farmacovigilanza consiste in un sistema informativo volto ad individuare gli effetti collaterali negativi, e cioè le reazioni nocive e non volute ad un farmaco³⁶.

Ciò risulta evidente, ad esempio, dal Considerando 2 del Reg. CE 125/2010, il quale afferma che *«le norme relative alla farmacovigilanza sono necessarie per la salvaguardia della salute pubblica al fine di prevenire, rilevare e valutare gli effetti collaterali negativi dei medicinali per uso umano immessi in commercio nell'Unione, dato che il profilo di sicurezza completo dei medicinali per uso umano può essere noto solo dopo la loro immissione in commercio»*.

Il collegamento tra l'AIC e la farmacovigilanza è evidente ove si consideri, tra l'altro, che le procedure abbreviate non sono ritenute utilizzabili in caso di spontanea sospensione della commercializzazione del farmaco, perché in questo caso il produttore non è più soggetto ad obblighi di farmacovigilanza³⁷.

3.2. Struttura dei sistemi di farmacovigilanza

La farmacovigilanza è dunque un sistema volto a controllare la positività del rapporto rischio/beneficio di un medicinale attraverso studi e soprattutto attraverso la raccolta di informazioni sulle reazioni avverse.

35 Art. 1, n. 28-*quinquies*, del codice.

36 Art. 1, n. 11, del codice.

37 Corte Giust. 16 ottobre 2003, causa C-223/01, AstraZeneca.

Tale sistema è strutturato in modo da ricevere ed erogare informazioni in modo completo ed efficace.

A tal fine sono coinvolti numerosi soggetti.

Soprattutto con la recente riforma della farmacovigilanza, attuata con il Reg. UE 125/2010 e con la dir. 2010/84/UE, una posizione di vertice è assegnata all'EMA. Difatti, la riforma mira a potenziare il sistema di farmacovigilanza a livello europeo e la relativa banca dati Eudragilance coordinando la comunicazione dei dati da parte degli Stati membri e la divulgazione delle relative informazioni.

A livello nazionale il codice prevede che ogni Stato membro deve nominare un'autorità competente per la farmacovigilanza.

Il sistema italiano di farmacovigilanza fa capo all'AIFA. Quest'ultima raccoglie e valuta le informazioni utili; promuove il processo di informatizzazione di tutti i flussi di dati coordinando la rete telematica nazionale di farmacovigilanza che collega strutture sanitarie, regioni e aziende farmaceutiche; promuove e coordina, anche in collaborazione con l'Istituto Superiore di Sanità, ricerche e studi; adotta iniziative volte a promuovere le segnalazioni spontanee da parte degli operatori sanitari; promuove iniziative idonee per la corretta comunicazione ai cittadini e agli operatori sanitari; predispone la relazione annuale al Parlamento³⁸.

Nel sistema di farmacovigilanza gioca un ruolo importante anche il titolare dell'AIC. Da questo punto di vista il Considerando 18, Reg. UE 125/2010 afferma che quest'ultimo dovrebbe avere la responsabilità di monitorare in modo continuo la sicurezza dei suoi medicinali per uso umano, di informare le autorità di eventuali modifiche in grado di influire sull'autorizzazione all'immissione in commercio, precisando che devono essere comunicate tutte le informazioni disponibili, comprese quelle relative ad un uso diverso del medicinale rispetto a quello indicato nell'AIC.

Il titolare dell'AIC, infatti, deve disporre a titolo stabile e continuativo di un responsabile per la farmacovigilanza; è tenuto a registrare dettagliatamente tutte le sospette reazioni avverse ed ha l'obbligo di presentare alle autorità competenti le informazio-

³⁸ Sull'efficacia dell'azione dell'AIFA (anche) nelle attività di farmacovigilanza, vedi *infra*, E. BELLISARIO, Sezione II, par. 2

ni rilevanti in forma di rapporti periodici di aggiornamento sulla sicurezza (PSUR)³⁹.

Il collegamento tra il sistema pubblico e quello del titolare si evince dalla disposizione secondo la quale il titolare dell'AIC non può comunicare al pubblico informazioni su problemi di farmacovigilanza relativamente al suo medicinale autorizzato senza preventivamente o contestualmente darne notifica alle autorità competenti⁴⁰.

Infine, il sistema di farmacovigilanza si completa con un sistema capillare in base al quale *«le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici e privati, i policlinici universitari pubblici e privati e le altre analoghe strutture sanitarie, devono nominare un responsabile di farmacovigilanza della struttura, che provvede a registrarsi alla rete nazionale di farmacovigilanza al fine dell'abilitazione necessaria per la gestione delle segnalazioni»*, mentre le altre strutture sanitarie private devono fare riferimento al responsabile di farmacovigilanza dell'azienda sanitaria locale competente per territorio⁴¹. Inoltre, medici, farmacisti ed altri operatori sanitari sono tenuti a segnalare tramite un'apposita scheda le reazioni avverse gravi o inattese al responsabile di farmacovigilanza, e tutte le reazioni avverse per quanto riguarda i farmaci sotto monitoraggio intensivo.

3.3. Provvedimenti per ragioni di farmacovigilanza

Una volta chiarito che la farmacovigilanza costituisce la continuazione degli studi condotti prima del rilascio dell'AIC ed ha la funzione di monitorare la sperimentazione del farmaco nel mondo esterno, al di fuori di centri specializzati, è evidente che il monitoraggio delle informazioni e gli studi successivi al rilascio dell'AIC possono comportare una diversa valutazione rispetto a quella formulata al momento del rilascio dell'AIC: lo scopo della farmacovigilanza, infatti, è proprio quello di consentire una continua verifica del rapporto rischio/beneficio⁴².

39 Tali rapporti devono essere presentati ogni sei mesi dal rilascio dell'AIC fino all'immissione in commercio e per i primi due anni successivi alla stessa, mentre successivamente ogni tre anni.

40 Art. 130, co. 9, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

41 Art. 132, co. 1, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

42 Si legge nel Considerando n. 14, Reg. CE 726/2004: *«per i medicinali autorizzati dalla Comunità, occorrerebbe applicare i criteri di qualità, sicurezza ed efficacia previsti dalle direttive 2001/83/CE e 2001/82/CE e prevedere che la valutazione del rapporto rischio/beneficio di tutti i prodotti medicinali avvenga tanto all'atto della loro immissione in commercio quanto al momento del rinnovo dell'autorizzazione e in qualsiasi altro momento ritenuto appropriato dalla competente autorità»*.

È dunque possibile che l'AIFA decida di sospendere, revocare o modificare un'AIC.

In tal caso, deve informare immediatamente l'EMA, gli altri Stati membri ed il titolare dell'AIC, ma può sospendere l'AIC informando l'EMA, la Commissione europea e gli altri Stati membri il giorno lavorativo seguente qualora sia necessaria un'azione urgente.

A livello europeo la riforma ha previsto l'istituzione di un Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza⁴³, sulle raccomandazioni del quale devono basarsi le decisioni del Comitato e del gruppo di coordinamento⁴⁴.

4. SEGUE. LA DISTRIBUZIONE DEI FARMACI TRA ESIGENZE DI TUTELA E APERTURA DEL MERCATO

La distribuzione e vendita dei farmaci è soggetta a talune limitazioni nonché è regolata, nel dettaglio, dalla normativa di riferimento. La *ratio* di tali limitazioni nella vendita si è soliti rinvenirla nella necessità di garantire la salute dei cittadini, ossia un fine di utilità sociale⁴⁵.

Non è certo un argomento nuovo quello per cui il principio della libera iniziativa economica preclude la presenza di ostacoli “regolatori” inutili e sproporzionati rispetto ai fini di utilità sociale asseritamente perseguiti⁴⁶. Così, previamente considerandosi il carattere poliedrico della nozione di concorrenza, si afferma adesso *expressis verbis* nella giurisprudenza costituzionale che «*la liberalizzazione (...) costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre*

43 Per il rapporto tra il Comitato per i medicinali per uso umano e quello dei rischi per la farmacovigilanza, vedi art. 5, co. 2, Reg. CE 726/2004.

44 Da questo punto di vista è opportuno ricordare che l'attività dell'Agenzia è finanziata da tariffe imposte ai titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio e la gestione di tali fondi, per evitare il rischio di una cattura del regolatore, è affidata al controllo permanente del Consiglio di Amministrazione.

45 Cfr, sul punto, A. MONICA, *Le liberalizzazioni nel campo della distribuzione farmaceutica alla luce dei recenti interventi del legislatore*, in *Diritto farmaceutico* (rubrica a cura di G. Corso e G. Fares), in *www.Giustamm.it - Rivista di diritto pubblico*, 2012, n. 7.

46 Il progressivo rafforzamento della “Costituzione materiale” in una direzione propensa a rendere maggiormente “saldo” il collegamento tra la libertà di iniziativa economica come espressione della personalità umana e i “valori” del mercato e della concorrenza ha permesso al Giudice delle leggi di ricostruire con migliore precisione le utilità proprie a tale sistematica. V., sul punto, le sentenze della Corte Cost. nn. 247/2010 e 152/2010, n. 167/2009 e n. 428/2008.

effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva - cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (...) - genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale»⁴⁷.

Nel settore farmaceutico rappresenta, alla luce delle considerazioni che precedono, ardua impresa individuare tale limite. L'evoluzione normativa che ha interessato la catena di distribuzione dei farmaci e lo studio della giurisprudenza possono essere a tal fine strumenti utili d'indagine.

4.1. L'evoluzione normativa

Nel nostro sistema la vendita dei farmaci di qualunque tipo è stata, fino alla l. 248/2006, riservata alle farmacie, sottoposte ad un regime di contingentamento che risale alla l. 468/1913. Come già accennato, tale normativa ha scelto una pianificazione degli esercizi farmaceutici attraverso il sistema della pianta organica, che individua il numero delle farmacie ritenute idonee a rispondere alla domanda degli assistiti e attribuisce a ciascuna farmacia una sede geograficamente delimitata, in modo da garantire la copertura del fabbisogno sull'intero territorio nazionale⁴⁸.

Le successive leggi in materia (l. 2 aprile 1968, n. 475 e l. 8 novembre 1991, n. 362) hanno sostanzialmente confermato l'originario impianto pianificatorio. In particolare, l'art. 14 l. 23 dicembre 1978, n. 833, ha disposto che l'assistenza farmaceutica è

⁴⁷ Cfr. Corte Cost. 17 luglio 2012, n. 200, punto 7.4.

⁴⁸ Per quanto riguarda le farmacie, dunque, viene posta una restrizione soggettiva in quanto la vendita dei farmaci viene delegata esclusivamente ai farmacisti, giustificandosi tale limitazione con l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuri e di qualità (tale impostazione è comunque legittimata anche dal Considerando n. 26 della dir. 2005/36/CE sulle qualifiche professionali, che lascia agli Stati membri la competenza per quanto riguarda l'accesso all'attività del farmacista. Cfr., Corte Giust. 19 maggio 2009, causa C-531/06, Commissione v. Repubblica italiana, in *Racc.*, 2009, I-04103 ss., punto 20.

erogata attraverso le farmacie (oggi dalle Aziende sanitarie tramite le farmacie) di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale.

L'articolo 8, co. 10, l. 537/1993 ha proceduto alla riclassificazione delle specialità medicinali e dei preparati galenici, distinguendoli nelle classi precedentemente richiamate:

a) farmaci essenziali e farmaci per malattie croniche;

b) farmaci, diversi da quelli di cui alla lettera *a)*, di rilevante interesse terapeutico (tale categoria è stata soppressa, a decorrere dal 1° luglio 2001, dall'art. 85, co. 1, l. 23 dicembre 2000, n. 388);

c) altri farmaci privi delle caratteristiche indicate alle lett. *a)* e *b)*, ad eccezione dei farmaci non soggetti a ricetta con accesso alla pubblicità al pubblico;

c-bis) farmaci non soggetti a ricetta medica con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC).

Il co. 14 del medesimo articolo specifica che i farmaci collocati nella classe di cui al co. 10, lett. *a)*, sono a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale; mentre, i farmaci collocati nella classe di cui al co. 10, lett. *c)* e *c-bis)*, sono a totale carico dell'assistito.

Il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248, all'art. 5, ha previsto che gli esercizi commerciali di cui all'art. 4, co. 1, lett. *d)*, *e)* e *f)*, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. parafarmacie), possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di cui all'art. 9-*bis* d.l. 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al Ministero della Salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio e secondo le modalità previste dal suddetto art. 5.

Si è già rilevato che i farmaci, oltre alla classe di appartenenza in ragione del rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale, si distinguono anche a seconda se siano soggetti o meno a ricetta medica. Vi sono i farmaci di fascia A, sovvenzionati dal Servizio Sanitario Nazionale e vendibili, dietro prescrizione medica, solo nelle

farmacie “tradizionali”. Vi sono poi i farmaci di fascia C, che non sono sovvenzionati dal Servizio Sanitario Nazionale⁴⁹.

Una minima parte di questi, per la cui dispensazione non è necessaria la prescrizione medica, possono essere venduti sia nelle farmacie che nelle c.d. parafarmacie. La restante e ben più ampia parte, invece, necessita della prescrizione medica e può essere venduta solo nelle farmacie. Infine, (adesso) per tutti i farmaci di fascia C sono possibili dinamiche “competitive” sul prezzo, anche se per i farmaci di fascia C soggetti a prescrizione medica le stesse si sviluppano solo all’interno del canale di “vendita” delle farmacie “tradizionali”.

Il successivo co. 2 dell’art. 5 del richiamato d. lgs. 223/2006 prevede poi che nelle c.d. parafarmacie la vendita dei farmaci di cui al precedente co. 1 è consentita durante l’orario di apertura dell’esercizio commerciale e deve essere effettuata nell’ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l’assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all’esercizio della professione ed iscritti al relativo Ordine.

A completare tali aperture nella distribuzione, l’art. 32 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, (convertito, con modificazioni, nella l. 22 dicembre 2011, n. 214) ha previsto che nei citati esercizi commerciali possono essere venduti senza ricetta medica anche i medicinali di cui all’art. 8, co. 10, lett. c), l. 24 dicembre 1993, n. 537 (ad eccezione dei medicinali di cui all’art. 45 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, e di cui all’art. 89 d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, nonché dei farmaci del sistema endocrino e di quelli somministrabili per via parenterale). Tuttavia, il co. 1-*bis* rimette al Ministero della Salute il compito di individuare, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, un elenco, periodicamente aggiornabile, dei medesimi farmaci di fascia C, per i quali permane l’obbligo di ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita negli appositi locali degli esercizi commerciali (parafarmacie).

4.2. Farmacie e parafarmacie: l’apporto della giurisprudenza

L’evoluzione normativa sinteticamente tratteggiata ha messo in luce come il mercato è stato in parte aperto alla vendita di farmaci anche a strutture (le c.d. parafarma-

⁴⁹ V. *retro*, par. 1.3.

cie) non rientranti nella disciplina autorizzatoria delle farmacie, trattandosi di locali appositamente adibiti presso esercizi commerciali, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo Ordine.

Tuttavia la vendita è stata limitata ai farmaci da banco o di automedicazione e a tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica. Risultano pertanto esclusi dalla possibilità di vendita da parte delle c.d. parafarmacie, oltre ai farmaci il cui costo è a carico del Servizio Sanitario Nazionale, tutti quei farmaci per i quali sia necessaria la prescrizione medica il cui costo è a totale carico del cliente.

Le norme così come evolute sembrerebbero, dunque, non rappresentare l'auspicata rivoluzione in tema di distribuzione del farmaco.

Rimane aperta la questione del contemperamento del rapporto tra la compressione dell'esercizio dell'attività economica delle c.d. parafarmacie con il profilo della tutela della salute pubblica, che in taluni casi non sembrerebbe giustificare un regime differente rispetto a quello delle farmacie c.d. tradizionali.

Se infatti, da un lato, è innegabile il carattere particolare dei medicinali, che si distinguono dalle altre merci per gli effetti terapeutici cui sono preordinati, altrettanto innegabile è che la disciplina positiva in materia di parafarmacie risulta idonea a garantire il contemperamento tra la vendita di farmaci, quale espressione di esercizio di un'attività economica, e la tutela della salute⁵⁰.

Va rilevato a tal proposito che nel sistema vigente i farmaci di cui all'art. 87, co. 1, lett. a) e b), d. lgs. 219/2006 possono essere venduti nelle farmacie tradizionali solo a fronte della presentazione di una ricetta medica. Sussiste dunque un controllo a monte in ordine all'idoneità del farmaco allo scopo terapeutico di cui si fa carico il medico.

Il farmacista consegna il farmaco al paziente-cliente che presenta la ricetta medica, previa verifica della corrispondenza tra il farmaco prescritto e il farmaco consegnato.

Come evidenziato, ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d.l. 223/2006 nelle c.d. parafarmacie la vendita dei medicinali ammessi alla libera distribuzione deve essere effettuata

⁵⁰ In senso aderente, v. A. MONICA, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della fascia c: ancora un nulla di fatto. analisi della recente giurisprudenza fino alla pronuncia della corte di giustizia, cause riunite da c-159/12 a c-161/12*, cit., 261.

necessariamente da parte di farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo Ordine. Orbene, anche in questo caso si tratta di soggetti che, a parità di titolo di studio e di requisiti professionali rispetto ai farmacisti "tradizionali", sono chiamati a vendere dei beni che hanno attinenza con la salute umana, e quindi sono titolati ad effettuare valutazioni analoghe rispetto a quelle demandate ai farmacisti "tradizionali", addirittura con un maggior grado di autonomia e conseguente responsabilità, dal momento che manca il "controllo a monte", demandato al medico che rilascia la ricetta⁵¹.

Ma se il legislatore ha ritenuto che i farmacisti delle c.d. parafarmacie possono, in piena autonomia, vendere i farmaci che non necessitano di ricetta medica, ritenendo che tali soggetti siano muniti di conoscenze scientifiche e di professionalità adeguate ad esercitare tale incombenza, non si vedono le ragioni per cui gli stessi soggetti non possano vendere i farmaci di c.d. fascia C, la cui utilizzabilità da parte di uno specifico cliente dipende non da un'esclusiva valutazione del farmacista (come per i farmaci da banco e per i farmaci per i quali non è richiesta la ricetta medica), ma da un controllo "*a monte*", affidato al medico che ha effettuato la prescrizione.

Con l'imposizione della ricetta, in sintesi, il sistema affida il controllo del rischio derivante dall'utilizzo di particolari farmaci al medico, mentre è del tutto indifferente che la vendita sia effettuata presso una farmacia "tradizionale" ovvero una c.d. parafarmacia, perché il concreto dispensatore del prodotto, sia nell'uno come nell'altro caso, è sempre un farmacista abilitato all'esercizio della professione e regolarmente iscritto all'Albo.

Sul punto, inoltre, rileva che in base alla normativa vigente in materia, la parafarmacia (analogamente alla farmacia): garantisce la tracciabilità del farmaco venduto grazie al codice attribuitogli dal Ministero della Salute; si avvale dei medesimi canali di rifornimento delle farmacie con tutte le garanzie di qualità e sicurezza che ciò comporta; utilizza per la gestione della propria attività gli stessi sistemi informatici delle farmacie.

Sotto questo profilo sembrerebbe pertanto difficile cogliere la *ratio* alla base della

⁵¹ Occorre, però, osservare sul punto che indubbiamente i farmaci somministrabili senza ricetta medica comportano dei rischi per la salute umana inferiori rispetto a quelli dei farmaci per i quali è prescritta la ricetta. Ciò non toglie che si tratta pur sempre di farmaci, il cui abuso od uso improprio potrebbe produrre dei seri danni alla salute dell'utente.

limitazione esistente nei confronti delle parafarmacie per la vendita dei farmaci di fascia C, anche atteso che i farmaci di cui si discute (c.d. fascia C) sono a totale carico del cliente, non gravando dunque sulle finanze pubbliche. Si è al di fuori del concetto di assistenza farmaceutica, e l'inserimento nel mercato di ulteriori operatori economici consentirebbe, per tali tipi di farmaci, una dinamica dei prezzi che andrebbe a beneficio dei consumatori, gli unici, si ripete, chiamati a sostenerne il costo⁵².

Tali elementi complessivamente considerati indurrebbero a ritenere irragionevole, illogica ed ingiustificata l'esclusione dalla vendita da parte delle c.d. parafarmacie dei farmaci di fascia C distribuibili solo dietro presentazione di prescrizione medica.

La risposta alle perplessità sovraespresse è di recente arrivata. Con la sentenza n. 216/2014, la Consulta ha, infatti, esaminato l'ordinanza di remissione del TAR Calabria⁵³ che - nel corso di un giudizio promosso da un farmacista per ottenere l'annullamento di un provvedimento emesso da una Azienda sanitaria provinciale, relativo all'autorizzazione alla vendita di medicinali - dubitava della legittimità costituzionale (articoli 3 e 41 della Carta Costituzionale) dell'art. 5, co. 1, del già citato d.l. 223/2006 convertito, con modificazioni, dalla l. 248/2006, nella parte in cui non consente alle cosiddette parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica.

Secondo il Tribunale amministrativo remittente, infatti, essendo quella del farmacista un'attività imprenditoriale, finalizzata però all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale importanza, il divieto di vendita nelle parafarmacie dei farmaci in questione non si giustificerebbe in nome della necessità di tenere sotto controllo la spesa pubblica destinata all'assistenza farmaceutica, trattandosi di farmaci ad integrale carico del cittadino. Oltre a ciò e sempre ad avviso del giudice amministrativo, sarebbe illogico consentire la vendita nelle parafarmacie di farmaci che non richiedono la prescrizione del medico - con evidente maggiore responsabilità in capo al farmacista - e non consentire la vendita di farmaci soggetti a prescrizione, per i

52 Sul punto, occorre però, ricordare che la Corte UE (Corte Giust. 1° giugno 2010, causa C-570/07, punti 106 e 108) ha più volte chiarito come la necessità di avere un sistema di distribuzione farmaceutica efficiente debba prevalere su ogni altro fine. Infatti, nella citata sentenza Blanco Perez, rispondendo ad una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla normativa di pianificazione sanitaria e farmaceutica spagnola (molto simile a quella italiana), la Corte ha spiegato come gli Stati membri godano di un ampio potere discrezionale in materia di tutela della sanità pubblica e che non vi siano ostacoli alla creazione di un sistema di ripartizione territoriale anche su scala regionale

53 Cfr. TAR Calabria, sede di Reggio Calabria, ord. 8 maggio 2012, in G.U. n. 37, prima serie speciale, 2012.

quali la verifica effettuata dal medico riduce notevolmente la sfera di libertà decisionale (e la conseguente responsabilità) in capo al farmacista venditore. Il giudice remittente ha sottolineato, d'altra parte, che in un sistema affidato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti che ad essa possono essere posti debbono essere in funzione di tutela dell'utilità sociale, della libertà, sicurezza e dignità umana, mentre l'inserimento di un maggior numero di operatori sul mercato interno consentirebbe una maggiore concorrenza sui prezzi.

La Corte Costituzionale, prima di delineare i motivi per i quali ha ritenuto infondata la questione, si è soffermata su questioni di carattere generale. Tra essi, in primo luogo, si è evidenziato che il regime delle farmacie rientra nella più ampia materia della «tutela della salute», tanto che il sistema di regolamentazione dell'attività di rivendita dei farmaci è preordinato al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia la natura commerciale dell'attività del farmacista. Nell'ottica di garantire e tutelare il diritto alla salute - ha evidenziato la Corte - il legislatore ha organizzato il servizio farmaceutico secondo un sistema di pianificazione sul territorio per evitare una concentrazione eccessiva di esercizi in zone più popolate e redditizie e allo stesso tempo una copertura insufficiente in altre zone meno abitate.

Nel contempo il farmacista è stato fatto destinatario di una serie di obblighi in continua evoluzione in connessione al tempo e al progressivo sviluppo delle conoscenze in materia farmacologica. Si tratta di un sistema di regolamentazione pubblicistica dell'attività di rivendita dei farmaci che va osservato nella sua globalità e i cui punti di equilibrio restano affidati al legislatore nei limiti della ragionevolezza delle scelte compiute.

La Corte Costituzionale ha dichiarato in conclusione non fondata la sollevata questione di legittimità, per non essere configurabile una violazione dell'art. 3 Cost., non essendo irragionevole la previsione che per determinati medicinali, periodicamente individuati dal Ministero della Salute dopo aver sentito l'Agenzia italiana del farmaco, permanga l'obbligo della prescrizione medica e, di conseguenza, il divieto di vendita nelle parafarmacie.

Benché sussistano, ad avviso della Corte, una serie di elementi comuni alle farmacie

e alle parafarmacie, fra i due esercizi permangono una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza. Le farmacie, infatti, proprio in quanto assoggettate ad una serie di obblighi che derivano dalle esigenze di tutela della salute dei cittadini, offrono necessariamente un insieme di garanzie maggiori che rendono non illegittima la permanenza della riserva loro assegnata. La totale liberalizzazione della vendita dei farmaci di fascia C soggetti a prescrizione medica - che sono medicinali con una maggiore valenza terapeutica, risultando altrimenti privo di senso l'obbligo di prescrizione - verrebbe affidata ad esercizi commerciali che lo stesso legislatore ha voluto assoggettare ad una quantità meno intensa di vincoli e adempimenti, anche in relazione alle prescrizioni.

Neppure la Corte ha ritenuto poter pervenire ad una diversa conclusione in relazione all'art. 41 Cost. e al principio di tutela della concorrenza, rilevando che *«l'incondizionata liberalizzazione di quella categoria di farmaci inciderebbe, con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione sopra richiamato, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini»*.

La sentenza in rassegna, invero, si inserisce in un solco già tracciato da una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea 5 dicembre 2013⁵⁴, intervenuta a definizione di una questione simile⁵⁵.

54 Cfr. Corte Giust. 5 dicembre 2013, cause C-159, 160 e 161/12. In particolare, la questione sorgeva da un rinvio del Giudice amministrativo di primo grado milanese. Le ricorrenti, farmaciste abilitate iscritte ad un ordine professionale dei farmacisti, titolari di parafarmacie, proponevano ricorso dinanzi al TAR Lombardia avverso i provvedimenti di rigetto formulati nel 2011 dalla Asl e dal Ministero della Salute, sostenendo che la normativa sulla quale si basavano le decisioni, nella parte in cui stabiliva il divieto di vendere nelle parafarmacie medicinali della fascia C soggetti a prescrizione medica, ma non a carico del Servizio Sanitario Nazionale, era contraria al diritto dell'Unione. Su queste basi, il TAR decideva di sospendere i procedimenti e di sottoporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: *«Se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza di cui agli articoli 49 e seguenti Tfeue ostano ad una normativa nazionale che non consente al farmacista, abilitato ed iscritto al relativo ordine professionale ma non titolare di esercizio commerciale ricompreso nella pianta organica, di poter distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica su "ricetta bianca", cioè non posti a carico del Servizio Sanitario Nazionale ed a totale carico dell'acquirente, stabilendo anche in questo settore un divieto di vendita di determinate categorie di prodotti farmaceutici ed un contingentamento numerico degli esercizi commerciali insediabili sul territorio nazionale»*.

55 La Corte, sul punto, conclude come segue: *«L'articolo 49 Tfeue deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella italiana, che non consente a un farmacista abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio Sanitario Nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente»* (Corte Giust. 5 dicembre

La Corte UE, in relazione alla normativa italiana in materia di assistenza farmaceutica e distribuzione delle farmacie sul territorio, aveva già evidenziato, tra gli altri aspetti, che se l'obiettivo è quello di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità, possono giustificarsi delle restrizioni alla libertà di stabilimento come configurata anche ai sensi dell'art. 49 TFUE, tanto più in considerazione del disposto di cui all'art. 52 TFUE, secondo cui la tutela della salute può appunto giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento.

La legittimazione del nuovo assetto non esclude un fenomeno di concentrazione di parafarmacie nelle località considerate più redditizie e quindi più attraenti, con il rischio per le farmacie situate in tali località di vedere diminuire la propria clientela e, di conseguenza, di essere private di una parte significativa dei loro introiti, tanto più che le farmacie sono soggette ad una serie di obblighi specifici riguardo alle modalità di gestione della loro attività commerciale. Una tale perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e a qualità.

Ciò considerato, ha aggiunto la Corte, la normativa che riserva alle sole farmacie, la cui apertura è subordinata a un regime di pianificazione, la distribuzione dei farmaci soggetti a prescrizione medica, compresi quelli che non sono a carico del Servizio Sanitario Nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente, è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo di assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità nonché, pertanto, la tutela della salute⁵⁶.

4.3. Il ruolo sociale delle farmacie

Abbiamo già osservato che il nostro ordinamento riconosce alle farmacie un ruolo predominante nella gestione della "salute" pubblica: non a caso l'attività di dispensazione al pubblico dei medicinali assicurata dalle farmacie è parte integrante del Servizio Sanitario Nazionale, come stabilito dalla l. 833/1978 che ha istituito il SSN

2013, cit.).

⁵⁶ Per un commento alla sentenza, si rinvia a G. MILIZIA, *Medicinali prescritti dal Medico ed a totale carico del cittadino: l'UE vieta la vendita nelle parafarmacie*, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 1703.

stesso⁵⁷.

La Corte Costituzionale, come in precedenza evidenziato, ha affermato che il servizio offerto dalle farmacie è finalizzato ad «*assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute*».

Per tale motivo, sembra potersi affermare che le farmacie svolgono un'attività che non può essere considerata una comune attività commerciale: la normativa che regola il funzionamento del servizio farmaceutico, infatti, presenta delle caratteristiche peculiari che sono state riconosciute, negli ultimi anni, sia dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che da quella amministrativa in alcune sentenze assai importanti. Da queste sentenze emerge un quadro molto preciso, nel quale la farmacia viene individuata come strumento imprescindibile per il soddisfacimento del fondamentale diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost.

In tale direzione devono essere altresì visti i d.m. del 16 dicembre 2010 e dell'8 luglio sulla "farmacia dei servizi"⁵⁸, che hanno previsto l'erogazione di servizi e prestazioni professionali ai cittadini anche da parte delle farmacie⁵⁹.

Pur tuttavia, occorre in ogni caso tenere ben presente che la farmacia, pur assolvendo obblighi di servizio pubblico, rimane anche un esercizio commerciale, espressione della libertà che addirittura, ai sensi dell'art. 11, co. 8, d.l. 1/2012, può programmare, a propria discrezione, l'orario e il calendario di apertura. La liberalizzazione degli orari di tutti gli esercizi di vendita ha così incluso anche le farmacie, proprio a garanzia di un uniforme funzionamento del mercato. Da questo punto di vista, quindi, si riconosce e si dà anche valore all'attività economica svolta dalla farmacia, favorendo lo scambio del "farmaco" visto come un "bene" commerciabile⁶⁰.

57 V. retro, par. 1.2.

58 L. QUINTINO, *La farmacia dei servizi*, in *Obiettivo professione*, in www.federfarma.it.

59 I decreti attribuiscono alle farmacie il compito di prestare servizi di primo livello quali test "autodiagnostics", test gestibili direttamente dai pazienti in funzione di autocontrollo a domicilio, o che possono, in caso di condizioni di fragilità di non completa autosufficienza, essere utilizzati mediante il supporto di un operatore sanitario, presso le farmacie territoriali pubbliche e private. Inoltre, possono essere altresì prestati servizi c.d. di secondo livello erogabili con dispositivi strumentali (misurazione della pressione, della capacità polmonare, della saturazione). Infine, i farmacisti possono oggi prestare attività professionali a domicilio nonché, *inter alia*, aiutare i pazienti nella prenotazione di prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate, provvedere al pagamento dei ticket a carico del cittadino e ritirare i relativi referti.

60 Cfr. A. MONICA, *Mercato farmaceutico e liberalizzazione della fascia c: ancora un nulla di fatto. analisi della recente giurisprudenza fino alla pronuncia della corte di giustizia, cause riunite da c-159/12 a c-161/12*, cit., 261.

5. SEGUE. LA PUBBLICITÀ DEI FARMACI

5.1. Corretta informazione e esigenze di *marketing* delle imprese farmaceutiche

La pubblicità dei farmaci è soggetta a una particolare regolamentazione, finalizzata a garantire un uso corretto di prodotti che se utilizzati impropriamente potrebbero anche risultare dannosi per i consumatori.

Più in generale, nel settore farmaceutico, per pubblicità può estensivamente intendersi qualsiasi azione di comunicazione per la ricerca di clientela o per promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di particolari farmaci.

Essa può quindi rivolgersi non solo direttamente al pubblico (per i farmaci OTC)⁶¹, ma soprattutto ai medici e farmacisti, ossia agli operatori che sono autorizzati a prescrivere o dare i medicinali. La comunicazione di farmaci etici o SOP verso personale autorizzato a prescrivere e fornire i medicinali (medici e farmacisti) può avvenire anche tramite l'informatore scientifico che fa visita ai medici presentando i nuovi medicinali delle aziende farmaceutiche; la fornitura di campioni di medicinali; congressi scientifico patrocinio di riunioni promozionali. Tali iniziative, congiuntamente analizzate, sono giustificate dalla necessità di permettere alle aziende farmaceutiche di stimolare la domanda e di incrementare - nel rispetto delle rigide regole - i ricavi dalle vendite di farmaci altrimenti non oggetto di promozione.

Sotto il profilo normativo, invece, il d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, detta le regole per la pubblicità dei farmaci. Gli artt. 113-115 definiscono la pubblicità e i principi fondamentali della disciplina. In particolare, l'art. 114 dispone che la pubblicità di un medicinale deve favorire l'uso razionale del farmaco, presentandolo in modo obiettivo e senza esagerarne le proprietà; in ogni caso, non deve essere ingannevole. La promozione di un farmaco deve essere realizzata in modo da rendere evidente che si tratta di un messaggio pubblicitario ed il prodotto deve essere chiaramente identificato come un medicinale. Essa deve comprendere almeno la denominazione del medicinale e quella comune della sostanza attiva (quest'ultima solo se il farmaco è costituito da una sola sostanza attiva), le informazioni indispensabili per il corretto

⁶¹ Invero gli unici farmaci pubblicizzabili presso il pubblico sono i farmaci da banco, detti anche OTC (*Over The Counter*) o farmaci di automedicazione, cioè quei medicinali che non richiedono la prescrizione medica, mentre sussiste un divieto assoluto per la pubblicità di quei farmaci che possano essere forniti solo dietro presentazione di ricetta medica o che contengano sostanze psicotrope o stupefacenti.

uso del medicinale, un invito chiaro ed esplicito a leggere attentamente le avvertenze riportate sul foglio illustrativo o sulla confezione. Nella pubblicità scritta tale invito deve essere facilmente leggibile dal normale punto di osservazione, mentre nella pubblicità sulla stampa deve essere evidenziato con caratteri di dimensioni percepibili.

Viene inoltre previsto che la pubblicità presso il pubblico non può contenere alcun elemento che faccia apparire superflui la consultazione del medico o l'intervento chirurgico, che induca a ritenere l'efficacia di un medicinale priva di effetti indesiderati, che faccia riferimento in modo improprio, impressionante o ingannevole ad attestazioni di guarigione (art. 117).

Nulla, nel messaggio pubblicitario, deve indurre a ritenere che il medicinale possa migliorare il normale stato di salute del soggetto o che il mancato uso del farmaco possa avere effetti pregiudizievoli sul normale stato di buona salute.

La pubblicità dei medicinali non deve rivolgersi esclusivamente o prevalentemente a bambini o comprendere una raccomandazione di scienziati, operatori sanitari o persone largamente note al pubblico, così come non deve far riferimento in modo improprio, impressionante o ingannevole ad attestati di guarigione, né utilizzare rappresentazioni visive delle alterazioni del corpo umano dovute a malattie o lesioni. Il farmaco, poi, non può essere assimilato ad un prodotto alimentare, ad un cosmetico o ad un altro prodotto di consumo. Le informazioni non devono, infine, essere così ridondanti, da occultare l'intento pubblicitario.

Anche il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, infine, si occupa della pubblicità dei farmaci (art. 25). Le prescrizioni, affini a quelle previste dal d. lgs. 219/2006, vengono introdotte evidenziando la particolare importanza della materia e la necessità che la comunicazione commerciale di prodotti medicinali e trattamenti curativi sia realizzata con il massimo senso di responsabilità e in conformità alla scheda riassuntiva delle caratteristiche del prodotto stesso⁶².

62 L'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (IAP), sulla base del riconoscimento a svolgere tale compito, a suo tempo ottenuto dal Ministero della Salute, si è assunto l'impegno di controllare preventivamente la comunicazione commerciale stampa e radiofonica dei farmaci da banco. L'approvazione da parte dello IAP rende non necessario l'esame della proposta pubblicitaria da parte della Commissione ministeriale; i responsabili del Ministero, quindi, si riservano di ratificare o meno la decisione autodisciplinare. Il controllo preventivo dello IAP è improntato a criteri di massima celerità, venendo così incontro alle esigenze di *marketing* dell'azienda.

5.2. Il vaglio preventivo del Ministero della Salute sulla pubblicità

L'art. 118 d. lgs. 219/2006 prevede un'attività di controllo e di monitoraggio dei contenuti pubblicitari da parte del Ministero della Salute e dell'AIFA, definendo l'istituzione di una Commissione di esperti nominata dal Ministero della Salute, con il compito di autorizzare i contenuti pubblicitari destinati sia agli operatori sanitari sia al cittadino a lei sottoposti: decorsi 45 giorni dalla presentazione della domanda, la mancata comunicazione al richiedente costituisce a tutti gli effetti, rilascio dell'autorizzazione richiesta (art. 118, co. 8, del richiamato decreto). In tal caso, nel messaggio pubblicitario, sarà riportata l'indicazione "*autorizzazione su domanda del ...*", segnalando la data nella quale la richiesta è pervenuta al Ministero. Se, invece, il Ministero della Salute richiede che vengano apportate modifiche al messaggio sottopostogli, il richiedente è autorizzato a diffondere l'annuncio modificato nel senso indicato dal Ministero, inserendo la dicitura "*autorizzazione del ...*", con l'indicazione della data della comunicazione da parte del Ministero stesso.

Nel caso in cui la pubblicità di medicinali presso il pubblico venga effettuata in violazione delle norme sopra riportate, il Ministero della Salute ne ordina l'immediata cessazione, disponendo la diffusione, a spese del trasgressore, di un comunicato di rettifica e di precisazione, secondo le modalità che lo stesso Ministero stabilisce.

L'attività di controllo sulla pubblicità rivolta agli esperti, invece, è demandata in parte ad AIFA. L'art. 119, co. 2, d. lgs. 219/2006 prevede, infatti, che l'informazione scientifica deve essere realizzata nel rispetto dei criteri e delle linee guida adottate dall'AIFA. L'art. 120 detta inoltre specifici requisiti sulle caratteristiche che deve avere la documentazione presentata ai medici: la documentazione sul medicinale, ad eccezione del riassunto delle caratteristiche del prodotto, deve essere depositata presso l'AIFA prima dell'inizio della campagna pubblicitaria e può essere fornita al medico dall'impresa farmaceutica se sono trascorsi dieci giorni dalla data di deposito. La data di deposito deve essere indicata nel materiale divulgato.

Il flusso di informazioni rivolto ai medici può essere composto da apposita documentazione conforme a quella presentata contestualmente alla richiesta di autorizzazione in commercio, da articoli tratti da riviste mediche o opere scientifiche e da quelle fornite personalmente dagli informatori scientifici delle imprese farmaceutiche. La pubblicità presso i farmacisti dei farmaci etici deve essere limitata alle

informazioni contenute nel riassunto delle caratteristiche del prodotto approvato dal Ministero della Salute all'interno della procedura per l'autorizzazione all'immissione in commercio.

5.3. Le campagne informative sulla salute e le buone prassi

L'esigenza di sensibilizzare gli utenti ad un uso proprio e corretto dei farmaci ha spinto, nell'ultimo decennio, i protagonisti del settore a diffondere delle campagne informative su specifici argomenti. Si tratta, invero, di forme di educazione al consumo di beni, i farmaci appunto, che a causa di un cattivo uso possono essere anche dannosi per la salute.

I protagonisti del mondo farmaceutico e, in particolare l'AIFA, attraverso la realizzazione di campagne di comunicazione intendono richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica sulle tematiche che ruotano intorno al farmaco e al suo consumo, ritenute di maggior impatto sociale e per le quali la diffusione di una corretta informazione costituisce uno dei fattori essenziali per promuovere una nuova cultura del farmaco presso cittadini e operatori di settore⁶³.

Tali campagne, inoltre, possono riverberare i propri effetti anche sul mercato. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla campagna *"Usa bene i farmaci. Farmaci equivalenti un vantaggio per tutti"*, promossa dall'AIFA e riguardante prioritariamente due temi: farmaci equivalenti e corretto uso dei farmaci.

L'azione mirante - per mezzo della campagna - a restituire al farmaco equivalente la propria identità, sottolineando la pari efficacia, qualità e sicurezza rispetto al corrispondente farmaco "di marca" e evidenziandone la bioequivalenza rispetto alle relative specialità medicinali, può infatti influenzare le scelte del consumatore, inducendolo all'acquisto di prodotti diversi e informandolo di un'offerta più ampia.

Sotto altro profilo, però, le campagne informative non istituzionali devono essere oggetto di attento esame da parte degli organi di controllo al fine di evitare che lo scopo informativo rappresenti un mero strumento per promuovere occultamente un farmaco, eludendo il divieto di pubblicità.

⁶³ Sulle prassi e iniziative di informazione pubblica dell'AIFA, v. anche *infra*, E. BELLISARIO, Sezione II, par. 1.2.

5.4. Pubblicità e vendita *on line* di farmaci: le novità introdotte dal recepimento della direttiva 2011/62/UE

Abbiamo già osservato come la produzione, distribuzione e l'uso di medicinali è disciplinato, in Italia, dal d. lgs. 219/2006 (e successive modificazioni) di recepimento della dir. 2001/83/CE (e successive modificazioni) recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (di seguito "direttiva") e dal R.d. 1265/1934 recante *Testo unico delle leggi sanitarie*. Un primo momento di apertura del mercato si è avuto in Italia a seguito dell'entrata in vigore del c.d. decreto Bersani, il quale - come già osservato - ha previsto che i medicinali non soggetti a prescrizione medica, in Italia, possono essere venduti al pubblico anche presso le c.d. parafarmacie, purché alla presenza di un farmacista, mentre tutte le altre categorie di farmaci erano acquistabili esclusivamente in farmacia.

Sulla vendita *on line*, invece, l'ordinamento nazionale non lasciava margini di operatività. Fino allo scorso marzo 2014, infatti, la vendita *telematica* di tutti i medicinali (etici e OTC) non era ammessa in Italia in virtù del disposto dell'art. 122 R.d. 1265/1934, secondo cui: «*La vendita al pubblico di medicinali a dose o forma di medicamento non è permessa che ai farmacisti e deve essere eseguita nella farmacia sotto la responsabilità del titolare della medesima*».

Si tratta, invero, di una norma introdotta nel 1934, quando erano sconosciuti tanto gli strumenti di vendita *on line* quanto l'esistenza di un mercato unico che non fosse quello locale, nonché in un'epoca storica in cui si tendeva a disegnare con precisione, nell'ambito dell'ordinamento corporativo, il ruolo di ciascuno degli attori sul lato dell'offerta e di una forse più labile tutela dal lato della domanda.

Come noto, in seguito, con l'adozione della dir. 97/7/CE sui contratti a distanza, l'Unione europea ha fornito agli operatori un forte strumento di crescita permettendo ai consumatori la possibilità di accedere alle merci e ai servizi offerti dai professionisti di un altro Stato membro alle stesse condizioni della popolazione di tale Stato.

L'adozione dell'atto comunitario si basava sull'assunto che la vendita transfrontaliera a distanza potesse rappresentare per i consumatori una delle principali manifestazioni concrete della realizzazione del mercato interno. L'introduzione di nuove tecnologie ha comportato, infatti, una moltiplicazione dei mezzi messi a disposizio-

ne dei consumatori per conoscere le offerte fatte dovunque nell'allora Comunità.

Quanto alla vendita di farmaci, però, il nostro Paese si era avvalso implicitamente della c.d. clausola minima di cui all'art. 14 della richiamata direttiva, che consentiva agli Stati membri di prevedere il divieto di vendita a distanza (quindi, compreso *internet*) di alcuni beni tra cui erano espressamente previsti i medicinali⁶⁴.

Deroga non impiegata in altri Paesi anche comunitari (come, ad esempio, il Regno Unito e l'Olanda), dove le farmacie *on line* erano già da subito state regolamentate ed autorizzate e questo ha contribuito al generale proliferare dell'offerta di farmaci via *internet* anche verso l'Italia.

Rispetto al flusso di farmaci proveniente dall'estero da parte di professionisti esteri, si era posto da subito - ma in maniera direttamente proporzionale con lo sviluppo delle nuove tecnologie - il problema di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano che come anticipato vietava la vendita *on line* di farmaci (da banco ed etici), del comportamento di taluni professionisti che vendevano anche ai cittadini italiani i farmaci.

Risulta, però, necessario prestare attenzione alla tipologia di farmaco oggetto di vendita digitale: le conseguenze sul piano dell'infrazione, infatti, sono differenti se si tratta di un farmaco etico (ossia soggetto a prescrizione) oppure da banco.

Quanto a quest'ultimi, infatti, sembrerebbe che la limitazione dell'ordinamento nazionale non trovava fondamento in effettive ragioni di sicurezza del consumatore e possa anche assurgere a limite alla libera circolazione delle merci.

L'impostazione appena delineata sembra trovare conforto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nella sentenza *Deutscher Apothekerverband*⁶⁵, ha rilevato

⁶⁴ L'art. 14 dir. 97/07CE così recita: «Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe compatibili con il trattato [CE], per garantire al consumatore un livello di protezione più elevato. Dette disposizioni comprendono, se del caso, il divieto, per ragioni d'interesse generale, della commercializzazione nel loro territorio di taluni beni o servizi, in particolare i medicinali, mediante contratti a distanza, nel rispetto del trattato». Ai sensi del Considerando n. 11 di tale direttiva, inoltre, si legge: «La presente direttiva lascia impregiudicato il livello di tutela, in particolare, della sanità pubblica e dei consumatori garantito dagli strumenti comunitari (...)».

⁶⁵ Cfr. Corte Giust. 11 dicembre 2003, causa C-322/01, che ha affermato la legittimità delle disposizioni tedesche che vietano la vendita per corrispondenza di medicinali non autorizzati. Quanto ai medicinali autorizzati, ma la cui vendita è riservata alle farmacie, il divieto di vendita per corrispondenza è viceversa ritenuto misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, contraria al diritto comunitario, salva la comprovata sussistenza di rischi per la salute pubblica. Ai fini della valutazione del «rischio potenziale del

che impedire sul proprio territorio nazionale la vendita di farmaci ivi regolarmente registrati da parte di una farmacia virtuale di altro Stato membro, costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa vietata dal Trattato, ad eccezione dell'ipotesi di vendita di medicinali con obbligo di prescrizione medica. Il limite imposto dall'ordinamento nazionale per la vendita *on line* di farmaci da banco risultava dunque in contrasto con la normativa comunitaria e oggetto di possibile attenzione della Commissione in termini di infrazione comunitaria da parte dello Stato italiano.

Il rischio di una possibile procedura d'infrazione comunitaria, però, non si è mai posto concretamente, atteso lo scarso interesse - anche economico - degli operatori stranieri a vendere *on line* farmaci di automedicazione, nonché, dal lato della domanda, la facile reperibilità di tali farmaci attraverso numerosi canali (parafarmacie, GDO e farmacie).

Il problema si pone, dunque, solo per la vendita di farmaci etici *on line*, ossia farmaci somministrabili soltanto a seguito di prescrizione medica. Si tratta di una categoria di farmaci particolarmente redditiva in quanto ricomprende soprattutto quei farmaci sottoposti a prescrizione ma non oggetto di esenzione da parte del Sistema sanitario nazionale e, dunque, a totale carico dell'utente.

Sul punto, si rileva che tale categoria di farmaco è riconosciuta dalla legislazione europea che la disciplina agli art. 70 ss. della dir. 2001/83/CE, recepita nell'ordinamento interno con gli artt. 87 ss. d. lgs. 219/2006.

Per quanto attiene alla vendita di tali farmaci nel nostro ordinamento, la soggezione di un medicinale etico a prescrizione produce un doppio effetto giuridico: *a)* il prodotto può essere consegnato al paziente solo dopo la presentazione di una

medicinale considerato», la Corte distingue tra farmaci da banco e farmaci soggetti a prescrizione medica, e giunge alla conclusione che per i primi nessun motivo giustifica il divieto assoluto di vendita per corrispondenza: anzi, «l'acquisto via Internet potrebbe presentare vantaggi, come la possibilità di inoltrare ordinativi da casa o dall'ufficio, senza bisogno di spostarsi, e di formulare con calma le domande da porre ai farmacisti, vantaggi questi ultimi che devono essere presi in considerazione». Diverse le considerazioni relative ai medicinali soggetti a prescrizione medica per i quali «permettere la consegna (...) sulla base del previo ricevimento di una ricetta e senza ulteriore controllo potrebbe aumentare il rischio che talune ricette mediche vengano usate in modo abusivo o scorretto. D'altronde, la possibilità reale che l'etichettatura del medicinale acquistato presso una farmacia stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede l'acquirente si presenti in una lingua diversa da quella di quest'ultimo può avere conseguenze più nefaste quando si tratta di medicinali soggetti a prescrizione medica». Per questa classe di medicinali, insomma, il divieto nazionale di vendita per corrispondenza può essere giustificato.

prescrizione redatta a seguito di regolare visita medica; b) il prodotto può essere venduto solo attraverso l'opera diretta di un farmacista, esclusa dunque ogni forma di vendita a distanza, fra la quale anche la vendita *on line*.

Quanto al primo effetto, si pone dunque un primo problema relativo alla prescrizione del farmaco. In primo luogo, la legge italiana⁶⁶ prevede l'indispensabilità di tale prescrizione medica per ottenere il farmaco, senza eccezione alcuna. L'ordinamento italiano non prevede, inoltre, la possibilità che un "*consulto on line*" - soluzione impiegata nel Regno Unito, sulla base di un formulario con domande e risposte - operi quale succedaneo di una visita medica al cui esito emettere una prescrizione⁶⁷.

Il secondo requisito, invece, rende del tutto illegittimo qualsiasi comportamento posto in essere da professionisti telematici. La norma prevede, infatti, il requisito della compresenza fisica del farmacista e del paziente che, nel caso dei farmaci etici, deve necessariamente presentare apposita prescrizione medica e riferirsi a farmaci autorizzati all'immissione in commercio in Italia.

Il limite imposto dalla normativa settoriale sui farmaci etici, diversamente dai farmaci da banco, non espone ad alcuna censura di incompatibilità con l'ordinamento.

Sin dall'origine i Trattati hanno espressamente specificato che non integrano restrizioni né misure equivalenti le disposizioni nazionali che impongono «*divieti o restrizioni giustificati da motivi...di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali*» (art. 36 TFUE). Analogamente, anche le "*Linee Guida della Commissione UE sull'applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione delle merci*" confermano che, in ragione di esigenze di tutela della salute, gli Stati membri possono adottare misure restrittive della libera circolazione, sempre che siano proporzionate all'obiettivo perseguito e non discriminatorie. Sempre nella stessa direzione, ovvero sulla proporzionalità di un divieto nazionale di vendita *on line* di farmaci etici e sulla compatibilità dello stesso con l'art. 34 TFUE si è espressa anche la Corte europea di Giustizia nella richiamata sentenza *Deutscher Apothekerverband*⁶⁸. Per quel che concerne i medicinali soggetti a prescrizione medica, la Corte ha indicato che l'ap-

⁶⁶ Artt. 87 ss. d. lgs. 219/2006.

⁶⁷ Sul punto, la Cassazione ha avuto modo di chiarire (Cass. pen. 8 febbraio 2011, n. 1335) che «(...) è parte essenziale del valore della ricetta medica il valore certificativo dei dati patologici rilevati dal medico, essendo quindi presupposto connotato all'atto la diretta acquisizione da parte del medico di tutti gli elementi necessari per una esauriente valutazione clinica del caso».

⁶⁸ Cfr. Corte Giust. 11 dicembre 2003, cit.

provvigionamento del pubblico richiede un controllo più rigoroso e sostenuto che *«(...) tenuto conto dei rischi eventualmente connessi all'impiego di tali medicinali, la necessità di poter verificare in modo efficace e responsabile l'autenticità delle ricette compilate dai medici e di assicurare in tal modo la consegna del medicinale sia al cliente stesso sia ad una persona incaricata da quest'ultimo di ritirarlo sarebbe tale da giustificare un divieto di vendita per corrispondenza»*.

Ulteriore elemento ostativo, infine, alla vendita *on line* è rappresentata, ai fini dell'importazione di farmaci in Italia, dall'imposizione non solo che i prodotti siano muniti di AIC, ma anche che il confezionamento esterno del farmaco e il relativo foglietto illustrativo siano redatti in lingua italiana (art. 80, d. lgs. 219/2006).

La cornice normativa di riferimento appena delineata è stata sensibilmente modificata con il recepimento in Italia della dir. 2011/62/CE⁶⁹ ad opera del d. lgs. 19 febbraio 2014, n. 17⁷⁰.

La direttiva nasce con l'obiettivo di contrastare la vendita e il commercio di medicinali contraffatti, soprattutto tramite il canale telematico, di rendere efficace il codice comunitario dei farmaci nonché di fornire regole certe per la vendita *on line* di medicinali.

L'atto legislativo comunitario tiene conto altresì del carattere del tutto particolare dei medicinali, che si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per via dei loro effetti terapeutici. Sul punto la Corte di giustizia⁷¹ ha inoltre considerato che la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal TFUE e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto.

Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, la direttiva riconosce agli Stati membri un margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni relative alla fornitura al pubblico di medicinali sul loro territorio. Il principio trova peraltro

⁶⁹ La dir. 2011/62/UE modifica la dir. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale.

⁷⁰ Cfr. C. CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell'UE*, in *Riv. comm. internaz.*, 2014, 291.

⁷¹ Corte Giust. 19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a./Saarland*, in *Racc.*, 2009, I-4171, punti 19 e 31.

espressamente fondamento nell'art 85 della dir. 2011/62/UE che, nel disciplinare la vendita a distanza dei medicinali mediante i servizi della società dell'informazione, fa espressamente salve «*le disposizioni legislative nazionali che vietano la vendita a distanza al pubblico di medicinali soggetti a prescrizione medica mediante i servizi della società dell'informazione*», al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale.

Lo Stato italiano, nel recepire la direttiva, ha dunque formalmente superato il divieto di vendita *on line* di farmaci da banco da parte delle farmacie e delle “parafarmacie” aperte al pubblico (art. 1, co. 8, d. lgs. 55/2014). Il decreto esclude, però, la vendita a distanza per i farmaci c.d. etici.

6. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): LA TUTELA PREVENTIVA

6.1. La collaborazione AIFA, Ministero e NAS

Le norme e gli strumenti a disposizione degli attori coinvolti nel sistema di tutela del settore farmaceutico delineate *supra* attengono quasi esclusivamente alla tutela preventiva. AIFA e Ministero della Salute, con l'ausilio di ulteriori apparati dello Stato, hanno a loro disposizione ulteriori mezzi ai fini di una efficace tutela *ex post*, ossia successiva alla richiesta di autorizzazione in commercio e farmacovigilanza.

Nell'esercizio di tali competenze che vedremo nel dettaglio nei paragrafi a seguire, risulta prioritario un coordinamento tra le Istituzioni, al fine di evitare sovrapposizioni poco proficue e rendere efficace l'intervento pubblico nello specifico contesto di mercato.

Più nel particolare, l'esigenza nasce da un aumento dei c.d. *crimini farmaceutici*, divenuti un problema transnazionale. L'azione di contrasto necessitava, dunque, di una maggiore e più stretta collaborazione tra le Autorità internazionali istituzionalmente preposte alla vigilanza superando, sul piano investigativo e dei controlli amministrativi, il limite finora rappresentato dal frazionamento delle competenze tra Ministero della Salute, Agenzia italiana del farmaco, Regioni e Province autonome.

Proprio a tal fine è stato siglato, nel 2012, un protocollo operativo che disciplina le attività di controllo in materia di farmaci per uso umano e che di fatto sanciscono la nascita di una “*Superagenzia*” italiana del farmaco.

Un’innovativa sinergia interistituzionale che consente, ad oggi, di seguire la vita del “medicinale” nelle fasi della produzione, dell’immissione in commercio, della distribuzione, della dispensazione e della distruzione, per evitare che la filiera ufficiale farmaceutica possa essere inquinata da principi attivi, sostanze e farmaci illegali, potenzialmente pericolosi per la salute pubblica.

In particolare, il gruppo composto da AIFA, Ministero della Salute e NAS approfondisce le valutazioni su farmaci per uso umano, medicinali destinati all’esportazione, prodotti e formulati intermedi, prodotti medicinali sfusi e parzialmente confezionati⁷².

Il protocollo prevede, tra l’altro, controlli in materia di prezzi, di dispensazione e di distruzione dei farmaci, la standardizzazione delle procedure di attuazione dei piani nazionali e comunitari “*post-marketing*” di prodotti a procedura centralizzata.

Inoltre, notevole rilevanza viene assunta dal percorso formativo per ispettori ministeriali, dell’AIFA e dei NAS per articolare al meglio le attività operative anche congiunte, che mirano a contrastare le truffe in danno del Servizio Sanitario Nazionale e regionale, i furti, le rapine e gli “smarrimenti” di medicinali subiti dagli operatori farmaceutici. Ulteriore vigore, infine, è stato dato alle indagini per affrontare con determinazione i nuovi mercati delle illegalità emergenti, in tema di contraffazione e di distribuzione non controllata di medicinali, di pseudo-farmaci (talora commercializzati come integratori alimentari, preparati erboristici, dispositivi medici e cosmetici), anabolizzanti e *smart drugs* illegali attraverso i siti Internet⁷³.

6.2. Il controllo sulla produzione

Dopo aver ottenuto l’AIC che, come è stato anticipato, deve contenere indicazioni relative alla “descrizione del modo di fabbricazione” e “dei metodi di controllo uti-

⁷² La *Task force* ha anche competenza sul controllo di materie prime farmacologicamente attive, medicinali sperimentali, medicinali preparati industrialmente, prodotti intermedi destinati ad ulteriore trasformazione, medicinali preparati in farmacia, emoderivati e medicinali immunologici, farmaci ad azione stupefacente e psicotropa, farmaci ad azione dopante, nonché sulla pubblicità sanitaria e sull’informazione scientifica.

⁷³ Sulle numerose iniziative intraprese per contrastare contraffazione e sulla loro efficacia, v. anche *infra*, E. BELLISARIO, Sezione II, par. 2.

lizzati dal fabbricante”⁷⁴, il farmaco deve essere concretamente prodotto.

L’attività di produzione dei farmaci è soggetta ad autorizzazione: nessuno può produrre sul territorio nazionale, anche solo a scopo di esportazione, un medicinale senza l’autorizzazione dell’AIFA⁷⁵. Per ottenere l’autorizzazione, che è rilasciata previa verifica ispettiva volta a verificare la sussistenza dei requisiti, è necessario disporre di locali ed attrezzature tecniche adeguate e di una persona qualificata in possesso dei requisiti previsti dalla legge⁷⁶.

In questa fase rientrano tutte le attività attinenti alla preparazione di un medicinale, dal ricevimento dei materiali, al processo di fabbricazione e confezionamento, fino al suo completamento come prodotto finito.

In considerazione dei rischi connessi alla produzione di farmaci, tale attività deve essere condotta non soltanto conformemente a quanto indicato nell’AIC, ma anche rispettando le buone pratiche di fabbricazione (*Good Manufacturing Practices* - GMP), le quali prevedono una particolare attenzione al controllo della qualità⁷⁷.

La produzione di un farmaco è un procedimento assai complesso, che deve tener conto dei rischi particolari connessi al prodotto in esame. In questa sede è possibile soltanto tratteggiarne alcune caratteristiche.

Si pensi, ad esempio, al pericolo, la cui entità varia ovviamente a seconda del tipo di contaminante e di prodotto in questione, che una materia o un prodotto vengano contaminati da un’altra materia prima o prodotto (c.d. contaminazione crociata)⁷⁸.

74 A questo proposito, è necessario ricordare che ai sensi dell’art. 16, co. 1, Reg. CE 726/2004, dopo il rilascio dell’AIC il titolare della stessa tiene conto dei progressi scientifici e tecnici nei metodi di fabbricazione e introduce le modifiche necessarie affinché il medicinale possa essere fabbricato e controllato con metodi scientifici generalmente accettati.

75 Art. 50 d. lgs. 219/2006.

76 Art. 52 d. lgs. 219/2006. La domanda deve inoltre indicare il medicinale che si intende produrre ed il luogo dove si intende farlo.

77 V. il Considerando n. 7 della dir. 2003/94/CE in materia di buone prassi di fabbricazione, secondo cui: «tutti i fabbricanti devono sottoporre le operazioni di fabbricazione a un’efficace sistema di gestione della qualità; ciò richiede l’adozione di un sistema di garanzia della qualità farmaceutica».

78 Questo rischio di contaminazione crociata accidentale deriva dal rilascio non controllato di polveri, gas, vapori, aerosol e organismi provenienti da sostanze e prodotti del processo di lavorazione, da residui presenti nelle attrezzature e dagli indumenti degli operatori. La contaminazione crociata andrà evitata ricorrendo a idonee misure di carattere tecnico ed organizzativo. Quanto alle prime, è opportuno (anzi, obbligatorio per alcuni prodotti, quali la penicillina, i vaccini vivi ed alcuni preparati biologici) fabbricare prodotti rischiosi in aree separate; avere a disposizione un adeguato sistema di compartimenti a tenuta d’aria; ricorrere a sistemi chiusi di produzione; mantenere gli indumenti protettivi all’interno delle aree nelle quali vengono lavorati i prodotti che presentano particolari rischi di contaminazione crociata; effettuare tests per individuare la presenza di residui. Quanto alle

Per prevenire tale rischio i locali dovrebbero essere organizzati secondo un criterio di classi concentriche e di cascata delle pressioni: la pressione è più alta in alcuni locali e più bassa in altri, creando una pressione differenziale che impedisce ad eventuali particelle presenti di passare nelle aree dove si svolgono le operazioni più delicate, che sono identificate da una classe più elevata. Anche gli indumenti cambiano: è richiesto un abbigliamento a rilascio particellare sempre inferiore passando da una classe all'altra fino ad arrivare ad un abbigliamento a rilascio particellare praticamente nullo nelle prime classi. Inoltre, le norme comportamentali sono particolarmente stringenti, in considerazione del fatto che il corpo umano emette particelle anche in caso di attività sedentaria: sono quindi previste regole sul numero di persone presenti in un ambiente e sulle attività che possono svolgersi.

Sul rispetto delle GMP vigila l'AIFA, che a tal fine compie attività ispettive e ha il compito di assicurare l'equivalenza del sistema ispettivo italiano con quello degli altri Stati europei e con Paesi terzi che abbiano stipulato con l'UE degli accordi di mutuo riconoscimento nel settore ispettivo.

A livello europeo, la Commissione, in collaborazione con l'EMA coordina l'esecuzione delle funzioni di sorveglianza in capo agli Stati membri anche con riferimento al rispetto delle buone pratiche di fabbricazione. A tal fine è previsto dall'art. 8, co. 1, del regolamento che *«su richiesta scritta del comitato per i medicinali per uso umano, uno Stato membro fornisce le informazioni dalle quali risulta che il fabbricante di un medicinale o l'importatore da un Paese terzo è in grado di fabbricare il medicinale interessato, e/o di effettuare i controlli necessari, secondo le informazioni e documenti presentati a norma dell'articolo 6»*. Inoltre, ai sensi del co. 2, se lo ritiene necessario per completare l'esame di una domanda, tale comitato può esigere che il richiedente sottoponga il sito di fabbricazione del medicinale interessato a un'ispezione specifica.

6.3. Il controllo sulla distribuzione

La serie di verifiche cui sono sottoposti i medicinali in commercio può talvolta evi-

seconde, è opportuno prevedere un sistema di gestione del flusso di materiali e personale e, soprattutto, dedicare particolare attenzione, in tutti i suoi aspetti, alla pulizia di ambienti, personale ed attrezzature (sia sotto il profilo delle procedure a tal fine utilizzate, sia sotto il profilo dei controlli).

denziare una variazione del rapporto tra rischio e beneficio nell'uso del farmaco o, più semplicemente, un'efficacia minore rispetto a quella attesa. In altre occasioni, poi, un medicinale sottoposto ai controlli può non presentare la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata nei documenti che ne accompagnano il percorso di vita.

Per le descritte ragioni, l'AIFA può emettere i provvedimenti amministrativi, anche temporanei, per la verifica e rimozione dal mercato di farmaci rilevatisi in momenti successivi non idonei e/o non sicuri. Tali provvedimenti si suddividono in revoca e sospensione⁷⁹.

Più in particolare, l'art. 141 d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, prevede la possibilità per AIFA di emettere un provvedimento di sospensione, emanato a seguito di un parere espresso dall'EMA, dall'Istituto Superiore di Sanità, dalla Commissione tecnico-scientifica dell'AIFA, per motivi attinenti alla qualità della produzione, alle procedure di confezionamento⁸⁰.

Diversamente la revoca è disposta, ex art. 141 d. lgs. 219/2006 quando, per una specialità medicinale, gli organi di farmacovigilanza riscontrano condizioni più gravi quali, *inter alia*, la nocività nelle normali condizioni di impiego di un farmaco, ovvero l'assenza dell'effetto terapeutico⁸¹.

Infine l'AIFA, in caso di diffusione in commercio di specialità medicinali registrate con procedure comunitarie o per prodotti non registrati (galenici, prodotti di erboristeria, ecc.) quando, a tutela della salute pubblica, vi sia necessità di sottrarli dal commercio, emette un provvedimento di divieto di vendita ex art. 142 d. lgs. 219/2006. Anch'esso emanato a seguito del parere delle autorità preposte, può es-

79 Sui provvedimenti amministrativi di revoca e sospensione, v. *retro* A. CORVINO, Sezione I, par. 2, in questo *Rapporto*.

80 La determina di sospensione è pubblicata in Gazzetta Ufficiale e notificata all'azienda produttrice del farmaco. L'AIC di una specialità medicinale può inoltre essere sospesa quando sono segnalati prodotti con difetti di fabbricazione estesi a molti lotti e da far presumere gravi deviazioni dalle Norme di Buona Fabbricazione nell'officina di produzione. In tali casi si provvede immediatamente all'ispezione del sito produttivo cui segue la valutazione della classe di rischio e se il farmaco è stato registrato con procedura nazionale o comunitaria. Se necessario, oltre alla sospensione dell'AIC, può scattare il divieto di vendita e, nell'ipotesi più estrema, la chiusura dell'officina stessa. Infine, qualora necessario, scatta il ritiro dei lotti del prodotto e l'attivazione del Sistema d'Allerta Rapido (RAS).

81 Sotto il profilo procedurale, dopo la notifica del provvedimento di revoca alla parte, ad essere investito della questione è il Consiglio Superiore di Sanità che, analizzata la documentazione ricevuta, emana un parere vincolante. L'azienda farmaceutica dispone, invece, di un termine di 15 giorni di tempo per presentare le proprie osservazioni difensive.

sere revocato solo quando l'azienda avrà eliminato le problematiche che avevano condotto al provvedimento. Inoltre, se ritenuto necessario, soprattutto in caso di documentazione incompleta o non idonea a fornire precise assicurazioni, potrà essere richiesta un'ispezione del sito produttivo.

7. SEGUE. FARMACI CONTRAFFATTI E TUTELA DEL CONSUMATORE

7.1. Farmaci contraffatti e strumenti di controllo della filiera

Abbiamo in precedenza affrontato il tema della distribuzione dei farmaci, effettuata anche tramite i servizi digitali. La rete distributiva dei medicinali è, però, sempre più complessa e coinvolge molti operatori che non sono necessariamente distributori all'ingrosso secondo la definizione della dir. 2001/83/CE⁸². Si pone dunque il problema di verificare se la legislazione farmaceutica riesce a tener conto di tutti i soggetti operanti nella filiera distributiva per assicurare l'affidabilità di tale catena, che comprende non solo i distributori che si approvvigionano di prodotti, li detengono, li immagazzinano e li distribuiscono, ma anche soggetti che partecipano alle transazioni senza trattare materialmente i farmaci.

Occorre, in sintesi, applicare a questi soggetti norme proporzionate in modo da escludere con ogni mezzo praticabile la possibilità che entrino nella filiera farmaceutica legale della Comunità medicinali falsificati sotto i profili dell'identità, della storia o dell'origine.

Il fenomeno della produzione e vendita di farmaci contraffatti, infatti, ha assunto negli ultimi vent'anni proporzioni notevoli fino a rappresentare una grave minaccia per la salute pubblica. L'OMS definisce come contraffatto quel farmaco la cui etichettatura è stata deliberatamente e fraudolentemente preparata con informazioni ingannevoli circa il contenuto o l'origine del prodotto.

82 L'art. 1, co. 19, dir. 2001/83/CE definisce l'attività di distribuzione come «qualsiasi attività consistente nel procurarsi, detenere, fornire o esportare medicinali, salvo la fornitura di medicinali al pubblico; queste attività sono svolte con fabbricanti o loro depositari, con importatori, altri distributori all'ingrosso o con i farmacisti e le persone autorizzate, nello Stato membro interessato, a fornire medicinali al pubblico».

Per tener conto di questi nuovi profili di rischio garantendo, nel contempo, il funzionamento del mercato interno dei medicinali, è stata di recente anche in Italia recepita, come già osservato, la dir. 2011/62/UE⁸³. L'atto legislativo stabilisce a livello comunitario caratteristiche di sicurezza che assicurino l'identificazione, l'autenticazione e la tracciabilità dei medicinali soggetti a prescrizione medica⁸⁴.

Tra le novità di rilievo sulla vendita e controllo della contraffazione, spicca la possibilità, prevista dal decreto, di vendita a distanza al pubblico dei medicinali senza obbligo di prescrizione, attraverso farmacie o parafarmacie; a tale scopo, i siti *internet* che vendono medicinali conterranno un *link*, collegato al sito *internet* del Ministero della Salute, che indicherà la lista di tutti gli enti o persone autorizzate alla vendita di farmaci in rete. Sarà utilizzato un logo comune che renderà tali siti riconoscibili e sicuri⁸⁵.

83 Come rilevato (v. *retro*, par. 5.4), il recepimento è avvenuto ad opera del d. lgs. 17/2014, recante attuazione della dir. 2011/62/UE, che modifica la dir. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale. Le principali misure introdotte possono essere di seguito così sintetizzate. Relativamente alla produzione di sostanze attive utilizzate nella composizione dei farmaci devono essere seguite le buone pratiche di fabbricazione, sia che tali sostanze provengano da Paesi UE sia che si tratti di prodotti importati da Paesi terzi. Nel caso di fabbricazione in Paesi terzi di sostanze attive destinate all'esportazione verso l'Unione europea, l'autorità competente del Paese esportatore dovrà attestare che gli stabilimenti interessati siano stati sottoposti a controlli periodici severi e trasparenti, disposti anche a garanzia di un livello di tutela della salute pubblica almeno pari agli standard richiesti a livello europeo. Allo scopo di rafforzare la tutela della catena distributiva legale, gli importatori, i fabbricanti e i distributori di sostanze attive dovranno essere registrati presso l'autorità competente. Inoltre, i titolari delle autorizzazioni dovranno verificare - mediante controlli diretti - che i fabbricanti e i distributori di farmaci rispettino le buone pratiche. Essi sono tenuti, altresì, a verificare che gli eccipienti utilizzati per la fabbricazione di medicinali siano idonei allo scopo, inoltre i distributori all'ingrosso di medicinali dovranno accertare che i loro fornitori siano titolari delle necessarie autorizzazioni. In caso di sospetto circa l'autenticità dei medicinali, i fabbricanti sono obbligati ad informare le autorità competenti (Ministero della Salute e AIFA), viene altresì prevista la creazione di una rete informativa in modo da impedire che i medicinali segnalati come sospetti possano essere messi in circolazione. Si prevede che l'AIFA possa svolgere periodiche ispezioni (anche senza preavviso) nelle sedi di produzione e di stoccaggio di sostanze utilizzate per uso medicinale. Considerato che le autorità competenti di cui sopra sono responsabili della messa in atto di un sistema di controlli al fine di impedire l'introduzione in commercio di medicinali di dubbia origine, consentendo, pertanto, il ritiro degli stessi, è prevista anche la messa in atto di un sistema che consente, in caso di gravi rischi per la salute pubblica, di estendere l'allerta alle autorità degli altri Stati membri e di procedere immediatamente al ritiro dei farmaci pericolosi.

84 Per un approfondimento sulle novità introdotte nell'ordinamento dal recepimento della direttiva 2011/62/UE, si rinvia a C. CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell'UE*, cit., 291.

85 Come è noto, *internet* ha cambiato l'approccio al commercio, modificando le abitudini di parte dei consumatori e riducendo drasticamente i tempi delle transazioni. Anche nel campo medico-sanitario, il progressivo aumento degli acquisti *on line* è legato principalmente a motivi economici (possibilità di comparare i prezzi e acquistare al prezzo più basso; opportunità di sconti per acquisti di grossi quantitativi; accesso alla versione equivalente di farmaci che nel proprio Paese sono disponibili solo in versione *branded*) oltre che pratici (ordine a distanza e consegna a domicilio). L'*e-commerce* farmaceutico presenta poi il vantaggio dell'anonimato, che protegge il consumatore affetto da patologie o disfunzioni percepite come imbarazzanti (tipicamente, disfunzioni sessuali); e consente talvolta l'accesso a medicinali non ancora immessi nel mercato nazionale o non più disponibili a causa dell'eccesso di domanda.

Le nuove norme prevedono altresì la garanzia che il trasporto dei medicinali venduti *on line* sia effettuato nel rispetto delle linee guida in materia di buona pratica di distribuzione, quindi in modo da consentire all'acquirente di ricevere i farmaci con le medesime garanzie di quelli acquistati nella farmacia o nella parafarmacia.

Viene, inoltre, creato il sistema nazionale antifalsificazione che, attraverso la *Task Force* nazionale, con il coinvolgimento anche del Comando dei Carabinieri per la Tutela della Salute (NAS) e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, è inteso a impedire la circolazione sul territorio nazionale di medicinali falsificati e quindi potenzialmente pericolosi per la salute.

Tutte le violazioni alla richiamata normativa sono assistite da sanzioni amministrative pecuniarie erogate dall'AIFA e/o dal Ministero della Salute.

7.2. La conferenza dei servizi istruttoria per la lotta alla contraffazione

Sotto il profilo procedurale, il d. lgs. 19 febbraio 2014, n. 17, istituisce e ufficializza, inoltre, una Conferenza dei servizi istruttoria - alla quale partecipa come mero uditor anche l'AGCM - ed attribuisce poteri inibitori e sanzionatori al Ministero della Salute in caso di vendita *on line* di farmaci soggetti a prescrizione ovvero in caso di farmaci contraffatti.

La conferenza dei servizi istruttoria istituita presso AIFA è composta dal Ministero della Salute, dal Ministero dello Sviluppo Economico e dal Nucleo NAS Carabinieri. Ad esito della istruttoria svolta, la fase decisoria è rimessa al Ministero della Salute al quale la conferenza dovrà versare gli atti dell'istruttoria per l'adozione del provvedimento.

La scelta di istituire il modulo procedimentale prende le mosse dall'esperienza del tavolo di lavoro interistituzionale già istituito da AIFA e al quale partecipavano le medesime amministrazioni. Il tavolo è stato creato dall'esigenza di coordinare gli interventi - ciascuna istituzione per le proprie competenze - in materia di tutela del consumatore e salute pubblica, avuto specifico riguardo alla promozione e vendita di farmaci *on line*.

Tale *modus operandi* rappresenta, dunque, un ottimo esempio di collaborazione

delle Istituzioni nel settore interessato e ha già portato a buoni risultati operativi⁸⁶.

7.3. Il progetto IMPACT

Attesa la gravità del fenomeno e l'espansione dello stesso, abbiamo già visto come il nostro Paese si sia dotato di strumenti di coordinamento nonché abbia messo in campo iniziative necessarie al fine di ridurre il rischio di diffusione di farmaci contraffatti. In tale ottica, deve essere espresso vivo apprezzamento per IMPACT Italia, ossia la creazione di una *Task Force* anticontraffazione che ha iniziato le proprie attività nel 2005. Si tratta, in particolare, di un Gruppo di lavoro per la lotta alla contraffazione dei farmaci di cui fanno parte, da allora, rappresentanti dei quattro enti che si occupano istituzionalmente del fenomeno: AIFA - Agenzia Italiana del Farmaco, l'agenzia regolatoria italiana; Ministero della Salute; ISS - Istituto Superiore di Sanità e i Carabinieri NAS - Comando Carabinieri per la Tutela della Salute, reparto speciale dell'Arma dei Carabinieri per le tematiche sanitarie⁸⁷.

Nel 2007, il Gruppo di lavoro è stato formalizzato con una determinazione AIFA attraverso la quale si è provveduto ad istituire una segreteria operativa della quale fanno parte i rappresentanti dei quattro enti sopra citati; sono stati inoltre coinvolti nel gruppo esperti appartenenti alle altre istituzioni italiane interessate al fenomeno.

Il primo obiettivo di IMPACT Italia consiste nella circolazione e condivisione delle informazioni relative al fenomeno della contraffazione farmaceutica tra tutti gli attori: lo scambio di dati è fondamentale per l'efficacia di investigazioni e iniziative in questo settore⁸⁸.

In questo quadro, è stata garantita la partecipazione di rappresentanti del tavolo tecnico alle più importanti iniziative internazionali del settore, come per esempio la *Task Force* anti-contraffazione IMPACT dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, il Forum permanente PFIPC delle Forze di Polizia che combattono il crimine farmaceutico, il Comitato prodotti contraffatti del Consiglio d'Europa, garantendo in tal modo sia la diffusione di informazione qualificata da parte italiana, sia la circolazione di

86 Cfr., ad esempio, i provvedimenti dell'AGCM nn. 24525/2013, 24814/2014, adottati ad esito di segnalazioni del tavolo tecnico costituito presso AIFA.

87 Cfr. ancora C. CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell'UE*, cit., 291.

88 Ulteriori informazioni sono rinvenibili sul sito istituzionale del progetto www.impactitalia.gov.it.

relazioni e documenti sulle iniziative a tutti i partecipanti al tavolo.

Il gruppo di lavoro ha sviluppato, inoltre, materiali e iniziative per il *training* e il supporto agli investigatori cui compete il compito di contrastare sul campo il fenomeno della contraffazione dei medicinali: iniziative di *training* mirate per le forze di polizia specializzate (Carabinieri NAS) e per quelle non specializzate (Polizia, polizie locali) sono state realizzate sia in maniera indipendente sia nell'ambito dei corsi di addestramento curati dai comandi centrali e dal Ministero dell'Interno (PON).

8. SEGUE. LA TUTELA SUCCESSIVA: DANNO DA FARMACI E RESPONSABILITÀ

8.1. Il problema della giusta attribuzione dei rischi: il quadro normativo

Come si è visto, il settore farmaceutico è caratterizzato da una penetrante regolamentazione, volta ad assicurare la sicurezza e l'efficacia dei farmaci.

In particolare, tale disciplina mira a prevenire la produzione di danni da diversi punti di vista: in primo luogo, sia al momento della concessione dell'AIC, sia successivamente, attraverso i sistemi di farmacovigilanza, è prevista una costante valutazione per verificare che il rapporto rischio/beneficio del farmaco sia positivo; in secondo luogo, sono previste regole e procedure finalizzate ad assicurare la sicurezza della produzione e della commercializzazione.

Tuttavia, può comunque accadere che i farmaci provochino un danno.

Il problema centrale, in tale ipotesi, riguarda la qualificazione della responsabilità del produttore di farmaci e gli interessi in gioco sono, come è evidente, enormi: da una parte, la tutela della salute e, dall'altra parte, gli incentivi allo sviluppo tecnologico.

Dal punto di vista dei rimedi apprestati dall'ordinamento (nazionale ed europeo) in caso di danno da prodotti farmaceutici, il problema si traduce nell'individuazione e nella corretta applicazione delle regole che consentano di offrire *«un'adeguata soluzione al problema, specifico di un'epoca caratterizzata dal progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna»*⁸⁹.

⁸⁹ Così il Considerando n. 2 della dir. 85/374/CEE sulla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso.

In estrema sintesi, giova qui ricordare che sono astrattamente possibili diversi modelli di responsabilità civile.

Il modello tradizionale è quello fondato sulla colpa: il danneggiato deve provare la colpa del danneggiante, ovverosia l'inosservanza della diligenza dovuta da quest'ultimo nella vita di relazione.

Il maggior numero di danni legato allo sviluppo industriale e tecnologico ha creato la necessità di adottare, in alcuni casi, modelli diversi.

Il modello della responsabilità oggettiva, che si colloca all'estremo opposto rispetto a quello tradizionale, non ammette alcun livello di diligenza che possa esonerare il danneggiante dalla responsabilità e conseguentemente dall'obbligo di risarcire il danno (in altre parole, chi fa un danno deve risarcirlo, a prescindere da una valutazione della sua condotta).

Tra i due estremi vi è un altro modello, indicato come responsabilità aggravata, secondo il quale la colpa si presume al verificarsi del danno, ma il danneggiante ha la possibilità di fornire una prova liberatoria. Anche questo modello è caratterizzato, come quello tradizionale, dall'esistenza di un livello di diligenza che esonera dalla responsabilità, ma spetta al danneggiante la prova di essersi comportato conformemente a tale livello, che può essere configurato in modi diversi⁹⁰.

Dopo questa breve premessa occorre verificare qual è il modello al quale l'ordinamento affida la disciplina della responsabilità del produttore di farmaci.

Da questo punto di vista, è chiaro che per il produttore è fondamentale conoscere tale disciplina, perché in tal modo si permette a quest'ultimo di programmare la propria attività trasformando i rischi in costi⁹¹.

Il problema, riportato ad un discorso di diritto positivo, riguarda l'inquadramento della responsabilità del produttore di farmaci nella disciplina della responsabilità per danno da prodotti difettosi di cui al codice del consumo⁹² ovvero nella previsione della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c.

90 In questi termini, P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 158.

91 P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961, 50.

92 La disciplina della responsabilità del produttore è stata introdotta nel nostro ordinamento con il d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla dir. 85/374/CEE, ed ora si trova negli artt. 114 ss. cod. cons.

È opportuno quindi fare riferimento a tali disposizioni.

L'art. 114 cod. cons. dispone che *«il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto»*, mentre l'art. 118 cod. cons. prevede alla lett. e) che *«la responsabilità è esclusa se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso»*. Si tratta del c.d. “rischio da sviluppo” che si inserisce nel dibattito riguardante il modo con cui il diritto deve disciplinare lo sviluppo tecnologico, considerando, da un lato, che quest'ultimo dovrebbe essere incoraggiato in considerazione dell'apporto positivo che può dare alla società, ma che, dall'altro lato, è altresì necessario controllarlo.

L'art. 2050 c.c. afferma che *«chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»*.

A ben vedere, entrambe prevedono la possibilità che il produttore fornisca una prova liberatoria⁹³.

Per il codice del consumo il produttore deve provare che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento dell'immissione in commercio del prodotto, non permettevano ancora di considerare il prodotto come difettoso.

Per il codice civile chi esercita un'attività pericolosa deve provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. In particolare, la disposizione di cui all'art. 2050 c.c. è stata letta sia in termini di responsabilità per colpa sia in termini di responsabilità oggettiva. Da un lato, si afferma che la prova liberatoria prevista esclude ogni possibilità di ascrivere la norma nel campo della responsabilità oggettiva. Dall'altro lato, però, si rileva che la stessa disposizione viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che il risarcimento segue automaticamente alla qualificazione in termini di attività pericolosa dalla quale il danno è derivato⁹⁴.

Le differenze tra le due discipline, in termini di conseguenze applicative, possono essere così sintetizzate.

⁹³ Cfr. C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 604 e 610 ss., ritiene che sia la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, sia la responsabilità del produttore in relazione ai danni da difetti di progettazione, siano inquadrabili come figure di responsabilità aggravata.

⁹⁴ Per tali considerazioni, v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 296 e 300.

Se si ritiene applicabile la disciplina del codice del consumo, la dimostrazione che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non permetteva di rilevare il difetto del prodotto costituisce una prova liberatoria, che esclude la responsabilità del produttore, e quindi il risarcimento del danno.

Diversamente, se si ritiene applicabile la disciplina del codice civile, tale dimostrazione potrebbe non costituire prova liberatoria, perché l'esercente l'attività pericolosa dovrebbe provare un fatto inquadrabile nel caso fortuito e cioè che nel momento della fabbricazione non esisteva alcuna possibilità, nemmeno ricorrendo a tecniche nuove, di individuare la difettosità⁹⁵ (mentre secondo la disciplina del codice del consumo sarebbe sufficiente dimostrare di non aver potuto individuare la difettosità utilizzando le conoscenze tecniche esistenti).

In tema di danno da farmaci è stato notato che, applicando la disciplina di cui al codice del consumo, in molti casi sarebbe improbabile ottenere un risarcimento⁹⁶: per citare un esempio si pensi al caso Talidomide, un farmaco che, assunto da donne in gravidanza, provocò numerose nascite di bambini malformati e in cui il rischio connesso all'uso del farmaco emerse solo dopo il verificarsi di tali nascite. Per tali ragioni, si osserva che il bilanciamento tra le diverse esigenze della tutela della salute e della produzione ha trovato nella normativa di cui al codice del consumo una composizione favorevole alle seconde⁹⁷.

In conclusione, quindi, la disciplina di derivazione europea sembra offrire una tutela meno ampia ai danneggiati, lasciando fuori dall'area della risarcibilità tutte le ipotesi in cui *«lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso»*.

8.2. Gli orientamenti giurisprudenziali

Una volta individuati i riferimenti normativi e le relative conseguenze applicative, è

⁹⁵ A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1337 ss., spec. 1358.

⁹⁶ Cfr. L. CABELLA PISU, *Ombre e luci sulla responsabilità del produttore*, in *Contratto impr.*, 2008, 617 ss., spec. 635.

⁹⁷ A. QUERCI, *Responsabilità per danno da farmaci: quali rimedi a tutela della salute?*, in *Danno resp.*, 2012, 353 ss., spec. 357-358.

il momento di verificare quale delle due discipline la giurisprudenza ritiene applicabile al danno cagionato da farmaci.

Dal momento che la disciplina codicistica offre una tutela più intensa ai danneggiati, quest'ultima è stata frequentemente invocata ed altrettanto frequentemente accolta dai giudici.

L'utilizzo della disciplina di cui all'art. 2050 c.c. pone, però, due ordini di problemi.

In primo luogo, è necessario qualificare come "attività pericolosa" la produzione di farmaci.

Secondo l'interpretazione tradizionale dell'art. 2050 c.c., per definire pericolosa un'attività era necessario fare riferimento ad un parametro quantitativo, basato sul numero dei danni che l'attività poteva potenzialmente creare, o qualitativo, basato sulla gravità e sull'entità degli stessi. Orbene, utilizzando rigorosamente tali parametri, l'attività di produzione dei farmaci sarebbe esclusa da tale disciplina, in quanto non è l'attività di produzione ad essere pericolosa, ma il prodotto di tale attività, e cioè il farmaco.

Da questo punto di vista, però, la giurisprudenza ha ammesso che la pericolosità possa riferirsi non soltanto all'attività, ma anche al prodotto finito, quale suo connotato, affermando che «*la responsabilità extracontrattuale posta dall'art. 2050 c.c. a carico dell'esercente di un'attività pericolosa, ben può prescindere dall'attività in sé e per sé, quando il pericolo si sia materializzato e trasfuso negli oggetti dell'attività medesima*»⁹⁸.

Il primo problema è stato dunque superato e la prevalente giurisprudenza ha applicato ai danni da farmaci la disciplina di cui all'art. 2050 c.c.⁹⁹ in forza di diversi argomenti, tra cui la probabilità statistica di eventi dannosi, la gravità dei danni ragionevolmente prevedibili e la particolare attenzione con cui è disciplinata la materia¹⁰⁰.

⁹⁸ Cass. civ. 30 agosto 2004, n. 17369. Ciò è avvenuto, in particolare, anche per i danni cagionati da fumo: v. Cass. civ. 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Foro it.*, 2010, I, 869, con nota di A. PALMIERI.

⁹⁹ V. Cass. civ. 20 luglio 1993, n. 8069, in *Foro it.*, 1994, I, 455; Cass. civ. 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, I, 144. Nello stesso senso la giurisprudenza di merito: cfr., App. Roma 2 dicembre 2008; App. Roma 21 novembre 2006; Trib. Brescia 31 marzo 2003, in *Rass. dir. farm.*, 2004, 1221; Trib. Milano 19 novembre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 144. *Contra*, però, v. Trib. Napoli 9 ottobre 1986, in *Resp. civ.*, 1988, 407, il quale ha escluso che la produzione di farmaci costituisca esercizio di attività pericolosa.

¹⁰⁰ Una diversa impostazione consiste nell'individuare il criterio per stabilire se si tratti di un'attività pericolosa nella disciplina di settore che si occupa di particolari categorie di beni: così, E. AL MUREDEN, *I danni da*

Il secondo problema al quale va incontro l'inquadramento della responsabilità del produttore di farmaci nella disciplina di cui all'art. 2050 c.c. è quello relativo al rapporto tra disciplina nazionale codicistica e disciplina di derivazione europea sulla responsabilità del produttore (direttiva 85/374/CEE, confluita nel nostro ordinamento agli artt. 114-127 cod. cons.).

Per applicare comunque l'art. 2050 c.c. sarebbe necessario fare leva sull'art. 127 cod. cons. che, in attuazione dell'art. 13 della dir. 85/374/CEE, prevede che le disposizioni in tema di responsabilità del produttore contenute nel codice del consumo «non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi»¹⁰¹.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha già avuto modo di precisare che «l'art. 13 della direttiva non può essere inteso come diretto a lasciare agli Stati membri la possibilità di mantenere un regime generale di responsabilità per danno da prodotti difettosi che differisca dalla disciplina prevista dalla direttiva». L'applicazione di altri regimi di responsabilità è consentita soltanto quando questi «si basano su elementi diversi, come la garanzia dei vizi occulti o la colpa», mentre il riferimento ai «diritti che il danneggiato può esercitare in forza di un regime speciale» di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva deve essere interpretato nel senso che «riguarda un regime proprio, limitato a un settore produttivo determinato»¹⁰².

Alcune recenti pronunce, infatti, in linea di queste considerazioni ritengono che la responsabilità del produttore di farmaci sia disciplinata dalla normativa di cui al codice del consumo¹⁰³.

Allo stato, però, resta ancora da verificare se la prassi giurisprudenziale finora dominante (che applica la tradizionale tutela offerta dal codice civile) possa ritenersi

consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile, in *Contratto impr.*, 2011, 1495 ss.

101 Pertanto era inizialmente sembrata «una disposizione che all'obiettivo di tutela dei consumatori sacrifica l'uniformità che la legislazione europea deve perseguire» (così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 659).

102 Corte Giust. 25 aprile 2002, causa C-52/00, punti 21, 22 e 23. V. anche Corte Giust. 25 aprile 2002, causa C-183/00 e causa n. C-154/00. I testi dei tre provvedimenti sono pubblicati in *Danno resp.*, 2002, 717 ss. La posizione assunta dalla Corte europea ha suscitato diverse critiche: cfr. *ex plurimis* Vedi A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, 295. Cfr. anche G. PONZANELLI, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, in *Danno resp.*, 2002, 728 ss., spec. 730; M.E. ARBOUR, *Corte di giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione della Direttiva CEE/374/85*, in *Danno resp.*, 2003, 375 ss.

103 Trib. Sassari 12 luglio 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 3, 531 con nota di R. MOTRONI.

legittima e giustificata alla luce dell'evoluzione del diritto europeo¹⁰⁴.

9. SEGUE. SETTORE FARMACEUTICO E TUTELA DEL MERCATO

Il settore farmaceutico è caratterizzato dall'intensa attività di ricerca e sviluppo nonché risulta contraddistinto da un elevato livello di regolamentazione che, come abbiamo già analizzato, incide sulla quasi totalità delle fasi del ciclo produttivo del prodotto medicinale. L'estrema regolazione è, però, giustificata dalla tutela di interessi di rango costituzionale.

Per altro verso, come tutti i mercati sottoposti ad una regolamentazione molto stringente, il settore è particolarmente esposto a rischi di condotte anticoncorrenziali, basate sull'abuso della fitta foresta di regole, dalla valenza generalmente pro-competitiva o comunque neutrale sotto il profilo concorrenziale, con finalità escludente¹⁰⁵.

Ciò premesso, non è sempre facile contemperare l'esigenza di tutela dell'innovatività delle imprese, l'apertura del mercato e le esigenze di tutela della salute. Sotto il profilo concorrenziale¹⁰⁶, tale relazione risulta essere ancor più delicata in considerazione dei riflessi che gli illeciti antitrust posti in essere nel settore hanno sul funzionamento del sistema sanitario nazionale e, indirettamente, sulla garanzia di un diritto fondamentale dei cittadini.

Senza alcuna presunzione di completezza, si ritiene opportuno in questa sede fare qualche cenno ai comportamenti delle imprese che maggiormente rilevano sotto il profilo concorrenziale nel settore farmaceutico. Tali implicazioni hanno un riverbero

104 Cfr. in tal senso A. QUERCI, *Responsabilità per danno da farmaci: quali rimedi a tutela della salute?*, cit., 358 e L. CABELLA PISU, *Ombre e luci sulla responsabilità del produttore*, cit., 645. Sul punto, v. anche *infra*, E. BELLISARIO, Sezione II, par. 4.

105 Cfr. il bel saggio di E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda ratiopharm - pfizer*, in *Giur. comm.*, 2014, 404. L'A., oltre alle richiamate condotte escludenti, osserva che «(...) il settore farmaceutico si contraddistingue anche per l'assoluta posizione di preminenza detenuta dai diritti di proprietà intellettuale e, in particolar modo, dai brevetti per invenzione industriale, la cui mera titolarità, a differenza di quanto accade generalmente in altri mercati, può talvolta, da sola, consentire la conquista di una posizione quasi monopolistica. Ed infatti non solo nel settore farmaceutico la competizione fra imprese si gioca, per definizione, sull'innovazione,, secondo il modello della c.d. winner takes all race, bensì è la stessa sussistenza del diritto di privativa che determina e modella la forma di concorrenza del mercato».

106 Per un approfondimento sulle interazioni del mercato farmaceutico con la disciplina antitrust, v. per tutti G. SENA, *Aspetti concorrenziali del mercato farmaceutico*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di Raffaelli, Bruxelles, 2005, 261-262.

anche sotto il profilo consumeristico. I limiti concorrenziali hanno, infatti, effetti diretti sulla spesa sanitaria, sulla disponibilità dei farmaci nonché sull'ingresso di farmaci generici e, dunque, sulla possibilità per i consumatori di fruire di una maggiore offerta. Il rilievo dell'accertamento antitrust nazionale e comunitario si apprezza, infine, anche nel settore farmaceutico avuto riguardo alla possibile azione di risarcimento del danno (c.d. *private enforcement*).

9.1. Importazioni parallele

L'importazione parallela di un medicinale costituisce in Europa una legittima forma di scambio in seno al mercato interno fondata sull'art. 34 TFUE ed è soggetta alle deroghe previste dall'art. 36 dello stesso Trattato.

Si tratta di una forma di cosiddetto "arbitraggio", ovvero consiste nel trasferimento commerciale di prodotti dagli Stati in cui i prezzi dei farmaci sono inferiori verso quelli in cui sono più elevati da parte d'intermediari specifici, gli "importatori paralleli", diversi dai produttori titolari o licenziatari della proprietà intellettuale. Piccoli operatori ma anche "big" della distribuzione che realizzano sinergie grazie al loro carattere di multinazionale, ovvero essendo presenti in tutti i Paesi, tanto di *export* che di *import*.

È noto come "parallelo", nel senso che avviene al di fuori e - nella maggior parte dei casi - parallelamente alla rete di distribuzione che i fabbricanti o i fornitori originari hanno allestito per i loro prodotti in uno Stato membro, mentre riguarda prodotti che sotto ogni punto di vista sono simili a quelli commercializzati dalle reti di distribuzione¹⁰⁷.

Nel settore farmaceutico esso trae vantaggio dalla divergenza dei prezzi, dal momento che gli Stati membri fissano o controllano il prezzo dei medicinali venduti nell'ambito dei rispettivi mercati. La Corte di giustizia europea¹⁰⁸ ha più volte con-

¹⁰⁷ V. la Comunicazione della Commissione sulle importazioni parallele di specialità medicinali la cui immissione in commercio è già stata autorizzata, 30 dicembre 2003, COM(2003) 839 def.

¹⁰⁸ Gli Stati membri possono ricorrere alla fissazione diretta o indiretta dei prezzi tramite politiche di rimborso, per garantire a tutti i cittadini un uguale accesso ai medicinali e per tutelare la stabilità finanziaria dei rispettivi servizi di previdenza sociale. La Corte ha riconosciuto che, in mancanza di armonizzazione, gli Stati membri hanno la facoltà di fissare i prezzi dei prodotti farmaceutici per soddisfare tali esigenze legittime, a condizione che tale intervento non discrimini *de jure* o *de facto* tra prodotti nazionali o importati e che il prezzo praticato sia

fermato che i medicinali non sono esenti dalle norme del mercato interno e ha condannato misure statali che limitavano, senza giustificati motivi, importazioni parallele di medicinali. Sotto altro aspetto, la Corte ha deliberato che talune misure degli Stati membri volte a limitare le importazioni parallele possono essere giustificate per motivi di protezione della proprietà industriale e commerciale e di tutela della salute e della vita delle persone, conformemente all'art. 36 TFUE.

Quanto alle forme di controllo e autorizzazione, un medicinale può essere importato in parallelo sulla base di una licenza concessa a seguito di una procedura "semplificata"¹⁰⁹, secondo la quale le informazioni da fornire da parte del richiedente sono minori di quelle richieste per un'autorizzazione all'immissione in commercio. Lo scopo principale è quello di tutelare la salute pubblica. Pur tuttavia, tali norme sono soggette ad eccezioni derivanti dalle regole del TFUE relative alla libera circolazione delle merci. Le autorità nazionali, infatti, non possono impedire importazioni parallele esigendo dagli importatori paralleli di soddisfare gli stessi requisiti di quelli applicabili a imprese che chiedono per la prima volta un'autorizzazione all'immissione in commercio di un prodotto medicinale, a condizione che un'eccezione del genere alle norme abitualmente applicabili alle autorizzazioni all'immissione in commercio di medicinali non metta a rischio la salute pubblica¹¹⁰.

Possono, in ogni caso, essere imposte delle condizioni di carattere tecnico: le caratteristiche essenziali dei medicinali non possono essere alterate per la distribuzione in uno Stato diverso. Eccezionalmente, è tuttavia concesso all'importatore parallelo di ri-apporre il marchio sulla nuova confezione o sostituirlo con il marchio utilizzato per lo stesso prodotto nello Stato di destinazione¹¹¹.

remunerativo (Corte Giust. 29 novembre 1983, causa 181/82, Roussel Laboratoria, 1983, in *Racc.*, 1983, 3849; Corte Giust., 19 marzo 1991, causa 249/88, Commissione c. Belgio, in *Racc.*, 1991, I-1275). Quanto, in particolare, al mercato dei medicinali soggetti a prescrizione medica, l'intervento statale può assumere la forma di esclusione di un medicinale da un regime di rimborso. Tale restrizione può essere motivata soltanto ove: a) non esistano discriminazioni basate sull'origine del prodotto, b) essa si basi su criteri obiettivi e verificabili e c) essa preveda procedure per porre rimedio a eventuali distorsioni che ne risultano (Corte Giust. 7 febbraio 1984, causa 238/82, Duphar, in *Racc.*, 1984, 523. Ulteriori requisiti procedurali sono stabiliti dalla direttiva 89/105/CEE.

109 V. *retro*, A. CORVINO, Sezione I, par. 2.

110 Corte Giust. 20 maggio 76, causa 104/75 De Peijper. Ciò in pratica significa che l'importatore parallelo non è tenuto a trasmettere i documenti relativi al prodotto medicinale in generale o a una partita specifica, informazioni che possono essere ottenute unicamente presso il fabbricante del medicinale o il suo concessionario. Se così non fosse, il fabbricante o il suo concessionario potrebbero impedire le importazioni parallele semplicemente rifiutandosi di fornire i documenti necessari.

111 Cfr. C. CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato dell'UE*, cit., 291. In part. l'A. rileva: «come la stessa Corte di giustizia ha precisato nel 2002, possono sussistere infatti circostanze che

L'importazione parallela permette di conseguire per le imprese vantaggi economici rilevanti nonché di garantire ai consumatori una migliore approvvigionamento di farmaci nel mercato nazionale. Quando una restrizione al commercio parallelo è dovuta a misure adottate da imprese, ad esempio duplice prezzo o limitazione delle forniture ai grossisti, la fattispecie è disciplinata dalle norme comunitarie sulla concorrenza (artt. 101-102 TFUE)¹¹².

9.2. Cenni ai profili *antitrust*: il caso Roche-Novartis

Sotto il profilo della tutela del mercato, è stato sovente espresso dalla Commissione e dall'Autorità Antitrust nazionale l'auspicio di una maggiore considerazione delle esigenze di promozione della concorrenza nelle diverse fasi della filiera farmaceu-

“rendono oggettivamente necessario il ri-confezionamento perché il medicinale possa essere commercializzato in tale Stato dall'importatore parallelo (...) Un ostacolo del genere sussiste, ad esempio, quando medicinali acquistati dall'importatore parallelo non possono essere commercializzati nello Stato membro importatore nella loro confezione originaria a causa di normative o di prassi nazionali relative al confezionamento, di norme in materia di assicurazione contro le malattie che subordinano ad un determinato confezionamento il rimborso delle spese mediche o di consolidate prassi in materia di prescrizioni mediche che si basano, fra l'altro, su norme dimensionali raccomandate da associazioni di categoria e dagli enti di assicurazione contro le malattie”. In alcuni casi può essere sufficiente la ri-etichettatura. “Tuttavia, su un mercato o su una parte rilevante dello stesso può esservi, da parte di una percentuale significativa di consumatori, una resistenza così forte nei confronti dei medicinali ri-etichettati che l'accesso effettivo al mercato Il distributore non può però modificare le condizioni originali del prodotto, deve indicare sulla nuova confezione i dati di chi ha ri-confezionato il prodotto e di chi lo ha fabbricato. Il titolare del marchio deve altresì ricevere un preavviso prima della messa in vendita del prodotto ri-confezionato deve considerarsi ostacolato”: in questi casi all'importatore è consentito ri-confezionare i medicinali, badando di non alterare le condizioni originali del prodotto ossia, in pratica, lasciando intatto il confezionamento interno».

112 La nota decisione della Commissione n. C 1757 Astra Zeneca PLC rappresenta, sul punto, il *leading case*. Con la decisione del 15 giugno 2005, la Commissione ha infatti irrogato alle società del gruppo Astra Zeneca PLC un'ammenda di importo complessivo pari a 60 milioni di euro, per aver commesso due abusi di posizione dominante.

Da un lato, la Commissione ha constatato che Astra Zeneca aveva reso dichiarazioni deliberatamente ingannevoli dinanzi agli uffici dei brevetti di taluni Stati membri. Tali dichiarazioni erano volte a ottenere o mantenere, per il Losec, certificati protettivi complementari, che prolungavano la protezione conferita dal brevetto, cui AZ non aveva diritto, o cui aveva diritto per una durata più limitata, e ciò al fine di escludere dal mercato i fabbricanti di prodotti generici.

Dall'altro, AZ è stato sanzionato per aver chiesto la revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio delle capsule di Losec in Danimarca, in Svezia e in Norvegia al fine di ritardare e rendere più difficile la commercializzazione dei medicinali generici, nonché di impedire le importazioni parallele di Losec.

Oltre che per l'ammontare della sanzione (ben 53 milioni di euro), il caso AstraZeneca è di estremo interesse per aver definitivamente confermato alcuni obblighi che gravano su tutte le imprese in posizione dominante che si interfacciano con gli uffici brevetti. È infatti oggi diritto dell'Unione che un'impresa dominante può violare quella speciale responsabilità che grava su di essa laddove comunichi alle autorità pubbliche preposte alla concessione di diritti esclusivi informazioni ingannevoli idonee ad indurle in errore ed a permettere, di conseguenza, il rilascio di diritti esclusivi cui l'impresa in questione non avrebbe diritto.

tica mediante una regolazione che, da un lato, crei le condizioni per una maggiore concorrenza dinamica incentivando le imprese a svolgere adeguatamente la propria attività di ricerca e sviluppo e, dall'altro, promuova la concorrenza di prezzo tra farmaci privi di copertura brevettuale, favorendo in particolare l'ingresso sul mercato dei farmaci generici¹¹³.

L'attività di controllo e di inibizione dei comportamenti anticoncorrenziali rappresenta dunque una leva fondamentale per lo sviluppo e l'apertura del mercato. Un mercato, quello farmaceutico che, peraltro, è di per sé caratterizzato da una profonda asimmetria informativa tra produttori e consumatori. L'azione di *enforcement* risulta, infine, necessaria al fine di evitare effetti di rilevante danno verso il sistema sanitario nazionale che potrebbero derivare da illeciti concorrenziali posti in essere nel settore oggetto di studio.

A dimostrazione della possibile sussistenza di tali effetti nocivi, sembra opportuno rimarcare che proprio di recente l'Autorità *Antitrust* ha concluso l'istruttoria sul caso Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis¹¹⁴, dalla quale è emersa un'intesa restrittiva della concorrenza molto grave posta in essere nel mercato dei farmaci per la cura di gravi patologie vascolari della vista, e che ha comportato per il Sistema Sanitario Nazionale un esborso aggiuntivo stimato in oltre 45 milioni di euro nel solo 2012, con possibili maggiori costi futuri fino a oltre 600 milioni di euro l'anno¹¹⁵.

Più specificamente, l'Autorità ha accertato che le capogruppo Roche e Novartis, anche attraverso le rispettive filiali italiane, avevano concertato sin dal 2011 una differenziazione artificiosa dei farmaci Avastin e Lucentis, presentando il primo come pericoloso per l'utilizzo oftalmico e condizionando così le scelte di medici e servizi sanitari. Avastin è un prodotto che è stato registrato per la cura del cancro, ma dalla

113 Cfr. l'indagine della Commissione sul settore farmaceutico (IP/09/1098 e MEMO/09/321). Su tale profilo occorre rilevare che l'esistenza di dispute relative al rispetto da parte del genericista delle norme sulla disciplina della tutela della proprietà industriale e commerciale può ritardare oltremodo l'iter autorizzatorio del farmaco generico, ostacolando così il processo di apertura alla concorrenza del mercato farmaceutico. Benché rappresenti legittima la pretesa delle imprese produttrici delle specialità di riferimento di difendere i propri diritti in tema di copertura brevettuale, tutela fondamentale per favorire la competizione fondata sull'innovazione di prodotto, tuttavia, non può ignorarsi la circostanza che la *litigation* strategica può essere utilizzata dalle imprese titolari di brevetti scaduti al fine di ritardare o impedire l'ingresso dei concorrenti sul mercato.

114 Cfr. provv. AGCM del 27 febbraio 2014.

115 Per un approfondimento sul caso, v. L. ARNAUDO, *The Strange Case of Dr. Lucentis and Mr. Avastin. The Italian Competition Authority Fines Roche and Novartis for Collusion*, *European Competition Law Review*, Vol. 35, No. 7, 2014, 347-351.

metà degli anni Duemila è stato utilizzato in tutto il mondo anche per la cura di patologie vascolari oculari molto diffuse (utilizzo *off label* ¹¹⁶ del farmaco); Lucentis è un farmaco basato su una molecola in tutto simile a quella di Avastin ma è stato appositamente registrato (da Genentech negli USA e da Novartis nel resto del mondo) per le patologie della vista fino a quel momento curate con Avastin. La differenza di costo per iniezione è significativa: Avastin ha un costo pari al massimo a 81 euro, mentre il costo di Lucentis risulta attualmente pari a circa 900 euro (in precedenza, peraltro, il costo superava i 1.700 euro).

A fronte del rischio che le applicazioni oftalmiche di Avastin, vendute a un prezzo molto inferiore, ostacolassero lo sviluppo commerciale del ben più caro Lucentis, Roche e Novartis avevano posto in essere una complessa strategia collusiva, volta a ingenerare tra i medici curanti e, più in generale nel pubblico, timori sulla sicurezza del primo. Tali attività erano proseguite e anzi erano state intensificate quando da una serie sempre maggiore di studi comparativi indipendenti, e pertanto non controllabili dalle imprese, era definitivamente emersa l'equivalenza dei due farmaci. Nel ricostruire il sofisticato disegno collusivo, l'Autorità ha altresì accertato che le condotte delle imprese coinvolte trovavano la loro spiegazione economica nei rapporti tra i gruppi Roche e Novartis: Roche, infatti, aveva interesse ad aumentare le vendite di Lucentis perché attraverso la sua controllata Genentech - che aveva sviluppato entrambi i farmaci - otteneva su di esse rilevanti *royalties* da Novartis. Quest'ultima, dal canto suo, oltre a guadagnare dall'incremento delle vendite di Lucentis, deteneva una rilevante partecipazione in Roche, superiore al 30%¹¹⁷.

In considerazione della particolare gravità dell'illecito accertato, l'Autorità ha comminato al gruppo Novartis una sanzione di 92 milioni di euro e al gruppo Roche una sanzione di 90,5 milioni di euro, per un totale di oltre 180 milioni di euro.

Il provvedimento appena richiamato contiene elementi potenzialmente rilevanti in un'ottica di *private enforcement*. In primo luogo, infatti, l'Antitrust oltre all'accerta-

116 Sull'utilizzo *off label* dei farmaci, cfr. *retro*, par. 1.3, in questa Sezione.

117 L'Autorità, nel valutare la particolare gravità dell'infrazione, ha considerato che le condotte delle imprese erano riconducibili ad un'intesa volta a concordare le rispettive politiche di offerta per limitare quella del prodotto meno costoso, in una logica di ripartizione di mercati. L'intesa tra le imprese, illecita per oggetto, aveva avuto inoltre concreta attuazione con una profonda alterazione dei meccanismi della domanda, limitando la libertà di scelta dei consumatori attraverso il condizionamento del giudizio e della scelta terapeutica dei medici. In ultima analisi, ciò aveva reso particolarmente difficoltoso l'accesso alle cure per i malati di patologie della vista gravi e diffuse, avendo prodotto sicuri effetti sul bilancio economico del sistema sanitario nel suo complesso.

mento della violazione dell'art. 101 TFUE, si è spinta - tramite l'ausilio dell'analisi economica - nella verifica degli effetti restrittivi della concorrenza derivanti dal comportamento delle imprese coinvolte. In secondo luogo, la decisione contiene anche una quantificazione, sebbene solo parziale, degli extra costi sostenuti dal SSN per effetto della condotta tenuta dalle parti.

Sotto tali profili, il provvedimento potrebbe dispiegare effetti utili negli eventuali procedimenti civili aventi ad oggetto pretese risarcitorie. Nello specifico, l'accertamento degli effetti appare rilevante dal punto di vista della prova dell'*an* del danno, mentre la stima degli extra costi sostenuti dal SSN può rappresentare un utile termine di paragone che il giudice può utilizzare per valutare eventuali stime del danno prodotte dalle parti processuali¹¹⁸.

9.3. Tutela brevettuale e abuso di posizione dominante (cenni)

Abbiamo osservato, in premessa, come il settore farmaceutico sia uno dei principali utenti del sistema dei brevetti. Quelli concernenti le sostanze attive sono definiti dall'industria come "brevetti primari" poiché sono relativi ai primi brevetti per i loro prodotti medicinali. I successivi brevetti riguardanti aspetti come le differenti forme di dosaggio, i processi produttivi o particolari formulazioni farmaceutiche sono definiti dall'industria "brevetti secondari".

La disciplina europea in materia di proprietà intellettuale e brevetti è rappresentata dalla "*Convenzione sul brevetto europeo*" (di seguito, *Convenzione*), conclusa il 5 ottobre 1973 a Monaco, ivi riveduta il 29 novembre 2000. Detta Convenzione ha istituito il "brevetto europeo" e l'Ufficio Europeo Brevetti (*European Patent Office*, di seguito anche EPO)¹¹⁹.

118 Sul punto cfr. G. NOTARO, G. GUARDAVACCARO, *La decisione Roche/Novartis dell'AGCM e le conseguenze per il private enforcement*, 2014, disponibile sul sito www.competition-law.eu.

119 Per un'ampia panoramica sul tema, v. A. ILARDI, *Il nuovo brevetto europeo*, Zanichelli, 2013. L'EPO è incaricato della valutazione delle richieste di brevetti a livello centrale, come pure dei procedimenti di opposizione e di ricorso riguardanti brevetti già rilasciati. Ai sensi dell'art. 52 della Convenzione sono brevettabili tutte le invenzioni: *i*) suscettibili di applicazione industriale; *ii*) nuove; *iii*) associate ad uno sforzo inventivo. Ogni domanda di brevetto può contenere una sola invenzione; ciò per ragioni fiscali e di chiarezza della copertura brevettuale. Il brevetto europeo concesso dall'EPO, di durata ventennale, si configura come un insieme di diritti di brevetto di carattere nazionale: in particolare, per farne riconoscere l'efficacia nei singoli Stati, è necessario attivare un procedimento di validazione consistente sostanzialmente nel deposito di una traduzione del brevetto presso le competenti autorità nazionali e nel pagamento delle tasse di deposito. In Italia, come nella maggior parte dei

Oltre al brevetto principale, l'impresa può altresì richiedere un brevetto divisionale che rappresenta una protezione brevettuale che origina da un precedente brevetto principale, del quale costituisce una specificazione; pertanto, la data di presentazione, nonché la validità temporale del brevetto divisionale, sono mutate dal brevetto principale. La domanda divisionale di brevetto europeo può essere depositata soltanto per elementi già ricompresi nella descrizione dell'invenzione contenuta nel testo depositato in principio, ma che si riferiscono a invenzioni separabili e distinte.

La normativa brevettuale delle specialità medicinali attribuisce all'inventore del farmaco, in aggiunta al brevetto, una privativa "complementare" (denominata certificato complementare di protezione o CPC), volta a prolungare la durata dell'esercizio dei diritti di sfruttamento esclusivo dell'invenzione al fine di compensare il periodo trascorso tra il rilascio del titolo brevettuale e l'immissione in commercio del farmaco (in ogni caso, il CPC non può avere durata superiore a cinque anni). La richiesta di CPC deve essere presentata entro e non oltre sei mesi dalla data del primo decreto di autorizzazione all'immissione in commercio o, qualora questo risalga ad una data antecedente alla concessione del brevetto, entro e non oltre sei mesi da tale concessione¹²⁰.

La richiesta di brevetti divisionali - avanzata, cioè, dallo stesso titolare del brevetto principale - rappresenta nel settore farmaceutico una prassi estremamente diffusa. Infatti, più che in altri settori, la presentazione di numerose domande divisionali di uno stesso brevetto può rispondere ad una strategia difensiva delle imprese, volta a bloccare lo sviluppo di nuovi farmaci concorrenti attraverso la costituzione di una

Paesi EU, la traduzione deve essere depositata entro tre mesi dalla comunicazione da parte di EPO del rilascio del brevetto, pena l'inefficacia della protezione sul territorio nazionale. In data 1° maggio 2008 è entrato in vigore il c.d. "*London Agreement*", grazie al quale i 14 Paesi aderenti rinunciano, totalmente o parzialmente, al deposito della traduzione nella propria lingua della descrizione e delle rivendicazioni del brevetto come rilasciato al momento della convalida del brevetto europeo. Conseguentemente, al fine di ottenere la validazione nazionale del brevetto europeo, nei Paesi europei firmatari dell' Accordo di Londra non è più necessario al momento del deposito presso i rispettivi uffici brevettuali, fornire alcuna traduzione (in Gran Bretagna, Svizzera, Liechtenstein, Lussemburgo, Francia e Germania) ovvero è necessario tradurre esclusivamente le rivendicazioni (in Croazia, Svezia, Danimarca, Islanda e Olanda). Italia e Spagna figurano, invece, tra i Paesi che, ad oggi, non hanno ratificato il *London Agreement* nei quali, quindi, la validazione del brevetto europeo necessita ancora del deposito nella propria lingua della descrizione e delle rivendicazioni del brevetto, nonché del pagamento delle relative tasse.

120 In Italia, alla prima disciplina della protezione complementare, introdotta con la l. 19 ottobre 1991, n. 349, ha fatto seguito il Reg. CE 1768/92 del 18 giugno 1992, entrato in vigore il 2 gennaio 1993. L'art. 3 Reg. CE 1768/92, come da ultimo modificato dal Reg. di ricodificazione 469/2009, stabilisce che può essere rilasciato un certificato di protezione complementare per ogni prodotto protetto da un brevetto di base in vigore, definito quale un brevetto che protegge un principio attivo o la composizione di principi attivi di un medicinale (c.d. "*basic patent*").

fitta ragnatela brevettuale a protezione di una medesima specialità medicinale¹²¹.

La Commissione e l'Autorità *antitrust* nazionale sono ben consapevoli di tali strategie e ne accertano, spesso, la patologia. Sul punto, basti ricordare che già nel 2012 l'Autorità antitrust aveva accertato un grave abuso di posizione dominante nella commercializzazione di alcuni farmaci per la cura del glaucoma, che aveva ostacolato l'ingresso dei genericisti sul mercato, provocando un mancato risparmio per il Servizio Sanitario Nazionale stimato in quattordici milioni di euro (caso *Ratiopharm-Pfizer*). Nel corso del procedimento, in particolare, l'Autorità ha accertato che Pfizer avesse posto in essere un'unica e complessa strategia escludente, consistente nell'aver esteso artificialmente la durata temporale della protezione brevettuale del farmaco Xalatan e nell'aver sfruttato a proprio vantaggio la conseguente situazione di incertezza sull'effettiva data di scadenza del brevetto¹²².

In particolare, nel 2002, Pfizer aveva artatamente richiesto e ottenuto una proroga della copertura brevettuale della specialità Xalatan, attraverso la richiesta di un brevetto divisionale, effettuata a 13 anni di distanza dalla richiesta del brevetto principale, con una rivendicazione solo formalmente più ampia di quella oggetto del brevetto originario, ma il cui ambito di tutela si sovrapponeva in realtà a quello del brevetto principale. La nuova rivendicazione si riferiva, infatti, a una classe di molecole che già comprendeva il *latanoprost*, oggetto del precedente brevetto. Peraltro, a seguito della richiesta del brevetto divisionale, non si era verificata alcuna immissione in commercio di nuovi farmaci, ma solo l'inoltro all'Ufficio Italiano Brevetti della domanda di certificato di protezione complementare che, in Italia, non era stato richiesto nei tempi previsti dalla legge. In sostanza, tale richiesta era esclusivamente volta a prolungare la copertura brevettuale del farmaco Xalatan, già protetto dal brevetto principale, portandola dal settembre 2009 al luglio 2011, così

121 Dal lato dell'offerta, nel settore sono presenti due tipi d'impresa. Le aziende farmaceutiche originator sono attive nella ricerca, nello sviluppo, nella gestione del processo regolamentare dei nuovi prodotti comprese le prove cliniche richieste per l'autorizzazione alla commercializzazione, la produzione, la commercializzazione e la fornitura di medicinali innovativi. I loro prodotti sono di solito tutelati da brevetti che, da un lato, garantiscono una compensazione dei costi spesso molto elevati dell'innovazione e, d'altro lato, rendono pubbliche le informazioni sulle invenzioni. La seconda categoria di aziende, produttrici di medicinali generici, può entrare nel mercato con medicinali che sono equivalenti ai medicinali originali dopo la scadenza del brevetto dei prodotti originali esistenti e dopo la scadenza del periodo di esclusiva dei dati relativi al prodotto originator. I loro prezzi sono normalmente molto più bassi di quelli dei prodotti innovativi.

122 Per un approfondimento sul caso, v. E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda ratiopharm - pfizer*, cit., 404.

da allinearla a quella in vigore negli altri Paesi europei¹²³.

In conclusione, si può affermare che la promozione dell'innovazione e l'orientamento della crescita economica sono obiettivi comuni al diritto della proprietà industriale e al diritto della concorrenza. L'innovazione costituisce una componente essenziale e dinamica di un'economia di mercato aperta e competitiva. I diritti di proprietà intellettuale favoriscono una concorrenza dinamica e incoraggiano le imprese a investire nello sviluppo di prodotti e di processi nuovi o migliorati. La concorrenza opera nello stesso modo, spingendo le imprese a innovare. Per questo motivo sia i diritti di proprietà intellettuale che la concorrenza sono necessari per promuovere l'innovazione e garantire che essa sia sfruttata in modo concorrenziale.

Tuttavia, se l'esistenza e l'esercizio di un diritto di proprietà industriale non sono in sé stessi incompatibili con il diritto della concorrenza, essi non mettono tuttavia al riparo da un intervento a titolo del diritto della concorrenza.

123 La strategia escludente era proseguita mediante l'invio di numerose comunicazioni ad AIFA, volte a sottolineare l'estensione della protezione brevettuale di Xalatan, onde evitare il rilascio dell'autorizzazione alla commercializzazione e il successivo inserimento in lista di trasparenza di prodotti generici, nonché di diffide ai genericisti, al fine di scoraggiare l'ingresso sul mercato dei loro prodotti, minacciando azioni legali. Infine, nel 2011, Pfizer aveva avanzato una richiesta per ottenere un'altra estensione temporale della tutela brevettuale basata sulla sperimentazione pediatrica di Xalatan, fino al gennaio 2012. Con il rilascio di tale proroga, Pfizer risultava aver ottenuto una nuova estensione dei diritti di privativa sul proprio farmaco.

Tale articolata strategia era risultata idonea a creare uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico e, pertanto, a ritardare l'entrata dei genericisti nel mercato rilevante, che risultavano essere in condizioni di commercializzare il farmaco già dal mese di maggio 2010. In tal modo, Pfizer aveva reso più oneroso per i genericisti il costo effettivo di ingresso sul mercato, in termini di programmazione e di realizzazione, ed era riuscita, per il lasso temporale di alcuni mesi, a mantenere di fatto l'esclusiva nella produzione di farmaci a base di latanoprost, anche successivamente alla scadenza naturale dei diritti di proprietà intellettuale a essa spettanti sul farmaco Xalatan. Nel caso di specie, è risultato rilevante anche il mancato risparmio per il SSN, causato da tale comportamento abusivo.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE (Elena Bellisario)

SOMMARIO: 1. L'AIFA NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE FARMACEUTICO. - 1.1. SUL PIANO NORMATIVO. - 1.2. LA PRASSI. - 2. RILEVANZA DELLE ISTANZE PROPOSTE DALL'AIFA ED EFFICACIA DELL'INTERVENTO. - 3. PROBLEMI E PROSPETTIVE. - 4. CONSIDERAZIONI FINALI.

1. L'AIFA NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE FARMACEUTICO

Il diritto europeo, pur precisando i compiti spettanti alle autorità nazionali competenti per l'attività regolatoria nel settore farmaceutico e per assicurare il rispetto della normativa di riferimento, non detta alcuna disposizione circa la loro configurazione; gli Stati membri sono quindi liberi di organizzare le proprie strutture affidando le relative funzioni ad uffici dell'amministrazione centrale (come in Svezia, Belgio e Germania) o ad organismi autonomi o, comunque, relativamente tali, in quanto più o meno distinti dall'organizzazione ministeriale (come in Francia, Gran Bretagna e Spagna).

L'art. 48, co. 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 - *“Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”*, c.d. maxi decreto collegato a finanziaria 2004, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 - precisa in primo luogo che *«il farmaco rappresenta uno strumento di tutela della salute»* e, di seguito, istituisce l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) al fine di *«garantire l'unitarietà delle attività in materia di farmaceutica e di favorire in Italia gli investimenti in ricerca e sviluppo»*.

Pertanto, sebbene la collocazione di tale organismo in una legge relativa ai conti pubblici possa generare l'impressione che esso sia stato inteso anzitutto quale strumento per il monitoraggio del consumo e della spesa farmaceutica territoriale e ospedaliera¹, appare pienamente da condividere l'osservazione secondo cui la *ratio* istitutiva dell'Agenzia risiede, *in primis*, «nell'esigenza di garantire il diritto alla

¹ In tal senso D. GALLI, *Tra politica e amministrazione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco (Aifa)*, in AA.VV., *Le agenzie pubbliche. Modelli istituzionali e organizzativi*, a cura di E. Ongaro, Catanzaro, 2006, 116.

tutela della salute a tutti i cittadini, sancito dall'art. 32 della Costituzione, sperimentando e pervenendo, poi, all'adozione di una diversa e innovativa politica del farmaco»².

L'AIFA rappresenta un esempio paradigmatico del principio di «*multireferenzialità*» che costituisce il denominatore comune al modello di amministrazione «per agenzie»³ e, nel contempo, rientra in quel sistema amministrativo europeo di «*integrazione decentrata*»⁴, rappresentando il referente nazionale privilegiato nei confronti dell'omologa agenzia europea e inserendosi all'interno della «rete» europea di agenzie dei medicinali⁵.

Più in generale, va comunque ricordato che la trasposizione, nell'ordinamento italiano, delle figure organizzative denominate «*agenzie*» non è stata priva di difficoltà, anche perché all'istituto sono stati attribuiti significati diversi⁶.

2 E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2005, 79.

3 M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative. Origini e trasformazioni dell'idea di agenzia*, Lecce, 2004, 208.

4 E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, 27.

5 Come infatti osservato da M. PAPINI, M. RONDININI, *Tra Agenzie ed Autorità indipendenti: il caso "Agenzia Italiana del Farmaco"*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, «queste "agenzie" (...) si trovano spesso al centro di una rete di corrispondenti "agenzie" nazionali, realizzando così una forma di decentramento (rispetto all'amministrazione centrale, costituita dalla Commissione), ma anche di integrazione (tra amministrazione comunitaria ed amministrazioni nazionali). (...) Se si considera, infatti, il complesso delle funzioni assegnate dalla L. n. 326 del 2003 e la sua istituzione come soggetto di diritto pubblico distinto dall'amministrazione centrale (Ministero della Salute), l'Agenzia Italiana del Farmaco offre all'Agenzia Europea per i Medicinali (...) ed alle omologhe strutture nazionali competenti degli altri Stati membri dell'UE un'autorità nazionale chiaramente identificabile e dotata di specifiche attribuzioni, con la quale relazionarsi e sviluppare rapporti di collaborazione in materia di ricerca farmaceutica, di commercio dei farmaci, di farmacovigilanza e di informazione ai soggetti interessati».

6 Così G. NAPOLITANO, voce *Pubblica amministrazione in Italia*, in *Treccani.it, L'Enciclopedia italiana*, XXI secolo, 2009, che osserva come «[i]n una prima fase storica, dall'inizio degli anni Ottanta alla metà degli anni Novanta del 20° sec., l'agenzia è soltanto un nomen e i diversi organismi così chiamati hanno tra loro alcuni tratti comuni, ma si distribuiscono ancora tra i numerosi tipi di enti pubblici, senza trovare un denominatore comune rilevante sotto il profilo giuridico (...). In una seconda fase, che si è avviata con la l. 15 marzo 1997 n. 59 e con il d. legisl. 30 luglio 1999 n. 300, il termine agenzia comincia ad assumere un preciso significato, identificando una specifica soluzione organizzativa (...). Nell'introdurre tali strutture, il legislatore italiano si è ispirato al programma *Next steps*, avviato nel Regno Unito nel 1988 e che ha portato alla istituzione di oltre cento *executive agencies*». L'A. precisa altresì che «a differenza delle agenzie istituite prima del d. lgs. 300, nelle nuove strutture governative è prevista un'apposita convenzione, tra l'agenzia e il ministro competente, per definire gli obiettivi dell'agenzia e i risultati attesi, l'entità e le modalità dei finanziamenti, le strategie per il miglioramento dei servizi, le modalità di verifica dei risultati di gestione e di monitoraggio». Il d.m. 245/2004, richiamando l'art. 8 d. lgs. 300/1999, ha previsto la stipula una convenzione di durata triennale tra l'Agenzia ed il Ministro della Salute (stipulata per la prima volta il 3 febbraio 2005), con possibilità di aggiornamento annuale.

In generale, sul fenomeno delle agenzie italiane, v. anche AA. VV., *Le agenzie pubbliche. Modelli istituzionali e organizzativi*, a cura di E. Ongaro, cit. e, più di recente, anche con riferimento al processo di *agencification* avvenuto in altri Paesi, E. CHITI, voce *Agenzie amministrative*, in *Treccani.it, L'Enciclopedia italiana*, XXI secolo, 2014, che sottolinea l'ambiguità di tale figura organizzativa e l'impossibilità di rilevare l'esistenza di un modello generale

Come osservato⁷, tra le peculiarità dell'AIFA vi è quella di accentrare all'interno delle proprie funzioni un insieme di compiti e ruoli - di natura sia tecnica sia operativa - estremamente ampio e variegato e in altri Paesi suddivisi tra enti diversi: autorizzazione al commercio, verifica della qualità, definizione di prezzo e rimborsabilità, attività ispettive, farmacovigilanza, attività di informazione, sperimentazione clinica, promozione delle attività di ricerca e sviluppo compongono tutti la «*formula di governo dell'area*»⁸. Essa è perciò espressione di una chiara scelta politica di unificare competenze e professionalità in un contesto contraddistinto da elevata complessità amministrativa e procedurale, al fine di concretizzare quella «*razionalizzazione organizzativa*» volta a evitare inutili frammentazioni e a ricondurre a un disegno unitario l'insieme dei processi svolti⁹.

L'attribuzione di queste funzioni - che si traducono in complesse valutazioni degli interessi in gioco (la tutela della salute dei cittadini e la tutela del bilancio pubblico dello Stato)¹⁰ - ha indotto la dottrina a evidenziare che, mentre sotto il profilo organizzativo e strutturale l'AIFA non presenta novità di rilievo rispetto alle altre «agenzie» amministrative del nostro ordinamento, diversamente, sotto il profilo funzionale - e, in particolare, in considerazione delle sue funzioni di regolazione - essa sembra «*discostarsi (...) sia dal modello "agenzia" anteriore al d. lgs. n. 300 sia da quello ivi previsto*», e aver subito una sorta di «*contaminazione funzionale*» da parte del modello «autorità indipendente»¹¹.

comune ai vari ordinamenti.

7 V. anche *retro*, P. OCCHIUZZI e A. CORVINO, Sezione I, in questo Rapporto.

8 Così il sito dell'AIFA <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/c%E2%80%9999%C3%A8-bisogno-di-un-nuovo-modello-regolatorio>.

9 Difatti, «*elemento distintivo di tale razionalizzazione è proprio quello di separare istituzionalmente l'organizzazione chiamata a svolgere tali attività dal resto dell'amministrazione centrale. A questa disaggregazione sembra di fatto aver corrisposto un incremento del livello di flessibilità intesa tanto in termini organizzativi quanto in termini gestionali*». Così D. GALLI, *Tra politica e amministrazione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco (Aifa)*, cit., 122-123, che sottolinea come tale scelta abbia di fatto prodotto, già nel breve termine, risultati positivi in termini di efficienza, rapidità e qualità dell'azione amministrativa.

10 Come evidenziato da D. GALLI, *Tra politica e amministrazione. Il caso dell'Agenzia italiana del farmaco (Aifa)*, cit., 115, l'Agenzia «*si configura (...) non solo come soggetto che produce servizi per conto del Ministero della Salute, ma soprattutto come soggetto istituzionale in capo al quale trovano definizione e successiva applicazione le politiche del farmaco e le strategie concrete di intervento in questo settore*».

11 M. PAPINI e M. RONDININI, *Tra Agenzie ed Autorità indipendenti: il caso "Agenzia Italiana del Farmaco"*, in *Dir. amm.*, 2008, 21, i quali evidenziano che l'Agenzia in esame, «*classificata dalla dottrina più recente all'interno del modello organizzativo-funzionale "agenzia centro di competenze", rappresenta così un ulteriore grado di evoluzione del modello "agenzia" pubblica in grado di migliorare significativamente il funzionamento ed il rendimento dell'apparato amministrativo pubblico in settori in cui la natura dell'attività svolta, il cui svolgimento si basa sulla presenza di un corpo professionale altamente qualificato, richiede l'esercizio di una discrezionalità motivata dal contenuto tecnico della funzione svolta e dall'opportunità di limitare le interferenze della politica in*

Si osserva inoltre che, sebbene gli elementi caratterizzanti il modello “agenzia” siano in AIFA certamente presenti, va tuttavia riscontrata un’unica - ma, invero, assai significativa - eccezione, ossia l’assenza del principio dell’*arm’s length* (la c.d. *distanza di un braccio*, che dovrebbe intercorrere tra Ministero e Agenzia)¹², dal momento che la raggiungibilità dell’Agenzia da parte del Ministero della Salute appare limitata e connotata piuttosto in termini di “alterità”¹³.

1.1. Sul piano normativo

Sul piano normativo, come rilevato, l’AIFA è stata investita di numerose e importanti funzioni tecnico-operative nel settore farmaceutico e nella politica del farmaco, che vanno certamente oltre l’ambito nazionale: è infatti evidente che in un settore, come quello farmaceutico, che non conosce frontiere, le attività delle agenzie nazionali non possono prescindere da un loro coordinamento a livello europeo e internazionale.

L’AIFA svolge dunque (anche) il ruolo di “punto di raccordo” tra amministrazione centrale, locale ed europea. Più particolare, giova ricordare che l’art. 3 d.m. 20 settembre 2004, n. 245, sull’organizzazione ed il funzionamento dell’AIFA, prevede tra i suoi compiti quello di *operare per il rafforzamento dei rapporti con le Agenzie degli altri Paesi, con l’Agenzia europea dei medicinali e con gli altri organismi internazionali*.

Come è evidente, si tratta di un compito indissolubilmente legato agli altri ad essa assegnati¹⁴.

decisioni e valutazioni che devono essere effettuate esclusivamente sulla base di direttrici tecnico-scientifiche».

12 Difatti, fra le caratteristiche delle agenzie pubbliche vi è (anche) quella di essere organizzazioni «distinte dall’organizzazione ministeriale (quindi riconoscibili da soggetti terzi), ma da questa non troppo distanti e quindi raggiungibili». Così, D. GALLI, *Agenzia: concetti e definizioni*, in AA.VV., *Le agenzie pubbliche. Modelli istituzionali e organizzativi*, a cura di E. Ongaro, cit., 43.

13 In tal senso cfr. ancora D. GALLI, *Tra politica e amministrazione. Il caso dell’Agenzia italiana del farmaco (Aifa)*, cit., 122, che sottolinea come l’AIFA sia un «soggetto terzo rispetto al ministero chiaramente distinto e pienamente riconoscibile». Tuttavia, sul grado “effettivo” di autonomia di cui gode l’Agenzia, v. *infra*, par. 3.

14 Che giova qui specificare riprendendole dal sito dell’Agenzia (<http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/lagenzia-italiana-del-farmaco>):

- garantire l’accesso al farmaco e il suo impiego sicuro ed appropriato come strumento di difesa della salute;
- assicurare la unitarietà nazionale del sistema farmaceutico d’intesa con le Regioni;
- provvedere al governo della spesa farmaceutica in un contesto di compatibilità economico-finanziaria e competitività dell’industria farmaceutica;

L'AIFA è poi particolarmente impegnata sul fronte della sperimentazione e della ricerca: ad essa, infatti, sono state trasferite le competenze in materia precedentemente spettanti all'Istituto Superiore della Sanità (art. 12, co. 9, l. 8 novembre 2012, n. 189, di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, c.d. decreto "Balduzzi"), e altresì attribuite funzioni di raccordo e di indirizzo dei molti operatori coinvolti (ciascuno con ruoli e responsabilità distinti)¹⁵. In questo campo l'AIFA coordina e gestisce l'Osservatorio Nazionale sulle Sperimentazioni Cliniche (OsSC), che svolge un ruolo di particolare importanza anche in ambito europeo, dove rappresenta un modello di banca dati sulla sperimentazione clinica dei medicinali sia per quanto riguarda la gestione della documentazione (fra Regioni, autorità competenti, Comitati etici, promotori, centri clinici e banca dati Europea EudraCT), sia per le informazioni rivolte periodicamente agli operatori e ai cittadini¹⁶.

Va poi ricordato che l'AIFA è stata la prima Agenzia dei medicinali in Europa ad aver previsto fra i suoi compiti la promozione della ricerca indipendente sui farmaci¹⁷, al fine di contribuire a sviluppare nuove conoscenze, indispensabili sia nella pratica

- assicurare innovazione, efficienza e semplificazione delle procedure registrative, in particolare per determinare un accesso rapido ai farmaci innovativi ed ai farmaci per le malattie rare;

- favorire e premiare gli investimenti in Ricerca e Sviluppo (R&S) in Italia, promuovendo e premiando l'innovatività;

- dialogare ed interagire con la comunità delle associazioni dei malati e con il mondo medico-scientifico e delle imprese produttive e distributive;

- promuovere la conoscenza e la cultura sul farmaco e la raccolta e valutazione delle *best practices* internazionali.

¹⁵ In particolare: l'Istituto Superiore di Sanità per la valutazione degli studi/emendamenti di Fase I, i Comitati Etici per i pareri di merito nelle strutture sanitarie in cui si svolge lo **studio clinico**, il Network *Eudravigilance* per la segnalazione di reazioni avverse serie in corso di sperimentazione.

¹⁶ I dati raccolti dall'Osservatorio sono infatti pubblicati annualmente in un volume, la cui sintesi è disponibile anche in lingua inglese, nel quale sono riportate le informazioni sugli studi approvati dai Comitati Etici del territorio, suddivise e analizzate per fase, per **principio attivo**, per area terapeutica, per promotore pubblico o privato.

Dal 15 luglio 2014 è disponibile la nuova piattaforma OsSC (prevista dall'art. 12, co. 12, l. 189/2012), che introduce nuove competenze nell'iter autorizzativo delle sperimentazioni cliniche e una modalità di gestione telematica delle medesime (*e-submission*), alla quale, a partire dal 1° ottobre 2014, possono accedere - oltre ad AIFA e all'ISS per quanto concerne le sperimentazioni cliniche di Fase I - i richiedenti (CRO con sede in Italia e all'estero, promotori) e i Comitati etici. Cfr. il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/nuova-piattaforma-%E2%80%9Cosservatorio-nazionale-sulla-sperimentazione-clinica-dei-medicinali%E2%80%9D-oss>.

¹⁷ L'art. 48, co. 5, lett. g), l. 326/2003 stabilisce infatti che all'Agenzia spetta il compito di «*proporre nuove modalità, iniziative e interventi, anche di cofinanziamento pubblico-privato, per promuovere la ricerca scientifica di carattere pubblico sui settori strategici del farmaco e per favorire gli investimenti da parte delle aziende in ricerca e sviluppo*». Ciò in considerazione dell'importanza della ricerca indipendente in aree nelle quali, pur in presenza di ricadute di salute potenzialmente molto rilevanti, manca un sufficiente interesse di tipo commerciale (è il caso, ad esempio, di malattie rare, di farmaci con **brevetto** scaduto, di sicurezza a lungo termine nel corso di terapie croniche, di confronto tra diverse soluzioni terapeutiche, di popolazioni di pazienti di norma escluse dalle sperimentazioni cliniche, come i bambini o gli anziani affetti da polipatologie).

clinica sia nelle decisioni regolatorie¹⁸.

Il perseguimento del suo ampio mandato istituzionale e delle tre direttrici etiche che la stessa AIFA si è data - Appartenenza, Trasparenza e Responsabilità - si è tradotto in una serie di intense attività e iniziative, di rilevanza anche internazionale, che hanno assunto come prioritaria la prospettiva dei principali *stakeholders* (operatori di settore, pazienti, SSN)¹⁹.

1.2. La prassi

In primo luogo, preme evidenziare che in ambito nazionale l'AIFA ha ideato e attuato molteplici iniziative che possono essere considerate esempi di *best practices* da diffondere in ambito europeo e internazionale.

Senza la pretesa di menzionarle tutte, ma solo con l'intento di dare contezza dell'intensità ed efficacia della sua azione, va segnalato che l'AIFA è stata la prima in Europa ad affrontare i problemi generati da database obsoleti, incontrollabili e non validati, gettando nel 2012 le basi per una vera e propria rivoluzione informatica, attualmente in corso. Difatti, con l'obiettivo di creare una preziosa *Knowledge Base* del farmaco, è stata **attivata la Banca Dati Farmaci (BDF)**, un *workflow* integrato con le procedure autorizzative per la realizzazione di un archivio elettronico unico e validato dall'AIFA e dall'EMA con le ultime versioni autorizzate dei cc.dd. "stampati" (riassunto caratteristiche del prodotto, foglio illustrativo). Dal novembre 2013, l'Archivio dei Farmaci gestito mediante la BDF è fruibile *on line* dal portale istituzionale dell'Agenzia: in questo modo gli stampati sono disponibili liberamente e in tempo reale a chiunque - cittadino e operatore del settore - sia interessato a ottenere informazioni e documenti aggiornati relativi a tutti i farmaci autorizzati e commercializzati nel nostro Paese. A fine 2013 era in corso di realizzazione una *App* (sia per dispositivi Android che iOS - Apple) per consultare gli stessi stampati su dispositivi mobili e l'attività è proseguita nel 2014.

18 Come previsto dalla legge istitutiva dell'AIFA (l. 326/2003 di conversione del d.m. 269/2003), la ricerca è finanziata dal contributo pari al 5% delle spese promozionali sostenute annualmente dalle aziende farmaceutiche. Ogni anno viene predisposto un bando, rivolto alle strutture del SSN, agli Istituti di Ricerca, alle Università e alle associazioni non-profit sulle tematiche considerate prioritarie. Per maggiori informazioni cfr. il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/content/ricerca-e-sviluppo>.

19 Cfr. AIFA, *Relazione sulla Performance 2013*, reperibile sul sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/content/piano-e-relazione-della-performance>.

Si tratta, dunque, di un sistema - certificato, pubblico, trasparente, intuitivo e di facile navigazione²⁰ - unico e all'avanguardia, che non è passato inosservato in Europa e al quale si guarda con molto interesse, tanto che spetterà al Direttore Generale dell'AIFA, il Prof. Luca Pani (recentemente chiamato a dirigere l'*European Union Telematics Management Board*)²¹, il compito di guidare e ridisegnare le strategie e la programmazione informatica degli organismi regolatori dei Paesi europei in tema di farmaci.

L'AIFA ha inoltre ideato, realizzato e sviluppato, attraverso algoritmi matematici e in collaborazione con esperti italiani del settore, una serie di percorsi decisionali relativi alla più appropriata terapia farmacologica per diverse patologie. Scopo di questi strumenti informatici è quello di permettere ai pazienti di beneficiare della terapia più idonea allo stato disponibile e rendere trasparente, oggettivo e tracciabile in qualsiasi momento il percorso che porta all'identificazione del farmaco da utilizzare. L'accesso a tali strumenti è reso pubblico tramite una sezione dedicata del portale istituzionale e si arricchirà progressivamente con la pubblicazione di altri algoritmi terapeutici.

Sempre in ambito nazionale, vanno menzionate le varie **iniziative messe in atto per consolidare la fiducia del cittadino/paziente nei confronti dell'istituzione e rafforzare nel personale un reale senso di appartenenza alla struttura.**

Da segnalare, in particolare, sono gli incontri (ben 54 nell'anno 2013) denominati "Open AIFA" con i principali referenti esterni dell'Agenzia, che costituiscono un'occasione ormai istituzionalizzata di dialogo e confronto con i rappresentanti delle associazioni e della società civile (tra cui, anche, le associazioni dei pazienti), nonché la recentissima istituzione di una sezione dedicata ai "*Concept Paper*", ossia

20 La banca dati AIFA consente infatti di impostare la ricerca sulla base di diversi parametri: nome commerciale del farmaco, principio attivo o nome dell'azienda farmaceutica. Per ciascun farmaco, inoltre, il sistema restituisce una sorta di "scheda anagrafica" (la c.d. "carta d'identità" del farmaco) ovvero il suo codice di autorizzazione all'immissione in commercio, l'elenco delle confezioni disponibili e il relativo stato autorizzativo (autorizzato, sospeso o revocato) e, naturalmente, i cc.dd. "stampati" (appunto, foglio illustrativo e riassunto delle caratteristiche del prodotto).

21 L'*European Union Telematics Management Board* (EU-TMB) è un organismo che opera per conto della rete europea di agenzie regolatorie sui farmaci (comprendente l'EMA, le competenti autorità nazionali e la Commissione europea - DG SANCO) con il compito di offrire una supervisione strategica del programma europeo telematico (EU Telematics), mirante a realizzare e mantenere servizi comuni informatici e tecnologici per implementare la politica e la legislazione europea sui farmaci. Cfr. il sito http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2013/08/WC500148201.pdf.

documenti che rappresentano la posizione preliminare dell'Agenzia su argomenti per i quali è interessata a esplorare i diversi punti di vista delle parti coinvolte attraverso una consultazione pubblica in cui qualunque *stakeholder* (cittadini, operatori e associazioni) può inviare le proprie osservazioni²².

Nella medesima prospettiva, volta a offrire alle associazioni, alle aziende e, soprattutto, ai singoli malati l'opportunità di parlare direttamente con l'Agenzia, va ricordato che l'AIFA ha promosso lo scorso anno (febbraio 2013) il convegno internazionale *"Farmaci. Diritto di parola"* dedicato proprio al ruolo dei pazienti all'interno del processo di sviluppo delle terapie.

Diverse sono poi le **iniziative di informazione pubblica** realizzate dall'Agenzia nel corso degli anni sui temi di volta in volta ritenuti prioritari e attuali, attraverso il ricorso agli strumenti di comunicazione (tradizionali e non) considerati più adeguati per ottenere la più ampia ed efficace penetrazione dei messaggi informativi (canali di diffusione televisivi e radiofonici, campagne stampa, affissioni, pubblicità dinamica urbana, azioni di sensibilizzazione sui *social media*)²³.

E ancora: al fine di informare, coinvolgere e sensibilizzare un pubblico sempre più vasto su tematiche di particolare interesse per la salute e, in tal modo, consolidare il ruolo dell'Agenzia come fonte primaria, autorevole e trasparente di informazioni medico-scientifiche sul corretto impiego dei farmaci, l'AIFA si avvale dei *social media* (Facebook, Youtube, Twitter) e ha altresì attivato un numero verde a disposizione del pubblico e degli operatori tutti i giorni lavorativi per rispondere a quesiti (anche formulati via *e-mail*, *fax* o posta) riguardanti efficacia, sicurezza e disponibilità dei medicinali²⁴.

Molteplici sono anche le iniziative specificamente dedicate agli operatori sanitari: ad esempio, la messa a disposizione gratuita e *on line* della rivista di farmacovigilanza *"Reazioni"* e di altre numerose pubblicazioni ritenute dagli operatori del settore

22 Giova qui precisare che i *Concept Paper* pubblicati dall'AIFA non possono intendersi come posizione ufficiale dell'Agenzia, che verrà invece espressa con la pubblicazione di un corrispondente *Position Paper*, una volta valutati i risultati della consultazione pubblica. Cfr. al riguardo il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/content/concept-paper>.

23 Tra le campagne di comunicazione AIFA giova menzionare: *"Farmaci e pediatria"* (2014); *"Farmaci in gravidanza"* (2014); *"Antibiotici? Usali solo quando necessario"* (2012); *"Antibiotici. Difendi la tua difesa. Usali con cautela"* (2010); *"Antibiotici? Usali con cautela"* (2009); *"Antibiotici sì, ma con cautela"* (2008); *"Usa bene i farmaci. Farmaci equivalenti, vantaggi per tutti"* (2007).

24 V. il sito: <http://www.agenziafarmaco.gov.it/content/numero-verde-aifa>.

«di eccellente livello scientifico»²⁵, che testimoniano l'impegno dell'Agenzia nella gestione di un'intensa attività editoriale.

Inoltre, con l'obiettivo di garantire un'informazione completa e indipendente, nonché rafforzare il rapporto con i medici è proseguita l'iniziativa *"Pillole dal mondo"*, una pubblicazione quotidiana di informazioni relative al regolatorio internazionale.

Ulteriori iniziative sono state attuate anche sul versante della **comunicazione interna** allo scopo di aumentare le occasioni di condivisione delle attività dell'Agenzia, accrescere la penetrazione delle comunicazioni di servizio e creare un canale per la diffusione di informazioni *"bottom up"*: in quest'ottica si pone ad esempio *"AifaNews"*, una newsletter a cadenza quindicinale destinata al personale, nonché l'*"AIFA Day"*, un incontro con cadenza semestrale dedicato alla formazione e alla comunicazione interna.

Le prassi finora menzionate costituiscono tutte traduzione concreta della **"trasparenza"**, principio e valore fondante dell'Agenzia, inscindibilmente collegato alla *performance* di ogni organizzazione.

In effetti, visitando il sito istituzionale dell'AIFA colpisce senza dubbio la chiarezza, la facilità di reperimento e la quantità di informazioni aggiornate disponibili, oltre che l'intensità e l'elevato livello tecnico-scientifico delle attività svolte, tanto che non è stato semplice selezionare quelle ritenute più significative (che, invero, sono moltissime). E in tale ambito l'Agenzia si è infatti confermata anche nel 2013 al primo posto tra le amministrazioni pubbliche nella classifica del Progetto del Governo italiano *"La bussola della Trasparenza dei Siti Web"* nella tipologia *"Altri Enti"* raggiungendo 66 indicatori sui 66 richiesti dal d. lgs. 33/2013²⁶.

Oltre alla redazione, in ottemperanza alla legge anticorruzione 150/2009, del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014²⁷, la sezione *"Amministrazione Trasparente/ Disposizioni generali"* del sito istituzionale dell'A-

25 Così la Società Italiana di Farmacologia (SIF), AIFA, *farmaci generici, farmaci innovativi, nimesulide*, Comunicato stampa del 24 maggio 2008, reperibile sul sito: http://www.sifweb.org/societa/comunicati/sif_comunicato_stampa_aifa_240508.php.

26 V. il sito: <http://www.magellanopa.it/Bussola/page.aspx?s=classifica-altri-enti&>.

27 Programma predisposto sulla base delle indicazioni fornite con le linee guida adottate dalla Autorità Nazionale Anti-Corruzione (delibera n. 105/2010), comprensivo delle integrazioni di cui alla delibera CIVIT (ora ANAC) n. 2/2012 e integrato con le indicazioni contenute nel d. lgs. 33/2013 e nella delibera ANAC n. 50/2013, nonché alla luce delle nuove iniziative intraprese dall'Agenzia nel corso del 2013.

genzia - se pure in fase di aggiornamento ai sensi del d. lgs. 33/2013 - ospita la pubblicazione di tutti i dati informativi su organizzazione, personale, incarichi e consulenze, gestione economica e finanziaria dei servizi pubblici, gestione dei pagamenti e sulle buone prassi (tra cui si segnala l'attivazione, dal dicembre 2013, di una linea telefonica diretta con l'utente dedicata alla trasparenza della propria azione amministrativa, nonché il servizio, anch'esso attivo dal dicembre 2013, "*Diario di bordo*" sulla trasparenza).

Al fine di garantire *standard* di qualità in linea con quelli europei, l'AIFA partecipa al WGQM (*Working Group of Quality Manager*), il gruppo di lavoro dei gestori del sistema di gestione della qualità delle agenzie regolatorie europee. In tale ambito l'AIFA ha individuato personale interno che partecipa a *training* di aggiornamento sul BEMA²⁸ e ricopre il ruolo di "assessor BEMA" con l'incarico di partecipare a visite ispettive BEMA presso altre Agenzie regolatorie europee.

E al fine di assicurare - in attuazione, oltre che della trasparenza, anche dei principi di "**responsabilità**" e di "**appartenenza**" - l'imparzialità nelle valutazioni e nelle decisioni che ne conseguono (scongiurando il rischio che, nello svolgimento della sua attività istituzionale, interferiscano interessi ricollegabili all'industria farmaceutica) nonché la migliore competenza scientifica specialistica, l'AIFA ha adottato un apposito regolamento per la disciplina dei conflitti di interesse (delibera CdA AIFA n. 7 del 26 gennaio 2012).

2. RILEVANZA DELLE ISTANZE PROPOSTE DALL'AIFA ED EFFICACIA DELL'INTERVENTO

Dalle numerose informazioni reperibili sul sito istituzionale, emerge un inedito ruolo di protagonista dell'Agenzia italiana in Europa, in virtù del rilievo decisamente crescente che, specie negli ultimi anni, la sua azione va assumendo in tale contesto

²⁸ Uno dei principali aspetti di cui si occupa il WGQM è l'attività di Benchmarking Europeo (BEMA), che individua nell'esistenza di un robusto sistema di gestione della qualità la garanzia dell'impegno, da parte del management delle Agenzie regolatorie europee, alla protezione della salute pubblica grazie alla misurazione dei risultati, alla documentazione dei processi, alla standardizzazione dei comportamenti e alla verifica interna. Tale attività, volta alla valutazione delle agenzie tramite conduzione di visite triennali da parte di team europei, prevede che al termine della visita gli Assessor evidenzino in un report i punti di forza e le opportunità di sviluppo dell'Agenzia visitata, che rappresentano la base del futuro piano di azione dell'Agenzia stessa, nell'ottica del miglioramento continuo.

e altresì in quello internazionale.

Di recente, infatti, **l'AIFA ha accresciuto la sua presenza e influenza oltre confine e ha intensificato le relazioni internazionali** allo scopo promuovere il dialogo e aumentare le opportunità di collaborazione con le istituzioni che operano nell'ambito dei farmaci (e, più in generale, a tutela della salute)²⁹.

In particolare, anche attraverso la partecipazione di delegati AIFA alle riunioni e alle attività di alcuni rilevanti organismi internazionali (come l'Organizzazione Mondiale della Sanità), l'Agenzia ha stipulato diversi **accordi, protocolli d'intesa e memorandum che ne attestano l'elevata reputazione in ambito internazionale**: tra i molti, si segnala il Collaboration Agreement AIFA-WHO (*World Health Organization*)³⁰, l'accordo AIFA-FDA (*Food and Drug Administration*)³¹ e il Protocollo d'intesa AIFA-EUPATI (*European Patients' Academy on Therapeutic Innovation*)³².

Notevole è poi l'impulso dato dall'Agenzia alla collaborazione con gli organismi internazionali e con i Paesi in via di sviluppo per far sì che anche questi riescano a costruire le capacità tecniche e professionali necessarie per progredire autonomamente: l'AIFA, infatti, partecipa attivamente alle iniziative poste in essere per sostenere e favorire le **attività di formazione presso le Autorità regolatorie nei Paesi emergenti** diffondendo procedure, metodologie, controlli e normative che tutelino i diritti e la salute dei pazienti sottoposti a sperimentazione, garantendo il rispetto

29 Sul ruolo dell'AIFA in ambito nazionale e internazionale e sull'evoluzione che l'Agenzia ha vissuto negli ultimi anni, v. *L'AIFA tra ricerca, innovazione e formazione. Il punto di Sergio Pecorelli* (Presidente AIFA), reperibile sul sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/l%E2%80%99aifa-tra-ricerca-innovazione-e-formazione-il-punto-di-sergio-pecorelli>.

30 Con tale accordo, siglato nel maggio 2013 nell'ambito del "Prequalification Program" dei vaccini, l'AIFA è stata riconosciuta quale Autorità regolatoria nazionale (*National Regulatory Authority - NRA*) dotata di un elevato livello di qualità - "Reference Regulatory Authority" - per lo svolgimento di tutte le attività di valutazione e controllo dei vaccini registrati sotto la sua responsabilità e impiegati per le campagne promosse dall'UNICEF. Il che conferma il livello di affidabilità raggiunto dal sistema regolatorio italiano, ritenuto dall'OMS «rispondente alle migliori pratiche nazionali e internazionali e in linea con le raccomandazioni» emanate dalla stessa Organizzazione.

31 Sottoscritto a Washington nel dicembre 2009, l'accordo fra l'AIFA e l'Agenzia statunitense permette ai due enti regolatori di scambiare dati e informazioni confidenziali, ampliando così la possibilità di azione comune, in particolare nel campo della **farmacovigilanza** e della sicurezza e qualità dei farmaci, a beneficio della salute pubblica nei due Paesi contraenti. Nell'incontro, in considerazione dei nuovi scenari scientifici e delle tecnologie emergenti, è emersa altresì l'esigenza di un ripensamento degli attuali strumenti regolatori e di attivarsi per una "regulatory research", ossia una ricerca che analizzi quali nuove informazioni scientifiche siano fondamentali e come possano integrarsi nel processo regolatorio.

32 Siglato nel luglio 2014, il Protocollo per l'**empowerment** dei pazienti si colloca nella politica dell'AIFA volta a promuovere il coinvolgimento qualificato dei pazienti e dei loro familiari nelle diverse fasi del processo di sviluppo del farmaco, rendendone effettivo il ruolo di protagonista nelle decisioni regolatorie.

delle norme di buona pratica clinica (GCP - *Good Clinical Practice*)³³.

Va inoltre evidenziato che il Centro Studi dell'AIFA - che ne monitora le attività in una logica comparativa con le altre agenzie europee e l'EMA che ha il compito di anticipare le principali problematiche che l'AIFA si troverà a gestire nel breve e lungo periodo nonché di proporre strategie adeguate di intervento - è coinvolto in diversi **progetti finanziati dalla Commissione Europea**, quali: l'*European Statistics on Medicines* (EURO-MED-STAT, che ha lo scopo di sviluppare indicatori per il monitoraggio dei prezzi, la spesa e l'utilizzo dei farmaci a livello europeo); il *Pharmaceutical Price Reimbursement Information* (PPRI, che ha lo scopo di migliorare l'informazione e la conoscenza dei sistemi farmaceutici nell'Unione).

Considerevole è anche l'attività svolta dall'AIFA nell'ambito di un'Unità Operativa appositamente dedicata alla **lotta alla contraffazione**.

Le iniziative intraprese vanno dalla **partecipazione effettiva ai processi decisionali europei**, contribuendo in modo significativo all'adozione di strumenti normativi assai rilevanti sia dal punto di vista giuridico che operativo (come la Convenzione MediCrime³⁴ e la revisione della direttiva 2001/83/CE³⁵), alla **collaborazione in ambito nazionale** (come l'istituzione della *Task Force* nazionale "*Impact Italia*"³⁶, della quale fanno parte le principali istituzioni interessate al fenomeno della contraffazione, ovvero AIFA, Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Comando Carabinieri per la Tutela della Salute-NAS, Ministero dello Sviluppo Economico e Agenzia della Dogane) e **internazionale** (ad esempio partecipando attivamente a

33 Ad esempio, nel 2014, l'AIFA ha partecipato all'iniziativa dell'EMA che ha visto gli ispettorati GCP dei Paesi UE svolgere attività di "mentoring" nei confronti degli ispettorati GCP dei Paesi in via di sviluppo. In particolare, l'ispettorato GCP dell'AIFA è stato nominato "EU GCP mentoring" per il Ghana (v. il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/apprezzamento-dell'E2%80%99agenzia-ghanese-il-supperto-fornito-da-aifa-nel-garantire-il-rispetto-dei>).

34 La Convenzione MediCrime del Consiglio d'Europa sui prodotti contraffatti e sui crimini correlati, siglata dall'Italia a Mosca il 28 ottobre 2011, prevede sanzioni penali per i contraffattori, fino a oggi rimasti in larga parte impuniti a causa di una lacuna normativa. Essa, che costituisce il risultato di due anni di lavoro che hanno visto l'AIFA concretamente impegnata nella discussione e stesura del testo, va ad incidere sulla normativa vigente permettendo di perseguire sul piano penale attività illegali che rappresentano una serie minaccia per la salute dei cittadini, come la fabbricazione, la falsificazione, la fornitura o la promozione (anche tramite *internet*) di farmaci contraffatti.

35 **Direttiva 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, che modifica la direttiva 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale (su cui v. *retro*, P. OCCHIUZZI, Sezione I, parr. 5.4 e 7.1).**

36 Su cui v. *retro*, P. OCCHIUZZI, Sezione I, parr. 7.1 e 7.3.

diverse conferenze mondiali ed europee³⁷ o coordinando progetti di cooperazione e scambio di informazioni³⁸), al **compimento di indagini di intelligence** (tra cui l'attività di campionamento da siti sospetti; la stipula di un *memorandum* di intesa con l'ente privato statunitense *LegitScript*, che supporta da tempo la FDA e Google nell'individuazione, la classificazione e la segnalazione delle farmacie *on line* illegali³⁹), fino a importanti **attività di comunicazione** (come la campagna informativa "*Farmaci contraffatti: evitarli è facile*") e **di formazione** (ad esempio l'avvio, a partire dal 2010, di una serie di iniziative pilota di formazione *on line*, che hanno consentito nel 2011 la realizzazione del primo ciclo di eventi formativi *web* per i funzionari dell'Agenzia delle Dogane, del NAS e delle Forze di Polizia), anche in ambito internazionale⁴⁰.

37 Tra cui la conferenza mondiale "*Combating counterfeiting drugs*" (Roma, 2006); il meeting (luglio 2006) nel corso del quale sono stati definiti i "*Terms of reference*" della neonata IMPACT - *International Medical Products Anticounterfeiting Taskforce*, della quale l'AIFA, dal settembre 2010, ha assunto il ruolo di segreteria operativa; la conferenza del Parlamento Europeo "*Making patient safety a priority*" (Bruxelles, settembre 2009); la conferenza "*preparing the practical implementation of the council of Europe convention on counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health (medicrime convention)*" (Basilea, aprile 2010).

38 In particolare, va segnalato che l'AIFA è ideatrice e capofila di un progetto europeo di cooperazione e *intelligence* denominato "*Fakeshare*" finalizzato a proteggere la salute dei cittadini dai pericoli derivanti dal commercio illegale di farmaci sul *web*. Il progetto, avviato nel luglio 2013, ha l'obiettivo di coordinare e ottimizzare le iniziative di contrasto portate avanti dai singoli Paesi europei, garantendo la gestione condivisa delle attività di monitoraggio sulle *e-pharmacies* attraverso sistemi di *Information Technology* gestiti dall'AIFA.

39 La collaborazione AIFA-LegitScript ha già dato i primi risultati: l'interruzione della pubblicità *on line* illegale di prodotti a prescrizione medica, la chiusura di alcune farmacie in gran parte focalizzate sulla vendita di prodotti per disfunzioni e il "sequestro" del dominio associato alla vendita di farmaci illegali e pericolosi attraverso pagine *web* in italiano.

40 In particolare, a livello internazionale, l'AIFA ha ospitato il IV Corso internazionale e intersettoriale del Consiglio d'Europa/EDQM "*Buone pratiche per combattere la contraffazione e proteggere la salute pubblica*" (giugno 2009) con l'obiettivo di formare e, nel contempo, di favorire lo sviluppo delle necessarie reti di cooperazione. Al training hanno preso parte funzionari delle Dogane, delle Forze di Polizia e delle Agenzie regolatorie provenienti da ben 8 Paesi.

Successivamente (gennaio 2010 e maggio 2011), l'AIFA ha supportato il Consiglio d'Europa/EDQM (*European Directorate for the Quality of Medicines*) con lezioni e pubblicazioni *ad hoc* per l'organizzazione di altri due training internazionali di ulteriore approfondimento sul tema "*Buone pratiche per combattere la contraffazione e proteggere la salute pubblica*", ospitati rispettivamente dalle Agenzie farmaceutiche del Portogallo (INFARMED) e della Norvegia (NoMA), dedicati agli operatori di polizie, dogane ed enti sanitari di aree specificamente a rischio, come i Paesi africani e sudamericani di lingua portoghese.

Il 29 novembre 2011 l'AIFA ha organizzato, sempre in collaborazione con il Consiglio d'Europa/EDQM, l'Expert Workshop internazionale "*Risk Communication*", con l'obiettivo di approfondire il tema della comunicazione dei rischi legati ai farmaci contraffatti. I delegati intervenuti, provenienti da oltre 30 Paesi dell'area CoE, hanno illustrato i diversi modelli di comunicazione elaborati e le campagne di informazione al pubblico ideate e realizzate. Sempre nel 2011, l'AIFA ha inoltre ospitato la riunione semestrale del Comitato di esperti sulla contraffazione dell'EDQM|CoE.

In ambito internazionale, si evidenzia ancora l'organizzazione a Roma, nel settembre 2013, del 36th *Annual Meeting of the WHO (World Health Organisation) Medicines Safety Programme*, con la partecipazione dei Centri Nazionali

Da evidenziare è altresì che dal 2007 l'Agenzia detiene la **Presidenza di due comitati tecnici del Consiglio d'Europa/EDQM** (*European Directorate for the Quality of Medicines*) attivi in materia di contraffazione farmaceutica: il "*Committee of experts on minimising public health risks posed by counterfeiting of medical products and related crimes*" e lo "*European Committee on Pharmaceuticals and Pharmaceutical Care*".

I risultati ottenuti nelle attività di lotta alla contraffazione farmaceutica, anche grazie alla collaborazione con altre istituzioni nazionali (quali i Nas e l'Agenzia delle Dogane), attestano dunque il fondamentale ruolo di coordinamento e vigilanza dell'AIFA e la sua elevata capacità tecnico-organizzativa.

Ma è soprattutto nell'ambito dell'**attività regolatoria relativa alla qualità, sicurezza ed efficacia dei farmaci** che il ruolo dell'AIFA nel contesto sovranazionale si va decisamente rafforzando e consolidando. In particolare, elemento di peculiarità e distinzione a livello europeo è la strategia adottata nelle attività di HTA (*Health Technology Assessment*)⁴¹, essendo l'AIFA una delle poche agenzie al mondo ad effettuare parallelamente (e non in sequenza) la valutazione (tecnico-scientifica) del rapporto rischio/beneficio e la valutazione (economica) del rapporto costo/efficacia dei nuovi farmaci, con conseguente riduzione dei tempi di attesa per i pazienti. L'Agenzia ha inoltre potenziato e perfezionato il sistema di HTA⁴² e ideato un algoritmo per la valutazione dell'innovatività che consente di definire e premiare i farmaci davvero innovativi.

L'approvazione del farmaco Glybera è un esempio, per molti, emblematico del ruolo

di Farmacovigilanza che aderiscono al programma internazionale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità di monitoraggio della sicurezza dei farmaci.

41 L'*Health Technology Assessment* (HTA) è un processo di valutazione molto articolato, che si pone l'obiettivo di fornire ai responsabili delle politiche sanitarie e delle scelte assistenziali informazioni scientificamente affidabili sugli effetti diretti e indiretti (nel breve e nel lungo periodo) delle tecnologie sanitarie esistenti e di quelle di nuova introduzione. Questa funzione, fondata sulla ricerca e influenzata dalla metodologia della medicina basata sulle evidenze (EBM), è sviluppata tramite un'attività multidisciplinare. Di una tecnologia sanitaria vengono valutate caratteristiche tecniche, sicurezza, fattibilità, efficacia clinica, costo-efficacia, implicazioni e ricadute organizzative, sociali, legali ed etiche.

42 Nell'ambito dell'HTA, l'AIFA svolge le seguenti attività: valutazione dei nuovi farmaci e dell'efficacia clinica (*clinical efficacy*); raccomandazioni sull'uso appropriato dei farmaci (Note AIFA) correlate alle attività di valutazione dell'efficacia clinica (*clinical effectiveness*); partecipazione alle decisioni sul rimborso dei farmaci, correlate alle attività di valutazione del rapporto costo/efficacia e di *budget impact*; generazione di dati epidemiologici originati da flussi OsMed (Osservatorio nazionale sull'impiego dei medicinali) sull'utilizzo dei farmaci in ambito territoriale e ospedaliero. Da segnalare è l'esperienza dei "Registri di monitoraggio", «veri e propri database dinamici che valutano l'utilizzazione nella pratica clinica dei medicinali, collezionano dati che hanno un valore dal punto di vista regolatorio e garantiscono l'appropriatezza dell'uso (così L. Pani, *Intervento all'Informal Meeting dei Ministri della Salute dell'UE*, Milano, 22 settembre 2014, su cui v. anche *infra*, nota 73).

lo dell'AIFA nel mondo regolatorio europeo e del rigore tecnico-scientifico che la contraddistingue: la sua azione è stata infatti determinante per superare le iniziali resistenze degli altri Paesi dell'Unione rappresentati nell'EMA⁴³.

Sempre più ampio è anche il **coinvolgimento dell'Agenzia italiana all'interno della rete europea**: in particolare l'AIFA partecipa, su designazione del Ministro della Salute, alla *Joint Initiative* della Commissione Europea su HTA ed efficacia relativa dei farmaci (EUnetHTA JA), progetto avente l'obiettivo di promuovere una collaborazione europea che sia efficace, sostenibile e porti valore aggiunto a livello europeo, nazionale e regionale.

Nel 2012 l'AIFA, insieme al Ministero della Salute, ha partecipato alla consultazione pubblica per la predisposizione degli atti delegati per la definizione di un modello europeo per la tracciabilità dei medicinali⁴⁴, come previsto dalla citata dir. 2011/62/UE (che modifica la dir. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano) al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale.

Nel 2013 è stato creato il "*Gruppo di Lavoro Presidenza UE 2014*" e sono state avviate le attività di programmazione degli eventi in agenda per il semestre europeo ospitato dall'Italia.

Un'ulteriore e importantissima conferma del potenziamento del ruolo dell'AIFA a

⁴³ Il processo di autorizzazione del medicinale Glybera - il primo prodotto di terapia genica per la sindrome del deficit di lipoprotein lipasi, un enzima coinvolto nella rimozione dei trigliceridi dal sangue - è stato estremamente complesso a causa della rarità della malattia e della diversità delle manifestazioni cliniche nei singoli pazienti. Giova qui ricordare che il farmaco era stato valutato in collaborazione dal Comitato per le terapie avanzate (CAT) e dal Comitato per i medicinali per uso umano (CHMP) - su cui v. anche *infra*, nota 51 - dell'EMA, e che entrambi avevano dato parere negativo sulla base di una non sufficiente dimostrazione di efficacia nei pazienti trattati. **L'Italia, rappresentata dal Prof. Luca Pani e dalla Prof. Daniela Melchiorri all'interno del CHMP, aveva invece mostrato da subito** una posizione divergente rispetto all'opinione negativa dei due Comitati, redigendo un parere di minoranza di segno opposto, nella convinzione che fosse importante non privare i pazienti di una possibilità di cura per assenza dei requisiti di popolazione, cioè di un numero superiore di pazienti previsti dallo studio ma che, trattandosi di una malattia rara, e di un meccanismo d'azione complesso della terapia, difficilmente sarebbero stati raggiunti.

Il nostro Paese ha quindi partecipato in maniera decisiva al processo di riesame del farmaco anche in sede scientifica, attraverso una nuova analisi dei dati elaborata dall'Ufficio di *Assessment* Europeo dell'AIFA. Al termine del processo di revisione, durato quasi un anno, sia il CAT che il CHMP hanno adottato la linea italiana, concedendo l'autorizzazione all'immissione in commercio in «circostanze eccezionali» [cfr. la decisione di esecuzione della Commissione del 25 ottobre 2012, C (2102) 7708 def.], avendo determinato che in una popolazione di pazienti ristretta, quelli con gravi o ricorrenti episodi di pancreatite, i benefici erano superiori ai rischi.

⁴⁴ Il documento inviato dall'Italia alla Commissione europea in risposta alla consultazione è reperibile sul sito: http://ec.europa.eu/health/files/falsified_medicines/2012-06_safety-features/italia_en.pdf.

livello europeo e internazionale è poi attestata dalla sua **crescente attività di consulenza scientifica** sia in ambito nazionale sia nelle procedure di valutazione dei farmaci “EMA gestite”.

Come noto, il processo di ricerca e sviluppo di un nuovo farmaco è lungo, costoso ed economicamente rischioso: basti pensare che solo 5 su 5.000-10.000 potenziali farmaci studiati vengono poi di fatto sperimentati sull'uomo e che solo 1 di questi riceve il parere favorevole all'immissione in commercio.

Per tali ragioni, l'AIFA considera il dialogo precoce un elemento basilare della sua politica: difatti, il confronto immediato tra industria e agenzie regolatorie può fare davvero la differenza perché *«fin dalle prime fasi di sviluppo di un farmaco, può ridurre il margine di errore nella progettazione dello studio e favorire il buon esito del processo, riducendo tempi e costi e rendendo disponibili prima e a prezzi inferiori quei medicinali che si siano davvero rivelati innovativi»*⁴⁵.

L'efficacia di questa strategia è tale che *«la consulenza scientifica ha aumentato significativamente la probabilità di un esito positivo, con un tasso di successo del 90% per le aziende che ne hanno fatto richiesta e hanno seguito i pareri scientifici, rispetto a un tasso di successo del 30% per le aziende che non hanno richiesto un Scientific Advice (SA) all'Agenzia»*⁴⁶.

Gli SA vengono rilasciati sulla fase preclinica e clinica o sui profili di qualità (aspetti chimico-farmaceutici) per qualsiasi domanda di autorizzazione, comprese quelle

⁴⁵ Come sottolineato dall'AIFA (v il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/agenzie-regolatorie-e-industria-l%E2%80%99importanza-di-un-dialogo-precoce>).

⁴⁶ L'istituto dello *Scientific Advice* è stato introdotto in Europa e, più di recente in Italia, quale strumento preventivo di consultazione/confronto con le Autorità (EMA-AIFA-Autorità regolatorie nazionali dei diversi Paesi): esso ha lo scopo di fornire supporto scientifico, metodologico, tecnologico e/o regolatorio alle aziende farmaceutiche per la definizione e lo sviluppo dei test e degli esperimenti, compresa l'aderenza alla GMP, necessari a dimostrare la qualità, sicurezza ed efficacia dei medicinali e in relazione alla congruità della documentazione prevista a seconda della tipologia di procedura pianificata, in qualunque fase del loro ciclo di vita.

Appare, pertanto, evidente quanto l'*Advice* dell'Agenzia possa rivelarsi strategico per indirizzare le scelte dell'azienda in momenti decisionali cruciali nel percorso di sviluppo di un farmaco e quanto possa essere utile per ottimizzare costi e tempi nel raggiungimento dell'obiettivo della registrazione.

Va inoltre evidenziato che la consulenza viene fornita dall'AIFA entro 90 giorni e i compensi sono stabiliti nella misura del 50% rispetto a quelli stabiliti dall'EMA per servizi analoghi, con riduzioni per le medie e piccole imprese (in quanto considerate il motore della ricerca e dell'innovazione in Europa) e fino alla totale gratuità in caso di farmaci orfani ovvero sviluppati da enti e ricercatori pubblici senza accordi commerciali con imprese farmaceutiche (al riguardo cfr. il sito AIFA <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/agenzie-regolatorie-e-industria-l%E2%80%99importanza-di-un-dialogo-precoce>).

centralizzate che verranno poi sottoposte all'EMA.

Nel 2013, l'Agenzia ha concluso 24 *Scientific Advice* nazionali, di cui 6 sull'*Health Technology Assessment* (HTA) e 3 sulle *Good Manufacturing Practice* (GMP). Anche nel 2014 sono state rilasciate diverse consulenze e altre sono in fase di definizione.

Ed è importante evidenziare che «*lo SA sull'aderenza alle Norme di Buona Fabbricazione è una peculiarità dell'AIFA, in quanto si tratta di un parere scientifico che non viene rilasciato neppure dall'Agenzia europea*»⁴⁷.

E difatti, non a caso, la maggior parte dei “*Qualification Advice*”⁴⁸ fatti dall'EMA negli ultimi due anni sono stati assegnati proprio all'Italia: nel 2013 l'AIFA è stata *Coordinator* nella valutazione di 42 *Scientific Advice* sottoposti allo SAWP (Gruppo di Lavoro per le Consulenze Scientifiche) dell'EMA⁴⁹ e, solo nei primi mesi del 2014, le procedure coordinate dall'Agenzia erano già 14⁵⁰. Fra l'altro, AIFA è stata presente con un proprio stand al 49° Annual Meeting DIA (*Drug Information Association*), tenutosi a Boston nel giugno 2013 ed è stata rappresentata dai vertici aziendali per promuovere a livello internazionale il proprio *know-how* nel campo degli *Scientific Advice* (SA) e dell'*Health Technology Assessment* (HTA).

Il significativo incremento delle domande di SA dall'inizio dell'attività (avviata nel 2011) attesta quindi il **rafforzamento della presenza e del prestigio dell'AIFA in ambito europeo e internazionale**, con auspicabile successivo ritorno in termini di investimenti.

Infine, ma non certo per importanza, vi è un ulteriore dato che conferma (anche, forse, più di altri) l'esperienza e l'autorevolezza raggiunte dall'AIFA nel contesto re-

⁴⁷ Cfr. ancora il sito: <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/agenzie-regolatorie-e-industria-l%E2%80%99importanza-di-un-dialogo-precoce>.

⁴⁸ In soli due anni l'Italia ha prodotto oltre 80 SA, molti dei quali sono “*Qualification Advice*”, consistenti in un'attività di qualificazione internazionale di nuove metodologie di trial clinici che richiedono competenze tecniche molto elevate.

⁴⁹ Lo SAWP (*Scientific Advice Working Party*), gruppo a carattere multidisciplinare e permanente, opera a supporto del CHMP (v. *infra*, nota 51) con il compito di fornire pareri scientifici e assistenza nella redazione di protocolli nell'ambito delle procedure registrative per facilitare l'accesso ai farmaci, con particolare riferimento ai farmaci orfani. È composto dai massimi esperti a livello europeo in materia di sicurezza in ambito preclinico, farmacocinetica, farmacologia e statistica, bisogni terapeutici in aree quali ad esempio le malattie neurodegenerative, immunitarie e infettive, l'oncologia, la cardiologia, il diabete. Cfr. il sito: http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/contacts/CHMP/people_listing_000022.jsp&mid=WC0b01ac0580028d94.

⁵⁰ Le aree terapeutiche più interessate dagli SA sono state l'oncologia, il sistema nervoso centrale, la cardiologia e la dermatologia. Altre richieste hanno riguardato i vaccini e i farmaci per le terapie avanzate.

golatorio sovranazionale e la considerazione in tutta l'Unione delle competenze e professionalità presenti oggi nel nostro Paese: la nomina (nel 2011) del Prof. Guido Rasi (prima Direttore Generale AIFA) come Direttore Esecutivo dell'EMA, nonché la conferma della nomina dell'attuale Direttore Generale dell'AIFA Prof. Luca Pani e della Prof. Daniela Melchiorri quali rappresentanti italiani nel Comitato per i Medicinali per uso Umano (CHMP)⁵¹. Preme inoltre sottolineare che il Prof. Pani è altresì membro eletto (dal 2010) dello SWAP dell'EMA e da ultimo (novembre 2013) è stato nominato Direttore dell'*European Union Telematics Management Board* (EU-TMB), il ristrettissimo gruppo incaricato di ridisegnare strategie e programmazione informatica delle 28 agenzie regolatorie europee sui farmaci⁵².

Questo breve e, certamente, non esauriente *excursus* sull'operato dell'AIFA rende evidente un fatto senza dubbio noto a chi opera nel settore ma, forse, ancora sconosciuto al grande pubblico, e cioè che essa «*si pone oggi, nel panorama internazionale, come una delle autorità nazionali (...) più accreditate, lungimiranti ed innovative*»⁵³, in grado di coniugare un'elevata competenza scientifica con un'efficace capacità operativa e, dunque, di svolgere con trasparenza, efficienza e successo le molte e complesse funzioni ad essa assegnate.

3. PROBLEMI E PROSPETTIVE

Il primo problema riscontrabile va (forse) ravvisato proprio nella **scarsa consapevolezza degli italiani** su quanto l'AIFA abbia già dato in termini di immagine al nostro Paese e, soprattutto, in termini di salute ai cittadini-pazienti italiani: l'AIFA e l'importante attività da essa svolta è senza dubbio più conosciuta e apprezzata in Europa che non all'interno dei nostri confini.

51 Giova evidenziare che il CHMP (*Committee for Medicinal Products for Human Use*) ha un ruolo fondamentale nelle procedure di valutazione e autorizzazione dei farmaci nell'Unione europea. Il CHMP è infatti responsabile della formulazione dei pareri tecnici su tutte le questioni riguardanti farmaci utilizzati sull'uomo e gioca un ruolo essenziale sia nelle procedure "centralizzate" che in quelle "decentralizzate". Le valutazioni del CHMP si basano su criteri puramente scientifici e mirano a determinare se i medicinali soddisfano i requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia necessari, assicurandosi che il rapporto beneficio/rischio sia positivo prima della loro immissione in commercio. Il Comitato svolge anche una funzione molto importante nelle attività di farmacovigilanza, monitorando i report relativi alle potenziali reazioni avverse e raccomandando, ove necessario, alla Commissione europea la modifica delle indicazioni autorizzate di un medicinale o la sospensione/ritiro dal mercato. V. al riguardo il sito istituzionale: http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/about_us/.

52 V. retro, nota 21.

53 Così, già da tempo, la Società Italiana di Farmacologia (SIF), AIFA, *farmaci generici, farmaci innovativi, nimesulide*, Comunicato stampa del 24 maggio 2008, cit.

Né questa lacuna può essere imputabile all'AIFA, essendo evidenti lo sforzo e l'impegno profusi dall'Agenzia sin dalla sua istituzione per diffondere progressivamente la conoscenza della medesima, dei suoi compiti e delle competenze in essa presenti.

Si auspica, quindi, che anche questo Rapporto possa offrire un piccolo contributo al riguardo.

Un'altra criticità, evidenziata *in primis* dalla stessa AIFA, è di carattere operativo e riguarda il **sottodimensionamento** della sua struttura: basti pensare che essa conta meno di 400 dipendenti, lo stesso numero della Danimarca (che ha solo 6 milioni di abitanti) e meno della metà della Francia (che, avendo all'incirca la stessa popolazione dell'Italia, ha appena riformato la propria Agenzia del farmaco, la quale conta attualmente oltre 1000 dipendenti e, fra l'altro, non si occupa di prezzi e rimborsi né della valutazione del prontuario farmaceutico⁵⁴).

La carenza di organico è particolarmente avvertita con riferimento agli ispettori, tanto che il rafforzamento del sistema ispettivo (attraverso l'incremento del numero di ispettori) e delle attività (GMP, API, GCP, GVP) svolte dall'Agenzia, sia a livello nazionale che internazionale, è una delle prossime priorità presenti nel programma triennale dell'AIFA 2014-2016⁵⁵.

Ulteriore aspetto problematico, da più parti evidenziato, riguarda l'**autonomia** di cui gode l'Agenzia, che appare chiara sulla carta, ma molto attenuata nella prassi⁵⁶ in virtù dei poteri assai penetranti del Ministero della Salute⁵⁷, cui si aggiungono

54 Come sottolineato da L. PANI, a margine della Presentazione del Rapporto Osmed sull'uso dei farmaci in Italia, Roma, 14 luglio 2014, reperibile sul sito: [http://www.asca.it/news-Farmaci_Pani_\(Aifa\)_bene_riforma_Agenzia_Serve_personale-1404189.html](http://www.asca.it/news-Farmaci_Pani_(Aifa)_bene_riforma_Agenzia_Serve_personale-1404189.html).

55 Reperibile sul sito: <http://consultazionebanchediti.portaletrasparenza.it/trasparenza/programma-triennale/documento/1>.

56 Cfr. M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in AA.VV., *I servizi sanitari in Italia*, a cura di G. Fiorentini, Bologna, 2004 274. In tal senso anche L. CASINI, *L'Agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia ente pubblico?*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 136, per il quale «[l']autonomia dell'Agenzia risulta fortemente limitata almeno sotto tre profili: organizzazione, finanza e personale»; C. CORSI, *Agenzia e Agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Torino, 2005, 115, che osserva come l'AIFA, se pur definita dalla legge come un ente pubblico dotato di autonomia organizzativa, patrimoniale, finanziaria e gestionale, «risulta, poi, in concreto un ente di tipo strumentale» e, più di recente, E. CHITI, voce *Agenzie amministrative*, cit., che sottolinea la capacità di controllo e condizionamento, anche indiretto, dell'esecutivo.

57 I poteri di vigilanza, controllo, indirizzo e intervento da parte ministeriale si esplicano con una duplice modalità: in via diretta attraverso la predisposizione di un documento di indirizzo e la stipula di una convenzione, introdotta dal d.m. 245/2004, a disciplina dei rapporti con l'Agenzia; in via indiretta attraverso la nomina degli organi di vertice dell'Agenzia e l'adozione dei principali atti (tra cui quelli di organizzazione), che devono essere trasmessi al Ministro della Salute, previa approvazione del Consiglio di amministrazione.

quelli del Ministero dell'Economia. In particolare, l'autonomia finanziaria (sancita dall'art. 48, co. 3, l. 326/2003) risulta essere in concreto piuttosto limitata se si considera che le sue entrate sono quasi totalmente costituite da trasferimenti statali. Le fonti di finanziamento dell'AIFA sono dunque, al momento, prevalentemente pubbliche⁵⁸, con la conseguenza che la sua disciplina «*non si discosta dal solco del modello di relazioni tra politica ed amministrazione sancito dal T.U. n. 165 del 2001*»⁵⁹.

Su questo aspetto si registra, tuttavia, una significativa evoluzione normativa nella direzione di un **potenziamento dell'autonomia finanziaria e gestionale**⁶⁰, che ha consentito di prevedere, fra le priorità dell'AIFA, da un lato quella di sviluppare le attività - purché, ovviamente, coerenti con la sua *mission* (e, pertanto, escluse quelle di interesse comune svolte in collaborazione con amministrazioni statali e altri enti pubblici) - in grado di generare "entrate proprie"; dall'altro lato (e conseguentemente) quella di diminuire la quota di finanziamenti a carico del bilancio dello Stato⁶¹: come infatti precisato dall'art. 1 del recente regolamento per la disciplina dei servizi resi nei confronti di terzi (delibera CdA n. 5/2013, pubblicato il 16 aprile 2103), i suddetti servizi «*costituiscono un investimento da parte dell'Agenzia diretto a favorire l'innovazione organizzativa e la realizzazione di maggiori economie nonché una migliore qualità di servizi prestati*».

58 In particolare, ai sensi dell'art. 48, co. 8, legge istitutiva AIFA (d.l. 30 settembre 2003, n. 269), le sue entrate si compongono di: a) risorse finanziarie trasferite dallo Stato di previsione del Ministero della Salute in un fondo suddiviso in tre capitoli relativi agli oneri di gestione, alle spese di investimento, alla quota incentivante connessa al raggiungimento degli obiettivi gestionali; b) entrate derivanti dalla maggiorazione del 20% delle tariffe di cui all'art. 5 della Legge n. 407/1990; c) introiti eventuali derivanti da contratti stipulati con l'Agenzia europea e con altri organismi nazionali e internazionali per prestazioni di consulenza, collaborazione, assistenza e ricerca.

59 Così M. PAPINI, M. RONDININI, *Tra Agenzie ed Autorità indipendenti: il caso "Agenzia Italiana del Farmaco"*, cit., p. 15.

60 Più nel dettaglio, va ricordato che nel 2007 il legislatore ha ulteriormente previsto, fra le possibili entrate dell'AIFA, anche gli «*introiti derivanti da contratti stipulati con soggetti privati per prestazioni di consulenza, collaborazione, assistenza, ricerca, aggiornamento, formazione agli operatori sanitari e attività editoriali*» (art. 48, co. 8, lett. c-bis), così come modificato dall'art. 5, co. 5-*quiquies*, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito con l. 29 novembre 2007, n. 222 recante «*Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*»). Successivamente - in attuazione dell'art. 17, co. 10, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 («*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*») convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 - l'art. 4 del decreto del Ministero della Salute 29 marzo 2012, n. 53 (recante modifica al regolamento n. 245/2004 sull'organizzazione e il funzionamento dell'AIFA), ha individuato le tipologie di servizi che l'AIFA può rendere a terzi dietro corrispettivo, e precisamente: «a) attività nazionale di consulenza scientifica; b) attività di formazione e formazione continua agli operatori del settore; c) analisi di ricerche e studi di settore; d) attività editoriali». Da ultimo, in attuazione di tale norma, con delibera n. 5 del 13 febbraio 2013, il CdA dell'AIFA ha approvato il regolamento per la disciplina dei servizi resi nei confronti dei terzi (pubblicato il 16 aprile 2103 ed entrato in vigore il 17 aprile 2013).

61 A questo proposito l'AIFA si appresta a mettere in opera il "Progetto Costing", sviluppato nella seconda metà del 2012, che consentirà di misurare i servizi resi dall'Agenzia e di quantificare i costi correlati alla realizzazione dei medesimi. Cfr. AIFA, *Piano della Performance 2014-2016*, in <http://www.agenziafarmaco.gov.it/content/piano-e-relazione-della-performance>, 12.

In un'ottica di indirizzo strategico, dunque, le "entrate proprie" (derivanti, ad esempio, da procedure EMA e *Scientific Advice* e/o altre attività promosse dall'Agenzia) aspirano a diventare «*strumento per il riposizionamento complessivo dell'AIFA, al fine di generare volani economici fondamentali sia per la performance economico-gestionale della stessa organizzazione sia per liberare le potenzialità di leadership dell'Italia nel settore regolatorio, contribuendo allo sviluppo della farmaceutica in Italia*»⁶².

In direzione analoga, volta a separare politica e amministrazione e a rafforzare l'indipendenza e il ruolo istituzionale dell'Agenzia, si pone anche **l'annunciata riforma dell'AIFA** da parte del Ministro della Salute, che dovrebbe sottrarre la scelta delle nomine degli organi di vertice dall'ingerenza della politica e altresì prevedere un ampliamento dell'organico che le consenta una maggiore velocità di azione e di diventare ancora più forte sul piano ispettivo.

Ma le criticità più rilevanti sono riscontrabili a livello di sistema e, come tali, si ripercuotono negativamente anche sul lavoro svolto dall'AIFA. Come infatti evidenziato da autorevoli accademici in un recente studio⁶³, «*il settore farmaceutico, così come indirettamente delineato dal testo costituzionale e regolato dalla normativa vigente e così come sviluppatosi nella prassi - in particolare per i ripetuti interventi ad opera di leggi finanziarie e di stabilità orientate da esigenze di finanza pubblica - soffre di un eccesso di frammentazione, disomogeneità e incertezza*».

Difatti, l'esigenza di contenimento della spesa farmaceutica a carico dei sistemi sanitari regionali ha spesso comportato «*valutazioni di ordine tecnico che si sono tradotte in regole diverse da Regione a Regione in ordine alla rimborsabilità o prescrivibilità dei farmaci*»⁶⁴, il che ha a sua volta determinato una serie di conseguenze negative (per la loro stessa disponibilità sul territorio nazionale, per la libertà di cura dei pazienti e per la libertà professionale dei medici) e, soprattutto, «una contraddizione rispetto all'accentramento in capo all'AIFA delle funzioni di regolazione e controllo del settore, una confusione fra il piano della valutazione tecnico-scientifica e il piano delle valutazioni amministrative e di finanza pubblica e un contenzioso a più

62 AIFA, *Relazione sulla performance 2013*, cit., 18.

63 AA.VV., *La politica del farmaco, Quadro normativo, problemi proposte*, Fondazione Astrid e Magna Carta, febbraio 2014, in part. 3.

64 AA.VV., *op. loc. ult. cit.*

livelli in sede giurisdizionale»⁶⁵.

Si rileva, inoltre, una «*intollerabilmente eccessiva burocratizzazione dei procedimenti autorizzatori*»⁶⁶: difatti, nell'attuale quadro normativo nazionale, affinché un farmaco possa essere utilizzato negli ospedali occorre una prima autorizzazione comunitaria, una seconda nazionale e, infine, il successivo inserimento nei prontuari regionali. Un percorso, dunque, decisamente complesso e contorto, destinato a durare (mediamente) almeno due anni, e altrettanto occorre affinché le aziende del farmaco possano poi essere rimborsate dalle strutture pubbliche⁶⁷.

La crescente complessità normativa e l'eccessiva frammentazione della politica farmaceutica è altresì denunciata dal mondo industriale⁶⁸, che rileva l'inefficienza non già degli enti regolatori, bensì dell'attuale modello regolatorio, in quanto causa di **ostacoli agli investimenti e all'accesso ai farmaci innovativi**⁶⁹; peraltro, con particolare riferimento a questi ultimi, malgrado gli sforzi dell'AIFA e dell'attuale Ministro⁷⁰, il problema rischia comunque di restare irrisolto se non si supera l'in-

65 AA.Vv., *op. loc. ult. cit.*

66 AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., 12.

67 Così, ancora, AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., 10. In particolare, per i nuovi prodotti occorrono circa 400 giorni per l'autorizzazione AIFA dopo l'approvazione europea; a questi vanno sommati, in media, 305 giorni per l'inserimento dei nuovi farmaci nei prontuari regionali (con punte di 530 giorni) e, in media, ulteriori, 60 giorni per l'inclusione nei prontuari ospedalieri. Spesso, poi, l'autorizzazione ottenuta non ha carattere di certezza perché suscettibile di limitazione delle indicazioni. Come dato positivo, va però segnalato che, rispetto all'Europa, i prezzi dei medicinali in Italia sono nettamente inferiori (-19% in farmacia, -10% in ospedale). Cfr. al riguardo i dati riportati da P. ANTONELLI, *Il settore farmaceutico in Italia: caratteristiche, criticità, proposte*, IAPG (Italian American Pharmaceutical Group) in <http://photos.state.gov/libraries/italy/217417/pdf/Antonelli.pdf>, e le relative fonti.

68 Cfr. da ultimo i dati rilevati da Farminindustria (*La produzione di valore nell'industria farmaceutica in Italia*) e diffusi nel corso dell'Assemblea annuale 2014 (in http://www.farminindustria.it/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=103968&catid=42).

69 Come rilevato da M. SCACCABAROZZI, *Relazione Assemblea pubblica Farminindustria 2014*, in http://www.farminindustria.it/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=108126&catid=41, il nostro Paese detiene il record europeo di vincoli nazionali e regionali per l'accesso all'innovazione.

70 Il riferimento è all'emendamento presentato nell'agosto 2013 dal Ministro Lorenzin (art. 44, co. 4-ter, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 - c.d. decreto del Fare, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98) che - modificando l'art. 12, co. 5, l. 189/2012 (di conversione del d.l. 158/2012 - c.d. decreto Balduzzi) - ha introdotto l'obbligo per l'AIFA di valutare, ai fini della loro classificazione e rimborsabilità da parte del SSN, le domande dei farmaci orfani e di eccezionale rilevanza terapeutica entro un periodo massimo di 100 giorni dalla loro presentazione da parte delle aziende farmaceutiche. A queste ultime è stato imposto l'obbligo di presentare all'AIFA la relativa domanda di classificazione di tali farmaci entro 30 giorni dal rilascio dell'AIC da parte dell'EMA; in caso di mancata presentazione, l'AIFA sollecita l'azienda a presentare domanda entro i successivi 30 giorni, decorsi inutilmente i quali, viene meno la collocazione del farmaco nell'apposita sezione dedicata ai farmaci non ancora valutati ai fini della loro rimborsabilità.

L'iniziativa ha fatto seguito, modificandolo, a quanto stabilito all'art. 12, co. 5, l. 189/2012 (di conversione del decreto Balduzzi), che di fatto ha creato una nuova fascia C (denominata "C nn", ovvero "C non negoziata") allo scopo fine di ridurre i tempi di accesso per i pazienti ai nuovi farmaci (come rilevato, infatti, fra l'immissione in

certezza circa l'ambito di applicazione della definizione.

Tali criticità sono dunque tali da creare in Italia **discriminazioni nell'accesso ai farmaci** salvavita innovativi (principalmente oncologici biotech e spesso costosissimi) e da **penalizzare l'innovazione e la competitività del settore**, finendo per determinare un sottoutilizzo dei fondi (peraltro già scarsi) stanziati per i nuovi farmaci.

Le medesime problematiche sono rilevate dalle associazioni di cittadini e pazienti le quali, oltre alla eccessiva burocratizzazione delle procedure di accesso ai farmaci e alle non accettabili disparità di trattamento tra i cittadini delle differenti Regioni

commercio e l'inserimento nei prontuari terapeutici regionali intercorrono, in media, due anni). La disposizione del 2012 ha quindi previsto che se un farmaco ha ottenuto l'AIC in base alla procedura europea centralizzata, di mutuo riconoscimento, decentrata e nazionale, nonché di importazione parallela, viene automaticamente classificato in fascia C (nn) e può essere liberamente commercializzato, a pagamento, anche sul territorio nazionale, in attesa della conclusione dell'iter di negoziazione del prezzo da parte dell'AIFA (e della eventuale rimborsabilità da parte del SSN). Il rimedio, tuttavia, è apparso a molti quasi peggiore del male perché, oltre a non risolvere il problema del ritardo, finisce per determinare una inaccettabile disparità di trattamento: difatti, fino a quando l'AIFA non definisce il prezzo che il SSN è disposto a pagare trattandolo con le industrie, i farmaci sono, sì, subito disponibili in commercio e prescrivibili, ma solo per chi - malato o azienda ospedaliera - può permettersi al prezzo di riferimento europeo o auto-determinato dalla stessa azienda farmaceutica produttrice.

La *ratio* dell'emendamento introdotto nel 2013 è dunque quella di ovviare a questa criticità aprendo una corsia preferenziale per i farmaci orfani e di eccezionale rilevanza terapeutica e sociale, in modo da garantirne l'accesso a tutti malati in tempi celeri e certi, dovendo l'AIFA esaminare i dossier con priorità assoluta e decidere entro 100 giorni dalla richiesta se un farmaco appartenente a tali categorie deve (o non) essere registrato in Italia e dispensato gratuitamente.

Anche questo intervento, tuttavia, non sembra essere stato del tutto risolutivo, persistendo un problema di (in) attuazione/(in)attuabilità della disposizione che continua ad alimentare polemiche: secondo l'inchiesta dell'Espresso (11 luglio 2014) e l'indagine condotta da AIOM - Associazione Italiana di Oncologia Medica (pubblicata il 14 luglio 2014 sul sito: <http://www.aiom.it/area+pubblica/area+medica/news+in+italia/11+luglio+2014/1,4040,1>), i "100 giorni" passano senza che nulla accada e le aziende commercializzano i loro prodotti al di fuori del SSN.

Nella consapevolezza delle problematiche emerse nell'applicazione della normativa e delle discussioni in atto, l'AIFA - con una Nota del 22 luglio 2014 (reperibile sul sito: <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/aifa-su-farmaci-cnn-e-e%E2%80%9C100-giorni%E2%80%9D-sempre-impegnati-rispettare-termini-0>) - dichiara di essersi attivata e, nel contempo, sottolinea con forza che la velocizzazione delle procedure, implicando la rinuncia al suo ruolo di approfondimento e vigilanza dell'appropriatezza prescrittiva ed economica, rischia di creare più danni che vantaggi.

In effetti occorre riconoscere che, al fine di negoziare il miglior prezzo possibile con le aziende farmaceutiche, "cento giorni" potrebbero non essere sufficienti per l'AIFA, la quale deve pur sempre perseguire l'obiettivo ultimo di «assicurare il contenimento tra l'interesse a garantire il diritto alla salute su tutto il territorio nazionale e quello della sostenibilità della spesa farmaceutica». E a conferma della complessità e della difficoltà dell'iter di negoziazione, che richiede accertamenti tecnici approfonditi, va evidenziato che: 1) esiste un divario significativo tra il prezzo iniziale richiesto dall'azienda e quello poi approvato all'esito della procedura; 2) l'impegno dell'AIFA ha garantito in Italia prezzi dei farmaci tra i più bassi in Europa; 3) il rispetto del termine dei 100 giorni per conclusione del procedimento negoziale dipende in larga parte anche dal comportamento dell'azienda richiedente (cfr. ancora la Nota del 22 luglio 2014, cit.).

italiane (tanto che al riguardo si parla di una tragica “lotteria della nascita”⁷¹, per cui chi vive in una regione può contare su elevati livelli di assistenza, mentre chi risiede in un’altra è costretto a migrare altrove per ottenere la terapia innovativa), lamentano altresì lo **scarso coinvolgimento nelle scelte che li riguardano**⁷².

Inevitabilmente questi problemi, la cui rilevanza è tale che di recente l’AIFA ha ad essi dedicato una Conferenza internazionale⁷³, finiscono a loro volta per intaccare l’attrattività: difatti, sebbene - sempre secondo i dati rilevati da Farindustria - l’Italia mantenga ancora un ruolo di preminenza (è il secondo produttore di farmaci in Europa, preceduta solo dalla Germania), va tuttavia registrata una significativa crisi industriale del settore⁷⁴.

Ed è evidente che anche le criticità di carattere economico non possono essere trascurate, data la loro stretta connessione con la tutela della salute⁷⁵: esse, infatti, finiscono per danneggiare tutti: gli operatori del settore (nel loro diritto di fare impresa nelle migliori condizioni possibili), lo Stato (in termini sia di costi sociali, sia di scarsa capacità di attrarre investimenti stranieri) e, soprattutto, i cittadini (nei propri

71 Così M. SCACCABAROZZI, *Relazione Assemblea pubblica Farindustria 2014*, cit.

72 In tal senso T. ACETI (Coordinatore nazionale del Tribunale per i diritti del malato-Cittadinanzattiva), nell’Incontro dal titolo “Assistenza farmaceutica: equità, accesso, partecipazione”, Roma, 14 gennaio 2014, organizzato da Cittadinanzattiva con il sostegno non condizionato di Farindustria. Per un sintesi dei vari interventi, v. il sito: http://www.ilfarmacistaonline.it/mobile/articolo.php?articolo_id=19135.

73 Si tratta della Conferenza internazionale “Sistemi di innovazione e orizzonti della salute”, promossa dall’AIFA a margine dell’Informal Meeting dei Ministri della Salute dell’UE (Milano, 21-22 settembre 2014). L’iniziativa, organizzata alla presenza di tutti gli attori coinvolti - rappresentanti della Commissione europea, dell’EMA, delle Autorità nazionali competenti nei diversi Paesi membri, dell’EUnetHTA (Health Technology Assessment Network - Rete europea per la valutazione delle tecnologie sanitarie), delle autorità competenti per i prezzi e i rimborsi dei farmaci, nonché rappresentanti dei pazienti, delle industrie farmaceutiche e delle istituzioni accademiche e di ricerca - ha rappresentato un’importante occasione di dibattito e confronto per individuare strategie condivise che possano consentire di realizzare il migliore bilanciamento tra la necessità di assicurare un rapido accesso dei pazienti ai farmaci, favorire investimenti in innovazione in Italia e in Europa e, altresì, garantire la sostenibilità dei sistemi di salute pubblica. Per un resoconto dei principali interventi, cfr. il sito <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it>.

74 Importanti e inequivocabili segnali di crisi si rinvencono nel calo dell’occupazione (con una perdita di ben 11.500 posti di lavoro negli ultimi sei anni); nel calo degli investimenti in produzione, ricerca e innovazione nonché in una regolamentazione sempre più complessa (cfr. altresì P. ANTONELLI, *Il settore farmaceutico in Italia: caratteristiche, criticità, proposte*, cit.).

75 Come infatti rilevato da AA.VV., *La politica del farmaco*, cit., 8, nonostante la “doppia anima” che da sempre caratterizza il settore farmaceutico, i legami tra aspetti di tutela della salute e quelli meramente economici sono strettissimi, giacché «elevati livelli di efficacia dei farmaci, e quindi di tutela della salute, richiedono un costante impegno (anche, se non soprattutto, economico) in innovazione»; ricerca e sviluppo risultano quindi «essenziali allo scopo di garantire agli attori del settore farmaceutico quella competitività sullo scenario internazionale che sola può assicurare essenziali margini di crescita e sviluppo imprescindibili per consentire la sopravvivenza e la prosperità dell’intero settore economico farmaceutico e del suo indotto».

diritti fondamentali)⁷⁶.

Attualmente, dunque, si registra il convincimento diffuso che il **settore farmaceutico** «*necessita di un ripensamento che semplifichi il sistema riportando concretamente al centro le funzioni di regolazione*»⁷⁷; ciò, pertanto, implica non solo ricondurre alla competenza del legislatore statale materie (come la tutela della salute) attualmente attribuite alla legislazione concorrente⁷⁸, ma anche «*introdurre regole che rafforzino le decisioni e le valutazioni tecniche dell'Aifa*»⁷⁹, eliminando in radice la possibilità che queste possano essere incise o modificate da altri soggetti.

Il dinamismo e l'eccellenza che già caratterizza l'industria farmaceutica italiana, unitamente a un quadro regolatorio stabile e certo e all'efficace azione delle nostre Autorità competenti (AIFA, ma anche AGCM, AVCP, Magistratura e Forze dell'Ordine), potranno indubbiamente garantire il diritto alla salute dei cittadini italiani nonché il rilancio e la competitività del settore, che va considerato non come un "costo sociale", ma come parte del "Made in Italy" in grado di essere un punto di riferimento mondiale.

76 In tal senso AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., 11.

77 Così ancora AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., 3.

78 A tal fine (ossia "riportare al centro" - cioè al Ministero della Salute e all'AIFA - la politica farmaceutica), due sono le vie suggerite da AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., *passim*.

1) un intervento sulla distribuzione delle competenze statali e regionali da operarsi con una «*riforma costituzionale diretta a dare un nuovo assetto alla materia farmaceutica*», virando «*verso un più spiccato centralismo*» perduto a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001) che, come noto, ha attribuito la materia della «*tutela della salute*» alla competenza concorrente di Stato e Regioni (art. 117, co. 4, Cost.). Più precisamente, si propone l'introduzione di una lettera m-bis) al co. 2 dell'art. 117 Cost., che estenda la potestà legislativa statale alle «*norme generali sulla tutela della salute compresa la regolamentazione del mercato farmaceutico in materia di immissione ed erogazione dei farmaci; sicurezza e qualità alimentari*», lasciando alla competenza regionale (con una modifica in tal senso del co. 4 dell'art. 117 Cost.) la sola materia della «*assistenza e organizzazione sanitaria*», così come previsto prima della riforma del 2001 (cfr. AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., in part. 5-6 e 43-44);

2) una valorizzazione delle materie trasversali interessanti, a vario titolo, il settore che possa rafforzare la competenza statale ed erodere quella regionale facendo perno sul "criterio della prevalenza" più volte enunciato dalla Corte costituzionale. Al riguardo, opportunamente, si sottolinea l'eterogeneità del settore farmaceutico, che non può essere delimitato e circoscritto ad un'unica materia (la tutela della salute) di competenza attribuita alla potestà legislativa esclusiva (dello Stato o delle Regioni) ovvero concorrente: esso, infatti, involge una serie di altre materie - la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, le professioni, nonché da ultimo, e in particolare, la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» - che la Costituzione (art. 117, co. 2, lett. m) attualmente deferisce alla competenza statale esclusiva (AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., in part. 46-47).

79 Così ancora AA.Vv., *La politica del farmaco*, cit., 3.

4. CONSIDERAZIONI FINALI

A soli dieci anni dall'inizio della sua attività, molti sono i riconoscimenti al valore delle competenze specifiche sviluppate in AIFA che attestano l'efficienza della sua azione regolatoria e il ruolo di primo piano nello scenario europeo e internazionale.

Fra i più importanti risultati recentemente prodotti preme ribadire:

- l'adozione di iniziative uniche e all'avanguardia nel panorama regolatorio sovranazionale (come la Banca Dati Farmaci);
- il contributo dato alla definizione di rilevanti strumenti normativi (ad esempio: direttiva 2011/62/UE e Convenzione MediCrime);
- la crescente collaborazione con gli organismi internazionali e il supporto offerto, in qualità di *"Reference Regulatory Authority"*, per sostenere e favorire le attività di formazione presso le Autorità regolatorie nei Paesi emergenti;
- la crescente rappresentanza in tutti i gruppi di lavoro per gli *"Scientific Advice"*
- i cosiddetti SAG (*Scientific Advisory Group*) - che forniscono pareri scientifici per lo sviluppo di nuovi farmaci al Comitato per i Medicinali per uso Umano (CHMP) dell'EMA;
- la crescente partecipazione alle procedure centralizzate di valutazione dei farmaci (nel 2011 e 2012, l'Italia si è classificata tra le prime Nazioni rappresentate al CHMP dell'EMA per numero di contratti aggiudicati e *performance* di lavoro);
- il (conseguente) crescente peso che l'Agenzia è in grado di esercitare nelle valutazioni e nelle decisioni relative all'immissione in commercio dei farmaci (un esempio per molti: il ruolo decisivo che l'Italia ha ricoperto nell'approvazione di Glybera, il primo farmaco di terapia genica autorizzato in Europa);
- il conferimento di incarichi di assoluto prestigio - la nomina (nel 2011) del Prof. Guido Rasi (prima Direttore generale AIFA) a direttore esecutivo dell'EMA, nonché la conferma della nomina dell'attuale Direttore Generale dell'AIFA Prof. Luca Pani (nominato anche nello SWAP dell'EMA) e della Prof. Daniela Melchiorri quali rappresentanti italiani nel CHMP - proprio ai responsabili istituzionali della nostra Agenzia del farmaco.

Pertanto, dovendo in questa sede trarre alcune considerazioni - che di certo non hanno la pretesa di essere finali né esaurienti - si può senza dubbio affermare che **il ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco fuori dai confini nazionali è in netta ascesa**: in particolare in Europa (ma non solo) l'AIFA costituisce già un punto di riferimento, un vero e proprio modello di eccellenza regolatoria e, sebbene nel settore vi siano ancora diverse criticità da superare⁸⁰ e molto da fare per mantenere - se non potenziare - l'autorevolezza raggiunta, essa è certamente motivo di grande orgoglio e soddisfazione per il nostro Paese e anche per il futuro (tanto più se le riforme proposte diventeranno realtà) appare in grado di rispondere pienamente alle sfide emergenti.

In relazione alla fase discendente, invece, non sempre si registra un perfetto allineamento con il diritto europeo.

L'osservazione non è certo rivolta all'attività dell'AIFA né dell'AGCM⁸¹ - che ben svolgono le funzioni loro assegnate, in sinergia con le Forze dell'Ordine e le altre Autorità competenti, nella duplice fase discendente e ascendente - bensì all'applicazione delle **regole risarcitorie** da parte della nostra giurisprudenza, riscontrandosi nel settore dei farmaci una sorta di «*casistica parallela*»⁸²: come rilevato⁸³, infatti, i giudici italiani, manifestando un atteggiamento di *favor* verso il paziente-danneggiato, tendono ad applicare non già il diritto risarcitorio di derivazione europea (ossia la disciplina contenuta negli artt. 114-127 cod. cons. in cui è confluita l'attuazione della direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso), bensì altri sistemi di tutela del consumatore già collaudati e più efficaci (in particolare l'art. 2050 c.c. in tema di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose).

Malgrado, anche di recente, non manchino oscillazioni, questa “casistica parallela”, che tiene fuori dal campo applicativo della direttiva europea il settore farmaceutico, ha nel tempo assunto una consistenza importante, tanto da presentarsi come un «si-

80 Sulle persistenti criticità e sulle prospettive di riforma v. *retro*, par. 3, in questa *Sezione*.

81 Sulla costante attenzione dell'AGCM al corretto instaurarsi delle dinamiche concorrenziali (anche) nel mercato farmaceutico, v. *retro* P. OCCHIUZZI, *Sezione I*, in part. parr. 7.2 nonché 9.2 e 9.3.

82 L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto impr.*, 2008, in part. 623-645.

83 V. *retro* A. CORVINO, *Sezione I*, par. 8.2.

stema alternativo di responsabilità oggettiva»⁸⁴; ciò, se per un verso è certamente da apprezzare - l'intento (giova ribadire) è infatti quello di offrire una maggior tutela alla parte debole - per altro verso finisce per creare una notevole **incertezza** e appare altresì pericoloso, in quanto potrebbe esporre il nostro Paese al **rischio di una procedura di infrazione** in virtù della *preemption* del diritto dell'Unione⁸⁵.

Come evidenziato dalla dottrina⁸⁶, resta quindi da vedere fino a quando questo "sistema alternativo" al diritto europeo reggerà senza esporsi alle bordate della Corte di Giustizia, che già si sono fatte sentire contro le scelte non solo legislative, ma anche giurisprudenziali operate in altri Stati membri.

Il rischio di una condanna per l'Italia, in effetti, è reale, anche in considerazione del fatto che la dir. 2001/83/CE (come modificata, in particolare, dalla dir. 2004/27/CE e dalla dir. 2011/62/UE), recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, prevede espressamente (artt. 5, par. 4, e 47-*bis*, par. 2) l'applicazione ai farmaci delle disposizioni della direttiva 85/374/CEE.

Questo rischio, tuttavia, potrebbe essere scongiurato attraverso una (diversa) lettura dell'art. 2050 c.c.⁸⁷ tesa (pure a costo di qualche forzatura) a recuperarne una connotazione più soggettiva⁸⁸, se non anche - in un sistema normativo complesso,

84 L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 645. Difatti, secondo l'interpretazione attualmente prevalente, il regime di responsabilità previsto dall'art. 2050 c.c. è oggettivo e, dunque, è il medesimo di quello dettato dalla direttiva, ma diversi (e più favorevoli per il danneggiato) sono i termini di prescrizione per l'azione, la distribuzione dell'onere probatorio, nonché la prova liberatoria richiesta al produttore.

85 Da tempo, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato il principio secondo cui, in presenza di un regime di responsabilità del produttore «basato sullo stesso fondamento della disciplina attuata dalla suddetta direttiva», i diritti (che offrono al danneggiato una tutela maggiore) attribuiti dalla normativa di uno Stato membro «possono essere limitati o ristretti in seguito al recepimento di quest'ultima nell'ordinamento giuridico interno del suddetto Stato» (cfr. le tre decisioni pronunciate nella stessa data da Corte Giust. 25 aprile 2002, in *Foro it.*, 2002, IV, 294, tutte concernenti la questione dell'interpretazione dell'art. 13 dir. 85/374/CEE, la norma che disciplina il rapporto tra la direttiva e altri sistemi di responsabilità da prodotto difettoso che possono trovare applicazione negli Stati membri).

86 L. CABELLA PISU, *op. loc. cit.*; in tal senso cfr. anche A. QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011, 337-338; EAD., *Responsabilità per danno da farmaci: quali rimedi a tutela della salute?*, in *Danno resp.*, 2012, 356-359; G. SIMONINI, *La responsabilità da prodotto e l'interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Contratto impr.*, 2013, 252-255.

87 Come infatti accennato (v. *retro*, A. CORVINO, Sezione I, par. 8.1), sul punto non vi è unanimità di opinioni.

88 Difatti, ove si tornasse a riabbracciare la tradizionale interpretazione "soggettiva" dell'art. 2050 c.c. [qualificandolo, cioè, come un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale basata sulla colpa, sia pure con relativa inversione dell'onere probatorio (c.d. responsabilità aggravata, per colpa presunta o lievissima)], il regime di responsabilità sarebbe allora "diverso" rispetto a quello della direttiva e, in quanto tale, esso potrebbe legittimamente derogare alla direttiva stessa (in conformità a quanto stabilito dall'art. 13 dir. 85/374/CEE).

policentrico e multilivello, in cui il codice civile ha perso la sua originaria centralità e le categorie tradizionali sono inesorabilmente oggetto di profondi ripensamenti - a sottolinearne la “specialità”⁸⁹ rispetto sia alla regola generale di cui all’art. 2043 c.c. sia alla normativa europea, che senza dubbio costituisce ormai il «*diritto comune del danno da prodotti*»⁹⁰.

Del resto, è appena il caso di notare che il legislatore europeo del 1985 ha lasciato «*impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva*» proprio con particolare riferimento al settore dei medicinali, evidentemente in considerazione del carattere peculiare di tali prodotti⁹¹. E al riguardo va altresì ricordato che secondo la Corte europea tale espressione deve essere interpretata «*nel senso che riguarda un regime proprio, limitato a un settore produttivo determinato*»⁹².

Ebbene: nel settore farmaceutico, l’esistenza di una vasta e dettagliatissima legislazione speciale, che senz’altro giustifica la qualifica di “*pericolosità*” dell’attività di produzione e commercializzazione di farmaci⁹³, potrebbe anche consentire la sopravvivenza dei diritti risultanti da altri regimi di responsabilità, e segnatamente del regime (diverso, speciale e previgente rispetto a quello previsto dalla direttiva)

89 In tal senso, peraltro, anche la più recente manualistica: cfr. sul punto F. MACIOCE, *L’obbligazione e il contratto*, III ed., Torino, 2013, 99 ss., che nella sezione titulata “responsabilità speciali” (rispetto alla clausola generale contenuta nell’art. 2043 c.c.) fa riferimento a specifiche ipotesi di illecito alcune delle quali disciplinate da leggi speciali, mentre altre (tra cui l’art. 2050 c.c.) contemplate nello stesso codice civile.

90 L’espressione è di F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto impr.*, 1986, 1012, che già in tempi lontani, anticipando la posizione poi assunta dalla Corte europea di giustizia (e tuttora ferma), ha ritenuto che nelle fattispecie regolate dalla dir. 85/374/CEE il diritto comune (cioè l’art. 2050 c.c.) è inapplicabile e che «*solo in presenza di speciali norme di legge, che da essa si discostino in relazione a particolari categorie di produttori, di prodotti o di consumatori*», la disciplina di matrice europea «*potrà essere disapplicata*» dal giudice.

91 Difatti, il Considerando n. 13 della dir. 85/374/CEE prevede espressamente che «*nella misura in cui una protezione efficace dei consumatori nel settore dei prodotti farmaceutici sia già garantita in uno stato membro anche mediante un regime speciale di responsabilità, devono ugualmente continuare ad essere possibili azioni basate su questo regime*».

92 Corte Giust. 25 aprile 2002, cit. Come è evidente, però, anche queste precisazioni della Corte lasciano il campo aperto a una pluralità di possibili interpretazioni.

93 Come infatti osservato da E. AL MUREDEN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Contratto impr.*, 2011, 1523, è la legislazione di settore a “segnalare” il carattere pericoloso di un’attività, con la precisazione, però, che tale carattere «*non può essere dedotto dalla mera presenza di normative di settore particolarmente dettagliate, ma presuppone l’individuazione di precise indicazioni circa il fatto che il legislatore “non si accontenti” della conformità agli standards indicati dalla legge e continui a pretendere una costante attenzione da parte di colui che esercita l’attività*». Il che è certamente riscontrabile nel caso del produttore (e altresì del distributore) di farmaci, come confermato dalla previsione contenuta nell’art. 39 d. lgs. 219/2006 - che ha dato attuazione della dir. 2001/83/CEE (e succ. modifiche) relativa ad un codice comunitario concernente medicinali per uso umano - secondo cui «*Il rilascio dell’autorizzazione non esclude la responsabilità anche penale del produttore e del titolare dell’AIC*».

di cui all'art. 2050 c.c.⁹⁴.

Diversamente, ove il rischio “infrazione” invece si concretizzasse, potrebbero comunque trovare spazio interpretazioni della direttiva ora più rigorose per il produttore (specie con riferimento alla configurabilità dell'esimente dei “rischi da sviluppo”), ora più flessibili per il danneggiato (specie con riferimento all'onere probatorio su di esso gravante), al fine di garantire la miglior tutela da farmaci difettosi.

94 Quanto affermato potrebbe trovare una parziale conferma nelle Conclusioni dell'Avv. Generale Maciej Szpunar presentate l'11 giugno 2014 (causa C-310/13, Novo Nordisk Pharma GmbH c. S., nella quale la questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof* - in un procedimento di risarcimento del danno causato dal carattere difettoso di un farmaco - riguarda la possibilità o meno di mantenere la disciplina tedesca sulla responsabilità da prodotti farmaceutici in quanto “legge speciale”), secondo cui: «*L'articolo 13 della direttiva 85/374/CEE (...) deve essere interpretato nel senso che, nelle materie disciplinate da tale direttiva, esso consente solo di mantenere, come parte del regime speciale di responsabilità di cui alla predetta disposizione, i diritti dei danneggiati eccedenti il livello di tutela risultante dalle disposizioni della direttiva, a condizione che tali diritti esistessero già al momento della notifica della direttiva*».

Tuttavia, l'ostacolo all'applicabilità di queste “conclusioni” all'ordinamento italiano sta nel fatto che, come rilevato, il regime di responsabilità previsto dall'art. 2050 c.c. non è dettato specificamente ed esclusivamente per l'attività di produzione e commercializzazione di prodotti farmaceutici, bensì, più in generale, per le attività pericolose.



Settore Alimentare

SETTORE ALIMENTARE

(Davide De Filippis, Maria Chiara Sole, Franco Trubiani)

Il presente contributo, dopo aver delineato l'articolata rete di soggetti che, a livello europeo e nazionale, sono deputati all'analisi del rischio alimentare, intende offrire un quadro essenziale delle attuali problematiche nel recepimento e nell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di food safety.

Con riferimento al ruolo svolto dalle autorità italiane nelle competenti sedi europee, si è prescelto di focalizzare l'attenzione sull'attività dell'Istituto Superiore di Sanità che, oltre a realizzare funzioni di ricerca, sperimentazione e controllo, è il Focal Point italiano per l'EFSA. In questa veste l'ISS partecipa a numerosi progetti europei svolgendo un ruolo significativo in tale ambito, in virtù della sicura connessione tra l'attività di ricerca e consulenza scientifica e i processi regolatori europei.

Al fine di verificare l'attività di raccordo e collaborazione tra i soggetti competenti nazionali e quelli europei e il grado di partecipazione del nostro Paese ai processi decisionali, l'indagine prende in considerazione alcuni casi emblematici, come il problema della tutela del Made in Italy e il fenomeno dell'Italian Sounding.

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE (DAVIDE DE FILIPPIS, MARIA CHIARA SOLE, FRANCO TRUBIANI): 1. LE AUTORITÀ COMPETENTI E LE FUNZIONI. - 2. APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO ALIMENTARE DELL'UNIONE EUROPEA. - 2.1. LE PIÙ RECENTI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI SICUREZZA ALIMENTARE: BOTULISMO ALIMENTARE, ALLERGENI ALIMENTARI ED OGM. - 2.2. *SEGUE*. LE INDICAZIONI GEOGRAFICHE E LA TUTELA DEL CONSUMATORE. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI (FASE FISIOLÓGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): L'ATTIVITÀ DI INFORMAZIONE DEI CITTADINI. - 3.1. LA SICUREZZA ALIMENTARE: UN INQUADRAMENTO DEL CONTESTO GENERALE. - 3.2. IL *CONSUMER EMPOWERMENT* E L'ETICHETTATURA. - 3.3. ATTIVITÀ DI INFORMAZIONE DEL MINISTERO DELLA SALUTE E DELL'ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ. - 3.4. LA COMUNICAZIONE DELLE IMPRESE E LE NUOVE TECNOLOGIE: UNA APP A PROVA DI SICUREZZA? - 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): VIGILANZA DEL MERCATO E CONTROLLI. - 4.1. INQUADRAMENTO DEL SISTEMA. - 4.2. I CONTROLLI SECONDO IL PIANO NAZIONALE INTEGRATO. - 4.3. LA DELOCALIZZAZIONE DELLE PRODUZIONI E I CONTROLLI SULLE IMPORTAZIONI A RISCHIO. - 5. VIOLAZIONE DELLE REGOLE DI INFORMAZIONI E RIMEDI NELLA VENDITA DI ALIMENTI. - 5.1. IL DANNO DA CONSUMO DI ALIMENTI.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE (MARIA CHIARA SOLE): 1. L'ISS NEL CONTESTO EUROPEO DELLE AUTORITÀ DEL SETTORE ALIMENTARE. - 1.1. SUL PIANO NORMATIVO. - 1.2. LA PRASSI. - 2. RILEVANZA ED EFFICACIA DELL'AUTORITÀ SVOLTA DALL'ISS. - 3. CRITICITÀ. - 4. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA LE DIVERSE AUTORITÀ COMPETENTI: LE PROPOSTE DELL'ITALIA PER LA TUTELA DEL *MADE IN ITALY*. - 5. CONSIDERAZIONI FINALI.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

(Davide De Filippis, Maria Chiara Sole, Franco Trubiani)

SOMMARIO: 1. LE AUTORITÀ COMPETENTI E LE FUNZIONI. - 2. APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO ALIMENTARE DELL'UNIONE EUROPEA. - 2.1. LE PIÙ RECENTI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI SICUREZZA ALIMENTARE: BOTULISMO ALIMENTARE, ALLERGENI ALIMENTARI ED OGM. - 2.2. *SEGUE*. LE INDICAZIONI GEOGRAFICHE E LA TUTELA DEL CONSUMATORE. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI (FASE FISIOLÓGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): L'ATTIVITÀ DI INFORMAZIONE DEI CITTADINI. - 3.1. LA SICUREZZA ALIMENTARE: UN INQUADRAMENTO DEL CONTESTO GENERALE. - 3.2. IL *CONSUMER EMPOWERMENT* E L'ETICHETTATURA. - 3.3. ATTIVITÀ DI INFORMAZIONE DEL MINISTERO DELLA SALUTE E DELL'ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ. - 3.4. LA COMUNICAZIONE DELLE IMPRESE E LE NUOVE TECNOLOGIE: UNA APP A PROVA DI SICUREZZA? - 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): VIGILANZA DEL MERCATO E CONTROLLI. - 4.1. INQUADRAMENTO DEL SISTEMA. - 4.2. I CONTROLLI SECONDO IL PIANO NAZIONALE INTEGRATO. - 4.3. LA DELOCALIZZAZIONE DELLE PRODUZIONI E I CONTROLLI SULLE IMPORTAZIONI A RISCHIO. - 5. VIOLAZIONE DELLE REGOLE DI INFORMAZIONE E RIMEDI NELLA VENDITA DI ALIMENTI. - 5.1. IL DANNO DA CONSUMO DI ALIMENTI.

1. LE AUTORITÀ COMPETENTI E LE FUNZIONI

L'istituzione di una rete articolata di soggetti deputati alla tutela della sicurezza alimentare, intesa quale *food safety*, è opera relativamente recente della normativa europea e nazionale.

Infatti, a seguito di un clamoroso scandalo alimentare¹ è stato approntato un primo dibattito confluito, nell'aprile 1997, nel Libro verde sui principi generali della legislazione in materia alimentare dell'Unione europea² con il quale s'intendeva verificare in quale misura le disposizioni normative esistenti in materia rispondessero effettivamente alle esigenze ed alle attese degli operatori del settore.

Su quest'ultimo versante, come è noto, s'intersecano alcune delle principali po-

1 Il riferimento è allo scandalo c.d. della mucca pazza. Parliamo di un periodo compreso tra gli ultimi anni '90 e i primissimi anni 2000, quando diversi Paesi vengono interessati dal morbo della mucca pazza, anche noto come Bse (encefalite spongiforme bovina) comparsa per la prima volta nel Regno Unito. In quegli anni numerosi bovini vengono colpiti da una terribile malattia neurodegenerativa, provocata dalla mutazione di una proteina. Il veicolo principale dell'infezione nell'epidemia di Bse sono le farine di carne ottenute da carcasse e da residui di macellazione. La malattia, oltre ad essere letale per l'animale, si può trasmettere all'uomo che consumando carne infetta rischia di contrarre una variante del morbo di *Creutzfeldt-Jakob* (vCJD), un male incurabile.

2 Trattasi del documento COM (97) 176 def., del 30 aprile 1997.

litiche della Comunità prima, dell'Unione oggi: da un lato, la realizzazione di un mercato interno europeo nel quale possano circolare i beni, in particolare i prodotti agroalimentari; dall'altro, la tutela del consumatore che in questa sede deve tenere in considerazione una caratteristica di non poco momento, vale a dire la natura di beni destinati ad essere ingeriti dall'uomo e per i quali si possono legittimamente prospettare questioni legate alla loro specifica «qualità»³.

Successivamente, nel gennaio del 2000, con il Libro bianco sulla sicurezza alimentare⁴ sono state individuate tutta una serie di strategie, finalizzate a completare ed a modernizzare la legislazione dell'Unione europea in materia alimentare in modo da apportare una maggiore trasparenza nel settore, sì da garantire il raggiungimento di *standards* più elevati di sicurezza alimentare. Invero, tali propositi hanno trovato una definitiva sistemazione nel Reg. CE n. 178/2002 che «*stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa le procedure di intervento nel campo della sicurezza alimentare*»⁵.

Tali procedure vedono l'utilizzo di uno strumento politico - legislativo di nuova concezione: l'analisi del rischio. Si tratta di un processo decisionale costituito da tre componenti interconnesse: la valutazione, la gestione e la comunicazione, mentre più avanti si dirà del sistema di allarme rapido, nonché la gestione delle crisi e le situazioni di emergenza⁶. Mentre la comunicazione non rappresenta altro che uno «*scambio interattivo, nell'intero arco del processo di analisi del rischio, di informazioni e pareri...tra responsabili...consumatori, imprese alimentari e del settore dei mangimi, la comunità accademica e altri interessati*»⁷, la prima è un procedimento

3 In quest'ambito un cenno deve essere fatto alla politica agricola comune (PAC) - che, nel corso del tempo, ha spostato la sua azione dalla *quantità* alla *qualità*, ponendosi, tra i vari obiettivi, non solo quello di accrescere la produttività e ridurre l'impatto ambientale ma anche quello di offrire ai consumatori europei prodotti alimentari sicuri (e di elevata qualità in quantità sufficiente) e di aiutarli a fare scelte informate in campo alimentare.

4 Trattasi del documento COM (99) 719 def., del 12 gennaio 2000. In particolare, il Libro bianco sulla sicurezza alimentare è identificabile come uno strumento di progettazione con cui la Commissione ha tradotto i risultati delle precedenti consultazioni, promosse con il citato Libro verde, in azioni da svolgersi negli anni a seguire.

5 Di seguito, anche, *Autorità alimentare europea*. Va avvertito che nel corpo del testo, eccezion fatta per il Foro consultivo, non ci si occuperà dell'organizzazione della medesima Autorità rinviando all'uopo, tra gli altri, a A. NUCCI, *L'autorità europea per la sicurezza alimentare: uno strumento per la protezione dei consumatori?*, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2006, 728 ss.; M. BENOZZO, *I principi generali della legislazione alimentare e la nuova Autorità (Regolamento CE n. 178/2002)*, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2003, 208 ss.

6 Su cui si rimanda, *infra*, al Paragrafo 2.1., nt. 32.

7 Punto 13 dell'art. 3 del Reg. n. 178/2002.

costituito da quattro fasi basate su dati scientifici disponibili al momento⁸.

Tale procedimento consente di identificare *«la probabilità e la gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo»*⁹. È agevole comprendere che l'Autorità europea per la sicurezza alimentare, essendo pensata come centro di eccellenza scientifica, rappresenti la sola istituzione in grado di rispondere in modo autorevole a tale attività di disamina delle probabilità di rischio insite in determinate situazioni.

I risultati ottenuti dalla *«valutazione del rischio»* sono poi esaminati, unitamente ad altri fattori, come quelli sociali, economici, tradizionali, etici ed ambientali, in seno alla seconda componente.

In presenza di un rischio, la sua «gestione» consiste nell'esaminare le alternative di intervento che possano escluderne o limitarne l'esposizione per l'uomo al fine di garantire il massimo livello di tutela possibile.

Si tratta di un'attività prettamente politica: essa, come già detto, ha ad oggetto l'individuazione delle modalità di intervento in grado di conciliare la tutela della salute dei consumatori con la libera circolazione delle merci, pertanto si concretizzerà nell'individuazione da parte di soggetti, per l'appunto, politici (la Commissione europea, le autorità degli Stati membri e il Parlamento europeo) di strategie che, pur avendo come obiettivo principale quello di assicurare la massima tutela possibile della salute dei consumatori, non potranno non tenere conto di altri fattori e non essere volte a contemperare interessi diversi¹⁰.

8 Le fasi della valutazione del rischio sono la *«individuazione del pericolo»*, la *«caratterizzazione del pericolo»*, la *«valutazione dell'esposizione al pericolo»* e la *«caratterizzazione del rischio»*.

9 Punto 9 dell'art. 3 del citato Reg. Il «pericolo» (od elemento di pericolo) è definito al punto 14 del medesimo art. 3, come un *«agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, (ovvero una) condizione in cui un alimento o mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute»*.

10 Per la distinzione tra attività di valutazione e gestione del rischio si veda pure il sintetico documento predisposto dall'EFSA reperibile al sito <http://www.efsa.europa.eu/en/RiskARiskM/docs/InfographicsRiskARiskMprint.pdf>.

Per un'indagine sulle ragioni che hanno indotto il legislatore comunitario ad affidare all'Autorità alimentare europea solamente la valutazione dei rischi e la comunicazione dei medesimi si veda L. COSTATO e S. BOLOGNINI, *Note introduttive*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (Regolamento n. 178/2002/CE)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 122 ss. In quella sede è stato condivisibilmente notato che *«senza dubbio fornendo un'assistenza scientifica e tecnica di alto livello su questioni inerenti la sicurezza degli alimenti e dei mangimi, l'Autorità alimentare europea contribuisce all'elaborazione delle norme sulla sicurezza alimentare; tuttavia il reg. disciplina il suo funzionamento in un modo che impedisce al suo contributo di andare oltre l'espletamento di un'attività di studio e di elaborazione di dati: tutto ciò che attiene al processo decisionale inerente la gestione del*

Accanto alle funzioni fin qui brevemente delineate, il Regolamento (art. 23) attribuisce all'Autorità alimentare europea ulteriori compiti che vanno dalle attività di supporto alle istituzioni europee e nazionali, fino alle attività indipendenti della commissione di studi scientifici e della formulazione di conclusioni ed orientamenti in materia.

È necessario, inoltre, che l'Autorità utilizzi in maniera ottimale le conoscenze e le risorse detenute dagli Stati membri e, nello stesso tempo, assicuri a questi di partecipare alla vita dell'ente.

All'uopo è stato predisposto¹¹, in seno all'Autorità medesima, un organo, il Foro consultivo, il quale dovrebbe rappresentare un meccanismo di scambio di informazioni sui rischi potenziali e di concentrazione delle conoscenze, consentendo, in particolare, un'ottimizzazione degli sforzi scientifici che eviti ogni sovrapposizione fra studi svolti e promuova il collegamento, attraverso reti europee, delle organizzazioni attive nei settori di competenza dell'Autorità.

Infatti, quest'ultima, ai sensi del par. 7 dell'art. 22 del Reg., deve «*agire in stretta collaborazione con gli organi competenti che negli Stati membri svolgono funzioni analoghe alle sue*».

Per quel che concerne l'Italia, benché a cagione della stretta connessione del settore alimentare con un interesse pubblico costituzionalmente garantito, qual è quello alla salute, diversi studiosi¹² abbiano rivendicato la necessità di procedere all'istituzione di un'autorità¹³, le funzioni di comunicazione, valutazione e gestione del

rischio è, infatti, di competenza esclusiva della Commissione». Inoltre, secondo altri (A. NUCCI, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare: uno strumento per la protezione dei consumatori?*, cit., 730) «*all'autorità il fatto di non avere poteri di gestione del rischio e di esecuzione è stato visto da alcuni come fonte di debolezza in quanto rende la stessa incapace di opporsi all'ingerenza politica e burocratica che imperversa nella politica alimentare della Comunità. Eppure, paradossalmente, proprio la mancanza di questi poteri può rappresentare un bene. L'EFSA potrebbe avvantaggiarsi dei suoi poteri di comunicazione e valutazione del rischio, influenzando in tal modo il comportamento delle industrie alimentari e dei consumatori. La persuasione, più delle tecniche di comando e controllo, è più efficace nel modificare le aspettative e i comportamenti individuali*».

11 Art. 27 del Regolamento.

12 S. CASSESE, *Proposte per un'autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 1066.

13 Si osservi, come un autorevole studioso (L. COSTATO, *Il Regolamento 178/2002 e la protezione dei consumatori di alimenti*, in *Nuovo dir. agr.*, 2002, 63) ha evidenziato, che «*...l'Autorità europea per la sicurezza alimentare che, si badi bene, non è una autorità comparabile con quelle presenti nel nostro ordinamento non avendo alcun potere decisionale ma essendo, invece, solo un alto organo tecnico di consulenza della Commissione*». Fatta tale ineludibile premessa, questa sede non è in grado di offrire gli adeguati spazi per ripercorrere il tortuoso iter legislativo che avrebbe condotto all'istituzione di un'Autorità nazionale con caratteristiche in parte distoniche

rischio sono state affidate al Ministero della Salute¹⁴, nonché, per quanto si dirà tra breve, all'Istituto Superiore di Sanità, che è, d'altro canto, sottoposto alla vigilanza del detto dicastero. Benché all'attività di tale Istituto competa una specifica *sedes materiae* all'interno del presente contributo¹⁵, è bene sottolinearne sin d'ora la rilevanza.

Esso, infatti, svolge, per il tramite del Dipartimento di Sanità Pubblica Veterinaria e Sicurezza Alimentare, un'intensa attività istituzionale che annovera, tra le altre¹⁶, la comunicazione del rischio rivolta sia alle amministrazioni pubbliche sia ai cittadini, l'assistenza tecnico-scientifica nella elaborazione ed applicazione delle normative nazionali ed europee, l'attuazione di programmi finalizzati all'identificazione dei rischi emergenti e di supporto scientifico per la gestione delle emergenze¹⁷, e, inoltre, l'importante ruolo di *Focal point* nazionale, vale a dire di interfaccia tra l'EFSA e le varie autorità nazionali per la sicurezza alimentare, gli istituti di ricerca, le associazioni dei consumatori e tutte le parti interessate alle attività dell'autorità¹⁸.

rispetto a quella europea. Sul punto si rinvia all'analitica ricostruzione di E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 210, nt. 89.

14 Non sarà sfuggito il diverso approccio seguito dall'ordinamento nazionale rispetto a quello europeo. Infatti, raffrontando i due modelli di analisi del rischio dal punto di vista dei soggetti deputati alle varie fasi della stessa, si coglie come, sebbene l'Unione europea non abbia imposto l'accentramento in un'unica autorità nazionale, il nostro Paese non abbia aderito al modello adottato dal legislatore europeo di separazione tra valutazione e gestione del rischio, il quale ha il pregio di evitare l'accentramento delle funzioni in unico organismo. L'adozione di tale ultima opzione potrebbe, tra le altre conseguenze, comportare un eccessivo appesantimento e soprattutto il rischio dell'ingerenza di poteri di indirizzo e controllo, e pertanto dell'influenza di interessi - politici, economici e burocratici - esterni.

15 M.C. SOLE, *Rilevanza ed efficacia dell'attività svolta dall'ISS*, in questo *Rapporto*.

16 Come si dirà più innanzi (nt. 28), esso svolge, altresì, attività di controllo ed ispezione.

17 Tale ultima attività è svolta in collaborazione con enti internazionali ([WHO](#), [FAO](#), [Codex Alimentarius](#), [OCSE](#)), con la Commissione Europea e con le strutture del Servizio Sanitario Nazionale.

18 In particolare, tra i compiti del *Focal point* vi è quello di favorire la circolazione delle informazioni relative ai progetti di ricerca scientifica; contribuire alla visibilità dell'EFSA attraverso la divulgazione in campo nazionale dei pareri scientifici adottati dalla stessa Autorità; supportare le Autorità nazionali nella predisposizione del programma di lavoro. Il *National Focal point* fornisce annualmente all'EFSA una rendicontazione delle attività più rilevanti effettuate, unitamente ad una relazione delle iniziative, effettuate e in essere, intraprese per la realizzazione delle attività. Tale *Focal point* riveste, inoltre, un importante ruolo per quel che concerne il resoconto e/o nuove proposte per la designazione e il conseguente aggiornamento della lista delle organizzazioni competenti in Italia ai sensi dell'art. 36 del Reg. Infatti, con tale disposizione sono state gettate le basi per la collaborazione in rete con e tra le organizzazioni degli Stati membri che operano nei settori di competenza dell'Autorità. In base a ciò il consiglio di amministrazione dell'EFSA ha costituito e aggiorna periodicamente un elenco delle organizzazioni competenti che possono assistere l'Autorità nell'adempimento dei suoi compiti, per esempio rispondendo a inviti a presentare proposte. La collaborazione in rete con tali organizzazioni agevola il coordinamento delle attività, lo scambio di informazioni, l'elaborazione e l'esecuzione di progetti scientifici comuni, nonché la condivisione di competenze specifiche e migliori prassi nei settori di competenza dell'Autorità. Si rinvia a E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism*, Roma, 2013, 209, nt. 88, per l'elencazione di alcuni dei 40 organismi che per l'Italia figurano nell'elenco di cui all'art. 36.

Per quanto concerne, invece, il Ministero della Salute, va detto che lo stesso ha subito negli ultimi mesi un'importante opera di riassetto organizzativo della quale in questa sede mette conto, brevemente, di occuparci. Invero, rispetto al precedente d.p.r. n. 108/2011, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 febbraio 2014 n. 59 ha previsto l'eliminazione delle strutture dipartimentali a vantaggio di un'articolazione in dodici direzioni generali coordinate da un segretario generale.

Per quanto concerne la valutazione del rischio e la comunicazione del medesimo, nel mutato contesto organizzativo tali funzioni verranno svolte dalla Direzione generale degli organi collegiali per la tutela della salute la quale è, inoltre, individuata quale «autorità nazionale di riferimento dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare».

A ciò si deve aggiungere la «attività di segreteria» e «altre attività di supporto al funzionamento» del Comitato nazionale per la sicurezza alimentare, il quale, a sua volta, svolge «consulenza tecnico scientifica alle Amministrazioni che si occupano di gestione del rischio in materia di sicurezza alimentare» ed, oltre a ciò, «formula pareri scientifici su richiesta del Comitato strategico di indirizzo», ad esso sovraordinato, «delle Amministrazioni centrali, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano» (art. 2, d.m. 26 luglio 2007, n. 27799)¹⁹.

L'art. 10 del d.p.c.m. in commento conferisce, invece, alla Direzione generale per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione la «*gestione del rischio nel settore di competenza, gestione del sistema di allerta e gestione delle emergenze nel settore della sicurezza degli alimenti e dei mangimi*»²⁰.

Tale direzione costituisce, inoltre, il Punto di contatto nazionale per il Piano Nazionale integrato, coordinando le attività di predisposizione del Piano medesimo

¹⁹ Il d.p.r. 28 marzo 2013, n. 44, ha previsto il ridimensionamento del numero dei componenti (da 18 a 13) del Comitato nazionale per la sicurezza alimentare ed il trasferimento al medesimo delle funzioni esercitate dalla Consulta delle associazioni dei consumatori e dei produttori in materia di sicurezza alimentare, che attualmente costituisce una sua articolazione.

²⁰ Relativamente al sistema di allarme rapido, alle misure urgenti in situazioni di emergenza ed il piano generale di gestione delle crisi si dirà, come detto (nt. 6), *funditus* al paragrafo 2.1. Va, inoltre, evidenziato che la Direzione generale per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione è titolare di compiti ulteriori rispetto a quelli citati nel testo che spaziano dalla «ricerca e sperimentazione nel settore alimentare e relativa attività di promozione» alla «attività operativa nei rapporti con le istituzioni e gli organismi dell'unione europea e internazionali», occupandosi, altresì, della «igiene e sicurezza della produzione e commercializzazione degli alimenti, inclusi i prodotti primari».

e delle relative relazioni annuali²¹. Ai sensi dell'art. 41 del Reg. CE 882/2004, il quale s'inserisce nel c.d. «*pacchetto igiene*»²², oggetto, quest'ultimo, di una recente ed ambiziosa riforma²³, di cui si dirà più avanti²⁴, ogni Stato membro ha il compito di elaborare ai fini della razionalizzazione delle attività di controllo del rispetto delle normative volte a tutelare direttamente il bene salute e i cittadini-consumatori (mediante un'opportuna considerazione dei rischi ed un adeguato coordinamento di tutti i soggetti istituzionali coinvolti) e della promozione di un approccio armonizzato che incoraggi l'adozione di buone pratiche.

Il sistema dei controlli che si viene per tal via a creare concreta un assetto organizzativo che è decentrato e al tempo stesso coordinato. In particolare, l'Unione, in quest'ambito, si riserva un ruolo di «controllore dei controllori»²⁵: autorità nazio-

21 Tale fondamentale ruolo non appare essere stato in alcun modo inciso dal citato D.P.C.M. di riforma dell'organizzazione del Ministero della Salute. Infatti, l'art. 10 menziona «*piano nazionale integrato, piani di controllo della catena alimentare e indirizzi operativi sui controlli all'importazione di alimenti*».

22 Con tale espressione si suole definire un insieme di quattro regolamenti ed una direttiva approvati nel 2004: Reg. n. 852/04 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «*sull'igiene dei prodotti alimentari*»; Reg. n. 853/2004 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, «*che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale*»; Reg. CE 854/04 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 «*che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano*», tutti pubblicati, nella versione rettificata, in G.U.U.E. I. 226 del 25.6.2004; Reg. n. 882/04 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo ai «*controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali*», pubblicato in G.U.U.E. L 191 del 28.5.2004; dir. 2004/41 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 «*che abroga alcune direttive recanti norme sull'igiene dei prodotti alimentari e le disposizioni sanitarie per la produzione e la commercializzazione di determinati prodotti di origine animale destinati al consumo umano*», pubblicata in G.U.U.E. I. 195 del 2.6.2004 ed attuata nel nostro ordinamento con il d. lgs. 6 novembre 2007 n. 193. A questi occorre aggiungere il Reg. CE 183/05 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 gennaio 2005, «*sull'igiene dei mangimi*», pubblicato in G.U.U.E. L 35 dell'8 febbraio 2005, nonché le norme attuative del 2005, pubblicate in G.U.U.E. L 338 del 22.12.2005: Reg. 2073/2005 CE della Commissione del 15 novembre 2005 «*sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari*»; Reg. 2074/2005 CE della Commissione del 5 dicembre 2005 recante modalità di attuazione relative a taluni prodotti di cui al Reg. CE 853/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio e all'organizzazione di controlli ufficiali a norma dei Regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio CE 854/2004 e CE 882/2004, deroga al Reg. CE 852/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio e modifica dei Regolamenti CE 853/2004 e CE 854/2004; Reg. 2076/2005 CE della Commissione del 5 dicembre 2005, «*che fissa disposizioni transitorie per l'attuazione dei Regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio (CE) n. 853/2004, (CE) n. 854/2004 e (CE) n. 882/2004 e che modifica i Regolamenti (CE) n. 853/2004 e (CE) n. 854/2004*». Le norme citate sono state poi affiancate da una serie di «linee guida» elaborate dalla Commissione europea e relative ai diversi profili applicativi ed interpretativi della complessa normativa pubblicata. Si veda sul punto l'interessante contributo di V. RUBINO, *Riforma comunitaria del controllo ufficiale sugli alimenti ed adattamento della normativa italiana. Problemi vecchi e nuovi di dialogo fra ordinamenti*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2009, 1 ss.

23 In particolare, il 6 maggio 2013, la Commissione europea ha adottato il pacchetto: *Smarter rules for safer foods*. Si tratta di una riforma «dal seme alla tavola» volta a rafforzare l'applicazione delle norme in tema di salute e sicurezza lungo tutta la catena agroalimentare. Tale pacchetto, che si basa sulla semplificazione burocratica a vantaggio soprattutto delle PMI e microimprese e sull'inasprimento dei controlli da parte degli Stati membri, se approvato dal Parlamento e dal Consiglio potrà entrare in vigore nel 2016.

24 M.C. SOLE, *Inquadramento del sistema*, in questo Rapporto.

25 E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare, Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 213.

nali e privati svolgono attività di vigilanza; agli organi europei spettano poteri regolatori, di indirizzo e di controllo finale²⁶.

In particolare, le materie di interesse del PNI (alimenti, mangimi, salute e benessere degli animali, sanità delle piante) e quelle ad esse strettamente correlate (ad esempio, i fattori ambientali) ricadono nelle competenze di diverse autorità ed amministrazioni, sia a livello centrale che regionale e locale, la gran parte delle quali facenti parte del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)²⁷.

Come risulta dal PNI 2011-2014²⁸, tali autorità possono essere così suddivise:

- Autorità centrali, ossia (oltre al Ministero della Salute) il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali - Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), e il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare;
- Autorità Regionali, quali le Agenzie Regionali per la Protezione Ambientale (ARPA), i Servizi fitosanitari regionali (SFR), i Laboratori di Sanità Pubblica (LSP);
- Forze di Polizia e altre Istituzioni, quali Carabinieri, Corpo forestale dello Stato, Guardia di Finanza, Capitanerie di Porto, Agenzia delle dogane.

In questo intreccio di soggetti e competenze²⁹, si inseriscono anche i Laboratori nazionali di riferimento (LNR) per alimenti, mangimi e sanità animale, designati dalle Autorità centrali conformemente all'art. 33 Reg. CE 882/2004. E a riprova delle po-

26 Cfr. sul punto l'art. 45, Reg. 882/2004.

27 Come noto, in base al principio di sussidiarietà costituzionale, il SSN è articolato secondo diversi livelli di responsabilità e di governo (centrale e regionale): in particolare, quelli inerenti il Piano Nazionale Integrato, sono: il Ministero della Salute (organo centrale); l'Istituto Superiore di Sanità e gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali (enti e organi di livello nazionale); le Regioni e Province autonome, le Aziende Sanitarie Locali (enti e organi territoriali).

28 Reperibile sul sito:<http://www.salute.gov.it/pianoNazionaleIntegrato/paginaInternaMenuPianoNazionaleIntegrato.jsp?id=1990&lingua=italiano&menu=capitolo2>.

29 In relazione agli ambiti di competenza di ciascuna amministrazione, come specificato sul sito del Ministero della Salute (http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=1142&area=sicurezzaAlimentare&menu=piani), al Ministero della Salute sono affidate prevalentemente le funzioni di programmazione, indirizzo e coordinamento. Il Ministero opera, come detto, a livello centrale, con la Direzione Generale per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione e, a livello territoriale, con i propri Uffici periferici, ovvero gli Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (USMAF), e gli Uffici Veterinari Periferici, che comprendono i Posti di Ispezione Frontaliera (PIF) e gli Uffici Veterinari per gli Adempimenti Comunitari (UVAC). Con competenza su tutto il territorio nazionale e con strutture articolate anche a livello periferico, opera il Comando Carabinieri per la Tutela della Salute attraverso i Nuclei Antisofisticazione e Sanità (NAS), soprattutto nell'ambito della repressione e della prevenzione. A livello regionale, il coordinamento è affidato agli Assessorati alla sanità, mentre le funzioni di controllo sulle attività di produzione, commercio e somministrazione degli alimenti e delle bevande.

tenziali sovrapposizioni che potrebbero determinarsi tra i vari soggetti coinvolti³⁰, il PNI specifica che nell'individuazione di tali LNR si deve tener conto, in considerazione delle analogie funzionali e della corrispondenza delle aree tematiche, della presenza di eventuali Centri di Riferenza Nazionale (CRN), localizzati presso gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali.

Tale controllo ufficiale ha, in generale³¹, la finalità di verificare e garantire la conformità dei prodotti alimentari alle disposizioni dirette a prevenire i rischi per la salute pubblica e a proteggere gli interessi dei consumatori (oltre che ad assicurare la lealtà delle transazioni).

Pertanto, esso riguarda sia i prodotti italiani o di altra provenienza destinati ad essere commercializzati nel territorio nazionale, sia quelli destinati ad essere spediti in un altro Stato dell'Unione o esportati in uno Stato terzo.

Accanto a queste fondamentali funzioni di controllo ufficiale sui prodotti alimentari, un ruolo di non poco momento deve essere riconosciuto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'attività di tale Autorità indipendente si articola essenzialmente sotto, almeno, due profili, cui in questa sede si accenna solamente. In primo luogo, essa vigila sulla concorrenza e sulle pratiche commerciali scorrette.

La fonte normativa di riferimento nella materia *de qua* è costituita non solo dal d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. «Codice del consumo», così come modificato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 di attuazione della direttiva CE n. 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, ma anche per quanto concerne le «*relazioni commerciali*» tra «*operatori economici*» in materia di «*cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari*», escluse quelle con i consumatori finali, dal recente art. 62, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo

30 «Al fine di assicurare l'esercizio unitario dell'attività ispettiva nei confronti delle imprese agricole e l'uniformità di comportamento degli organi di vigilanza, nonché di garantire il regolare esercizio dell'attività imprenditoriale nell'ambito dei controlli sulle imprese agricole», evitando, in definitiva, il rischio di «sovrapposizioni» e «duplicazioni», l'art. 1, co. 1, del d.l. 24 giugno 2014 n. 91 dispone che i detti controlli «siano effettuati dagli organi di vigilanza in modo coordinato, tenuto conto del piano nazionale integrato di cui all'articolo 41 del regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, e delle Linee guida adottate ai sensi dell'articolo 14, comma 5, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35» e, a tale scopo, ha previsto, al co. 2, l'istituzione di un «il registro unico dei controlli ispettivi sulle imprese agricole».

31 Per un'analisi dettagliata dell'oggetto dell'attività di controllo si rinvia a M.C. SOLE, *I controlli secondo il Piano nazionale integrato*, in questo Rapporto.

2012, n. 27.

L'ulteriore profilo sul quale si registrano un gran numero di decisioni dell'AGCM, concerne i profili della trasparenza e della correttezza delle informazioni, settore, quest'ultimo, fortemente inciso dal Regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, n. 1924 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (il c.d. Regolamento *Claims*).

2. APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO ALIMENTARE DELL'UNIONE EUROPEA

2.1. Le più recenti problematiche in materia di sicurezza alimentare: botulismo alimentare, allergeni alimentari ed Ogm

L'indagine relativa all'applicazione diretta del diritto alimentare dell'Unione europea nell'ordinamento nazionale presenta svariate difficoltà. Come detto più ampiamente nel primo paragrafo, la materia che in questa sede ci occupa vede, infatti, una pluralità di ambiti nei quali la legislazione europea è destinata ad incidere ed una pluralità di soggetti deputati ad applicarla, ciascuno con compiti e funzioni distinte, ma altresì interconnesse.

Nel corso di questi anni diverse emergenze hanno contrassegnato il settore agro-alimentare e nella maggior parte dei casi la soluzione delle medesime è stata resa possibile grazie al buon funzionamento del sistema di allerta rapido³², vale a dire

32 Una conclusione conforme a quella del testo si ritrova, altresì, in L. PETRELLI, *Il sistema di allarme rapido per gli alimenti ed i mangimi*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2010, 24 ss. In particolare, il Sistema di allerta rapido (RASFF), che coinvolge, per l'Italia, i soggetti di cui si è detto nel primo paragrafo, l'EFSA, la Commissione europea e gli altri Stati membri trova il suo fondamento giuridico nella dir. 92/59/CEE del consiglio europeo recepita col d. lgs. 115/95, relativa alla sicurezza generale dei prodotti e nel Reg. CE 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, più volte citato. In particolare, la valutazione dei dati (cfr. par. 1) può consentire di individuare e definire situazioni di rischio che necessitano di intervento.

Secondo la gravità e l'estensione del rischio riscontrato, il capo IV del regolamento da ultimo citato prevede tre differenti procedure di intervento a tutela della sicurezza alimentare. Il sistema di allarme rapido, in primo luogo, prevede una vera e propria rete» per la notificazione delle nuove informazioni relative ai rischi dovuti agli alimenti o mangimi. Ogni nodo (Stato membro) è obbligato a notificare alla Commissione, quale «nodo centrale», ogni nuova informazione venuta in suo possesso. I riceventi l'informazione, diffusa dalla Commissione ed, eventualmente, accompagnata dai dati tecnici e scientifici predisposti dall'Autorità, interessati dalla situazione di rischio adottano le misure adeguate a prevenire e limitare l'esposizione dei propri cittadini, secondo le indicazioni della Commissione e le pratiche adottate dal primo notificante. Nel caso in cui, però, il rischio collegato ad un alimento o mangime risulti «manifesto» e non adeguatamente gestibile mediante misure adottate autonomamente dai singoli Stati membri, è la Commissione che interviene immediatamente con «misure urgenti» di gestione delle situazioni di emergenza.

proprio quella rete coordinata di soggetti che, per effetto dei dati raccolti, a loro volta pervenuti a seguito dei controlli effettuati, sono deputati prima alla valutazione del rischio e poi, qualora emerga una situazione di pericolo, alla gestione del medesimo.

Va, comunque, evidenziato che, a fronte delle incertezze interpretative riscontrabili a livello di rimedi nell'ipotesi di violazione delle regole di informazione e di danno da consumo di alimenti³³, l'ulteriore sforzo che si dovrebbe tentare di porre in essere consiste nel consolidare un diverso approccio da parte del *lawmaker*.

Emerge, infatti, e gli esempi che si porteranno di qui ad un istante probabilmente militano in tal senso, la necessità di un potenziamento degli strumenti *ex ante* di tutela per il tramite di una maggiore attenzione alla comunicazione dei rischi attraverso l'utilizzo di sempre più puntuali indicazioni in etichetta, un maggior coinvolgimento degli stessi consumatori e soprattutto dei produttori dei beni di consumo.

D'altronde, però, come detto, sono tante e di facile percezione le difficoltà che si incontrano in un'attività di siffatto tipo. Infatti, le fonti di rischio ormai non sono più rappresentate soltanto da quelle biologiche, chimiche e fisiche, ma, soprattutto per quel che riguarda più da vicino il nostro Paese, dalle contraffazioni, dalle usurpazioni dei marchi, dell'origine italiana dei prodotti e di tutta la qualità che la nostra tradizione enogastronomica rappresenta.

In primo luogo, come si accennava dianzi, occorre che, mutuando una felice espressione, nella «*società del rischio*»³⁴, la valutazione, la comunicazione ed eventualmente la gestione dello stesso non sia affidata esclusivamente ai soggetti di cui si è detto nel paragrafo che precede.

Anzitutto, la sicurezza alimentare, intesa in termini di sicurezza igienico-sanitaria, deve passare attraverso l'autocontrollo, vale a dire l'obbligo di tenuta sotto controllo delle proprie produzioni, che è obbligatorio per tutti gli operatori che a qualunque livello siano coinvolti nella filiera della produzione alimentare, mentre per gli

Infine, in situazioni di estrema gravità ed urgenza, le medesime misure possono essere assunte dai singoli Stati in attesa dell'intervento generale della Commissione, le cui decisioni, poi, sostituiscono le misure assunte dai primi con validità estesa a tutto il territorio dell'Unione.

³³ Cfr. sul punto F. TRUBIANI, *Violazione delle regole di informazione e rimedi nella vendita di alimenti*, ed ID., *Il danno da consumo di alimenti*, in questo Rapporto.

³⁴ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

operatori del settore post primario è obbligatoria, in particolare, l'adozione di un sistema che consenta di applicare l'autocontrollo in maniera razionale ed organizzata³⁵ (c.d. *risk assessment*) nell'ottica di un vero e proprio «governo del rischio» (c.d. *risk management*)³⁶.

Più nel dettaglio, si pensi, nell'ambito delle fonti di rischio di tipo biologico, agli allergeni alimentari. I produttori, per prevenire i rischi connessi a tali sostanze devono non solo adottare sistemi di autocontrollo che consentano di evitare la contaminazione crociata tra ingredienti/alimenti notoriamente allergenici e ingredienti/alimenti non allergenici, ma soprattutto adempiere agli obblighi informativi legislativamente previsti³⁷.

Analogamente, poi, la prevenzione rispetto ai rischi di tipo chimico connessi al *food packaging* o, più in generale ai materiali a contatto con gli alimenti, oggetto di una disciplina normativa non uniforme a livello europeo per quelli a base di carta, deve caratterizzarsi, come, d'altronde già si sta facendo in questo settore con l'adozione di una normazione volontaria, per l'elaborazione e l'adozione di sistemi sicuri per garantire la sicurezza dei prodotti forniti.

Inoltre, come già si legge nel Libro bianco sulla sicurezza alimentare del 2000³⁸,

35 Si tratta dell'elaborazione di piani HACCP (*Hazard analysis and critical control points*). In tale ambito, la prima codificazione normativa in Europa risale al 1993 con la dir. 43/93/CEE (recepita in Italia con il d. lgs 26 maggio 1997 n. 155, ora abrogato). Questa normativa è stata sostituita dal d. lgs. 6 novembre 2007, n. 193, che ha recepito sul punto il c.d. *Pacchetto igiene* (cfr. sul punto par. 1, nt. 22).

36 Da segnalare sull'argomento L. CORNACCHIA, *Posizioni di garanzia nell'ambito della sicurezza agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 2013, 3713. Si veda, pure, sul tema della responsabilità sociale di impresa E. BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese tra autonomia e autorità privata*, in *Danno resp.*, 2013, 809 ss.

37 In particolare, l'etichettatura è essenziale per venire incontro ai consumatori affetti da allergie o intolleranze, fornendo loro informazioni circa la composizione dei prodotti alimentari. Anche se molti alimenti o gruppi di alimenti possono innescare una reazione allergica, solo 14 sostanze o prodotti necessitano di un'etichettatura specifica degli allergeni ai sensi della legislazione dell'UE (direttiva CE n. 2000/13, Allegato IIIa, e successive modifiche) applicabile fino al 13 dicembre 2014 e del Reg. UE 1169/2011, che si applica dopo tale data. Infatti, il 13 dicembre 2014 entreranno in vigore nuove norme riguardanti l'etichettatura degli allergeni. Innanzitutto, la denominazione dell'allergene dovrà essere chiaramente distinta dagli altri ingredienti presenti sull'etichetta dei prodotti alimentari preconfezionati, ad esempio mediante il carattere, lo stile o il colore. Si dovranno, quindi, fornire informazioni sugli allergeni per gli alimenti non preconfezionati (alimenti venduti sfusi nei ristoranti, dai banchi e chioschi gastronomici, cibo da asporto, etc.). La legislazione non pone obblighi dal punto di vista della quantità di informazioni da fornire per gli alimenti non preconfezionati, ma dispone semplicemente che i diritti nazionali stabiliranno requisiti precisi. Invero, è importante sottolineare che proprio gli operatori del comparto ricorrono talvolta a formule cautelative come «*potrebbe contenere*» oppure «*preparato in uno stabilimento che utilizza*» quando ritengono che alcuni allergeni potrebbero essere presenti in quantità tali da comportare un rischio, indipendentemente dalla loro volontà. Naturalmente, però, l'etichettatura cautelativa non può sostituire il sistema di gestione di cui si è detto nel testo. Infine, per una più approfondita disamina del ruolo «informativo» dell'etichettatura si veda M.C. SOLE, *Il consumer empowerment e l'etichettatura*, in questo Rapporto.

38 Par. 1, nt. 4.

anche i consumatori devono rendersi conto che sono responsabili dell'adeguata conservazione, manipolazione e cottura degli alimenti.

Infatti, la corretta conservazione degli alimenti e, soprattutto, la corretta preparazione delle conserve alimentari è indispensabile per i casi di tossinfezione in generale, e del botulismo in particolare.

Si comprende agevolmente, però, che in quest'ambito non si può parlare propriamente di una normativa che consenta la prevenzione dei rischi collegati all'ingestione dell'alimento infetto, ma di buone prassi che, condivisibilmente, l'Istituto Superiore di Sanità³⁹, ha «codificato» nelle recentissime *«Linee guida per la corretta preparazione delle conserve alimentari in ambito domestico»*⁴⁰.

Fino a questo punto si è trattato di ipotesi nelle quali la valutazione del rischio e la conseguente, eventuale, gestione del medesimo si basa sugli elementi scientifici a disposizione, ma non è difficile prevedere delle ipotesi nelle quali possono mancare elementi scientificamente certi e definitivi per impedire la circolazione di alimenti colpiti da dubbi o sospetti di non innocuità.

In questi casi, evidentemente, quel quadro, sopra delineato, apparentemente armonico entra, per dir così, in crisi a fronte dei contrapposti interessi, da un lato, dei consumatori e, dall'altro, degli operatori interessati alla libera circolazione degli alimenti.

Il terreno sul quale queste istanze, tra loro, eterogenee hanno trovato un difficile punto di equilibrio è quello, soprattutto delle fonti di tipo biologico, in particolare degli Organismi geneticamente modificati (di seguito, anche, OGM o prodotti GM)⁴¹. Come è, d'altronde, noto, il dibattito ad essi relativi concerne svariati profili (etici, economici, sociali) e, ai nostri fini, quelli più direttamente connessi alla sicurezza alimentare.

Infatti, se è vero che tale tecnologia presenta interessanti potenzialità dal punto di

³⁹ In particolare, si tratta di indicazioni elaborate dal Centro nazionale di riferimento per il botulismo, istituito presso il Dipartimento di Sanità Pubblica Veterinaria e Sicurezza Alimentare (DSPVSA) dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS), di cui si è detto nel precedente paragrafo, in collaborazione con il Ministero della Salute, l'Università di Teramo e il Centro Antiveneni di Pavia.

⁴⁰ Consultabili al seguente indirizzo http://www.iss.it/binary/spva4/cont/linee_guida_conserve_botulismo_def.pdf.

⁴¹ La normativa europea definisce come OGM «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale».

vista dell'arricchimento nutrizionale degli alimenti⁴², non sono ancora ben chiari i rischi connessi al loro utilizzo.

Donde, l'atteggiamento delle istituzioni europee e, soprattutto, nazionali⁴³ ispirato al principio di precauzione⁴⁴. Tale principio costituisce, ancor oggi, il punto di congiunzione, al quale più innanzi si accennava, delle istanze nazionali, europee e extraeuropee (in particolare, gli Stati Uniti).

Basti un esempio, sul piano della gestione dei rischi connessi all'utilizzo di OGM⁴⁵, per comprenderne la concreta applicazione. In virtù del principio suddetto, infatti, in un recente caso sottoposto alla nostra giurisprudenza amministrativa⁴⁶, è stata

42 Si veda ad esempio il caso del *Golden Rice*, un riso arricchito in pro-vitamina A che dovrebbe aiutare a combattere la carenza di vitamina A nei paesi in via di sviluppo. In generale, circa i più recenti sviluppi del dibattito sul tema si veda il contributo di F. ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. inter.*, 2014, 339 ss.

43 Le prime norme europee in tema di OGM risalgono al 1990, sei anni prima dell'inizio della loro commercializzazione su larga scala. La dir. 90/220/CEE aveva come obiettivo quello di dettare la disciplina relativa all'immissione nell'ambiente e la sicurezza d'uso degli OGM. A completamento della dir. 90/220 era stato sviluppato anche il regolamento attuativo 258/1997/CEE (*Novel food*) rivolto ai nuovi prodotti e ingredienti alimentari che, pur essendo prodotti derivati da OGM, non contengono OGM. Questo impianto normativo di apertura alla sperimentazione e all'utilizzo degli OGM in Europa, si è scontrato con la crescente impopolarità di questi prodotti. Tra il 1997 e il 2000 diversi Stati membri, tra cui l'Italia, si sono appellati alla «clausola di salvaguardia», prevista nelle normative, per bloccare l'ingresso sul proprio territorio di specifici OGM, anche se già approvati.

44 Il Reg. n. 178/2002 così dispone all'art. 7: «*Qualora in circostanze specifiche a seguito delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio*». Dunque, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giust., sez. II, 29 settembre 2010, n. 77), l'applicazione corretta del principio di precauzione presuppone, in primo luogo, l'individuazione delle conseguenze potenzialmente negative per la salute derivanti dall'uso della sostanza attiva in questione, nonché la valutazione complessiva del rischio per la salute basata sui dati scientifici disponibili più affidabili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale. Inoltre, a mente del secondo paragrafo della disposizione richiamata le misure adottate sulla base del principio di precauzione devono essere «*proporzionate e necessarie*». Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo «*ragionevole*» a seconda della «*natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente*».

Di particolare pregio scientifico è la ricostruzione di tale principio in L. COSTATO e S. RIZZIOI, voce *Sicurezza alimentare*, in *Digesto civ.*, V, Padova, 2011, 929 ss. Si vedano, altresì, F. BRUNO, *Principio di precauzione e organismi geneticamente modificati*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, 223 ss.; I. CANFORA, *La procedura per l'immissione in commercio di ogm e il principio di precauzione*, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2001, 370 ss.

45 Dal punto di vista dei controlli, particolarmente rassicuranti sono le conclusioni alle quali è pervenuta la Relazione Piano nazionale OGM 2013 (disponibile al seguente indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_2169_allegato.pdf). Infatti, i risultati complessivi ottenuti per il 2013 confermano che «*sul mercato italiano sostanzialmente i prodotti alimentari hanno rispettato i requisiti d'etichettatura previsti dalla normativa vigente, assicurando in tal modo una corretta informazione al consumatore. La presenza di OGM, autorizzati e non, negli alimenti in Italia è decisamente limitata ed a concentrazioni estremamente basse, ed i controlli alla frontiera contribuiscono a mantenere tale risultato*».

46 Secondo il TAR Lazio, 23 aprile 2014, n. 4410, uno Stato membro può adottare misure di emergenza ex art. 34, Reg. n. 1829/2003, di cui *infra*, che vietino la commercializzazione di un OGM, sebbene autorizzato a livello

affermata la legittimità del decreto interministeriale con il quale era stata negata la possibilità ad un produttore del settore maidicolo di utilizzare un tipo di mais geneticamente modificato.

Va aggiunto, tuttavia, che si tratta di una conclusione che è figlia dell'attuale quadro normativo europeo⁴⁷ e nazionale⁴⁸ che, con buona approssimazione, sarà fortemente inciso dal progetto di direttiva, attualmente in discussione⁴⁹, che rimette la valutazione del rischio sulla salute a ciascuno Stato membro, il quale potrà, conformemente alle proprie scelte in materia di *food safety*, decidere di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul proprio territorio.

2.2. Segue. Le indicazioni geografiche e la tutela del consumatore

Fino a questo punto si è trattato di esemplificare attraverso l'esame di una serie di

europeo, anche quando l'EFSA abbia mutato il suo originario parere positivo e la Commissione Europea non abbia ancora modificato o sospeso l'autorizzazione. Il TAR conclude nel senso che la situazione di emergenza ed il sotteso principio di precauzione, che legittimano gli stati membri a discostarsi dal regime autorizzatorio europeo, sono rispettati anche quando la deroga statutale sia adottata a seguito di una situazione di stallo procedurale a livello europeo, che impedisca un rapido adeguamento del regime di commercializzazione alle più recenti conclusioni dell'EFSA.

47 La dir. 2001/18/CE, a superamento della 90/220/CEE, fissa i punti basilari per l'immissione di nuovi OGM nell'ambiente e sul mercato, i Regolamenti n. 1829 e n. 1830 del 2003, invece, disciplinano l'autorizzazione e l'etichettatura/tracciabilità degli alimenti e dei mangimi costituiti o derivati da OGM, fissando la soglia di presenza accidentale di materiale geneticamente modificato in prodotti non OGM allo 0,9%, e la Racc. n. 556 del 2003, infine, indica i criteri di fondo per la coesistenza tra colture GM e convenzionali, con i quali le norme nazionali e regionali dovrebbero armonizzarsi (tale dispositivo è stato sostituito nel luglio 2010 da una nuova raccomandazione che ha integrato anche alcuni aspetti di natura socio-economica). Per un approfondimento relativo alla regolamentazione dell'Unione europea in materia si veda F. ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, cit.

48 A livello nazionale, a seguito della censura mossa al d. lgs. n. 212/2001 dalla Corte di Giustizia (sent. del 6 settembre 2012) con riguardo alla procedura nazionale di autorizzazione alla coltivazione di sementi geneticamente modificati, l'attuale paradigma normativo è costituito dal d.l. 279/2004, convertito in l. 5/2005, con il quale sono stati introdotti due principi fondamentali: *"la coesistenza della colture tramite la separazione delle filiere, prevedendosi a tal fine dei piani di coesistenza da adottarsi con decreto ministeriale di intesa con le Regioni e le Province Autonome"* e *"la libertà di scelta del consumatore circa il tipo di prodotto da usare (biologico, convenzionale o transgenico)"*. La Corte Costituzionale, da parte sua, con sent. 116/2006 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 3, 4 e 6, comma 1 e 7, del d.l. 279/2004 sul presupposto che la disciplina della coesistenza delle colture è di competenza esclusiva delle Regioni e delle Province Autonome in quanto spetta a queste ultime l'esercizio del potere legislativo per disciplinare le modalità di applicazione del principio di coesistenza nei diversi territori regionali, notoriamente molto differenziati dal punto di vista morfologico e produttivo.

49 Il 12 giugno 2014 il Consiglio europeo dei Ministri dell'ambiente hanno raggiunto un Accordo politico relativo al progetto di direttiva sugli OGM, che consentirà agli Stati membri di invocare svariati motivi (ragioni socioeconomiche, la destinazione dei suoli, l'assetto territoriale, obiettivi della politica agricola e questioni di ordine pubblico) per vietare o limitare gli OGM, fermo restando, però, che la Commissione europea approvi la coltivazione della varietà di GM.

fonti di rischio l'atteggiamento del legislatore, nazionale e dell'Unione europea, il quale appare volto al consolidamento della tutela *ex ante* del consumatore, soprattutto attraverso, come si è detto, il coinvolgimento del consumatore medesimo e dei produttori.

Esiste, poi, un ambito nel quale l'oggetto della tutela non è rappresentato unicamente dalla sicurezza alimentare, intesa quale sicurezza igienico - sanitaria, bensì dall'affidamento che il consumatore ripone nella qualità del prodotto alimentare. In particolare, con riguardo a quest'ultimo aspetto è possibile enucleare una reciproca, e talvolta conflittuale⁵⁰, influenza tra i formanti del diritto nazionale ed europeo che nelle pagine che seguono si tenterà di sintetizzare.

Nel Libro verde sulla qualità dei prodotti agricoli la Commissione offre, innanzitutto, una definizione di qualità che coincide con il soddisfacimento delle aspettative dei consumatori, precisando poi che «*riferite ai prodotti agricoli, le qualità di cui si parla nel presente Libro verde sono le caratteristiche del prodotto, quali i metodi di produzione utilizzati o il luogo di produzione, che il produttore desidera far conoscere e che il consumatore vuole conoscere*»⁵¹. Ebbene, quando le qualità sono dovute, esclusivamente o essenzialmente, all'ambiente geografico comprendente i fattori naturali e i fattori umani (c.d. *milieu géographique*)⁵², vale a dire si connotano per la «tipicità», che è espressione, appunto, del collegamento del prodotto con un determinato territorio, spazialmente delimitato⁵³, emerge, come detto, un'esigenza di tutela dell'affidamento dei consumatori a che quel prodotto presenti le dette

50 Notissimo è il caso legato alla normativa in tema di olio d'oliva: la Commissione avviò una procedura d'infrazione contro l'Italia a seguito dell'entrata in vigore della l. 313/1998 («*Disposizioni per l'etichettatura d'origine dell'olio extravergine di oliva, dell'olio d'oliva vergine e dell'olio d'oliva*»), che disponeva come l'olio extravergine d'oliva, l'olio di oliva vergine e l'olio d'oliva potessero essere venduti o comunque messi in commercio sia sfusi sia condizionati con le diciture «*prodotto in Italia*», «*fabbricato in Italia*», *made in Italy* relative all'origine italiana del prodotto, solo se l'intero ciclo di raccolta, produzione, lavorazione e condizionamento si fosse svolto nel territorio nazionale. Attualmente, tuttavia, il Reg. CE 1019/2002 sembra aver posto fine alla disputa disponendo che «*la designazione d'origine per gli oli che non beneficiano di una DOP o IGP corrisponde alla zona geografica nella quale le olive sono state raccolte e in cui è situato il frantoio nel quale è estratto l'olio*».

Per una ricostruzione complessiva della *querelle* si vedano, tra gli altri, A. SIROTTI GAUDENZI (diretto da), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, I, 2008, 282 ss. e P.G. MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, V, 2012, 221 ss.

51 Libro verde sulla qualità dei prodotti agricoli: norme di prodotto, requisiti di produzione e sistemi di qualità, Commissione delle Comunità europee, 15-10-2008, COM (2008) 641 definitivo.

52 Per la nozione di «*milieu*» si rinvia a A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, VII ed., Milano, 361 ss.

53 E. LOFFREDO, *Profili giuridici della tutela delle produzioni tipiche*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 139 ss.

caratteristiche.

Sebbene le radici dell'uso di indicazioni che indichino la provenienza geografica si possano datare alle prime civiltà che facevano uso della scrittura⁵⁴, è soltanto a partire dal XIX secolo che vengono poste le prime norme a tutela dell'origine geografica dei prodotti⁵⁵.

Concentrando specificamente la nostra attenzione sulla normativa europea e nazionale, è il Reg. 2081/1992⁵⁶ che introduce un sistema basato sulla registrazione dei nomi geografici che si intendono tutelare. In particolare, tale Regolamento è stato sostituito dal Reg. CE 510/06, mentre il Reg. UE 1151/2012 ha, tra l'altro, innovato alcuni aspetti della disciplina dei controlli dei quali più innanzi si dirà diffusamente.

Innanzitutto, a seconda dell'intensità del legame che il prodotto deve avere con il territorio possiamo distinguere tra le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche⁵⁷.

54 Ad esempio, ai tempi dell'antico Egitto i produttori di mattoni e gli intagliatori di pietre usavano geroglifici rappresentanti indicazioni geografiche per definire e comunicare il luogo d'origine e (così) la qualità del prodotto contrassegnato (specialmente la resistenza): in questo modo sono incise molte delle pietre utilizzate per costruire le piramidi. Per una completa ricostruzione delle «finalità e interessi protetti» si rinvia a A. MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 215 ss.

55 Infatti, la prima delle norme tuttora in vigore in argomento sembra sia l'art. 10 della Convenzione d'Unione di Parigi per la tutela della proprietà industriale, presente già nella redazione del 1883 della Convenzione stessa.

56 Invero, la tutela dei vini di qualità ha seguito a livello nazionale ed europeo un *iter* normativo differente: i primi interventi organici in tal senso si hanno con la l. 1164/1930, per poi giungere al più recente intervento del legislatore italiano, il quale, nell'aprile 2010, ha emanato il d. lgs. n. 61/2010. Con quest'ultimo intervento si è aggiornata la normativa italiana alla luce delle nuove disposizioni europee emanate nel 2008 con il Reg. 479, poi confluite nel Reg. 1234/2007, agli artt. 118 bis ss. In particolare, giova ricordare che ai sensi del citato d. lgs. del 2010 le DO europee dei vini sono classificate in Italia come DOC (Denominazione d'Origine Controllata) o DOCG (Denominazione d'Origine Controllata e Garantita).

57 Ai sensi dell'art. 2, co. 1, Reg. CE 06/510 per *denominazione d'origine* («DOP») s'intende «il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare: originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese, la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico, inclusi i fattori umani e naturali, e la cui produzione, trasformazione e elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata»; mentre per *indicazione geografica* («IGP») s'intende «il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare: come originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e del quale una determinata qualità, la reputazione o altre caratteristiche possono essere attribuite a tale origine geografica e la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata». In particolare, spesso si assiste all'errata sovrapposizione tra marchio e indicazione di provenienza. La Suprema Corte di Cassazione (Cass., 28 novembre 1996, n. 10587), nel riformare una pronuncia assai confusa sul punto, ha chiarito che «la denominazione d'origine è lo strumento che identifica la provenienza di un prodotto, chiunque lo immetta nel mercato, da un luogo preciso. La ragione della protezione è nel fatto che il prodotto trae da tale origine un particolare carattere, oggettivamente ravvisato nel complessivo ambiente, naturale ed umano, di produzione. Il marchio, invece, per definizione identifica nel mercato uno specifico prodotto come proveniente da uno specifico produttore, quale che sia la sua origine geografica».

Il binomio denominazione d'origine/indicazione geografica è stato introdotto per la prima volta anche a livello domestico nel codice della proprietà industriale con gli artt. 29 e 30⁵⁸, del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (in conformità alla disciplina europea), con la particolarità, però, di non prevedere una diversa intensità del collegamento tra prodotto e luogo geografico.

Uno dei caratteri precipui dei «marchi» geografici consiste proprio nella circostanza che una volta ottenuta la registrazione⁵⁹, tutti i produttori che rispettino il disciplinare di produzione relativo a quel prodotto possono fregiarsi della DO o della IG. Ruolo centrale assume quindi il sistema dei controlli.

Se, infatti, la possibilità di utilizzare una DO o IG è legata unicamente al rispetto del disciplinare, diviene necessario creare un sistema di vigilanza che assicuri che i singoli rispettino tale documento. Si tratta di un passaggio fondamentale perché a tutela dei consumatori ad essere informati in modo corretto circa le caratteristiche del prodotto (di qualità) che vanno acquistando.

Il Reg. 510/2006 distingue in realtà due tipi di controlli: il primo prende in considerazione i controlli per così dire di carattere generale che, per l'Italia, sono affidati al Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali - Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari⁶⁰; il secondo tipo di controlli è focalizzato su un aspetto specifico: la verifica

Vi sono, infine, le *Specialità Tradizionali Garantite* («STG»), vale a dire prodotti agricoli o alimentari tradizionali «la cui specificità è riconosciuta dalla Comunità attraverso la registrazione». La disciplina ad esse relativa è stata definita (F. CAPELLI, *Il Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro - alimentari: luci ed ombre*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2014, 55 ss.) un «fiasco clamoroso» a cagione del loro limitatissimo utilizzo.

58 Tali disposizioni sono state oggetto di una recente modifica legislativa apportata dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, la quale consente una tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche contro ipotesi di «sfruttamento indebito» della loro reputazione, vale a dire tutti quei casi di «parassitismo» in cui un soggetto si avvantaggi della reputazione della zona tipica per condizionare le scelte d'acquisto dei consumatori ed indurli a comprare il suo prodotto. Per un commento alla riforma si veda N. BOTTERO, *La riforma del codice della proprietà industriale*, Milano, 2011, 59 ss.

59 La registrazione di una DO o IG trova compimento mediante un doppio passaggio: il primo opera a livello di Stati membri, il secondo opera a livello europeo. Per un esame analitico delle due fasi si rinvia a M. FERRARI, voce *Denominazioni di origine e prodotti agricoli*, in *Digesto civ.*, Padova, VII agg., 2011, 286 ss. ed, altresì, M. CONTICELLI, *Il procedimento europeo di registrazione delle denominazioni d'origine protetta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 317 ss.

60 L'Ispettorato si articola, a livello di amministrazione centrale, in due uffici di livello dirigenziale generale, con le denominazioni e le attribuzioni di seguito indicate e, a livello territoriale, in 12 uffici e 4 laboratori di livello dirigenziale non generale: VICO - Direzione generale per il riconoscimento degli organismi di controllo e certificazione e tutela del consumatore; PREF - Direzione generale della prevenzione e del contrasto alle frodi agroalimentari; ICQRF - Uffici Periferici; ICQRF - Laboratori.

del rispetto del disciplinare.

Questa forma di controllo deve essere svolta prima che il prodotto venga immesso sul mercato dalle autorità competenti a svolgere i controlli generali, di cui sopra, e gli organismi di controllo, pubblici e privati, accreditati⁶¹, che fungono da organismi di certificazione dei prodotti.

Per quanto concerne l'oggetto della tutela, la disciplina contenuta negli artt. 29 e 30 c.p.i. è piuttosto scarna ed approssimativa, specie se parametrata con la ben più articolata normativa europea.

Infatti, l'art. 30 si limita a vietare l'uso di DO e IG che siano in grado di trarre in inganno il pubblico relativamente al vero luogo di origine o alle qualità del medesimo⁶². Più dettagliata e completa sul punto è la disciplina dettata a livello europeo, per cui pare necessaria una rilettura che integri la disciplina domestica con le disposizioni contenute nel Reg. n. 510/2006 e da ultimo nel citato Reg. 1151/2012.

L'art. 13 del Reg. 1151/2012 contempla, tra le condotte «parassitarie» nell'utilizzo dei toponimi geografici, *«qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o sull'imballaggio, nel materiale pubblicitario o sui documenti relativi al prodotto considerato nonché l'impiego, per il confezionamento, di recipienti che possano indurre in errore sulla sua origine»* e *«qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine dei prodotti»*.

Quest'ultima previsione costituisce, evidentemente, una clausola aperta che consente di reprimere quelle condotte che, seppur non contemplate, paiono tuttavia in grado di compromettere la protezione delle DO e IG registrate.

61 È disponibile al sito <http://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/6727> l'elenco completo delle strutture di controllo sulle produzioni DOP, IGP e STG.

62 A livello nazionale, benché l'art. 30 c.p.i. non abbia mantenuto la clausola di salvezza delle disposizioni speciali in materia originariamente formulata dall'art. 31 d.lgs. 198/96, restano tuttora in vigore alcune delle (numerosi) norme speciali in materia (per i formaggi, la l. 10 aprile 1954, n. 125; per gli insaccati, tra gli altri, per il prosciutto di Parma la legge 13 febbraio 1990, n. 26, per il prosciutto di San Daniele la l. 14 febbraio 1990, n. 30 e per i tartufi si veda la legge 16 dicembre 1985, n. 752). Inoltre, va ricordata la legge Sviluppo del 2009 (l. 23 luglio 2009, n. 99), la quale ha introdotto nel c.p. l'art. 517-*quater*, (*Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*). La novità sta nel fatto che si prevede per la prima volta una fattispecie di reato volta a sanzionare *«chiunque contraffaccia o comunque altera indicazioni geografiche o denominazioni di origine di prodotti agroalimentari»*, prevedendo la reclusione fino a due anni e una multa fino a euro 20.000.

In particolare, però, occorre concentrare l'attenzione su alcune novità introdotte nel 2012 che paiono innestarsi nel solco di una rafforzata tutela del consumatore. Innanzitutto, come è stato notato⁶³, l'introduzione nel corpo della disposizione della dizione «*recipienti che possano indurre in errore sulla sua origine*», unitamente alla formula generica di cui si è detto, consentirebbe una forma di tutela rispetto a quelle forme di aggancio commerciale da toponimi non direttamente collegate alla denominazione. Infatti, sovente accade che il posizionamento «promiscuo» in scaffale tende ad accentuare la percezione di uguaglianza dei diversi prodotti e, su determinate fasce di consumatori, a premiare aspetti eterogenei quale la maggiore competitività del prezzo o il profilo morfologico del singolo prodotto offerto in vendita.

Inoltre, ed in ciò consiste un aspetto pacificamente⁶⁴ tuzioristico, è stata prevista l'estensione della privativa portata dal nome registrato ai casi in cui questo venga impiegato nell'etichettatura di elementi composti «*come ingrediente*».

In effetti, benché permangano delle «ombre» dal punto di vista interpretativo con riguardo al d. lgs. 297/2004⁶⁵, il quale aveva parzialmente anticipato tale disciplina nell'ordinamento interno, si tratta di una previsione che, se da un lato consente una maggiore appetibilità del prodotto arricchito dalla DOP - IGP e, quindi, un indubbio vantaggio per gli stessi produttori, dall'altro consente un potenziamento di non poco momento della tutela informativa del consumatore.

Possiamo, a questo punto, trarre delle provvisorie conclusioni relative al quadro d'insieme che si è tentato brevemente di delineare. L'impressione che l'operatore giuridico ha del sistema di tutele che l'ordinamento sia europeo sia nazionale, benché sotto taluni profili quest'ultimo pare nella materia *de qua* aver anticipato quello sovranazionale, appresta è comunque appagante.

Infatti, se al sistema delle tutele, del quale si è venuti sin qui dicendo, si aggiunge l'esplicita previsione dell'obbligo di tutela *ex officio* di tutte le denominazioni protette

63 V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2013, 16 ss.

64 Sul punto posizioni concordi si riscontrano sia in V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012*, cit., sia in F. CAPELLI, *Il Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro - alimentari: luci ed ombre*, cit.

65 V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012*, cit., 11 ss.

a carico di ciascuno Stato membro⁶⁶ e i più penetranti poteri accordati ai medesimi Consorzi di tutela⁶⁷, è per tal via apprestata una tutela soddisfacente ai consumatori rispetto a possibili usurpazioni, imitazioni o evocazioni delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari.

Certamente, permane un problema dalle dimensioni ancor più ampie e soprattutto connotato dai notevoli costi per l'economia nazionale che è quello delle contraffazioni de l'*Italiansounding*, del quale ampiamente si dirà più innanzi⁶⁸.

3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI (FASE FISIOLOGICA O DEL CONSUMATORE CONSAPEVOLE): L'ATTIVITÀ DI INFORMAZIONE DEI CITTADINI

3.1. La sicurezza alimentare: un inquadramento del contesto generale

Il tema della sicurezza alimentare rappresenta uno degli argomenti da sempre al centro del dibattito consumeristico italiano. D'altra parte stupirebbe il contrario: il cibo infatti rappresenta un bene indispensabile per tutti e, pertanto, la sua protezione investe gli interessi dell'intera collettività. Inoltre, esso ha acquisito negli anni anche una certa valenza simbolica, essendo associato alla cultura e alla tradizione ma anche, soprattutto recentemente, a particolari stili di vita e mode enogastronomiche.

Nel corso degli anni, la globalizzazione dei mercati, gli accordi mondiali di scambio e il progresso tecnologico hanno determinato l'abbattimento delle barriere, aumentando notevolmente la concorrenza (in molti casi anche quella sleale) e riducendo i costi, spesso a discapito della sicurezza e della qualità.

⁶⁶ L'art. 13, co. 3, Reg. 1151/2012, stabilisce infatti che «*gli Stati membri adottano le misure amministrative e giudiziarie adeguate per prevenire o far cessare l'uso illecito delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette ai sensi del paragrafo 1 prodotte o commercializzate in tale Stato membro*». Indubbiamente, questa disposizione ha risentito dell'eco suscitata dalla questione che era stata oggetto di un ricorso per inadempimento promosso ai sensi dell'art. 226 T.C.E. dalla Commissione europea contro la Repubblica federale di Germania per l'inerzia delle autorità amministrative di quel paese di fronte alla conclamata diffusione sul mercato tedesco di un formaggio a pasta dura denominato «*Parmesan*».

⁶⁷ In particolare, l'art. 45 del Reg. UE 1151/2012, sotto il titolo «*Ruolo dei gruppi*», descrive le diverse funzioni che possono essere assegnate ai Consorzi di tutela competenti per le singole denominazioni di origine o indicazioni geografiche protette. Tali consorzi possono: «*a contribuire ad esercitare un controllo dell'uso legittimo delle denominazioni sul mercato; b. adottare apposite misure per garantire una protezione giuridica adeguata alle denominazioni protette; c. svolgere attività di informazione e promozione relativamente alle denominazioni protette; d. prendere iniziative per contrastare azioni suscettibili di danneggiare le denominazioni protette*».

⁶⁸ M.C. SOLE, *Il precipitato del coordinamento tra le diverse Autorità competenti: le proposte dell'Italia per la tutela del Made in Italy*, in questo Rapporto.

La normativa che è stata prodotta nel tempo ha, evidentemente, risentito di queste tendenze.

Se infatti, in un primo momento, la limitata circolazione delle merci e il ridotto avanzamento della tecnologia rendevano difficile individuare le sostanze che componevano gli alimenti - e si prestava quindi maggiore attenzione all'intossicazione derivante dall'assunzione di cibi nocivi piuttosto che da difetti legati alla produzione⁶⁹ - successivamente, anche sotto la spinta della Comunità Europea, si è ampliato enormemente il campo d'azione della regolamentazione, proprio alla luce della globalizzazione e dello sviluppo delle nuove tendenze di consumo⁷⁰.

In Italia, la prima legge in materia di sanità pubblica risale al 1962 (Legge quadro 283/1962) relativa alla «*Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande*», mentre nel 1986, con la l. 462/1986, sono state adottate disposizioni in relazione alle frodi alimentari.

A livello UE, tra gli anni Sessanta e Ottanta ci si è dedicati in particolar modo alla disciplina dei requisiti tecnici delle produzioni alimentari e all'armonizzazione delle normative dei diversi Stati membri. È poi a partire dagli anni Novanta che la legislazione in materia è cresciuta notevolmente, anche a seguito del verificarsi di numerosi casi di crisi e di pericolo per la collettività.

Nel 1997 la Commissione Europea ha presentato il Libro verde sui principi generali della legislazione in materia alimentare a cui è seguita, tre anni dopo, la pubblicazione del Libro bianco, che aveva il fine di promuovere politiche in grado di garantire un adeguato livello di sicurezza alimentare, annoverando 84 proposte normative, tra cui l'istituzione di un'Autorità alimentare europea.

Com'è noto, ciò avvenne con l'emanazione nel 2002 del Reg. del Parlamento europeo e del Consiglio n. 178, che stabilì i requisiti generali della legislazione alimentare, fissando le procedure nel campo della sicurezza e rendendo obbligatoria la

69 L. COSTATO, *Una ricognizione sui principi fondanti del diritto alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2005, 203.

70 È noto infatti il processo di "standardizzazione del gusto" che sta caratterizzando in particolar modo le nuove generazioni che, ricorrendo sempre più all'utilizzo di prodotti industriali e precucinati, hanno perso non solo delle abitudini di consumo più sano ma anche la necessaria competenza per valutare la qualità degli alimenti di cui si nutrono. Al riguardo interessante l'analisi di Maura Franchi che sottolinea come il gusto sia stato in passato un formidabile strumento di classificazione sociale e come oggi sia invece influenzato da una generalizzata standardizzazione dei comportamenti e delle pratiche di consumo (M. FRANCHI, *Il senso del consumo*, Milano, 2007, 31 ss.).

rintracciabilità dei prodotti in tutte le filiere agroalimentari⁷¹.

Oltre all'istituzione dell'*European Food Security Authority* (EFSA), nel Regolamento sono indicati i principi generali della legislazione in materia di nutrimenti, fra cui la valutazione del rischio, la precauzione, la tutela degli interessi dei consumatori, la consultazione e l'informazione ai cittadini.

L'attività di valutazione del rischio è affidata per l'appunto all'EFSA; per quanto riguarda il principio di precauzione, esso permette, pur in mancanza di certezza scientifica su un chiaro collegamento causale fra prodotto commestibile ed effetto dannoso, l'adozione di misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire un adeguato livello di tutela dell'efficienza fisica e psichica umana⁷².

Ai fini di questa breve nota, è di particolare interesse sottolineare il principio relativo alla tutela dei consumatori che vede nell'informazione la chiave per permettere loro di effettuare delle scelte consapevoli. L'art. 8 del Reg. CE 178/2002, infatti, enuncia espressamente: *«la legislazione alimentare si prefigge di tutelare gli interessi dei consumatori e di costituire una base per consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano»*.

Il primo problema riguarda quindi le informazioni che vengono fornite al consumatore. A questo fine, l'etichetta ricopre un ruolo fondamentale.

Invero, l'etichettatura dei prodotti alimentari rappresenta uno degli aspetti più problematici della legislazione del settore. In essa infatti si manifestano diverse e talvolta opposte esigenze: la protezione dei consumatori, la difesa del segreto industriale, la tutela della libera circolazione intracomunitaria delle merci, nonché la possibilità di controllare le emergenze conseguenti a crisi alimentari⁷³.

Si tratta quindi di un ambito di analisi particolarmente interessante ai fini di assicu-

71 Il Regolamento è considerato il fulcro della legge di sicurezza alimentare a livello UE. Dopo di esso sono stati emanati numerose altre normative su tematiche inerenti all'igiene alimentare e allo sviluppo del sistema dei controlli, poi recepiti a livello nazionale. Tra questi si ricorda il c.d. Pacchetto Igiene, composto da numerose direttive e regolamenti, il cui elenco completo è stato già indicato al primo paragrafo della presente sezione. Si rimanda in particolare alla nota 7 del par. 1: D. DE FILIPPIS, *Le Autorità nazionali tra recepimento e applicazione diretta del diritto*, in questo Rapporto.

72 G. MAJORANA, *Generazioni future e sicurezza alimentare: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005, 12.

73 Unioncamere Piemonte, *L'etichettatura dei prodotti alimentari: la normativa comunitaria e nazionale*, 2009.

rare la massima trasparenza a tutela dei consumatori.

3.2. Il *consumer empowerment* e l'etichettatura

In materia di sicurezza alimentare il *consumer empowerment* rappresenta uno strumento su cui le politiche europee fanno affidamento⁷⁴. In linea teorica infatti, il consumatore in questo settore gode di due poteri: da un lato vi è il potere di scelta di acquisto, dall'altro, quello di segnalare prodotti e pratiche che non rispettano i parametri di legge. Tuttavia, la qualità e la sicurezza hanno un costo e occorre sottolineare che non sempre il consumatore ha la capacità di riconoscerle⁷⁵.

In questo ambito, quindi, è possibile affermare che l'obiettivo del *consumer empowerment* non è ancora stato raggiunto, anche a causa di una generalizzata ridotta informazione e di una serie di fattori esogeni che rendono obiettivamente difficile riconoscere le differenze qualitative dei prodotti.

Come accennato precedentemente, l'abbattimento delle barriere a livello internazionale ha comportato l'arrivo sul nostro mercato di prodotti dalle più svariate provenienze, il che comporta l'inevitabile utilizzo di diverse materie prime, diverse tecniche di produzione, nonché di diversi sistemi di controllo e di scambio e, in definitiva, di sicurezza. Non va inoltre sottovalutata la particolare congiuntura economica che ha caratterizzato gli equilibri mondiali negli ultimi anni e che ha facilitato l'infiltrazione della criminalità organizzata nei sistemi di produzione degli alimenti,

74 Secondo quanto indicato nella Strategia per la politica dei consumatori UE 2007-2013 (COMMUNICATION FROM THE COMMISSION - *Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them* COM(2007) 99), "I consumatori consapevoli possono effettuare vere scelte, devono poter disporre di informazioni accurate, di un mercato trasparente, che sia fondato sulla tutela effettiva e sui diritti sicuri". Il concetto di *empowerment* del consumatore sembra quindi fondarsi su conoscenze, abilità e assertività, ma si ammette che possa derivare da diverse fonti, tra cui l'educazione dei consumatori, le informazioni disponibili e le norme istituzionali.

75 Il potere o non potere del consumatore rappresenta un tema molto dibattuto nella letteratura che ha trattato direttamente ed indirettamente i temi legati al consumo. Senza la pretesa di svolgere in questa sede un'analisi esaustiva, ci si limita a ricordare che al riguardo si sono sviluppate tre teorie di *consumer empowerment* (sovranità del consumatore, potere culturale, potere discorsivo). Il primo modello, riconducibile alla teoria economica classica e neoclassica vede il consumatore come perfettamente razionale e pertanto in grado di effettuare le proprie scelte di consumo massimizzando l'utile rispetto al costo. Un secondo modello teorizza un ruolo attivo dei consumatori, in grado di possono opporsi alle logiche di mercato senza essere vittima delle strategie di *marketing*. Il terzo modello, che ad oggi sembra anche essere quello più diffuso, vede il consumatore in una posizione di mezzo, non sovrano né in contrapposizione con il produttore, ma in parte influenzato dalle strategie aziendali e, contemporaneamente, capace di contribuire alle logiche produttive del mercato. Al riguardo si rimanda a AA.Vv., *The consumer empowerment Index*, in JRC Scientific and Technical Reports, 2011.

eludendo i costosi controlli di igiene e di sicurezza.

Va, tuttavia, sottolineato che negli ultimi anni i consumatori hanno dimostrato di aver acquisito una maggiore consapevolezza, che si è tradotta anche in una maggiore interazione con i produttori.

Non a caso si è iniziato ad utilizzare il termine “*prosumer*” (*producer + consumer*) per indicare un nuovo soggetto sociale in grado di svolgere un ruolo attivo e con maggiori competenze⁷⁶.

Secondo una recente indagine⁷⁷ (aprile 2014), il 91% degli italiani legge le etichette al momento dell’acquisto e le informazioni che più interessano sono, in ordine: la data di scadenza, gli ingredienti, il luogo di produzione e l’origine delle materie prime. Un altro dato interessante è che il 71% degli italiani si fida dei prodotti che porta in tavola e il 65% si fida anche dei controlli effettuati dalle aziende.

Il consumatore medio ha quindi la tendenza a fidarsi di quello che legge, in questo senso l’etichetta svolge un ruolo centrale. Al centro della normativa sulle etichette vi è, da un lato, la veridicità delle informazioni fornite, tali da non indurre in errore l’acquirente sulle caratteristiche dell’alimento, dall’altro, vi è la necessità di non omettere le informazioni che potrebbero essere rilevanti al fine della scelta di acquisto.

La prima normativa in materia risale alla dir. 79/112/CEE a cui sono seguite numerose altre fino al Reg. UE 1169/2011 (che opera una fusione della dir. 2000/13/CE relativa all’etichettatura dei prodotti alimentari e della dir. 90/496/CEE relativa all’etichettatura nutrizionale), le cui disposizioni entreranno definitivamente in vigore a dicembre 2014 (ad eccezione dell’etichettatura nutrizionale la cui obbligatorietà è prevista per dicembre 2016).

Il Regolamento si applica agli operatori del settore alimentare in tutte le fasi della catena alimentare, a tutti gli alimenti destinati al consumatore finale.

Esso, inoltre, prevede che né l’etichettatura, né la presentazione dei prodotti alimentari, né la pubblicità di tali prodotti devono indurre il consumatore in errore sulle caratteristiche, le proprietà o gli effetti; e non va attribuita a un prodotto ali-

⁷⁶ G. FABRIS, *La società post-crescita. Consumi e stili di vita*, Milano, 2010.

⁷⁷ Indagine Doxa, *Gli italiani e l'alimentazione*, aprile 2014.

mentare la proprietà di prevenire, trattare o guarire delle malattie. Le informazioni obbligatorie⁷⁸ devono essere inoltre facilmente comprensibili e visibili.

Il Reg. 1169/2011 ha riorganizzato quindi tutti i provvedimenti in tema di etichettatura degli alimenti, ricollegando alla corretta informazione sanitaria, economica, ambientale, sociale ed etica, l'effettiva possibilità di garantire ai cittadini un elevato grado di tutela della salute⁷⁹.

È interessante notare che nel Regolamento spicca il diritto di informazione/dovere di informarsi, con la conseguente responsabilizzazione del cittadino rispetto alle sue "scelte" alimentari. Viene così stabilito un collegamento diretto tra l'elevato livello di tutela della salute dei consumatori e il diritto all'informazione (Considerando n. 3)⁸⁰.

Tuttavia, non sono mancate le critiche a tale atto normativo che, secondo alcuni⁸¹, rappresenta un compromesso in quanto ha tagliato fuori dagli obblighi di etichettatura diverse importanti questioni, lasciando così il sistema soggetto a diversi rischi, mentre, per altri⁸², nonostante lo sforzo in questa direzione, ancora manca un vero dialogo tra esperti e cittadini.

In definitiva, l'informazione, la massima trasparenza e l'educazione dei consumatori sono gli elementi alla base del processo di *consumer empowerment*, un processo che ad oggi non può ancora considerarsi concluso ma che ricopre un ruolo centrale per la sicurezza della collettività.

78 Le indicazioni obbligatorie riguardano: 1) la denominazione; 2) l'elenco degli ingredienti; 3) le sostanze che provocano allergie o intolleranze (arachidi, latte, senape, pesce, cereali contenenti glutine, ecc.); 4) la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti; 5) la quantità netta dell'alimento; 6) il termine minimo di conservazione o la data di scadenza; 7) le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni d'impiego; 8) il nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore o dell'importatore; 9) il paese d'origine o il luogo di provenienza per taluni tipi di carne, il latte o quando la sua omissione potrebbe indurre il consumatore in errore; 10) le istruzioni per l'uso, per i casi in cui la loro omissione renderebbe difficile un uso adeguato dell'alimento; 11) per le bevande che contengono più di 1,2 % di alcol in volume, il titolo alcolometrico volumico effettivo; 12) una dichiarazione nutrizionale.

Per quanto riguarda gli allergeni alimentari si rimanda all'approfondimento di D. DE FILIPPIS, *Le più recenti problematiche in materia di sicurezza alimentare: botulismo alimentare, allergeni alimentari ed Ogm*, in questo Rapporto.

79 Uno dei principi cardine della legislazione alimentare consiste nel "costituire una base per consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano e di prevenire qualunque pratica in grado di indurre in errore il consumatore".

80 M. TALLACCHINI, *Sicurezze e responsabilità in tempo di crisi*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2012.

81 Indagine Adiconsum, *Sicurezza agroalimentare, motore di sviluppo sostenibile*, 2014.

82 V. *infra* 11.

A questo scopo l'attività di informazione del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità (ISS) rappresenta il punto di partenza per lo sviluppo di un sistema sicuro, efficace ed efficiente.

3.3. Attività di informazione del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore di Sanità

Com'è noto, il sistema agro-alimentare è caratterizzato da un intreccio di competenze, compiti e strumenti di controllo diversamente a disposizione degli organi e degli operatori coinvolti nel settore⁸³. L'assetto del potere di controllo e di quello sanzionatorio verrà approfondito in seguito. Ora ci si vuole invece soffermare sulla funzione di informazione ed educazione che viene svolta da parte del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità, senza omettere comunque l'attività svolta a questo fine dai numerosi organismi specializzati⁸⁴ coinvolti e dalle associazioni dei consumatori.

Il Ministero della Salute, che si avvale della collaborazione anche del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, ha al suo interno organismi che, con compiti differenti, concorrono allo stesso obiettivo, in fasi e momenti diversi tra loro.

Svolge, inoltre, un'attività di informazione ai cittadini attraverso la pubblicazione periodica di notizie, *dossier*, *newsletters* e campagne *ad hoc*. Tutti strumenti che hanno come obiettivo quello di informare gli operatori sanitari, i cittadini, i media e gli attori del mondo della salute.

Una sezione del sito istituzionale è inoltre appositamente dedicata agli alimenti e alla sicurezza alimentare ed in essa è possibile trovare sintetiche linee guida che rappresentano uno strumento importante di divulgazione delle informazioni, accessibili a tutti nella forma e nei contenuti.

La sicurezza alimentare passa, quindi, anche per una sempre più accurata informazione al consumatore per mezzo dei sistemi di documentazione e di controllo atti a garantire la conformità del prodotto ai requisiti della normativa di settore.

Oggi, infatti, più che in passato, il consumatore chiede di avere maggiori garanzie sul

83 Si veda *retro*, D. DE FILIPPIS, *Le autorità competenti e le funzioni*, in questo *Rapporto*.

84 Al riguardo si rimanda all'elenco delle organizzazioni preposte dagli Stati Membri ad assistere l'EFSA nell'adempimento dei suoi compiti si trova all'art. 36 del Reg. CE 172/2002.

cibo che consuma e i prodotti alimentari sono chiamati a rispondere alle regole del mercato e ai consumatori sia in termini di igiene, di trasparenza e di rintracciabilità, sia in termini di provenienza, di metodi di coltivazione, di processi di produzione, confezionamento e distribuzione, di proprietà nutrizionali, di nuove tendenze e valori⁸⁵.

Si tratta di un processo di acquisizione di consapevolezza che probabilmente ha subito due tipi di influenze contrapposte: una “negativa”, derivante dalle numerose criticità alimentari che hanno contrassegnato gli ultimi decenni, insieme con l’incertezza legata ad alcune nuove tecnologie che spesso hanno l’effetto di preoccupare l’opinione pubblica; e una “positiva”, da attribuire agli sforzi che sono stati fatti sia a livello comunitario sia nazionale proprio per favorire questo processo.

In questo senso il Ministero⁸⁶, rafforzando la tutela della salute attraverso interventi di comunicazione nelle aree di preminente interesse, svolge un ruolo rilevante e strategico non solo per la tutela del consumatore, ma anche per la “salute” del mercato stesso.

Il funzionamento del mercato interno infatti è strettamente collegato alla salute dei consumatori e l’utilizzo di sistemi produttivi sicuri ed efficienti può rappresentare un veicolo di competitività che acquista ancor più importanza in un contesto globalizzato dei flussi commerciali.

Va inoltre ricordata l’attività svolta dall’Istituto Superiore della Sanità. L’Istituto ricopre una funzione diversa seppur complementare a quella del Ministero.

Esso, infatti, si propone di tutelare la salute pubblica nazionale soprattutto attraverso l’attività di ricerca scientifica nell’ambito della materie previste dal Piano Sanitario Nazionale, promuovendo programmi di studio e di ricerca, anche in collaborazione con altri enti a livello nazionale ed internazionale. Esso inoltre svolge attività di controllo e di consulenza a fronte di specifiche richieste da parte del Ministero e delle Regioni.

Infine, in questo quadro, la Consulta delle associazioni dei consumatori e dei pro-

85 INEA, *Comportamenti e consumi socialmente responsabili nel sistema agroalimentare*, 2011, 26.

86 Al riguardo si rimanda al *Piano della Performance 2014 -2016*, del Ministero della Salute, consultabile al sito: http://www.salute.gov.it/portale/ministro/documenti/pianoPerformance/MSal_Piano_della_performance_2014-2016_V3.pdf.

duttori rappresenta un altro tassello importante perché, con la sua attività, non solo informa i cittadini dei rischi legati all'alimentazione, ma svolge anche un ruolo di raccordo tra i consumatori stessi e le istituzioni.

3.4. La comunicazione delle imprese e le nuove tecnologie: una *app* a prova di sicurezza?

Abbiamo accennato precedentemente che non sempre l'innovazione e la tecnologia in campo alimentare vengono accolte positivamente.

Molte volte è piuttosto lo scetticismo a prevalere, perché nell'immaginario collettivo è difficile associare l'idea di un prodotto genuino, comunemente ricollegato alla tradizione, a metodi di produzione innovativi. Tuttavia non è possibile stabilire a priori la dannosità o meno di tali strumenti.

La verità sta, quindi, nel mezzo: se infatti in alcuni casi la tecnologia è stata utilizzata a fini malevoli, per mascherare alcune caratteristiche o per migliorare solo esternamente l'aspetto del prodotto, in altri, invece, l'innovazione ha dimostrato di poter risultare, potenzialmente e fattivamente, di grande supporto per l'implementazione di processi produttivi più sicuri.

Sarebbe, quindi, necessario chiarire quali sono le tecnologie che possono apportare vantaggi condivisi da più filiere, creando fiducia anche negli *stakeholders* (fornitori, lavoratori, consumatori), oggi attori centrali nelle politiche delle imprese in generale e in quelle di responsabilità sociale in particolare.

Per far questo è indispensabile l'ausilio della ricerca scientifica che, attraverso studi mirati, sia in grado di ponderare i rischi per la salute umana e/o per l'ambiente.

L'argomento però non manca di sollevare perplessità circa la terzietà degli enti scientifici incaricati e la sufficiente lunghezza delle fasi di studio teorico e pratico⁸⁷.

I consumatori oggi sono particolarmente vulnerabili ai temi legati alla salute e alla bellezza, ed il *marketing* fa spesso leva su elementi che possano conquistare la loro scelta di consumo.

87 V. *infra* 10.

Nell'alimentazione, infatti, a differenza di quanto si possa pensare, le mode hanno la loro influenza, e sono determinate da un insieme di diversi fattori, demografici, ecologici, etici, sociali, culturali ecc.

Recenti studi hanno inoltre dimostrato come il *marketing* nel settore alimentare si sia modificato adattandosi ai nuovi stili di vita e alle diverse esigenze di consumo. Così le aziende ricorrono oggi spesso a tattiche di vendita a breve termine piuttosto che ad azioni strategiche di lungo periodo⁸⁸.

È necessario che le istituzioni arginino la tendenza delle imprese ad utilizzare strumenti di *marketing* in maniera inappropriata, in grado di fuorviare o falsare il processo decisionale dei consumatori.

Non va inoltre sottovalutato che la difficile congiuntura economica ha portato ad approfittare proprio di questi elementi per guadagnarsi fette di mercato a discapito della qualità del cibo offerto.

Maggiori risorse sono state infatti destinate all'attività di *marketing* e alla conquista di nuovi mercati, sottraendole ai processi produttivi e favorendo politiche di omogeneizzazione dei prodotti e di contenimento dei costi.

Ecco perché la vera grande sfida della trasparenza risiede nel far emergere la qualità di quei prodotti che sono rimasti legati all'utilizzo di materie prime di eccellenza e a processi produttivi sicuri, nel rispetto del territorio e dell'ambiente.

In questo senso le tecnologie possono essere di grande aiuto, fornendo strumenti informativi rapidi ed efficaci e che realizzino flussi di informazione bidirezionale garantendo la scelta assistita e il monitoraggio di mercato.

Al riguardo è interessante riportare un esempio di innovazione che si presta a garantire una maggiore sicurezza: è in fase di sperimentazione un'apposita *app* dedicata ai consumatori⁸⁹ (lanciata dalla Coop ad ottobre 2013 per i suoi prodotti ed in fase di progettazione da parte di alcune Istituzioni)⁹⁰ che, semplicemente fotografando

88 V. *infra* 14.

89 Applicativi *software* infatti esistono già per gli operatori della trasformazione e commercializzazione dei prodotti agroalimentare e delle bevande.

90 A seguito degli scandali legati alla Terra dei Fuochi risalente a gennaio 2014, la Regione Campania, in collaborazione con Confindustria e l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale del Mezzogiorno, hanno avviato un progetto per sviluppare un'*app* che permetterà, puntando il proprio cellulare sul codice Qr impresso sulla confezione

i codici a barre dei prodotti, sia in grado di fornire le informazioni relative alle principali materie prime impiegate nelle produzioni, la provenienza degli ingredienti e il paese dov'è situato lo stabilimento di produzione.

Si tratta indubbiamente di un caso di utilizzo delle nuove tecnologie che può apportare un valore aggiunto al sistema. L'adeguamento costante e tempestivo della normativa rimarrà comunque sempre alla base di un corretto sviluppo del settore.

4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE (FASE PATOLOGICA): VIGILANZA DEL MERCATO E CONTROLLI

4.1. Inquadramento del sistema

Il sistema di vigilanza del mercato e dei controlli nel settore agroalimentare risulta particolarmente articolato⁹¹ per diverse ragioni, sia per la delicatezza dell'oggetto della tutela, sia per la complessità della materia trattata - che comporta il sovrapporsi di diverse competenze scientifiche e non - sia anche per la numerosità dei soggetti coinvolti.

Il legislatore europeo ha quindi previsto una normativa complessa in grado di salvaguardare il mercato anche attraverso un sistema di controlli intrecciati che implicano il lavoro di diverse autorità.

In particolare, il Reg. CE 882/2004 riorganizza i controlli ufficiali dei mangimi e degli alimenti⁹² e fissa i compiti spettanti all'Unione europea per quanto riguarda l'organizzazione dei controlli, nonché quelli delle autorità nazionali responsabili, comprese le misure di attuazione da adottare in caso di inottemperanza alla legislazione comunitaria. In conformità con il principio di sussidiarietà, il sistema è decentrato e coordinato a livello europeo, presentando quindi una struttura piramidale.

Occorre precisare che mentre nel Reg. CE 178/2002, relativo alla sicurezza degli

del prodotto, di accedere alle informazioni relative a provenienza ed analisi riguardanti sostanze dannose per la salute umana.

91 Un quadro generale dell'argomento è stato fornito nel precedente Rapporto, a cui si rimanda. In particolare si v. E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 202 ss.

92 Il regolamento rientra nell'ambito della revisione della legislazione del c.d. "pacchetto igiene" dei prodotti alimentari.

alimenti e dei mangimi, sono indicati i principi fondamentali in materia di responsabilità spettante alle autorità degli Stati membri, il Reg. CE 882/2004 entra più nel dettaglio, descrivendo come si debbano interpretare ed attuare tali principi.

In particolare esso si propone un duplice obiettivo, quello di prevenire, eliminare (o ridurre) i rischi per gli esseri umani e gli animali, e quello di garantire pratiche eque per il commercio dei mangimi e dei prodotti alimentari e per la tutela degli interessi dei consumatori, comprese l'etichettatura e qualsiasi altro tipo di informazione destinata agli stessi.

Secondo quanto stabilito all'art. 3, i controlli ufficiali ad opera degli Stati membri devono consentire loro di verificare e assicurare il rispetto della normativa nazionale e comunitaria, devono essere effettuati su base regolare, senza preavviso e in qualsiasi fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione dei mangimi e degli alimenti, tenendo conto dei rischi identificati, dell'esperienza e delle conoscenze acquisite dai controlli precedenti.

All'art. 4 sono invece stabiliti i criteri operativi e le autorità competenti: gli Stati membri sono tenuti a designare le autorità che, in maniera efficiente, efficace ed imparziale, effettueranno i controlli ed i piani di emergenza, attraverso attrezzature idonee e personale adeguatamente qualificato.

Inoltre, per garantire che le autorità raggiungano gli obiettivi fissati dal regolamento, potranno essere effettuati *audit* interni o esterni.

Per completezza di analisi si deve comunque dar conto della Proposta di regolamento presentata dalla Commissione UE il 6 maggio 2013⁹³ che intende modificare il Reg. CE 882/2004. La revisione della legislazione sui controlli ufficiali è stata avanzata *«al fine di superare le carenze riscontrate nella sua formulazione e nella sua applicazione»*.

La proposta, sostituendo ed abrogando il Reg. 882/2004 e una serie di atti e disposizioni settoriali che saranno resi superflui dalla sua adozione, *«mira a porre in essere un solido quadro normativo, trasparente e sostenibile, maggiormente adeguato agli scopi perseguiti»*⁹⁴.

93 COM (2013) 265 fin.

94 È quanto si legge nella Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio,

Alla Proposta del 6 maggio 2013 hanno fatto seguito i pareri del Comitato economico e sociale europeo (del 16 ottobre 2013), del Comitato delle regioni (29 novembre 2013) e la relazione della Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare, nonché il parere della Commissione per l'agricoltura e lo sviluppo rurale (A7-0162/2014). Sulla base di questa concertazione, il 15 aprile 2014, il Parlamento europeo ha dato il via libera alle modifiche del regolamento, che ora dovrà ricevere l'approvazione formale del Consiglio europeo.

Guardando ora al nostro ordinamento⁹⁵, le competenze sono state così ripartite: al Ministero della Salute, in collaborazione con il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali e con il Ministero dell'Ambiente, è affidato il controllo delle normative relative alla tutela della salute e dei consumatori; all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è affidato invece il controllo del mercato, attraverso il rispetto della concorrenza, della trasparenza e vigilando su eventuali pratiche commerciali scorrette da parte delle aziende⁹⁶. Al riguardo è interessante segnalare che è attualmente in corso un'istruttoria sulla GDO che riguarda la Centrale d'acquisto italiana e le 5 catene distributive che ne fanno parte⁹⁷.

Quanto all'attività dei Ministeri, occorre precisare che il regolamento ha attribui-

consultabile al seguente link http://www.accredia.it/UploadDocs/3759_controlli_laboratori_com_2013_265_.pdf.

95 Come già accennato retro da D. DE FILIPPIS, *Le autorità competenti e le funzioni*, in questo Rapporto.

96 L'attività di vigilanza dell'AGCM sulla filiera agroalimentare è una funzione acquisita relativamente di recente: con il d.l. 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (poi modificato dall'art.36 bis d.l. 179/2012), il legislatore ha previsto all'art. 62 ha disciplinato le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. In particolare all'art.8 enuncia: "*L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689. A tal fine, l'Autorità può avvalersi del supporto operativo della Guardia di Finanza, fermo restando quanto previsto in ordine ai poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria dall'articolo 13 della predetta legge 24 novembre 1981, n. 689. All'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo l'Autorità provvede d'ufficio o su segnalazione di qualunque soggetto interessato. Le attività di cui al presente comma sono svolte con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente*".

Essa gode di poteri sia di controllo sulla pubblicità e l'etichettatura dei prodotti alimentari, sia sanzionatori, nel caso dell'indebito esercizio del potere contrattuale da parte della grande distribuzione organizzata (GDO) nei confronti dei fornitori. Non sono mancate comunque perplessità in relazione al funzionamento di questo sistema. Al riguardo si rimanda a E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 202 ss.

97 Sul sito dell'Agcm si legge: "*L'Autorità, a conclusione di una approfondita indagine conoscitiva nel settore della Grande distribuzione organizzata, ha avviato una istruttoria nei confronti della supercentrale d'acquisto Centrale Italiana e delle 5 catene distributive che ne fanno parte (4 delle quali socie della società Centrale Italiana), operanti nella Grande distribuzione organizzata. Si tratta delle catene Coop, Despar, Il Gigante (attraverso la controllata Gartico), Disco Verde e Sigma. L'istruttoria è stata avviata per verificare l'esistenza di una possibile intesa, con potenziali effetti sia sui fornitori che sui consumatori e il livello dei prezzi*".

ito ad ogni Stato membro il compito di redigere un Piano Integrato di controllo Nazionale pluriennale (PNI), e il Ministero della Salute è il Punto di contatto nazionale per il PNI⁹⁸.

Le competenze descritte nel PNI riguardano tanto autorità centrali che regionali e locali. Data l'importanza dell'argomento e la complessità dell'intreccio di competenze su cui si fonda il sistema dei controlli, ad esso viene dedicato il seguente paragrafo.

4.2. I controlli secondo il Piano Nazionale Integrato

Da quanto si evince dal sito istituzionale del Ministero della Salute, «*il Piano Nazionale Integrato (PNI o MANCP), ai sensi del Regolamento (CE) n. 882/2004, descrive il 'Sistema Italia' dei controlli ufficiali in materia di alimenti, mangimi, sanità e benessere animale e delle piante ed è finalizzato alla razionalizzazione delle attività, mediante un'opportuna considerazione dei rischi ed un adeguato coordinamento di tutti i soggetti istituzionali coinvolti. Nasce dall'intensa e proficua collaborazione tra il Ministero della Salute, Punto di contatto nazionale, e diverse Amministrazioni ed è stato approvato in Conferenza Stato Regioni con l'Intesa del 16 dicembre 2010*»⁹⁹.

Il Piano, inoltre, è funzionalmente correlato ad altri due documenti: la Programmazione annuale nazionale e la Relazione annuale al PNI.

La Programmazione annuale nazionale raccoglie i programmi delle diverse Amministrazioni competenti per i controlli previsti dal Piano, mentre la Relazione annuale al PNI fornisce un'analisi dei risultati ottenuti nello svolgimento di tali attività, rappresentando quindi uno strumento operativo, di verifica dell'attività svolta, nonché di orientamento per i controlli futuri.

Pertanto, mentre il PNI individua le attività che costituiscono il sistema complessivo dei controlli ufficiali, la Programmazione annuale nazionale ne rappresenta la traduzione operativa; entrambe devono comunque tener conto degli esiti dell'attività

⁹⁸ In Particolare il Dipartimento per la Sanità Pubblica Veterinaria, la Nutrizione e la Sicurezza degli Alimenti del Ministero della Salute rappresenta il Punto di contatto nazionale, e per questo fine si avvale di specifici organismi per il coordinamento delle diverse Amministrazioni coinvolte nel PNI.

⁹⁹ In www.salute.gov.it/pianoNazionaleIntegrato/homePianoNazionaleIntegrato.jsp.

svolta, illustrati invece nella Relazione annuale al PNI.

Gli organismi responsabili in materia di controlli e le loro rispettive responsabilità sono indicati al Cap. 2° del Piano Integrato Nazionale 2011-2014.

In particolare, in materia di sicurezza alimentare si fa prevalentemente affidamento sul Servizio Sanitario Nazionale e, dunque, sulle autorità di cui si compone¹⁰⁰.

4.3. La delocalizzazione delle produzioni e i controlli sulle importazioni a rischio

La delocalizzazione delle produzioni è oggi una tematica all'ordine del giorno. La globalizzazione dei mercati e dei processi economici, l'introduzione di nuove tecnologie e tecniche di trasporto hanno permesso comunicazioni istantanee, transazioni commerciali in tempo reale e consegna dei prodotti in tempi molto rapidi. Tutti questi elementi hanno fatto sì che sempre più spesso si ricorra alla delocalizzazione delle produzioni, le quali vengono spostate in territori in cui è più conveniente investire.

Tuttavia, come afferma efficacemente un attento autore, *«la delocalizzazione industriale, di solito, mantiene il 'cervello' dell'impresa nel territorio d'origine; l'impossibilità di delocalizzare la terra, invece, fa sì che si delocalizzino le produzioni agricole e alimentari anche tipiche attraverso l'emigrazione di persone che portano con sé le conoscenze apprese da esperienze secolari»*¹⁰¹.

Accanto, quindi, a una preoccupazione legata alla perdita di "originalità" dei nostri prodotti, la globalizzazione dei mercati e l'abbattimento delle barriere negli scambi crea anche un altro importante problema legato ai rischi per la sicurezza delle materie prime e degli alimenti che sempre più spesso sono importati da paesi extraeuropei. In questo scenario, dunque, assume più che mai rilevanza la questione dell'origine e provenienza dei prodotti.

Il rischio infatti risiede nelle differenti prescrizioni normative applicate ai produttori delle materie prime e alle aziende di trasformazione e di distribuzione e nell'impos-

100 Sulle Autorità competenti in ambito nazionale v. il Par. 1 della presente Sezione.

101 L. COSTATO, *Delocalizzazione e produzione alimentare*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2014.

sibilità di effettuare controlli “a tappeto” su tali prodotti¹⁰².

Inoltre, molte di queste imprese estere godono di una posizione di *leadership* nel mercato, proprio grazie all'assenza di normative più rigide in materia alimentare: questi vuoti permettono loro di utilizzare tecniche di produzione, nonché di conservazione e trasporto, più economiche (in termini di manodopera, gestione dell'impatto ambientale, igiene, ecc.), ma che non garantiscono lo stesso livello di sicurezza di quelle utilizzate in Europa, potendo sfruttare allo stesso tempo un vantaggio competitivo notevole, seppur sleale.

Secondo quanto si legge nella Relazione sul sistema di allerta comunitario pubblicato dal Ministero della Salute, nel 2013, il sistema ha registrato 3.136 notifiche, un numero inferiore rispetto agli anni precedenti¹⁰³.

Di questo totale, 585 hanno riguardato prodotti già distribuiti sul mercato, 1.109 sono state invece relative a prodotti non ancora commercializzati, mentre 1.442 notifiche si riferiscono ai respingimenti ai confini. Che proprio questi ultimi pesino sul totale delle notifiche per il 46% è un dato emblematico ed allarmante allo stesso tempo: conferma infatti la presenza di un problema legato alla sicurezza dei prodotti importati, nonché l'importanza dei controlli di conformità degli alimenti.

L'attività di vigilanza del mercato, a tutti i livelli di cui si compone, riveste quindi un ruolo centrale per la tutela dei consumatori.

Questo diventa ancor più vero in considerazione di un'ulteriore tendenza che purtroppo si è andata sviluppando nel nostro paese e cioè l'infiltrazione dell'agromafia nei processi produttivi e di distribuzione dei prodotti.

In particolare il fenomeno si concretizza nell'utilizzo di sostanze non consentite, nella violazione delle norme sull'etichettatura e sulla tracciabilità, nel mancato rispetto dei disciplinari di produzione e di qualità etc.

Va inoltre sottolineato che si tratta di una criticità spaventosamente in crescita:

¹⁰² È infatti molto probabile che l'azienda agricola *extra-Ue* che esporta i propri prodotti in Europa, possa decidere di utilizzare prodotti chimici non ammessi in Europa, correndo il rischio di vedere la propria merce bloccata alla frontiera. Secondo quanto si legge nell'indagine Adiconsum del 2014 - Sicurezza agroalimentare, motore di sviluppo sostenibile - i controlli di laboratorio, infatti, incidono mediamente solo per il 5% dei prodotti importati.

¹⁰³ Nel 2012, infatti, le notifiche trasmesse attraverso il RASFF erano state 3434, mentre nel 2011 se ne erano registrate 3721.

secondo il Rapporto di attività 2013 dei Nuclei Carabinieri antifrode del Comando Carabinieri politiche agricole e alimentari, infatti, il numero dei sequestri di etichette, *packaging* per l'utilizzo improprio di marchi DOP/IGP e biologico, e per la violazione di norme sull'etichettatura, tracciabilità e *Made in Italy*¹⁰⁴ è aumentato del 431% rispetto al 2012¹⁰⁵. Inoltre, proprio in questi giorni è stato reso noto il risultato di un'importante indagine¹⁰⁶ condotta dai NAS che si è conclusa con il sequestro di 16.000 tonnellate di prodotti e 54.000 false etichette.

5. VIOLAZIONE DELLE REGOLE DI INFORMAZIONE E RIMEDI NELLA VENDITA DI ALIMENTI

Il tema delle informazioni da rendere al consumatore nella vendita di alimenti continua ad essere particolarmente discusso in ambito europeo: il 2014, infatti, è un anno assai importante per la tutela dei consumatori in ordine all'annosa problematica della etichettatura dei prodotti alimentari, poiché il 13 dicembre entrerà in vigore la parte essenziale del Reg. UE 1169\2011¹⁰⁷, relativo alla «fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori»¹⁰⁸.

Tale Regolamento ha lo scopo dichiarato di riordinare le precedenti normative in materia, abrogando espressamente le precedenti direttive e regolamenti sul tema; nei *considerando* iniziali, viene sottolineata: a) l'importanza di «*garantire che i consumatori siano adeguatamente informati sugli alimenti che consumano*»; b) la necessità di una razionalizzazione della normativa vigente al fine di migliorare la certezza giuridica.

104 Per un approfondimento di tale tematica si rimanda a M.C. SOLE, *Il precipitato del coordinamento tra le diverse Autorità competenti: le proposte dell'Italia per la tutela del Made in Italy*, in questo Rapporto.

105 Nel comunicato del Rapporto, a cui si rimanda, risulta che i sequestri di etichette/*packaging* illegali nel 2013 ammontano a 3.367.846 unità (634.000 nel 2012 + 431%) e dei sequestri di prodotti agroalimentari irregolari ammontano a 9,7 mila tonnellate (7,1 mila nel 2012 + 34%). Cfr. <http://www.cna.it/UNIONI/Alimentare/Cna-Alimentare/LOTTA-ALLA-CONTRAFFAZIONE/Attivita-dei-NAC-i-risultati-del-Nucleo-Antifrode-dei-Carabinieri-nel-2013>.

106 L'indagine denominata "Estate sicura" è stata portata avanti tra Parma, Roma e Salerno che ha visto in una prima fase controlli straordinari su 75 linee produttive; sono stati poi effettuati controlli anche sul traffico delle merci nella rete stradale e sulle principali piattaforme commerciali.

107 Ad eccezione dell'art. 9, par. 1, lett. l) che si applicherà a decorrere dal 13 dicembre 2016 e l'allegato VI, Parte B che si applica dal 1° gennaio 2014.

108 Sul contenuto e sulle finalità del suddetto Regolamento, tra gli altri, v. L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 658 ss.; S. BOLOGNINI, *Linee-guida della nuova normativa europea relativa alla "fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 615 ss.

La complessità dello stesso ha fatto sì che la Commissione, in data 31 gennaio 2013, abbia pubblicato un documento esplicativo dal titolo «*Questions and answers on the application of the Regulation (EU) n. 1169\2011 on the provision of food information to consumers*»¹⁰⁹.

Di recente anche il nostro Ministero della Salute ha pubblicato sul proprio sito¹¹⁰ un opuscolo intitolato «*Etichettatura degli alimenti. Cosa dobbiamo sapere*», al fine di mettere in evidenza le principali novità introdotte dal Regolamento.

Già dieci anni fa, la Commissione aveva presentato un documento, il 20 luglio 2004, sulla «*Tutela dei consumatori nell'Unione europea: dieci principi di base*» e, successivamente, nell'aprile del 2005 la Comunicazione «*Migliorare la salute, la sicurezza e la fiducia dei consumatori: una strategia in materia di salute e di tutela dei consumatori*»¹¹¹, contenente una Proposta di decisione al Parlamento europeo e del Consiglio¹¹² che istituisca il Programma d'azione comunitaria in materia di salute e tutela dei consumatori per gli anni 2007-2013.

In tale Proposta appariva già centrale il riferimento al problema dell'informazione per il consumatore, questione già precedentemente affrontata nella Comunicazione sulla «*Strategia della politica dei consumatori 2002-2006 dell'Unione Europea*»¹¹³, dove veniva affermato più volte che la politica dei consumatori doveva mirare a permettere agli stessi consumatori di compiere «*scelte autonome e informate*», attraverso informazioni sufficienti e corrette prima dell'acquisto di beni.

L'obiettivo conclamato è quello diretto a stabilire un livello equivalente di sicurezza e di protezione in tutta l'Unione Europea assicurando ai consumatori maggiori possibilità di acquisto per consentire loro di esercitare liberamente le scelte di consumo; implicando, tuttavia, la necessità di rafforzare la qualità, la sicurezza e la diversità dei beni in commercio nonché l'accessibilità ad essi, nell'ottica di migliorare il controllo del mercato attraverso gli strumenti già predisposti, come il sistema di

109 Consultabile in http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/foodlabelling/docs/qanda_application_reg1169-2011_en.pdf.

110 In http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_opuscoliPoster_215_allegato.pdf; interessanti anche alcune «guide» predisposte da altri organismi, come ad esempio la Coldiretti (http://www.sicurezzaalimentare.it/sicurezza-produttiva/Documents/Opuscolo_Etichette.pdf).

111 Com. (2005) 115 def. «*Migliorare la salute, la sicurezza e la fiducia dei consumatori: una strategia in materia di salute e di tutela dei consumatori*».

112 Proposta n. 425/2005, consultabile in <http://ec.europa.eu>.

113 Com. (2002) def. «*Strategia per la politica dei consumatori dell'Unione Europea 2002-2006*».

allerta RAPEX e la cooperazione con i Paesi terzi con cui la Comunità ha concluso accordi in materia di sicurezza dei prodotti di consumo¹¹⁴.

Anche in materia di informazioni, il legislatore europeo si muove, come è noto, secondo il principio dell'elevato livello di protezione dei consumatori¹¹⁵, estendendo a tutti gli operatori del settore alimentare l'obbligo di fornire informazioni corrette al fine di determinare scelte consapevoli da parte dei consumatori.

Tale obiettivo viene perseguito non solo attraverso la previsioni di regole specifiche ma anche attraverso *«un approccio per principi a cui questi debbono attenersi»*¹¹⁶: si fa l'esempio del divieto di suggerire nella descrizione o nelle illustrazioni di un prodotto *«la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un componente diverso o un diverso ingrediente»*.

L'ambito di applicazione soggettiva del Reg. in esame si estende, dal lato attivo, imponendo obblighi informativi a tutti gli operatori della catena alimentare; mentre, dal lato passivo, tutti i consumatori finali e le c.d. collettività¹¹⁷.

La circostanza secondo cui i destinatari della tutela non siano solo i consumatori finali ma anche le collettività permette di comprendere al meglio che *«la finalità di questa disciplina, non è tanto quella di ovviare alla ridotta capacità contrattuale di soggetti deboli - obiettivo precipuo invece della materia consumeristica -, quanto piuttosto quella di garantire il diritto assoluto ad una corretta informazione in capo a coloro che chiudano a qualunque titolo la filiera alimentare»*¹¹⁸.

114 Sul tema dei controlli sulla sicurezza dei prodotti si rimanda a E. BELLISARIO, *sub Art. 110*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, 716 ss.; più ampiamente sul complesso tema della sicurezza dei prodotti v. anche Id., *Lo stralcio delle disposizioni sulle certificazioni di qualità dal Codice del consumo: un'occasione mancata*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 1045 ss.; Id., *Safe product, assesment criteria and relevance on defectiveness judgment*, in *Jingshi law review*, 2013; con particolare riferimento alla materia dei giocattoli, Id., *Le nuove disposizioni in materia di sicurezza dei giocattoli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 409 ss.

115 V. ad esempio, l'art. 1, par. 1, Reg. 1169/2011, secondo cui *«il presente Regolamento stabilisce le basi che garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti, tenendo conto delle differenze di percezione dei consumatori e delle loro esigenze in materia di informazione, garantendo al tempo stesso il buon funzionamento del mercato interno»*.

116 Così G. BISCONTINI, *Regolamento n. 1169 del 2011: tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel settore alimentare*, in *Persona e Mercato*, 2011, 171.

117 L'art. 2, par. 2, lett. d), del Reg. UE 1169/2011, le definisce espressamente come *«qualunque struttura (compreso un veicolo o un banco di vendita fisso o mobile), come ristoranti, mense, scuole, ospedali e imprese di ristorazione in cui, nel quadro di un'attività imprenditoriale, sono preparati alimenti destinati al consumo immediato da parte del consumatore finale»*.

118 Così M. GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari ai*

Le informazioni rese in etichetta, come è noto, esprimono un aspetto assai importante per la commercializzazione dei prodotti alimentari: esse rappresentano, infatti, il primo contatto visivo del consumatore con il prodotto. La loro corretta esposizione tutela non solo il consumatore ai fini di un acquisto coerente e razionale¹¹⁹ ma anche l'intera categoria dei consumatori, la quale viene in tal modo posta in grado di controllare il funzionamento del mercato stesso¹²⁰.

L'art. 47 del Reg. UE 1169/2011 prevede che la Commissione stabilisca un congruo periodo transitorio per l'applicazione delle nuove misure «*durante il quale gli alimenti la cui etichetta non è conforme alle nuove misure possono essere immessi sul mercato e dopo il quale gli stock dei suddetti alimenti immessi sul mercato prima della scadenza del periodo transitorio possono continuati ad essere venduti sino a esaurimento*».

Ciò che accadrà ai beni le cui etichette non siano state conformate alle nuove disposizioni entro il periodo previsto (ovvero il 13 dicembre 2014), non è dato sapere: sembrerebbe, tuttavia, preferibile l'ipotesi secondo cui la sanzione prevista per questi prodotti sia l'incommerciabilità del prodotto stesso¹²¹.

Il tema principale su cui soffermarsi riguarda i sistemi ufficiali di controllo e l'apparato sanzionatorio apprestato: ciò sembrerebbe sia l'anello debole di tutta la complessa disciplina.

Il sistema dei controlli, come correttamente osservato, è un sistema diffuso e, quindi, conseguentemente «*l'assetto organizzativo configurato...è decentrato e al tempo stesso coordinato secondo un disegno comune ed è caratterizzato da una strut-*

consumatori, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 143.

119 L'educazione e la responsabilizzazione del consumatore rappresenta, a parere della dottrina più attenta, un nuovo obiettivo della legislazione sul tema. Così, tra gli altri, E. SIRSI, *Il diritto all'educazione del consumatore di alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 508 ss.; S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso "personalista" del consumatore*, *ivi*, 576 ss.

120 Tale attento ragionamento si deve ad una dottrina assai sensibile a queste tematiche, v. L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 349 ss.; *Id.*, *sub art. 5*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 125 ss.

121 Da un punto di vista strettamente privatistico si può notare che il mancato rispetto dell'art. 47 possa condurre all'impossibilità se non addirittura all'illiceità dell'oggetto stesso del contratto, tale da far ipotizzare la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, co. 2, c.c. (Così M. GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari ai consumatori*, *cit.*, 145, la quale aggiunge che «*ove una norma giuridica semplicemente vieti la commercializzazione di un bene, ne rende per ciò solo giuridicamente impossibile il trasferimento...quando invece la legge, non solo vieti, ma anche persegua la traslazione negoziale di un bene, allora si ragiona di un'illiceità dell'oggetto*»).

tura piramidale e dall'auto-amministrazione»¹²².

Recentemente il Parlamento europeo ha modificato la «Proposta di regolamento sui controlli ufficiali» del 6 maggio 2013, introducendo, tra le varie disposizioni: a) un regime di frequenza dei controlli che dovrà attuare la Commissione su ciascun prodotto; b) l'introduzione della possibilità per gli Stati membri di contribuire alla copertura finanziaria delle attività di controllo attraverso forme di fiscalità generale; c) in tema di prodotti di origine animale, i controlli ufficiali presso i macelli o i laboratori di trasformazione sia da un veterinario ufficiale che da un assistente specializzato operante sotto l'osservazione di un veterinario ufficiale.

Il controllo del rispetto delle normative volte a tutelare il funzionamento del mercato è attribuito all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (c.d. AGCM) che vigila sul comportamento degli operatori economici e sanziona le pratiche commerciali scorrette¹²³.

Nel parere richiesto all'AGCM dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - settore legislativo del Ministero degli Affari europei, del 18 settembre 2013¹²⁴, l'Autorità rileva che la disciplina in materia di *claims* deve considerarsi complementare sia alla normativa sull'etichettatura dei prodotti, sia a riguardo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette¹²⁵.

I comportamenti che violano gli obblighi informativi a carico degli operatori del settore alimentare rientrano tra le pratiche qualificate scorrette, nella specie ingannevoli ex artt. 21-22 cod. cons. ed anche ai sensi dell'art. 7 Reg. UE 1169/2011¹²⁶, ovvero tali da indurre il consumatore medio in errore circa caratteristiche fondamentali del prodotto e spingerlo ad assumere una decisione di natura commerciale che, altrimenti, non avrebbe mai preso¹²⁷.

Dal punto di vista, invece, del c.d. *private enforcement*, sembrerebbe che i rimedi

122 E. BELLISARIO, *Le autorità del settore alimentare*, cit., 212.

123 Da ultimo il caso c.d. *Fiberpastasrl*, pubblicato sul bollettino n. 29/2014, con riferimento agli obblighi informativi relativi alla vendita di prodotti alimentari per diabetici.

124 Pubblicato sul bollettino n. 39\2013 del 7 ottobre 2013, disponibile sul sito www.agcm.it.

125 Sull'attività dell'Agcm in argomento si rimanda a S. PERUGINI, *L'applicazione diretta di diritti attribuiti ai consumatori da norme dell'Unione e da norme di derivazione comunitaria*, in questo Rapporto.

126 Rubricato «Pratiche leali d'informazione».

127 Sul tema si rimanda alla ricerca di M.C. SOLE, *Il consumer empowerment e l'etichettatura*, in questo Rapporto.

privatistici, esercitati in forma individuale, non offrano un grado di efficienza tale da soddisfare il consumatore finale di alimenti, a causa dello scarso valore economico dei prodotti, o anche perché, in questi casi, *«l'adire le vie legali è sentito ancora come uno sforzo emotivo eccessivo per una giustizia che arriva comunque tardi e che garantisce un ristoro a volte più nominale che effettivo»*¹²⁸.

La normativa che viene, *in primis*, in rilievo è quella relativa alla vendita di beni di consumo *ex artt.* 128 ss. cod. cons., poiché anche i prodotti alimentari rientrano nella categoria dei c.d. beni di consumo.

L'errata o inesatta informazione resa dal venditore e relativa alla cosa compravenduta può integrare un *«difetto di conformità»* in base al dettato dell'art. 129 co. 2, lett. b) e c) cod. cons., *«allorché afferma, a contrariis, che si presumono conformi al contratto i beni che siano 'conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedano le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello' (lett. b) e presentino 'la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore, o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura' (lett. c)»*¹²⁹.

Nell'ambito del diritto alimentare, escludendo per forza di cose la riparazione del bene, residua in capo al consumatore la sostituzione del bene viziato: tuttavia, normalmente il consumatore avrà difficoltà a riconoscere il difetto informativo¹³⁰. Per diverse ragioni anche i successivi rimedi previsti dalla gerarchia rimediale consumeristica (ovvero riduzione del prezzo o risoluzione del contratto), risultano difficilmente attuabili, non rappresentando una tutela effettiva del consumatore-acquirente di prodotti alimentari.

128 M. GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari ai consumatori*, cit., 167.

129 M. GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari ai consumatori*, cit., 148,

130 Emblematica, in tal senso, una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (Cass., 6 dicembre 2013, n. 27404, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, con nota di F. BARTOLINI, *La mancata consegna al consumatore della scheda-prodotto non è causa di nullità né di risoluzione del contratto*), la quale ha sostenuto che gli obblighi informativi introdotti dalla l. 126/1991 (*«Norme per l'informazione del consumatore»*) non identificano un vero e proprio obbligo del venditore di consegnare, insieme al bene venduto, una scheda informativa relativa al prodotto.

A riprova di tutto ciò la scarsa produzione giurisprudenziale in merito.

In secondo luogo, da un punto di vista più strettamente civilistico, nel caso in cui un prodotto alimentare riporti indicazioni obbligatorie errate, si potrebbe invocare la nullità del contratto di vendita di alimenti in base al disposto di cui agli artt. 1418 co. 2 e 1346 c.c. per l'illiceità dell'oggetto del contratto nell'ipotesi in cui il bene non risulti commerciabile in base alla violazione degli obblighi europei di cui al Reg. sopra citato¹³¹.

Anche tale nullità, tuttavia, risulta evidentemente di scarsa utilità per il consumatore.

Qualche margine di manovra in più sarebbe possibile, se solo venissero risolti i noti problemi strutturali e procedurali che la affliggono, per la tutela collettiva risarcitoria, ovvero l'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.¹³².

Infatti, in linea teorica, nulla si oppone alla possibilità di esperire il rimedio *de quo* di fronte alla violazione da parte del produttore degli obblighi di protezione di informazione legati al proprio *status* professionale e alla natura dell'attività svolta, nel caso in cui il pregiudizio che ne deriva colpisca allo stesso modo una pluralità di consumatori-acquirenti¹³³.

In tal caso, risulta di tutta evidenza che la disciplina di tale azione debba essere opportunamente coordinata con le regole del diritto alimentare¹³⁴.

Ciò, peraltro, lascia aperto il dubbio, non risolvibile in questa sede, del rapporto tra il consumatore «alimentare» rispetto alla figura di consumatore come prevista dall'art. 3 cod. cons.¹³⁵: ovvero se, come sembrerebbe, il consumatore «alimentare»

131 Sul tema v. anche A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, 126, secondo cui, visto che la consegna di un bene *extra commercium* determina impossibilità giuridica della prestazione, si può concludere che il contratto di vendita di un alimento pericoloso per la salute umana, stante il divieto di commercializzare alimenti a rischio e la rilevanza penale della vendita di sostanze alimentari pericolose, sarebbe viziato da nullità ex art. 1418, co. 2, c.c.

132 In argomento v. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in *Trattato di diritto agrario*, 3, *Il diritto agro-alimentare*, a cura di L. Costato - A. Germanò - E. Rook Basile, Torino, 2011, 606 ss.; con riferimento all'esperienza statunitense v. M. D'ADDEZIO, *La responsabilità civile dell'«impresa agroalimentare»*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 44 ss.

133 Per tale impostazione cfr. E. FERRANTE, *La nuova «azione di classe» in Italia*, in *Contratto impr./Eur.*, 2011, 5 ss.; Id., *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 10 ss.

134 Così correttamente P. BORGHI, *Nuove forme di azionabilità dei contratti del settore alimentare*, in *www.rivistadirittoalimentare.it*, 2013, 30 ss.

135 Sulla figura del consumatore come «contraente debole», si rimanda agli interessanti studi di A.P. SCARSO,

presenti dei caratteri peculiari rispetto al normale consumatore¹³⁶.

Tuttavia, sembra cogliere ancora una volta nel segno quella attenta dottrina, la quale ha riconosciuto che «*il microcosmo alimentare sia refrattario alla protezione individuale*»¹³⁷.

In effetti, a ben vedere, l'azione di classe appare scarsamente utile per il consumatore-acquirente innanzitutto per il rischio di costi assai alti rispetto ad un ipotizzato danno conseguito di non rilevante entità; altro problema che si potrebbe porre riguarda la difficoltà nel produrre la prova stessa dell'acquisto del prodotto e, quindi, della conclusione del contratto.

L'impressione che si ha al termine di questa ricerca è quella della scarsa utilità dei rimedi privatistici in questa materia, sia in forma individuale che collettiva: un diverso e migliore approccio potrebbe derivare, invece, dai rimedi di c.d. *public enforcement* che potrebbero risultare maggiormente incisivi. Proprio in tal senso, infatti, il ruolo dell'AGCM, in sede preventiva, risulta fondamentale sul tema.

La tendenza che si registra è il passaggio da un mercato in cui la tutela del consumatore è fondata sul rimedio successivo al danno subito ad una di stampo preventivo¹³⁸, superando l'affidamento limitato a rigide norme di stampo contrattuale e giungendo ad un affidamento nel mercato basato da regole che garantiscano non solo la concorrenza ma anche la sicurezza dei prodotti in circolazione e le informazioni che li riguardano¹³⁹.

Tuttavia molto dipenderà dalle future scelte del Regolatore europeo: in ogni caso,

Il contrante debole, Torino, 2006; M.C. CHERUBINI, *Tutela del «contrante debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

136 Per una nozione «allargata» di consumatore v. E. GABRIELLI, *I contraenti, in Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 113 ss.

137 M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., 601.

138 Emblematica, in tal senso, la nuova disposizione di cui all'art. 37 *bis* cod. cons., rubricato «*Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*», sul tema v. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, 492 ss.

139 Aspetti strettamente connessi fra loro, v. E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, in *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, a cura di Germanò e Rook Basile, Padova, 2005, 15-16. In ambito europeo, già il Trattato di Amsterdam (titolo XIV rubricato «*Protezione dei consumatori*», par. 1) sosteneva che «*...al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità europea contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi dei consumatori nonché promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi*».

appare necessario e sempre più urgente una rivisitazione, in sede europea, della complessa normativa di settore, al fine di semplificare, annullando o quantomeno riducendo le contraddizioni ancora presenti per attribuire al consumatore-acquirente di prodotti alimentari una migliore e più efficace tutela.

5.1. Il danno da consumo di alimenti

La sicurezza alimentare rappresenta un aspetto centrale riguardo la commercializzazione dei prodotti alimentari: infatti, il rischio di contrarre patologie legate al consumo di alimenti viene da tempo studiato dalla scienza epidemiologica.

Il diritto, pertanto, come correttamente sottolineato in dottrina, viene «*chiamato a fronteggiare un fenomeno nuovo, l'incertezza della scienza*», da cui deriva «*l'interrogativo se (an) sia opportuno e/o doveroso intervenire, tutelando salute e ambiente senza attendere che sia raggiunta una condizione di certezza scientifica*»¹⁴⁰.

La legislazione sulla sicurezza formatasi nel corso di questi anni si è basata sul c.d. principio di precauzione, come «tipizzato» dall'art. 7 del Reg. CE 178/2002, legato al regime di responsabilità del produttore degli alimenti che si basa sulla difettosità del prodotto e «*presuppone una valutazione sulla sua sicurezza che assume come punto di riferimento lo standard fissato dalle norme generali sulla sicurezza dei prodotti (artt. 102-113 cod. cons.)*»¹⁴¹.

In tale ambito, inoltre, trovano ampio spazio le c.d. normative tecniche¹⁴², ovvero regole elaborate da organismi europei e/o nazionali che rappresentano l'ultima evoluzione delle norme nei vari settori produttivi¹⁴³.

140 R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012, XI, la quale richiama, più in generale, il noto dibattito sul rapporto tra diritto e tecnica (cfr. l'assai interessante dialogo tra N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo tra diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 80 ss.)

141 E. AL MUREDEN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Contratto impr.*, 2011, 1502; Id., *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008.

142 In argomento, anche sull'importante tema delle certificazioni di qualità, si rimanda alla completa analisi di E. BELLISARIO, *Certificazioni di qualità e responsabilità civile*, Milano, 2011, 7 ss.; Id., *La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate*, in *Persona e Mercato*, 2012, 156 ss.; Id., *La responsabilità degli organismi di certificazione della qualità*, in *Danno resp.*, 2011, 1017 ss.; Id., *Safe product, assesment criteria and relevance on defectiveness judgment*, in *Jingshi law review*, 2013, 424 ss.; con particolare riferimento alla materia dei giocattoli, Id., *Le nuove disposizioni in materia di sicurezza dei giocattoli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 409 ss.

143 Nel settore alimentare, ad es., v. i «*Manuali di corretta prassi operativa in materia di igiene e di applicazione dei principi del sistema HACCP*» (artt. 7-9, Reg. CE 852/2004).

Importante in materia è l'attività prestata dall'Autorità europea per la Sicurezza alimentare (c.d. EFSA) che, già a partire dal Reg. CE 178\2002 che l'ha istituita, ha una funzione di valutazione del rischio per la salute umana, animale e per l'ambiente, formulando appositi pareri da comunicare al pubblico¹⁴⁴.

Tali studi garantiscono una forte rigorosità scientifica, tuttavia, come viene fatto notare in dottrina, «*obbligano gli applicants ad un considerevole sforzo economico e scientifico per dimostrare effetto spesso banali, il cui risultato, peraltro, non è nella maggior parte dei casi nemmeno tutelato da privativa in favore del richiedente*»¹⁴⁵.

L'EFSA, di recente, si è pronunciata in tema di integratori alimentari con riguardo ai possibili effetti che possono avere sull'organismo umano.

Già nel luglio 2009, l'EFSA effettuava la prima valutazione esaustiva delle sostanze utilizzate come fonti di minerali e vitamine negli integratori alimentari. Sulla base di tale lavoro, la Commissione ha rivisto l'elenco delle sostanze consentite che possono essere aggiunte agli integratori¹⁴⁶.

Il Ministero della Salute ha avviato una revisione del settore al fine di uniformarsi ai pareri espressi dall'EFSA sulle medesime sostanze contenute in alimenti generici: nel periodo maggio-giugno 2014, è stata dichiarata l'illegalità della vendita del prodotto «*Miracle frooties*», proveniente dagli Stati Uniti d'America, poiché non sono noti gli eventuali effetti sulla salute umana dovuti alla sua assunzione¹⁴⁷ e del prodotto «*Maxerectum forte*», proveniente dalla Repubblica Ceca, poiché contenenti sostanze ad attività farmacologica non consentita.

Tale revisione sembrerebbe possa comportare una drastica diminuzione degli integratori oggi in commercio, stante la rigidità dei pareri EFSA sulle sostanze cui si dovrebbero riconoscere proprietà salutistiche.

Esistono, tuttavia, dei casi come, ad es., in tema dei c.d. probiotici, i cui effetti fisio-

144 Sul complesso sistema delle Autorità in materia alimentare, si rimanda all'approfondita analisi di E. BELLISARIO, *Le autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 202 ss.

145 V. RUBINO, *Gli "healthclaims" e l'etichettatura degli alimenti*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2014, 24.

146 Consultabile in http://ec.europa.eu/food/food/labellingnutrition/supplements/discus_paper_amount_vitamins.pdf.

147 In particolare, tale prodotto contiene una sostanza chiamata «*Synsepalumdolcificum*» che avrebbe, a quanto dichiarato dai produttori, la proprietà di modificare temporaneamente la percezione del gusto dei cibi acidi o amari, rendendoli dolci.

logici sono stati ritenuti non provati dall'EFSA in sede di valutazione dei *claims* ai sensi dell'art. 13 del Reg. CE 1924/2006, ma che continuano ad essere commercializzati, autorizzati dal Ministero, come integratori alimentari¹⁴⁸.

Da ultimo, il Ministero della Salute ha emanato delle Linee guida per la produzione domestica di conserve, al fine di evitare il rischio di contrarre tossinfezioni da botulino causate dal *Clostridium botulinum*, un batterio le cui tossine possono causare anche la morte¹⁴⁹.

In dottrina¹⁵⁰ è stato correttamente rilevato che il danno cagionato dal consumo di alimenti si può inquadrare in quattro differenti situazioni: a) l'intossicazione alimentare derivante da un cattivo stato di igiene degli alimenti; b) i danni alla salute cagionati dall'assunzione di alimenti rispetto ai quali non vi era alcun allarme; c) i danni derivanti dal consumo di alimenti che risultano nocivi, nonostante siano stati prodotti in conformità alle regole tecniche; d) i danni derivanti da un difetto di informazione riguardo al corretto uso del prodotto.

A differenza delle ipotesi *sub a)* e *d)*, di norma nelle ipotesi *sub b)* e *sub c)* la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni appare da escludere proprio perché i prodotti siano in linea con gli *standards* di sicurezza richiesti e nel caso in cui i danni da essi provocati derivino da una tossicità nota e tollerata (art. 114 cod. cons.), alla luce delle regole sulla sicurezza dei prodotti alimentari.

Tuttavia, da un'analisi della produzione giurisprudenziale degli ultimi anni¹⁵¹, risulta che diverse volte il produttore viene considerato responsabile per i danni verificatisi nonostante l'immissione in commercio di un bene fabbricato a regola d'arte e secondo le modalità prescritte dalla normativa vigente in materia.

Ciò accade, come viene fatto notare da un attento autore¹⁵², quando l'attività che ha provocato il danno rientri nel novero delle attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c.¹⁵³.

148 V. RUBINO, *Gli "healthclaims" e l'etichettatura degli alimenti*, cit., 26.

149 Come già rilevato in precedenza da D. DE FILIPPIS, *Le più recenti problematiche in materia di sicurezza alimentare: botulismo alimentare, allergeni alimentari ed Ogm*, in questo Rapporto.

150 E. AL MUREN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Contratto impr.*, 2011, 1505-1506.

151 Su cui L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto impr./Eur.*, 2008, 645 ss.

152 E. AL MUREN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, cit., 1512.

153 In questo modo, quindi, si ricostruisce l'art. 2050 c.c. come un'ipotesi di responsabilità oggettiva «per rischio d'impresa», poiché molto spesso il produttore non riesce a raggiungere la prova liberatoria, consistente nella

A questo punto occorre chiedersi se anche la produzione alimentare in generale rientri nel novero dell'art. 2050 c.c.

L'argomento, come facilmente immaginabile, non si può affrontare in tale sede a causa della sua complessità¹⁵⁴, in ogni caso, da un lato c'è chi ammette tale circostanza¹⁵⁵, dall'altro diversi autori¹⁵⁶ negano la possibilità in esame poiché, in tal modo, vi sarebbe un pregiudizio assai pesante ed eccessivo per i produttori¹⁵⁷.

Ai nostri fini è sufficiente ricordare che l'assoggettamento del produttore di alimenti alle regole della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose dipende, necessariamente, dalle indicazioni fornite dal legislatore in ordine al carattere pericoloso o meno del prodotto stesso e non sulla base di un utilizzo diretto del principio di precauzione. Ad esempio, il problema si continua a porre per quanto riguarda gli alimenti OGM¹⁵⁸, per i quali la scienza continua ad essere divisa e l'approccio della Commissione è ancora in divenire¹⁵⁹.

In conclusione, sembrerebbe veritiera, almeno al momento ed in attesa di sviluppi futuri, la validità della formula «nessuna responsabilità senza difetto», ovvero dovrà essere negata la responsabilità del produttore «senza violazione delle norme pubblicistiche sulla base delle quali è valutata la sicurezza del prodotto»¹⁶⁰.

dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 302 ss.).

154 Si rimanda, tuttavia, tra gli altri, agli attenti studi di R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit.

155 F. GIARDINA, *La responsabilità civile del produttore di alimenti*, in *Regole dell'agricoltura, regole del cibo*, a cura di M. Goldoni e E. Sirsi, Pisa, 2005, 101 ss.; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006, 97 ss.

156 Tra cui E. AL MUREDEN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, cit., il quale aggiunge che «il problema dei danni cagionati dal consumo di alimenti è stato affrontato, quanto meno fino alla fine degli anni Ottanta, seguendo l'approccio tradizionale basato sull'applicazione dell'art. 2043 c.c. e del principio 'nessuna responsabilità senza colpa'...nel contesto attuale questo approccio dovrebbe considerarsi ormai emarginato ad un ambito applicativo residuale».

157 Come è noto, nel nostro ordinamento, il problema si è posto, tra gli altri, ai pericoli connessi al fumo c.d. attivo, v. Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Danno resp.*, 2011, 57 ss., con nota di P.G. MONATERI, *La cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*; v. già nella giurisprudenza di merito Trib. Roma 5 gennaio 2008, n. 10997, in *Giust. civ.*, 2008, 1789 ss., con nota di R. CARLEO, *Danno da fumo "attivo" e autoreponsabilità*.

158 V. il dibattito suscitato dalla lettera della scienziata Sen. Elena Cattaneo pubblicata l'11 giugno 2014 su il «Corriere della Sera» (http://www.corriere.it/ambiente/14_giugno_11/i-pregiudizi-culture-rallentano-l-innovazione-b101ed38-f141-11e3-affc-25db802dc057.shtml).

159 Sulle possibili future politiche europee in argomento v. http://ec.europa.eu/food/plant/gmo/legislation/future_rules_en.htm.

160 E. AL MUREDEN, *I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, cit., 1527.

SEZIONE II - FASE ASCENDENTE

(Maria Chiara Sole)

SOMMARIO: 1. L'ISS NEL CONTESTO EUROPEO DELLE AUTORITÀ DEL SETTORE ALIMENTARE. - 1.1 SUL PIANO NORMATIVO. - 1.2 LA PRASSI. - 2. RILEVANZA ED EFFICACIA DELL'ATTIVITÀ SVOLTA DALL'ISS. - 3. CRITICITÀ. - 4. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA LE DIVERSE AUTORITÀ COMPETENTI: LE PROPOSTE DELL'ITALIA PER LA TUTELA DEL *MADE IN ITALY*. - 5. CONSIDERAZIONI FINALI.

1. L'ISS NEL CONTESTO EUROPEO DELLE AUTORITÀ DEL SETTORE ALIMENTARE

Il settore agroalimentare presenta caratteristiche peculiari tra cui, *in primis*, la mancanza di un'autorità indipendente così come è stata concepita e istituita negli altri settori analizzati dai Rapporti annuali *Consumerism*¹. Il settore agroalimentare è caratterizzato, inoltre, dall'intrecciarsi di numerosi organismi che, a diverso titolo e con diverse funzioni (di regolazione, di valutazione, di vigilanza e controllo, di comunicazione), intervengono nell'assetto nazionale ed europeo².

All'EFSA³ è affidata l'attività di valutazione del rischio ed essa «*agisce in stretta collaborazione con gli organi competenti che negli Stati membri svolgono funzioni analoghe alle sue*»⁴.

La gestione del rischio spetta, invece, alla Commissione Europea. Gli organi nazionali sono raccolti in un Foro consultivo (uno per ogni Stato membro), che facilita lo scambio di informazioni con l'Autorità, nonché tra i vari organismi competenti.

Per quanto riguarda l'Italia, al Ministero della Salute è assegnata la valutazione del

1 In tal senso già E. BELLISARIO, *Le Autorità del settore alimentare*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 202 ss.

2 Al riguardo si rimanda al contributo di D. DE FILIPPIS, *Le autorità nazionali tra recepimento e applicazione diretta del diritto*, in questo *Rapporto*.

3 L'*European Food Security Authority* è stata istituita con il Reg. CE 178/2002; ed essa si preoccupa non solo di valutare scientificamente i rischi collegati alla sicurezza alimentare ma anche di comunicarli. Si presenta dunque come un organo tecnico e neutrale ma non gode dei poteri di vigilanza, controllo e sanzione che invece caratterizzano le altre Autorità di settore.

4 Il riferimento è al Reg. CE 178/2002, art. 22, par. 7.

rischio, mentre la funzione di raccordo tecnico-scientifico con l'Autorità europea è affidata all'Istituto Superiore di Sanità (ISS), ed in particolare al Dipartimento di Sanità Pubblica Veterinaria e Sicurezza Alimentare (SPVSA), a sua volta controllato dal Ministero della Salute⁵.

Sulla base di questa premessa, nella presente sezione ci si propone di analizzare il ruolo che le autorità italiane svolgono a livello europeo nonché il grado di autorevolezza da esse raggiunto, nell'ambito del settore alimentare.

In tale direzione si è prescelto di approfondire prioritariamente l'attività dell'Istituto Superiore di Sanità, il cui ruolo è funzionale per comprendere il peso dell'Italia nel contesto europeo.

Esso, infatti, svolge funzioni di ricerca, sperimentazione, controllo, consulenza, documentazione e formazione in materia di salute pubblica e, come suindicato, è sede del *focal point* italiano per l'EFSA.

L'autorità europea ha infatti stipulato, per facilitare i rapporti tra Stati, un accordo di cooperazione che, tra i vari elementi, prevede l'istituzione in ciascuno Stato di un punto di raccordo tecnico-scientifico con l'Autorità europea, denominato, per l'appunto, *focal point*.

Rivestendo questa funzione a partire dal 2007⁶, l'ISS è tenuto ad assolvere numerose funzioni a garanzia della circolazione delle informazioni relative ai progetti di ricerca scientifica, della visibilità dell'EFSA e a supporto delle Autorità nazionali nella predisposizione dei programmi di lavoro.

Accanto al ruolo dell'ISS ci si soffermerà, inoltre, sull'attività di raccordo e collaborazione tra i soggetti competenti del nostro Paese e quelli europei, prendendo in considerazione alcuni casi emblematici in cui l'Italia ha fatto sentire la propria voce su tematiche particolarmente care al nostro mercato, quali, per esempio, la tutela del *Made in Italy* e le problematiche legate al fenomeno dell'*Italian Sounding*.

5 Al riguardo si ricorda che con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (11 febbraio 2014, n. 59), è stata disciplinata la riorganizzazione del Ministero della Salute.

6 Nel 2007 è stato infatti firmato il primo accordo dell'ISS per lo svolgimento delle funzioni come *focal point* in Italia per le tematiche di carattere tecnico-scientifico. L'accordo, che viene rinnovato di anno in anno, è disponibile al link: http://www.iss.it/binary/efsa/cont/Accordo.EFSA_MINSAL_2013.pdf.

1.1. Sul piano normativo

L'art. 9 della legge n. 883/1978 definisce l'Istituto Superiore di Sanità come l'organo tecnico-consultivo dell'intero Sistema Sanitario Nazionale, che svolge attività di ricerca, formazione, sperimentazione, controllo e consulenza della salute pubblica.

Peculiarità dell'Istituto è poi che, seppur parte integrante del Ministero della Salute, esso «*gode di un'autonomia ordinamentale, scientifica, organizzativa, amministrativa e contabile*»⁷. La sua normativa risale al R.d. 11 gennaio 1934, n. 27, relativo alla «*Creazione e funzionamento dell'Istituto di Sanità Pubblica*», ma non sono mancati interventi che hanno modificato la disciplina del settore⁸.

Come precedentemente accennato le sue funzioni sono finalizzate al raggiungimento di un alto livello di conoscenza nell'ambito della ricerca ma anche nella formazione, consulenza e controllo della salute pubblica. In riferimento alla funzione di controllo, va precisato che si tratta di un tipo di «*controllo istituzionale*»⁹, che si sviluppa su impulso delle Regioni o del Ministero della Salute e può riguardare tutti quegli elementi che, tanto a livello medico come a livello di composizione di un prodotto o di assetto territoriale, potrebbero essere in qualsiasi misura nocivi per la salute dei cittadini/consumatori.

Sulla base delle disposizioni normative, l'ISS si serve di un piano triennale di attività nel quale, per l'appunto, si stabiliscono gli obiettivi e i risultati da perseguire nell'arco del triennio, che viene reso noto al Parlamento. L'Istituto si compone di alcuni organi: il Presidente, il Consiglio di amministrazione, il Comitato scientifico ed il Collegio dei revisori. Al suo interno, esso si divide in dipartimenti, centri nazionali e servizi tecnico scientifici.

In questa sede ci si vuole soffermare, in particolare, sull'attività svolta dal Dipartimento di Sanità Pubblica Veterinaria e Sicurezza alimentare (SPVSA). Esso si occupa di tre aree tematiche: la sanità pubblica veterinaria, la sicurezza alimentare e le patologie su base nutrizionale.

Secondo quanto si legge dal sito istituzionale, l'SPVSA «*ha come missione principale*

7 E. JORIO, *Diritto della sanità e dell'assistenza sociale*, Rimini, 2013.

8 Il riferimento è ai d. lgs. nn. 267/1993, 300/1999, 419/1999, 106/2012 e, in ultimo, il DPCM n. 59/2014.

9 V. *infra*, n. 7.

la tutela e la promozione della salute della popolazione attraverso lo sviluppo di conoscenze, strumenti e strategie mirati alla sicurezza e qualità delle produzioni agroalimentari, alla lotta contro le zoonosi e alla prevenzione delle patologie associate all'alimentazione. L'attività istituzionale del Dipartimento SPVSA è rivolta alla valutazione e contenimento dei rischi legati agli alimenti e al miglioramento dello stato di salute della popolazione attraverso una corretta alimentazione»¹⁰.

Il Dipartimento inoltre accoglie alcuni laboratori e centri di riferimento nazionali ed internazionali. Tra le sue numerosissime funzioni è prioritario citare la realizzazione di studi coordinati, pareri, assistenza tecnico-scientifica, analisi di consulenza per il Sistema Sanitario Nazionale, anche su richiesta della magistratura ed altri Enti pubblici.

Inoltre, il dipartimento partecipa alle attività delle Commissioni nazionali e comunitarie per la definizione delle normative e dei parametri di valutazione della qualità igienico-nutrizionale e della sicurezza alimentare, al coordinamento del sistema di sorveglianza ENTER-NET Italia, al sistema di allerta rapido della Comunità Europea per assicurare la prevenzione dei rischi sanitari e nutrizionali associati agli alimenti, nonché alle attività dell'EMA e della Farmacopea Europea per ciò che attiene ai farmaci ad uso veterinario. Effettua, poi, l'analisi critica del Piano Integrato Annuale dei controlli sugli alimenti e programmazione del MANCP (*Multi annual national control program*) e - in ottemperanza a quanto previsto dal d. l.vo n. 267/1993, art. 2.i e d.p.r. n. 20/1/2001, n. 70, art. 2.1 - svolge attività di formazione rivolta a operatori dell'SSN.

Accanto a queste numerose attività, vi sono quelle che il dipartimento svolge come *focal point* nazionale per l'EFSA. In particolare, l'ISS assicura lo scambio di informazioni relative allo sviluppo di importanti iniziative di valutazione del rischio, sui principali risultati dei rapporti di ricerca e su eventuali tematiche che possano presentare criticità tra l'Italia e l'EFSA.

Inoltre, fornisce suggerimenti su attività scientifiche di interesse comune - con particolare riferimento all'art. 36¹¹, sullo stato di avanzamento e i principali risultati ot-

¹⁰ Per un elenco dettagliato delle attività si rimanda al seguente link: <http://www.iss.it/chis/index.php?lang=1&tipo=4&uno=1&due=1041>.

¹¹ Secondo l'art. 36 del Reg. CE 178/2002 (istitutivo dell'EFSA) e il Reg. CE 2230/2004 (sulle sue norme attuative), l'EFSA promuove la cooperazione scientifica attraverso reti europee di Organismi che operano nei settori

tenuti dalle attività scientifiche, nonché sulla gestione e sullo sviluppo delle banche dati degli esperti scientifici e delle organizzazioni di ricerca che possono assistere l'EFSA.

L'Istituto, ancora, supporta l'organizzazione ed il coordinamento a livello nazionale dello scambio di informazioni e della documentazione delle attività scientifiche di rilevanza per l'EFSA, fungendo da interfaccia tra l'Autorità europea e gli operatori nazionali della filiera agroalimentare e zootecnica e aumentando la visibilità dell'EFSA.

Infine, sulla base dell'art. 4 dell'Accordo, l'ISS si impegna a fornire all'Autorità, non più tardi di un mese dalla scadenza dello stesso, una rendicontazione delle attività più rilevanti esplicate secondo quanto prescritto nell'accordo, insieme ad un resoconto delle iniziative effettuate ed in essere, intraprese per la realizzazione delle suddette attività.

Nel rapporto possono essere contenute anche informazioni relative alle risorse umane e finanziarie impiegate.

1.2. La prassi

Dal quadro descritto finora è quindi evidente quanto numerose siano le attività svolte dall'ISS. Non potendo passare in esame ognuna di esse, si è ritenuto utile, ai fini della presente analisi, sceglierne alcune che risultano, più di altre, funzionali alla comprensione del ruolo svolto dall'Istituto in ambito europeo.

L'ISS partecipa infatti a numerosi progetti scientifici a livello europeo e, per alcuni di

di sua competenza. Nel dicembre 2006 il Consiglio di amministrazione dell'EFSA ha approvato una lista di Organismi competenti in grado di assisterla nella realizzazione dei suoi obiettivi, sulla base di designazioni effettuate da parte degli Stati Membri (lista degli Organismi ai sensi dell'art. 36). Tale lista è soggetta a periodici aggiornamenti perché i profili degli Organismi possono subire delle modifiche e anche le esigenze possono mutare a seconda degli sviluppi a livello scientifico e politico. Il riesame e l'aggiornamento della lista devono essere effettuati, rispettivamente, dagli Stati Membri e dagli Organismi. L'EFSA può: a) ricordare agli Organismi compresi nella lista di controllare che le informazioni dei rispettivi profili (questionari) siano ancora aggiornate ed informare il *Focal Point* per chiedere di agevolare il processo; b) chiedere allo Stato membro (tramite il Foro Consultivo/*Focal Point*) di controllare la lista come sopra indicato e di confermare che la lista e i profili degli Organismi (questionari) siano aggiornati. Al fine di garantire che la lista sia costantemente aggiornata e funzionale e che comprenda tutte le necessarie competenze scientifiche, l'EFSA ha emesso specifiche linee guida rivolte a tutti gli attori coinvolti - EFSA, Stato membro, Foro consultivo, *Focal point*, potenziali Organismi ai sensi dell'articolo 36, individuati dai membri del Foro Consultivo/*Focal point*, altri Organismi che mostrino interesse a cooperare con EFSA e ad essere pertanto inclusi nella Lista. La lista degli Organismi di cui all'art 36 è consultabile al link: <http://www.efsa.europa.eu/it/networks/art36.htm>.

essi, ha svolto e svolge la funzione di coordinamento.

In particolare, il progetto LIFE-ENDESIA (*"Endocrine disruptors in silico/in vitro - evaluation and substitution for industrial applications"*) di durata triennale, da luglio 2013 a giugno 2016, è coordinato dall'ISS e coinvolge anche l'Istituto di ricerche farmacologiche Mario Negri di Milano, l'Università di Napoli "Federico II" e una piccola impresa italiana, la Etna-Lead srl di Catania.

Il progetto è finanziato al 50% dalla Comunità Europea e si propone di sviluppare *«una strategia alternativa alla sperimentazione animale, innovativa ed efficiente, in termini di costi e tempistica, per applicare il principio di sostituzione a composti identificati come interferenti endocrini»*¹².

Si cerca di individuare, quindi, sostituti per alcune sostanze (ftalati, bisfenoli e paraben) che sono generalmente utilizzate in prodotti di largo consumo, ma che presentano dei rischi associati agli effetti di interferenza endocrina (le ripercussioni riguardano il sistema riproduttivo maschile e femminile e l'insorgenza di tumori e malattie del metabolismo).

I risultati saranno particolarmente rilevanti perché potranno influenzare tutte le attività industriali in cui vengono prodotti oggetti contenenti tali sostanze.

Queste ultime si trovano solitamente nei contenitori per alimenti in policarbonato e/o pvc¹³, nelle scatole metalliche per alimenti rivestite con epossidi-resine, e, più in generale, sono utilizzate nella produzione di materie plastiche, con le possibili ricadute ambientali, nonché nella produzione di dispositivi medici in pvc, di prodotti farmaceutici da banco (sciroppi o pomate) e di prodotti per la cura personale.

Al riguardo si evidenzia, inoltre, che l'attività è da tempo al vaglio degli esperti dell'Istituto che, infatti, già nel 2012, in collaborazione con il Ministero dell'Ambiente, avevano presentato il decalogo per il cittadino *«Conosci, riduci, previeni: gli interferenti endocrini»*¹⁴.

In questa funzione l'ISS è, quindi, consulente scientifico a livello nazionale e comu-

12 Cfr. EFSA, *Focal Point Newsletter*, vol. 1, n. 2, gennaio 2014: http://www.iss.it/binary/efsa/content/Newsletter_EFP_1_14.pdf.

13 Il c.d. polinivinilcloruro.

14 Consultabile al sito: <http://www.minambiente.it/pagina/il-decalogo>.

nitario e fa da interfaccia tra la ricerca e la valutazione dei rischi.

Sulla base dei report sul progetto, emerge che in questi anni sono stati fatti numerosi passi avanti e ora si sta cercando anche di mettere a conoscenza i cittadini delle suddette attività¹⁵.

Un ulteriore progetto europeo, per il quale l'ISS svolge il ruolo di coordinamento, rientra nel programma LIFE +¹⁶ prende il nome di «*Persuaded*» («*Phthalates and bisphenol A biomonitoring in Italian mother-child pairs: link between exposure and juvenile diseases*») e prevede la collaborazione dell'Ospedale pediatrico Bambin Gesù di Roma e dell'Istituto Cnr di Pisa.

Anche in questo caso il progetto si propone di misurare i livelli di ftalati e bisfenolo A (Bpa), sostanze plastificanti ubiquitarie e riconosciuti Interferenti endocrini, su cui tra l'altro anche l'EFSA si è espressa in vari pareri (i più recenti nel 2013 e 2014).

Questa volta però l'attenzione si concentra sul rischio che tali sostanze hanno sulla salute delle fasce più giovani, utilizzando «*un approccio innovativo che tiene conto dell'esposizione complessiva ambientale e alimentare*»¹⁷. In particolare, lo studio coinvolge coppie madre-figlio, soprattutto bambini e adolescenti, «*poiché appartenenti a quella fascia di età compresa tra i quattro e i quattordici anni maggiormente suscettibile e vulnerabile agli effetti di tali contaminanti*»¹⁸.

Il progetto rappresenta dunque uno studio importante per la sicurezza della salute infantile ed è inoltre esempio dell'utilizzo di tecniche avanzate e processi innovativi. Nel suo complesso, *Persuaded* è quindi uno strumento di integrazione fra ambiente di vita e sicurezza alimentare.

Accanto a questi progetti, in cui l'ISS svolge un ruolo centrale in quanto ha assunto

15 Al 15 aprile 2014 risale infatti il primo numero della *newsletter* sul progetto *Life-Edesia*.

16 LIFE+ è lo strumento finanziario europeo dedicato all'ambiente con una dotazione pari a 2,1 miliardi di euro per il periodo 2007-2013. La Commissione ha pubblicato ogni anno un invito a presentare proposte di progetti LIFE+ e nel giugno 2014 ha approvato il finanziamento di 225 nuovi progetti, selezionati tra le 1.468 domande pervenute. Tra questi vi è, per l'appunto, il programma *Persuaded*, presentato dall'ISS. Nel periodo 2014-2020 il programma LIFE proseguirà nell'ambito del nuovo regolamento LIFE per l'ambiente e l'azione per il clima, vantando per tale periodo una dotazione di 3,4 miliardi di euro. Scopo del programma LIFE è contribuire allo sviluppo della politica comunitaria nel settore ambientale, finanziando progetti che sperimentino approcci innovativi per la protezione della salute umana e dell'ambiente. Il programma comprende anche tematiche riguardanti le sostanze chimiche.

17 EFSA, *Focal Point Newsletter*, vol. 2, n. 5, maggio 2014.

18 *Ibidem*.

il coordinamento delle ricerche scientifiche, ve ne sono molti altri a cui l'Istituto sta partecipando e ai quali apporta un contributo prezioso per l'avanzamento delle ricerche.

Al riguardo è opportuno citare il progetto europeo BISTAIRS¹⁹, attraverso il quale ci si propone di intensificare l'identificazione e l'intervento breve (IPIB) nei disordini alcol-correlati ed estendere le buone pratiche sull'IPIB in tutta l'Unione Europea, riducendo le disuguaglianze sanitarie in questo ambito.

A questo scopo l'ISS si serve dell'Osservatorio Nazionale Alcol CNESPS²⁰, centro OMS per la ricerca sull'alcool. Il Progetto è stato attivato nel 2012, ha durata triennale (fino ad aprile 2015), coinvolge ricercatori di 7 enti di ricerca di 6 paesi europei ed, in questo caso, il suo coordinamento è stato affidato ad un'università tedesca, l'University Medical Center Hamburg-Eppendorf (*Centre for Interdisciplinary Addition Research - CIAR*).

L'ISS sta svolgendo un ruolo molto attivo all'interno di questo progetto. Di fatto, nella sua fase finale, è previsto che sia proprio il nostro l'Istituto a coordinare la raccolta delle esperienze attuate nei 5 paesi coinvolti e a preparare le linee guida per lo sviluppo delle future strategie per l'implementazione dell'Intervento Breve in Europa, compreso un piano concreto per una sua ulteriore diffusione in tutta l'Unione Europea.

Anche questo progetto rappresenta quindi un elemento che dimostra la consolidata collaborazione scientifica dell'ISS²¹ con gli altri organismi di ricerca europei; esso ha inoltre permesso la creazione di un *network* di eccellenza europeo costituito da sei punti nodali - sede di organismi scientifici e di ricerca - che tramite un apposito comitato scientifico, permetteranno di raggiungere risultati importanti.

Da non sottovalutare che l'ISS, poi, sarà promotore del trasferimento delle nuove tecniche anche in ambito nazionale.

Alla lista si è aggiunto recentemente un ulteriore progetto europeo per l'armoniz-

19 "Brief interventions in the treatment of alcohol use disorders in relevant settings".

20 Centro Nazionale di Epidemiologia, Sorveglianza e Promozione della Salute.

21 Al riguardo si ricordano altri importanti progetti sull'argomento a cui ha partecipato l'ISS: le terza e quarta fase del progetto dell'OMS "World Health Organization Collaborative Project on Alcohol and Primary Health Care" ed il progetto della Commissione Europea "Primary Health care European Project on Alcohol" - PHEPA.

zazione degli Studi di Dieta totale per la valutazione del rischio e la sorveglianza della salute, che prende il nome di TDS-*Exposure* (*Total diet studies*)²². Il progetto si propone di monitorare la nostra esposizione a contaminanti e altri componenti alimentari della nostra dieta, attraverso la scelta delle sostanze di interesse e delle popolazioni di consumatori, nonché attraverso il campionamento degli alimenti e di alcune sostanze per le analisi chimiche.

La valutazione del rischio e la sorveglianza della salute sono infatti fondamentali per la sicurezza dei consumatori/cittadini che hanno il diritto di mangiare cibi sani ed esenti da livelli di contaminazione pericolosi di tossine, elementi chimici o residui.

Il valore dello studio dei TDS sta nel fatto che consente di valutare i rischi derivanti da tutti i componenti della dieta e dà informazioni di lungo periodo, consentendo alle autorità regolatorie di identificare gli alimenti e i contaminanti chiave che necessitano di monitoraggio.

Tuttavia i metodi impiegati su scala europea non sono omogenei e in alcuni paesi i TDS non sono mai stati condotti. Il progetto TDS-*Exposure*, che coinvolge 26 partner di 19 Paesi ed è coordinato dall'Agenzia francese (ANSES)²³, si propone, quindi, di uniformare le procedure seguite nei diversi stati per il campionamento degli alimenti, l'analisi e la modellizzazione per la valutazione dell'esposizione. L'obiettivo è anche quello di identificare le prassi migliori per implementarle nei paesi in cui i programmi TDS non sono stati ancora sviluppati.

Alla fine del progetto sarà costituito un database che sarà uno strumento prezioso per le autorità che gestiscono e valutano i rischi alimentari come, tra le altre, l'EFSA, l'OMS e la FAO.

Sono questi alcuni dei progetti europei a cui l'ISS sta attualmente partecipando, ma ve ne sono molti altri in ambito nazionale che sono altrettanto rilevanti e che mirano alla prevenzione, al controllo e alla ricerca scientifica nell'ambito della sicurezza alimentare.

In questa sede, ci sembra opportuno citarne almeno un paio, uno relativo ai “cibi di

22 I TDS i quali caratterizzano la contaminazione degli alimenti considerando la dieta nel suo complesso invece che i singoli prodotti, dando quindi un quadro più realistico dei problemi che coinvolgono sia i consumatori sia i regolatori.

23 Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail.

strada” e un altro al botulismo alimentare.

Il primo progetto, che viene gestito da alcuni ricercatori del Dipartimento di Sanità pubblica veterinaria e sicurezza alimentare dell’Istituto, analizza i pericoli tossicologici dei “cibi di strada”²⁴.

La ricerca riguarda ogni fase del processo produttivo, dalla selezione delle materie prime alla loro conservazione, dalla preparazione dei pasti alla scelta del punto-vendita. Questo perché in ogni fase legata allo *street food* possono presentarsi dei rischi che pertanto devono essere tenuti sotto osservazione²⁵.

La ricerca, portata avanti anche in collaborazione con l’Università Cattolica del Sacro Cuore e pubblicata su una rivista scientifica internazionale²⁶, ha avuto un’eco rilevante proprio perché per la prima volta sono stati identificati i principali fattori di rischio chimico/tossicologici associati a questa pratica alimentare, suggerendo, al tempo stesso, alcune pratiche di gestione (*Point of articular attention* - Ppa).

Si sottolinea inoltre, che lo *street food* è una forma di alimentazione che caratterizza molti paesi in via di sviluppo ma, in generale, sta prendendo piede anche in Europa proprio per i nuovi stili di vita e di consumo che caratterizzano le società odierne.

Secondo stime della FAO, infatti, circa 2,5 miliardi di persone al giorno si alimentano con questi tipi di cibi. Ecco perché la ricerca dell’ISS sembra essere particolarmente utile, e non solo a livello nazionale, perché si inserisce in una realtà diffusa ed attuale.

Il secondo progetto, invece, riguarda la pubblicazione da parte dell’ISS delle linee guida sul botulismo alimentare. La tesi sostenuta dall’Istituto, infatti, è che il primo strumento per combattere questo disturbo è la prevenzione.

Le linee guida, pertanto, mirano a fornire le informazioni adeguate sulle corrette pratiche di preparazione delle conserve effettuate in ambito domestico, ponendo

24 Il cibo di strada, secondo la definizione della FAO, è costituito da quegli alimenti, incluse le bevande, già pronti per il consumo, che sono venduti (e spesso anche preparati) soprattutto in strada o in altri luoghi pubblici (come mercatini o fiere), anche da commercianti ambulanti.

25 Per maggiori dettagli sulla ricerca si rimanda alla pagina internet ad essa dedicata, consultabile al seguente link: <http://www.iss.it/pres/?lang=1&id=1394&tipo=6>.

26 *Identification and management of toxicological hazards of street foods in developing countries, Food and chemical toxicology*, vol. 63, 2014, 143-152.

l'accento sulla necessità di applicare determinati trattamenti per ottenere un prodotto sicuro.

La ricerca, presentata nel giugno 2014, è stata portata avanti in collaborazione con la Facoltà di Bioscienze e Tecnologie Agroalimentari e Ambientali dell'Università di Teramo e con il Centro Antiveleni di Pavia²⁷. La recente pubblicazione dello studio non rende possibile stimare che peso avrà al di fuori dei confini nazionali, ma è indubbio che anche questa ricerca potrà risultare molto utile poiché sull'argomento già in passato ci sono stati degli scambi di conoscenze scientifiche a livello europeo ed internazionale²⁸ a dimostrazione della rilevanza dell'argomento a livello globale.

2. RILEVANZA ED EFFICACIA DELL'ATTIVITÀ SVOLTA DALL'ISS

Alla luce di quanto analizzato sembra potersi dedurre che il nostro Istituto svolge un innumerevole quantitativo di funzioni nell'ambito delle svariate attività che gli competono. È inoltre pacifico affermare che per portare avanti la ricerca scientifica e i progetti, tanto in ambito nazionale che europeo, siano indispensabili alte competenze e una forte preparazione tecnica per le analisi in oggetto.

Non a caso l'ISS rappresenta proprio l'organismo di ricerca tecnico-scientifica a supporto del Ministero della Salute.

Quanto al ruolo che l'ISS svolge in Europa, dai progetti europei presi in esame nel precedente paragrafo, si evince che all'Istituto, la Commissione Europea e gli altri Stati Membri hanno spesso affidato un ruolo centrale, attestandone quindi la *leadership* necessaria per la conduzione delle funzioni di valutazione e di coordinamento per i progetti ad esso assegnati.

Questo contribuisce a qualificare l'elevato profilo scientifico e di ricerca dell'ISS, che diventa così un organismo, di valenza internazionale in tutte le esperienze multisettoriali che l'Italia mette al servizio dell'Europa e degli Stati Membri, costituendo lo strumento di riferimento per un *network* di eccellenza che favorisce la mobilitazione delle singole nazioni verso l'adozione di strategie comuni contro i rischi legati, tra

²⁷ Per maggiori informazioni si rimanda al seguente link: <http://www.iss.it/pres/index.php?lang=1&id=1427&tipo=6>.

²⁸ Il riferimento è al caso francese "*botulisme en France*" del 2011 e a degli studi sull'argomento portati avanti negli Stati Uniti del 2007 "*Summary of botulism cases reported*" del 2007.

gli altri, alla sicurezza alimentare.

3. CRITICITÀ

Come in tutti i settori, anche quello della sicurezza alimentare, e della salute più in generale, presenta delle criticità. In primo luogo, così come avviene per tutto il settore della ricerca, «l'ISS deve fare i conti con una progressiva e continua riduzione dei finanziamenti pubblici ordinari»²⁹. Sono, comunque, aumentati i fondi *ad hoc*, ed in particolare quelli provenienti da bandi o da altre istituzioni - così come abbiamo visto per i progetti europei - attraverso i quali si promuovono le collaborazioni scientifiche e le consulenze da parte dell'ISS.

Tuttavia, il perdurare della riduzione dei finanziamenti disponibili, legato alle ben note difficoltà dei bilanci pubblici, ha reso necessario il reperimento di finanziamenti “sul mercato”.

È quindi facilmente deducibile che non sempre questo sistema può garantire lo sviluppo di progetti che, seppur importantissimi per la salute pubblica, incontrano resistenze da parte dei privati, per la mancanza di un ritorno di tipo economico. In questi casi, pertanto, è indispensabile l'intervento dello Stato che ha proprio la funzione di arrivare laddove il mercato non riesce.

Accanto a questa prima criticità ve ne è un'altra che ad essa è strettamente legata.

Le difficoltà economiche, infatti, così come per tanti altri settori, hanno avuto ricadute negative sulle risorse umane. Anche all'interno dell'ISS vi è stato quindi un blocco delle assunzioni “ordinarie” e il contestuale aumento di personale assunto con contratti di co.co.pro. o con altre forme precarie.

Questo elemento, non solo pesa sulle persone coinvolte - di fatto la mediana di permanenza in ISS per tempi determinati e co.co.pro. è arrivata a 10 anni³⁰ - ma influisce negativamente su tutto il sistema che non può godere di stabilità nel lungo periodo. Stabilità che, invece, è indispensabile nelle ricerche scientifiche, a maggior ragione in questo settore in cui spesso durano diversi anni.

29 G. TRAVERSA, *Quale ruolo dell'ISS in una sanità federalista?*, in *Epidemiologia e prevenzione*, 2011.

30 *Ibidem*.

Inoltre, non può non considerarsi una criticità emersa di recente e cioè il commissariamento dell'ISS. Risale infatti al 15 luglio 2014, il decreto sottoscritto di Ministero dell'Economia e quello della Salute che ha previsto il commissariamento dell'ISS a causa di disavanzo finanziario registrato nel bilancio dell'Istituto per due esercizi consecutivi: un disavanzo pari a 26 milioni nel 2011 e 4,2 milioni nel 2012.

Ad aggravare la situazione, è stata proprio la stretta sui finanziamenti pubblici che, per le entrate correnti, sono passati da 125,2 milioni di euro del 2010 a 109 milioni del 2012, mentre per quelle in conto capitale, i finanziamenti pubblici sono passati da 57 milioni di euro del 2010 a 47 milioni nel 2012.

Il commissario nominato è stato Gualtiero Walter Ricciardi, ordinario di Igiene al Policlinico Gemelli. Non è ancora noto quanto durerà questa fase ma, da quanto si evince da una dichiarazione del Ministro della Salute, *«il commissariamento dovrà essere breve per permettere non solo di ricondurre in equilibrio i conti dell'Ente, ma anche di eseguire quegli interventi di efficientamento, modernizzazione e sviluppo necessari affinché l'Istituto Superiore di Sanità tenga il passo dei principali enti di ricerca internazionali»*³¹.

Infine, è al vaglio della Commissione Affari Sociali l'indagine conoscitiva sul ruolo, l'assetto organizzativo e le prospettive di riforma dell'ISS, dell'AIFA e AGENAS, in vista di un possibile processo di riforma.

Il programma dell'indagine dovrebbe concludersi entro il 30 settembre 2014 e ha l'obiettivo di acquisire elementi informativi sul funzionamento e sull'organizzazione degli enti in questione, nonché di valutare l'adequatezza e la completezza della normativa vigente in materia.

L'acquisizione di tali informazioni sarà effettuata attraverso una serie di audizioni dei soggetti interessati che, come reso noto dall'agenda settimanale di Camera e Senato, si svolgeranno nelle prime settimane di settembre³².

31 *Newsletter* del Ministero della Salute, n. 13, anno 2014.

32 Il 9 settembre 2014 sono previste le audizioni di Fabrizio Oleari ed Enrico Garaci già presidenti dell'ISS e di Stefano Vella, direttore dipartimento del farmaco dell'ISS e di Alberto Mantovani sempre dell'ISS.

4. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA LA DIVERSE AUTORITÀ COMPETENTI: LE PROPOSTE DELL'ITALIA PER LA TUTELA DEL *MADE IN ITALY*

Il *Made in Italy*, nel panorama internazionale, è stato costantemente associato ad un'idea di qualità e di eccellenza, in numerosi ambiti. Quello agroalimentare è sicuramente un settore di forza per l'Italia, che ha sempre goduto di una vasta gamma di prodotti diversificati e con un forte contenuto di tipicità.

Non a caso l'industria alimentare italiana è la seconda del Paese, rappresentandone un comparto trainante per l'economia.

Alla luce di questo contesto è quindi evidente che l'utilizzo improprio del *Made in Italy* possa apportare ingenti guadagni a chi ne fa uso e recare un danno altissimo all'*export* italiano, danneggiandone l'immagine e la tradizione che si sono affermate nel tempo.

È infatti plausibile che l'acquisto di un prodotto contraffatto scoraggi poi il consumatore ad acquistare quello originale, in primo luogo perché non in grado di riconoscerne la differenza.

La contraffazione dei prodotti agroalimentari può avvenire in alcuni casi attraverso falsificazioni evidenti, la contraffazione delle scadenze o l'utilizzo ingannevole dell'origine geografica, mentre, in altri, si verifica attraverso l'utilizzo di nomi o immagini che richiamano il nome del nostro Paese.

Quest'ultimo fenomeno prende il nome di *Italian sounding*, ovvero «l'utilizzo di denominazioni geografiche, immagini e marchi che evocano l'Italia per promuovere e commercializzare prodotti affatto riconducibili al nostro Paese. Esso rappresenta la forma più eclatante di concorrenza sleale e truffa nei confronti dei consumatori, soprattutto nel settore agroalimentare».

Per capire l'importanza del fenomeno basta osservare che, a livello mondiale, il giro d'affari annuo dell'*Italian Sounding* è stimato in circa 54 miliardi di euro, una cifra oltre il doppio dell'attuale valore delle esportazioni italiane di prodotti agroalimentari (23 miliardi di euro)³³.

33 Dati forniti dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Purtroppo la relativa normativa vigente presenta delle lacune ed è molto frammentata, anche perché gli altri Paesi europei non soffrono di questo fenomeno quanto il nostro, e pertanto è stato più difficile individuare misure compatibili. Va comunque evidenziato che il regolamento n. 1169/2011, la cui normativa, in parte, sarà resa operativa da dicembre 2014, ha previsto una specifica disposizione al riguardo.

Il testo obbliga, infatti, ad indicare in etichetta la provenienza degli ingredienti agricoli qualora la descrizione dell'alimento, anche solo visivamente, possa indurre il consumatore in errore.

Tuttavia, la normativa non è stata esente da critiche, in particolare perché ha lasciato fuori alcuni alimenti³⁴ e non riguarda quelli di origine extraeuropea.

Alla luce di questo quadro, è evidente quanto pesi il fenomeno sul nostro sistema economico e quanto grande sia la necessità di individuare dei rimedi efficaci per combatterlo. Al riguardo occorre citare un'idea che si sta portando avanti da tempo e che proprio in questi mesi potrebbe concretizzarsi.

La proposta consiste nella creazione di un marchio internazionale italiano, che probabilmente potrebbe prendere il nome di *Italian original*, da sviluppare in concomitanza con un piano di *advertising*, in grado di far riconoscere all'estero i prodotti italiani originali e distinguerli dalle imitazioni.

Il programma è al vaglio del governo e sarà presentato al Consiglio dei Ministri di settembre.

Il piano, che al momento prevede cinque azioni in Italia e cinque all'estero, dovrebbe poi concretizzarsi in un atto normativo in grado di fornire una reale soluzione al diffuso fenomeno della contraffazione. L'auspicio per il futuro, inoltre, è che usando questa soluzione si possa superare la necessità di puntare solo sulle DOP o sulle IGP favorendo l'affermazione sui mercati mondiali di prodotti veramente italiani.

Un altro caso esemplificativo del ruolo che il nostro Paese ha ricoperto a sostegno di una causa che, almeno in un primo momento, è stata tutta italiana, è quello dell'etichettatura "a semaforo".

³⁴ Non sono per esempio inclusi gli alimenti preincartati dai supermercati (salumi, piatti di gastronomia, dolci ecc.) che vengono affettati, porzionati, o anche preparati e confezionati in vaschetta direttamente nei punti vendita.

La Gran Bretagna ha proposto nel giugno del 2013 una forma volontaria di etichettatura degli alimenti preconfezionati che prevede l'utilizzo dei colori del semaforo (rosso, giallo e verde) per indicare i livelli di grassi, zuccheri e sali presenti negli alimenti. Infatti, secondo l'art. 35 del Reg. 1169/2011, agli Stati Membri è permesso di adottare «*forme di espressione e presentazioni supplementari*» dei prodotti alimentari.

Fin dalla sua implementazione tale forma di etichettatura ha suscitato numerose perplessità, perché si tratta di un sistema ad alto impatto visivo che influenza notevolmente le decisioni dei consumatori ed ha quindi ricadute sulla libera circolazione delle merci.

Inoltre, i dubbi sollevati riguardano anche l'impatto sanitario di questo tipo di etichettatura, dato che non sempre i prodotti contrassegnati con il semaforo rosso possono considerarsi realmente più nocivi per la salute, rispetto ad altri che invece godono dell'etichetta verde.

Per fare un esempio, un pesce come la sogliola riceverebbe un semaforo giallo a causa dei grassi in esso contenuti, quando invece si tratta di sostanze importanti per l'equilibrio alimentare degli individui; anche l'olio extra-vergine otterrebbe un semaforo rosso mentre una bevanda gassata con edulcoranti guadagnerebbe un semaforo verde per il basso contenuto di zuccheri.

Insomma: è del tutto evidente che una forma di etichettatura così costruita può avere ricadute negative sia sui consumatori, perché il rischio legato a «*sistemi di comunicazione semplificata, quando non semplicistica è che si concretizzino effetti distorcenti e paradossali sulla percezione dei reali apporti nutritivi*»³⁵, sia sul mercato, perché la Gran Bretagna è il quarto Paese in ordine di importanza per l'export alimentare italiano.

L'Italia ha quindi sostenuto questa tesi presentando il relativo dossier al Consiglio dei ministri della salute (Epsco) e dell'agricoltura (*Agri-Fish*), ottenendo il sostegno di 16 Paesi membri³⁶ e l'impegno della Commissione europea a valutare l'impatto

35 S. BORRELLO, *Etichettatura a semaforo, limiti e perplessità*, in *EFSA Focal Point Newsletter*, vol. 2 n. 1, 2014, 2.

36 Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Francia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Ungheria.

dell'etichettatura a semaforo sulla libera circolazione dei prodotti nel mercato interno e sulla competitività dell'industria agroalimentare dell'Unione.

La Commissione ha aperto una procedura di infrazione nei confronti della Gran Bretagna sottoponendola al vaglio dei Servizi giuridici³⁷. Tuttavia, secondo gli ultimi aggiornamenti in merito³⁸, la questione non è stata ancora risolta.

La procedura è ferma in quanto si attende il rinnovo delle cariche e la Francia, inizialmente contraria al sistema di *traffic lights* sembrerebbe ora aver aperto a questa nuova etichettatura, anche alla luce di alcuni dati statistici che non sembrano dimostrare un impatto così negativo sui consumi.

Una proposta di legge al riguardo è stata presentata dal Ministro della salute francese e sarà discussa dopo la pausa estiva.

L'Italia ha comunque svolto un ruolo importante a livello europeo, in quanto è stato il primo paese che ha sostenuto questa battaglia, riuscendo anche ad ottenere il coinvolgimento di altri Stati membri.

La questione è ancora aperta ma il governo italiano resta contrario e si propone di presentare al prossimo Consiglio dei Ministri europei una mozione contro l'etichettatura a semaforo.

È evidente che in questo contesto l'ISS non ha potuto svolgere un ruolo da protagonista, perché ovviamente è spettato al Ministero intervenire per la gestione della problematica.

Va, tuttavia, sottolineato che l'Istituto non ha mancato di dare il suo contributo attraverso la divulgazione delle informazioni sul proprio giornale³⁹ dimostrando comunque di seguire, seppur non direttamente, la causa portata avanti dal nostro paese nelle sedi di competenza europea.

37 "Europarlamento 24" consultabile al link: http://www.europarlamento24.eu/commercio-bruxelles-prepara-procedura-contro-londra-per-etichette-semaforo/0,1254,106_ART_6026,00.html.

38 Il riferimento è ad un articolo *on line* del 27 luglio 2014: <http://redazione.finanza.com/2014/07/27/calorie-alimenti-si-diffonde-in-unione-europea-lidea-dei-semafori-alimentari/>.

39 EFSA, *Focal Point Newsletter*, vol. 2, n. 1, 2014, consultabile al link: http://www.iss.it/binary/efsa/content/Newsletter_EFP_1_14.pdf.

5. CONSIDERAZIONI FINALI

In questa breve analisi ci si è posti l'obiettivo di valutare che ruolo hanno in Europa le autorità nazionali che svolgono attività nell'ambito della sicurezza alimentare e il lavoro che svolge l'Istituto Superiore della Sanità, ed in particolare il Dipartimento SPVSA che si occupa proprio di questa tematica.

Sono stati presi in esame, pertanto, alcuni progetti europei che sono in corso d'opera, e che vedono il nostro Istituto partecipare, in alcuni casi, in prima linea come coordinatore dei lavori, e in altri, come collaboratore scientifico al fianco di altri organismi di ricerca europei ed internazionali.

Accanto a tali progetti, vi sono poi altre questioni gestite dall'Istituto in ambito nazionale che hanno comunque ottenuto un'eco al di fuori dei confini italiani, a dimostrazione della validità e della preparazione scientifica dei ricercatori che di esso fanno parte.

Alla luce di quanto esposto più dettagliatamente nei paragrafi precedenti si ritiene di poter concludere che l'ISS svolge numerose funzioni, tra cui quelle a tutela della sicurezza alimentare, di cui spesso il cittadino/consumatore medio non è al corrente.

È, però, indubbio che l'Istituto abbia un ruolo importante in Europa e questo si può dedurre dal fatto che è spesso chiamato dall'Unione e dagli altri Stati per prestare consulenze tecnico-scientifiche su disparati argomenti.

Va inoltre aggiunto che laddove non svolge un ruolo di coordinamento dei progetti, all'ISS è spesso affidato il compito di gestire le fasi finali dei progetti che, com'è noto, risultano particolarmente rilevanti per tirare le fila del lavoro svolto nel corso degli anni.

Abbiamo inoltre visto che l'ISS partecipa alle attività delle Commissioni nazionali e comunitarie per la definizione delle normative e dei parametri di valutazione della qualità igienico-nutrizionale e della sicurezza alimentare, al coordinamento del sistema di sorveglianza ENTER-NET Italia e al sistema di allerta rapido della Comunità Europea per assicurare la prevenzione dei rischi sanitari e nutrizionali associati agli alimenti.

Sulla base di questi elementi è quindi possibile dedurre che esiste un chiaro nesso tra l'attività di ricerca e di consulenza scientifica svolta dall'Istituto e i processi regolatori che si formano poi a livello comunitario.

Questo perché effettivamente i risultati ottenuti nelle attività dell'Istituto, che sono finalizzate al raggiungimento di un alto livello di conoscenza nell'ambito della ricerca ma anche nella consulenza e controllo della salute pubblica, assumono poi un certo peso nei processi di regolazione. E questo non sarebbe possibile se tali attività non fossero considerate affidabili, proprio perché portate avanti efficacemente e professionalmente.

A questo si aggiunga che l'attività di interfaccia svolta dall'ISS non manca, da un lato, di dare visibilità al lavoro svolto dall'EFSA ma, al contempo, permette anche di darne all'attività di ricerca scientifica portata avanti dall'Istituto che, pertanto, non può che essere tenuta in considerazione in sede di regolazione in ambito europeo.

Sicuramente anche all'interno dell'Istituto esistono delle criticità, come evidenziate nel paragrafo precedente, e a queste occorrerà dedicare molta attenzione per non inficiare il lavoro di alto livello e di qualità portato avanti dagli scienziati.

L'auspicio è quindi che, oltre a risolvere i problemi odierni, l'Istituto faccia uno sforzo maggiore per rendere nota a tutti l'attività preziosa che svolge, non solo a livello europeo, ma *in primis* proprio nei confronti dei cittadini italiani.

L'attività di informazione è infatti fondamentale e non si può non ricordare, al riguardo, che il Ministero della Salute si sta dando molto da fare in questa direzione, con una serie di buone prassi di informazione nei confronti dei consumatori⁴⁰, come, del resto, indicato in una delle prime *newsletters* del *focal point* italiano EFSA, in cui i ricercatori si dichiaravano «convinti che è attraverso l'informazione e la divulgazione delle conoscenze - e quale strumento migliore del web in tempi di globalizzazione - che si possa rafforzare il sistema europeo di sicurezza alimentare, a partire

40 Alcune di queste prassi sono state descritte nei paragrafi precedenti ai quali si rimanda. Si veda, ad esempio, il caso delle *Linee guida per la corretta preparazione delle conserve alimentari in ambito domestico*, riportato da D. DE FILIPPIS, *Le più recenti problematiche in materia di sicurezza alimentare: botulismo alimentare, allergeni alimentari ed Ogm*; L'attività di informazione del Ministero della Salute, riportato da M.C. SOLE, *Attività di informazione del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore della Sanità*; e il caso dell'*Etichettatura degli alimenti. Cosa dobbiamo sapere*, riportato da F. TRUBIANI, *Violazione delle regole di informazione e rimedi nella vendita di alimenti*, in questo Rapporto.

dai singoli Stati membri per arrivare ad istituzioni scientifiche e tecniche, ad esperti ed interessati fino ai cittadini»⁴¹.

L'analisi ha preso infine in considerazione alcune questioni - tra cui quella, ormai annosa, della tutela del *Made in Italy* - che vanno oltre il solo ruolo dell'ISS e che riguardano l'efficacia dell'attività svolta nelle sedi europee dai soggetti italiani competenti.

Al riguardo, non c'è dubbio che l'impegno e lo sforzo finora dimostrato dall'Italia hanno portato a risultati positivi nelle competenti sedi europee.

Il percorso, tuttavia, appare ancora lungo e sarà necessario continuare a difendere con forza la qualità e la tradizione alimentare che, da sempre, contraddistinguono il nostro Paese.

41 EFSA, *Focal Point Newsletter*, vol. 1, ottobre 2012.



Settore Trasporti

SETTORE TRASPORTI

(Fabio Bassan, Simona Loiacono, Sara Perugini)

SOMMARIO: **SEZIONE I:** LA FASE DISCENDENTE (FABIO BASSAN, SIMONA LOIACONO): 1. L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. **SEZIONE II:** LA FASE ASCENDENTE: L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI NEL CONTESTO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI: SUL PIANO NORMATIVO E DELLA PRASSI (SARA PERUGINI): 1. INTRODUZIONE - 2. L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI: UN MODELLO ATIPICO NEL CONTESTO EUROPEO. - 3. LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE. - 4. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ NELL'ATTUAZIONE DELLA DIR. 2009/12/CE SUI DIRITTI AEROPORTUALI. - 5. IL RIPARTO DI ATTRIBUZIONI TRA L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI E L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE/PASSEGGERO FERROVIARIO.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

(Fabio Bassan, Simona Loiacono)

SOMMARIO:	1.	L'AUTORITÀ	DI	REGOLAZIONE	DEI	TRASPORTI	TRA
RECEPIMENTO	E	APPLICAZIONE	DIRETTA	DEL	DIRITTO	DELL'UNIONE	EUROPEA.

1. L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA (SIMONA LOIACONO)

Nel contesto della politica economica europea riguardante lo sviluppo dei trasporti, particolare rilevanza assume la tematica concernente l'analisi degli elementi di efficienza e delle criticità sottese ai modelli di protezione del consumatore "passeggero" predisposti dal legislatore comunitario e nazionale nei confronti dell'attività svolta dai professionisti di questo settore nel mercato unico europeo¹.

1 A sostegno di tale argomentazione, è da citare il dato riportato dall'interno del *Primo rapporto annuale al Parlamento* reso dall'Autorità di regolazione dei trasporti il 16 luglio 2014, 58 ss., secondo cui nel 2011 l'Italia rappresenta con i suoi 17.000 km la terza rete ferroviaria europea per estensione, preceduta da quella tedesca

Muovendo da tale premessa, il *focus* della presente analisi mira a tracciare le linee essenziali del percorso legislativo che ha condotto alla recente istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, esaminando il problema di come tale nuova Autorità si collochi nel panorama di quelle già esistenti alla luce dei poteri e delle prerogative che le vengono attribuite dal d. lgs. 17 aprile 2014, n. 70², recante la disciplina esecutiva del Reg. CE 1371/2007³ relativo alla tutela dei diritti del consumatore "passeggero" nel trasporto ferroviario internazionale, nazionale e regionale⁴.

Nel contesto giuridico nazionale, l'intervento regolatorio realizzato attraverso il suddetto d. lgs. 70/2014 è scaturito, come noto, dall'obiettivo di politica legislativa volto a dare esecuzione agli obblighi comunitari imposti all'Italia dal Reg. CE 1371/2007, entrato in vigore lo scorso 3 dicembre 2009, con riferimento a cui risulta aperta una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea⁵.

Al fine di meglio comprendere la nuova disciplina dei trasporti adottata dal legislatore nazionale in adeguamento del nostro ordinamento, risulta necessario indagare, preliminarmente, l'evoluzione normativa concernente il fenomeno della c.d. "liberalizzazione" del trasporto ferroviario nel mercato unico europeo.

Il primo e fondamentale intervento di apertura dei mercati ferroviari nazionali è da ricondurre alla dir. 91/440/CEE⁶ relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie,

con circa 33.750 km di rete e da quella francese con circa 31.000 km. Seguono il Regno Unito, con circa 16.000 km e la Spagna con circa 15.900 km. Per varie e seguenti riflessioni e riferimenti bibliografici in materia di diritto dei trasporti, si vedano *ex multis*, M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2011; M. MARESCA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporti*, Milano, 2013; S. ZUNARELLI e M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, 2013.

2 In *Gazzetta Uff.* del 6 maggio 2014, n. 103.

3 In *Gazzetta Uff. UE* del 3 dicembre 2007, n. L 315. Il Regolamento, entrato in vigore il 3 dicembre 2009, fa parte del c.d. *Terzo pacchetto ferroviario* - approvato il 23 ottobre 2007, che include anche le direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE, nonché i Regolamenti 2007/1370/CE e 2007/1372/CE - che ha rappresentato un significativo passo verso l'apertura alla piena concorrenza e alla realizzazione di un mercato ferroviario integrato a livello comunitario.

4 Alla luce della "strategia politica dei consumatori 2002 - 2006" definita dalla Commissione europea, l'obiettivo di politica legislativa perseguito da tale intervento regolatorio mira a conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei trasporti, conformemente all'art. 169 (ex art. 153) del TFUE. Su questa tematica, si vedano A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, in *Dir. ind.*, 2014, 105 ss.; A. MARINO, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Riv. dir. nav.*, 2012, 832 ss.; A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 589 ss.

5 Cfr. Procedimento n. IP/14/325 del 28.03.2014 (in <http://ec.europa.eu/transport>) attraverso cui la Commissione europea deferisce l'Italia alla Corte di giustizia dell'UE per non aver istituito un organismo ufficiale autorizzato a vigilare sulla corretta applicazione del regolamento nel suo territorio, considerata anche l'assenza di norme volte a sanzionare le violazioni delle disposizioni del Reg. CE 1371/2007. Sul punto, la Commissione rileva la necessità di queste due tipologie di misure affinché i passeggeri che si spostano in treno in Italia o dall'Italia verso altri paesi dell'UE siano in grado di far valere i loro diritti in caso di problemi durante il viaggio.

6 In *Gazzetta Uff. CE* del 24 agosto 1991, n. L 237.

la quale ha inciso in maniera determinante sull'assetto organizzativo delle imprese ferroviarie dei vari Stati membri⁷, individuando altresì specifici ambiti per l'avvio di un'effettiva liberalizzazione del trasporto ferroviario⁸.

In seguito alla suddetta dir. 91/440/CEE, il processo di apertura dei mercati ferroviari nazionali ha subito un nuovo impulso da parte della Commissione europea attraverso una serie di iniziative politiche concretizzatesi nell'approvazione del c.d. "primo pacchetto ferroviario", di cui fanno parte le direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE⁹, le quali hanno introdotto un complesso di norme fondate sul principio di "non discriminazione" in tema di accesso, tariffazione e ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria limitatamente al settore del trasporto merci.

L'insieme delle prescrizioni contenute nella cornice del primo pacchetto ferroviario ha consentito altresì l'affermarsi del principio economico di separazione tra attività di gestione dell'infrastruttura e quella di espletamento del servizio di trasporto (c.d. «*unbundling*»)¹⁰, il quale è stato recepito dall'ordinamento nazionale attraverso l'emanazione del d. lgs. 8 luglio 2003, n. 188¹¹ recante, da un lato, il riassetto societario di Ferrovie dello Stato S.p.A. con la creazione di due distinte società operative facenti capo all'omonima *holding* di proprietà dello Stato¹² e, dall'altro, l'individuazione di un organismo di regolazione *ad hoc* nel Ministero delle infrastrutture e dei trasporti¹³.

Il processo di apertura dei mercati ferroviari delineato dalla sopra citata dir. 2001/12/

7 In particolare, cfr. gli artt. 4 e 5 volti alla promozione dell'indipendenza gestionale delle imprese ferroviarie dallo Stato; l'art. 6 che impone una separazione, quantomeno sul piano contabile, delle attività inerenti la gestione dell'infrastruttura da quelle inerenti la prestazione dei servizi di trasporto.

8 *Amplius*, su questa tematica, v. L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Torino, 2009.

9 Tali direttive sono state pubblicate nella *Gazzetta Uff. CE* del 15 marzo 2001.

10 Cfr. L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, op. cit., 98 ss.

11 In *Gazzetta Uff.* del 24 luglio 2003, n. 170.

12 In quest'ottica, Trenitalia S.p.A. gestisce i servizi di trasporto - osservando la separazione contabile delle sue diverse linee, di passeggeri di media-lunga percorrenza, merci, trasporto regionale e locale - sulla base di una licenza per la fornitura dei servizi ferroviari rilasciata dal Ministero dei trasporti. In altro senso, RFI - Rete Ferroviaria S.p.A. - costituita il 1° luglio 2001 e controllata al 100% dal Gruppo Ferrovie dello Stato - gestisce l'infrastruttura, ne cura la manutenzione e programma gli investimenti per il relativo potenziamento.

13 Per una ricostruzione del processo di liberalizzazione del settore ferroviario in ambito comunitario, si vedano L. LANUCARA, *Il contesto normativo comunitario nel settore ferroviario a seguito dell'approvazione del terzo pacchetto ferroviario*, in *Riv. dir. comunitario e scambi internaz.*, 2008, 825 ss.; C. BATTISTINI, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 571 ss.; G. MASTRANDREA, *Il trasporto ferroviario*, in *Trasporti e turismo*, a cura di A. Antonini e M. Riguzzi, Torino, 2008, 396 ss.

CE ha subito un processo di accelerazione in termini qualitativi a seguito dell'approvazione del successivo c.d. *"secondo pacchetto ferroviario"*¹⁴, composto dalle direttive 2004/49/CE (c.d. *"direttiva sulla sicurezza delle ferrovie"*), 2004/50/CE (c.d. *"direttiva sull'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo"*), 2004/51/CE (c.d. *"direttiva relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie"*) e dal Reg. 881/2004/CE (c.d. *"Regolamento sull'Agenzia ferroviaria europea"*).

Sotto il profilo sistematico, tale pacchetto di riforme ha condotto a compimento il quadro di liberalizzazione dei servizi di trasporto merci, introducendo rilevanti misure in materia di sicurezza e interoperabilità dell'intero sistema ferroviario transeuropeo e riconoscendo a favore di ogni impresa ferroviaria avente sede in uno Stato membro il diritto di accesso¹⁵ alla rete ferroviaria europea per la prestazione di tutte le tipologie di servizi di trasporto internazionale delle merci.

In questo contesto, particolare rilevanza assumeva il quadro dei principi e dei criteri direttivi di cui alla dir. 2004/51/CE - recante una modifica sostanziale dell'assetto normativo delineato dalla previgente dir. 91/440/CE - in quanto introduceva la possibilità di offrire un servizio di trasporto ferroviario internazionale di passeggeri nello spazio unico europeo attraverso la costituzione di "associazioni internazionali" *ad hoc* tra imprese ferroviarie, segnando di fatto un primo passo verso la liberalizzazione del mercato del trasporto di passeggeri nello spazio unico europeo.

Nella consapevolezza di un mutato scenario economico, contraddistinto da una piena ed effettiva apertura del mercato dei servizi ferroviari nel comparto merci, il legislatore comunitario non è rimasto insensibile alle istanze di maggiore tutela di tutela del vasto pubblico di consumatori "passeggeri" del trasporto ferroviario, la cui mobilità transfrontaliera rimaneva ancorata al sopra delineato sistema delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie che offrissero servizi di trasporto internazionale.

La rimodulazione in chiave organica e sistematica delle nuove esigenze ed aspettative di riforma ha dato luogo all'approvazione del c.d. *"terzo pacchetto ferrovia-*

¹⁴ Tali provvedimenti sono stati pubblicati nella *Gazzetta Uff. CE* del 30 aprile 2004. Le direttive facenti parte del *"secondo pacchetto ferroviario"* hanno trovato attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale attraverso i decreti legislativi nn. 162 e 163 del 10 agosto 2007, pubblicati in *Gazzetta Uff.* del 08.10.2007, n. 234, introducendo alcune novità nella definizione delle condizioni necessarie a realizzare l'interoperabilità dei sistemi ferroviari transeuropei nazioni ad alta velocità e convenzionali con i corrispondenti sistemi ferroviari transeuropei.

¹⁵ L'estensione del diritto di accesso alle imprese ferroviarie è stato disposto dalla dir. 2004/51/CE.

rio”, composto dalle direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE nonché dai Regolamenti 2007/1370/CE, 2007/1371/CE e 2007/1372/CE¹⁶.

In termini di analisi economica del diritto¹⁷, questo pacchetto di riforme ha segnato una tappa significativa verso l’apertura alla piena concorrenza e la realizzazione di un mercato ferroviario integrato a livello comunitario.

In materia consumeristica, particolare rilevanza assume la prima delle direttive facenti parte del terzo pacchetto ferroviario che, nel modificare le direttive 91/440/CEE e 2001/14/CE, introduce delle novità rilevanti in materia di apertura del mercato dei servizi ferroviari internazionali di trasporto passeggeri all’interno dello spazio unico europeo, stabilendo la possibilità per le imprese ferroviarie di godere del diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso internazionale¹⁸.

Su questa materia è intervenuto in maniera significativa il legislatore comunitario attraverso il Reg. CE 1371/2007¹⁹, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario che si applica a tutti i viaggi e servizi ferroviari nella Comunità europea, forniti da una o più imprese ferroviarie titolari di licenza in virtù della dir. 95/18/CE²⁰ inerente il sistema delle licenze nel settore ferroviario²¹.

In linea generale, è stata seguita la tecnica normativa inaugurata per il trasporto

16 Tali provvedimenti sono stati pubblicati in *Gazzetta Uff. UE* del 03 dicembre 2007, n. L 315.

17 In linea generale, risulta imprescindibile il richiamo a R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1986; nella nostra dottrina, si rinvia a F. DENOZZA, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002. Da ultimo, si segnala un recente studio volto ad analizzare il contratto secondo i criteri dell’analisi economica del diritto, v. F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell’autonomia privata*, Torino, 2012.

18 Cfr. Considerando n. 7 della dir. 2007/58/CE che recita espressamente: «Per le tratte che comportano fermate intermedie, è indispensabile autorizzare i nuovi operatori di mercato a far salire e scendere passeggeri lungo il percorso per garantire a questi servizi a possibilità di essere economicamente validi e non mettere i potenziali concorrenti in una situazione sfavorevole rispetto agli operatori presenti sul mercato, che possono far salire o scendere passeggeri lungo il percorso (omissis...)».

19 Il regolamento (CE) n. 1371/2007, entrato in vigore il 3 dicembre 2009, ha tuttavia previsto un periodo transitorio di 5 anni prima che l’applicazione integrale diventasse obbligatoria in tutti gli Stati membri: per un approccio critico circa tale soluzione, v. S. AMERIO, *La tutela del viaggiatore nel trasporto ferroviario: un’occasione (forse) perduta*, in *Contratto impr./Eur.*, 2010, 491 ss. Sulle norme di tutela dei passeggeri del regolamento, v. P.G. DEMARCHI, *I disagi nel trasporto ferroviario: ritardi, lesione e morte del passeggero*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Torino, 2010, 185 ss.; V. PICCININI, *L’entrata in vigore del regolamento CE n. 1371 del 2007 sui diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*, in *Giur. merito*, 2010, 1773 ss.

20 In *Gazzetta Uff. CE* del 27 giugno 1995, n.l. 143.

21 Cfr. N. ROMANA, *Il contratto di trasporto di persone e cose per ferrovia*, in *Codice dei trasporti*, a cura di L. Tullio e M. Deiana, Milano, 2011, 1303 ss. Sull’iter della disciplina comunitaria, v. S. BUSTI, *Il difficile varo del diritto privato comunitario sul trasporto ferroviario di persone*, in *Dir. trasporti*, 2008, 9 ss.

aereo di passeggeri con il Reg. 2027/97/CE²² sulla responsabilità del vettore aereo nei confronti dei passeggeri e dei loro bagagli - oggi in vigore nel testo con le modifiche apportate dal Reg. 889/2002/CE²³ - a cui il regolamento in esame largamente si ispira²⁴.

La tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, di cui si è detto, riguarda solo uno dei settori oggetto di analoghe disposizioni a livello europeo: regolamenti dell'UE sono, infatti, in vigore anche in materia di trasporto dei passeggeri via mare e vie navigabili interne - rispetto a cui assumono rilevanza i Regolamenti 392/2009/CE²⁵ e 1177/2010/UE²⁶ - e trasporto stradale di passeggeri, disciplinato dal Reg. 181/2011/UE²⁷.

Ciò considerato, è da rilevare un elemento di criticità in termini di tutela del consumatore "passeggero" nel contesto giuridico nazionale laddove risultano assenti i provvedimenti *ad hoc* di esecuzione di questi ultimi regolamenti, nella cui cornice normativa rientra l'individuazione dell'organismo di regolazione e la relativa definizione dell'apparato sanzionatorio in caso di violazione delle norme comunitarie di riferimento²⁸.

Più nel dettaglio, in maniera conforme alla linea di politica legislativa realizzata per il trasporto aereo attraverso gli emendamenti apportati dal Reg. 889/2002/CE al Reg. 2027/97/CE e, per il trasporto marittimo, con il Reg. 392/2009/CE, il Reg. 1371/2007/CE estende (sia pure parzialmente) l'applicazione di una disciplina di diritto uniforme dettata per i trasporti internazionali anche ai trasporti che, privi dell'elemento dell'internazionalità, non vi sarebbero assoggettati: si tratta dell'appendice A della Convenzione relativa ai trasporti internazionali ferroviari di Berna del 9 maggio 1980, nel testo emendato dal Protocollo di Vilnius del 3 giugno 1999²⁹.

22 In *Gazzetta Uff. CE* del 17 ottobre 1997, n. L 285.

23 In *Gazzetta Uff. CE* del 30 maggio 2002, n. L 140.

24 In tal senso, v. S. ZUNARELLI e M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., 335 ss.

25 In *Gazzetta Uff. CE* del 28 maggio 2009, n. L 131.

26 In *Gazzetta Uff. UE* del 17 dicembre 2010, n. L 334.

27 In *Gazzetta Uff. UE* del 28 febbraio 2011, n. L 55.

28 Tale questione rientra nel quadro dell'analisi delineata in materia di diritti dei passeggeri dal Primo rapporto annuale al Parlamento reso dall'Autorità di regolazione dei trasporti il 16 luglio 2014, 135 ss., in cui viene dato riscontro delle recenti riunioni tra l'Autorità di regolazione dei trasporti e la Commissione europea aventi ad oggetto l'attuazione dei regolamenti in materia di trasporto marittimo e stradale di passeggeri.

29 Sul punto, si veda il Considerando n. 6 del Reg. CE 1371/2007. In argomento, v. S. ZUNARELLI e M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., 337 ss.

Tenuto conto delle peculiarità inerenti il settore dei trasporti ferroviari, l'art. 30 del Reg. CE 1371/2007 dispone che ogni Stato membro debba designare uno o più organismi responsabili dell'applicazione del regolamento medesimo, investiti del potere di adottare le misure necessarie per garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri.

A tale proposito, la norma comunitaria in esame espressamente sancisce l'indipendenza di tale organismo da «*qualsiasi gestore dell'infrastruttura, dall'organismo preposto all'imposizione di diritti, dall'organismo di assegnazione della capacità di infrastruttura e dall'impresa ferroviaria*».

In ottemperanza a tale previsione normativa, il legislatore nazionale ha individuato l'organismo di controllo nell'Autorità di regolazione dei trasporti³⁰ - il cui atto istitutivo è rinvenibile nell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201³¹ (c.d. decreto "*Salva Italia*"), convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214³², a sua volta modificata con d. lgs. 24 gennaio 2012, n. 1³³ (c.d. decreto "*Cresci Italia*"), da ultimo modificato dalla l. 24 marzo 2012, n. 27³⁴ - e, nelle more dell'entrata in operatività della stessa, nella direzione generale per il trasporto ferroviario del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Ciò, in quanto la predetta direzione generale ed, *in primis*, lo stesso Ministero non hanno competenze in materia di assegnazione della capacità dell'infrastruttura ferroviaria né di imposizione dei diritti per l'accesso alla stessa.

L'ultima tappa di tale evoluzione normativa è stata segnata dalla recente emanazione del d. lgs. 70/2014, recante la puntuale esecuzione degli articoli 30 e 32 del Reg. CE 1371/2007 - ai sensi dell'art. 1 della l. 15 dicembre 2011, n. 217³⁵ (c.d. *Legge comunitaria 2010*) - i quali impongono una serie di obblighi a carico delle imprese e dei gestori delle infrastrutture ferroviarie a tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario.

Alla luce degli elementi sopra evidenziati, merita di essere sottolineato come la *ra-*

30 Conformemente a quanto rilevato nella relazione illustrativa del d. lgs. 70/2014, infatti, è stato ritenuto che la suddetta Autorità rispecchiasse pienamente i requisiti di indipendenza espressamente stabiliti dall'art. 30 del Reg. CE 1371/2007.

31 In *Gazzetta Uff.* del 06 dicembre 2011, n. 284.

32 In *Gazzetta Uff.* del 27 dicembre 2011, n. 300.

33 In *Gazzetta Uff.* del 24 gennaio 2012, n. 19.

34 In *Gazzetta Uff.* del 24 marzo 2012, n. 71.

35 In *Gazzetta Uff.* del 02 gennaio 2012, n. 1.

tio legis su cui si radica la l. 24 marzo 2012, n. 27 non sia quella di istituire tanti enti regolatori per quanti sono i comparti in cui viene tradizionalmente distinto il settore dei trasporti, bensì quella di concentrare in una sola organizzazione pubblica un complesso numero di funzioni sino ad allora diluite su una consistente entità di pubbliche amministrazioni³⁶.

Sotto il profilo comparatistico, questa scelta di politica legislativa costituisce una modalità esecutiva del Reg. CE 1371/2007 a sé stante nel panorama giuridico europeo, pur collocandosi in linea con le scelte di altri Paesi membri dell'Unione europea in cui è stato utilizzato il modello di regolamentazione affidato a un'autorità amministrativa indipendente istituita *ad hoc* ovvero a un'autorità statale di trasporto³⁷.

Sotto il profilo giuridico-sostanziale, la necessità di designare un organismo *ad hoc* per la corretta applicazione del Reg. CE 1371/2007 nel contesto dei singoli Stati membri potrebbe comportare dei vantaggi in termini di maggiore qualificazione e competenza tecnica del personale amministrativo preposto a tale compito, potendo altresì vantare un canale privilegiato di comunicazione con i professionisti del settore ferroviario³⁸.

Tuttavia, un limite intrinseco all'attività di vigilanza affidata a tali nuovi organismi di regolamentazione dei trasporti potrebbe essere rinvenibile nella scarsa esperienza in materia di tutela dei diritti dei consumatori e di gestione dei reclami degli stessi, già maturata dagli organismi di *public enforcement* preposti alla tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette in ambito nazionale ai sensi della dir. 2005/29/CE³⁹.

Orientando il *focus* dell'analisi sulle modalità esecutive dell'art. 30 del Reg. CE 1371/2007 all'interno dei principali Stati membri dell'UE, vengono in evidenza due macro-modelli di *public enforcement* in relazione alla tutela del consumatore "passaggero" nei servizi di trasporto ferroviario: nel primo gruppo rientrano gli Stati che

36 Su questo argomento, v. D. ANDRACCHIO, *L'Autorità di regolazione dei trasporti e le Regioni d'Italia*, in *Rass. avv. Stato*, 2013, 133 ss.

37 Per varie e seguenti valutazioni e riferimenti statistici in materia di esecuzione del Reg. CE 1371/2007 nel contesto dei singoli Stati membri dell'UE, si veda *Evaluation of Regulation 1371/2007, Final Report*, July 2012, realizzato dallo studio Steer Davies Gleeve (SDG) di Londra per conto della Commissione europea - Direzione generale DG Move (*Mobility and Transport*), reperibile sul seguente link: <http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2012-07-evaluation-regulation-1371-2007.pdf>.

38 Cfr. *Evaluation of Regulation 1371/2007, Final Report*, July 2012, *op. cit.*, 45 ss.

39 In *Gazzetta Uff. UE* dell'11 giugno 2005, n. L 149.

hanno adottato un modello di tutela la cui esecuzione è affidata a un'autorità amministrativa indipendente, tra cui assumono rilevanza - oltre all'Autorità di regolazione dei trasporti Italiana - la Germania (*EBA - Eisenbahn-Bundesamt*)⁴⁰ e la Grecia (*Ρυθμιστική Αρχή Σιδηροδρόμων*)⁴¹.

Nel secondo gruppo rientrano gli Stati che, al fine di garantire la corretta applicazione del regolamento (CE) n. 1371/2007, hanno istituito apposite autorità statali competenti in materia di trasporto, tra cui particolare rilevanza assumono quelle della Francia (*DGCCRF - Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*) e della Spagna (*DGTT - Dirección General del Transporte Terrestre*) che, nell'ambito della propria legislazione interna di esecuzione del regolamento, non definiscono un apparato sanzionatorio specifico per le violazioni delle norme comunitarie ma si limitano a individuare una disciplina di carattere generale a tutela del consumatore "passeggero" nel settore dei trasporti⁴².

In alcuni Stati membri dell'UE, la struttura degli organismi nazionali responsabili per l'applicazione del Reg. CE 1371/2007 ha una composizione inusuale: tra questi, degni di nota sono la Svezia, in cui l'organismo responsabile per la gestione dei reclami (*Allmänna Reklamationsnämnden*) è competente per la risoluzione alternativa delle controversie e non è ufficialmente designato come Autorità nazionale di regolamentazione; la Danimarca, in cui esistono due organismi nazionali responsabili per l'applicazione del regolamento, di cui solo uno sarebbe responsabile per la gestione dei reclami e la risoluzione alternativa delle controversie (*ABTM - Ankenævnet for Bus, Tog og Metro*)⁴³.

A completamento del quadro descrittivo sopra delineato, particolare interesse assume il sistema di regolamentazione dei trasporti nel Regno Unito, in cui sussisto-

40 La normativa tedesca sui diritti dei passeggeri è rappresentata dal *Gesetz zur Anpassung eisenbahnrechtlicher Vorschriften an die Verordnung (EG) 1371/2007* del 26 maggio 2009 che istituisce la *Eisenbahn-Bundesamt* quale autorità nazionale responsabile dell'applicazione del regolamento (CE) n. 1371/2007. Il relativo apparato sanzionatorio è descritto dal General Railway Act (AEG) Article 5a(9).

41 L'esecuzione del Reg. CE 1371/2007 nell'ordinamento greco è scandita dalla legge n. 3891/2010, che all'art. 28, par. 11 definisce il ruolo e le funzioni dell'autorità nazionale di regolamentazione del trasporto ferroviario (*Ρυθμιστική Αρχή Σιδηροδρόμων*) mentre all'art. 33 definisce il relativo apparato sanzionatorio.

42 In Francia, l'art. L 2151-1 del Codice dei trasporti definisce il regime delle esenzioni applicative al Reg. CE 1371/2007. In Spagna, la normativa di riferimento è costituita dalla legge n. 39/2003 che negli articoli 89 e 91 definisce l'apparato sanzionatorio nel settore del trasporto ferroviario. Cfr. *Evaluation of Regulation 1371/2007, Final Report*, July 2012, *op. cit.*, 33.

43 Cfr. *Evaluation of Regulation 1371/2007, Final Report*, July 2012, *op. cit.*, 43.

no due diversi organismi addetti alla regolamentazione del trasporti ferroviario: il primo è competente in materia di concorrenza (*ORR - Office of Rail Regulation*); il secondo è preposto alla gestione dei reclami dei consumatori, a seconda che si tratti di viaggi da/verso Londra (*London Travelwatch*) ovvero di viaggi verso tutte le restanti destinazioni del Paese (*Passenger Focus*)⁴⁴.

In linea di sintesi, il quadro normativo sopra delineato appare dunque destinato ad avere un considerevole impatto sul sistema europeo dei trasporti, favorendo un accentuato processo di liberalizzazione del settore ferroviario e un controllo sulla concreta adozione dei provvedimenti normativi comunitari che tale obiettivo ricercano e garantiscono.

Nel contesto nazionale, risulta confermata l'autonomia del gestore dell'infrastruttura (*rectius*: *RFI - Rete Ferroviaria S.p.A.*), le cui funzioni sono soggette all'attività di vigilanza svolta dall'Autorità di regolazione dei trasporti ovvero, nelle more dell'entrata in operatività della stessa, dalla direzione generale per il trasporto ferroviario del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con particolare riguardo alla definizione dei valori del canone per le singole linee e tratte in cui è divisa la rete ferroviaria nazionale⁴⁵.

Muovendo dall'esame dei profili di *public enforcement* risultanti dalla recente istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, viene in evidenza la problematica concernente il coordinamento tra le competenze attribuite a quest'ultima e quelle proprie di altre autorità amministrative indipendenti già destinatarie di specifici poteri amministrativi nel medesimo settore, rispetto a cui assume rilevanza il riparto di attribuzioni con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)⁴⁶ e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici⁴⁷.

44 Cfr. *Evaluation of Regulation 1371/2007, Final Report*, July 2012, *op. cit.*, 43.

45 Ai sensi dell'art. 4, comma 3 del d. lgs. 17 aprile 2014, n. 70, l'organismo di controllo vigila sulla corretta applicazione del Reg. CE 1371/2007, esercita le funzioni di monitoraggio, di vigilanza nonché sanzionatorie e riferisce annualmente al Parlamento in ordine all'attività svolta.

46 Al riguardo, cfr. relazione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) - Antonio Catricalà - dell'11 luglio 2011 (provvedimento AS854 - Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario), in cui si rileva che le fattispecie previste nel Reg. CE 1371/2007 costituirebbero «*declinazioni settoriali*» di pratiche commerciali scorrette di cui alla direttiva 25/2009/CE - recepite nell'ordinamento interno attraverso il d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e confluite nel Codice del consumo - che attribuisce all'Autorità medesima i relativi poteri di accertamento e sanzione.

47 Per approfondire alcuni spunti critici concernenti il recente intervento legislativo di razionalizzazione del contesto istituzionale in materia di regolazione dei trasporti, si veda la relazione al seminario ASTRID di discussione del *paper* curato da L. TORCHIA, *L'Autorità di regolazione dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti* - Roma

Con riguardo ai rapporti con l'AGCM, l'esistenza di potenziali aree di contiguità o sovrapposizione di competenze riguarda principalmente due macro aree di intervento: la prima concerne la regolazione economica e l'applicazione del diritto *antitrust* che presuppongono specifiche analisi di mercato; la seconda attiene all'esercizio di funzioni "para-giurisdizionali" a tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori⁴⁸.

Ciò, con particolare riguardo all'attribuzione all'Autorità di regolazione dei trasporti del potere di definire eventuali controversie che dovessero insorgere tra gestore dell'infrastruttura e impresa ferroviaria, le quali potranno essere definite con decisione vincolante per tutte le parti⁴⁹.

Altrettanto significativo è l'impatto dell'Autorità di regolazione dei trasporti su altri organismi autonomi: in particolare, l'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) perde la competenza generale relativa all'istruttoria degli atti concernenti i diritti aereoportuali⁵⁰, mentre l'ANAS risulta condizionata dalle determinazioni dell'Autorità sia nella veste di concessionario autostradale, sia in quella di azionista delle società miste regionali svolgenti funzioni di concedente⁵¹.

A questi elementi si aggiungono, poi, gli effetti sulle autorità portuali in ordine ai criteri di accesso alle infrastrutture portuali e alla determinazione dei corrispettivi⁵².

Il descritto impianto di tutela pubblicistica, evidentemente, necessita di opportune e stabili soluzioni normative di raccordo istituzionale tra le rispettive competenze amministrative in materia di tutela dei consumatori nel settore del trasporto fer-

- 22 ottobre 2013 (in www.astrid.eu), 36 ss.

48 Cfr. A. TONETTI, *I rapporti con le altre autorità amministrative o di regolazione*, in *L'Autorità di regolazione dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, a cura di L. Torchia, Roma, 22 ottobre 2013 (in www.astrid.eu), 39 ss.

49 Cfr. art. 37 del d.lgs. 188/2003. Per un approfondimento, A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, op. cit., 594 ss.

50 Cfr. art. 2, comma 1, lett. e) del d.lgs. 25 luglio 1997, n. 250. Al riguardo, si evidenzia che l'art. 22, comma 2, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, fa comunque salvo il completamento delle procedure in corso volte alla stipulazione dei contratti di programma con le società di gestione aeroportuali, disponendo altresì che tali procedure debbano concludersi entro e non oltre il 31 dicembre 2012. Per un approfondimento concernente i rapporti tra l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti, v. AA.VV., *Atti del Seminario. L'attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aereoportuali: l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti*, Roma, 26 novembre 2013 (in www.enac.gov.it).

51 Relativamente alle società miste regionali, cfr. art. 2, comma 289 della l. 24 dicembre 2007, n. 244; relativamente alla riforma di ANAS, cfr. art. 36 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 e art. 11, comma 5, del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, convertito dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14; relativamente alla persistente imputazione ad ANAS delle azioni delle società miste regionali, cfr. art. 34, comma 14, lett. b) del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

52 Cfr. artt. 6, 14 e 16 della l. 28 gennaio 1994, n. 84 in materia di riordino della legislazione portuale.

roviario, anche al fine di prevenire interventi sanzionatori di carattere cumulativo laddove fondati sul contrasto a pratiche commerciali di analogo contenuto⁵³.

Tale considerazione assume maggior rilievo tenuto conto altresì della recente adozione da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti del regolamento che disciplina i procedimenti diretti all'accertamento delle violazioni del Reg. CE 1371/2007 e alla conseguente attivazione delle disposizioni sanzionatorie, ai sensi del d. lgs. 17 aprile 2014, n. 70⁵⁴.

Alla luce degli elementi qui sommariamente delineati, appare determinante il ruolo che sarà chiamato a svolgere l'Autorità di regolazione dei trasporti in funzione della corretta applicazione delle nuove tutele predisposte a favore del consumatore "passeggero", consentendo altresì di valutare in che misura le nuove disposizioni di matrice comunitaria saranno in grado di incidere sul livello complessivo di tutela rispetto agli scenari regolatori preesistenti.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE:

L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI NEL CONTESTO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI: SUL PIANO NORMATIVO E DELLA PRASSI (SARA PERUGINI)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE - 2. L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI: UN MODELLO ATIPICO NEL CONTESTO EUROPEO. - 3. LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE. - 4. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ NELL'ATTUAZIONE DELLA DIR. 2009/12/CE SUI DIRITTI AEROPORTUALI. - 5. IL RIPARTO DI ATTRIBUZIONI TRA L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI E L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE/PASSEGGERO FERROVIARIO.

⁵³ L'auspicabile riordino delle amministrazioni coinvolte dovrebbe implicare non necessariamente una soppressione ma certamente una ridefinizione chiara delle competenze così da eliminare ogni rischio di potenziale sovrapposizione e duplicazione di funzioni e compiti con ricadute negative sulla funzionalità dell'intero sistema di tutela del consumatore. *Amplius*, su questa tematica, v. A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, cit., 114 ss.

⁵⁴ Cfr. Allegato alla Delibera del Consiglio del 4 luglio 2014, n. 52, recante «Regolamento sul procedimento sanzionatorio per le violazioni delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1371/2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario».

1. INTRODUZIONE

La recente istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti, avvenuta il 17 settembre 2013, e la ancor successiva data della sua entrata in operatività, intervenuta il 15 gennaio 2014, circoscrivono inevitabilmente la ricerca alle attività svolte in questi pochi mesi e la indirizzano verso un approccio del tutto sperimentale.

Il lavoro, da un lato, analizza l'impatto che l'istituzione di una autorità indipendente competente alla quale sono devolute vaste funzioni rispetto al settore dei trasporti considerato nel suo complesso può avere in ambito europeo; dall'altro, fornisce una prima ricognizione delle attività sin ora svolte con specifico riferimento alla attuazione della dir. 2009/12/CE sui diritti aereoportuali. Infine, viene fatto cenno alle questioni che si pongono in materia di tutela del consumatore circa il riparto di competenze con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato anche alla luce dei recenti interventi legislativi.

2. L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI: UN MODELLO ATIPICO NEL CONTESTO EUROPEO

Con il travagliato percorso normativo che ha condotto alla creazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART)⁵⁵, il legislatore domestico compie la scelta di istituire una autorità amministrativa indipendente di carattere *trasversale* cui sono devolute numerose funzioni nei settori del trasporto ferroviario, portuale, aereoportuale e autostradale sino ad allora diluite su una consistente entità di pubbliche amministrazioni.

La riconduzione ad unità dell'*enforcement* pubblico su tutti comparti in cui viene tradizionalmente distinto il settore dei trasporti rappresenta un modello atipico nel contesto dell'Unione Europea.

⁵⁵ L'atto istitutivo dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti è rinvenibile nell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "*Salva Italia*") convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 successivamente modificata dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto "*Cresci Italia*") convertito in l. 27/2012.

Oltre all'Italia pochi altri Stati Membri si sono dotati di una autorità dedicata al settore dei trasporti in generale (Belgio, Danimarca, Svezia e Finlandia), mentre nella maggior parte dei casi è stato privilegiato un approccio verticalizzato. Il Regno Unito, la Francia e la Spagna hanno istituito distinte autorità con competenze *sub*-settoriali mentre altri paesi presentano un'unica autorità per tutti i settori a rete (è il caso di Germania, Olanda, Estonia, Lituania, Lussemburgo).

La peculiarità del modello globalizzato seguito dal legislatore nazionale, si coglie anche in ragione dell'assenza nel settore in esame, rispetto ad altri ambiti, di un'Autorità di regolazione unica a livello europeo, riconducibile alla descritta frammentarietà che caratterizza i modelli organizzativi e gli ordinamenti regolamentari dei vari sistemi di trasporto.

Inoltre, già ad una prima disamina dei poteri e delle funzioni che le sono attribuite dal d.l. 1/2012 convertito dalla l. 27/2012, è dato cogliere la vastità dell'ambito di intervento della nuova Autorità che è chiamata a svolgere attribuzioni di natura normativa (in materia di accesso, corrispettivi⁵⁶, diritti degli utenti e qualità dei servizi)⁵⁷ amministrativa (sia in termini di predisposizione degli schemi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva che di individuazione dei modelli tariffari), di vigilanza sulla corretta applicazione dei criteri di determinazione di tariffe, canoni e pedaggi e di *enforcement* (concretantesi nell'esercizio del potere inibitorio - cessazione condotte in contrasto con impegni determinati - e nell'emanazione di provvedimenti cautelari adottati laddove sia indifferibile la necessità di tutelare la concorrenza e gli interessi degli utenti)⁵⁸.

Sul punto, sembra che la scelta compiuta dall'Italia debba essere accolta con favore e possa assurgere a modello per le altre istituzioni europee.

⁵⁶ L'art. 36, comma 2, lett. a) fa discendere in capo all'Autorità la competenza a garantire «condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali... nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti».

⁵⁷ Sotto il versante della qualità, l'Autorità determina le condizioni minime dei servizi di trasporto, e, specificamente nel settore aeroportuale, adotta ogni misura utile volta a produrre accordi sui livelli di servizio tra gestore ed utenti. I diritti degli utenti vengono tutelati nell'individuazione di un contenuto minimo uniforme senza che ciò pregiudichi ulteriori livelli di tutela contenuti nelle singole carte di servizio adottate dai gestori.

⁵⁸ Di particolare interesse risulta la previsione legislativa di estendere all'Autorità la pratica degli impegni, mutuata dalla disciplina dell'AGCM. In tal senso l'Autorità può rendere vincolanti le misure proposte dall'impresa al fine di revocare ogni forma di contestazione mossa e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

* Le opinioni dell'autore non impegnano l'Istituzione cui appartiene.

Difatti, il carattere trasversale e la vastità dell'ambito di intervento dell'Autorità, rispetto ad altri modelli organizzativi, non solo comportano un vantaggio sul piano interno in termini di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ma sembra possano rispondere in maniera più adeguata all'esigenza di garantire sinergia tra i diversi segmenti di trasporto che rappresenta uno dei principali obiettivi delle politiche di liberalizzazione europee.

In tale contesto, i limiti che caratterizzano le funzioni attribuite all'Autorità nel settore aereo⁵⁹, rappresentano una evidente anomalia che dovrebbe essere colmata dal legislatore riconoscendo all'Autorità anche in tale settore i più ampi poteri che le sono attribuiti negli altri comparti.

3. LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

Ai fini dell'indagine sembra opportuno illustrare, seppur brevemente, le forme di cooperazione sussistenti a livello internazionale tra le istituzioni degli Stati membri competenti nel settore e le prime attività che hanno visto la partecipazione dell'Art.

La principale forma di cooperazione a livello internazionale è rappresentata dai *Network* delle autorità indipendenti coordinati dalla Commissione europea che riguardano i principali comparti in cui viene tradizionalmente distinto il settore.

In materia di trasporto ferroviario, il foro UE di confronto tra le autorità indipendenti è il *Network of European Rail Regulatory Bodies* (NERRB), nel cui ambito esse partecipano ad un confronto permanente di prassi e di esperienze e ad aggiornamenti periodici sulla attuazione delle politiche di liberalizzazione del settore e di accesso ai mercati ed alle reti. In tale sede, sono oggetto di confronto temi centrali per la politica dell'Unione.

Più nello specifico, nel corso dell'ultimo anno sono stati organizzati diversi incontri ai quali ha preso parte anche l'Autorità italiana, aventi ad oggetto il tema della operatività dei corridoi ferroviari per il trasporto delle merci disciplinati da diversi Regolamenti comunitari e finalizzati alla implementazione di accordi tra le ammini-

59 Sul punto v. par. 4 *infra*.

strazioni nazionali degli Stati membri coinvolti⁶⁰.

Sempre nel settore ferroviario i regolatori indipendenti dei paesi europei sono riuniti nel *Independent Regulators' Group - Rail* (IRG-Rail), al quale l'Autorità partecipa dal 6 maggio 2014. L'attività dell'IRG-Rail comprende attività di monitoraggio, regolazione, legislazione e accesso svolte da rappresentanti delle singole autorità nazionali e culmina nella adozione di *position paper* tematici trasmessi alla Commissione europea e pubblicati sul sito dello stesso IRG-Rail.

Le autorità indipendenti di regolazione sono inoltre invitate a partecipare periodicamente alle riunioni del *Single European Railway Area Committee* (SERAC), che riunisce i rappresentanti dei governi degli Stati membri.

Infine, l'Autorità partecipa, alle attività del gruppo di lavoro per il monitoraggio del mercato ferroviario (RMMS), coordinato dalla Commissione in vista della redazione del rapporto che, a partire da giugno 2015, dovrà presentare ogni due anni al Parlamento europeo ai sensi dell'art. 15 della dir. 2012/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (c.d. direttiva *Recast*).

In tema di trasporto aereo, deve segnalarsi che nel giugno 2014 la Commissione ha organizzato il primo Forum degli organismi indipendenti di regolazione (*Independent supervisory authorities*) del settore. L'incontro, al quale hanno partecipato anche i rappresentanti delle associazioni delle imprese aeree, ha avuto ad oggetto l'applicazione da parte degli Stati membri della dir. 2009/12/CE in materia di diritti aeroportuali. In tale occasione l'Autorità nazionale ha illustrato in sede europea i principali orientamenti e contenuti della iniziativa di regolazione approvata lo scorso 22 settembre.

Deve, infine, segnalarsi la partecipazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti anche alle recenti riunioni organizzate dalla Commissione europea aventi ad oggetto l'attuazione dei regolamenti in materia di trasporto marittimo e stradale di passeggeri. Come già evidenziato, infatti, l'Unione Europea ha privilegiato un ap-

⁶⁰ Secondo quanto è dato leggere nel Primo rapporto annuale al Parlamento reso dall'Autorità di regolazione dei trasporti il 16 luglio 2014, quest'ultima ha preso parte a diversi incontri relativi al Corridoio Mediterraneo (ex corridoio 6) al corridoio Reno-Alpi (ex corridoio 1), al corridoio Mare del Nord-Mediterraneo (ex corridoio 2) e al corridoio Scandinavia-Mediterraneo (ex corridoio 3).

proccio verticale nella definizione dei diritti dei passeggeri adottando Regolamenti distinti per ciascuna area di trasporto. Oltre al Regolamento per la tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, provvedimenti dell'Unione sono, in vigore anche in materia di trasporto marittimo e stradale (dei passeggeri via mare e vie navigabili interne - Reg. UE 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010 - e via autobus - Reg. UE 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011).

Rispetto, a tali Regolamenti, tuttavia, come già osservato non risultano ancora adottati i provvedimenti di esecuzione, nella cui cornice normativa rientra l'individuazione dell'organismo di regolazione e la relativa definizione dell'apparato sanzionatorio in caso di violazione delle norme comunitarie di riferimento.

La partecipazione dell'Autorità ai predetti incontri fa ben sperare. Sarebbe infatti auspicabile al fine di garantire una applicazione uniforme dei diritti del passeggero assegnare le relative competenze all'Autorità di Regolazione dei Trasporti già individuata dal legislatore come Autorità di controllo nel settore del trasporto ferroviario passeggeri⁶¹.

4. IL RUOLO DELL'AUTORITÀ NELL'ATTUAZIONE DELLA DIR. 2009/12/CE SUI DIRITTI AEROPORTUALI

La dir. 2009/12/CE concernente i diritti aeroportuali è stata attuata con il d.l. 1/2012 conv. in l. 27/2012.

Per «*diritti aeroportuali*» si intendono ai sensi dell'art. 2 n. 4), i prelievi riscossi a favore del gestore aeroportuale e pagati dagli utenti dell'aeroporto per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi forniti dal gestore aeroportuale (atterraggio, decollo, illuminazione parcheggio degli aeromobili, operazioni relative ai passeggeri e alle merci).

La direttiva prevede, inoltre, che venga istituita una autorità di vigilanza naziona-

⁶¹ Per una analisi dell'evoluzione normativa del trasporto ferroviario v. S. LOIACONO, *L'Autorità di regolazione dei trasporti tra recepimento e applicazione diretta del diritto dell'Unione europea*, in questo Rapporto.

le indipendente (art. 11) chiamata incaricata di assicurare la corretta applicazione delle misure adottate per conformarsi alla direttiva e di svolgere, come minimo, le funzioni di cui all'art. 6 che sostanzialmente riguardano i rapporti tra il gestore della struttura aeroportuale e gli utenti dell'aeroporto.

Nel recepire la Direttiva il legislatore nazionale ha conferito all'Autorità di Regolazione dei trasporti la funzione relativa alla «*regolazione economica dei diritti e delle tariffe aeroportuali*» (art. 36, comma 1, lett. a). In particolare, l'Autorità è titolare di un potere di regolazione economica e di vigilanza sulla determinazione dei diritti aeroportuali per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi in regime di esclusiva «*con l'approvazione dei sistemi di tariffazione e dell'ammontare dei diritti, inclusi metodi di tariffazione pluriennale, anche accorpata per servizi personalizzati, che garantiscono annualmente gli adeguamenti inflattivi*» (art. 71, comma 1).

Rispetto a quanto previsto dalla dir. 2009/12/CE secondo la quale i diritti aeroportuali sono stabiliti dal gestore, previa consultazione con gli utenti sotto il controllo dell'Autorità che deve vigilare sull'osservanza dei principi di non discriminazione e trasparenza, la normativa nazionale di recepimento assegna all'Autorità il compito di predisporre «*modelli di tariffazione*» (art. 71 comma 3 e art. 78). Inoltre, nel quadro della potestà regolatoria l'Autorità può «*operare una modulazione degli stessi diritti aeroportuali per motivi di interesse pubblico e generale compresi i motivi ambientali con impatto economico neutro per il gestore. A tal fine i criteri utilizzati sono improntati ai principi di pertinenza, obiettività e trasparenza*» (art. 75).

Nel settore aeroportuale, dunque, l'Autorità non possiede i più ampi poteri che le sono attribuiti in relazione agli altri comparti di trasporto dall'art. 36, co. 2, l. 27/2012.

In proposito deve evidenziarsi che, l'Ente nazionale di aviazione civile (ENAC) perde la generale competenza relativa all'istruttoria degli atti concernenti i diritti aeroportuali ma mantiene altre competenze in tema di sicurezza e regolazione tecnica.

La sfera di competenza dell'ENAC si estende fino alla certificazione ed al rilascio delle licenze in materia di fornitura dei servizi di navigazione aerea.

Inoltre, in forza di quanto previsto dall'art. 22, co. 2, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, mantiene le altre funzioni che le sono state attri-

buite nel periodo transitorio di completamento delle procedure in corso volte alla stipulazione dei contratti di programma con le società di gestione aeroportuali⁶².

La situazione nel settore aereoportuale rappresenta, dunque, una anomalia che ha diviso gli interpreti tra coloro che ritengono necessario un intervento del legislatore che ricollochi le responsabilità sul trasporto aereo sull'ENAC e coloro che, viceversa, optano per l'attribuzione all'Autorità anche nel settore aereoportuale dei più ampi poteri che le sono attribuiti in relazione agli altri comparti di trasporto.

In tale difficile contesto, lo scorso 22 settembre, l'Autorità ha approvato i modelli di regolazione dei diritti aeroportuali. In particolare, l'Autorità ha istituito tre diversi modelli, rispettivamente, relativi: agli aeroporti con volumi di traffico superiore ai cinque milioni di passeggeri per anno (modello I), gli aeroporti con volumi di traffico compresi tra i tre ed i cinque milioni di passeggeri per anno (modello II) ed infine gli aeroporti con volumi di traffico annuo inferiore ai tre milioni di passeggeri per anno (modello III).

I modelli, elaborati secondo i criteri indicati dalla dir. 2009/12/CE prevedono che i diritti vengano definiti nel contesto e all'esito di una negoziazione tra gestore aereoportuale e vettori, con possibilità per ciascuna parte di ricorrere all'Autorità di regolazione dei trasporti in caso di mancato accordo.

In proposito, deve evidenziarsi che il provvedimento potrebbe produrre anche degli effetti positivi per gli interessi economici dei consumatori qualora i minori esborsi richiesti alle imprese si traducano in un calo dei prezzi dei biglietti aerei.

5. IL RIPARTO DI ATTRIBUZIONI TRA L'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI E L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE/PASSEGGERO FERROVIARIO

L'introduzione nel nostro ordinamento di una nuova Autorità di settore che presen-

⁶² Per un approfondimento concernente i rapporti tra l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti, si veda AA. VV., *Atti del Seminario. L'attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aereoportuali: l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti*, Roma, 26 novembre 2013, in www.enac.gov.it.

ta tra le sue funzioni anche la tutela degli utenti ed è stata individuata dal legislatore come l'organismo responsabile dell'applicazione del Reg. CE 1371/2007 a tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, e la recente adozione da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti del regolamento che disciplina i procedimenti diretti all'accertamento delle relative violazioni, pone una generale questione di coordinamento con le altre autorità nazionali che hanno competenze in materia di tutela del consumatore.

In ambito nazionale, la questione è particolarmente avvertita rispetto alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato presso la quale, come noto, sono accentrate le principali azioni amministrative in materia di tutela del consumatore: la repressione delle pratiche commerciali scorrette (art. 27 cod. cons), il controllo amministrativo sulle clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati (art. 37-*bis* cod. cons.)⁶³ nonché, per effetto della recente novella del codice del consumo, l'*enforcement* sui «*diritti dei consumatori nei contratti*» di cui agli artt. 45-67 cod. cons che hanno recepito la dir. 2011/83/UE *consumer rights* (art. 66 cod. cons.).

Al riguardo, giova ricordare che il Reg. 1371/2007/CE impone una serie di obblighi a carico delle imprese ferroviarie, dei gestori delle infrastrutture ferroviarie e/o dei venditori di biglietti a tutela dei diritti dei passeggeri.

Ai fini della presente indagine possono in estrema sintesi distinguersi due gruppi di norme: da un lato, le disposizioni che prevedono obblighi squisitamente informativi consistenti nel diffondere, ad esempio, le informazioni sulla soppressione di servizi (art. 7), le informazioni minime prima del viaggio "*su richiesta*" del consumatore (art. 8 co. 1) e le informazioni durante il viaggio (art. 8 co. 2) nonché le informazioni relative ai diritti di cui i passeggeri beneficiano e agli obblighi che loro incombono ai sensi del Regolamento (art. 29); dall'altro, le disposizioni che contengono obblighi di *facere* quali la distribuzione biglietti mediante determinati canali (art. 9), l'istituzione di un meccanismo per il trattamento dei reclami (art. 27), nonché specifici obblighi contrattuali in caso di ritardo del treno quali, il rimborso del prezzo o la previsione di itinerari alternativi (art. 16), l'indennizzo a favore dell'utente (art. 17) l'assistenza in caso di ritardo all'arrivo o alla partenza (art. 18).

⁶³ Sul punto cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa*, op. cit., 492 ss. nonché L. ROSSI CARLEO, *Oltre il consumatore al tempo della crisi. Le nuove competenze dell'AGCM, in Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, 253.

Il provvedimento dell'Unione non sembra, almeno ad una prima lettura, presentare particolari problemi di coordinamento con la disciplina delle clausole vessatorie (art. 33 ss. cod. cons.) che, come evidenziato, è ora assistita anche dal rimedio di *public enforcement* attribuito all'Autorità.

Invero, l'art. 6, Reg. 1371/2007/CE dispone: «*gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti nel presente regolamento non possono essere soggetti a limitazioni o esclusioni, segnatamente mediante l'introduzione di clausole derogatorie o restrittive nel contratto di trasporto fermo restando che le imprese ferroviarie possono offrire al passeggero condizioni contrattuali più favorevoli delle condizioni fissate nel presente regolamento*».

Pertanto, le disposizioni del provvedimento europeo che definiscono il contenuto del regolamento contrattuale contengono norme non derogabili da parte delle imprese che, conseguentemente, in caso di violazione sono assistite dal rimedio della nullità senza che sia necessario accertarne la vessatorietà⁶⁴. A rigore, infatti, l'accertamento di vessatorietà dovrebbe riguardare unicamente le clausole che il professionista inserisce in contratti di massa nell'esercizio dell'autonomia contrattuale e non anche le clausole che violano norme imperative⁶⁵.

Per quanto riguarda il rapporto con la direttiva *consumer rights* e le relative norme di recepimento contenute negli artt. 45 ss. cod. cons., i contratti aventi ad oggetto servizi di trasporto passeggeri sono esclusi dall'ambito di applicazione della normativa fatti salvi l'art. 51, co. 2, e gli artt. 62 e 65 cod. cons.

Più nello specifico, nel caso di un contratto di trasporto passeggeri che debba «*essere concluso con mezzi elettronici*» incombono sul professionista gli obblighi informativi precontrattuali minimi circa: le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi (art. 49, lett. a); il prezzo totale dei

64 In particolare l'art. 6 del Regolamento rubricato "inammissibilità di deroghe e limitazioni" statuisce che: «*Gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti nel presente regolamento non possono essere soggetti a limitazioni o esclusioni, segnatamente mediante l'introduzione di clausole derogatorie o restrittive nel contratto di trasporto. Le imprese ferroviarie possono offrire al passeggero condizioni contrattuali più favorevoli delle condizioni fissate nel presente regolamento*».

65 In proposito deve, infatti, evidenziarsi che la sussistenza di un margine di discrezionalità nel professionista rappresenta un presupposto imprescindibile perché il vaglio del giudice in sede di *private enforcement* o l'autorità amministrativa in sede di *public enforcement* procedano ad accertare la sussistenza di un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi dei consumatori di clausole inserite in contratti di massa che non potrebbero altrimenti essere colpite.

beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore (art. 49, co. 1, lett. e)⁶⁶; la durata del contratto, se applicabile o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto (art. 49, co. 1, lett. o); se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto (art. 49, co. 1, lett. r).

Inoltre, il professionista è obbligato a rispettare gli obblighi di forma previsti dall'art. 51, co. 2, cod. cons. in mancanza dei quali il consumatore non è vincolato al contratto e, dunque, non è obbligato a pagare. In particolare, se l'ordine deve essere effettuato azionando un pulsante o un *link* questi «*riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente*».

Trovano inoltre applicazione a prescindere dalla modalità di contrattazione utilizzata, gli artt. 62 e 65 cod. cons. che, come noto, disciplinano le «*tariffe per l'utilizzo di mezzi di pagamento*» e i «*pagamenti supplementari*» nei contratti di servizio.

Non è certo questa la sede per svolgere una valutazione compiuta e esaustiva dei punti di connessione tra le due discipline, ma pare opportuno almeno qualche cenno.

Ad una prima lettura, il confronto testuale tra tali disposizioni e quelle contenute nel Regolamento sembra non evidenziare la sussistenza di particolari rischi di "conflitto" tra le due discipline.

Difatti, da un lato, gli obblighi informativi di cui all'art. 51, co. 2 cod. cons. riguardano una specifica modalità di negoziazione - il contratto di trasporto passeggeri concluso mediante mezzi elettronici - e incidono sulla fase del primo contatto sociale e/o precontrattuale dovendo essere assolti «*direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine*»; dall'altro, gli obblighi informativi posti a carico del professionista

⁶⁶ La disposizione prevede, inoltre, che: «*Nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione. Quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali. Se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo*».

dal Reg. 1371/2007/CE - fatta eccezione per le informazioni prescritte dall'art. 29 - riguardano tutti i contratti anche quelli diversi dai contratti a distanza e devono essere assolti solo a fronte di una richiesta del consumatore (è il caso delle informazioni da fornire prima del viaggio ai sensi dell'art. 8, co. 1 Reg.) o dopo che il contratto è stato concluso (come, ad esempio, le informazioni che devono essere contenute nel titolo di trasporto o quelle che devono essere veicolate durante il viaggio).

Il Regolamento, inoltre, non contiene norme che attengono alle modalità di conclusione del contratto con mezzi elettronici. La vendita dei biglietti mediante *internet* o altra tecnologia dell'informazione avente ampia diffusione rileva solo ai fini dell'obbligo dell'impresa ferroviaria di rendere disponibili i biglietti mediante questi o altri mezzi.

Infine, il provvedimento non si occupa dei mezzi di pagamento e non contiene disposizioni in merito alle modalità di acquisizione del consenso del consumatore rispetto a servizi accessori a titolo oneroso che restano disciplinati dagli artt. 61 e 63 cod. cons.

Non sembra, dunque, che almeno nel settore dei trasporto passeggeri, debba farsi ricorso a quanto disposto nell'art. 46, co. 2 cod. cons. che, come noto, si occupa del rapporto tra la normativa *consumer rights* e le norme di settore contenute in un atto dell'Unione Europea, considerando recessiva la disciplina generale di cui agli artt. 45 ss. nel caso in cui la stessa si ponga in conflitto con una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici.

Maggiori interferenze si riscontrano tra le disposizioni del Regolamento e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette che, in ragione del suo carattere generale e orizzontale, trova applicazione anche rispetto alle attività poste in essere dal professionista «*prima, durante e dopo una operazione commerciale*» nei confronti dell'utente-passeggero.

Ad esempio, nel caso in cui il professionista disattenda gli obblighi informativi imposti dal Regolamento, potrà incorrere oltre che in una violazione del provvedimento dell'Unione anche in una violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette potendo integrare una omissione informativa rilevante ai sensi dell'art. 22, co. 5 cod. cons. che, come noto, sancisce una presunzione legale di rilevanza in relazione alle informazioni richieste come obbligatorie dal diritto

comunitario. Ancora, la condotta ostruzionistica del professionista che rifiuti di rimborsare il prezzo in caso di ritardo sarà idonea ad integrare tanto una violazione del regolamento che una pratica aggressiva, potendo configurare un ostacolo non contrattuale sproporzionato e oneroso all'esercizio di un diritto da parte del consumatore (art. 25, lett. d) cod. cons.).

In effetti, non si tratta di ipotesi astratte posto che nel settore del trasporto ferroviario dei passeggeri l'Autorità ha recentemente avviato un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette nei confronti di uno dei principali operatori del settore che, secondo quanto ipotizzato in avvio, nell'esercizio della propria attività, *«avrebbe posto in essere una complessa pratica commerciale scorretta avuto riguardo al sistema di definizione e delle fattispecie di irregolarità di viaggio, delle correlate penalità e sanzioni nonché alle procedure e modalità applicative rispetto alle quali si ipotizza la sussistenza alla luce anche delle limitazioni frapposte all'acquisto di biglietti a bordo treno di indebito condizionamento nei riguardi dei consumatori»*⁶⁷.

Come noto, il rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali e le disposizioni di settore, è stato al centro di un ampio dibattito ed è stato posto a fondamento delle diverse tesi che sono state sviluppate dalla giurisprudenza per risolvere sul piano delle competenze il conflitto di attribuzioni tra l'Autorità e le altre autorità di settore⁶⁸.

Tuttavia, in sede di recepimento della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, il Governo ha introdotto una nuova disposizione *ad hoc* sulle competenze in materia di pratiche commerciali scorrette che individua, diversamente da quanto avveniva in passato, un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze⁶⁹.

⁶⁷ V. Avviso di avvio del procedimento PS/4656, in *Boll.* 12/2014.

⁶⁸ Per un approfondimento sui diversi orientamenti giurisprudenziali si rinvia a S. PERUGINI, *Rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 e ss. del codice del consumo e le discipline di settore*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 9.

⁶⁹ In particolare, l'art. 1, co. 6, d. lgs. 21/2014 ha integrato l'art. 27 cod. cons. con un nuovo comma 1-bis del seguente tenore: *«Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta»*. La norma, inoltre, prevede che: *«Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»*. In proposito v. S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento*

In particolare, la norma assegna in via esclusiva all'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano la violazione di una norma di settore. La competenza delle Autorità di settore resta ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta.

La disposizione trova dunque applicazione anche nei rapporti con l'Autorità di Regolazione dei trasporti e conseguentemente, il comportamento del gestore che violi le prescrizioni del Reg. 1371/2007/CE e integri una pratica commerciale scorretta sarà sanzionato esclusivamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Occorre tuttavia chiedersi quale sia nel settore del trasporto ferroviario di passeggeri la soluzione da privilegiare nel caso in cui il professionista rispetti le previsioni del Regolamento europeo.

In proposito, è appena il caso di rilevare che l'art. 27, co. 1 bis, cod. cons. contiene un inciso «*ferma restando la regolazione vigente*» che, secondo quanto è dato leggere nella Relazione illustrativa al decreto, dovrebbe essere interpretato nel senso di escludere l'accertamento dell'Autorità *Antitrust*, nel caso in cui la condotta del professionista sia conforme alla regolazione di settore.

In realtà, la norma deve essere letta congiuntamente all'art. 19, co. 3, cod. cons. che continua a regolare il rapporto tra la disciplina generale delle pratiche e le regole di settore. In estrema sintesi, nella valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale le regole settoriali, con riferimento ai soli specifici aspetti regolati, prevalgono sulla disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. qualora si pongano in contrasto con essa e posseggano rango comunitario.

Come noto, rispetto al significato da attribuire al termine «*contrasto*» non si è ancora giunti ad una soluzione condivisa. Tuttavia, l'approccio seguito dalla Commissione, non ancora vagliato dalla Corte di Giustizia, è nel senso di configurare il contrasto ogni qual volta la normativa di settore disciplini in modo più puntuale un dato aspetto della pratica.

dell'AGCM, in D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutela per i consumatori, in *Corriere giur.*, 2014, 44

Pertanto, almeno allo stato, stante l'indubbio rango comunitario della disciplina contenuta nel Regolamento, si può escludere che un comportamento conforme alle regole settoriali possa per quello specifico aspetto considerarsi comunque scorretto sulla base di una valutazione *ex post* effettuata sulla base della disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette⁷⁰.

L'efficacia della norma è rimessa, in ultima analisi, alla cooperazione tra Autorità che sono chiamate a regolare gli aspetti applicativi con specifici accordi.

Nel settore che ci occupa deve riconoscersi che il rapporto tra Agcm e Art sembra caratterizzato dalla reciproca collaborazione auspicata dal legislatore nazionale, atteso che nel giugno 2014 le due amministrazioni hanno prontamente sottoscritto un protocollo d'intesa al fine di regolare i reciproci interventi in materia di tutela del consumatore.

⁷⁰ Per maggiori approfondimenti v. S. PERUGINI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e la tutela del consumatore in ambito nazionale ed europeo*, in questo Rapporto.



Settore Comunicazioni Elettroniche

AREA COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: IL RUOLO DELL'AGCOM NEL PROCESSO DI REGOLAMENTAZIONE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

(Marianna Scali)¹

Nel presente articolo si analizza il contributo dell'AGCOM nei processi di attuazione, implementazione ed elaborazione della normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche.

Nella prima parte, relativa alla fase discendente, si illustrano i meccanismi di recepimento e attuazione della disciplina di settore nella complessa architettura istituzionale disegnata dalla direttiva quadro, come riformata dalla direttiva better regulation nel 2009. All'inquadramento teorico segue l'analisi delle più rilevanti ipotesi applicative degli artt. 7 e 7-bis della direttiva quadro, per verificare punti di forza e criticità dei procedimenti descritti. Da ultimo, vengono prospettati i rimedi, a livello nazionale e a livello comunitario, esperibili dai soggetti interessati per far valere eventuali vizi dei provvedimenti dell'AGCOM per contrasto con i parametri comunitari descritti.

Nella seconda parte, relativa alla fase ascendente, si inquadra il ruolo dell'AGCOM nel contesto dei regolatori europei ed extra-europei delle comunicazioni elettroniche. A tal fine, dopo aver descritto le principali piattaforme di regolazione cui partecipa l'Autorità, nonché i meccanismi di coordinamento che in esse si realizzano, si segnalano i più importanti risultati di tale forme di raccordo. Un'attenzione particolare viene riservata all'iniziativa legislativa Telecom single market, la cui analisi dimostra come le ANR, per il tramite del BEREC, siano ormai divenute interlocutori decisivi nel processo che porta all'elaborazione delle politiche in sede comunitaria.

¹ Le opinioni espresse nel presente contributo sono a titolo personale e non intendono rappresentare la posizione ufficiale dell'Autorità.

SOMMARIO: INTRODUZIONE. **SEZIONE I:** LA FASE DISCENDENTE. 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI TRA APPLICAZIONE DIRETTA E RECEPIMENTO DEL DIRITTO COMUNITARIO. - 2. I MODELLI DI COOPERAZIONE ORIZZONTALE TRA AUTORITÀ NAZIONALI E VERTICALE CON LA COMMISSIONE EUROPEA. - 3. LA PRASSI: IPOTESI APPLICATIVE DEGLI ARTT. 7 E 7-BIS DELLA DIRETTIVA QUADRO. - 3.1. IL CASO IT/2013/1489-1490 SULLE TARIFFE «UNBUNDLING». - SEGUE. I «SERI DUBBI» DELLA COMMISSIONE EX ART. 7-BIS, PAR. 1 SULLA DELIBERA 221/13/CONS. - SEGUE. IL BEREK CONDIVIDE LA POSIZIONE DELL'AUTORITÀ SULLE TARIFFE «UNBUNDLING». - SEGUE. SULLA NON FONDATEZZA DEI «SERI DUBBI» DELLA COMMISSIONE NELLA DELIBERA N. 747/13/CONS. - 3.2. IL CASO IT/2011/1219 SULLE TARIFFE DI TERMINAZIONI DI RETI MOBILI. - SEGUE. LA RACCOMANDAZIONE E LE OSSERVAZIONI DELLA COMMISSIONE SULLE TARIFFE DI TERMINAZIONE DELLE CHIAMATE. - SEGUE. IL PARZIALE ADEGUAMENTO ALLE INDICAZIONI DELLA COMMISSIONE NELLA DELIBERA N. 621/11/CONS. - 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE. - 4.1 SUL PIANO NAZIONALE. - SEGUE. L'ANNULLAMENTO DELLA DELIBERA NON CONFORME ALLE OSSERVAZIONI DELLA COMMISSIONE. - SEGUE. L'ONERE MOTIVAZIONALE DEL PROVVEDIMENTO DIFFORME. - 4.2. SUL PIANO COMUNITARIO. - SEGUE. LA SOGLIA DI DIFFORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO A RISCHIO DI PROCEDURA DI INFRAZIONE. **SEZIONE II:** LA FASE ASCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI. - 2. LE PIATTAFORME INTERNAZIONALI DI COOPERAZIONE E COORDINAMENTO. - 3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE. - 3.1. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO TELECOM SINGLE MARKET. - SEGUE. IL CONTRIBUTO DEL BEREK SULLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO. - SEGUE. IL RILIEVI DI ORDINE METODOLOGICO: L'ATTENZIONE DEL BEREK PER I PRINCIPI DI QUALITÀ DELLA REGOLAZIONE. - SEGUE. LA CONSIDERAZIONE DEI RILIEVI DEL BEREK NEL TESTO APPROVATO IN PRIMA LETTURA DAL PARLAMENTO EUROPEO.

INTRODUZIONE

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è fortemente incardinata nell'ambito comunitario, al punto da poter essere considerata parte stessa dell'*acquis*². Invero, il fulcro delle competenze che le sono attribuite è funzionale all'attuazione delle direttive in materia di comunicazioni elettroniche³. Ciò è una naturale conseguenza dello stesso assetto istituzionale ed organizzativo dell'Unione Europea, la quale, non avendo organismi propriamente esecutivi, necessita di bracci operativi all'interno degli Stati membri, per la realizzazione delle politiche decise in sede sovranazionale. Come è stato efficacemente detto, «*la Comunità è un apparato*

2 Sul punto cfr. F.R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, 99 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato - Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 89 ss.

3 Così F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto interno e ordinamento comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 27 ss.; Id., *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, 48.

che non esegue, ma fa eseguire»⁴. E tal compito, date le caratteristiche delle *policy* in materia di comunicazioni elettroniche, non poteva che essere affidata ad organismi altamente specializzati ed indipendenti dai governi nazionali⁵.

Riprendendo la terminologia comunemente utilizzata per descrivere i rapporti tra istituzioni europee e nazionali nel processo che porta alla realizzazione dell'ordinamento comunitario, è possibile distinguere - anche per ciò che attiene al ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione (di seguito ANR) in detto contesto - una fase discendente, che riguarda l'attuazione *strictu sensu* di principi e regole poste a livello sovranazionale, e una fase ascendente, relativa alla partecipazione delle ANR alla formazione delle norme comunitarie.

A questa forma di cooperazione, per così dire verticale, tra ANR e istituzioni, si è affiancata, in tempi più recenti, una forma di cooperazione orizzontale tra ANR, in tal modo innestando, «*un circolo virtuoso di rafforzamento reciproco*»⁶. Al riguardo, si segnala l'istituzione del BEREC (già ERG), quale *forum* di cooperazione tra le stesse, nonché la proliferazione di numerosi organismi di raccordo tra il livello europeo e il livello nazionale, nel quadro del «*pluralismo amministrativo*»⁷, ormai tratto caratterizzante dell'organizzazione comunitaria⁸.

Le ragioni che hanno indotto alla creazione di una struttura decisionale

4 Così G. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 654.

5 V. sul punto U. CERASOLI, *Le autorità indipendenti nel processo decisionale europeo. Un nuovo modello di organizzazione amministrativa*, in *Quad. reg.*, 2007, 907, il quale osserva che: «la regolazione settoriale, affidata sul piano nazionale ad organismi separati dagli organi di indirizzo politico, viene svincolata, in virtù della 'attrazione' dei relativi processi in ambito sopranazionale coordinato, da meccanismi tipici dell'alternanza politica che non permettono di calibrare nel medio lungo periodo quelle decisioni di politica economica assolutamente necessarie per garantire lo sviluppo equilibrato dei relativi settori; per altro verso, attraverso la creazione di una rete integrata, strutturata a livello periferico, in autorità omologhe funzionalmente e che la normativa comunitaria sempre più spesso vuole organizzativamente separate sia dai circuiti politici, sia dagli operatori di settore, e, a livello comunitario in organismi a composizione mista chiamati a coadiuvare la Commissione, in funzione di server di rete, si raggiunge l'obiettivo di sviluppare un canale amministrativo, distinto da quello che in vari modi fa capo agli esecutivi nazionali, in grado di influenzare la fase 'discendente' del processo decisionale europeo, garantendo l'uniforme applicazione della normativa comunitaria». Cfr. pure L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, in Atti del Convegno 28 febbraio 2013, *Le Autorità Amministrative Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, Palazzo Spada, Piazza Capo di Ferro, Roma, 5, ove sottolinea i vantaggi della regolazione indipendente, la quale «consente, anzitutto una produzione di regole unitaria e coerente nell'ordinamento nazionale e sempre integrata in quello europeo. Si tratta di un vantaggio significativo rispetto all'impossibilità di coordinare la produzione legislativa dei parlamenti nazionali e, più in generale, di fronte alla crisi di un potere legislativo sempre più frammentato nell'esercizio e sempre più coerente negli esiti».

6 M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 37-38.

7 C. FRANCHINI, *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 17.

8 U. CERASOLI, *Le autorità indipendenti nel processo decisionale europeo*, cit., 804.

multilivello, con così forti meccanismi di coordinamento e integrazione, sono diverse. In proposito, si rileva anzitutto, l'esigenza di assicurare un adeguato confronto e mediazione, nelle sedi istituzionali, dell'interesse degli Stati membri e dell'interesse sovranazionale; e ciò al fine di assicurare una condivisione, da parte delle ANR, degli obiettivi delle politiche europee, a garanzia di una maggiore effettività delle misure introdotte⁹. In secondo luogo, la necessità, soprattutto politica, di evitare l'accentramento nella Commissione di compiti che ne farebbero una vera e propria amministrazione di gestione¹⁰.

Da ultimo, l'obiettivo di garantire l'uniforme applicazione in tutti gli Stati membri della normativa approvata e conseguire, per tale via, la massima armonizzazione regolatoria.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI TRA APPLICAZIONE DIRETTA E RECEPIMENTO DEL DIRITTO COMUNITARIO. - 2. I MODELLI DI COOPERAZIONE ORIZZONTALE TRA AUTORITÀ NAZIONALI E VERTICALE CON LA COMMISSIONE EUROPEA. - 3. LA PRASSI: IPOTESI APPLICATIVE DEGLI ARTT. 7 E 7-BIS DELLA DIRETTIVA QUADRO. - 3.1. IL CASO IT/2013/1489-1490 SULLE TARIFFE «UNBUNDLING». - *SEGUE*. I «SERI DUBBI» DELLA COMMISSIONE EX ART. 7-BIS, PAR. 1 SULLA DELIBERA 221/13/CONS. - *SEGUE*. IL BEREK CONDIVIDE LA POSIZIONE DELL'AUTORITÀ SULLE TARIFFE «UNBUNDLING». - *SEGUE*. SULLA NON FONDATEZZA DEI «SERI DUBBI» DELLA COMMISSIONE NELLA DELIBERA N. 747/13/CONS. - 3.2. IL CASO IT/2011/1219 SULLE TARIFFE DI TERMINAZIONI DI RETI MOBILI. - *SEGUE*. LA RACCOMANDAZIONE E LE OSSERVAZIONI DELLA COMMISSIONE SULLE TARIFFE DI TERMINAZIONE DELLE CHIAMATE. - *SEGUE*. IL PARZIALE ADEGUAMENTO ALLE INDICAZIONI DELLA COMMISSIONE NELLA DELIBERA N. 621/11/CONS. - 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE. - 4.1 SUL PIANO NAZIONALE. - *SEGUE*. L'ANNULLAMENTO DELLA DELIBERA NON CONFORME ALLE OSSERVAZIONI DELLA COMMISSIONE. - *SEGUE*. L'ONERE MOTIVAZIONALE DEL PROVVEDIMENTO DIFFORME. - 4.2. SUL PIANO COMUNITARIO. - *SEGUE*. LA SOGLIA DI DIFFORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO A RISCHIO DI PROCEDURA DI INFRAZIONE.

⁹ Così A. VALASTRO, *Autorità indipendenti e integrazione europea*, in *Dir. rad.elec.*, 2004, 15, che prosegue osservando che: «In questo senso, il decentramento consente di ottimizzare la definizione e attuazione della politica regolatoria in relazione alle specificità delle realtà nazionali; mentre l'integrazione fa sì che gli interessi nazionali confluiscono in sede europea nella definizione del complessivo interesse comunitario e delle scelte regolatorie ad esso funzionali. Gli interessi relativi ai settori regolati dovrebbero così trovare composizione attraverso un processo decisionale articolato su più livelli, peraltro non gerarchico, ma circolare».

¹⁰ U. CERASOLI, *Le autorità indipendenti nel processo decisionale europeo*, cit., 805.

1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI TRA APPLICAZIONE DIRETTA E RECEPIMENTO DEL DIRITTO COMUNITARIO

Il processo di attuazione dell'ordinamento comunitario nel settore delle comunicazioni elettroniche oscilla tra spinte contrapposte: da un lato, l'obiettivo dell'armonizzazione massima nell'ottica dell'integrazione dei mercati, dall'altro, la necessità di considerare le specificità nazionali e l'aspirazione a lasciar ferma la libertà degli Stati membri nel prevedere più elevati *standard* di tutela, rispetto al *minimum* armonizzato. Il primo obiettivo, in particolare, indurrebbe a privilegiare meccanismi di attuazione diretta che garantiscono - attraverso lo strumento regolamentare - l'applicazione senz'altro uniforme in tutti gli Stati membri; le ulteriori esigenze indicate viceversa richiederebbero il coinvolgimento delle singole ANR per la realizzazione delle misure proposte e dunque il modello di recepimento proprio della direttiva.

Le misure di attuazione diretta, ove possibili, vengono di norma preferite perché assicurano la necessaria uniformità applicativa richiesta nel settore. In molti casi, tuttavia, tale opzione non è praticabile perché la complessità della materia regolata e la dimensione degli interessi implicati rendono necessario il coinvolgimento delle singole ANR per la realizzazione delle misure proposte. Ciò avviene, principalmente, nei settori relativi alla regolazione dei mercati, ove è più forte l'esigenza di adattare le strategie elaborate a livello sovranazionale alle caratteristiche dei paesi in cui dovranno essere attuate¹¹.

In questi casi, l'utilizzo dello strumento regolamentare si rivelerebbe fallimentare, perché non in grado di considerare le specificità dei singoli mercati. Di qui la necessità del meccanismo del recepimento¹², al quale tuttavia - nelle materie che presentano maggiore complessità - vengono introdotti dei «correttivi» al fine di garantire l'uniforme applicazione della normativa comunitaria. Ci si riferisce in particolare alla previsione, contenuta nella stessa fonte normativa che pone gli obiettivi fonamen-

11 Cfr. sul punto B. ARGOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 191, il quale, osserva che la regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche «ha un'origine prevalentemente comunitaria, ma la concreta dimensione è largamente determinata a livello nazionale; necessità di continui aggiustamenti, in funzione di maggiore aderenza al contesto economico e tecnologico di riferimento, ma anche di correzione del precedente quadro normativo, serve per liberalizzare, ma finisce per produrre nuove regole».

12 Il termine recepimento, in questo contributo, è utilizzato in senso ampio per ricomprendere qualsiasi misura di attuazione, esecuzione o implementazione del quadro comunitario in materia di comunicazione elettroniche.

tali da raggiungere (direttiva quadro), di regole sull'attività di recepimento che, per tale via, risulta «*procedimentalizzata*»¹³. In tal modo, il modello classico direttiva/norma di attuazione, nel quale è lasciata la più ampia libertà agli Stati membri - su forme e mezzi - per conseguire l'obiettivo prefissato, viene declinato a favore di un congegno di *notice e comment*, in cui il regolatore indipendente è indirizzato su percorsi, modalità e, di riflesso, sugli esiti del processo di recepimento.

2. I MODELLI DI COOPERAZIONE ORIZZONTALE TRA AUTORITÀ NAZIONALI E VERTICALE CON LA COMMISSIONE EUROPEA

Il sistema attualmente in uso per il recepimento della normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche è disciplinato nella direttiva quadro del 2002¹⁴,

¹³ Tale concetto viene approfondito nei paragrafi che seguono. Sui meccanismi di coordinamento procedimentale e sulla loro complessità nel settore in esame, in dottrina cfr. G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 ss.; E. CHITI, *Le ambivalenze del «concerto regolamentare europeo» nel settore delle comunicazioni elettroniche*, ivi, 19 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, cit., 689 ss.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1469 ss.; M. CLARICH e R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2009, 23 ss.

¹⁴ Dir. 2002/21/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (di seguito "direttiva quadro"). Con tale testo normativo si è proceduto all'aggiornamento degli strumenti necessari, nel nuovo contesto di apertura dei mercati, a perseguire gli obiettivi comunitari in materia di comunicazioni elettroniche. Le linee guida della riforma sono individuate nel documento della Commissione (COM, 1999, 539) intitolato "*Verso un nuovo quadro normativo per le infrastrutture delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati - Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni*" (c.d. *Review '99*). La filosofia della riforma, come è stato efficacemente sintetizzato "parte dalla premessa che il quadro normativo vigente, concepito essenzialmente per guidare il passaggio da un regime di stampo pubblicistico ad un regime di stampo concorrenziale (e dunque particolarmente attento ai profili legati alla regole di accesso al mercato), abbia sostanzialmente raggiunto il suo scopo principale, quello di creare le condizioni per un mercato competitivo, ma che risulti inadeguato a garantirne l'evoluzione. Di qui l'indicazione di tre obiettivi da perseguire: la promozione di un mercato europeo aperto e competitivo a tutela soprattutto dell'interesse del consumatore ad un rapporto ottimale tra qualità e prezzo dei servizi prestati; la promozione di un effettivo accesso di tutti i cittadini europei alla realizzazione dei benefici connessi alla realizzazione del servizio universale, preoccupandosi, al contempo, di garantire la massima trasparenza nelle tariffe e nelle condizioni d'uso dei servizi; il consolidamento del mercato interno alla luce del fenomeno della convergenza, mediante la eliminazione degli ostacoli esistenti alla fornitura di reti e servizi a livello europeo. Obiettivi da perseguire operando in più direzioni: innanzitutto, verso la progressiva unificazione delle regole, eliminando le distinzioni presenti a seconda dell'infrastruttura utilizzata e dei servizi correlati; in secondo luogo, verso un progressivo alleggerimento soprattutto della disciplina di quegli aspetti (divieti ed obblighi) che siano divenuti meno rilevanti in conseguenza dell'avvio di regimi concorrenziali e verso una loro semplificazione in virtù di un'applicazione generalizzata della sola normativa in tema di concorrenza (art. 81 ss. del Trattato CEE); in terzo luogo, verso un crescente ricorso ad atti di '*soft law*' (orientamenti, raccomandazioni, anziché atti di formazione primaria); in quarto luogo, verso una maggiore stabilizzazione, necessaria in un mercato dinamico, nel quale deve essere assicurato alle imprese un ragionevole affidamento sulle regole in base alle quali esse compiono le proprie scelte programmatiche; in quinto luogo, verso una maggiore neutralità nei confronti del tipo di infrastruttura utilizzata; infine, verso una effettiva

la quale, a seguito delle modifiche del 2009¹⁵, delinea una procedura di coordinamento tra ANR (c.d. cooperazione orizzontale) e tra ANR e Commissione europea (c.d. cooperazione verticale).

Alla base del suddetto meccanismo vi è la preventiva individuazione, con apposita raccomandazione della Commissione, dei mercati rilevanti (art. 15 della direttiva quadro)¹⁶ e degli operatori aventi significativo potere nei mercati in questione¹⁷. Tale impostazione rispecchia l'idea, accolta dal legislatore della riforma, secondo cui la disciplina dall'alto dei mercati si giustifichi solo in presenza dell'accertamento di situazioni contrarie al diritto della concorrenza. Ne consegue che, in tale contesto, l'adozione di una misura regolatoria ha come presupposto la dimostrazione della sua oggettiva necessità a rimuovere accertate problematiche concorrenziali. In questo modo, il meccanismo generalizzato di regolazione *ex ante*, vigente sotto le direttive di «prima generazione»¹⁸, viene abbandonato a favore di strumenti di intervento *ex post*, da adottare solo in casi eccezionali.

Le raccomandazioni della Commissione rappresentano la prima fondamentale indicazione alle singole ANR per la regolazione dei mercati. Queste ultime possono recepirle *tout court* o viceversa discostarsene in ragione delle specificità dei mercati e degli operatori nazionali. In questa seconda ipotesi, ai fini dell'adozione dei provvedimenti in questione, le ANR dovranno rispettare la specifica procedura contenuta nella direttiva quadro, che di seguito viene descritta.

A tal proposito, l'art. 7, par. 2, pone, anzitutto, un obbligo generale in capo alle ANR

applicazione delle regole così disposte al livello territoriale nel quale si svolge l'attività regolata" (P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 231-232).

15 Dir. 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

16 Per tali intendendosi quei mercati che, in ragione di loro caratteristiche, richiedono una specifica opera di monitoraggio in ordine al pieno rispetto del principio della libera concorrenza. Sul punto cfr. Raccomandazione della Commissione n. 2003/311/CE dell'11 febbraio 2003 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della dir. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica.

17 Ai sensi dell'art. 14 della direttiva quadro, può essere definita tale quell'impresa che "individualmente o congiuntamente ad altri, gode di una posizione di forza economica tale da non consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori".

18 Su cui cfr. S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 689 ss., che ha coniato la relativa espressione. Tra le pubblicazioni più recenti sul tema si segnala F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002.

di cooperare tra loro, con la Commissione e con il BEREC in modo trasparente, al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni della direttiva quadro e delle direttive particolari.

Oltre a tale obbligo generale, si prevedono delle regole specifiche qualora si tratti di adottare misure di particolare rilievo (definizione dei mercati e analisi della loro concorrenzialità ai sensi degli artt. 15 e 16 della direttiva quadro; imposizione di obblighi di accesso generali e specifici agli operatori aventi SPM, ai sensi degli artt. 5 o 8 della direttiva accesso) che possano influenzare gli scambi tra gli Stati membri.

In tali ipotesi, l'art. 7, par. 3, impone alla ANR di rendere accessibile il progetto della misura, con le relative motivazioni, alla Commissione, al BEREC e alle altre ANR, i quali possono presentare osservazioni entro il mese successivo alla comunicazione della proposta (art. 7, par. 3).

Particolare rilievo assumono le c.d. «*lettere di commento*» della Commissione¹⁹, prive di efficacia vincolante per le ANR²⁰, e tuttavia significative in ragione della loro autorevolezza, nonché per le conseguenze, sul piano procedimentale, di una loro eventuale disattesa²¹.

Una prescrizione ulteriore è poi prevista nell'ipotesi in cui la misura da emanare nei settori di cui sopra sia volta a identificare un mercato rilevante differente da quelli previsti dalla raccomandazione ai sensi dell'art. 15 della direttiva quadro ovvero a decidere sulla designazione o meno di imprese con potere di mercato significativo ai sensi dell'art. 16 della direttiva quadro. In questi casi, se la Commissione rileva che «*il progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o dubita se-*

¹⁹ In dottrina si è evidenziata la frequenza e l'invasività delle lettere di commento rispetto al potere discrezionale dell'autorità di «*applicare in modo coerente e proporzionato alle esigenze competitive rilevate localmente, tanto da configurare un giudizio che riesamina nel merito le scelte tecniche adottate alla luce delle condizioni competitive del mercato nazionale. La Commissione non si limita a valutare approfonditamente le analisi e le proposte di rimedi con le relative motivazioni, ma confronta e ribadisce le proprie posizioni rispetto a quanto già affermato nello stesso mercato nazionale in occasione di precedenti notifiche (quindi in un diverso contesto temporale e concorrenziale) oppure presso altri mercati europei*» (G. NAVA, *L'evoluzione della regolamentazione ex ante nelle comunicazioni elettroniche: il ruolo della Commissione e dei Regolatori nazionali tra diritto della concorrenza e politica industriale*, in *Dir. merc. tecn.*, 2013, 44).

²⁰ La natura non vincolante delle lettere di commento è pacifica sia nella giurisprudenza comunitaria (per tutte cfr. Trib. UE, ord. 12 luglio 2007, caso T-109/06, *Vodafone in Raccolta* 2007, 5151, par. 90 e 91) che amministrativa (per tutte cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, 29 gennaio 2009, n. 895, su www.giustizia-amministrativa.it).

²¹ Sebbene non vincolanti, l'Autorità deve tenerle nella «*massima considerazione*»; ne deriva un obbligo rafforzato di motivazione laddove intenda disattendere. Cfr. sul punto, per tutte, TAR Lazio, Sez. III-ter, 22 gennaio 2009, n. 895, cit.).

riamente della sua compatibilità con il diritto comunitario ed in particolare con gli obiettivi di cui all'art. 8», il provvedimento non può essere adottato per ulteriori due mesi, nei quali la Commissione dovrà valutare se bloccare o formulare proposte emendative (art. 7, par. 4). Prima di adottare tale decisione la Commissione dovrà acquisire il parere del BEREC, da considerare con la massima attenzione. Detta decisione deve essere accompagnata da un'analisi dettagliata e obiettiva dei motivi per i quali la Commissione considera che il progetto di misura non debba essere adottato, congiuntamente all'indicazione delle modifiche necessarie a renderlo conforme alla normativa comunitaria (art. 7, par. 5).

Se la Commissione che ha adottato una decisione conformemente al par. 5 impone all'ANR di ritirare un progetto di misura, questa è tenuta a ritirarlo nei sei mesi successivi (art. 7, par. 6), di talché viene cristallizzato un vero e proprio potere di veto in capo alla Commissione. Tale potere, tuttavia, ha visto una scarsa applicazione pratica²².

In proposito, si è correttamente osservato come è la stessa previsione di un potere di veto in capo alla Commissione ad aver avuto un'efficacia deterrente per le ANR rispetto alla proposizione di misure potenzialmente in contrasto con gli obiettivi comunitari. A ciò si aggiunga il rilievo che, con gli artt. 9-13 della direttiva accesso²³, il legislatore comunitario ha provveduto ad individuare appositi rimedi regolamentari per prevenire le problematiche concorrenziali che potrebbero manifestarsi nel corso dell'analisi dei mercati, nonché la considerazione che la Commissione, grazie al frequente utilizzo di raccomandazioni e orientamenti²⁴, ha facilitato le ANR nell'individuazione degli strumenti regolamentari compatibili con le esigenze del diritto della concorrenza. Tali strumenti, dunque, hanno contribuito ad identificare «l'ortodossia comunitaria sui mercati oggetto di regolamentazione ex ante»²⁵.

Regole specifiche vengono altresì dettate (art. 7-bis) nell'ipotesi in cui oggetto della

22 Secondo il Memo/09/539 del 7 dicembre 2009, «EU Telecoms: the article 7 procedure, the role of the European Commission and the impact of the EU Telecom Reform», il potere di veto è stato utilizzato solo nello 0,7% delle notifiche ricevute.

23 Dir. 2002/19/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime.

24 Tale strumento di armonizzazione è previsto dall'art. 19, par. 1, della direttiva quadro ove stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché le ANR «tengano nella massima considerazione tali raccomandazioni» nell'assolvere gli obblighi e nel perseguire gli obiettivi di cui all'art. 8.

25 G. NAVA, *L'evoluzione della regolamentazione ex ante*, cit., 38.

misura sia l'imposizione, la modifica o la revoca degli obblighi regolarmente imposti ad un operatore avente significativo potere di mercato (di seguito SPM). In tal caso la Commissione può inviare, entro il termine di un mese dalla notifica della proposta di provvedimento, una lettera di commenti nella quale segnala che «*dubita seriamente della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario*» e disporre la sospensione del procedimento per tre mesi, al fine di verificare, in collaborazione con il BEREC e con le ANR, le misure da adottare (c.d. fase I).

Entro sei settimane dall'avvio del periodo di *stand still*, il BEREC emana un parere sulla comunicazione contenente i «seri dubbi» della Commissione. In particolare, ove il BEREC condivida i seri dubbi della Commissione e ritenga superabile la problematica regolamentare lamentata, propone un rimedio ad *hoc*.

Qualora viceversa non esprima alcun parere ovvero non condivida i dubbi della Commissione, quest'ultima, entro due mesi dall'avvio della fase di *stand still*, può formulare una raccomandazione (non vincolante) alle ANR ai sensi dell'art. 19 della direttiva quadro, oppure revocare i propri dubbi sul rimedio proposto²⁶ (c.d. fase II).

3. LA PRASSI: IPOTESI APPLICATIVE DEGLI ARTT. 7 E 7-BIS DELLA DIRETTIVA QUADRO

Se è indubbio il contributo che la sinergia tra BEREC, Autorità e Commissione apporta alla qualità della regolazione, cionondimeno la circostanza del coinvolgimento di una pluralità di soggetti - parimenti qualificati e istituzionalmente chiamati a perseguire gli stessi obiettivi - aumenta la complessità del processo decisionale²⁷.

A parte gli inevitabili aggravii procedurali, si pone l'interrogativo sul valore da at-

²⁶ Deve tuttavia segnalarsi che in un caso specifico è attribuito una sorta di potere di veto alla Commissione sui rimedi. Si fa riferimento all'art. 8.3 (ii) della direttiva quadro, ove si prevede espressamente che se l'ANR intende imporre agli operatori aventi notevole forza di mercato obblighi in materia di accesso e di interconnessione diversi da quelli di cui agli artt. da 9 a 13 della direttiva accesso (ovvero quelli indicati negli artt. 46-50 CEE) ne fa richiesta alla Commissione che, tenendo nella massima considerazione il parere del BEREC, adotta una decisione che autorizza o impedisce all'ANR di autorizzare tale misura (Cfr. sul punto F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario*, cit., 48 e G. NAVA, *L'evoluzione della regolamentazione ex ante*, cit., 38).

²⁷ Tale aspetto in dottrina è stato sottolineato già da C. FRANCHINI, *Le relazioni tra le agenzie europee*, cit., 16; U. CERASOLI, *Le autorità indipendenti nel processo decisionale europeo*, cit., 809; nonché M. CLARICH e G. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., 24 i quali osservano come le «*complesse e articolate procedure*» descritte impegnerebbero le ANR in una sorta di «*giostra regolatoria permanente*».

tribuire agli atti endoprocedimentali di tali soggetti nell'ipotesi in cui contengano valutazioni divergenti.

Sorge, in particolare, l'esigenza di stabilire il confine tra la discrezionalità dell'Autorità nell'effettuare valutazioni di tipo tecnico in relazione ai singoli mercati nazionali e il potere della Commissione di intervenire a salvaguardia della competitività nel suo complesso.

La questione assume una particolare rilevanza sia dal punto di vista teorico, implicando la definizione dei rapporti di forza tra Commissione e ANR, sia dal punto di vista pratico, per le conseguenze che ne derivano sotto il profilo dei rimedi esperibili dai soggetti interessati rispetto ad una decisione dell'Agcom che si ipotizzi non conforme alle indicazioni della Commissione e lesiva della propria posizione giuridica.

3.1. Il caso IT/2013/1489-1490 sulle tariffe “*unbundling*”

Il tema del valore degli atti endoprocedimentali dei soggetti coinvolti nel processo regolamentare riveste particolare attualità, in considerazione delle recente «braccio di ferro» tra Commissione, da un lato, e Autorità e BEREC, dall'altro, a proposito della vicenda dell'«*unbundling*».

Per «caso *unbundling*», la stampa specialistica intende indicare il procedimento di approvazione delle tariffe che gli operatori alternativi a Telecom Italia (*Other Licensed Operator*, di seguito OLO) devono pagare a quest'ultimo, per utilizzare quel tratto di rete in rame che collega la casa dell'utente alla prima centrale telefonica (c.d. ultimo miglio). In relazione a tale servizio, Telecom Italia è stata identificata quale operatore SPM²⁸ e in ragione di ciò le sono stati imposti specifici obblighi.

In particolare, al fine di evitare che Telecom Italia ottenesse un ingiustificato vantaggio dal detenere un significativo potere nel mercato in esame, l'Autorità ha imposto il controllo dei costi del servizio *unbundling*, provvedendo a determinare il regime tariffario del canone per l'accesso disaggregato alla rete locale ULL (*unbundling lo-*

²⁸ Del. n. 314/09/CONS relativa all'individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un SPM nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati n. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/879/CE).

cal loop)²⁹ e per l'accesso alla banda larga all'ingrosso (WBA, *Wholesale broadband access*), meglio noto come *bitstream*³⁰, nell'ambito del procedimento di analisi dei mercati. In tale contesto si colloca l'approvazione, da parte dell'Agcom, di provvedimenti di determinazione del prezzo delle tariffe relative a tali servizi.

La vicenda in esame, nello specifico, ha preso le mosse dalla scelta dell'Agcom di fissare - per il 2013 - i prezzi per l'accesso alla rete in rame di Telecom Italia e per l'accesso alla banda larga all'ingrosso sulla base dell'offerta di riferimento proposta da Telecom Italia per l'anno 2013, invece che sulla base della terza analisi del mercato al dettaglio per la rete telefonica pubblica in postazione fissa (mercato n. 1), del mercato dell'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete, compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato (mercato n. 4) e del mercato dell'accesso della banda larga all'ingrosso (mercato n. 5), come viceversa essa aveva pre-annunciato.

Una simile scelta ha condotto ad un abbassamento dei prezzi di accesso alla rete di Telecom Italia, con una riduzione del canone ULL a 8,68 euro al mese dagli attuali 9,28, e una riduzione del canone *bitstream* dai 22 ai 15,4 euro al mese, con soddisfazione per gli OLO e preoccupazioni per Telecom Italia.

Segue. I “seri dubbi” della Commissione ex art. 7-bis, par. 1 sulla delibera 221/13/CONS

²⁹ L'ULL (*unbundling local loop*) è il doppino di rame relativo all'ultimo miglio della telefonia fissa di cui dispone Telecom Italia e che è necessario agli OLO che non abbiano duplicato l'infrastruttura d'accesso per erogare i servizi di comunicazione elettronica. Tale tratto della rete, invero, consente di collegare la prima centrale dell'OLO alla sede dell'utente. In caso di ULL, tale cavo viene affittato all'OLO, ma la gestione della linea è di Telecom Italia la quale dunque deve occuparsi anche di ripristinare gli eventuali disservizi.

³⁰ Si parla di *bitstream* quando l'operatore telefonico dominante (nel caso italiano Telecom Italia) fornisce un servizio di accesso a banda larga ad un cliente finale e, allo stesso tempo, mette a disposizione la medesima infrastruttura di telecomunicazione ai suoi concorrenti. Questa tipologia di accesso alla rete non presuppone nessun accesso diretto da parte dell'OLO all'infrastruttura stessa: sarà sempre l'operatore dominante a gestire, controllare e mantenere l'intera linea. Il servizio *bitstream* è quindi utilizzato per garantire anche ai cosiddetti OLO gli stessi diritti di accesso all'infrastruttura posseduti dal gestore stesso. La tratta di accesso garantita dal servizio *bitstream* va dalla postazione del cliente finale (la presa telefonica di casa o di ufficio cui ci si collega per avere accesso ad *internet*) sino alla centrale di competenza del gestore telefonico dominante. Qui, grazie ad un apparato (*Digital Subscriber Line Access Multiplexer*), avviene la moltiplicazione dei segnali (i pacchetti dei singoli clienti vengono raggruppati e trasmessi utilizzando un'unica linea) e il flusso così creato viene instradato verso il [POP](#) (*Point of Presence*, punto di presenza) dell'operatore concorrente. Sarà poi il POP ad occuparsi dello smistamento del traffico risultante e dell'instradamento finale verso l'infrastruttura di rete gestita dall'operatore alternativo.

La posizione dell'Autorità sulle tariffe «*unbundling*», notificata alla Commissione in data 12 luglio 2013, è stata sin da subito contestata dall'istituzione comunitaria, la quale ha mostrato di non comprendere molte delle scelte di fondo prese dall'Agcom. In particolare, nonostante le puntuali risposte fornite dall'Autorità alle diverse richieste di informazioni inviate dalla Commissione, quest'ultima ha notificato all'Agcom e al BEREC, una lettera di commento ai sensi dell'art. 7-bis, par. 1, della direttiva quadro, nella quale esprimeva perplessità in merito alla compatibilità dello schema di provvedimento proposto con il diritto dell'Unione Europea.

La posizione critica della Commissione è stata confermata anche a seguito del parere del BEREC, nella sostanza favorevole alle misure proposte dall'Autorità e nonostante i diversi incontri tenutisi ai sensi dell'art. 7-bis, par. 2, della direttiva quadro, tra i soggetti interessati, allo scopo di individuare una soluzione condivisa.

Conseguentemente, al termine del periodo di riflessione di tre mesi dalla notifica della bozza di provvedimento, la Commissione ha adottato una raccomandazione ai sensi dell'art. 7-bis, par. 5, nella quale esprimeva seri dubbi sulla conformità della proposta di provvedimento con la normativa comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche, invitando l'Autorità a modificare o ritirare lo schema di provvedimento.

La Commissione, in particolare, ha espresso «*seri dubbi sul fatto che, fissando i prezzi di accesso all'ingrosso per i servizi ULL e WBA nell'ambito di un procedimento distinto (ossia la valutazione dell'offerta di riferimento proposta da Telecom Italia per il 2013), invece che nell'ambito di un'analisi dei mercati nn. 1, 4, 5 già a buon punto (ovvero conformemente alla notifica dell'Agcom nel caso IT/2012/1384 e alla sua decisione adottata nell'ottobre 2012 che stabiliva la misura provvisoria in base alla quale i prezzi dell'accesso all'ingrosso nel 2012, sarebbero stati estesi al 2013, fino al completamento dell'analisi di mercato), l'Agcom sia in grado di garantire la prevedibilità regolamentare e condizioni stabili di programmazione per gli operatori di mercato*»³¹. Secondo la Commissione, nello specifico, questi ultimi si aspettavano che i prezzi dell'accesso all'ingrosso sarebbero stati modificati solo dopo analisi complete di mercato, dato che l'Agcom aveva avviato tali analisi nel settembre 2012

31 Raccomandazione della Commissione dell'11 dicembre 2013 ai sensi dell'art. 7-bis della direttiva 2002/21/CE nei casi IT/2013/1489-1490: dettagli sull'obbligo di controllo dei prezzi nei mercati dell'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa e dell'accesso alla banda larga all'ingrosso in Italia.

e aveva deciso, nell'ottobre 2012, di mantenere gli attuali prezzi di accesso fino al completamento di dette analisi.

Nel disattendere le aspettative degli operatori, dalla stessa alimentate, l'Agcom violerebbe l'art. 8, par. 5, lett. a), della direttiva quadro, ove prevede che le ANR promuovono *«la prevedibilità regolamentare, garantendo un approccio regolatore coerente nell'arco di opportuni periodi di revisione»*.

Oltre a questo rilievo di ordine metodologico, la Commissione esprime perplessità su alcune scelte di merito del provvedimento, attinenti, in particolare, alla determinazione del costo del capitale riconosciuto a Telecom Italia, il c.d. WACC³², che a sua volta incide sulla determinazione del canone ULL. In particolare, l'Agcom avrebbe stimato al ribasso il valore del WACC, in tal modo discostandosi dalla previsione di cui all'art. 8, par. 5, lett. d) della direttiva quadro ove richiede alle ANR di promuovere investimenti efficienti e innovazioni assicurando al contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato.

In buona sostanza, determinando una canone per l'accesso all'infrastruttura di rete troppo basso, l'Agcom non incentiverebbe gli OLO a fare investimenti in strutture alternative. Da ultimo, la Commissione contesta la metodologia utilizzata per determinare i prezzi del WBA e dello SLU³³ che non sarebbe orientata ai costi sostenuti e dunque in contrasto con le previsioni contenute nell'art. 8, par. 5, lett. c), della direttiva quadro e 13, par. 2, della direttiva accesso, dove si prescrive alle ANR di salvaguardare la concorrenza a vantaggio dei consumatori e di promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile.

32 La Commissione ha espresso seri dubbi sul fatto che il WACC notificato rispecchiasse effettivamente le condizioni di concorrenza prevalenti, sia nei mercati pertinenti, sia nei mercati di capitali in Italia (cfr. Considerando n. 22, Raccomandazione della Commissione dell'11 dicembre 2013, cit.). In particolare la Commissione ha osservato che *“in un breve arco di tempo (due settimane) tra l'avvio della consultazione pubblica sul procedimento distinto per i prezzi ULL 2013 e la consultazione pubblica sulle analisi di mercato, l'Agcom ha previsto due prezzi significativamente differenti per il WACC (9,83 % e 10,40%)”*. Di fronte a questo dato la Commissione ha espresso preoccupazione sul motivo per cui i dati disponibili per calcolare lo stesso parametro variassero in modo così significativo (Considerando n. 23, Raccomandazione della Commissione dell'11 dicembre 2013, cit.). A tal proposito, inoltre, la Commissione osserva come i WACC utilizzati da altri Paesi, come Spagna e Portogallo, con analoghe difficoltà finanziarie, siano stati significativamente più alti e più vicini alle consultazioni parallele rispetto al valore effettivamente notificato (Considerando n. 24, Raccomandazione della Commissione dell'11 dicembre 2013, cit.).

33 Lo SLU (*sub-loop unbundling*) consiste nella fornitura dell'accesso alla sottorete locale in rame di Telecom Italia, ossia al tratto di rete tra la sede dell'utente e l'armadio di distribuzione o un punto di concentrazione intermedio.

Segue. Il BEREC condivide la posizione dell'Autorità sulle tariffe “unbundling”

Sui “seri dubbi” della Commissione, il BEREC ha espresso il parere ai sensi dell'art. 7-bis, par. 3 della direttiva quadro, discostandosi dalle valutazioni della Commissione e sposando viceversa la posizione dell'Autorità³⁴. In particolare, quanto al rilievo inerente all'inosservanza dell'art. 8, par. 5, lett. a) della direttiva quadro, il BEREC osserva che l'Autorità abbia pienamente giustificato il cambiamento della scelta della metodologia utilizzata per aggiornare i prezzi dei canoni ULL e WBA, rispetto a quella comunicata nell'ottobre 2012.

Nel parere, in particolare, si evidenzia come l'approvazione formale delle tariffe all'ingrosso di Telecom, in Italia, avvenga di solito al di fuori del processo di analisi dei mercati. Non si porrebbe pertanto un problema di imprevedibilità della strategia regolamentare adottata da parte degli operatori.

Del resto, la scelta di non aggiornare i prezzi sulla base delle analisi di mercato non è stata arbitraria atteso che l'Autorità, già all'inizio del 2013, aveva preannunciato detto cambiamento osservando che i tempi necessari per ultimare la terza revisione dell'analisi dei mercati non le avrebbero consentito di fissare i prezzi del 2013, prima della fine di tale anno.

Da ultimo, a supporto della posizione assunta dall'Agcom, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato, 28 marzo 2013 che aveva in parte annullato le delibere dell'Agcom relative al modello BUL-RIC³⁵ applicabile ai prodotti di accesso all'ingrosso e, in particolare, ai costi di manutenzione correttiva effettuati dall'Agcom per la fissazione dei massimali relativi al periodo 2010-2012. Tale vuoto normativo avrebbe rafforzato l'esigenza di fissare, in breve termine, le nuove tariffe.

Per quanto attiene alla presunta violazione dell'art. 8, par. 5, lett. d) della direttiva quadro, il BEREC ritiene che l'Agcom abbia trattato il WACC in maniera esaustiva, analizzando nel dettaglio ogni parametro che concorre alla sua determinazione.

Da ultimo, sulla presunta non conformità all'art. 5, par. 5, lett. c) della direttiva qua-

³⁴ *BEREC Opinion in Phase II investigation pursuant Article 7a of Directive 2002/21/EC as amended by Directive 2009/140/EC, Cases IT/2013/1489-1490, Review of wholesale prices on markets 4 and 5 in Italy, 20 September 2013, su <http://berec.europa.eu/>.*

³⁵ Si tratta di un modello di costo che riproduce i costi sostenuti da un operatore efficiente che gestisce una rete in rame di nuova costruzione in un mercato competitivo e che consente anche la valutazione dei costi incrementali di lungo periodo.

dro e dell'art. 12, par. 2 della direttiva accesso, il BEREC si limita ad evidenziare come i soggetti consultati, con un'unica eccezione³⁶, abbiano supportato le scelte dell'Autorità condividendo la metodologia dalla stessa utilizzata per il calcolo dei canoni WBA e SLU.

Segue. Sulla non fondatezza dei “seri dubbi” della Commissione nella delibera n. 747/13/CONS

Nonostante i rilievi della Commissione, l'Autorità ha adottato i provvedimenti contenenti l'approvazione delle tariffe di accesso all'ingrosso³⁷, sostanzialmente confermando le scelte già operate nella proposta di provvedimento sottoposta a parere della Commissione e del BEREC. La decisione è stata assunta sulla base di un'ampia e dettagliata motivazione, i cui passi fondamentali vengono di seguito ripercorsi.

Anzitutto, quanto all'obiezione sulla mancata prevedibilità regolamentare della nuova metodologia prescelta per l'approvazione delle tariffe ULL e WBA, l'Agcom evidenzia come la stessa sia stata superata dalle stesse osservazioni della Commissione nella parte in cui riconosce *«di essere venuta a conoscenza, durante le discussioni con l'Agcom, che in Italia le parti erano a corrente della circostanza che l'Autorità non aveva più intenzione di fissare i prezzi di accesso all'ingrosso per il 2013, nell'ambito della revisione del mercato, ma viceversa, nell'ambito della revisione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia»*, in tal dimostrando di considerare rispettato il requisito della *«necessaria prevedibilità regolamentare e trasparenza»*.

In merito alla presunta non conformità, rispetto ai principi della concorrenza sostenibile ed efficienza, del metodo prescelto per il calcolo dei prezzi dello SLU e del WBA, l'Agcom procede ad un'analitica descrizione della metodologia utilizzata per dimostrare come essa risulti evidentemente orientata al costo, contrariamente a quanto osservato dalla Commissione.

³⁶ In senso contrario alla scelta dell'AGCOM, una parte interessata fa presente che la tariffe SLU dovrebbero essere orientate ai costi, rilevando la necessità di un'attenta valutazione dello SLU, atteso il ruolo che esso svolge nella diffusione delle reti NGF-FTTC. Tale soggetto ha anche osservato che l'AGCOM non valuta correttamente i costi di rete e non tiene conto dei costi più elevati di manutenzione e di rete dovuti all'utilizzo dello SLU a banda larga dedicata (BEREC Opinion in Phase II investigation, cit.).

³⁷ Del. 747/13/CONS contenente *«Modifica alla delibera n. 476/12/CONS e approvazione delle condizioni economiche e tecniche dell'offerta di riferimento di TI per l'anno 2014 relativa ai servizi di accesso disaggregato all'ingrosso alla rete e alle sottoreti metalliche e ai servizi di co-locazione (mercato 4)»*.

In proposito, si richiama il parere del BEREC³⁸ dal quale risulta la totale comprensione e condivisione del metodo prescelto dall'Autorità e nel quale si legge espressamente che i seri dubbi della Commissione sul punto non sono condivisibili³⁹.

38 Si veda sul punto il par. XV, 747/13/CONS: «La Commissione poi osserva che l'Autorità applica un premium risk solo alle reti NGA e non anche agli operatori ULL che, nel predisporre i propri DSLAM anziché acquistare bitstream, affrontano un maggior rischio. Tale osservazione appare in contraddizione con lettera di seri dubbi dove la Commissione si mostrava contraria al premio d'infrastrutturazione applicato dall'Autorità al calcolo dei prezzi bitstream. Come chiarito nel corso della fase II, tale premio derivava proprio dall'applicazione, agli investimenti sui DSLAM sostenuti dall'operatore strutturato, di un WACC maggiore. Tale modello va, di fatto, ad aumentare lo spazio economico tra i costi sostenuti da un operatore ULL (incluso Telecom Italia) ed un operatore che acquista bitstream. Lo stesso BEREC, alla luce dei chiarimenti forniti dagli uffici, osserva quanto segue in relazione alla proposta dell'Autorità di valutare il costo dell'accesso bitstream tenendo conto di un premio di infrastrutturazione come mark up del 3% sui costi di rete: 'In section IV.1.2., AGCOM explains why a mark-up is needed. The Authority decided the mark-up was in accordance with the principle of the ladder of investment. Specifically, the mark-up creates an appropriate economic space between infrastructure operators and the operator that use the bit-stream to the values of BU-LRIC costs given above, and so encourages infrastructure development. To this end, it is reasonable to expect a mark up of the order of 3 %. In section, n IV.2, D.31, AGCOM presents the remarks made by operators in the public consultation. In section IV.3, D. 43, AGCOM confirms the application of the optical infrastructure premium for the promotion of infrastructure competition on both copper and fibre networks. In its response to question 10 of the Commission's RFI, of 29 July 2013, AGCOM further elaborated on the quantification of the proposed mark up. AGCOM's assessment is based on a consideration of the higher investment risk with respect to bit-stream that an operator, collocating its DSLAM in TI's local exchange, has to face. The proposed mark-up of 3% results from adding a risk premium of 4% to the WACC (9,36%) for certain assets (non - recurrent costs and DSLAMs) in which LLU-based alternative operator should invest and which cannot be recovered in case of business failure. AGCOM considered the risk premium of 4% following the public consultation results concerning the Reference Offer for NGA bit-stream services in market 5 by decision n. 10/13/CIR (delibera n. 10/13/CIR of 28 February 2013. (...) Therefore, BEREC does not share the Commission's view that the mark-up was found in a arbitrary way. BEREC is of the view of AGCOM'S decision to apply a 3% mark-up has been sufficiently justified, and finds that the Commissions serious doubt are not justified».

39 Si riporta, testualmente, il passo della delibera sul punto: «Secondo la Commissione le argomentazioni addotte dall'Autorità confermerebbero che il prezzo del sub-loop ULL non è orientato al costo. La Commissione giunge a tale conclusione ritenendo che il valore della SLU sia stato ottenuto in una logica di retail minus. Tale argomentazione non corrisponde a quanto riportato nello schema di provvedimento, né a quanto illustrato nel corso del procedimento di notifica. Infatti è stato in proposito chiarito, nel corso della fase II, che il rapporto 2/3 (tra canone SLU e LLU) era stato determinato, nel 2001, sulla base di valutazioni di costo (ed in particolare, sul rapporto tra i costi di sub-loop e del local-loop completo)». Si rimanda, in proposito, a quanto osserva il BEREC: «BEREC understands that, having been in use since 2009, the 67% rate, has been accepted by the market players as a reasonable approximation of a cost oriented price for SLU. The principle of adjusting the SLU price with the same percentage as for full LLU has also, with one exception, been a standard procedure for several years. In this decisions, according to the standard procedure, AGCOM proposes to adjust the price of SLU with the same percentage calculated for LLU. Hence, being a result of an established standard procedure for adjusting the price, BEREC does not share the Commissions' view that the 67% rate was determined in an arbitrary way. In its response to question 9 of the Commissions RFI, AGCOM explains that the sub-loop unbundling montly fee was not based on a BU-LRIC cost model since such model was not developed in 2010. AGCOM also points out that, in the third round of market analysis, it will develop a specific BU-LRIC cost model for SLU. In the absense of a fully developed BU-LRIC model, the methodology used so far by AGCOM, consisting of applying a normative cost ratio to the BU-LRIC full LLU calculation, must in BEREC's opinion be as valid for 2013 as it has been between 2009 e 2012. Given the circumstances explained above, BEREC is of the view that AGCOM's decisions not to deviate from the methodology used since 2009, is sufficiently justified and ensures a consistent regulatory approach. Therefore, BEREC finds that the Comission's serious doubt are not justified». Sulla base di quanto precede, l'AGCOM conclude sul punto osservando che - se il canone ULL 2013 è stato calcolato sulla base dei costi, determinati secondo un modello BU-LRAIC; - se il rapporto tra i costi del local loop e del sub-loop, a suo tempo determinato sulla base del rapporto medio di costo tra full-local-loop e sub-loop è pari a 3/2, ne consegue che il canone del sub-loop è necessariamente

Quanto, infine, alla metodologia utilizzata per calcolare il WACC, la quale avrebbe condotto - secondo la Commissione - ad una sottostima del suo reale valore, con possibile contrasto rispetto all'art. 8, par. 5, lett. d), della direttiva quadro (ove richiede alle ANR di promuovere investimenti efficienti), l'Autorità torna nuovamente e con maggiore sforzo esplicativo sulla metodologia seguita, analizzando e rispondendo puntualmente ai rilievi mossi da Telecom Italia, dagli OLO e dalla Commissione, al fine di dimostrare la correttezza della determinazione del valore del WACC⁴⁰.

3.2. Il caso IT/2011/1219 sulle tariffe di terminazioni di reti mobili

Altro caso di estremo interesse, al fine di mettere in luce i modi del coordinamento tra ANR e Commissione durante la fase discendente, ha riguardato il mercato delle tariffe di terminazione delle chiamate vocali su reti mobili ed in particolare la del. 621/11/CONS⁴¹ nella parte in cui, nel fissare il loro valore, prevedeva un'asimmetria tariffaria a favore di uno degli operatori aventi SPM per l'erogazione del relativo servizio.

Prima di procedere all'analisi delle questioni poste dal caso di specie, vale premettere alcune nozioni sul mercato in questione, di modo da rendere più agevole la comprensione della situazione fattuale che la delibera va a regolare.

Il mercato di terminazione delle chiamate su rete mobili (mercato n. 7) riguarda la determinazione del prezzo che ciascun operatore deve pagare ad altro operatore per poter offrire, ai propri clienti, il servizio di terminazione delle chiamate mobili.

Ogni operatore, invero, per consentire ai propri utenti di comunicare con gli utenti di altro operatore, ha bisogno che quest'ultimo metta a disposizione un tratto della propria rete.

L'Autorità, a conclusione del terzo ciclo di analisi dei mercati della terminazione di chiamate vocali su reti mobili, ha definito un mercato rilevante di dimensione geografica nazionale per ogni operatore di rete mobile che offre il servizio in questione ed ha individuato i quattro operatori di rete mobile Telecom Italia, Vodafone, Wind

orientato al costo.

40 Sul punto si rimanda all'analisi dei paragrafi D.59 a D.66, del. n. 747/13/CONS, cit.

41 Del. [n. 621/11/CONS](#) sul «Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari».

e H3G quali detentori di SPM⁴².

Allo scopo di impedire che gli operatori aventi SPM in tale mercato abusassero della propria posizione imponendo tariffe eccessive, a pregiudizio di operatori minori, ha imposto loro obblighi di accesso e uso di determinate risorse di rete; trasparenza; non discriminazione; controllo dei prezzi e contabilità dei costi. È in tale contesto che l'Autorità ha riconosciuto a favore di uno degli operatori predetti un'asimmetria tariffaria di favore in ragione del minor numero di frequenze ad esso assegnate, circostanza che - a giudizio dell'Autorità - determinerebbe un aumento dei costi del servizio di terminazione e, a cascata, del prezzo del relativo servizio.

Segue. La Raccomandazione e le Osservazioni della Commissione sulle tariffe di terminazione delle chiamate

Per comprendere la posizione della Commissione sul caso in esame è necessario muovere dalla Racc. 2009/396/CE (Raccomandazione della Commissione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE), che rappresenta il parametro più importante alla luce del quale sono state rese le osservazioni sullo schema di delibera sottoposto a consultazione.

Per quanto di interesse ai fini della presente analisi, vale ricordare che la raccomandazione 2009/396/CE, nel richiamare la posizione comune del Gruppo di Regolatori Europei⁴³ conteneva le seguenti importanti indicazioni:

«...le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le asimmetrie esigono un'adeguata giustificazione» (cons. n. 2);

«L'esistenza di divergenze significative nella regolamentazione delle tariffe di terminazione fisse e mobili crea gravi distorsioni della concorrenza (...)» (cons. n. 3);

«Nel fissare le tariffe di terminazione, ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori...nelle reti mobili un'assegnazione ineguale delle frequenze può essere considerata un fattore estrinseco che comporta differenze di costo

⁴² Del. n. 621/11/CONS, cit.

⁴³ (ERG) 83 final 080312 del 28 novembre 2008.

unitario tra gli operatori. È possibile rilevare differenze di costo estrinseche quando l'assegnazione delle frequenze non è avvenuta in base a meccanismi di mercato, ma secondo un processo sequenziale di autorizzazione. Quando l'assegnazione delle frequenze avviene in base a meccanismi di mercato, come una vendita all'asta, o se esiste un mercato secondario, le differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori intrinseci e potrebbero essere notevolmente ridotte o eliminate» (cons. n. 16);

«I nuovi operatori dei mercati della telefonia mobile potrebbero essere soggetti a costi unitari più elevati per un periodo transitorio prima di raggiungere la dimensione minima atta a garantire l'efficienza (...). Facendo riferimento alla posizione comune dell'ERG, è ragionevole prevedere un lasso temporale di quattro anni per l'eliminazione delle asimmetrie, sulla base della stima che nel mercato della telefonia mobile sono probabilmente necessari da tre a quattro anni, dopo l'ingresso nel mercato, per raggiungere una quota di mercato compresa tra il 15 e il 20% e quindi per avvicinarsi alla dimensione minima atta a garantire l'efficienza» (cons. n. 17);

«Le autorità nazionali di regolamentazione (ANR), quando impongono obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi (...) dovrebbero stabilire tariffe di terminazione basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Ciò implica che dette tariffe sarebbero inoltre simmetriche» (par. 1);

«Nella determinazione dei livelli di costo efficiente, l'eventuale scostamento dai principi summenzionati dovrà trovare giustificazione in differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori interessati. Tali differenze possono essere dovute, nei mercati della terminazione mobile, a un'assegnazione ineguale delle frequenze. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite

per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori» (par. 9);

«Qualora sia dimostrabile che un nuovo operatore nel mercato della telefonia mobile, che opera al di sotto della dimensione minima atta a garantire l'efficienza, deve sostenere costi unitari incrementali superiori a quelli degli operatori modellizzati, se è appurato che nel segmento al dettaglio esistono ostacoli all'ingresso e all'espansione nel mercato, le ANR possono consentire di recuperare tali costi nel corso di un periodo transitorio mediante tariffe di terminazione regolamentate. Tale periodo non dovrebbe essere superiore a quattro anni a decorrere dalla data di ingresso sul mercato» (par. 10);

«La presente raccomandazione lascia impregiudicate le decisioni normative adottate in precedenza dalle ANR nelle materie in essa trattate. Ciò malgrado, le ANR dovrebbero far sì che entro il 31 dicembre 2012 le tariffe di terminazione siano applicate a un livello di costi efficiente e simmetrico, fatte salve le eventuali differenze oggettive di costo determinate in conformità ai punti 9 e 10» (par. 11).

Dalla lettura della Raccomandazione sulle tariffe di terminazione risulta, dunque, che le Autorità nazionali sono tenute a determinare i costi di terminazione in conformità a quelli di un «operatore efficiente» e che la parità di trattamento di tutti gli operatori con allineamento dei prezzi va garantita entro il 31 dicembre 2012.

La previsione di eventuali asimmetrie tariffarie non è esclusa a priori, ma può essere disposta solo a favore di operatori *new comer* che non abbiano raggiunto la dimensione minima d'efficienza o che debbano sostenere costi superiori a quelli degli operatori efficienti o ancora a favore di operatori che subiscano costi fuori del loro controllo e derivanti dall'assegnazione ineguale di frequenze, e comunque per breve tempo e sulla base di elementi oggettivi sottoposti a continuo monitoraggio. In applicazione di tali criteri la Commissione, già in esito della fase I, aveva inviato una nota (D/2010) con la quale contestava all'Autorità di non aver fornito - nel suo

schema di provvedimento - una giustificazione adeguata della scelta di mantenere, a favore di uno degli operatori, l'asimmetria delle tariffe fino a dicembre 2013, sulla base di una serie di considerazioni che vengono poi ribadite, in fase II, nella nota SG-Grefe (2011) D/10210, sul progetto di delibera notificato, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della direttiva quadro e che di seguito, per semplicità, si riproducono:

«...le tariffe di terminazione dovrebbero essere fissate ad un livello che rispecchia il costo di un operatore efficiente, il che dovrebbe dare quindi esito ad un'unica tariffa simmetrica. L'asimmetria, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata. Nella raccomandazione sulle tariffe di terminazione della Commissione si riconosce che tale giustificazione potrebbe dipendere da differenze oggettive di costi al di fuori del controllo dell'operatore. Simili differenze possono essere ascrivibili, ad esempio, a un'allocazione ineguale di frequenze. Al riguardo, la Commissione invita l'Agcom a tener conto del fatto che, se per l'allocazione dello spettro si ricorre a un meccanismo di mercato, come un vendita all'asta come è stato fatto in Italia, oppure laddove esista un mercato secondario, le eventuali differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori endogeni e possono essere notevolmente ridotte o eliminate. Alla luce di quanto precede la Commissione ritiene che l'Agcom non abbia fornito una giustificazione adeguata dell'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili in Italia nel suo schema di provvedimento. Nella presente notifica, scostandosi rispetto alla notifica precedente, l'Agcom sostiene che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili sia giustificata esclusivamente dalle differenze tuttora significative nell'assegnazione dello spettro. La Commissione ritiene che l'Agcom non abbia spiegato in che misura l'allocazione ineguale di frequenze abbia un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili. L'Agcom non ha inoltre fornito informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, DCS1800 o UMTS2100».

La Commissione, in buona sostanza, ritiene che l'Agcom non abbia fornito una giustificazione adeguata dell'asimmetria tariffaria di favore, poiché non ha spiegato in che misura l'allocazione ineguale di frequenze abbia un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili, né ha offerto informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti predette.

Segue. Il parziale adeguamento alle indicazioni della Commissione nella delibera n. 621/2011/CONS

A seguito di tali osservazioni, l'Agcom, con del. 621/2011, anticipava il raggiungimento della simmetria tariffaria al mese di luglio 2013, data tuttavia successiva a quella indicata dalla Commissione (dicembre 2012). In merito a tale scelta, l'Agcom motiva sulla base della considerazione che l'attività di riallocazione e razionalizzazione dell'intera banda a 900 MHz si concluderà il 31 dicembre 2013 e che, prima di tale data, non si saranno ridotte le differenze oggettive di costo derivanti dall'iniziale assegnazione delle frequenze, che *«costituiscono elementi esogeni tali da giustificare un'asimmetria tariffaria tra gli operatori, come previsto anche dalla Raccomandazione sulla terminazione»*. In sintesi, *«occorrerebbe ancora un certo lasso di tempo prima che la disparità nella dotazione frequenziale tra l'operatore in questione e gli altri operatori siano risolte, con riflessi apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione»*.

Anche nel caso di specie, dunque, si riscontra un disallineamento della posizione dell'Agcom rispetto a quella suggerita dalla Commissione, peraltro senza uno sforzo argomentativo pari a quello riscontrato in relazione alla vicenda *unbundling*.

4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE

Giunti a questo punto dell'indagine, sembra opportuno interrogarsi sulle possibili conseguenze dell'adozione, da parte dell'Autorità, di un provvedimento difforme dalle osservazioni della Commissione (di seguito «provvedimento difforme»). Invero, sebbene la normativa vigente non attribuisca a quest'ultima il potere di bloccare i rimedi regolamentari deliberati dall'Autorità, l'autorevolezza del parere della Commissione, il ruolo a questa attribuito ai fini della salvaguardia dell'ordinamento comunitario, la previsione di procedimenti di consultazione e di *notice and comment*, quali presupposti per l'adozione dei regolamenti delle ANR aprono spazi - nella normativa comunitaria e nazionale - non secondari, per dar rilievo alla posizione comunitaria, anche al di là di quello che risulta dagli artt. 7 e 7-bis della direttiva quadro.

4.1. Sul piano nazionale

Quanto al piano nazionale, vale anzitutto rilevare come l'esistenza di regole che prescrivono il coinvolgimento della Commissione nel procedimento che porta all'approvazione dei regolamenti delle ANR, apra senz'altro la via del sindacato giurisdizionale innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

Nella giurisprudenza, in particolare, si è posta la questione relativa al rimedio esperibile dal soggetto che si assuma leso dalle difformi determinazioni dell'Autorità rispetto alle raccomandazioni della Commissione. A tal proposito, non avendo la raccomandazione contenente seri dubbi contenuto vincolante, si è prospettata la via del ricorso per violazione di legge, *sub specie* della disciplina nazionale e comunitaria ove è imposto tale adempimento procedimentale.

È il caso, per esempio, di quanto accaduto in relazione alla seconda delle vicende analizzate⁴⁴, nella quale tanto l'operatore a favore del quale era stata riconosciuta l'asimmetria tariffaria, quanto uno degli operatori concorrenti hanno impugnato la determinazione dell'Autorità lamentando la difformità rispetto alle indicazioni dell'organo comunitario.

Di seguito si procederà ad analizzare la complessa vicenda giudiziaria⁴⁵, sulla quale è intervenuto, da ultimo il Consiglio di Stato, e che mostra particolare interesse perché consente di verificare come venga declinato, nella giurisprudenza amministrativa, l'onere motivazionale del provvedimento difforme.

Segue. L'annullamento della delibera non conforme alle osservazioni della

⁴⁴ Cfr. par. 3.2.

⁴⁵ Per completezza si ricorda che a tali impugnative si è aggiunto il ricorso di un ulteriore operatore concorrente il quale ha lamentato, per quanto d'interesse, la mancata considerazione delle osservazioni dallo stesso rese nel procedimento di consultazione. Per una sintetica ma efficace descrizione delle vicende giudiziarie in esame cfr. M. CAPPELLETTI, *Commento alle sentenze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 8381, 8382 e 10265 del 2012*, su www.osservatorioair.it.

Commissione

Un primo operatore lamentava il contrasto della previsione contenente l'asimmetria tariffaria a favore all'operatore concorrente, rispetto agli indirizzi resi sul punto dalla Commissione. L'illegittimità del provvedimento, nello specifico, emergerebbe dal confronto tra delibera in esame, la Racc. 2009/396/CE (sulle tariffe di terminazione) e le osservazioni rese dalla Commissione Europea sullo schema di delibera (nota SG-Greffe (2011) D/10210) ex art.7-*bis*, par. 1, della direttiva quadro.

È interessante analizzare il percorso motivazionale che ha portato il TAR all'annullamento della delibera impugnata⁴⁶, in quanto palesa il rigore dell'onere motivazionale richiesto all'Autorità per giustificare il provvedimento difforme. Il TAR, in particolare, muove da una ricostruzione del procedimento di approvazione della delibera, osservando come la Commissione, sia in fase I che in fase II, avesse contestato all'Autorità di non aver fornito una *«giustificazione adeguata dell'asimmetria delle tariffe di terminazione mobile in Italia nel suo schema di provvedimento»*. In merito a tale aspetto, il TAR osserva come *«l'Agcom abbia disatteso le precise indicazioni espresse dall'istituzione europea, in quanto, da un lato, essa ha fissato per il raggiungimento della simmetria tariffaria un termine successivo a quello ultimo del dicembre 2012 a tal fine previsto nella citata Raccomandazione e ribadito nelle successive osservazioni della Commissione; dall'altro, la stessa Autorità ha ommesso di fornire una puntuale motivazione, nei termini espressamente richiesti nella nota D/2010, circa la sussistenza di ragioni obiettive che giustificassero la disposta misura. E invero, nel corpo della delibera impugnata non è dato rinvenire alcuna adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dall'organo comunitario come idonei a giustificare ulteriori misure asimmetriche in favore dell'operatore»*.

Il Collegio, dunque, non considera rispettato il requisito della congrua motivazione dal generico riferimento, nel provvedimento, alle esigenze di mantenere l'asimmetria, fintanto che permanga il disallineamento della dotazione frequenziale tra l'operatore in questione e gli altri operatori. Né elementi aggiuntivi fornirebbero le ulteriori affermazioni rese nel prosieguo della motivazione secondo cui continuano a sussistere *«valide motivazioni a base del riconoscimento della asimmetria tariffa-*

46

TAR Lazio, Sez. I, 10 maggio 2012, n. 8381 su www.giustizia-amministrativa.it.

ria a vantaggio di H3G» e che «occorrerà ancora un certo lasso di tempo prima che la disparità nella dotazione frequenziale tra H3G e gli altri operatori siano risolte, con riflessi apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione». Né, da ultimo, «adeguata giustificazione per il prolungamento dell'asimmetria tariffaria potrebbe trarsi dal passaggio della delibera il cui l'Agcom rappresenta che le valutazioni sul tema dell'asimmetria tariffaria contenute nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica sono state elaborate senza tener conto della sentenza del Consiglio di Stato resa sulla precedente delibera n. 667/08/CONS (n. 3106 che confermava la sentenza del TAR n. 1306/11 [...]), essendo questa decisione depositata in data 23 maggio, ossia un giorno dopo la data di pubblicazione della delibera di avvio della consultazione». Tale ultimo argomento, ad avviso del Collegio, non soddisfa l'onere motivazionale richiesto per una duplice ragione: «da un lato, perché la giustificazione richiesta nella nota della Commissione non era una motivazione a schema libero, ma un percorso argomentativo individuato nell'oggetto e nei contenuti, al quale il passaggio motivazionale in esame in nulla corrisponde; dall'altro perché la circostanza che le decisioni del giudice amministrativo siano intervenute successivamente all'adozione dello schema di delibera non poteva esimere l'Autorità dal conformarvisi, essendo state pubblicate svariati mesi prima dell'adozione del provvedimento finale per cui è controversia, sicché l'Autorità ben avrebbe potuto tenerle presenti nella rimodulazione del percorso di livellamento tariffario, in tal modo conformandosi anche alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea».

Desta altresì interesse, ai fini della presente indagine, la parte della motivazione riferita al valore delle raccomandazioni di settore rispetto alle delibere dell'Autorità nel mercato di riferimento. Il Collegio, in proposito, osserva che *«trovando le raccomandazioni una specifica base giuridica nella direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche, come trasposta nell'ordinamento interno, ed essendo quindi l'Autorità nazionale di regolamentazione di settore tenuta ad averne massima considerazione ('utmost account'), deve ritenersi che il giudice nazionale, ove una decisione dell'Autorità sia contestata per asserito contrasto con una raccomandazione, non possa a sua volta disattendere la raccomandazione ritenendola non vincolante oppure limitarsi a considerarne genericamente la ratio, ma debba piuttosto spingersi ad individuare il significato sostanziale della raccomandazione e verificare se il prov-*

*vedimento contestato abbia una motivazione sufficientemente congrua che ne giustifichi la deviazione dal contenuto della raccomandazione, vale a dire se quest'ultima sia tenuta in 'utmost account' dall'Autorità nazionale». In tal modo, dunque, il Collegio ribadisce il proprio orientamento secondo cui i rilievi dell'istituzione comunitaria, se non vincolano l'Autorità di regolamentazione - la quale non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni rese dalla Commissione - cionondimeno deve tenerle in massima considerazione «trattandosi, non di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo comunitario al programma di razionalizzazione del sistema del quale l'Autorità è investita»⁴⁷; e, dunque, occorre sempre valutare se «l'Autorità abbia ponderato le ragioni esposte dall'organo consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento»⁴⁸. Nel merito, inoltre, il Collegio osserva che, al fine di giustificare un regime tariffario di favore dell'operatore in questione, non vale attribuire a quest'ultimo il carattere di *new comer*, atteso il decorso di 4 anni dall'ingresso di quest'ultimo nel mercato, ed avendo questi goduto, per tal periodo, di asimmetrie tariffarie a suo vantaggio, senza considerare che grazie alla progressiva liberazione delle frequenze, la sua condizione è mutata ed in continuo divenire. In conclusione, secondo il Collegio, l'Autorità non avrebbe soddisfatto «l'onere motivazionale rafforzato e specifico che discendeva dal carattere puntuale e circoscritto delle questioni sollevate dall'organo europeo con le richiamate 'osservazioni', non avendo essa, di fatto, contrapposto argomenti adeguati e conferenti (TAR Lazio, III-ter, sent. n. 9739/11), al fine di giustificare l'adozione di misure asimmetriche disallineate rispetto a quanto stabilito nella raccomandazione del 2009 e ribadito nelle pertinenti osservazioni. E il deficit motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell'Agcom delle ragioni evidenziate dall'organo comunitario, ciò che determina l'illegittimità in parte qua del provvedimento impugnato per l'avvenuta violazione della disciplina - nazionale e comunitaria - che imponeva alla medesima Autorità di tenere, nel massimo conto, nell'assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione».*

Venendo all'esame del ricorso dell'operatore a favore del quale era stata riconosciu-

⁴⁷ Per tutte cfr. TAR Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336 e TAR Lazio, III-ter 16 febbraio 2009, n. 1491 su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ TAR Lazio, III-ter, 14 febbraio 2011 e TAR Lazio, III-ter, 16 febbraio 2009 n. 9739 e 29 gennaio 2009, n. 895 su www.giustizia-amministrativa.it.

ta l'asimmetria tariffaria, il motivo di impugnativa che interessa in questa sede è quello ove si deduce la violazione della disciplina nazionale e comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche, nonché l'irragionevolezza e l'illogicità della delibera impugnata, nella parte in cui l'Autorità ha adottato una tariffa di costo per il servizio di terminazione delle chiamate vocali sproporzionata e irragionevolmente lesiva della posizione dell'operatore in questione rispetto a quella degli altri operatori.

Il ricorrente, in particolare, ha dedotto l'illegittimità della delibera impugnata nella parte in cui pone termine al regime di asimmetria tariffaria previsto a suo favore con sei mesi di anticipo (1° luglio 2013), rispetto alla data a partire dalla quale verrebbe meno la situazione di diseguale dotazione frequenziale (31 dicembre 2013). La tesi dell'istante si basa sull'assunto che una ineguale assegnazione delle risorse frequenziali incide sulla determinazione dei costi di terminazione delle chiamate e, in presenza di una tale variabile esogena, indipendente dalla scelte imprenditoriali dell'operatore, l'Agcom avrebbe dovuto confermare l'asimmetria tariffaria fino al 31 dicembre 2013. La delibera n. 621/2011 si porrebbe dunque, *in parte qua*, in insuperabile contrasto con le norme comunitarie e nazionali che disciplinano il sistema di regolazione dei costi del servizio di terminazione delle chiamate vocali su rete mobili ed *in primis* con la Raccomandazione della Commissione Europea 2009/396/CE sulle tariffe di terminazione; e ciò in quanto, pur in presenza di una differenza oggettiva di costo che sfugge al controllo dell'operatore interessato - l'ineguale assegnazione delle frequenze - l'Autorità avrebbe deciso di uniformare i costi di terminazione.

Il Collegio, in relazione a quanto rilevato dal ricorrente, osserva che dalla raccomandazione in questione emerge chiaramente il principio secondo cui le tariffe di terminazione sono di norma simmetriche, mentre le asimmetrie richiedono un'adeguata giustificazione: *«l'eventuale presenza di differenze nell'attribuzione delle frequenze tra operatori non rappresenta, in sé, un elemento atto a giustificare automaticamente l'asimmetria delle tariffe di terminazione, ma deve essere dovuta a differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori»*. In questo senso, del resto, si esprimerebbe di nuovo la Commissione in sede di osservazioni rilasciate in fase I e II. Sulla base di tali premesse, la sentenza impugnata ha rigettato il ricorso osservando che *«di fronte alle osservazioni severe rese dalla Commissione Europea sulla proposta di delibera, l'Autorità non potesse non essere indotta a ridurre il pe-*

riodo di decalage e ad anticipare il raggiungimento della simmetria tariffaria tra gli operatori»⁴⁹.

La sentenza in esame è stata riformata dal Consiglio di Stato⁵⁰, a seguito dell'impugnativa dell'operatore a favore del quale era stata riconosciuta l'asimmetria tariffaria.

Dei diversi motivi di ricorso, ai fini della presente indagine, interessa quello relativo alla contraddittorietà della motivazione della sentenza che *«non rileva il deficit istruttorio in cui è incorsa l'Autorità, né il deficit motivazionale, ritenendo...non assolto l'onere motivazionale di H3G»*, rispetto alle Osservazioni della Commissione. Tale considerazione è stata condivisa dal Collegio di Stato, che ha evidenziato come le osservazioni della Commissione si risolvevano nella richiesta di spiegazioni *«sulla misura in cui l'allocazione ineguale delle frequenze abbia un impatto sui diversi costi di fornitura»* e sulla *«quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazioni sulle reti»*, nonché nell'invito all'Agcom, *«per motivi di trasparenza, a fornire maggiori informazioni sulle modalità con cui è stato applicato il modello e su quali costi siano considerati pertinenti per i calcoli nell'ambito del provvedimento adottato»*.

L'Agcom, invece, nel ridurre il periodo di asimmetria tariffaria, pur continuando a rappresentare un quadro di diseguale accesso alle risorse frequenziali immutato, *«ha disatteso le osservazioni della Commissione per non aver completato la motivazione nei termini richiesti, esplicitando le ragioni della scelta effettuata in favore del regime derogatorio e l'entità delle differenze di costo a seconda delle diverse bande frequenziali in dotazione, come richiesto dalla Commissione. Non solo quindi, l'Autorità non ha dato risposta alle domande della Commissione, ma inspiegabilmente ha tratto dalla conferma di un quadro oggettivo immutato, diverse conseguenze, in modo apodittico e acritico, con l'evidente intento di addivenire in tempi più brevi possibili al modello di simmetria sollecitato a livello europeo.*

Di ciò il primo giudice sembra non avvedersi, laddove ha affermato che di fronte alle severe osservazioni rese dalla Commissione Europea l'Autorità non avesse altra strada da percorrere che ridurre il periodo di decalage e anticipare il raggiungimen-

49 TAR Lazio, 10 ottobre 2012, n. 8382, cit.

50 Cons. Stato, 14 febbraio 2014, n. 725, su www.giustizia-amministrativa.it.

to della simmetria tariffaria; mentre appare evidente a questo Collegio che l'alternativa era esplicitare il percorso logico seguito e le risultanze dell'istruttoria compiuta, onde esternare i fattori causali che determinano la scelta derogatoria in favore del prolungamento del periodo di simmetria».

Sulla base di tali premesse, si dispone l'accoglimento dell'appello e, per l'effetto, l'annullamento della delibera *in parte qua*.

Segue. L'onere motivazionale del provvedimento difforme

A valle di tale disamina, è possibile trarre alcune conclusioni in ordine ai rapporti tra Commissione e Autorità. In particolare, al di là delle diversa portata che viene attribuita alle osservazioni della Commissione dal TAR e dal Consiglio di Stato, ciò che accomuna le sentenze analizzate è il rilievo attribuito all'onere motivazionale del provvedimento difforme.

Ciò che interessa, nella prospettiva della giurisprudenza amministrativa, è non tanto la mancata condivisione degli indirizzi espressi dall'organismo comunitario, quanto il mancato rispetto delle regole procedurali poste a livello comunitario, nonché la contraddittorietà della motivazione del provvedimento nazionale che omette di considerare (o considera in modo insufficiente) elementi che invece assumono rilievo ai fini di una corretta motivazione, secondo quanto richiesto dagli artt. 7 e 7-bis della direttiva quadro.

Tale elemento emerge chiaramente nella pronuncia del Consiglio di Stato n. 725/2014 ove il vizio viene individuato, non già nella disattesa delle indicazioni comunitarie, ma nel loro acritico recepimento rispetto alle risultanze dell'istruttoria compiuta. Eccesso di potere, dunque, affianco alla violazione di legge.

Considerazioni analoghe vanno svolte in relazione alla pronuncia n. 8131/2012 del TAR Lazio, che viceversa aveva censurato la scelta di mantenere, fino al luglio del 2012, l'asimmetria tariffaria, proprio perché non congruente ai rilievi della Commissione.

Anche in questo caso, anziché criticare la scelta compiuta dell'Autorità, il Collegio si appunta sul mancato riscontro ai rilievi della Commissione, la quale richiedeva di

evidenziare il nesso causale tra la diminuzione del numero di frequenze assegnate ad un operatore ed i costi del servizio di terminazione, in termini non ipotetici astratti, bensì riferiti al caso di specie, sulla base di precise evidenze.

In merito a tale aspetto vale richiamare la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, n. 10265/2012, emessa sempre in relazione al caso di specie su ricorso di un terzo operatore che aveva lamentato la mancata considerazione delle osservazioni dallo stesso rese nel corso del procedimento.

A questo proposito il Collegio ha avuto modo di ribadire il consolidato orientamento sul superiore rilievo delle osservazioni della Commissione, rispetto a quelle degli altri soggetti intervenuti nel procedimento di consultazione.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, in particolare, mentre le imprese interessate sono consultate al solo fine di acquisire elementi di conoscenza e di riflessione, senza onere per l'Autorità di motivare su ciascuna delle argomentazioni dalle stesse presentate, la Commissione, viceversa, assume il ruolo di interlocutore privilegiato ed obbligato nel processo che porta all'approvazione delle delibere.

Ne deriva l'esistenza di un vero e proprio rapporto di preordinazione tra osservazioni rese dell'organo europeo e provvedimento dell'ANR, cui consegue un onere motivazionale particolarmente rafforzato in caso di provvedimento difforme⁵¹.

4.2. Sul piano comunitario

Per quanto attiene ai rimedi sul piano comunitario, vale preliminarmente osservare come, nel disegno del legislatore UE, l'obiettivo dell'armonizzazione sia perseguito, principalmente, attraverso una strategia *ex ante*. E dunque, per un verso, assegnan-

51 Cfr. sul punto il TAR Lazio, Sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265, su www.giustizia-amministrativa.it: «*le osservazioni della Commissione rese nel corso del procedimento di cui all'art. 7 della procedura di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21/CE - specialmente 'comments/no comments-letters' e 'serious doubts-letter' - se non possono considerarsi come atti direttamente incidenti sulla posizione giuridica della singola impresa interessata ('not directly affecting the legal situation of the undertakings concerned') si da costituire materia di un'autonoma e diretta azione di annullamento - devono tuttavia ritenersi un atto comunitario preparatorio nel contesto della procedura che conduce all'adozione di una misura dell'autorità nazionale di regolazione ('constitute a preparatory Community act in the context of a procedure which leads to the adoption of a natural measure by the NRA concerned'). Tale rapporto di preordinazione dell'atto comunitario rispetto al provvedimento dell'Autorità nazionale (...) dà ragione del vincolo, posto dall'Autorità nazionale, di tenere nel debito conto i rilievi dell'organo comunitario nell'adozione del provvedimento finale*».

do alle ANR i medesimi obiettivi che la stessa Commissione è chiamata a perseguire, per altro, istituzionalizzando la partecipazione della Commissione nel processo decisionale delle ANR. In tal senso, oltre a quanto evidenziato nei paragrafi che precedono, occorre richiamare altresì la previsione della direttiva quadro, che attribuisce alla Commissione il potere di adottare ulteriori misure di armonizzazione, sotto forma di raccomandazioni e decisioni (vincolanti), qualora, nel lungo periodo, persistano divergenze nelle modalità di regolamentazione utilizzate dalle ANR, compresa l'adozione di misure correttive.

Se tali elementi contribuiscono senz'altro a ridurre i problemi connessi ad una difforme strategia tra i regolatori in questione, l'indagine condotta ha mostrato come l'eventualità di contrasti tra le stesse è tutt'altro che peregrina.

Per tale ragione, nonostante l'assenza di previsioni che sottopongano l'Autorità, nel settore in questione, alla vigilanza delle istituzioni comunitarie, pare doversi ipotizzare il rimedio della procedura infrazione nei confronti della ANR che si sia resa inadempiente rispetto agli obblighi comunitari. A tal riguardo, oltre all'ipotesi - poco verosimile - in cui l'ANR ignori il veto della Commissione nei casi di cui all'art. 7, par. 4, della direttiva quadro, si deve ragionare sulla più plausibile eventualità in cui l'ANR disattenda le osservazioni rese in fase II. In casi del genere, l'operatore che si assumesse leso dalla determinazione dell'ANR - parallelamente alla strada dell'impugnativa davanti agli organi giudiziari nazionali in precedenza analizzata - potrebbe presentare istanza alla Commissione per l'avvio di una procedura di infrazione⁵². La stessa via, del resto, potrebbe essere intrapresa dalla Commissione stessa per ragioni di salvaguardia dell'ordinamento comunitario.

Segue. La soglia di difformità del provvedimento a rischio di procedura di infrazione

Le considerazioni che precedono pongono la necessità di individuare la soglia di difformità a rischio di censura da parte della Corte di giustizia. Senza alcuna velleità di analizzare il tema in questa sede, ai fini della presente indagine interessa solo

⁵² Sembra di questo avviso anche E. CHELLI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2000, 139.

introdurre un ulteriore elemento di riflessione, che induce a chiedersi se, rispetto all'esigenze dell'armonizzazione, nonché al fine di «porre al riparo» le ANR dai rischi delle censure in sede europea, non sia forse opportuno guidare la discrezionalità delle ANR nella valutazione del parere della Commissione.

A tale scopo, si potrebbe ipotizzare l'individuazione - anche in atti di *soft law* - delle ipotesi che giustificano la disattesa delle indicazioni della Commissione, quali ad esempio l'elevato tecnicismo del settore che rende ipotizzabili approcci differenti sul piano regolamentare, la comparazione con gli effetti di misure analoghe adottate in altri ordinamenti dell'Unione, l'attuabilità concreta degli indirizzi della Commissione nella tempistica da essa indicata.

Nello stesso senso si dovrebbe riflettere sull'utilità di linee guida che chiariscano la portata dello sforzo argomentativo dell'Autorità nel motivare il provvedimento difforme, imponendo la considerazione di ogni censura della Commissione e, con specifico riferimento all'ipotesi - invero infrequente - in cui la difformità sia dovuta dall'adozione, da parte dell'Autorità, di una diversa metodologia, esigere la spiegazione dettagliata del metodo prescelto, delle evidenze che lo supportano, del suo grado di sperimentazione, dei prevedibili effetti della sua applicazione nel caso di specie, nonché l'indicazione delle ragioni per cui lo si ritiene preferibile rispetto a quello indicato dalla Commissione.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE

SOMMARIO: SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI. - 2. LE PIATTAFORME INTERNAZIONALI DI COOPERAZIONE E COORDINAMENTO. - 3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE. - 3.1. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO *TELECOM SINGLE MARKET*. - *SEGUE*. IL CONTRIBUTO DEL BEREC SULLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO. - *SEGUE*. IL RILIEVI DI ORDINE METODOLOGICO: L'ATTENZIONE DEL BEREC PER I PRINCIPI DI QUALITÀ DELLA REGOLAZIONE. - *SEGUE*. LA CONSIDERAZIONE DEI RILIEVI DEL BEREC NEL TESTO APPROVATO IN PRIMA LETTURA DAL PARLAMENTO EUROPEO.

1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI

L'esigenza di una profonda integrazione tra ordinamento comunitario e nazionale nel settore delle comunicazioni elettroniche spiega la previsione, accanto a meccanismi di collaborazione tra ANR e Commissione durante la fase discendente, di un ulteriore livello di raccordo all'interno di organismi a composizione «mista», formati cioè da rappresentanti degli Stati membri e della Commissione. Attraverso il coinvolgimento delle ANR in tali piattaforme si mira a garantire una maggiore coerenza alle azioni delle singole ANR e a fornire, al contempo, un'adeguata consulenza alla Commissione durante la fase ascendente. Tra questi un ruolo di prim'ordine è assunto dal BEREC⁵³ quale *forum* di cooperazione delle ANR ed «organismo di rifles-

53 Competenze, obiettivi e ambiti di intervento del BEREC sono individuati dalla direttiva quadro, come modificata dalla riforma del 2009 e specificati nel Reg. CE 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce «l'*Organismo dei regolatori europei delle Comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'ufficio*». Sebbene l'istituzione dell'organismo sia così recente, l'esigenza di creare una rete dei regolatori è stata avvertita, sin da subito, come una necessità imprescindibile e, allo stesso tempo, uno snodo fondamentale per stabilire gli equilibri tra gli attori della regolazione. Invero, già sul finire degli anni '90, erano sorti spontaneamente due organismi informali di raccordo tra stati membri e Commissione. Si tratta dell'*High level meeting of National Administrations and Regulatory Authorities (NARA)*, istituito su iniziativa della Commissione allo scopo di armonizzare la regolazione a livello nazionale e dell'*Independent regulators' Group (IRG)*, organismo associativo delle ANR nel quale avveniva lo scambio di opinioni e buone prassi tra i regolatori indipendenti.

Nel 2002, recependo il fenomeno dei frequenti incontri in queste sedi, la Commissione decise (dec. 2002/267/CE del 29 luglio 2002) l'istituzione di un Gruppo dei regolatori europei per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (ERG), con il compito di «*consigliare e coadiuvare la Commissione e sviluppare il mercato interno e, più in generale, di fornire un'interfaccia tra le ANR e la Commissione*». L'ERG, in particolare, pur senza rivestire alcun ruolo nel processo regolamentare, deliberava - all'unanimità - sulle posizioni comuni, adottava opinioni che rispecchiavano i punti di vista di tutti gli Stati membri, sviluppava il programma di lavoro annuale, forniva consulenza alla Commissione europea (e occasionalmente al Consiglio e al Parlamento). In considerazione della positiva esperienza dell'ERG, sotto il profilo della promozione di prassi regolamentari coerenti e della proficua cooperazione tra ANR e Commissione, in occasione dell'avvio della riforma del quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, si è così ipotizzata l'istituzione di un'agenzia settoriale (*European Electronic Communications Market Authority* - EECMA), che assistesse la Commissione europea nell'esercizio dei suoi poteri regolamentari. L'EECMA avrebbe dovuto avere personalità giuridica propria ed essere strutturata con un *board* amministrativo composto da 12 componenti, scelti al 50% dalla Commissione e al 50% dal Consiglio, nonché da un *board* di regolatori, composto dai rappresentanti delle ANR e presidiato da un *Director*, scelto dall'*Administrative board* tra soggetti esterni. Secondo il progetto originario della Commissione l'EECMA «*avrebbe potuto incidere in maniera decisiva su questioni di estremo rilievo: armonizzare (anche adottando decisioni individuali) le condizioni nazionali per le autorizzazioni dei servizi (autorizzazioni generali, ma anche diritti d'uso su frequenze e su numeri); prevedere una procedura unica comunitaria per la selezione dei diritti d'uso soggetti a condizioni di armonizzate (si pensi alle frequenze per la telefonia mobile ma anche per il digitale terrestre, con conseguente accentramento della decisione relativa alla riallocazione delle frequenze liberate grazie al 'digital dividend'); redistribuire i diritti d'uso delle radiofrequenze e dei numeri (portando a un livello comunitario anche la fase esecutiva relativa alle aste per le frequenze e alla relativa distribuzione); accentrare le competenze in materia di sicurezza delle reti e dell'informazione (si pensi al tema delle reti degli operatori storici); prevedere un sistema di ricorsi gerarchici e giurisdizionali avverso le decisioni dell'autorità europea*» (così F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit., 43). In considerazione della dimensione dei poteri che erano

sione, dibattito e consulenza» delle istituzioni europee⁵⁴. Il BEREC, in particolare, oltre al supporto alle ANR e alla Commissione, nell'ambito della procedura ex artt. 7 e 7-bis della direttiva quadro⁵⁵, è chiamato a rilasciare pareri sui progetti di atti più significativi delle istituzioni comunitarie, indicati dall'articolo 3 del suo regolamento istitutivo⁵⁶. In dette ipotesi, la Commissione ha l'obbligo di tenere «*in massimo conto i pareri, le raccomandazioni, gli orientamenti, la consulenza o la migliore prassi regolamentare del BEREC*» e quest'ultimo può, a sua volta, «*consultare le competenti autorità nazionali della concorrenza prima di trasmettere proprio parere alla Commissione*»⁵⁷.

L'azione del BEREC di supporto alle istituzioni europee si è rivelata singolarmente efficace sia per la diffusione di *best practice* su scala europea, sia nell'esercizio del suo ruolo tecnico-consultivo in relazione ai principali *dossier* regolamentari⁵⁸, assicurando il coinvolgimento delle ANR nel processo che porta all'elaborazione delle strategie a livello comunitario.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, e limitando l'analisi all'anno in corso e a quello appena trascorso, vale richiamare il contributo fornito nell'ambito dell'iniziativa legislativa comunitaria *Telecom single market*⁵⁹, nonché i pareri rilasciati nel

attribuiti all'agenzia e della dimensione dei settori di intervento, la proposta trovò una forte opposizione degli Stati membri, che vedevano, per un verso, perdere una parte della propria sovranità superiore a quella che avrebbero inteso delegare e, per l'altro, rafforzare l'efficacia e l'ambito di intervento della Commissione. Per tale ragione, nel testo finale della direttiva *Better regulation*, approvato nel 2009, essa fu "rimpiazzata" dal BEREC, organismo tuttavia assai differente per composizione e funzioni. Esso, invero, pur assicurando importanti funzioni consultive e di supporto alla Commissione, non ha il carattere di agenzia comunitaria e non intacca nella sostanza le prerogative degli Stati membri.

54 Considerando n. 9 del Reg. 1211/2009, cit.

55 Per l'esame di tale aspetto si rimanda a quanto osservato nei par. 2 e 3 della sezione precedente.

56 Si tratta, nello specifico, dei seguenti atti: progetti di raccomandazioni e/o orientamenti sul forma, contenuto e livello di dettaglio delle notifiche ex art. 7-ter della direttiva quadro; progetti di raccomandazione relative ai mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi ex art. 15, par. 1 della direttiva quadro; progetti di decisione relativi all'individuazione di mercati transnazionali, ex art. 16 della direttiva quadro; bozze di raccomandazioni/decisioni di armonizzazione ex art. 19 della direttiva quadro; progetti di decisione contenenti autorizzazione o divieti di misure eccezionali da parte delle ANR ex art. 8 della direttiva accesso; progetti di misure in merito all'accesso effettivo ai numeri di emergenza ex artt. 26 e 27-bis, della direttiva servizi.

57 Art. 3, par. 3, del Reg. 1211/2009, cit.

58 Cfr. sul punto la *Relazione annuale 2014 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sull'attività svolta e sul programma di lavoro*, su www.agcom.it, 349.

59 Si tratta della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2013) 627 recante «*Misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012*», presentata dalla Commissione l'11 settembre 2013 al Parlamento, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale ed al Comitato delle Regioni, attualmente all'esame di Parlamento e Consiglio dell'Unione europea, nell'ambito della procedura di co-decisione.

corso del procedimento di approvazione della Raccomandazione per la promozione degli investimenti a banda larga⁶⁰, della Raccomandazione per la revisione dei mercati rilevanti, delle linee guida applicative del Regolamento sul *roaming* internazionale⁶¹, nonché ai fini della predisposizione del rapporto *Trautmann* relativo allo stato di implementazione del quadro normativo europeo del 2009⁶².

Tra le piattaforme di collaborazione tra ANR e CE, è opportuno segnalare il gruppo per la politica europea dello Spettro Radio (RSPG) istituito con decisione 2002/622/CE per assistere la CE nello sviluppo della politica di settore, il Comitato Comunicazioni (COCOM), previsto dall'art. 22 della direttiva quadro per coadiuvare la CE nell'esercizio dei propri poteri di implementazione⁶³ e il *Network of regulators* (NER), istituito nel settembre 2013, in seno al *Regulatory Policy committy* (RPC) dell'OCSE, allo scopo di scambiare *best practice* e modelli organizzativi tra regolatori economici dei paesi OCSE.

Al fine di consentire il corretto adempimento delle attività all'interno di tali organismi è istituito presso l'Agcom un ufficio relazioni comunitarie ed internazionali, con il compito, tra gli altri, di coordinare le attività nell'ambito del BEREC, implementare il nuovo quadro europeo, integrare le delegazioni nazionali presso il COCOM e collaborare con la CE per la predisposizione dei principali rapporti comunitari di settore.

Tra le iniziative di maggior rilievo dell'Agcom nelle piattaforme descritte, oltre alla presidenza del gruppo di lavoro incaricato di seguire l'*iter* di approvazione della proposta di regolamento *Telecom single market* - su cui si avrà modo di soffermarsi ampiamente nel prosieguo - meritano una menzione il monitoraggio dei sottogruppi tecnici *Mobile satellite service*, *Communications broadcast issue*, *Authorization and Rights of Use* e *Market Data* del COCOM, il coordinamento del gruppo di lavoro «BEREC-RSPG», insieme alla *Swedish Post and Telecom Authority*, nonché la collaborazione alla redazione dei primi rapporti del neoistituto NER, tra i quali il *rapporto*

60 Raccomandazione della Commissione dell'11 settembre 2013 relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie dei costi per la promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti a banda larga (2013/466/UE).

61 Reg. UE 531/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione.

62 BoR (13) 87, *Letter from the BEREC Chair, Dr Leonidas Kanellou, to Mrs Catherine Trautmann, Member of the European Parliament, concerning the draft Report on the implementation of the Regulatory Framework for electronic communications* dell'11 luglio 2013 su berec.europa.eu/.

63 Il COCOM è composto dai rappresentanti degli Stati membri ed è presieduto da un rappresentante della Commissione.

OECD best practices for the governance of regulators e l'analisi sul tema della valutazione dei regolatori.

2. LE PIATTAFORME INTERNAZIONALI DI COOPERAZIONE E COORDINAMENTO

La positiva esperienza del coordinamento nelle sedi comunitarie ha indotto le singole ANR ad assumere iniziative di raccordo e collaborazione, anche al di fuori delle ipotesi in cui è previsto un obbligo in tal senso e a rafforzare i legami esistenti, oltre i confini dell'ordinamento comunitario.

Di qui la nascita e la diffusione di diverse piattaforme internazionali di cooperazione regolamentare, tra le quali, per il settore delle comunicazioni elettroniche, si segnalano l'EMERG, il REGULATEL e l'ITU.

L'EMERG è una piattaforma di regolatori dell'area mediterranea, alla cui creazione, nel 2008, l'Agcom ha contribuito attivamente. L'EMERG si pone l'obiettivo di «*facilitare lo scambio di buone prassi tra le due sponde del mediterraneo e promuovere un maggior grado di armonizzazione dei quadri normativi e regolamentari degli Stati dell'area MENA (Medio Oriente e Nord Africa) con l'acquis communautaire*»⁶⁴. Tra le novità del 2013, si segnala la cessazione del piano di finanziamento assicurato dalla CE mediante il programma NATP («*New approach telecommunication policies*»). Il Segretariato permanente ha dunque svolto le sue attività e dovrà continuare a svolgerle senza finanziamenti esterni⁶⁵.

Durante il 2013, si sono svolti 6 *workshop* secondo il modello organizzativo indicato sotto la presidenza dell'Agcom nel 2011 con una ANR in qualità di *rapporteur* di ciascun *workshop*. L'Agcom, nel periodo di riferimento, è stata *rappourteur* del *workshop* sul servizio universale e del primo *workshop* congiunto EMERG-BEREC sul tema «*Enforcement and judicial review of the NRA's decisions*», organizzato con la collaborazione del *Framework implementation Group* del BEREC, dalla stessa coordinato⁶⁶.

64 *Relazione annuale 2014, cit., 354.*

65 *Relazione annuale 2014, cit., 354.*

66 *Relazione annuale 2014, cit., 354.*

Il REGULATEL è il *forum* latino americano dei regolatori dei servizi di comunicazione elettronica dell'America latina, istituito nel 1998 con l'obiettivo di favorire l'armonizzazione del quadro regolamentare di settore e promuovere lo sviluppo dei mercati delle comunicazioni elettroniche in America latina. La piattaforma è costituita dai regolatori dell'America latina affiancati, inizialmente con il ruolo di osservatori, anche dai regolatori di Spagna (CNMC), Portogallo (ANACOM) e Italia. Nel 2013 il Consiglio Direttivo dell'EMERG, riconoscendo il supporto offerto dalle ANR europee nel corso degli anni, le ha promosse a membri effettivi. In tale arco temporale tale organismo ha modificato il proprio statuto, adottando una struttura organizzativa simile all'EMERG. Grazie a tale innovazione, l'impegno dell'Agcom si è esteso anche ai gruppi di lavoro ai quali l'Autorità ora potrà inviare i propri membri per uno scambio di *best practice*⁶⁷.

L'ITU è l'agenzia specializzata delle Nazioni Unite per la tecnologia dell'informazione e della comunicazioni. Tra le principali attività dell'organizzazione, si ricorda quella relativa all'assegnazione dello spettro radio e delle orbite satellitari a livello globale, nonché lo studio e il monitoraggio delle principali problematiche regolamentari a livello internazionale, quali lo sviluppo delle norme tecniche che assicurano le qualità delle reti, l'implementazione delle tecnologie, le misure per migliorare l'accesso alle TLC alle comunità più svantaggiate di tutto il mondo. Si segnalano, nel periodo di riferimento, l'indagine conoscitiva svolta sul tema della convergenza tecnologica sulla concorrenza ed i consumatori (*Regulation an consumer protection in a converging environment*, 2013), sull'evoluzione e gli sviluppi del settore delle telecomunicazioni, grazie alla crescente disponibilità delle reti a banda larga (*Trend in telecommunications reform*), nonché la consultazione pubblica avviata, nel marzo del 2014, sulle *International Internet-related Public issues*, con la quale si è chiesto agli *stakeholders* di confermare le priorità di intervento indicate nel 2009⁶⁸.

Si fa presente che l'Autorità, anche quest'anno, ha partecipato ai lavori dell'ITU, inviando la propria delegazione alle principali manifestazioni tenutesi nel 2013 quali il *Global symposium of Regulators* tenutosi a Varsavia dal 3 al 5 luglio 2013 e l'*ITU telecom World* tenutosi a Bangkok tra il 19 e il 22 novembre 2013⁶⁹.

67 *Relazione annuale 2014*, cit., 354.

68 *Relazione annuale 2014*, cit., 354 ss.

69 *Relazione annuale 2014*, cit., 354-355.

Un cenno merita, altresì, l'attività di costante promozione di gemellaggi amministrativi («twinning»), tra cui si ricordano, quello del 2008-2011 con la *National Telecommunications Regulatory Authority* (NTRA) in Egitto, del 2011-2012 con il Ministero delle Comunicazioni in Israele, del 2011 al 2013 con *Telecommunication Regulatory Commission* in Giordania, nonché l'avvio del gemellaggio con l'*Istance Des Telecommunications* (INT) tunisina.

3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE

Come è stato efficacemente osservato, l'istituzione di organismi di regolazione europei ha attribuito una nuova dimensione al carattere di indipendenza delle ANR perché esso viene predicato *«non solo nei confronti degli Stati membri, ma anche nei confronti della CE. L'indicazione di uno statuto indipendente agli organismi di regolazione indica quindi, almeno potenzialmente, l'evoluzione da un sistema di regolazione composita, nel quale i regolatori nazionali e la Commissione interagivano strettamente, mantenendo però ferma la distinzione di attribuzioni e la divisione di competenze ad un sistema di regolazione integrata, nel quale si supera il sistema dualistico e si crea un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore»*⁷⁰.

Una simile interazione, nel settore delle comunicazioni elettroniche, è garantita per lo più dall'attività svolta dal BEREC, che assicura il necessario raccordo tra livello nazionale e livello comunitario nella complessa architettura istituzionale disegnata dal legislatore del 2009.

Le dimensioni del presente rapporto non consentono un'analisi dei diversi ambiti in cui è intervenuto il BEREC nel periodo di riferimento, per cui ci si soffermerà soltanto sul contributo apportato dall'organismo sulla proposta di regolamento *telecom single market*, che interessa particolarmente per la rilevanza dei temi trattati e per la circostanza che è stata proprio l'Agcom ad assumere il coordinamento del relativo gruppo di lavoro all'interno del BEREC.

Al fine di meglio comprendere in che modo il BEREC sia stato in grado di incidere

70

L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 8.

sulle singole misure durante l'*iter* di approvazione del provvedimento, si procederà dapprima all'analisi del testo della proposta della Commissione, successivamente si evidenzieranno i rilievi del BEREC, e da ultimo si passerà all'esame del testo approvato dal Parlamento europeo in prima lettura, con particolare riguardo alle misure sulle quali il BEREC si è espresso parere.

3.1. La proposta di Regolamento *Telecom single market*

La Proposta di Regolamento in esame si colloca a valle della decisione del Consiglio europeo del marzo 2013 di rafforzare l'integrazione europea nel settore delle telecomunicazioni, superando la frammentazione del mercato europeo in 28 mercati nazionali, di ostacolo alla crescita e alla competitività del settore.

L'idea del Consiglio ha preso forma lo scorso autunno quando la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento volta a realizzare il c.d. mercato unico delle telecomunicazioni⁷¹ per tale intendendosi un mercato in cui i *«cittadini e le imprese hanno accesso ai servizi di comunicazione elettronica ovunque essi siano erogati nell'Unione, senza restrizioni transfrontaliere o costi aggiuntivi ingiustificati»* e in cui *«le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica possono operare e fornire i loro prodotti e servizi, a prescindere dal loro luogo di stabilimento o da quello dei loro clienti nell'UE»*⁷².

Con la realizzazione di un mercato unico delle TLC, in particolare, la proposta intende rimediare alle principali problematiche del settore, quali l'insoddisfacente livello di coerenza e prevedibilità regolamentare, l'eccessivo livello dei prezzi per alcuni specifici servizi e l'insufficienza degli investimenti nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica.

Per raggiungere simili obiettivi, secondo la Commissione *«occorre in primo luogo eliminare gli ostacoli inutili nel regime di autorizzazione e nelle norme relative alla fornitura dei servizi, in modo tale che l'autorizzazione ottenuta in uno Stato membro sia valida in tutti gli Stati membri e che gli operatori possano fornire servizi sulla*

71 Si tratta della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2013) 627, cit.

72 Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio dell'11 settembre 2013 contenente la relazione illustrativa della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2013) 627, cit.

base di un'applicazione coerente e stabile degli obblighi di regolamentazione.

In secondo luogo, bisogna garantire una maggiore armonizzazione nell'accesso agli input essenziali, garantendo agli operatori di telefonia mobile condizioni di assegnazione prevedibili e tempistiche coordinate per l'accesso allo spettro radio per la banda larga e senza fili in tutta l'UE, armonizzando le modalità di accesso alle reti fisse europee per permettere ai fornitori di offrire più facilmente i propri servizi in tutto il mercato unico. In terzo luogo, è necessario garantire un elevato livello di tutela dei consumatori in tutta l'Unione e condizioni commerciali comuni in questo ambito, anche attraverso misure volte a porre gradualmente fine ai sovrapprezzi di roaming mobile e a salvaguardare l'accesso ad un internet aperta»⁷³.

Sulla base di tali osservazioni la Commissione, dopo aver premesso, nelle disposizioni generali (capo I, artt. 1 e 2), le definizioni ed i principi cui devono attenersi le ANR nell'applicare il regolamento, affronta le principali problematiche regolamentari descritte nella relazione illustrativa, individuando per ciascuna di esse, specifici strumenti *ad hoc*.

Si interviene, anzitutto, sul regime di autorizzazione allo svolgimento dell'attività di erogazione dei servizi di comunicazione elettronica transfrontalieri (capo II). La proposta, allo scopo di ridurre le barriere che si frappongono all'erogazione di tali servizi su scala europea, sostituiva il regime vigente, ove gli operatori sono tenuti a chiedere l'autorizzazione a tutte le ANR dei paesi in cui intendono operare, con il sistema dell'autorizzazione unica, da notificare alla sola ANR dello Stato membro nel quale hanno luogo le principali decisioni in merito agli investimenti e alla gestione dei servizi e delle reti (paese di stabilimento o paese d'origine). Detta autorizzazione, nel disegno della Commissione, andava redatta in tutte le lingue dei paesi nei quali l'operatore intendeva svolgere la propria attività (paesi ospitanti) e rimaneva soggetta al controllo della sola ANR del paese d'origine per la sua revoca o sospensione. Si prevedeva inoltre che, in caso di controversie in cui fosse coinvolto un operatore europeo di comunicazioni elettroniche, per il presunto mancato rispetto del quadro regolamentare in materia, quest'ultimo potesse consultare l'ANR dello Stato membro d'origine, per il rilascio di un parere, che l'ANR dello Stato ospitante avrebbe dovuto tenere nella massima considerazione.

73

ibidem.

La riforma, in secondo luogo, affronta il tema degli investimenti nelle infrastrutture necessarie all'erogazione di servizi di elevata qualità nel settore della telefonia mobile e fissa (capo III), intervenendo sulle procedure di rilascio dello spettro radio (sezione I), nonché sulla disciplina dei prodotti d'accesso ai servizi transfrontalieri di comunicazione elettronica (sezione II).

In relazione al primo aspetto (sezione I), l'intervento comunitario si pone l'obiettivo di rimediare alla scarsa prevedibilità della disponibilità dello spettro nella UE, nonché alla eterogeneità di condizioni di assegnazione nei diversi Stati membri; lo scopo ultimo della misura è quello di incentivare i fornitori di telefonia mobile ad investire in Europa, anziché rivolgersi a mercati più vasti o con maggiore prospettiva di crescita rispetto a quello UE.

A tal fine, si introducono misure volte ad armonizzare le condizioni di assegnazione dello spettro, attraverso per esempio la definizione di principi di regolamentazione comuni applicabili agli Stati membri nella disciplina delle condizioni d'uso dello spettro radio, l'attribuzione alla Commissione del potere di adottare atti di esecuzione volti ad armonizzare la disponibilità delle radiofrequenze, la fissazione delle tempistiche di assegnazione e della durata dei diritti d'uso dello spettro radio, l'introduzione di meccanismi di consultazione, sul modello dell'art. 7 della direttiva quadro, che consentano alla Commissione di analizzare i progetti di misure nazionali relative all'assegnazione e all'uso dello spettro radio, la semplificazione delle condizioni per l'installazione e l'accesso alla banda larga senza fili a bassa potenza per stimolare la concorrenza e ridurre la congestione delle reti.

In relazione al secondo aspetto (sezione II), la proposta intende superare le diversità tra Stati membri in ordine alla definizione dei prodotti di accesso virtuale a reti fisse che, secondo la Commissione, ostacolerebbe l'ingresso di operatori di altri Stati membri nei mercati nazionali per la fornitura di servizi di qualità. Per superare tale situazione, per un verso, si attribuiva alla CE il compito di definire le caratteristiche comuni dei prodotti europei di accesso virtuale alla banda larga⁷⁴, per altro verso, si

⁷⁴ Tale aspetto della proposta è chiaramente esposto nella *Relazione annuale 2014*, cit., 55 che ha efficacemente sintetizzato come segue: *“la proposta aveva previsto regole comuni per l'imposizione di rimedi regolamentari per i servizi all'ingrosso sulle reti NGA degli operatori SMP, tra cui quelli riconducibili alla categoria dei virtual broadband access products. Tali regole, inerenti ai requisiti di efficacia, interoperabilità e qualità dei servizi di virtual unbundling, di IP bistream e accesso ai segmenti terminali delle linee affittate, riflettevano in realtà una prassi decisionale già seguita dalle ANR. Queste, infatti, nel controllare le offerte di riferimento per i servizi*

stabiliva il diritto dei fornitori di comunicazioni elettroniche di offrire e utilizzare, a condizioni ragionevoli, i prodotti armonizzati con una qualità del servizio garantita, che avrebbe dovuto servire anche da fattore abilitante per lo sviluppo di mercati di servizi *internet* innovativi⁷⁵.

In terzo luogo, si introducono una serie di previsioni volte ad armonizzare le norme sui diritti degli utenti finali, tra cui il divieto di discriminazioni tra comunicazioni nazionali e intraunionali; l'obbligo di divulgare l'informativa precontrattuale e contrattuale; regole di trasparenza e la predisposizione di tutele per evitare fatturazioni esorbitanti; il diritto di risolvere il contratto dopo sei mesi senza costi; disposizioni in materia di neutralità della rete (capo IV). Con riferimento a quest'ultimo aspetto, in particolare, la proposta introduce una serie di misure volte al rafforzamento delle garanzie di accesso alla rete per gli utenti, quali, per esempio, il diritto di accedere liberamente a contenuti, applicazioni servizi e terminali ovvero il divieto generalizzato di ricorso al *traffic management*, che può essere rimosso solo in presenza di ragioni oggettive tassativamente elencate. A tal proposito, si prevede un'area di esenzione per la fornitura di servizi specializzati (come l'IPTV) che richiedono livelli di qualità più elevati.

In quarto luogo, si semplificano le regole per consentire il cambio da un fornitore all'altro, anche al fine di garantire maggiore consapevolezza della procedura da parte dell'utente (capo V).

Da ultimo, si introducono una serie di disposizioni eterogenee, tra le quali si segnalano quelle relative al *roaming* internazionale e all'organizzazione del BEREC (capo VI).

In relazione al *roaming*, in particolare, si interviene sul fronte degli incentivi agli operatori a fornire tariffe pari a quelle nazionali per il relativo servizio.

La proposta, nello specifico, mira ad indurre gli operatori mobili a stipulare accordi di *roaming* bilaterali o multilaterali che consentano loro di internalizzare i costi del

all'ingrosso (OIR) e i prezzi per l'accesso alle reti NGA nei mercati wholesale, tendono a considerare gli ostacoli agli investimenti in reti alternative, l'effettiva garanzia di non discriminazione all'accesso e la concorrenza nei mercati retail in termini di possibilità di scelta e qualità dei servizi. Gli elementi di novità della proposta riguardavano, piuttosto, l'obbligo, per le ANR che intendessero imporre obbligo di accesso virtual broadband access products, di includere un'offerta di riferimento con caratteristiche armonizzate a livello europeo, nonché la possibilità di valutare, a seconda delle circostanze specifiche, l'imposizione di un prodotto di accesso virtuale a banda larga, in luogo di obblighi di VULA non armonizzati".

75 Relazione annuale 2014, cit., 55.

roaming all'ingrosso e di introdurre progressivamente i servizi di *roaming* a tariffe pari a quelle nazionali entro il luglio del 2016 (*roam like at home*). Rispetto agli accordi di *roaming* già presenti, l'elemento di novità consiste nella previsione di un obbligo di notifica degli stessi allo scopo di migliorarne la trasparenza.

L'obiettivo della misura è quello di trasferire ai consumatori i vantaggi derivanti dall'economie di scala risultante da detti accordi.

Per ciò che attiene alla riorganizzazione del BEREC, al fine di conferire maggiore stabilità all'organismo, si prevede, da un lato, la nomina di un presidente professionista con un mandato di tre anni, scelto all'interno di una *short list* redatta dalla Commissione e, dall'altro, la riduzione da due ad uno dei vicepresidenti, con l'eliminazione del *Troika system* attualmente in vigore che prevede una carica annuale per i presidenti delle ANR.

Segue. Il contributo del BEREC sulla proposta di regolamento

La proposta in esame ha subito un profondo stravolgimento nel testo approvato dal Parlamento europeo in prima lettura, anche a seguito dell'attenta revisione svolta dal BEREC, che si è confermato, ancora una volta, un attore centrale del processo regolamentare. Il BEREC, invero, nell'esercizio del suo ruolo consultivo nei confronti delle istituzioni europee, ha seguito, con molta attenzione, questo processo sin dalla pubblicazione dell'analizzata proposta della Commissione. Sulla base delle analisi tecniche effettuate da un gruppo *ad hoc* di esperti, ha pubblicato una prima dichiarazione di sintesi nel settembre 2013⁷⁶, cui è seguito, nel mese di ottobre 2013, un documento di posizionamento contenente una serie di rilievi sulle principali proposte della Commissione⁷⁷.

Le attività di analisi del BEREC sono poi proseguite sul testo approvato dal Parlamento

⁷⁶ BoR (13) 104, *BEREC statement on the publication of a European Commission proposal for a Regulation on the European single market*, del 16 settembre 2013, su <http://berec.europa.eu/>.

⁷⁷ BoR (13) 142, *BEREC views on the proposal for a Regulation "laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent"*, del 17 ottobre 2013 su <http://berec.europa.eu/>.

europeo, lo scorso 3 aprile⁷⁸, e sono sfociate in un ulteriore documento di analisi⁷⁹, nell'ambito del quale si evidenziano, «*da un lato, gli aspetti positivi dell'approccio parlamentare, dall'altro, alcune criticità nelle aree in cui il Parlamento conferma le proposte della Commissione, ovvero introduce nuovi elementi di rigidità o incertezza regolamentare*»⁸⁰.

Segue. Il rilievo di ordine metodologico: l'attenzione del BEREC per i principi di qualità della regolazione

Prima di procedere ad analizzare i principali rilievi mossi dal BEREC alle singole proposte, pare opportuno soffermarsi su alcune indicazioni di carattere metodologico che l'organismo dei regolatori europei fornisce al legislatore comunitario in merito al procedimento regolamentare nel suo complesso e che mostrano la profonda attenzione del BEREC per le *policy* di *better regulation*, nonché verso i principi di proporzionalità, sussidiarietà e adeguatezza⁸¹.

Quanto al primo aspetto, il BEREC, pur senza nominare espressamente tale strumento di qualità della regolazione, in buona sostanza lamenta il mancato svolgimento dell'analisi di impatto della regolazione (AIR)⁸².

L'AIR, come noto, è quello strumento di qualità della regolazione che impone ai regolatori di effettuare una valutazione preventiva degli effetti dei provvedimenti

78 Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 aprile 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012 (COM(2013)0627 - C7-0267/2013 - 2013/0309(COD)).

79 BoR (14) 50, *BEREC views on the European Parliament first reading legislative resolution on the European Commission's proposal for a Connected Continent Regulation*, del 14 maggio 2014 su <http://berec.europa.eu/>.

80 Così su <http://www.agcom.it/proposta-regolamento-europeo-connected-continent>.

81 Per un'analisi della Proposta di Regolamento alla luce dei principi in questione cfr. G. NAVA, *Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie*, in *Diritto merc. tecn.*, 2013, 34 ss.

82 L'AIR (Analisi di Impatto della Regolazione) è uno strumento di qualità della regolazione nato nei Paesi anglosassoni e divulgata dall'OCSE a partire dall'ultimo decennio del XX secolo. In Italia, l'AIR è stata introdotta nel 1999 dalla prima legge di semplificazione, ma è entrata a regime solo nel 2008 con il d.p.c.m. 11 settembre 2008, n. 170. Successivamente, all'AIR è stata affiancata «l'AIC (Analisi d'impatto sulla concorrenza), volta a verificare che la regolazione vincoli gli operatori economici nella maniera appena sufficiente a raggiungere gli obiettivi generali perseguiti (...)». L'analisi di impatto può essere attuata in modo più o meno approfondito a seconda della complessità dei provvedimenti da adottare e, pertanto, dovrebbe rivelarsi particolarmente utile nei casi più complessi e delicati, quando i risultati dell'intervento pubblico sono più incerti» (Così A. HEIMLER, *Dizionario di Economia e finanza*, 2012, su www.treccani.it). Sull'AIR e sulle politiche di qualità della regolazione in Italia cfr. B. CAROTTI e E. CAVALIERI, *La nuova semplificazione*, Milano, 2009.

regolativi, allo scopo di accertare se le misure proposte risultino vantaggiose per la società, contribuendo al raggiungimento di benefici superiori ai costi necessari per introdurle, farle rispettare o semplicemente a quelli che risultano dal mantenimento dell'assetto regolamentare in vigore.

A tal fine di svolgere un'adeguata AIR, in particolare, è necessario che il regolatore sviluppi i seguenti aspetti: (i) definizione degli obiettivi perseguiti e degli effetti attesi dalla regolazione; analisi del problema che si intende risolvere con una valutazione critica delle alternative disponibili (inclusa l'opzione di non intervento, c.d. opzione «0»); (ii) risultati della consultazione pubblica volta a confermare la validità dell'opzione perseguita; (iii) indicazione delle modalità concrete attraverso le quali ci si attende che la regolazione venga rispettata e definizione dei criteri che l'amministrazione vuole seguire per garantire un corretto monitoraggio; (iv) valutazione accurata dei risultati conseguiti⁸³.

L'analisi svolta dal BEREC sul testo della proposta si incentra sul mancato rispetto dei principi in questione. La Commissione, difatti, passa dall'enunciazione degli obiettivi alla fissazione delle regole, senza spiegare in che modo le misure proposte siano in grado di assicurare il raggiungimento del risultato prefissato.

A tal riguardo, vale rilevare anzitutto che la Commissione non motivi adeguatamente l'*an* dell'intervento. Il superamento dell'opzione «0», invero, presuppone la dimostrazione, per un verso, che gli effetti che si vogliono conseguire con le regole di nuova introduzione non siano raggiungibili valorizzando previsioni già esistenti, per l'altro, che le misure proposte diano prospettive di effettività e di benefici superiori rispetto al quadro attuale. Con riferimento a tale specifico aspetto, il BEREC osserva come la Commissione abbia trascurato gli importanti risultati conseguiti nei mercati, sotto l'attuale quadro regolamentare. Al riguardo, per esempio, si ricorda come la velocità media della banda larga in Europa sia significativamente più alta che negli Stati Uniti (36% più veloce per xDSL e FTTx e del 92 % via cavo), ovvero che le zone coperte da reti di nuova generazione, da aprile a maggio 2013, in Europa siano cresciute considerevolmente (dal 25% al 55% delle famiglie in UK, dal 40% al 60% delle famiglie in Danimarca, dal 40% al 70% delle famiglie in Olanda)⁸⁴. In buona

83 A. HEIMLER, *Dizionario di Economia e finanza*, cit.

84 BoR (13) 142, cit.

sostanza, considerato che, vigente l'attuale quadro regolamentare, la competitività dei mercati delle telecomunicazioni è andata via via crescendo, una modifica delle regole in vigore potrebbe giustificarsi solo in presenza di una specifica analisi di impatto che dimostri che le proposte modifiche siano in grado di apportare benefici alle dinamiche concorrenziali maggiori di quanto non consentano le attuali regole.

Il BEREC, in secondo luogo, sottolinea la mancanza di una preventiva consultazione delle parti interessate (consumatori, mondo dell'industria, regolatori nazionali), che avrebbe consentito l'acquisizione di elementi utili di valutazione nonché fornito importanti *input*.

E ancora, il BEREC fa presente come la sensibilità e la dimensione dei temi trattati nella proposta *Telecom single market* avrebbero richiesto una più opportuna e complessiva valutazione nell'ambito di una revisione globale del quadro regolamentare⁸⁵.

Il BEREC, dunque, fa applicazione del principio dell'AIR che richiede l'individuazione del contesto normativo più adeguato, sotto il profilo della coerenza ed armonia dei singoli plessi normativi, per inserire le nuove regole. Sulla scelta di collocare le misure proposte in nuovo regolamento piuttosto che nelle direttive già in vigore, viceversa, non vi è plausibile giustificazione, né alcun riferimento nella relazione illustrativa del provvedimento.

Quanto al rispetto dei principi di proporzionalità, sussidiarietà e adeguatezza, il BEREC osserva una generale tendenza a centralizzare le competenze a livello comunitario, a discapito degli attuali equilibri tra Commissione, Stati membri ed ANR.

In tal modo, per un verso, si pregiudicherebbe la capacità delle ANR di adottare azioni proporzionate e adeguate nei mercati rilevanti, per altro verso, si sottovaluterebbe il ruolo sin qui efficacemente svolto dal BEREC sotto il profilo dell'armonizzazione regolatoria⁸⁶.

Segue. La considerazione dei rilievi del BEREC nel testo approvato in prima lettura dal Parlamento europeo

85 BoR (13) 142, cit.

86 BoR (13) 142, cit.

Le problematiche di ordine metodologico segnalate si traducono, nella prospettiva del BEREC, in specifici errori di valutazione nella costruzione delle singole misure da parte della Commissione.

Rimandando alla lettura delle *views* di ottobre 2013 per un'analisi di dettaglio di tutti i rilievi mossi dal BEREC, in questa sede interessa invece evidenziare in che misura le esigenze di cui lo stesso si è fatto portatore siano state prese in considerazione dalle istituzioni comunitarie e per tale via analizzare il contributo che il BEREC è in grado di assicurare durante la fase ascendente.

A tal riguardo, sembra opportuno segnalare che, in relazione alla maggior parte delle misure (in tema di tutela dei consumatori, *governance* del BEREC, autorizzazione unica e rimedi di accesso all'ingrosso), c'è stato un pressoché totale allineamento del Parlamento europeo sulle posizioni del BEREC.

In merito alle misure di tutela del consumatore, il BEREC aveva criticato la scelta, in norme del principio di massima armonizzazione, di impedire ai governi nazionali e alle ANR di mantenere o introdurre forme più elevate di tutela per i consumatori.

Il proposto «*one size fits approach*», invero, priverebbe gli Stati membri e le ANR del potere di rispondere prontamente alle esigenze mutevoli dei mercati nazionali e dei consumatori. Sulla stessa linea, il BEREC aveva espresso perplessità in relazione al *legal vehicle* prescelto - il regolamento - per l'introduzione delle misure in questione, inidoneo a garantire alle ANR il necessario margine per adattare le regole stabilite in sede europea ai contesti e alle specificità nazionali. In totale coerenza con i rilievi del BEREC, il Parlamento europeo abbandona l'approccio della massima armonizzazione e trasferisce le misure in questione nella direttiva servizio universale.

Considerazioni analoghe devono svolgersi in merito alle misure sulla *governance* del BEREC. In proposito, nelle *views* di ottobre 2013, era stata criticata la scelta di sostituire il *troika system* con un presidente nominato all'interno di una *short list* della Commissione, sul rilievo che, in tal modo, verrebbe pregiudicata l'indipendenza dell'organismo, nonché l'efficacia del suo intervento⁸⁷. Anche in questo caso,

⁸⁷ Sul punto il BEREC afferma testualmente che: «*the core of BEREC's strength and value add is the rootedness in its constituent NRAs. As an EC civil servant, the chair would be "detached" from the Board of Regulators (BEREC's decision-making body) and its constituent NRAs. The severing of the link between the NRAs and the BEREC leadership would risk undermining BEREC's ability to speak and act independently (including, where necessary, to challenge the Commissions)*».

nel testo approvato dal Parlamento europeo in prima lettura, vengono soppresse le disposizioni censurate dal BEREC.

Un discorso in parte diverso deve farsi in relazione alle misure in tema di autorizzazione unica e di rimedi di accesso all'ingrosso, rispetto alle quali il Parlamento europeo ha sì recepito le indicazioni del BEREC, ma ha, altresì, aggiunto nuove previsioni, riaprendo così il contraddittorio con l'organismo dei regolatori e, dunque, con le ANR.

Rispetto alla proposta autorizzazione unica, il BEREC aveva osservato come alcuni aspetti, quali l'obbligo di redigere l'autorizzazione in tutte le lingue dei paesi nei quali gli operatori intendevano operare ovvero la possibilità per gli operatori di invocare il parere della *home* ANR in relazione ad eventuali controversie, condurrebbero ad un aggravamento degli oneri amministrativi a carico degli operatori e delle singole ANR, che è l'esatto opposto di quanto la Commissione si riprometteva.

Più in generale, veniva criticata l'introduzione di un meccanismo autorizzatorio basato sulla distinzione tra *Home* ANR e *Host* ANR, che incoraggerebbe la creazione di una relazione privilegiata tra gli *European providers* e la ANR di riferimento, e quindi una disparità di trattamento tra imprese operanti in un singolo Stato membro e imprese operanti in più Stati membri⁸⁸.

Sulla base di tali rilievi, il BEREC proponeva l'introduzione di un modello unico e standardizzato di autorizzazione per tutti i paesi, redatta nella lingua del paese di origine e da trasmettere in tutti i paesi nei quali gli operatori intendevano operare.

Conformemente a tali rilievi, nel testo approvato dal Parlamento Europeo in prima lettura, viene soppressa la norma che prevedeva il complesso regime di autorizzazione (*home ANR* e *host ANR*) a favore di un «*default no notification approach*», che riconosce a «*qualsiasi fornitore di comunicazione elettronica il diritto di fornire ed esercitare i diritti connessi alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica in tutti gli Stati dell'Unione in tutti gli Stati membri in cui opera*». Nella versione

⁸⁸ Al riguardo, si vedano pure le considerazioni di G. NAVA, *Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie*, cit., 72, il quale osserva come l'approccio adottato dalla Commissione «*potrebbe facilitare comportamenti opportunistici di scelta della giurisdizione ritenuta più inefficiente nell'adottare provvedimenti di sospensione o di deroga anche in caso di violazioni gravi o ripetute della normativa applicabile e creerebbe due categorie di operatori, di fatto discriminando chi opera in uno solo Stato membro rispetto a chi è presente in più Paesi (c.d. European electronic communications provider)*».

emendata della proposta, le imprese in questione hanno solo l'onere di notificare l'intenzione di iniziare la fornitura di servizi o di reti di comunicazioni elettroniche al BEREC, insieme alle informazioni strettamente necessarie per consentire allo stesso e all'autorità in questione di tenere un registro o elenco dei fornitori di servizi e reti di comunicazioni elettroniche. Nel contesto delineato, non è esclusa a priori la possibilità per le ANR di richiedere un obbligo di notifica, ma esso resta soggetto al controllo della Commissione che potrà chiederne l'abolizione laddove non lo ritenga giustificato.

Il Parlamento Europeo, inoltre, propone di attribuire al BEREC il compito di valutare le decisioni delle ANR che impediscono alle imprese di fornire reti di comunicazioni elettroniche in caso di ripetute violazioni delle condizioni di autorizzazione o che impongono misure urgenti per ragioni di sicurezza pubblica o di salute.

Il BEREC, nelle successive *views* di maggio 2014, pur manifestando un generale entusiasmo per l'abolizione della previsione sull'autorizzazione unica, ha tuttavia espresso perplessità in merito alla proposta di introdurre uno scrutinio della CE sulle scelte nazionali di prevedere un obbligo di notifica, nonché sulla scelta di centralizzare, in capo al BEREC, la supervisione sulle decisioni nazionali in merito all'adozione di provvedimenti urgenti che impongono misure per ragioni di pubblico interesse. In tal modo, si introdurrebbero ingiustificati oneri amministrativi nel procedimento autorizzatorio e si ritarderebbe l'attività di *enforcement* delle ANR nei mercati nazionali.

Venendo all'esame delle misure sui rimedi di accesso all'ingrosso, il BEREC aveva espresso forti perplessità sulla previsione di uno specifico rimedio a livello europeo, a fronte delle differenti esigenze tecnologiche e commerciali esistenti nei Paesi dell'Unione.

Questo approccio centralizzato e rigido, invero, non consentirebbe di valorizzare le specificità dei singoli mercati, né di considerare la loro repentina evoluzione nel tempo, con il conseguente rischio di lacune regolamentari e fallimenti di mercato, anche in considerazione dell'incapacità delle ANR di rispondere in modo adeguato e proporzionato.

Ancor più specificamente, il BEREC aveva osservato come la scelta di identificare

l'*European broadband access product* con un accesso VLAN, ossia con un prodotto di accesso virtuale e non con un prodotto fisico, si ponesse in contrasto rispetto alla politica di incentivazione agli investimenti nelle infrastrutture, sin qui perseguita ai sensi dell'art. 8, comma 5, della direttiva quadro⁸⁹. Inoltre, il BEREC, criticava l'introduzione di obblighi per gli operatori di soddisfare tutte le richieste ragionevoli di fornitura di un prodotto di connettività garantito secondo parametri di qualità, individuati nella stessa proposta di regolamento.

In tal modo, si introdurrebbero oneri in capo agli operatori non aventi SPM, senza adeguata giustificazione, atteso che il progressivo miglioramento della qualità di internet potrebbe rendere superflua la misura in questione.

Sebbene le critiche del BEREC sul punto siano state recepite dal Parlamento europeo - che ha provveduto ad eliminare le relative previsioni rimandando la loro valutazione nel contesto della revisione del quadro europeo delle comunicazioni elettroniche - vengono introdotte nuove previsioni in merito ai prodotti di accesso all'ingrosso, che hanno suscitato ulteriori rilievi da parte del BEREC, espressi nelle citate *views* di maggio 2014.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla previsione di specifici requisiti per i prodotti di accesso all'ingrosso di livello *business* per le imprese che intendano fornire servizi transfrontalieri.

Il BEREC, al riguardo, torna nuovamente sull'importanza dello strumento della consultazione osservando come: *«a detailed ex ante discussions with the industry are*

89 Tale punto di vista è stato condiviso anche nell'unico contributo che tratta il tema in esame (G. NAVA, *Prime osservazioni sulle tematiche regolamentari e comunitarie relative alla separazione della rete di accesso di Telecom Italia*, in *Dir. merc. tecn.* 2013, 72): «Il presupposto della Commissione che un solo prodotto all'ingrosso possa rappresentare una soluzione che risponda alle esigenze tecnologiche e di mercato della varietà delle condizioni concorrenziali e infrastrutturali ed europee» non può condividersi per la ragione che «fissare in un regolamento (sebbene mitigato dal potere di adottare atti delegati previsti dall'art. 32 al fine di adattare l'allegato agli sviluppi del mercato e tecnologici) le specifiche tecniche di un prodotto dell'accesso wholesale sminuisce il ruolo che le ANR e il BEREC possono svolgere in modo più tempestivo ed efficace per adattare i rimedi regolamentari alle esigenze che progressivamente emergono nei singoli mercati nazionali. Di fronte ai rischi evidenti che il rimedio deciso a livello centrale possa non rispondere alle esigenze regolamentari rilevate a livello locale oppure sia inadeguato rispetto alle peculiarità che le reti degli operatori SMP ed alle evoluzioni tecnologiche e quindi le ANR, il BEREC e la Commissione si trovino a dover dedicare le proprie risorse a discutere e a motivare perché l'*European virtual broadband access product* sia inadeguato rispetto ad altri rimedi regolamentari (come prevede la bozza di regolamento), la Commissione sembra preferire la scelta (politica) di imporre un approccio centralizzato all'evoluzione regolamentare sulle reti NGA che non trova giustificazione...né alla luce dell'adeguatezza, né alla luce dei principi di sussidiarietà».

especially important when dealing with such complex wholesale broadband access products where the need for interoperability between operators is key and where end-user business needs tend to be specific and varied»⁹⁰. Ciò posto il BEREC rileva che, prima di introdurre una simile misura sia opportuno verificare se, nel mercato, ci sia un chiaro livello di domanda per tale specifico prodotto e solo una volta che tale verifica abbia avuto esito positivo si potrebbe iniziare a lavorare per sviluppare le specifiche tecniche del prodotto in oggetto.

La seconda previsione su cui si è appuntato il parere del BEREC riguarda la scelta rimettere alle ANR la valutazione, entro un mese dall'approvazione del regolamento, *«se sia proporzionato imporre ai fornitori di servizi di comunicazioni elettronica designati a norma dell'articolo 16 della direttiva 2002/21/CE come aventi significativo potere di mercato in un mercato pertinente in relazione alla fornitura di servizi all'ingrosso di comunicazione elettronica di alta qualità l'obbligo di pubblicare un'offerta di riferimento all'ingrosso che tenga conto degli orientamenti del BEREC ...»⁹¹. Una simile previsione, a giudizio del BEREC, rischia di introdurre incertezza giuridica e tale valutazione potrebbe essere più efficacemente svolta dalle ANR nel contesto della revisione dei mercati di fornitura di servizi di comunicazione elettronica all'ingrosso di alta qualità.*

Le osservazioni del BEREC, invece, hanno condizionato solo minimamente i lavori in Parlamento per ciò che attiene alle disposizioni relative allo spettro radio, alla *net neutrality* e al *roaming*.

Con riferimento al tema dello spettro radio, il BEREC aveva osservato come l'introduzione di un meccanismo di *notice* e *comment* tra ANR e Commissione sul modello dell'articolo 7, per i progetti di misure nazionali relative all'assegnazione e all'uso dello spettro - a causa della sua complessità - non avrebbe garantito la tempestività necessaria per il rilascio della risorsa. Secondo il BEREC, in particolare, il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà suggerirebbe l'adozione di strumenti meno invadenti, quali per esempio il potere della Commissione, a tutt'oggi inutilizzato, di portare ad esecuzione le *Radio Spectrum Policy Programm decisions*, che già contengono prescrizioni di rilascio di risorse di spettro.

90 BoR (14) 50, cit.

91 Art. 17-bis della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 aprile 2014, cit.

Altro aspetto su cui il BEREC ha espresso perplessità riguarda la scelta di sincronizzare le procedure di assegnazione dello spettro radio nell'UE, al fine di mettere in condizione gli operatori di poter presentare offerte in tutti gli Stati membri in una volta sola; in considerazione delle dimensioni dello sforzo richiesto - in termini di risorse umane e capitale - per partecipare ad un simile tipo di procedura, la previsione in esame rischierebbe di rimanere inattuata o, al più, di favorire gli operatori di più grandi dimensioni.

Nonostante detti rilievi, il Parlamento Europeo non solo conferma, su entrambi gli aspetti, la posizione della CE, ma introduce ulteriori regole che vanno in una direzione ulteriormente criticata BEREC. Si fa riferimento alla previsione che prescrive una durata minima di 25 anni per licenza sulle bande armonizzate, destinata ad operare retroattivamente e a quella che impedisce agli Stati membri di rifiutare il trasferimento o il *leasing* delle licenze dello spettro radio.

A tal proposito il BEREC, pur condividendo l'esigenza del Parlamento europeo di voler dare una maggiore certezza ai titolari delle licenze e di aumentare il commercio dello spettro all'interno dell'UE, ritiene che non siano stati adeguatamente considerati gli effetti indesiderati delle misure proposte. Il cambiamento retroattivo della durata delle licenze creerebbe incertezza giuridica, con il rischio di una distorsione della concorrenza.

Allo stesso modo, il divieto per gli Stati Membri di impedire il trasferimento o il *leasing* delle licenze anche qualora esso possa causare un pregiudizio alla concorrenza, pregiudicherebbe la capacità degli Stati membri di far fronte ad eventuali distorsioni concorrenziali.

Anche con riferimento al *roaming*, si riscontra un significativo disallineamento di posizioni tra BEREC e istituzioni comunitarie.

Nelle *views* di ottobre 2013, in particolare, il BEREC aveva osservato come il meccanismo previsto per la stipula di accordi bilaterali e multilaterali rischiasse di favorire i più grandi operatori di rete mobile, a discapito di quelli più piccoli e dunque dell'obiettivo di tutela della concorrenza, perseguito dal *roaming III*. Più in generale il BEREC esprimeva perplessità, rispetto al principio di prevedibilità regolamentare, in merito alla scelta di intervenire, dopo nemmeno un anno di distanza dall'appro-

vazione del regolamento *roaming III*, sulle tariffe del roaming internazionale. A dispetto dei rilievi del BEREC, gli emendamenti proposti dal Parlamento europeo sul tema del *roaming* internazionale riproducono, nella sostanza, il complesso sistema proposto dalla CE. Gli unici elementi di novità della proposta, a livello *retail*, riguardano la semplificazione delle misure per l'abolizione dei sovrapprezzi di *roaming* al dettaglio entro il 15 dicembre 2015 e la previsione di «*fair-use criteria*» per consentire la replicabilità dei *pattern* di consumo agli utenti.

Rispetto al nuovo testo, il BEREC, pur riconoscendo il miglioramento della proposta iniziale, segnala i problemi di incertezza normativa, con particolare riguardo all'idea del Parlamento di combinare l'abolizione delle tariffe di *roaming* (*roam like at home*, RLHA) con il differente modello attualmente in vigore previsto dal Regolamento *roaming III*.

Detto regolamento, invero, al fine di ridurre i prezzi massimi di vendita *retail* introduceva il principio di c.d. competizione infrastrutturale - da luglio 2014 - basato sulla vendita «separata» dei servizi di *roaming*. In pratica all'utente, nel momento prima di iniziare a usufruire dei servizi di *roaming*, veniva consentita la possibilità di scegliere un diverso fornitore, rispetto al proprio operatore di rete, per i servizi di *roaming*, pur mantenendo la stessa *sim*.

A tal fine, il Reg. attuativo UE 1203/2012 prevedeva il meccanismo del «*decoupling*», che si fonda sulla combinazione del modello tecnico «*Single IMSI*» con il modello «*Local Break-Out*». Attraverso la modalità tecnica *Single IMSI* «i servizi di *roaming* continuano ad essere forniti, sul piano tecnico, dal fornitore nazionale, che funge da operatore di rete mobile ospitante per il fornitore alternativo di *roaming* (i servizi di *roaming* sono forniti all'ingrosso al fornitore alternativo di *roaming*, il quale li rivende al cliente in *roaming* al dettaglio. Nella versione di base si tratta quindi di una semplice operazione di rivendita)»⁹².

Attraverso il *Local Break-Out*, «il cliente in *roaming* può scegliere un operatore della rete mobile locale del paese per la fornitura diretta di servizi di dati in *roaming* al dettaglio se il servizio è offerto nel paese visitato. Per il cliente di questo tipo di servizio l'esperienza sarebbe analoga alla connessione tramite reti locali senza fili, come il wi-fi usato attualmente, quando ci si trova all'estero, da molti computer

92

Ci si è avvalsi della spiegazione reperibile su <http://www.agcom.it/roaming-internazionale>.

portatili, dagli smartphone e dai tablet. I servizi di telefonia vocale, gli SMS e gli altri servizi di roaming associati, invece, sono di norma forniti dall'operatore della rete d'origine»⁹³.

A questo proposito, il BEREC osserva come le *decoupling obligations* - centrali in *roaming III* - erano state introdotte con il duplice obiettivo di incoraggiare la competizione nella fornitura di servizi di *roaming* e di accrescere la concorrenza e di ridurre i prezzi pagati dai cittadini europei. Orbene, secondo il BEREC, dato che il secondo obiettivo verrebbe ora più facilmente raggiunto attraverso il *RLAH*, non sarebbe più necessario mantenere entrambi gli obblighi di *decoupling*.

Sulla base di tali presupposti, nelle *views* di maggio 2014, propone il mantenimento del sistema *LBO* l'eliminazione della previsione sul single *IMS*.

Con riferimento al tema della *net neutrality*, da ultimo, il BEREC, pur accogliendo con favore il tentativo della Commissione di fare i conti con una delle più impegnative sfide della regolamentazione, sollevava dubbi in merito all'efficacia delle disposizioni proposte, che consegnerebbero un sistema di regolamentazione rigida, inadatto ad assicurare la flessibilità necessaria nel settore. Secondo il BEREC, viceversa, ci si dovrebbe limitare a prevedere principi-base a livello europeo, parallelamente all'attribuzione alle ANR di poteri necessari per garantirne il rispetto. Dal punto di vista del *drafting* normativo⁹⁴, inoltre, il BEREC sottolinea la necessità di una migliore formulazione delle nuove regole, per ciò che attiene in particolare le definizioni di servizi di accesso a internet e servizio specializzato, la loro relazione; i criteri per valutare le pratiche proibite, il ruolo e i poteri delle ANR.

Nessuno degli anzidetti rilievi ha trovato accoglimento nel testo approvato in prima lettura dal Parlamento Europeo e pertanto essi sono stati riproposti sostanzialmente invariati nelle *views* di maggio 2014. Per verificare se ed in che misura suddette osservazioni saranno considerate non resta che attendere la lettura del Consiglio dell'Unione europea, cui è rimessa, nel momento in cui si scrive, la valutazione della proposta.

93 Così su <http://www.agcom.it/roaming-internazionale>.

94 In BoR (14) 50, cit., in particolare, si legge che: «*If a rules-based approach is nonetheless to be pursued, then further work would be required to ensure that the definitions and rules were legally precise, future-proof and enforceable in practice. While some of the language in the text adopted by European Parliament draws upon BEREC previous publications on the subject, improving the original Commission's proposals, it does not yet meet these standards. A balanced approach to promoting net neutrality on the Internet in parallel to the provision of specialised services is a difficult challenge*».

AREA AUDIOVISIVO:

L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI COME REGOLATORE DELL'AUDIOVISIVO

(Francesca Pellicanò)¹

Nell'ambito della disamina dell'incardinamento dell'Autorità per le garanzie delle comunicazioni nelle fasi di creazione e di recepimento del diritto dell'Unione europea, il presente contributo si propone di focalizzarsi sulla specifica competenza dell'audiovisivo, che, rispetto agli altri settori di competenza dell'Autorità, si contraddistingue per talune specificità che, nonostante il dirompente ingresso sulla scena della convergenza, che sempre più porta a un ravvicinamento con le discipline europee delle comunicazioni elettroniche e dell'e-commerce, giustificano il permanere di una trattazione autonoma.

SOMMARIO: INTRODUZIONE. SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI COME REGOLATORE DEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO. - 2. L'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ NEL RECEPIMENTO E NELL'IMPLEMENTAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE: LA DIRETTIVA SUI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI: LE TUTELE NEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO. SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO ED EXTRA-EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE AUDIOVISIVO. - 2. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE.

INTRODUZIONE

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di prosieguo, «l'Autorità» o «AGCOM») viene istituita nel 1997² come regolatore convergente dei settori del-

¹ Le opinioni espresse nel presente contributo sono a titolo personale e non intendono rappresentare la posizione ufficiale dell'Autorità.

² Ad opera della l. 31 luglio 1997, n. 249. Un primo intervento legislativo, limitatamente al tema delle telecomunicazioni, era già avvenuto ad opera della l. 14 novembre 1995, n. 481, recante «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità», che all'articolo 2, comma 1, stabilisce che «Sono istituite le Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni. Tenuto conto del quadro complessivo del sistema delle comunicazioni, all'Autorità per le telecomunicazioni potranno essere attribuite competenze su altri aspetti di tale sistema» e, al comma 4 del medesimo articolo, prevede che «La disciplina e

le comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, per poi vedere le proprie competenze ulteriormente estese ad opera del decreto l. 201/2011, convertito dalla l. 214/2011, che, sulla base anche di una frequente scelta degli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, ha affidato all'AGCOM le funzioni di Autorità di regolamentazione del settore postale con i connessi compiti in materia di regolazione, vigilanza e tutela degli utenti.

La scelta di un'autorità convergente fu, diremmo oggi, assai lungimirante, stanti i mutamenti di matrice tecnologica e regolamentare dovuti all'impatto della convergenza che, di fatto, ha sempre più avvicinato i servizi di comunicazione elettronica e i tradizionali servizi radiotelevisivi, portando a sviluppi all'epoca imprevisi, perché imprevedibili.

In realtà, l'ordinamento italiano già prevedeva un'autorità di garanzia del sistema dell'audiovisivo: il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, istituito nel 1990. La soluzione di creare un unico regolatore per ambedue i settori venne individuata dal legislatore come risposta più efficiente con cui contemperare a due distinte esigenze: da un lato, quella ottemperare al disposto della normativa comunitaria, che imponeva agli Stati membri di avviare, entro il 1998, il processo di liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche; dall'altro, l'applicazione di una sentenza della Corte Cost., n. 420/1994³, diretta a garantire un'equilibrata distribuzione

la composizione di ciascuna Autorità sono definite da normative particolari che tengono conto delle specificità di ciascun settore sulla base dei principi generali del presente articolo. La presente legge disciplina nell'articolo 3 il settore dell'energia elettrica e del gas. Gli altri settori saranno disciplinati con appositi provvedimenti legislativi».

3 In tale sede, la Corte Cost., chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle disposizioni della legge di riforma del sistema radiotelevisivo n. 223/90, la ritiene inidonea a garantire un effettivo rispetto del pluralismo informativo, che comporta l'obbligo per il legislatore di creare le condizioni per consentire l'ingresso sul mercato del maggior numero di operatori possibili, sancendo l'incostituzionalità di talune previsioni, ribadendo che «... condizione indefettibile per il superamento della riserva statale dell'attività di radiodiffusione è costituita da un'idonea disciplina che prevenga la formazione di posizioni dominanti le quali in questo settore possono non solo alterare le regole della concorrenza, ma anche condurre ad una situazione di oligopolio, che in sé pone a rischio il valore fondamentale del pluralismo delle voci, espressione della libera manifestazione del pensiero; pluralismo esterno che condiziona il carattere misto del sistema delle radiodiffusioni come attività di preminente interesse generale e che si coniuga - risultandone rafforzato - con il pluralismo interno quale emerge, come principio fondamentale del sistema radiotelevisivo, dall'art. 1, comma 2, legge 223/90; senza però alcuna fungibilità o surrogazione dell'uno all'altro avendo entrambi una propria dimensione e collocazione.

14.3. E va pure riaffermato che il diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost. implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti e comporta il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse (sent.n.112/93). Se per l'emittenza radiotelevisiva privata il pluralismo interno, inteso come apertura alle varie voci presenti nella società, incontra inevitabilmente dei limiti in ragione principalmente delle libertà assicurate alle imprese vuoi dall'art. 41 che dall'art. 21 Cost., ciò impone, come ineludibile imperativo costituzionale, la necessità di garantire il

delle risorse tecnologiche ed economiche, che di fatto imponeva una revisione del pluralismo nel settore della radiotelevisione.

Per quanto il fenomeno della convergenza abbia comportato un progressivo ravvicinamento dei sistemi di comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, imponendo un ripensamento dell'approccio regolatorio a livello non solo nazionale, ma anche europeo⁴, al momento, *rebus sic stantibus*, l'impianto normativo dei due settori poggia su distinti pilastri, seppure entrambi di derivazione comunitaria: da un lato le direttive in materia di comunicazioni elettroniche, adottate nel 2002 e modificate nel 2009⁵, e, dall'altro, la direttiva sui servizi di media audiovisivi del 2010.

Da qui, una valutazione di opportunità in ordine all'indagine sul tema del recepimento e dell'applicazione diretta del diritto comunitario e della partecipazione alla fase ascendente da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in sezio-

massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione (sent. n.826/88). Ed infatti la posizione di preminenza di un soggetto o di un gruppo privato non potrebbe non comprimere la libertà di manifestazione del pensiero di tutti quegli altri soggetti che, non trovandosi a disporre delle potenzialità economiche e tecniche del primo, finirebbero con il vedere progressivamente ridotto l'ambito di esercizio delle loro libertà (sent. n.148/81). Nè la presenza della concessionaria pubblica - che pur si colloca in una posizione particolare in ragione della doverosa maggiore realizzazione del pluralismo interno nel servizio pubblico - è di per sé sola sufficiente a bilanciare una posizione dominante nel settore privato essendosi già posto in evidenza come il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico ed un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato (sent. n. 826/88 cit). Orbene l'art. 15, comma 4, nella parte impugnata non ha rispettato l'imperativo costituzionale sotteso all'esigenza di garanzia del valore del pluralismo (ex art. 21 Cost.), quale ripetutamente affermato dalla citata giurisprudenza di questa Corte.)». Per una completa ricostruzione storica e cronologica del fondamentale ruolo propulsivo svolto dalla Corte costituzionale nella normazione del settore radiotelevisivo, si veda *ex multis* P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2009, 113 ss. Di interesse anche G. DE MINICO, *L'affaire audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Pol. dir.*, 2008, 317-352.

4 All'esigenza di riconsiderazione a livello normativo dell'impianto regolamentare dei due settori sono pervenuti, pressoché contemporaneamente ma indipendentemente l'una dall'altra, la stessa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con la delibera n. 93/13/CONS, recante "Avvio di un'indagine conoscitiva in vista della redazione di un Libro bianco sulla Televisione 2.0 nell'era della convergenza", in G.U. del 6 marzo 2013, n. 55, e la Commissione europea con il Libro verde del 24 aprile 2013 "Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori". Come si vedrà successivamente, nel corso del mese di settembre 2014 la Commissione ha provveduto alla pubblicazione di un documento di sintesi delle numerose risposte pervenute sui quesiti del Libro.

5 Il c.d. «Pacchetto Telecom», modificato nel 2009 nell'ambito della strategia di semplificazione «*Better regulation*», si vedano quindi: la dir. 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/22/CE, 2002/58/CE e del Reg. CE 2006/2004 sulla cooperazione tra autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori; la dir. 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/ce, 2002/19/CE e 2002/20/CE; il Reg. CE 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 di istituzione del BEREC. Nel corso del mese di settembre 2013, una proposta di riforma della normativa di settore è stata approvata dalla Commissione europea. Tuttavia, le elezioni europee avvenute a metà del 2014 hanno imposto un rallentamento all'iter di modifica della proposta, il cui testimone sarà, in un senso o nell'altro, raccolto dalla Commissione che, al momento della stesura del contributo, non si è ancora insediata.

ni speculari nell'impostazione ma distinte in ragione dell'argomento di riferimento.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE. 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI COME REGOLATORE DEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO. - 2. L'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ NEL RECEPIMENTO E NELL'IMPLEMENTAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE: LA DIRETTIVA SUI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI: LE TUTELE NEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO

1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI COME REGOLATORE DEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO

La politica europea dell'audiovisivo prende le mosse nel 1989 con la dir. 89/553/CEE del 3 ottobre del medesimo anno, c.d. «*Direttiva TV senza frontiere*» (di seguito Direttiva TVSF), con la quale l'allora Comunità economica europea, anche sulla base di pronunce della Corte di Giustizia, nell'equiparare le trasmissioni televisive a "servizi", di cui, conseguentemente, garantire la libertà di circolazione all'interno degli Stati membri in un'ottica di liberalizzazione e unificazione del mercato interno, aveva adottato un set minimo di regole per riavvicinare i quadri normativi dei Paesi europei.

Infatti, le prime manifestazioni di interesse da parte della giurisprudenza comunitaria sul tema sono rinvenibili nelle storiche sentenze pregiudiziali sui casi Sacchi, 1974⁶ e Debaue, 1979⁷, che hanno qualificato le trasmissioni televisive come servizi ai sensi del diritto comunitario, conseguentemente sottoposte al divieto di restrizioni alla libera circolazione di cui agli artt. 56 e 57 dell'odierno Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Da tali spunti giurisprudenziali prese poi corpo un più compiuto disegno armoniz-

6 Sentenza della Corte di Giustizia del 30 aprile 1974, sulla causa n. 155/73. Stante l'importanza di tali pronunce, sterminata è la produzione critica sul punto. Si segnalano, tra i numerosi Autori che hanno commentato la dirompente rilevanza di quest, R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario scambi intern.*, 1990, 170 ss.; A. DEL VECCHIO, *La Corte di Giustizia delle Comunità e l'affare Tele-Biella*, in *Riv. dir. eur.*, 1974, 168 ss.; A. TIZZANO, *Regolamentazione radiotelevisiva italiana e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1986, IV, 466 ss.

7 Sentenza del 18 marzo 1980, in causa 52/79, Procuratore del Re c. Marc J.V.C. Debaue e altri; un commento "a caldo", poco dopo la pronuncia, in T. BENNET, *The Debaue and coditel cases*, in *European law review*, 1980, 224 ss.,

zativo e regolamentare, teso al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in modo da aprire i singoli mercati nazionali anche a questi “servizi” rappresentati dalle trasmissioni televisive, e che produsse, come primo risultato, il «*Libro bianco sulla televisione senza frontiere*» pubblicato nel 1984⁸, ispirato, appunto, dalla presa di coscienza della necessità di un intervento di riavvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri, in modo da assicurare un’uniformità di condizioni che consentissero lo sviluppo e la promozione del mercato interno, in un’ottica pro-concorrenziale. Una volontà espressa dagli Stati europei anche al di fuori dell’ambito strettamente comunitario, stante la contemporanea adozione della Convenzione transfrontaliera sulla televisione del Consiglio d’Europa⁹ del 5 maggio 1989 (di seguito, «la Convenzione»)¹⁰.

Un siffatto inquadramento della fattispecie ha comportato una presa di coscienza delle istituzioni comunitarie dei riflessi che si determinavano sul mercato interno, imponendosi una riflessione sul punto. Tale intervento è dunque rappresentato dalla dir. 89/552/CEE del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive (direttiva TV senza frontiere o TVSF), la quale, conformandosi al Libro bianco per il completamento del funzionamento del mercato interno, del 1985, sceglieva un approccio il meno possibile incisivo sulle discipline nazionali, proponendo misure di armonizzazione solo nelle materie maggiormente problematiche, in cui più ardui erano gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi di trasmissione radiotelevisiva.

L’evoluzione subita dal settore dell’emittenza audiovisiva in ragione dello sviluppo tecnologico e del conseguente fenomeno della convergenza, che hanno reso possibile l’affermarsi di servizi di offerta di contenuti audiovisivi che si pongono in con-

8 J. D. DONALDSON, «*Television Without Frontiers*»: *The Continuing Tension Between Liberal Free Trade And European Cultural Integrity*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, 90 ss.

9 Nonostante di frequente molti incorrano in tale errore, il Consiglio d’Europa non è un’istituzione dell’Unione europea. Si tratta di un’organizzazione internazionale, con sede a Strasburgo, Francia, di cui sono membri 47 Stati, oltre ad alcuni Paesi come osservatori: Canada, Messico, Israele, Stati Uniti d’America, Santa Sede, Giappone. I paesi membri sono tutti firmatari della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sulla cui applicazione il COE vigila, intervenendo anche per tramite della Corte europea dei diritti dell’uomo, organo del COE che garantisce ad ogni cittadino europeo i diritti sanciti dalla citata Convenzione.

10 Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera firmata a Strasburgo il 5 maggio 1989, la cui entrata in vigore avviene però solo nel maggio del 1993, successivamente alla sua ratifica da parte di sette Stati, come previsto dal Consiglio d’Europa. In Italia, le disposizioni furono recepite nel 1991, con la legge n. 327.

correnza con i tradizionali servizi radiotelevisivi, ha infatti indotto nel 2007 l'Unione (allora ancora Comunità) europea a prendere atto delle trasformazioni che avevano alterato il panorama del settore regolato, rendendo irrimediabilmente inadeguate le disposizioni allora in vigore. Conseguentemente, con la direttiva sui servizi di media audiovisivi, 2007/65/CE, poi abrogata dal testo coordinato recato dalla dir. 2010/13/UE (direttiva SMAV)¹¹, l'Unione europea ha esteso l'ambito di applicazione delle regole previste dalla direttiva TVSF, ritenendo tuttavia, per taluni aspetti, di graduarne la portata, in ragione dell'allora incompleta maturità del mercato dei servizi a richiesta (di seguito anche VOD, acronimo di «*Video on demand*»)¹².

Fino all'entrata in vigore della direttiva SMAV, i VOD erano sottoposti unicamente alla disciplina di cui alla dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico. Un tale inquadramento presentava un duplice ordine di criticità sotto il profilo della concorrenza, in quanto la direttiva sul commercio elettronico consente agli Stati membri di derogare al principio del Paese di origine, e con riferimento a interessi di primaria rilevanza quali la tutela dei minori o il rispetto della dignità umana, al cui riguardo la direttiva sul commercio elettronico non dispone alcun principio generale (né sarebbe la sede opportuno per farlo)¹³.

Il Considerando n. 11 del testo consolidato della Direttiva SMAV riassume chiaramente le scelte alla base della riforma: «...*applicare almeno un complesso minimo di norme coordinate a tutti i servizi di media audiovisivi, sia ai servizi di radiodiffusione televisiva (cioè ai servizi di media audiovisivi lineari) che ai servizi di media audiovisivi a richiesta (cioè ai servizi di media audiovisivi non lineari)*». Le nuove disposizioni aggiornano gli obsoleti riferimenti al sistema radiotelevisivo per sostituirli con la nuova definizione di «*servizi di media audiovisivi*», distinguendoli, appunto, in lineari e non lineari.

11 Per una completa ricostruzione della genesi della Direttiva SMAV e un commento sulle disposizioni di questa, si vedano, *ex multis*, M. CAPPELLO, *La revisione della direttiva televisione senza frontiere nella nuova direttiva sui servizi media audiovisivi*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Anno VIII, 1/2009, e R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Torino, 2011. Per approfonditi commenti su specifiche tematiche emergenti dalla direttiva SMAV e la sua trasposizione, si rinvia a F. BASSAN e E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi*, Milano, 2012.

12 Si consiglia, sul punto, la lettura dell'intervento di N. VAN EUIK, *The modernisation of the European television without Frontiers Directive: unnecessary regulation and the introduction of internet governance*, tenutosi alla International Telecommunications Society ITS 19th European Regional Conference 2-5 September 2007, Istanbul, Turkey.

13 Come rilevato da MASTROIANNI, in *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, op. cit.

Con «*servizi lineari*» ci si riferisce ai servizi di media audiovisivi tradizionalmente intesi, diffusi attraverso qualunque piattaforma trasmissiva, elaborati da un singolo punto di trasmissione a molteplici punti di ricezione, per cui oltre a quelle classiche, già presenti nella direttiva come modificata nel 1997 (etere terrestre, cavo e satellite) si aggiungono nuove modalità quali a titolo esemplificativo l'IPTV o il *web streaming*. Modalità che, seppure le necessarie divergenze, mantengono una certa uniformità, in quanto nel fruire tramite queste dei contenuti audiovisivi, l'utente è contraddistinto dalla sua "passività", soggiacendo alle scelte effettuate dagli operatori quanto al palinsesto e ai tempi di trasmissione. Queste sono pertanto ricomprese sotto la medesima categoria di «servizi lineari» stante anche l'approccio tecnologicamente neutrale adottato dall'Unione nel legiferare su siffatte materie.

Per «servizi non lineari», ovvero a richiesta (di seguito anche VOD) si intendono invece i servizi di media audiovisivi che comportano un'attivazione da parte dell'utente, nello scegliere sia il contenuto da un catalogo predisposto dal fornitore che il momento in cui fruire di questo. Il contenuto diventa quindi disponibile «*anytime, anywhere, on any device*»¹⁴. Conformemente agli intenti dichiarati, le disposizioni della direttiva SMAV relative ai VOD sono alquanto scarse, né le stesse sono, talvolta, state sufficientemente colmate dalle norme di recepimento nazionale, ciò comportando, come vedremo, taluni rilevanti problemi applicativi.

2. L'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ NEL RECEPIMENTO E NELL'IMPLEMENTAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE: LA DIRETTIVA SUI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI

La nuova dir. 2007/65/CE, sostituita poi dal Testo consolidato recato dalla dir. 2010/13/UE (di seguito, «Direttiva SMAV») è stata recepita dal d. lgs. 15 marzo 2010, n. 44, di modifica del d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177, recante il «*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*» (di seguito, «Testo unico»), alveo normativo in cui sono confluite le disposizioni in tema di audiovisivo di diretta discendenza

¹⁴ Tenendo conto anche della cosiddetta esperienza di *second screen*, locuzione con cui ci si riferisce all'uso di un *device* mobile in affiancamento al tradizionale schermo televisivo, consentendo di arricchire l'esperienza di fruizione del contenuto da parte dell'utente aggiungendo, a quanto questi segue sul servizio lineare, strumenti interattivi, quali ad esempio contenuti speciali, *app* dedicate, *hashtag* per la discussione sui *social network* e così via. Il fenomeno nasce per sfruttare il continuo utilizzo degli *smartphone* da parte degli utenti durante la visione di un contenuto, tentando così di ricondurre tale tendenza a un'utilità promozionale per gli operatori del settore.

comunitaria. Significativo, per non dire, iperbolicamente, cruciale, è stato l'impatto dell'Autorità nel recepimento della direttiva SMAV: molte delle disposizioni recate dal Testo unico così come modificato costituiscono, di fatto, una norma di, potremmo dire, mero rinvio, che demanda la predisposizione di una disciplina di dettaglio alla potestà regolamentare dell'AGCOM in una formulazione alquanto avara di criteri generali cui attagliare la disposizione regolamentare di attuazione.

Un rilevante ed eloquente esempio è dato proprio dalla disciplina di quello che costituisce l'aspetto maggiormente innovativo della normativa europea ivi recepita, ovvero la regolamentazione dei servizi di media audiovisivi a richiesta. Così recita, infatti, l'art. 22-*bis*, rubricato «*Autorizzazione alla fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta*»: «1. *L'attività di fornitore di servizi di media audiovisivi a richiesta è soggetta al regime dell'autorizzazione generale. A tal fine, il richiedente presenta all'Autorità una dichiarazione di inizio attività nel rispetto della disciplina stabilita dalla Autorità stessa con proprio regolamento. 2. Nel rispetto del presente testo unico, l'Autorità adotta il regolamento di cui al comma 1 entro il 30 giugno 2010. Il regolamento individua gli elementi della dichiarazione di inizio attività, con riferimento a qualità e requisiti del soggetto, persona fisica o giuridica, che svolge l'attività, escluso ogni riferimento ai contenuti dei servizi oggetto dell'attività medesima e stabilisce i modelli per la presentazione della dichiarazione di inizio attività*».

Sulla base di queste poche indicazioni del legislatore, l'Autorità ha dunque dovuto svolgere la delicata attività di regolamentare per la prima volta un settore, quello dei servizi di media audiovisivi a richiesta, ancora in uno stadio embrionale di sviluppo all'epoca in Italia (nel 2010), dovendone determinare l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo. L'Autorità, in sede di attuazione del disposto del menzionato art. 22-*bis* del Testo unico, con la delibera n. 607/10/CONS, ha ritenuto di circoscrivere il perimetro di intervento regolamentare delimitandolo ai soggetti che effettivamente potevano essere considerati provvisti di capacità competitiva, stabilendo una soglia minima di ricavi derivanti da attività tipicamente radiotelevisive (pubblicità, televendite, sponsorizzazioni, contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati, provvidenze pubbliche e da offerte televisive a pagamento). Tale soglia, individuata in 100.000 euro, voleva rappresentare un parametro di riferimento per qualificare l'attività di effettiva concorrenza con la televisione, basandosi sulle dimensioni economiche di settori affini. Tale scelta è anche da contestualiz-

zarsi all'epoca di adozione della delibera, risalente al 2010, in un periodo in cui il mercato dei servizi di media *on-demand* in Italia si presentava ancora ad uno stato di sviluppo embrionale, con ricavi marginali rispetto a quelli del mercato televisivo tradizionale e non presentava modelli di *business* consolidati.

Infatti, all'epoca di adozione del Regolamento servizi VOD, l'Autorità si trovava nell'indisponibilità di dati direttamente riferibili ai soggetti da regolamentare, sia perché all'epoca non erano ancora censiti nel Registro degli operatori di comunicazione dell'Autorità¹⁵, in quanto, appunto, non operanti, sia perché i dati forniti dagli operatori già attivi anche in altri settori non risultavano utilmente disaggregati.

Oggi, tuttavia, il mercato offre agli operatori e ai fornitori di contenuti una significativa flessibilità nella fornitura di servizi e una molteplicità di opzioni per la stessa fornitura di contenuti. Basti pensare alla moltitudine di modalità con cui i contenuti possono essere messi a disposizione del pubblico: dalla distribuzione gratuita del contenuto alle forme a pagamento quali, a titolo esemplificativo, video *on demand* puro, forme di *subscription on demand* (SVOD), *transaction on demand* (TVOD), *advertising video on demand*, *catch-up TV*.

Non si può tuttavia tacere che, nonostante l'efficacia dell'intervento dell'Autorità, necessariamente questo è confinato all'interno delle mura dell'ambito applicativo delle norme (nazionali o europee che siano), non potendo travalicare i confini di quanto ragionevolmente coperto dallo «*scope*» della legislazione. Nè, sul punto, può soccorrere la teoria dei poteri impliciti delle autorità indipendenti, che ha trovato significativa eco anche nella giurisprudenza amministrativa¹⁶, in quanto questa consiste nell'attribuzione non espressa di poteri che sono tuttavia necessari e funzionali per il corretto svolgimento dei compiti istituzionali comunque già affidati al regolatore. Il fenomeno della convergenza cui si accennava in apertura, comportando uno scavalco dei confini di cui sopra, investendo i due settori

¹⁵ Il Registro degli operatori di comunicazione (ROC), istituito dalla l. 249/97 che inserisce, tra le competenze dell'AGCOM, quella della tenuta di tale registro da parte dell'Autorità, con lo scopo di garantire la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari, consentire l'applicazione delle norme concernenti la disciplina sulle concentrazioni, la tutela del pluralismo informativo, il rispetto dei limiti previsti per le partecipazioni di società estere. cui tutti gli operatori nel settore sono obbligati, per legge, ad iscriversi e mantenere aggiornata la propria anagrafica. Per maggiori informazioni si veda la pagina sul sito dell'Autorità, www.agcom.it/registro-degli-operatori-di-comunicazione.

¹⁶ Si vedano, *ex multis*, le pronunce del Consiglio di Stato nelle sentenze nn. 5827/2005, 3352/2006 e 3503/2006.

tradizionalmente distinti non solo a livello di mercato, ma anche normativo e regolamentare, delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, impone un generale ripensamento dell'approccio del regolatore, anche in virtù del fatto che, in tal modo, sono venute a crearsi nuove zone d'ombra, in cui le due regolamentazioni di settore, a seconda dei casi, possono o sovrapporsi, creando problemi di *regulatory overlapping* e di incertezza delle disposizioni la cui applicazione è prevalente, ovvero possono essere entrambe carenti, generando aree grigie che vengono a richiedere nuove forme di tutela dell'utenza. Con la diffusione di nuovi servizi ibridi (si pensi ad esempio alla *connected TV*) la differenza tra i servizi lineari e i servizi non lineari non risulta più percettibile all'occhio dell'utente, specialmente nelle categorie più deboli quali ad esempio i minori: il continuare ad assoggettare i servizi lineari ad un regime diverso rispetto ai servizi a richiesta, da un lato, rischia di provocare una distorsione nel gioco concorrenziale, non consentendo un *level playing field* tra operatori che sono in tutto e per tutto in concorrenza tra loro, seppure assoggettati a regole diverse, in quanto si richiede ad una categoria di conformarsi a regole più stringenti non più giustificate da una differenziazione delle caratteristiche e delle modalità di fruizione; dall'altro, rischia di provocare *consumer harm* nel momento in cui l'utente finale non è più in grado di distinguere il servizio lineare da quello non lineare e, dunque, di individuare il regime di tutela applicato.

Un ulteriore esempio, forse anche più significativo, di applicazione diretta delle disposizioni comunitarie da parte dell'Autorità, seppure dalla portata più limitata, è rinvenibile nell'art. 32-ter, relativo alla predisposizione da parte dell'Autorità di una lista di eventi ritenuti così rilevanti per la società da dover necessariamente essere trasmessi in chiaro e con modalità tali da raggiungere la maggior parte della popolazione italiana: «Art. 32-ter - *Eventi di particolare rilevanza*- 1. *Con deliberazione dell'Autorità è compilata una lista degli eventi, nazionali e non, considerati di particolare rilevanza per la società di cui è assicurata la diffusione su palinsesti in chiaro, in diretta o in differita. L'Autorità determina altresì se le trasmissioni televisive di tali eventi debbano essere in diretta o in differita, in forma integrale ovvero parziale. La lista è comunicata alla Commissione europea secondo quanto previsto dall'articolo 3-undecies della direttiva 89/552/CEE del 3 ottobre 1989, del Consiglio, come da ultimo modificata dalla direttiva 2007/65/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio*». A tale disposto normativo l'Autorità ha ottemperato con

la delibera n. 131/12/CONS. Non a caso si inserisce in questa sede il tema della c.d. «Lista Eventi»: l'art. 32-ter, introdotto nel 2010, costituisce un'aggiunta *ex novo* alla normativa in tema di audiovisivo dell'Autorità, purtuttavia non era una novità dal punto di vista regolamentare: infatti, la del. 131/12/CONS appena citata abroga e sostituisce una vecchia delibera dell'Autorità, la n. 8/99, approvata dall'Autorità sulla sola base dell'art. 3-undecies della direttiva TVSF, senza che alcuna norma di rango primario avesse trasfuso il disposto in Italia¹⁷. L'AGCOM, nel 1999, effettua dunque la prima applicazione diretta del diritto comunitario in tema di audiovisivo, in assenza di una norma primaria di recepimento.

Nella pluralità dei casi, il legislatore reca dunque indicazioni generali con riferimento all'attività regolamentare che AGCOM è chiamata a porre in essere, lasciando a questa un margine di discrezionalità nella scelta sufficientemente ampio da poter affermare che, in molti casi, la regolamentazione dell'Autorità rappresenta recepimento diretto in applicazione dei principi comunitari, considerando soprattutto che, per poter colmare la scarsità di principi e criteri ben definiti che si verifica di frequente nella pratica, il regolatore si dedica di frequente a un'approfondita disamina della normativa europea, cercando di identificare criteri utili nelle pieghe dei documenti ufficiali dell'Unione. Cruciale, altresì, sul punto, si dimostra spesso il confronto e la discussione congiunta di *best practice* con altri regolatori di Paesi, tenuti all'implementazione della medesima disciplina europea. In tal senso si rinvia a un successivo par. per una non esaustiva disamina dell'attività dell'AGCOM in ambito internazionale.

3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI: LE TUTELE NEL SETTORE DELL'AUDIOVISIVO E STRUMENTI DI *ENFORCEMENT*

Il settore dell'audiovisivo si differenzia da quello delle telecomunicazioni con riferimento alla prospettiva adottata nei confronti dei consumatori. Se nel settore delle comunicazioni elettroniche la figura del consumatore (e la tutela dello stesso) è necessariamente centrale, stante l'immediata ricaduta dei servizi di comunicazio-

¹⁷ La direttiva TVSF venne modificata nel 1997 essenzialmente per adeguare il quadro normativo alle nuove prospettive rappresentate dalle, per allora, nuove modalità trasmissive del cavo coassiale e del satellite. In tale occasione, si provvide altresì a un "*redrafting*" parziale della normativa con l'aggiunta di nuove previsioni, quelle quella in esame.

ne elettronica nella sfera dell'utente, e costituisce il fulcro di una linea di attività dell'Autorità che si dipana su più fronti ed è rinomata anche a livello europeo per la sua efficacia (e con l'essenziale opera svolta, a livello locale, dai Co.re.com.¹⁸), la disciplina dell'audiovisivo è *ipso facto* mediata, nei confronti dell'utente finale, dalla focalizzazione sulla regolamentazione del contenuto audiovisivo e/o multimediale.

In altre parole se, nel settore delle telecomunicazioni, preoccupazione dell'Autorità e, a monte, dell'Unione europea, è che i consumatori per primi debbano poter beneficiare delle positive ricadute della concorrenza sul mercato, mantenendosi un elevato livello di qualità e trasparenza delle offerte, vigilando nel contempo la prestazione dei servizi essenziali a tutti gli utenti, nel settore dell'audiovisivo la tutela degli utenti viene assicurata, come si diceva, in modo indiretto, mediante la garanzia dei principi generali del sistema, enunciati nell'art. 3 del Testo unico sui servizi di media audiovisivi che di seguito si riporta integralmente stante la sua rilevanza *«Sono principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale, l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose e la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, a livello nazionale e locale, nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali»*.

Non si intende in questa sede, né sarebbe possibile stante il limitato spazio a disposizione, una completa disamina delle competenze dell'Autorità in materia di audiovisivo, che spaziano (in ordine casuale e senza alcuna pretesa di completezza)

18 I Comitati regionali per le comunicazioni sono organismi che operano a livello locale sulla base di competenze direttamente attribuite ad essi dalla legge ovvero delegate agli stessi dall'Autorità. I Co.re.com. sono strutturalmente incardinati nelle Regioni ma funzionalmente collegati all'AGCOM: per citare il Presidente dell'Autorità fino al 2009, Corrado Calabrò, in un'audizione parlamentare del marzo 2010, l'AGCOM ha *«la testa in Europa e il corpo nei territori»*.

dalla garanzia della correttezza della - e del diritto alla - informazione, alla cronaca sportiva, alla rilevazione degli indici di ascolto, alla tutela del pluralismo e della concorrenza nel settore dei media, alla parità di accesso in periodo elettorale (la giornalmisticamente detta «*par condicio*») alla tutela rafforzata di categorie particolarmente rilevanti quali i minori o gli utenti con disabilità.

Si preferisce, in questa sede, porre l'accento su un aspetto che si sta rilevando determinante imponendosi già da tempo all'attenzione delle istituzioni nazionali ed europee: la *media literacy*, traducibile in italiano, perdendo qualche sfumatura di significato, in «*alfabetizzazione mediatica*». Il tema è all'attenzione dei regolatori nazionali e della Commissione europea e sarà auspicabilmente sempre più all'ordine del giorno da parte delle istituzioni coinvolte ¹⁹.

L'alfabetizzazione mediatica è generalmente definita come la capacità di accedere ai media, di comprendere e valutare criticamente diversi aspetti dei media e dei loro contenuti e creare comunicazioni in una varietà di contesti. La pervasività dei mezzi di comunicazione di massa e la loro incidenza sulla vita di tutti i giorni li rendono veicoli eccezionalmente potenti per diffondere messaggi e contenuti di vario tipo. Inoltre, una delle conseguenze della convergenza è stato compiere una rivoluzione copernicana nell'approccio dell'utente al contenuto: quest'ultimo, svincolandosi anche dai supporti fisici cui era precedentemente vincolato, assume una propria autonomia e centralità, diventando disponibile su una molteplicità di piattaforme, comportando la possibilità per l'utente sia di fruire di contenuti senza la necessità di intermediazione, sia, addirittura, di creare e distribuire direttamente contenuti, funzioni prima appartenenti al solo lato dell'offerta nel mercato. Questa nuova libertà di scelta e di indipendenza nella creazione e fruizione di contenuti non sono però scevri da conseguenze negative: un uso inconsapevole dei media, effettuato troppo alla leggera, è un potenziale rischio per gli utenti, specie i più giovani, la cui ingenuità può portare a porre in essere o a subire comportamenti dannosi o pericolosi, mentre, d'altro canto, la risposta protettiva della famiglia può essere inesistente o tardiva, stante la mancata padronanza dei nuovi media o dell'ambiente digitale da parte dei genitori, che contrariamente ai loro figli "nativi

¹⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, il *delivery* del gruppo di lavoro sulla *media literacy* tenutosi al 39esimo meeting dell'EPRA, il 5 giugno 2014 a Budva, in Montenegro, disponibile sul sito http://www.epra.org/news_items/media-literacy-an-increasingly-important-duty-for-media-regulators. Con riferimento all'EPRA, si veda *infra*.

digitali” non hanno dimestichezza nell’utilizzo di questi ²⁰. Dall’inesperienza dei più giovani al *digital divide* generazionale, i nuovi media e la rete internet comportano non poche occasioni lesive che scivolano al di fuori delle maglie del consueto controllo sociale e familiare.

Da ciò, la necessità di un maggiore impegno da parte di tutte le istituzioni coinvolte per garantire una maggiore consapevolezza e un utilizzo attivo dei nuovi strumenti offerti, nella sicurezza di tutti e nel rispetto dei diritti degli altri: fornendo all’utente le conoscenze necessarie per un uso consapevole dei media, gli si forniscono gli strumenti per difendersi da solo dalle insidie che un uso errato dei media può comportare e dalle conseguenze negative che su sé stesso o su altri possono da ciò derivare.

Già nel 2007 la Commissione europea prendeva una solida posizione sul tema, con il documento COM(2007) 833 - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *«Un approccio europeo all’alfabetizzazione mediatica nell’ambiente digitale»*, con cui così si esprimeva:

«Un approccio europeo all’alfabetizzazione mediatica dovrebbe riguardare tutti i media. I vari livelli di alfabetizzazione includono:

- *il sentirsi in grado di utilizzare senza problemi tutti i media esistenti, dai giornali alle comunità virtuali;*
- *l’utilizzare attivamente i media, facendo ricorso fra l’altro alla televisione interattiva, ai motori di ricerca Internet o alla partecipazione alle comunità virtuali, e la capacità di sfruttare meglio il potenziale dei media per quanto riguarda gli spettacoli, l’accesso alla cultura, il dialogo interculturale, l’apprendimento e le applicazioni quotidiane (come le biblioteche, i podcast);*
- *l’accostarsi criticamente ai media in termini sia di qualità che di veridicità dei contenuti (ad esempio, essere in grado di valutare le informazioni, confrontarsi con la pubblicità nei vari media, utilizzare con intelligenza i motori di ricerca);*

²⁰ Si pensi ad esempio a minori che, ingenuamente, mettono on line i propri dati o a famiglie non in grado di impostare gli strumenti tecnici per impedire la visione sul proprio televisore di programmi potenzialmente nocivi per i più piccoli, o ancora ad adolescenti che commettono gravi violazioni *on line* non rendendosi conto delle responsabilità, anche civili o penali, che possono conseguirne.

- *l'utilizzare creativamente i media, visto che l'evoluzione delle tecnologie e la presenza sempre più massiccia di Internet come canale di distribuzione consentono ad un numero sempre crescente di europei di creare e diffondere immagini, informazioni e contenuti;*
- *il comprendere l'economia dei media e la differenza tra pluralismo e proprietà dei media;*
- *l'essere consapevoli dei problemi di copyright, essenziali per una "cultura della legalità", specie per le generazioni più giovani nella loro duplice veste di consumatori e produttori di contenuti».*

Con riferimento all'ultimo punto, si rileva che l'AGCOM, nell'ambito delle attività che hanno preso corpo con la approvazione del Regolamento sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, da questa approvato nel dicembre del 2013²¹, ha avviato una serie di attività educative, inclusa una campagna di informazione sui principali *broadcaster* italiani e *on line*, indirizzata a un pubblico giovane ma anche alle famiglie, con cui vengono inviati messaggi positivi su un utilizzo consapevole delle rete, rispettoso della creatività degli autori e dei loro diritti, invitando gli utenti a preferire l'offerta legale.

Quello che si spera essere il primo passo per allargare il raggio d'azione a più vaste iniziative.

Tuttavia, la regolazione di un settore non può essere lasciata alla sola iniziativa educativa dei soggetti che sul suo sfondo agiscono. Nel ventaglio di competenze che l'attribuzione da parte della legge di compiti regolamentari comporta quali ricadute nella sfera dell'Autorità, rientrano, infatti, anche competenze sanzionatorie. Tra le risposte alla violazione della norma, che possono andare da misure incentivanti i comportamenti corretti, ad attività di *soft law* cara all'Unione europea, la forza deterrente della sanzione assume un ruolo di spicco. L'attività sanzionatoria è stata definita come «*un espediente con cui si cerca di salvaguardare la legge dall'azione contraria che la erode*»²².

Il gran numero di interventi sul settore dell'audiovisivo ha comportato lo stratifi-

21 Del. 680/13/CONS disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità www.agcom.it.

22 Così Norberto Bobbio.

carsi di un complesso sistema di disciplina relativa alle sanzioni irrogabili da parte dell'Autorità in materia di audiovisivo²³, che vede un intricato rinvio o richiamo di altre norme e distinzioni di non poco conto tra alcune materie. In generale, le sanzioni amministrative dell'Autorità sono di tipo afflittivo e pecuniario, ingiungendo, al termine di un procedimento che segue il disposto normativo della legge n. 689/81, in pagamento di una sanzione pecuniaria da versare, è bene ricordarlo, nelle casse dell'erario e non dell'Autorità. Il procedimento sanzionatorio è in linea generale regolato dal regolamento di cui alla del. 136/06/CONS, che traduce sul piano descrittivo della procedura i criteri dettati dal disposto della l. 689/81 e che si attaglia a quasi tutte le fattispecie procedimentali dell'Autorità, salvi casi in cui la disciplina primaria o regolamentare abbiano diversamente disposto. Tuttavia, diversi possono essere, a seconda della norma che li individua, il massimo e il minimo edittale della sanzione²⁴ e, soprattutto, non solo di tipo pecuniario sono le sanzioni che possono essere irrogate dall'Autorità. Infatti, nei casi in cui un'esigenza diversa e più pressante della semplice irrogazione di sanzione afflittiva per l'Autorità, è prevista una differente tutela rimediale per l'interesse protetto dalla norma. È il caso, ad esempio, della violazione della parità di accesso ai mezzi di comunicazione audiovisivi in periodo pre-elettorale: in tale caso, ad esempio, il valore da tutela è il ripristino di un'informazione corretta e imparziale, con il conseguente ordine da parte dell'Autorità, rivolto al fornitore di servizi di media audiovisivi, di porre in essere comportamenti tali da garantire un equo spazio ai soggetti politici svantaggiati dalla violazione posta in essere. In casi come questo, la sanzione pecuniaria interviene solamente in seconda battuta, in caso di inottemperanza alla misura di ripristino ingiunta dall'Autorità.

23 Si rinvia sul punto per una trattazione completa a F. BASSAN e E. TOSI, *op. cit.*

24 Esemplificando, l'art. 1, comma 31, della l. 249/97 prevede una sanzione pecuniaria compresa tra 10000 € circa e 250000 € circa l'inottemperanza ad ordini o diffide dell'Autorità, mentre le sanzioni in caso di violazione della normativa in materia di tutela dei minori vanno da 25000 € circa a 300000 € circa.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE

SOMMARIO: SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE: 1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO ED EXTRA-EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE AUDIOVISIVO. - 2. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE.

1. L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NEL CONTESTO EUROPEO ED EXTRA-EUROPEO DEI REGOLATORI DEL SETTORE AUDIOVISIVO

Nei precedenti paragrafi abbiamo visto come spesso l'AGCOM si sia trovata, molte volte, a dover svolgere la propria funzione di regolatore sulla base di laconiche indicazioni generali da parte del legislatore e o addirittura in assenza di queste, come avvenuto nel citato esempio del 1999 con l'applicazione diretta delle disposizioni europee relative alla disciplina degli eventi di maggior rilevanza per la società. Anche laddove il disposto da implementare sia chiaro, tuttavia, nondimeno un confronto con i modelli regolatori adottati in altri Paesi o una riflessione congiunta sulle tematiche regolamentari da recepire diventa cruciale. Inoltre, il confronto e il dibattito corale con altri regolatori dello stesso tema diventa cruciale anche laddove si tratti di influire sulle linee di attività di policy generale e delle possibili riforme. Le piattaforme di collaborazione, discussione e pianificazione delle attività tra regolatori dell'audiovisivo hanno un ruolo di duplice rilevanza, sia nella fase di *implementation* che nella fase di *decision making*. Occorre precisare da subito che nel settore dell'audiovisivo non esiste un soggetto europeo che faccia da contraltare al BEREC per le comunicazioni elettroniche: un'autorità europea dell'audiovisivo non esiste.

L'AGCOM, dalla sua istituzione, ha da subito colto la rilevanza di tale duplice aspetto e, consapevole dell'afflato europeo da cui è improntata, ha lungimirantemente calibrato un'intensa attività di coordinamento internazionale, mediante un'attiva partecipazione a numerose iniziative europee ed extraeuropee e un'intensa attività di TAIEX²⁵ e di *twinning project* in collaborazione con altre autorità di regolazione europee, sotto l'egida della Commissione europea.

²⁵ TAIEX è la sigla di «*Technical assistance and information exchange*», uno strumento elaborato dalla Commissione europea per supportare paesi partner relativamente al ravvicinamento della loro legislazione al quadro normativo europeo.

Ancor più l'attività è fervente sotto il piano della partecipazione a piattaforme e *network* di autorità di regolazione: con stretto riferimento al settore dell'audiovisivo, si deve segnalare lo strumento privilegiato di partecipazione delle autorità nazionali alla fase di determinazione delle linee di attività future o di proposte legislative, ad opera dell'art. 29 della direttiva SMAV. Questo istituisce un Comitato di contatto *«sotto l'egida della Commissione. Esso è composto di rappresentanti delle competenti autorità degli Stati membri. È presieduto da un rappresentante della Commissione e si riunisce per iniziativa di quest'ultimo o su richiesta della delegazione di uno Stato membro.*

2. I compiti del comitato di contatto sono:

a) agevolare l'effettiva attuazione della presente direttiva attraverso consultazioni regolari su ogni problema pratico che risulti dall'applicazione della stessa, in particolare dall'applicazione dell'articolo 2, nonché su ogni altro argomento su cui si considerino opportuni scambi di opinioni;

b) esprimere pareri di propria iniziativa o su richiesta della Commissione in merito all'applicazione della presente direttiva da parte degli Stati membri;

c) essere una sede di scambio di opinioni per decidere quali argomenti affrontare nelle relazioni che gli Stati membri devono presentare a norma dell'articolo 16, paragrafo 3, e per decidere quale metodologia seguire;

d) discutere i risultati delle consultazioni regolari tenute dalla Commissione con i rappresentanti di organizzazioni di radiodiffusione televisiva, produttori, consumatori, fabbricanti, prestatori di servizi, sindacati e con l'ambiente artistico;

e) agevolare lo scambio di informazioni tra gli Stati membri e la Commissione sulla situazione e lo sviluppo di attività di regolamentazione per quanto concerne i servizi di media audiovisivi, tenendo conto della politica audiovisiva dell'Unione, nonché dei pertinenti sviluppi nel settore tecnico;

f) esaminare gli sviluppi che si verificano nel settore su cui appaia utile uno scambio di opinioni».

Inoltre, l'Autorità è membro dell'EPRA - *European platform of regulatory autho-*

rities²⁶, una rete di cooperazione tra autorità di regolazione dell'audiovisivo istituita nel 1995, con lo scopo di offrirsi come un forum di discussione informale e scambio di vedute tra autorità di regolazione del settore audiovisivo, di scambio di informazioni e pareri relativamente ad aspetti legali e regolamentari problematici nell'interpretazione e applicazione della normativa di settore, un luogo di incontro e discussione di soluzioni possibili ai dilemmi del regolatore costretto a far fronte a un settore che si evolve molto più velocemente di quanto non si adatti la regolazione. Al momento, 52 autorità di regolazione da 47 paesi sono membri dell'EPRA. La Commissione europea, il Consiglio d'Europa, l'Osservatorio europeo sull'audiovisivo e l'OSCE, Ufficio sulla libertà dei media, siedono agli incontri dell'EPRA come osservatori. La piattaforma di regolatori si riunisce due volte all'anno, ospitata di volta in volta da uno degli stati membri, il Segretariato dell'EPRA ha sede a Strasburgo, Francia.

Nel febbraio del 2014 con la Decisione C (2014) 462, la Commissione europea ha istituito l'ERGA, *European Regulators Group for audiovisual media services regulators*. Sebbene si tratti al momento di un tavolo di discussione e definizione di comuni strategie ristretto ai regolatori dei Paesi membri dell'Unione europea, non è da escludere che l'attuale gruppo divenga un soggetto strutturato e permanente. Nella decisione che lo istituisce, l'ERGA è presentato come «*The group should serve as an advisory body to the Commission in its implementation activities concerning areas coordinated by the Directive 2010/13/EU. By taking into account enforcement practices and practical problems arising from the application of the Directive 2010/13/EU and facilitating coordination and cooperation between the national regulatory bodies in the Member States, and between those bodies and the Commission, it would also contribute to the consolidation of the internal market for audiovisual media services*».

2. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE

L'intensa attività internazionale dell'AGCOM ne agevola la partecipazioni a sedi privilegiate in cui poter proattivamente intervenire sulla futura impostazione della *policy* europea dell'audiovisivo. Inoltre, la trasparenza nei processi decisionali

26

Per maggiori informazioni e consultazione di materiale utile si visiti il sito www.epra.org.

dell'Unione europea consente, e talvolta richiede, la partecipazione diretta degli Stati membri, strumento essenziale per tastare il terreno su come potrebbero essere percepite le modifiche che il legislatore europeo ha di volta in volta in animo e quale impatto potrebbero avere sui diversi stati, nel contempo acquisendo utili *feedback* o suggerimenti su *best practice* nazionali da poter adottare e implementare. Quello del *notice and comment*, della consultazione pubblica, dell'indizione di libri verdi che offrono spunti per intavolare strutturate discussioni su un argomento, è l'approccio tipico della Commissione e coerente con l'iniziativa «*Legiferare meglio*».

La Commissione, quindi, ritiene necessario dotare l'UE di un approccio comune in materia, che consenta di offrire ai stati membri e a tutti i soggetti interessati la possibilità di partecipare alla fase decisionale dell'attività. Una recente occasione in cui la Commissione si è confrontata con i regolatori è stata rappresentata da una consultazione pubblica, indetta nell'aprile del 2013, sul Libro verde «*Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori*» di cui sono stati da poco resi noti gli esiti riassuntivi di tale interlocuzione.

I temi principali toccati dalla consultazione sono i seguenti: innanzitutto il mercato e la creazione delle giuste condizioni per consentire alle imprese europee di competere con i più aggressivi *competitor* americani; i modelli di finanziamento: l'impatto che la convergenza e l'evoluzione dell'approccio del consumatore/utente avranno sul finanziamento di contenuti audiovisivi, stante anche gli stravolgimenti intervenuti nella catena del valore; il contesto tecnologico di infrastrutture e spettro radio, la permanente differenza di regolazione tra servizi lineari e non lineari; pluralismo e libertà dei media e il rapporto con il mercato dei grandi eventi (i contenuti *premium*); le aspettative relative alla necessità di un'equilibrata protezione degli utenti alla luce della convergenza.

L'Italia ha risposto alla consultazione indetta dalla Commissione Europea mediante una risposta congiuntamente redatta da Agcom, Ministero dello sviluppo economico e Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo.

In un momento storico in cui non appare più rinviabile una risposta decisa dell'Unione alle sfide cui il regolatore, a legislazione permanente, risponde con affanno, una stretta sinergia tra istituzioni nazionali e comunitarie appare imprescindibile,

per addivenire a un quadro normativo e regolamentare agile e sufficientemente elastico, in cui trasfondere armonicamente sul piano pratico le risposte alle necessità emerse.



Privacy

PRIVACY

(Vito Giuseppe Liotine - Sara Mercuri)

Il presente contributo è suddiviso in due parti: fase discendente e fase ascendente. Nella prima è analizzato il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali nel contesto europeo. Nel farlo, dopo aver delineato l'ambito di recepimento ed applicazione della normativa dell'Unione, si è scelto di soffermarsi su alcuni temi di particolare attualità; come: la profilazione dell'utente, la privacy nei social network e le recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE. Nella seconda fase, quella ascendente, si è, invece, cercato di rinvenire delle esperienze nazionali di best practice. Si è, così, sottolineato il ruolo del Garante nel contesto nazionale e la rilevanza della cooperazione fra le diverse Autorità poste a tutela dei dati personali. Tra le best practices un piccolo cenno è stato dato alla proposta - recentissima - dell'Internet Bill of Rights. In conclusione è stata svolta un'analisi sulle prospettive di riforma.

SOMMARIO: INTRODUZIONE. **SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE** - 1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE - 1.1. LE MODIFICHE AL CODICE *PRIVACY* DA PARTE DEL D.LGS. 69/2012 - 2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE - 2.1 LA PROFILAZIONE DELL'UTENTE - 2.2 LA TUTELA DELLA *PRIVACY* NEI *SOCIAL NETWORK* - 2.3. IMPATTO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA. **SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE** - 1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI - 2. UNA POSSIBILE INNOVAZIONE: LA PROPOSTA DEL *BILL OF RIGHTS* - 3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: LE RIFORME PROPOSTE/APPROVATE DALLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE. - 3.1. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.

INTRODUZIONE

Lo sviluppo e la diffusione di nuove tecnologie e di nuovi dispositivi - quali *smartphone*, *tablet* o, anche, *smartwatch* - sembra minare la *privacy* degli utenti di *internet*. Le azioni di quest'ultimi sulla rete sono, infatti, costantemente oggetto di analisi di *targeting*. Pertanto, le problematiche legate alla protezione dei dati personali si

fanno necessariamente sempre più accese e sentite. Come si avrà modo di leggere in seguito, anche la consapevolezza dell'utente in merito al valore dei propri dati personali sta crescendo, ma si sta - al contempo - sviluppando anche una maggior tolleranza nell'accettare la raccolta e l'analisi dei propri dati come "controprestazione" per un servizio ricevuto.

In questo contesto - partendo da una panoramica della normativa europea e di quella italiana di attuazione - si è rilevata la centralità del ruolo del Garante per la protezione dei dati personali e dei meccanismi di cooperazione in ambito sovranazionale. In un ambiente privo di confini territoriali, qual è la rete, è infatti auspicabile che siano raggiunti sempre più elevati livelli di cooperazione capaci di uniformare il trattamento dei dati personali degli utenti.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

(Vito Giuseppe Liotine - Sara Mercuri)

SOMMARIO: INTRODUZIONE. SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE: 1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE - 1.1. LE MODIFICHE AL CODICE *PRIVACY* DA PARTE DEL D.LGS. 69/2012 - 2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE - 2.1 LA PROFILAZIONE DELL'UTENTE - 2.2 LA TUTELA DELLA *PRIVACY* NEI *SOCIAL NETWORK* - 2.3. IMPATTO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA.

1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: TRA RECEPIMENTO E APPLICAZIONE DIRETTA DEL DIRITTO DELL'UNIONE (VITO GIUSEPPE LIOTINE)

1.1. Le modifiche al Codice *Privacy* da parte del d.lgs. 69/2012

Le modifiche apportato al d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice *Privacy* o anche Codice) ad opera del d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69 (recante «*Modifiche al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante codice in materia di protezione dei dati personali in attuazione delle direttive 2009/136/CE, in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e 2009/140/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e del rego-*

lamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori») sono numerose e tutte considerevoli, con particolare riferimento agli aspetti che riguardano la normativa in tema di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (dir. 2009/136/CE che modifica la dir. 2002/58/CE recepita nel Codice in particolare modo con l'attuale titolo X «*Comunicazioni elettroniche*», artt.121-133, oltre l'art. 4 per le definizioni).

Le modifiche contenute nel d. lgs. 69/2012 determinano un impatto rilevante soprattutto per quello che riguarda la responsabilità, gli obblighi e le sanzioni per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e per gli "altri" soggetti cui sia affidata l'erogazione dei predetti. Dal punto di vista soggettivo, quindi, i destinatari delle prescrizioni del Codice aumentano in modo rilevante; non è una novità, infatti, che quando si tratta di erogazione di servizi di comunicazione elettronica, i soggetti coinvolti siano più di uno.

Altra rilevante novità è sicuramente rappresentata dalle modifiche in tema di uso dei cc.dd. *cookies*. Con il d. lgs. 69/2012, infatti, l'uso dei *cookies* è assoggettato al preventivo consenso libero ed informato espresso di utenti e contraenti (la denominazione 'contraenti' ha sostituito la precedente 'abbonati'). Questa modifica è stata anche accompagnata da altre modifiche che hanno interessato la disciplina delle azioni di *marketing*/invio di informazioni commerciali attuate mediante mezzi automatizzati senza l'intervento dell'operatore (*email, sms, ecc.*).

Più in generale il Codice ha subito modifiche relative a:

- obblighi in tema di sicurezza dei dati personali; e
- consenso preventivo per i *cookies* nonché all'uso dei dati personali di utenti e contraenti.

La modifica più rilevante (nonché attesa) del Codice è certamente rappresentata dall'introduzione della nuova fattispecie di reato denominata «*violazione di dati personali*». Questa figura di reato, proprio al fine di evitare di incorrere nella violazione, determina una serie di adempimenti in termini di misure di sicurezza (di carattere tecnico e organizzativo) che hanno lo scopo di (i) ridurre al minimo il rischio di violazione e (ii) assicurare la messa in atto di procedure volte a garanti-

re una politica per la sicurezza (art. 32 del Codice). Altri obblighi normativamente previsti riguardano obblighi di comunicazione al Garante per la protezione dei dati personali e, nel caso si verificano eventi di violazione dei dati personali, al singolo utente interessato (art. 32-*bis* del Codice).

L'art. 32 del Codice stabilisce che anche i rischi accidentali alterazione-distruzione-perdita dei dati devono essere minimizzati. Di conseguenza viene ampliato il novero delle contromisure richieste.

Come anticipato, il nuovo art. 32-*bis* del Codice stabilisce i casi di obbligo di comunicazione al Garante in caso di violazione di dati personali. Quando questa violazione, inoltre, rischia di arrecare pregiudizio ai dati personali o alla riservatezza di contraente o di altra persona, il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, dovrà effettuare la comunicazione anche al contraente. Questi obblighi di comunicazione, in considerazione della pluralità dei soggetti obbligati nonché della circostanza che, molto spesso, tali fornitori erogano i propri servizi mediante rapporti contrattuali e organizzativi complessi e articolati, rischiano di costituire una fonte di incertezze.

Si fa riferimento, in particolare, a quelle misure interne che i fornitori dovranno adottare al fine di garantire da un parte la tempestività e dall'altra l'assenza di «*indebito ritardo*» nelle comunicazioni (comma 8).

Sul punto, il comma 6 chiarisce che lo stesso Garante può emanare, con proprio provvedimento, orientamenti e istruzioni in relazione alle circostanze in cui il fornitore ha l'obbligo di comunicare le violazioni di dati personali, al formato applicabile a tale comunicazione, nonché alle relative modalità di effettuazione, tenuto conto delle eventuali misure tecniche di attuazione adottate dalla Commissione europea. In attuazione di quanto disposto dal comma 6, il Garante con la deliberazione n. 221 del 26 luglio 2012 ha emanato le «*Linee guida in materia di attuazione della disciplina sulla comunicazione delle violazioni di dati personali*». In considerazione della necessità, per il Garante, di adottare, ai sensi dell'art. 32-*bis*, comma 6, del Codice, un provvedimento generale - che sostituisce le suindicate Linee guida - al fine di fornire orientamenti e istruzioni in relazione alle circostanze in cui il fornitore ha l'obbligo di comunicare le violazioni di dati personali, al formato applicabile a tale comunicazione, nonché alle relative modalità di effettuazione, in data 4 aprile

2013 è stato approvato il Provvedimento in materia di attuazione della disciplina sulla comunicazione delle violazioni di dati personali (c.d. *data breach*).

Ulteriori obblighi per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico derivano dal nuovo art. 132-*bis* secondo cui i medesimi fornitori hanno l'obbligo di istituire procedure interne per assicurare conformità alle richieste di accesso a dati personali degli utenti e fornire al Garante *privacy*, nei casi in cui questo lo richieda, informazioni sulle procedure e dati relativi al loro utilizzo (numero di richieste ricevute, motivi legali addotti e risposte fornite).

Da ultimo rileva anche la modifica apportata all'art. 168 prevedendo che anche le false dichiarazioni o attestazioni di notizie o circostanze (o produzione di atti o documenti falsi) nella comunicazione al Garante *privacy* in relazione ad avvenuta violazione di dati personali integrano il reato di falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante, punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il d. lgs. 69/2012 porta l'importante passaggio del riconoscimento dell'*Opt-out* in tema di installazione dei *cookie* (artt. 121 e 122), trattamento dei dati di traffico a fini di commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto (art. 123) e di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale (art. 130).

2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI E DELLE TUTELE (SARA MERCURI)

2.1. La profilazione dell'utente

L'evoluzione tecnologica e sociale ha affinato le operazioni di *direct marketing*¹ e ha reso queste pratiche commerciali indispensabili per le imprese. Queste necessitano, pertanto, di raccogliere molte informazioni sulle abitudini e sulle preferenze dei consumatori per poter realizzare delle proposte commerciali mirate e rimanere,

¹ «*Direct marketing is a communication between seller and buyer directly. No intermediary media is used. [...] It is direct communication but with a marketing purpose*». Così: **RODDY MULLIN**, *Direct Marketing: A Step-by-Step Guide to Effective Planning and Targeting*, Kogan Page Business Books, 2002, 1. Più ironicamente, Judith Donovan ha osservato: «*Direct marketing is the science of arresting the human intelligence long enough to take money off it*». Si veda: **J. DONOVAN**, *D.I.Y. Direct Marketing: An Essential Guide for Beginners*, Kogan Page Business Books, 2000.

in tal modo, competitive nel mercato. Una delle nuove frontiere del trattamento dei dati personali è, per l'appunto, proprio la profilazione degli utenti². Di conseguenza, dopo decenni di raccolta ed analisi delle informazioni, le imprese vengono in possesso di un patrimonio di dati di notevole valore.

In uno scenario come quello delineato³, lo sviluppo del mondo digitale ha inevitabilmente aperto nuovi orizzonti per la profilazione degli individui⁴. Le attività *on line* sono, infatti, costantemente monitorate, raccolte ed analizzate andando, così, a

2 Sulla nozione di profilazione si veda: **R. DE MEO**, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2013, 587. L'Autrice definisce la profilazione come «una tecnica di trattamento automatico, mediante algoritmi, di dati relativi a quantità numericamente anche molto elevate di persone, per attribuire a ciascuna di esse un profilo, cioè una categoria predefinita e delineata attraverso parametri che il responsabile del trattamento considera necessari alla sua ricerca, al raggiungimento del suo scopo».

3 Alla luce del progresso digitale, anche lo stesso concetto di *privacy* è mutato. Con il termine *privacy* si intendeva, un tempo, il diritto dell'individuo ad essere lasciato solo nell'intimità della propria vita privata. Oggi, invece, la nozione di *privacy* si è notevolmente evoluta e si è giunti a definirla come il diritto ad assumere il controllo delle proprie informazioni. Sul punto si veda: **M. CARTA**, *Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in *Dir. inf.*, 2014, 3. È opportuno citare, altresì, **S. RODOTÀ**, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 320. L'Autore precisa che l'originaria definizione di *privacy* come «diritto di essere lasciato solo» non è cancellata, ma fa parte di un contesto via via arricchito da diversi punti di vista; quali: a) il controllo dell'uso che gli altri fanno delle informazioni che riguardano il singolo utente; b) la tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale.

4 Deve esser rilevato che la profilazione non costituisce un'attività nuova e a esclusivo appannaggio del contesto digitale. Al contrario, le operazioni di raccolta ed analisi dei dati iniziarono a esser poste in essere con le c.d. carte fedeltà. Con questi strumenti le aziende raccoglievano (e tuttora raccolgono) i dati dei consumatori con il fine, dichiarato, di fidelizzare la propria clientela e con l'intento, celato, di studiarne i consumi per approntare strategie di *marketing* sempre più accattivanti. L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (d'ora in avanti semplicemente "Garante") ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni sulle carte fedeltà. Fra tutti si segnala il provvedimento del 24.02.2005, reperibile alla pagina web <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1103045>, visitata il 29 settembre 2014, doc. web n. 1103045. In tale documento il Garante osserva: «il rilascio delle carte (spesso preceduto dalla compilazione di un modulo di adesione e di un questionario), e la loro utilizzazione (che determina la registrazione di acquisti di beni e servizi), comportano un trattamento dei dati personali dei clienti e, a volte, dei loro familiari. Accanto a dati anagrafici e recapiti anche di posta elettronica, sono spesso raccolte altre informazioni relative al cliente o a suoi familiari, non necessarie per attribuire i vantaggi collegati alla carta (titolo di studio, professione, interessi, abitudini, preferenze, modalità di acquisti, ecc.). Tali informazioni vengono di frequente trattate unitariamente, per finalità diverse che richiedono quindi modalità differenziate; non di rado, è fornita solo un'informativa generica che descrive i trattamenti in modo non adeguatamente distinto». Il Garante pone, dunque, l'accento sulle finalità da perseguire operando una distinzione tra fidelizzazione in senso stretto e profilazione. In particolare il Garante dispone che «possono essere trattati esclusivamente i dati necessari per attribuire i vantaggi connessi all'utilizzo della carta». Pertanto, la liceità dell'utilizzo dei dati raccolti per uno scopo estraneo (o ulteriore) alla fidelizzazione è subordinata all'ottenimento di uno specifico consenso da parte del consumatore; il quale ben potrebbe desiderare i *benefits* promessi dalla carta fedeltà ed esser, invece, guardingo verso le operazioni di analisi dei propri dati. In proposito è opportuno richiamare il provvedimento del 15 novembre 2007 - reperibile alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1466898>, visitata il 29 settembre 2014, doc. web n. 1466898 - con il quale il Garante ha ritenuto irrilevante, ai fini della liceità del trattamento dei dati, il consenso ottenuto attraverso la sottoscrizione di un modello che imponga, in sostanza, l'accettazione delle condizioni come controprestazione per ricevere i *benefits* promessi dall'adesione alla carta fedeltà. Nel provvedimento richiamato si legge, infatti, che: «il consenso per il marketing non è "libero" essendo condizionato dall'adesione al programma di fidelizzazione. Gli interessati debbono invece essere messi in grado di esprimere liberamente le proprie scelte in ordine al trattamento dei dati, manifestando inoltre distintamente la propria volontà per ciascuna finalità perseguita».

disvelare informazioni sugli utenti che spesso investono anche dati sensibili⁵.

Come rilevato in dottrina, negli ultimi anni si è registrato un fenomeno di accentramento delle forme di profilazione in capo a pochi soggetti *leader* del settore IT⁶. A differenza di quanto avveniva nel modello iniziale di *web* - incentrato su un pluralismo di offerte e di interlocutori - oggi poche Società, ciascuna leader nel proprio ambito, sembrano dominare il mercato. Di conseguenza questi pochi *big players*⁷ detengono l'indiscusso controllo delle attività di profilazione dei propri utenti. I *big players* hanno, per loro natura, carattere sovranazionale. Allo stesso modo, non conoscono confini territoriali le tecnologie di raccolta e di analisi dei dati utilizzate da queste Società. È, quindi, ovvio che le problematiche legate alla tutela della *privacy* abbiano una connotazione multinazionale e siano argomento attualissimo in tutti i Paesi con un elevato livello di digitalizzazione. Non bisogna, dunque, lasciarsi ingannare dall'inevitabile territorialità dei c.d. *data center*. Al contrario, la tutela di questi "luoghi" è fra le maggiori preoccupazioni dei governi dei Paesi digitalizzati. Non a caso i *data center* - a causa dell'alta concentrazione di dati - costituiscono un appetibile bersaglio per gli autori di reati informatici e non solo⁸. Sulla posizione dei Paesi digitalizzati, va detto anche che talvolta sono proprio questi a farsi responsabili dei trattamenti dei dati. Con l'*e-government* è stato, infatti, dato il via alla raccolta di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni e, più in generale, da parte di tutti gli enti esercenti pubblici servizi. In tal modo si passa da una profilazione individuale ad una profilazione di massa, capace, potenzialmente, di rendersi strumento di controllo dell'intera popolazione⁹.

Il dominio di pochi sulla raccolta, l'analisi e la gestione dei dati ha, probabilmente, contribuito ad accrescere il valore economico e strategico delle stesse informazioni.

5 Nel contesto *on line* gli utenti sono portati ad esprimere la propria personalità con meno remore di quante ne avrebbero in un ambiente privo di virtualità. Aspetti del proprio essere, che altrimenti sarebbero celati o, quantomeno, protetti dalle indiscrezioni altrui, sono spesso svelati confidando in un presunto anonimato. In questo modo le informazioni raccolte attraverso le operazioni di *profiling* possono riguardare i più disparati aspetti della vita degli utenti: dai gusti letterari alle patologie, dalle passioni politiche alle preferenze sessuali.

6 A. MANTELERO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante i cookie*, in *Dir. inf.*, 2012, 781 ss.

7 Fra tutti: Google, Yahoo e Bing per i motori di ricerca; Facebook, Instagram, Twitter e Pinterest per i social network; Amazon ed Ebay per l'*e-commerce*. Talvolta la supremazia di queste aziende è tale da portare addirittura alla creazione di neologismi. Si pensi ad esempio a verbi come *googlare*, *twittare* o *pinnare* oramai divenuti di uso comune.

8 Si veda: A. MANTELERO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inf.*, 2012, 136 ss.

9 Si veda: R. DE MELO, *op. cit.*, 589.

Al contempo, sta crescendo, seppur più lentamente, anche la consapevolezza degli utenti sull'importanza della tutela dei propri dati¹⁰. Tuttavia, spessissimo l'utente ha - di fatto - una libertà di scelta molto limitata: acconsentire al trattamento dei propri dati oppure rifiutarlo e rinunciare ad accedere a una determinata piattaforma. L'impossibilità di accesso e la quotidianità con la quale oggi si è sottoposti a procedure di rilascio del consenso, portano l'utente - seppur più consapevole del valore delle informazioni - a non considerare con la giusta ponderazione le operazioni di rilascio del consenso al trattamento dei propri dati¹¹.

In realtà sarebbe bene dare a queste procedure il giusto risalto, visto che le informazioni raccolte attraverso *internet* hanno quasi sempre carattere personale e sono quasi sempre riconducibili ad un individuo specifico. In tempi non troppo lontani, l'utilizzo da parte di più persone del medesimo calcolatore rendeva impossibile - o quantomeno ardua - l'attribuzione delle informazioni raccolte a un'unica persona fisica. Oggi, invece, la rapida diffusione di *smartphone* e *tablet* ha reso possibile e agevole il tracciamento delle attività *on line* di un soggetto identificato o identificabile¹². Va rilevato, infatti, che la configurazione di un dispositivo mobile prevede la

10 Uno studio della Commissione europea (*Atteggiamenti in materia di protezione dei dati e identità elettronica nell'Unione europea*, Speciale Eurobarometro 359, 2011, reperibile al link http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/1_it.pdf, visitato il 29 settembre 2014) ha fotografato come i cittadini europei abbiano maturato la consapevolezza dell'importanza della propria identità elettronica (il 43 % degli utenti di Internet afferma che vengono richieste più informazioni personali di quelle necessarie; il 90 % degli europei vuole che i diritti alla protezione dei dati siano gli stessi in tutta l'Unione ecc.).

11 Lo studio richiamato nella precedente nota (*Atteggiamenti in materia di protezione dei dati e identità elettronica nell'Unione europea*, Speciale Eurobarometro 359, 2011) evidenzia un dato importante: il 74 % degli europei ritiene che la necessità di rivelare informazioni personali faccia sempre più parte della vita moderna. È proprio questa considerazione a portare gli utenti ad accettare di indicare i propri dati con molta più leggerezza di quella necessaria. In più, il desiderio di esistenza e popolarità virtuale limita il senso critico degli utenti aumentandone la disponibilità al rilascio di informazioni personali e sensibili. Si veda: V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, Torino, 2004, 78; in cui si legge: «il paradosso della tutela della persona, nella situazione attuale, è che interesse delle persone non è solo che vengano divulgate informazioni il meno possibile, ma anche, all'opposto, che ne vengano divulgate il più possibile. Infatti, diventando virtuale il modo d'essere stesso della persona, questa non esiste se non in virtù della notizia che se ne ha».

12 La Società Google Inc. ha commissionato una ricerca alla Ipsos MediaCT, con la collaborazione della Mobile Marketing Association e dell'Interactive Advertising Bureau. I risultati di questa ricerca sono accessibili sul sito <http://think.withgoogle.com/mobileplanet/it/> ed il report relativo all'utilizzo degli smartphone in Italia è reperibile all'indirizzo <http://services.google.com/fh/files/misc/omp-2013-it-local.pdf>. Da questo studio emerge che la penetrazione degli smartphone in Italia è aumentata nel 2013 del 41%. Questo vistoso aumento è lampante osservando il grafico di riferimento alla pagina <http://think.withgoogle.com/mobileplanet/it/graph>. Dall'analisi commissionata da Google emerge anche un altro importante dato: in Italia il 72% dei possessori di smartphone non esce di casa senza il proprio dispositivo ed il 74% degli intervistati ha dichiarato di utilizzare lo smartphone mentre compie altre azioni. Ciò a riprova di come le nuove tecnologie siano entrate prepotentemente nella vita degli utenti (non sempre migliorandola).

sincronizzazione con uno o più *account*¹³.

Ciò permette quindi di associare il dispositivo ad una persona fisica¹⁴.

Pertanto, vista la diffusione di rapporti oramai biunivoci fra utente e dispositivo, dall'analisi dei dati raccolti è possibile definire il profilo del soggetto che utilizza il dispositivo e ricollegarlo poi a una persona fisica¹⁵.

Procedendo con ordine, va rilevato che prima ancora di giungere all'analisi dei dati, gli operatori del settore dovranno effettuare la raccolta. La principale operazione di raccolta delle informazioni avviene mediante l'impiego dei c.d. *cookie*¹⁶.

Si può ritenere che, al fine di salvaguardare l'autodeterminazione dell'utente, il sistema da preferire - alla luce delle modifiche introdotte con la dir. 2009/136/CE - sia il c.d. meccanismo di *opt-in*. Attraverso questa tecnica, la liceità del trattamento dei dati viene subordinata all'accettazione da parte dell'interessato. La tutela dell'utente non è, così, individuata in modo passivo e relegata all'eventuale esercizio di una facoltà di *opt-out*.

Tale mutamento di prospettiva ha, inevitabilmente, incontrato le resistenze degli operatori dell'*advertising*. Sotto la pressione di queste *lobby*, alcuni Paesi¹⁷, nell'attuare la richiamata direttiva, hanno inteso rintracciare nel settaggio del *browser* una

13 Ad esempio, nella pagina di supporto del sito www.apple.com si legge: «When you set up your iPhone, iPad, or iPod touch, you can use the same Apple ID for iCloud services and purchases on the iTunes Store, App Store, and iBooks Store». L'account Apple viene, quindi, collegato ai propri dispositivi e di conseguenza l'utilizzo degli stessi è monitorato in ogni sua implicazione: navigazione, acquisti, archiviazione di dati ecc.

14 Rimanendo sull'esempio della precedente nota, va rilevato che per creare un Apple ID l'utente deve rilasciare alcune informazioni: nome, cognome, data di nascita, indirizzo, estremi della carta di credito ecc. (queste ultime informazioni sono opzionali). Si veda la pagina: https://appleid.apple.com/account?localang=it_IT.

15 Inoltre, deve esser portato ad evidenza il passaggio da un ambiente web prevalentemente «*anonymous*» ad uno «*nonymous*». Molti sono, infatti, i casi in cui viene imposto all'utente di rivelare la propria identità. Spesso tale pratica viene operata nel dichiarato intento di attribuire ad un utente certe eventuali responsabilità (si pensi al loquente che rilascia commenti ingiuriosi servendosi di un portale telematico); ma oltre a ciò vi è ovviamente anche un forte interesse alla profilazione degli internauti. Tale finalità può esser desunta dall'oramai comune prassi di subordinare l'utilizzazione di un portale all'accesso mediante le credenziali già fornite su uno dei principali *social network*. Ciò ovviamente pregiudica ancor di più l'anonimato dell'utente, accrescendo, al contrario, le potenzialità di monitoraggio delle azioni dello stesso. Sul tema anche: E. PELINO, *L'anonimato su Internet*, in *Diritto all'anonimato*, a cura di G. FINOCCHIARO, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2008, 301.

16 I *cookie* sono dei marcatori che consentono di monitorare gli spostamenti dell'utente su un sito. Così: G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inf.*, 2012, 831 ss. Più specificamente, i *cookie* sono dei file di testo che i siti visitati dall'utente inviano al terminale dell'utente stesso (solitamente al *browser*), dove vengono memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti in occasione della successiva visita del medesimo utente.

17 Fra cui: Francia, Irlanda, Regno Unito, Slovacchia e Spagna.

valida - ai fini della liceità - manifestazione del consenso. Dunque, secondo questa lettura, l'utente, restando passivo innanzi alle impostazioni di *default* del *browser* che prevedono l'impiego dei *cookie*, rilascia un consenso valido ai fini del trattamento dei propri dati. Una simile attuazione non può esser condivisa. L'art. 5 della dir. 2002/58/CE richiede, infatti, che l'utente «*abbia espresso preliminarmente il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo*». Sistemi basati sull'*opt-out* non possono, quindi, ritenersi sufficienti. Il restare passivi innanzi ad un'impostazione di *default* non esplicita, infatti, alcun consenso, né - tantomeno - può assurgere ad emblema di una scelta consapevole. Sono quindi da preferire, come si è già accennato, i sistemi basati sulle tecniche di *opt-in*¹⁸.

Ciò emerge anche da un recente parere del Garante avente ad oggetto un provvedimento prescrittivo nei confronti della *Google Inc.* sulla conformità della propria *privacy policy* al Codice dei trattamenti di dati personali¹⁹. L'istruttoria posta in atto dal Garante ha accertato che la *Google Inc.* ha, nell'aprile 2013, diffuso una sezione per informare i propri utenti dell'installazione dei *cookie* nei propri dispositivi. In questa sezione, attraverso un messaggio generico, gli utenti erano edotti esclusivamente sulla presenza dei *cookie*²⁰. Il messaggio era, inoltre, seguito da un c.d. *ok botton* privo di qualunque funzione affermativa del consenso. L'istruttoria del Garante ha, infatti, rilevato che i *cookie* venivano installati a prescindere dall'eventuale pressione sull'*ok botton* da parte dell'utente. Come anticipato, dunque, il Garante ha dato risalto alla necessità di predisporre tecniche di profilazione subordinate all'accettazione del trattamento da parte di un utente sufficientemente informato²¹.

Come si è detto inizialmente, i *cookie* rappresentano la principale tecnica di *profi-*

18 Sul tema si veda: *Article 29 Data protection working party*, parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale, 25, dove si legge: «*le impostazioni del browser sono idonee a trasmettere il consenso soltanto in circostanze assai limitate, in particolare quando il browser è impostato di default in modo tale da respingere tutti i cookie e l'utente ha modificato le impostazioni per accettare i cookie dopo essere stato pienamente informato del nome del responsabile del trattamento, delle finalità del trattamento e dei dati che vengono raccolti*».

19 Autorità Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 3283078 del 10.07.2014. Disponibile alla pagina web: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3283078>.

20 Il messaggio era il seguente: «*I cookie ci aiutano a fornire i nostri servizi. Utilizzando tali servizi accetti l'utilizzo dei cookie da parte nostra*».

21 L'utente deve esser messo nella condizione di percepire se le informazioni richieste siano proporzionali alle finalità dichiarate dal titolare del trattamento. Sul punto, *ex multis*, si veda il già richiamato provvedimento del Garante n. 1466898. In tale provvedimento si impone al titolare del trattamento la cancellazione (o la predisposizione dell'anonimato) di dati superflui alle finalità del trattamento stesso. Nel caso specifico si trattava di dati inerenti alla professione svolta e alla composizione del nucleo familiare per l'attuazione di un programma di fidelizzazione.

ling, ma non l'unica²². Recentemente si è iniziato a discutere dell'impiego di un nuovo sistema di profilazione: il c.d. *fingerprinting*²³. Questa tecnica sfrutta immagini e linee di testo elaborate dal terminale dell'utente durante la navigazione e crea, così, una sorta d'impronta digitale con cui identificare l'utente e tracciare i suoi movimenti *on line*. Il Garante ha avuto modo di focalizzarsi sull'impiego di meccanismi di *fingerprinting* studiando la già richiamata informativa elaborata dalla *Google Inc.*. È stata, in tal occasione, evidenziata la principale differenza fra le tecniche basate sui *cookie* e quelle sul *fingerprinting*. Ovverosia: la profilazione mediante *cookie* dà all'utente la possibilità di esercitare il diritto di opposizione e di modificare concretamente le impostazioni del *browser* utilizzato andando a far cessare il *profiling* illecito; le tecniche di *fingerprinting*, invece, non consentono un intervento pragmatico dell'internauta che può soltanto richiedere al titolare del trattamento di interrompere il tracciamento. Ciò perché le tecnologie di *fingerprinting* non risiedono nel computer o dispositivo dell'utente, ma nei sistemi del *provider*. Pertanto il singolo utente non può disporre di un mezzo concreto per porre fine alla profilazione illecita, ma può semplicemente confidare che la sua richiesta di interruzione della raccolta dei dati venga osservata. È dunque evidente che questa innovativa tecnica di profilazione sia particolarmente incisiva e invasiva. Pertanto la subordinazione di tale trattamento al consenso dell'utente che sia preventivo, libero, informato e documentato per iscritto appare inevitabile e, ancor più, necessaria²⁴.

Per concludere, sulla profilazione va rilevato che in ambito europeo la *policy* adottata è parsa esser meno incisiva di quanto, invece, si attendeva. È necessario soffermarsi su un intervento di *soft law*: la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato di dati personali nel contesto di attività di profilazione²⁵. Questa Raccomandazione rappresenta il primo testo europeo in materia di *profiling*. Con

22 Recentissime sono le tecniche messe appunto dalla *Atlas Solutions LLC* - Società acquisita nel 2013 da *Facebook* - di cui si dirà nel prossimo par. e che sembrano promettere di relegare a vecchia tecnologia i *cookie*.

23 Si veda: G. ACAR, C. EUBANK, S. ENGLEHARDT, M. JUAREZ, A. NARAYANAN, C. DIAZ, *The Web Never Forgets: Persistent tracking mechanisms in the wild*, 2012, disponibile alla pagina https://securehomes.esat.kuleuven.be/~gacar/persistent/the_web_never_forgets.pdf.

24 Si veda il già richiamato parere: Autorità Garante per la protezione dei dati personali, parere n. 3283078 del 10.07.2014, pag. 6.

25 Raccomandazione CM/Rec(2010)13 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato di dati personali nel contesto di attività di profilazione, adottata il 23 novembre 2010. Disponibile alla seguente pagina web: <http://194.242.234.211/documents/10160/10704/1799182>, visitata il 1° ottobre 2014.

la Raccomandazione il Consiglio dei Ministri ha enunciato un pacchetto di norme minime che gli Stati membri dovrebbero avere come riferimento nel disciplinare la materia. In realtà, le regole contenute nella Raccomandazione non si discostano da quei principi già enucleati nella casistica del Garante nazionale. Anche il testo europeo si sofferma, infatti, sulla correttezza, liceità e proporzionalità della raccolta dei dati²⁶ e su un consenso che sia libero, specifico e informato²⁷.

Rilevante è, invece, la scelta di intervenire con un atto di *soft law*. Si è spesso dibattuto in dottrina sull'efficacia dei sistemi di *soft law*. Alcuni Autori hanno evidenziato che l'eccessiva solerzia degli operatori del settore nel dotarsi di codici di autoregolamentazione, ben potrebbe celare un concreto interesse a voler farsi giudici delle proprie azioni²⁸. Altri, invece, ravvisano nello spazio lasciato all'autoregolamentazione un'opportunità da rintracciare in una disciplina più attenta alle necessità del mercato²⁹. Ad ogni modo, questa scelta (di intervenire con un atto di *soft law*) adottata dall'Unione esplicita la volontà di regolare con estrema cautela il trattamento automatizzato delle informazioni. La prudenza operata in questo senso è, probabilmente, da ricondurre alla complessità delle problematiche stesse, le quali investono interessi contrapposti: da una parte l'interesse degli utenti a mantenere il controllo dei propri dati e dall'altra quello - fortissimo - degli operatori del settore, nonché quello degli stessi Governi³⁰.

2.2. La tutela della *privacy* nei *social network*

Le reti sociali, più comunemente dette *social network*, sono delle piattaforme *web* che permettono agli individui di costruire un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema di utenti³¹. In tale sistema è, spesso, data la possibilità all'uten-

26 In tal senso il punto 3.1 della richiamata Raccomandazione.

27 In tal senso il punto 3.4.b della richiamata Raccomandazione.

28 Sul tema si veda: **R. DE MEIO**, *op. cit.*, 589.

29 Di tale avviso: **G. PIEPOLI**, *Autodisciplina professionale e codici deontologici*, in *Scritti in memoria di Pietro De Vecchis*, Roma, 1999.

30 Si è già detto di come il c.d. *e-government* abbia dato il via a meccanismi di profilazione dei cittadini. A tal proposito va rilevato che la richiamata Raccomandazione riconosce agli Stati membri la possibilità di derogare alle principali regole (relative al preventivo consenso e alla informazione del soggetto interessato) qualora ciò sia necessario per la pubblica sicurezza o per la repressione dei reati (punto 6 della Raccomandazione).

31 Si veda: **M. DANAH E N. B. ELLISON**, *Social Network Sites: Definition, History and Scholarship*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 210-230, 2007.

te di articolare una lista di soggetti con i quali condividere le proprie informazioni e con i quali creare una connessione³². Gli utenti che accedono alla rete possono, fra l'altro, visualizzare le varie liste di connessione che compongono il sistema³³. In questo modo, gli utenti possono interagire con altri soggetti che nel mondo "materiale" non rientrerebbero nella propria cerchia di contatti.

Il successo dei *social network* è planetario e le aziende che detengono queste piattaforme hanno registrato volumi di crescita che sarebbero anche solo impensabili per imprese operanti «*off-line*»³⁴.

Data la loro prorompente diffusione - e il loro valore economico - è necessario soffermarsi sulle implicazioni insite nell'utilizzo di queste piattaforme. In dottrina sono state riconosciute le qualità dei *social network*, sostenendo come questi si prestino ad esser dei "luoghi" ideali dove esercitare dei diritti costituzionalmente garantiti, quali: il diritto di associazione; il diritto alla libera manifestazione del pensiero; il diritto di libertà d'iniziativa economica e via dicendo³⁵.

Al di là di tali benefici - che si potrebbero definire propri della stessa natura dei *social network* - va sottolineato anche il lato meno piacevole. Questo risiede nell'attività di raccolta delle informazioni degli utenti e nella successiva cessione delle stesse³⁶. Il modello di queste piattaforme sociali si basa, infatti, proprio sullo scam-

32 Si pensi, ad esempio, ai c.d. *friends* di Facebook (o ai c.d. *pinners* di Pinterest) ed alla rete di *following-follower* che ne consegue.

33 A questa regola generale ci sono delle eccezioni. Sul *Social network Facebook* è, ad esempio, possibile modificare le impostazioni di *privacy* e rendere visibile la propria cerchia di *amici* esclusivamente ai contatti già inseriti nella cerchia stessa.

34 Si veda il report dell'editore *Prima Comunicazione* (disponibile alla pagina web <http://www.primaonline.it/wp-content/uploads/2014/01/PR-Facebook-Ottimizzato.pdf>) redatto in occasione del decimo anniversario di Facebook. Nell'analisi emergono stime importanti, come: il numero di accessi mensili di Facebook, pari a circa 800 milioni; il numero di messaggi postati ogni venti minuti, pari a 3 milioni; il tempo medio di ogni accesso, pari a trenta minuti. Per aver un'idea della diffusione dei *social network* è, probabilmente, utile richiamare un ulteriore dato presente nel report; ovvero sia quello relativo alla diffusione dei *social* in Italia. È stimato che in Italia il 90,4% dei giovani utilizzi Internet e che il 79,8% sia presente almeno su un *social network*.

35 Si veda S. SCALZINI, *I servizi di on line social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in *Giur. merito*, 2012, 2569. L'autrice definisce i *social network* come «formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo».

36 In questa sede non ci si vuole dilungare oltre in merito alle tecniche di profilazione e si rimanda a quanto già trattato nelle pagine che precedono. È opportuno, tuttavia, aggiungere che nei giorni di redazione del presente scritto, Facebook ha annunciato delle modifiche riguardanti Atlas (uno strumento di analisi e gestione delle campagne pubblicitarie acquisito da Facebook nello scorso anno). Le tecnologie perfezionate dalla Atlas Solutions LLC vengono presentate come superiori rispetto ai *cookie* in quanto applicabili anche per i dispositivi mobili e dovrebbero, pertanto, rendere più efficaci e precise le operazioni di *profiling* degli utenti. Inoltre queste tecniche non saranno impiegate esclusivamente da Facebook, ma saranno utilizzate anche da altri *social network*. La Atlas Solutions LLC ha, infatti, già annunciato una *partnership* con la Instagram LLC per monitorare le "impressioni"

bio di *privacy* contro servizi³⁷.

Pertanto, l'avvento dei *social network* ha contribuito a mutare profondamente sia il concetto di *privacy* e sia la percezione che di questa hanno gli utenti, i quali - come si è detto - sono spesso ben disposti di cedere informazioni per ricevere servizi³⁸.

Al momento dell'iscrizione ad una piattaforma sociale, l'utente deve - solitamente³⁹ - accettare le condizioni generali di contratto e prender visione dell'informativa sulla *privacy*⁴⁰. Quest'ultima rappresenta all'utente le modalità in cui i dati che lo riguardano saranno raccolti, conservati e trattati. Ovviamente ogni informativa è diversa dall'altra, ma in ogni caso il *provider* di servizi *social* deve esser considerato responsabile del trattamento dei dati personali degli utenti e destinatario dei relativi obblighi⁴¹.

effettuate dagli utenti dell'omonimo *social network*.

37 In proposito si veda: **S. SICA E V. ZENO-ZENCOVICH**, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Dir. inf.*, 2010, 377. Gli Autori scrivono: «Per i meno ingenui dovrebbe esser chiaro che i dati personali sono una commodity - una delle principali commodities - che si scambia quotidianamente sulla rete. La maggior parte degli utenti trova questo normale e non trova nulla di male nello scambio *privacy* contro servizi».

38 In merito al mutamento del concetto di *privacy* e della sua percezione, si rimanda al paragrafo che precede. A quanto già detto, sia consentito aggiungere esclusivamente qualche indicazione su alcuni significativi elementi. Uno studio sociologico ha rilevato che: «*Adolescents have a different perception of privacy than do adults because their own sense of privacy is not fully developed...Information such as age, religion, politics, and sexual preference are not viewed as private by teenage users of social network sites...Youth see no problem in sharing personal information they consider to be superficial...instead, adults believe that adolescents are sharing more on line that adults do now or would have at their age...Both adolescents and adults with greater need for popularity and less awareness of consequences of disclosure were more likely to disclose personal information*». Si veda: **E. CHRISTOFIDES, A. MUISE, S. DESMARIS**, *Hey Mom, What's on Your Facebook? Comparing Facebook Disclosure and Privacy in Adolescents and Adults*, in *social Psychological and Personality Science*, SAGE, 2011, 49 ss.

Emblematiche sono, altresì, le conclusioni tratte da un ulteriore studio: **S. DUGUAY**, *He has a way gayer Facebook than I do: identity disclosure and context collapse on a social networking site*, in *New media & society*, SAGE, 2014. In quest'analisi l'Autrice evidenzia un *trend* inverso e avverso alla tradizionale visione di *privacy*. In particolare viene registrato l'uso dei *social network* al fine di esternare pubblicamente (e in un solo *click*) le proprie preferenze sessuali. La pratica del c.d. *coming out in a single click* affida ad un messaggio ad alta visibilità - di norma pubblicato sulla *timeline* personale dell'utente - l'annuncio della propria identità sessuale. È questo un esempio di come l'evoluzione tecnologica abbia stravolto il concetto di vita privata e abbia influito anche sulla diffusione dei dati sensibili, che, evidentemente, non vengono più percepiti come tali.

39 In alcuni casi (come per *Facebook*) le condizioni generali di contratto e l'informativa sulla *privacy* sono semplicemente resi disponibili all'utente, al quale non è richiesto l'adempimento di alcuna attività. In altri termini, per poter accedere al servizio l'utente non deve effettuare neppure la c.d. "spunta", tipica modalità che esplicita la presa visione di un documento digitale.

40 Le condizioni generali costituiscono un contratto atipico a titolo gratuito. Il *provider* non richiede, infatti, alcuna controprestazione patrimoniale, anche se è ovviamente ravvisabile un interesse di natura patrimoniale in capo allo stesso *provider*. Sul tema si veda: **P. SAMMARCO**, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del Web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010.

41 In proposito si veda: Article 29 Data Protection Working Party, parere 5/2009, sui *social network*, disponibile alla pagina <http://www.privacy.it/gruppareri200905.html>.

2.3. Impatto della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (Vito Giuseppe Liotine)

Con riferimento agli effetti sul diritto interno determinati della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, vi sono due recenti sentenze di sicura rilevanza: la sentenza *Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda* e la sentenza *Google Spain contro AEPD*.

La prima sentenza, denominata *Data Retention* dell'8 aprile 2014 è stata pronunciata nella causa *Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda*⁴² e ha sancito l'invalidità della dir. 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla conservazione dei dati personali di traffico telefonico e telematico. La Corte di Giustizia ha affermato che nessuna esigenza di sicurezza nazionale può, in uno Stato democratico, giustificare la sorveglianza di massa dei cittadini senza determinare una ingerenza sproporzionata nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata. La Corte ha infatti chiarito che, in assenza di adeguate garanzie e procedure, la sorveglianza di massa delle comunicazioni costituisce una ingerenza inaccettabile nella vita privata dei cittadini. Date queste premesse la sentenza dichiara l'invalidità della menzionata direttiva, Sul punto vale evidenziare che proprio in considerazione della poca frequenza con cui la Corte di Giustizia decide di prendere una decisione di questo tipo, la sentenza è *Data Retention* è di fondamentale importanza e non solo nella materia specifica della conservazione dei dati personali, ma anche nella più ampia prospettiva, che vede la Corte di Giustizia come giudice europeo dei diritti fondamentali.

La seconda sentenza del 13 maggio 2014, è stata pronunciata nella causa *Google Spain contro AEPD*⁴³ afferma per la prima volta l'esistenza nell'ordinamento comunitario del diritto all'oblio. Anche questa decisione ha sicuramente una portata fondamentale con conseguenze decisamente rilevante per gli *Over the Top*. La portata di questa sentenza è rappresentata dalla possibilità, rivolgendosi direttamente al motore di ricerca, qualificato come responsabile del trattamento dei dati personali, di chiedere la cancellazione, dalla lista dei risultati di ricerca, dei link che rimandano a pagine *web* contenenti informazioni personali «*inadeguate, irrilevanti o non più rilevanti*» del richiedente. Appare opportuno evidenziare, quindi, che non tutti i dati potranno essere rimossi; difatti sarà necessario effettuare un bilanciamento

42 Corte Giust. (Grande Sezione), 8 aprile 2014, nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda*.

43 Corte Giust. (Grande Sezione), 13 maggio 2014, nella causa C-131/12, *Google Spain contro AEPD*.

caso per caso tra gli interessi (confliggenti) del diritto al rispetto della vita privata e del diritto all'informazione. Se, come già riconosciuto incidentalmente dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Data Retention*, sarà il primo a dover prevalere, questo potrà essere compreso nel caso cui sussista un preponderante interesse pubblico alla conoscenza.

A una prima analisi, pur trattandosi di causa aventi ad oggetto atti normativi diversi, in entrambi i casi la Corte ha riconosciuto in più parti la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche in considerazione delle pronunce della Corte Europea dei Diritti (CEDU).

La sentenza Google Spain

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, in data 13 maggio 2014, in relazione al caso *Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (causa C-131/12).

Nel caso di specie il sig. Gonzalez proponeva reclamo all'AEPD (*Agencia Espanola de Proteccion de Datos*, il Garante Privacy spagnolo) contro il quotidiano *La Vanguardia*, Google Spain e Google Inc., sostenendo che nell'indice del motore di ricerca di Google fossero presenti *link* al quotidiano *La Vanguardia*, nelle cui pagine era presente un annuncio che includeva il nome del sig. Gonzalez per la vendita all'asta di immobili in relazione ad un pignoramento. Il Sig. Gonzalez evidenziando che il pignoramento era stato definito e quindi il debito corrispondente era stato pagato, chiedeva di ordinare al quotidiano di eliminare le pagine o a Google di rimuovere i propri dati affinché non risultassero più nei risultati del motore di ricerca. L'AEPD decideva sul reclamo in modo alternativo; da un lato respingeva il reclamo nei confronti del quotidiano, in quanto la pubblicazione delle informazioni era avvenuta su ordine del Ministero del Lavoro con lo scopo di conferire pubblicità alla vendita pubblica, dall'altro ordinava a Google la rimozione dei dati.

Google quindi, proponeva ricorso alla Corte Suprema Spagnola (*l'Audiencia Nacional*), che sollevava di fronte alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali e segnatamente: (i) l'applicabilità della dir. 95/46/CE sulla protezione dei dati personali a fornitori di servizi come Google e (ii) il diritto all'oblio dei soggetti cui i dati personali si riferiscono.

In prima battuta, la sentenza in esame chiarisce che costituisce «*trattamento di dati personali*» l'attività di un motore di ricerca che consiste nel trovare informazioni

pubblicate o inserite da terzi su Internet, indicizzarle in modo automatico, memorizzarle temporaneamente e, quindi, metterle a disposizione degli utenti di Internet, sempreché tali informazioni contengano dati personali. Sul punto, innovativa è la posizione della Corte che, a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato generale, chiarisce che il gestore del motore di ricerca deve essere considerato quale «titolare» del trattamento, in quanto ne determina strumenti e finalità.

La Corte, inoltre, coglie l'occasione per esaminare l'ambito di applicazione territoriale della disciplina europea sulla protezione dei dati personali, riconoscendo che Google Spain è una filiale spagnola della statunitense Google, Inc., e pertanto deve parlarsi di "stabilimento" ai sensi della dir. 95/46/CE. Sul punto, infatti, la Corte chiarisce che, quando dati personali vengono trattati per le esigenze di un motore di ricerca gestito da un'impresa che, sebbene situata in uno Stato terzo, è stabilita in uno Stato membro, il trattamento viene effettuato «*nel contesto delle attività*» di tale stabilimento, ai sensi della Direttiva, qualora quest'ultimo sia destinato ad assicurare, nello Stato membro in questione, la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti sul motore di ricerca al fine di rendere redditizio il servizio offerto da quest'ultimo.

La Corte, poi, viene ad esaminare le due questioni sottoposte dal giudice *a quo* spagnolo e, in primo luogo, stabilisce che il soggetto che gestisce un motore di ricerca, dall'elenco di risultati a seguito di una ricerca che include il nome di una persona, è obbligato a sopprimere, i *link* verso pagine pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, a prescindere dalla circostanza che il nome dell'interessato o le altre informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* in questione, e quindi, come nel caso di specie, quando la loro pubblicazione sia legittima.

In secondo luogo la Corte di Giustizia si esprime circa la portata del «diritto all'oblio» degli interessati. Sul punto la Corte chiarisce che anzitutto è opportuno verificare, se l'interessato abbia il diritto a ottenere che le informazioni che lo riguardano non vengano più, allo stato attuale, collegate al suo nome, a partire da una lista di risultati della ricerca effettuata a partire dal suo nome. In caso affermativo, allora i *link* verso le pagine che contengono queste informazioni devono essere cancellati dall'elenco dei risultati di ricerca, salvo il caso in cui vi siano particolari ragioni, derivanti, a titolo esemplificativo, dal ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica e quindi legittimano l'interesse - in questo caso prevalente - del pubblico ad

accedere/conoscere tali informazioni. Il carattere innovativo di questa sentenza è rappresentato anche dall'affermazione, da parte della Corte, circa le modalità di esercizio del diritto all'oblio, precisando che il soggetto interessato può rivolgersi direttamente al gestore del motore di ricerca (anche quando nessun ordine di rimozione sia stato formulato nei confronti del gestore del sito) che deve in tal caso procedere ad un debito esame della loro fondatezza. In caso di mancato riscontro a tali richieste, l'interessato potrà adire l'Autorità Garante nonché o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie ed eventualmente ordinino al gestore l'adozione di precise misure.

La sentenza Data Retention

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, in data 8 aprile 2014, in relazione al caso *Digital Rights Ireland Ltd contro Irlanda* (cause riunite C-293/12 e C-594/12).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale presentato sia dalla *High Court* irlandese sia dalla *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale austriaca) in merito proprio alla validità della dir. 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla conservazione dei dati personali di traffico telefonico e telematico, con particolare riferimento ai diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali, entrambi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, la *High Court*, nello specifico, era stata chiamata a risolvere una controversia relativa alla legittimità delle misure nazionali irlandesi relative alla conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche tra la società *Digital Rights Ireland*, da una parte, e il Ministero per le comunicazioni, la marina e le risorse naturali, il Ministero per la giustizia, la parità e le riforme giuridiche, il Commissario del *Garda Síochána* (il corpo di polizia irlandese) e l'Avvocatura Generale, dall'altra parte. La Corte Costituzionale austriaca, invece, è stata chiamata ad affrontare numerosi ricorsi proposti per ottenere l'annullamento della disciplina nazionale di recepimento.

Appare opportuno richiamare che lo scopo della dir. 2006/24/CE consiste nell'armonizzazione delle normative interne degli Stati membri relative alla conservazione dei dati generati o trattati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. In particolare, la ritenzione dei dati, deriva dall'esigenza di garantire che i dati siano disponibili ai fini della

prevenzione, individuazione e perseguimento di gravi reati, quali, a titolo esemplificativo, terrorismo e reati di criminalità organizzata. Pertanto la direttiva prevede che i fornitori siano tenuti a conservare i dati di traffico e localizzazione nonché i dati necessari all'identificazione dell'utente, ma allo stesso tempo non consente che i contenuti della comunicazione o dell'informazione consultata possano essere conservati.

La Corte di Giustizia, nella sentenza in commento, ha osservato i dati oggetto della *retention* consentono di conoscere l'identità della persona e, nel complesso, possono fornire informazioni molto precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono conservati, come ad esempio le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di residenza, i movimenti, le attività svolte, le relazioni sociali e gli ambienti frequentati. In merito a ciò, la Corte di Giustizia chiarisce che la direttiva interferisce in modo sproporzionato con i diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali nella parte in cui impone la conservazione di tali dati e consente alle autorità nazionali competenti di accedere a tali dati. Questa circostanza, infatti, rischia di determinare degli interessati una sorta di soggezione a una costante sorveglianza dei propri dati.

Partendo dal presupposto che gli obiettivi di interesse generale della pubblica sicurezza e del contrasto alle gravi forme di criminalità appaiono soddisfatti da un sistema di conservazione dei dati e di successiva trasmissione alle autorità nazionali competenti, la Corte di Giustizia evidenzia che, con l'adozione della direttiva sulla conservazione dei dati, i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità siano stati oltrepassati. Infatti, riconosce la Corte, che l'ampia e gravosa interferenza della direttiva con il diritto fondamentale alla vita privata, non è tuttavia sufficientemente circoscritta così da assicurare che tale intervento fosse effettivamente limitato a quanto strettamente necessario, e quindi proporzionale. La direttiva, secondo la Corte:

- riguarda, senza operare alcuna distinzione, limitazione o eccezione, tutti gli individui tutti i mezzi di comunicazione elettronica e tutti i dati di traffico;
- non stabilisce alcun criterio oggettivo in base al quale sia garantito che le autorità nazionali competenti abbiano accesso ai dati e li possano usare solo ai fini della prevenzione, accertamento o procedimenti penali riguardanti reati. Al contrario, si riferisce semplicemente in un modo generale a reati gravi, così come individua-

ti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione domestica;

- impone un periodo di conservazione dei dati di almeno sei mesi, senza fare alcuna distinzione tra le categorie di dati sulla base della loro utilità in relazione all'obiettivo perseguito. Tale periodo è individuato tra un minimo di sei mesi e un massimo di 24 mesi, ma la direttiva non indica i criteri oggettivi in base ai quali il periodo di conservazione debba essere limitato a quanto strettamente necessario.

Pertanto la Corte ha ritenuto che la suddetta direttiva:

- non prevede sufficienti garanzie per assicurare l'effettiva protezione dei dati contro il rischio di abusi e contro qualsiasi accesso illegale e conseguente utilizzo indebito dei dati;
- permette ai provider di determinare il livello di sicurezza sulla base di considerazioni di carattere economico (in particolare per quanto riguarda i costi di attuazione delle misure di sicurezza;
- non garantisce la distruzione irreversibile dei dati al termine del loro periodo di conservazione;
- non impone la conservazione dei dati all'interno del territorio dell'Unione.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE

(Vito Giuseppe Liotine - Sara Mercuri)

SOMMARIO: 1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEL CONTESTO EUROPEO DEI REGOLATORI INDIPENDENTI - 2. UNA POSSIBILE INNOVAZIONE: LA PROPOSTA DEL BILL OF RIGHTS. - 3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: LE RIFORME PROPOSTE/APPROVATE DALLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE. - 3.1. LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.

1. IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEL CONTESTO

La l. 675 del 31 dicembre 1996, in attuazione della dir. 95/46/CE, ha istituito un'Autorità amministrativa indipendente: il Garante per la protezione dei dati personali⁴⁴. I compiti del Garante sono definiti principalmente dal Codice in materia dei dati personali e dalla disciplina europea⁴⁵.

La funzione dell'Autorità è assicurare il corretto trattamento dei dati che riguardano l'individuo e monitorare il rispetto di quei diritti posti a tutela della *privacy*. Il Garante opera in un contesto che travalica i confini nazionali e rilevante è, pertanto, la cooperazione tra il Garante, il Garante europeo della protezione dei dati⁴⁶ e le altre autorità nazionali (europee e non) garanti per la protezione dei dati personali⁴⁷.

A mero titolo esemplificativo dell'attività di cooperazione posta in essere dal Garante si indica l'operazione svolta all'interno del *Global Privacy Enforcement Network (GPEN)*, rete internazionale nata per rafforzare la cooperazione tra ventotto Autorità della *privacy* di diversi Paesi, fra cui anche il garante italiano e il GEPD. In particolare, recentemente, il Garante ha avuto modo di prender parte attivamente a un'analisi promossa dal *GPEN*. Tale analisi aveva l'obiettivo di fotografare in che misura trovano tutela i dati personali forniti per l'utilizzo di *app* mediche⁴⁸.

44 D'ora in avanti definito semplicemente "Garante" o "Autorità".

45 D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice in materia di dati personali.

46 In prosieguo semplicemente "GEPD". Il compito del GEPD è garantire il rispetto della vita privata all'interno dell'Unione europea. In particolare, il GEPD svolge funzioni di: supervisione, consultazione e cooperazione. Il GEPD ha, infatti, il compito di: a) supervisionare l'operato dell'amministrazione dell'UE in riferimento al trattamento dei dati personali; b) svolgere una funzione consultiva per la Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio sulle proposte di nuova legislazione che incidano sulla protezione dei dati; c) cooperare con le Autorità nazionali degli Stati membri.

47 La cooperazione fra le autorità garanti per la protezione dei dati personali dei diversi Stati membri dell'UE è organizzata intorno al Gruppo di lavoro dell'art. 29. Di ciò si tratterà più avanti, ma è opportuno in questa sede accennarne, quantomeno, alle sue funzioni per comprendere il livello di cooperazione europea in tema di tutela dei dati personali. Fra i compiti del Gruppo di lavoro dell'art. 29 si annoverano le seguenti attività: a) esaminare le questioni attinenti all'applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva; b) formulare pareri sul livello di tutela nell'UE e nei Paesi terzi; c) consigliare la Commissione in merito ad ogni progetto di modifica della disciplina in vigore e a qualsiasi altro progetto di misure comunitarie volte ad incidere sulla tutela dei dati personali; d) formulare pareri sui codici di condotta elaborati a livello comunitario; e) formulare di propria iniziativa raccomandazioni su qualsiasi questione riguardi la protezione dei dati personali nella Comunità; f) definire i criteri di adeguatezza per i Paesi terzi; g) informare la Commissione di eventuali divergenze tra le legislazioni degli Stati membri che possano pregiudicare l'equivalenza della tutela preposta.

48 Il mercato del *Mobile Health* è in notevole crescita. Stando ai dati raccolti nel report *Mobile Health Market Report 2013-2017* (redatto ad opera di *Research2guidance* e disponibile per l'acquisto alla pagina: <http://www.research2guidance.com/shop/index.php/mhealth-report-2>, visitata il 10 settembre 2014), oggi sono circa 97.000 le *health app* disponibili negli store dedicati a *smartphone* e *tablet*. Viene stimato che il prossimo anno 500 milioni di utenti utilizzeranno sul proprio dispositivo applicazioni *health*. È un dato importante visto che queste *app*

Il Garante ha esaminato più di 1200 applicazioni mediche presenti nelle varie piattaforme (*Play Store*, *App Store* e *Windows Phone App Store*) per verificare il rispetto della normativa italiana sulla protezione dati personali. Da tali controlli si è accertato che gli utenti non sono adeguatamente tutelati. Solo il 15% delle *app* analizzate dispone di un'informativa sul trattamento dei dati personali e nella maggior parte dei casi (il 59% di queste *app*) l'utente è messo in condizione di poter prender visione dell'informativa solo dopo aver installato l'applicazione sul proprio dispositivo. Inoltre, nel 43% dei casi l'informativa è redatta con caratteri estremamente piccoli che rendono difficile, se non impossibile, la lettura⁴⁹. Dunque, nella maggior parte dei casi gli utenti delle *health app* non hanno la possibilità di esprimere un consenso libero e informato; cosa che, invece, sarebbe ancor più importante, stando anche alla natura sensibile dei dati che queste applicazioni sono solite raccogliere⁵⁰.

L'analisi ora descritta è significativa nell'evidenziare il valore delle cooperazioni fra le Autorità. Lo sviluppo tecnologico ha, di fatto, dato agli utenti la possibilità di agire in un unico ambiente che non conosce limiti territoriali. Ciò ha reso - e rende - indispensabile la collaborazione fra le Autorità e la coordinazione delle stesse al fine di assicurare agli utenti un set minimo - e unitario - di tutele.

2. UNA POSSIBILE INNOVAZIONE: LA PROPOSTA DEL *BILL OF RIGHTS* (SARA MERCURI)

Da un'iniziativa della Presidente della Camera, Laura Boldrini, è nata nel mese di luglio del corrente anno una Commissione di studio incaricata di elaborare principi e linee guida in tema di garanzie, diritti e doveri per l'uso di *Internet*⁵¹.

Il lavoro della Commissione, dunque, è finalizzato alla redazione di un testo, già de-

sono spesso (nel 30% dei casi) abbinate a *device* quali braccialetti, *smartwatch* e dispositivi di vario genere capaci di far interagire gli utenti con le apposite applicazioni. La crescita di questo settore *mobile* andrà, dunque, ad incidere anche sullo sviluppo del mercato di questi prodotti connessi.

49 I risultati di questi controlli effettuati dal Garante sono riportati riassuntivamente in questa pagina: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3374906> (visitata il 10 settembre 2014).

50 Le applicazioni mediche, per loro stessa natura, possono raccogliere dati riguardanti patologie, stati di salute e stili di vita.

51 La Commissione è composta da ventitré membri di cui dieci parlamentari e tredici esperti del settore. È previsto che i primi risultati del lavoro della Commissione siano esposti in Parlamento già per la metà di ottobre 2014. Sul modello del *Marco Civil* brasiliano - di cui si dirà più avanti - è stata aperta una consultazione pubblica per raccogliere le proposte dei cittadini. Si veda la piattaforma *CIVICLinks* alla pagina <http://camera.civi.ci/>.

nominato «*Bill of Rights*», che possa regolamentare la rete sulla scia dell'esperienza brasiliana del *Marco Civil*⁵². Questa è stata definita come un modello legislativo positivo per tutti quei Paesi che intendono stabilire i principi, le garanzie, i diritti e i doveri per l'uso della rete⁵³.

Il *Marco Civil* riconosce espressamente non soltanto il diritto di accesso ad *internet*⁵⁴, ma individua anche tale diritto come essenziale per l'esercizio della cittadinanza⁵⁵. La rete viene definita come "mondiale" andando, in questa prospettiva, a dare maggior risalto alle garanzie riconosciute, poste a fondamento della libertà di espressione, comunicazione e manifestazione del pensiero⁵⁶. Il testo brasiliano si focalizza nell'individuare un pacchetto di linee guida che possano costituire una solida base di partenza per una futura e più incisiva regolamentazione. L'intento della Commissione di studio italiana sembra non discostarsi dall'obiettivo raggiunto in Brasile con il *Marco Civil*. Deve esser considerata emblematica, infatti, anche la scelta del termine «*Internet Bill of Rights*». Questo indica la volontà di delineare un testo che individui i principi fondamentali dell'utilizzo della rete con lo scopo di indirizzare successive normative e non di esser, esso stesso, disciplina stringente del settore.

La ragione di ciò va, probabilmente, individuata nella stessa natura di *internet* che, in quanto ambiente eterogeneo, non si presta a una regolamentazione unitaria capace di organizzare tutte le implicazioni proprie della rete.

Sarà interessante, pertanto, monitorare i risultati della Commissione di studio, con l'auspicio che un set di principi fondamentali di utilizzo del *web* possa esser presto condiviso con tutti i Paesi digitalizzati e democratici.

52 I. 12.965, 23 aprile 2014, disponibile alla pagina: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm.

53 In tal senso: B. PELLOT, *Hope on the Horizon?*, in *Index on Censorship*, 2013. L'Autore evidenzia anche la possibilità che la diffusione di testi normativi sull'utilizzo della rete riesca a contrastare la divisione geopolitica in merito alla libertà di utilizzo di *internet*. Paesi come la Cina, la Russia e l'Iran sono impegnati da sempre in politiche di repressione e censura del *web*, in contrapposizione con quanto, invece, avviene nei Paesi europei ed occidentali in genere. Sul punto si veda anche: K. HUGHES, *Global View*, in *Index on Censorship*, 2014.

54 L'art. 4 del *Marco Civil* dispone che la disciplina d'uso di *internet* mira a promuovere il «*direito de acesso à internet a todos*».

55 In tal senso l'art. 7 del *Marco Civil*, dove si legge: «*O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania*».

56 Così gli artt. 2 e 3 del *Marco Civil*.

3. IL PRECIPITATO DEL COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: LE RIFORME PROPOSTE/APPROVATE DALLE ISTITUZIONI DELL'UNIONE (VITO GIUSEPPE LIOTINE)

3.1. La Proposta di Regolamento generale sulla protezione dei dati personali

La Commissione europea, il 25 gennaio 2012, ha proposto un pacchetto legislativo composto da una Proposta di Regolamento (COM(2012)0011 - C7-0025/2012 - 2012/0011(COD)) e una Proposta di Direttiva concernente il trattamento dei dati personali, al fine di superare la normativa attuale che risale al 1995 (dir. 95/46/CE). La Commissione competente del Parlamento europeo (Libe - Libertà civili, giustizia e affari interni) ha votato il 21 ottobre 2013 gli emendamenti al testo della proposta di Regolamento (emendamenti artt. 1-29; emendamenti artt. 30-91) presentata dalla Commissione europea il 25 gennaio del 2012, dopo oltre 20 mesi di intenso dibattito nei quali sono stati presentati più di 3000 emendamenti.

Il Consiglio auspica il raggiungimento di un accordo generale entro la fine della Presidenza italiana dell'UE (dicembre 2014).

Il testo più aggiornato della proposta presenta la principale modifica relativa all'art. 17 è stato modificato nel senso prevedendo un generale diritto alla cancellazione. Sul punto la proposta prevede che l'interessato abbia il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione di dati personali che lo riguardano, la rinuncia alla loro diffusione e dai terzi la cancellazione di qualsiasi *link*, copia o riproduzione di tali dati, nei seguenti casi:

- a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;
- b) l'interessato revoca il consenso su cui si fonda il trattamento oppure il periodo di conservazione dei dati autorizzato è scaduto e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati;
- c) l'interessato si oppone al trattamento di dati personali;
- d) un tribunale o autorità di regolamentazione dell'Unione ha deliberato in maniera definitiva e assoluta che i dati in questione devono essere cancellati;

e) i dati sono stati trattati illecitamente.

Il titolare del trattamento deve predisporre meccanismi per assicurare il rispetto dei termini fissati per la cancellazione dei dati personali e/o per un esame periodico della necessità di conservare tali dati e quando provvede alla cancellazione, si astiene da altri trattamenti di tali dati personali.

Il titolare del trattamento e, se del caso, i terzi, tuttavia, nei casi previsti dalla stessa proposta, possono conservare i dati personali per garantire l'esercizio del diritto alla libertà di espressione, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica, per adempiere un obbligo legale di conservazione di dati personali previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui il titolare del trattamento è soggetto.

Inoltre è introdotta l'opzione di scelta secondo cui i titolari del trattamento anziché provvedere alla cancellazione, potrà limitare il trattamento dei dati personali in modo tale che non siano sottoposti al normale accesso e alle operazioni di trattamento e che non possano più essere modificati nei casi in cui:

- a) l'interessato ne contesta l'esattezza, per il periodo necessario ad effettuare le opportune verifiche;
- b) benché non ne abbia più bisogno per l'esercizio dei suoi compiti, i dati devono essere conservati a fini probatori;
- c) il trattamento è illecito e l'interessato si oppone alla loro cancellazione e chiede invece che ne sia limitato l'utilizzo;
- d) un tribunale o autorità di regolamentazione dell'Unione ha deliberato in maniera definitiva e assoluta che i dati in questione devono essere limitati;
- e) l'interessato chiede di trasmettere i dati personali a un altro sistema di trattamento automatizzato;
- f) la particolare tecnologia di memorizzazione non consente la cancellazione ed è stata installata prima dell'entrata in vigore del regolamento.

La limitazione del trattamento ammette che i dati personali potranno essere trattati, salvo che per la conservazione, soltanto a fini probatori o con il consenso dell'in-

interessato oppure per tutelare i diritti di un'altra persona fisica o giuridica o per un obiettivo di pubblico interesse. In questi casi il titolare del trattamento è tenuto a fornire compiuta informativa all'interessato prima di eliminare la limitazione al trattamento.

La violazione delle norme - anche in materia di diritto alla cancellazione - sarà pesantemente sanzionata: attualmente sono previste multe fino a 100 milioni di euro o fino al 5% del fatturato mondiale annuo (si applicherebbe la sanzione più gravosa delle due) del titolare del trattamento.



Consob

CONSOB

(Alessandro Lomoro - Caterina Pistocchi - Clara Sgobbo)

Lo scritto, nella sezione discendente, affronta il tema dei recenti, vasti interventi attraverso i quali il legislatore dell'unione europea, all'esito di un complesso processo di revisione della disciplina introdotta con la direttiva Mifid, ha ridisegnato i principi e le regole della tutela del consumatore-investitore sui mercati finanziari. Il nuovo «pacchetto» normativo, composto da una direttiva (Mifid 2) e da un regolamento (Mifir), e preceduto da significative innovazioni «strutturali» sulla disciplina dei mercati (regolamento Emir), da un lato rispecchia l'esigenza di colmare le lacune emerse dall'esperienza applicativa della Mifid e rese più profonde e allarmanti dal trascinarsi della crisi finanziaria; dall'altro lato, riflette una nuova metodologia di azione dei soggetti produttori di diritto del contesto UE, più incisiva e pervasiva rispetto al passato, anche se segnata da possibili aree di attrito fra fonti parallele. Dopo uno sforzo di contestualizzazione, si mettono in luce gli aspetti del movimento legislativo preso in analisi più direttamente legati ai profili consumeristici: in particolar modo, si legge, assieme agli elementi di più immediata novità, una tendenziale continuità di fondo nei temi e nei problemi aperti, che continuano a sollecitare soluzioni sempre più avanzate all'interno degli ordinamenti europei.

Nella seconda parte del lavoro (fase ascendente), invece, si illustra il rapporto intercorrente, in punto di tutela dell'investitore, tra la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob e le recenti iniziative di educazione finanziaria, volte a favorire quest'ultimo, mediante l'analisi del progetto di adozione della «Carta degli investitori».

SOMMARIO: SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE (CATERINA PISTOCCHI - CLARA SGOBBO): 1. MIFID2 E MIFIR: FRA LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA E PROSPETTIVE DI CONTINUITÀ (CLARA SGOBBO) - 1.1. INTRODUZIONE - 1.2. LA TUTELA DELL'INVESTITORE FINANZIARIO E LA REGOLAMENTAZIONE DEI MERCATI: DALLA DISCIPLINA NAZIONALE AI PRIMI INTERVENTI COMUNITARI - 1.3. DAL T.U.F. ALLA MIFID: CAMBIO DI PROSPETTIVA NELL'AZIONE DEL LEGISLATORE EUROPEO - 1.4. IL REGOLAMENTO EMIR: RINNOVATE REGOLE STRUTTURALI - 1.5. MIFID2 E MIFIR: IL "FRONTE AVANZATO" DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA NELLA DISCIPLINA DEI MERCATI FINANZIARI - 2. MIFID2 E MIFIR: QUO VADIS? (CATERINA PISTOCCHI) - 2.1. PREMESSE DI METODO E

INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE - 2.2. LIMITI E LACUNE DELLA NORMATIVA ANTECEDENTE (CENNI) - 2.3. LA TUTELA DELL'INVESTITORE-CLIENTE NELL'OTTICA DELLA NUOVA MIFID 2: I PRINCIPI - 2.3.1. I SISTEMI ORGANIZZATI DI NEGOZIAZIONE - 2.3.2. I PRODOTTI FINANZIARI - 2.3.3. LA CONSULENZA INDIPENDENTE - 2.3.4. GLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE ALLA CLIENTELA - 2.4. *SEGUE*: I PROBLEMI - 2.5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. **SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE (ALESSANDRO LOMORO)**: LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB E IL PROGETTO "CARTA DEGLI INVESTITORI" - 1.1. LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB: PREMESSE D'INDAGINE. - 2. LE ADRS DI NATURA ECONOMICO-FINANZIARIA NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE: L'ESIGENZA DI PROTEZIONE DELL'INVESTITORE E IL RUOLO DELLE C.D. "NORME DI CONDOTTA" DEGLI INTERMEDIARI. - 2.1. *SEGUE*. IL CONFRONTO CON L'ESPERIENZA EUROPEA. - 3. L'OPERATIVITÀ DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO: ANALISI DEI PROFILI DI CRITICITÀ. - 4. LA RIFORMA DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO E IL RUOLO DEL PROGETTO "CARTA DEGLI INVESTITORI": OBIETTIVI E SPUNTI DI RIFLESSIONE.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

(Caterina Pistocchi - Clara Sgobbo)

1. MIFID2 E MIFIR: FRA LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA E PROSPETTIVE DI CONTINUITÀ (CLARA SGOBBO)

SOMMARIO: 1.1. INTRODUZIONE - 1.2. LA TUTELA DELL'INVESTITORE FINANZIARIO E LA REGOLAMENTAZIONE DEI MERCATI: DALLA DISCIPLINA NAZIONALE AI PRIMI INTERVENTI COMUNITARI - 1.3. DAL T.U.F. ALLA MIFID: CAMBIO DI PROSPETTIVA NELL'AZIONE DEL LEGISLATORE EUROPEO - 1.4. IL REGOLAMENTO EMIR: RINNOVATE REGOLE STRUTTURALI - 1.5. MIFID2 E MIFIR: IL "FRONTE AVANZATO" DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA NELLA DISCIPLINA DEI MERCATI FINANZIARI.

1.1. Introduzione

Il 15 aprile 2014 il Parlamento Europeo ha approvato la dir. 2014/65/UE (c.d. direttiva MIFID II - «*Markets in Financial Instruments Directive*») ed il Reg. 600/2014 (c.d. Regolamento Mifir - «*Markets in Financial Instruments Regulation*»)¹; i due testi legislativi, la cui proposta era stata portata all'attenzione del Parlamento Europeo dalla Commissione UE nel 2011, rappresentano il frutto di un processo di revisione avviato nel 2010 e reso sempre più indispensabile a seguito dell'approfondirsi della crisi finanziaria, che ha preso avvio nell'ormai non più vicinissimo 2008.

Entro la data del 3 luglio 2016 gli Stati membri dovranno aver adottato tutte le

1 I due testi sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale Europea del 12 giugno 2014.

disposizioni legislative utili e necessarie per perseguire gli obiettivi posti dalla direttiva; dalla data del 3 gennaio 2017 decorrerà l'applicazione di tali disposizioni ed entrerà, contestualmente, in vigore il Regolamento Mifir.

Fra le principali linee prospettiche attorno alle quali possono essere raggruppate le novità introdotte dalla MIFID II e dal regolamento Mifir², tre sono quelle maggiormente evidenti: i) il potenziamento della tutela degli investitori; ii) l'ampliamento dell'ambito applicativo rispetto ai precedenti interventi di armonizzazione, che si traduce, principalmente, in iii) un rinnovamento nella disciplina dei mercati.

Ai fini specifici di questa breve trattazione, verrà considerato principalmente quanto sub i); occorre però fin d'ora premettere che anche le nuove regole in tema di mercati - con l'ampliamento, ad esse connesso, dello *scope* della disciplina, punti ii) e iii) - si riverberano sulla protezione giuridica del consumatore finanziario, dal momento che, come si avrà modo di dire in prosieguo, essi si traducono principalmente in un rafforzamento delle sedi di negoziazione regolamentate, "ambienti", come è agevole intuire, che presentano rischi minori per la clientela (specie quella *retail*).

Si tratta, in generale, di direttrici d'intervento che, tutte, possono dirsi ormai familiari agli operatori e alla dottrina: apportando un significativo cambiamento in termini di meccanismi d'intervento (nonché uno slancio in termini di incisione sul quadro delle fonti, come meglio si vedrà nel prosieguo di questa breve introduzione), la MIFID II e il regolamento "gemello", assieme con il regolamento EMIR (di poco precedente - 2012), proseguono un processo di legificazione e creazione di una regolamentazione unificata a livello europeo che, seppur tumultuoso e caratterizzato da tempi spesso dettati dalla contingenza del quadro economico e finanziario, ha ormai dei *leitmotiv* ben riconoscibili, le cui prime manifestazioni possono farsi risalire a diversi decenni addietro.

2

Cfr. in tal senso G. BONANTE e M. GALLICCHIO, in www.dirittobancario.it, febbraio 2014, 1.

1.2. La tutela dell'investitore finanziario e la regolamentazione dei mercati: dalla disciplina nazionale ai primi interventi comunitari

È noto come in Italia la disciplina dell'intermediazione e del mercato finanziario, originariamente riguardante la sola organizzazione delle Borse e gli intermediari ammessi alle negoziazioni, abbia ampliato il proprio campo di applicazione solo negli anni '70, a seguito dell'istituzione della Commissione Nazionale per le società e la borsa - CONSOB³; a partire da quel momento, infatti, viene data alla disciplina del mercato mobiliare non necessariamente connessa o correlata con l'attività di borsa considerazione normativa specifica; è da qui che può individuarsi il momento in cui il legislatore ha iniziato a manifestare il proprio interesse nei confronti della raccolta del risparmio per fini di investimento mobiliare, introducendo strumenti di tutela dell'investitore, primi fra tutti gli obblighi di trasparenza e di informazione gravanti sugli emittenti quotati⁴.

La disciplina dei servizi di investimento e, nello specifico, per quel che in questa sede ci compete, la disciplina della tutela dell'investitore è, dunque, una normativa relativamente "giovane"; tuttavia, il tentativo di creare un adeguato livello di armonizzazione, il variare dei contesti sociali, il verificarsi di significative crisi sui mercati finanziari e, di conseguenza, la ricerca di sempre nuove e più incisive forme di tutela hanno determinato, nell'arco di quarant'anni, un violento processo di crescita e di trasformazione dell'intervento del legislatore, che ha dato luogo a quello che è stato definito, da autorevole dottrina⁵, un vero e proprio «*diluvio legislativo*».

Ma, a segnare il vero punto di irreversibile svolta nella disciplina dei mercati finanziari, è stato senz'altro l'avvio di un fenomeno sempre più imponente di trasposizione in sede sovranazionale degli impulsi di regolamentazione.

3 Avvenuta con la l. 7 giugno 1974, n. 216

4 A tal riguardo si pensi, ad esempio, alla l. 23 febbraio 1977, n. 49 che istituisce il mercato ristretto; la l. 23 marzo 1983, n. 77 che amplia le attività di controllo riservate alla Consob in materia di sollecitazione del pubblico risparmio; la l. 23 marzo 1983 n. 77 che introduce in Italia i fondi comuni di investimento segnando l'ingresso dei primi investitori "qualificati"; la l. 2 gennaio 1991 n. 1 che introduce la prima disciplina organica delle attività di intermediazione svolte su mercato mobiliare e che introdurrà, tra le altre cose, nell'ordinamento pervasive regole volte alla tutela dell'investitore; il d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 4 che disciplina le SICAV arricchendo il panorama degli investitori istituzionali; la l. 17 maggio 1991, n. 157 che introduce la disciplina dell'insider trading ampliando gli obblighi di informazione e di comunicazione al pubblico da parte degli emittenti quotati e rivoluzionando il sistema introdotto dalla l. 7 giugno 1974, n. 216.

5 G. MINERVINI, cit. in nota 16 in F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 2014, VII ed., Torino, 12.

L'atto iniziale di tale processo va cercato nell'emanazione della dir. 93/22/CEE (*Investment Services Directive*), relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, disciplina che ha avuto il pregio di introdurre il principio di mutuo riconoscimento degli intermediari, e della dir. 93/6/CEE, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi. Il recepimento di questi due provvedimenti normativi ha dato occasione al legislatore italiano di rivedere e rideterminare la disciplina del mercato mobiliare, avendo come obiettivo quello di supportare la crescita e lo sviluppo del mercato finanziario italiano. Risultato di questo sforzo è stato, nel giro di qualche anno, il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

1.3. Dal T.U.F. alla Mifid: cambio di prospettiva nell'azione del legislatore europeo

A seguito dell'emanazione della dir. 93/22 e del T.u.f. si è assistito ad una accelerazione del processo di trasformazione del mercato europeo dei capitali: a solo titolo esemplificativo si consideri che nel decennio che va dal 1993 al 2003 la capitalizzazione del mercato azionario è triplicata, il mercato dei *bond* si è raddoppiato e il numero dei contratti derivati è aumentato in maniera esponenziale⁶.

Il tentativo di tenere il passo con la vorticoso evoluzione dei mercati si è tradotto in nuovi stimoli normativi in rapida successione: così, si è giunti ad una disciplina che riscriveva quella - ormai non più congrua - della *Investment Services Directive*, andando al contempo alla ricerca di un nuovo approccio.

L'esigenza di garantire - in un contesto economico e sociale in rapido mutamento - una maggiore tutela per gli investitori e degli strumenti di protezione più efficaci non era, senz'altro, rimasta ignota al legislatore comunitario fin dai primi interventi; originariamente, però, lo scopo essenziale e primario era stato quello di assicurare l'applicazione ed il funzionamento del principio del mutuo riconoscimento, conformemente ad una strategia di lungo periodo la cui meta principale doveva essere la creazione di un mercato unico. Come diretta conseguenza in punto di tecnica nor-

⁶ Cfr. in tal senso S. MEUCCI, *La protezione dell'investitore nel quadro dei più recenti interventi comunitari: la proposta di direttiva MiFID 2 ed il regolamento Emir*, in *Persona e Mercato*, 2013, 322 ss.

mativa prescelto, si era quindi adottata un'impostazione improntata sul principio di "armonizzazione minima"⁷.

Questa impostazione si era però, negli anni, rivelata fallimentare: era emerso come il grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali si andasse, al postutto, rivelando piuttosto modesto mentre si continuavano - nei vari paesi membri - a dettare regole e *standard* diversificati che ledevano l'intento di armonizzazione comunitario, perpetuando e moltiplicando i fenomeni di c.d. «*ring fencing*»⁸.

Conseguentemente, il legislatore europeo - operando una compressione dell'autonomia lasciata ai legislatori nazionali - ha preso ad adottare interventi sempre più incisivi ed ingerenti, la cui portata innovativa sostanziale si è manifestata con evidenza, sia attraverso l'ampliamento delle materie incise dal diritto comunitario, sia attraverso un accrescimento dello strumentario giuridico impiegato dal legislatore UE.

Questa metodologia d'azione del legislatore comunitario è comunemente designata con l'espressione «*procedura Lamfalussy*»⁹, dal nome, appunto, di Alexandre Lamfalussy, accademico (e poi banchiere centrale) di origine ungherese, presidente del comitato di "saggi" che, fra il 2000 e gli inizi del 2001, era stato insediato dal Consiglio europeo con il compito di mettere a punto una nuova strategia di intervento comune sui mercati finanziari¹⁰. La procedura si incentra essenzialmente su uno schema incardinato su quattro livelli:

Il primo livello è quello che riguarda la formulazione dei «principi quadro», e si concretizza nell'emanazione di una direttiva approvata dal Consiglio del Parlamento.

Il secondo livello è rappresentato dalle misure di attuazione della Direttiva approvate dalla Commissione europea: mediante tale strumento, si sarebbe consentita una maggiore flessibilità nell'adottare le misure necessarie per implementare a livello operativo quanto deciso a livello primario.

7 Cfr. in tal senso anche F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014, 15.

8 Cfr. R. COSTI e L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, VII, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, 23 ss. sul tema delle ragioni addotte in favore di un'armonizzazione della disciplina dei mercati finanziari.

9 Per una più ampia disamina dell'argomento cfr. anche F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, 16 ss.; F. CIRAULO, *Il processo d'integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, 415 ss.; C. COMPORTI, *L'integrazione dei mercati finanziari europei e la c.d. procedura Lamfalussy*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, 269 ss.

10 Cfr. Decisione 2001/527/EC.

Il terzo livello (cosiddetto «*di Cooperazione*») presuppone il recepimento della direttiva negli ordinamenti interni degli Stati membri, unitamente alla predisposizione ed attuazione delle misure di cui al secondo livello, il tutto con il supporto del «*Comitato di livello 3*»¹¹. A questo punto, entrano pienamente in gioco fattori diversi dalla pura e semplice introduzione delle regole giuridiche. Si richiede, infatti, una effettiva collaborazione tra le autorità nazionali di vigilanza, così da garantire una applicazione uniforme della normativa tra gli stati membri.

Il quarto livello, infine, (c.d. «*di Controllo*») si concretizza in una attività di monitoraggio, svolta dalla Commissione, in ordine al corretto recepimento della legislazione europea; lì dove si dovessero ravvisare delle difformità, l'istituzione sarebbe dunque legittimata ad intraprendere nei confronti dello Stato una procedura di infrazione presso la Corte Europea di Giustizia.

In concreto, quindi, l'attività discendente della legislazione della comunità europea si sviluppa attraverso la riduzione, anche rispetto ai passati assetti, dello spazio lasciato al legislatore nazionale nell'ottica del perseguimento di una, non più minima, bensì massima armonizzazione.

La procedura «*Lamfalussy*» viene, infine, completata da un sistema di cosiddetto «*gold plating*» tra gli stati membri: questo si configura nel divieto di adottare delle norme più restrittive sulle materie regolate nelle direttive.

La fase c.d. “discendente” del processo (immaginato come circolare) nel quale si realizza l'integrazione degli ordinamenti europei per tal via muta, come è agevole constatare, radicalmente volto. L'area di responsabilità lasciata ai singoli Stati si restringe e l'ordinamento sovranazionale assume sempre più le vesti non solo di “legislatore di coordinamento”, ma di responsabile dell'intero ciclo di produzione e di applicazione della regolamentazione.

Attraverso l'utilizzo di questi nuovi metodi si è giunti all'emanazione della direttiva Mifid.

La direttiva Mifid (dir. 93/22/CEE), in vigore dal 2007, ha ridisegnato la disciplina

11 CESR - *Committee of European Securities Regulators* composto dai rappresentanti delle Autorità di Vigilanza degli Stati Membri dell'UE, oggi sostituito dall'AESFEM - Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati - (ESMA).

degli intermediari e dei mercati¹²; con essa ha trovato ingresso nel nostro ordinamento una disciplina che, rispetto alle precedenti, risulta essere più ampia, articolata e dettagliata. Il recepimento della direttiva ha comportato un processo di attuazione e filtraggio nel tessuto normativo nazionale che la dottrina ha definito «laborioso»¹³ e che, oltre a profonde modifiche al T.u.f., ha comportato il rinnovamento complessivo della normativa secondaria, tradottosi nell'emanazione di nuovi Regolamenti «*Mercati*» e «*Intermediari*» da parte della Consob (approvati il 29 ottobre 2007), nonché di un nuovo Regolamento congiunto Consob - Banca d'Italia (anch'esso emanato nella stessa data).

Per quanto riguarda le novità sostanziali, non è questa la sede per una dettagliata elencazione dei contenuti recati dalla Mifid in tema di assetto dei mercati e tutele del consumatore finanziario: basti ricordare, rapidamente, ai fini di una essenziale contestualizzazione dell'intervento, le principali aree di incisione, da considerare, ovviamente, anche alla luce degli interventi regolamentari di recepimento di cui si è appena dato conto.

Su un piano più generale, l'approccio fatto proprio dalla Mifid ha sfumato - come è stato notato¹⁴ - la distinzione fra «*intermediari*» e «*mercati*», più netta nelle fonti di matrice europea precedenti: ciò è particolarmente visibile nella disciplina della gestione di sistemi multilaterali di negoziazione e in quella degli internalizzatori sistematici.

Dal punto di vista delle innovazioni «puntuali», è invece sufficiente citare, sia pur in modo necessariamente rapsodico, quelle maggiormente attinenti ai profili di tutela del consumatore finanziario: la Mifid, sotto questo aspetto, si è segnalata per una nuova complessiva articolazione degli obblighi di condotta degli intermediari in relazione al servizio prestato e al profilo dell'investitore; per una più articolata classificazione dei clienti, con l'introduzione di nuove categorie (segnatamente,

12 Per ulteriori approfondimenti sulle novità apportate dalla Mifid e sulle ricadute delle stesse nel nostro ordinamento cfr. P. LUCANTONI e R. LENER, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 369; M. DE MARI, *Informativa "postcontrattuale" e servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 408 ss.; P. D'AQUINO SERRAO, *Obblighi informativi e responsabilità dell'intermediario finanziario*, in *Giur. merito*, 2012, 1466 ss.; S. MEUCCI, *"Operatore qualificato" nei derivati le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva Mifid*, in *Obbl. contr.*, 2008, 341 ss.

13 R. D'APICE, *L'attuazione della Mifid in Italia*, Bologna, 2010, 10 ss.

14 Cfr. R. D'APICE, *op. cit.*, 9.

quella delle controparti qualificate); per l'introduzione di disciplina degli incentivi (c.d. *inducements*); infine, per un nuovo corpus di regole di trasparenza e di obblighi informativi.

La direttiva aveva suscitato, comprensibilmente, negli operatori una serie di aspettative; l'esperienza applicativa non si è però rivelata priva di profili deludenti, come sottolineato con chiarezza anche dalla Consob in occasione di un primo bilancio sulla *sovereign debt crisis* condotto nel corso di un'audizione al Senato del Presidente Vegas, tenutasi il 26 giugno 2012¹⁵. La preoccupazione principale espressa in quella sede era legata al livello di grande farraginosità raggiunto dal processo di produzione normativa europeo, caratterizzato da un'estensione sempre più pervasiva e dall'introduzione di norme di dettaglio sempre maggiori, mal conciliabili con l'elasticità necessaria alle Autorità di vigilanza per introdurre efficaci strumenti di regolazione del mercato.

Con riferimento al piano della concorrenza, grazie all'introduzione della Mifid si sono senz'altro potuti constatare dei risultati positivi; ma, per converso, proprio sul versante della protezione dell'investitore sono emersi dei limiti, legati in misura non secondaria proprio alla considerazione privilegiata data dalla normativa al problema dell'efficienza del mercato.

Il legislatore comunitario, infatti, aveva adottato, sul lato (semplificando) dei «*comportamenti*» e degli «*obblighi*» nel rapporto diretto professionista-cliente, un approccio non invasivo, che perseguiva obiettivi di trasparenza, per così dire, minima: ma se, da un lato, il rafforzamento della concorrenza garantiva agli investitori una più ampia scelta tra fornitori di servizi e strumenti finanziari, dall'altro l'andamento dei mercati finanziari e gli sviluppi tecnologici avrebbero presto "superato" i presidi approntati dal legislatore, causando una compromissione delle condizioni di parità e di trasparenza tra le diverse sedi di negoziazione degli strumenti finanziari, che incideva sulla posizione e sulle tutele dell'investitore.

La debolezza della regolamentazione di origine Mifid sul lato della trasparenza del mercato e della protezione degli investitori, rilevata da più parti¹⁶, era stata sotto-

¹⁵ Per il testo integrale dell'audizione del Presidente Vegas del 26 giugno 2012 cfr. http://www.consob.it/main/documenti/Pubblicazioni/Audizioni/audizione_vegas_20120626.htm?hkeywords=&docid=10&page=0&hits=127&nonewsearch=1

¹⁶ Cfr. in tal senso F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, 26

lineata anche all'esito di indagini di tipo quantitativo: mette conto, in questa sede, citare ad esempio i dati emersi da uno studio (commissionato dalla Consob) condotto sul questionario per la rilevazione della tolleranza al rischio, che gli intermediari devono sottoporre ai clienti e che avrebbe dovuto rappresentare un perno per la costruzione di un paradigma comportamentale adeguato e rispondente alle esigenze di tutela di una platea di soggetti ampia quanto impreparata alle complessità dell'investimento finanziario.

Ebbene, lo scrutinio sull'attuazione dell'obbligo aveva rivelato come, pur nella sostanziale aderenza ai dettami della Mifid, quello di compilare il questionario si fosse tradotto in un adempimento di sapore burocratico, non in grado di tracciare l'effettivo profilo del cliente in modo tale da orientare le scelte operative in modo calibrato sulle effettive necessità di protezione¹⁷.

Queste problematiche, che nel nostro contesto nazionale già fin dagli scandali "Cirio" e "Parmalat" dei primi anni '2000 avevano sollecitato una vasta attenzione dell'opinione pubblica ed un vivace dibattito politico, sfociato - con esiti probabilmente non risolutivi - nella c.d. "legge sul risparmio" (l. 262/2005), furono decisamente aggravate, e questa volta a livello europeo (anzi, più correttamente globale) dalla crisi del 2008.

Le proporzioni vastissime del fenomeno e la sua inedita durata temporale hanno reso indispensabile l'elaborazione di una risposta non solo contingente, la cui sede d'elezione è stata ravvisata nella regolamentazione a livello europeo.

Ciò si è tradotto in un ampio movimento di revisione della disciplina Mifid, senz'altro reso più agevole dal fatto che la stessa direttiva già conteneva una clausola di adeguamento, ovvero sia un meccanismo volto a valutare la bontà e l'efficacia della normativa allo scadere del primo triennio dall'introduzione, così da poter intervenire con una adeguata rivisitazione.

Il processo di revisione, come si diceva in apertura del presente discorso, è entrato in una fase operativa a partire dal 2010 ed è stato caratterizzato essenzialmente da due obiettivi: il primo era di conseguire una uniformità applicativa della disciplina

¹⁷ Cfr. in tal senso N. LINCiano e P. SOCCORSO, *La rilevazione della tolleranza al rischio degli investitori attraverso il questionario*, in *Discussion papers Consob*, n. 4/2012.

tra i paesi membri ancora maggiore che in passato; il secondo obiettivo - in risposta alle evidenziate “falle” dello strumento normativo previgente - era di introdurre degli strumenti più efficaci di protezione degli investitori.

Oltre che da motivi dettati dalla situazione economica e finanziaria, un avanzamento lungo quest’ultima traiettoria si rendeva tanto più necessario in quanto, negli anni, gli strumenti finanziari sono andati acquistando una complessità sempre crescente, favorendo lo svilupparsi di zone d’ombra all’interno delle quali gli investitori non trovano tutela¹⁸.

Oltreiché attraverso regole “dirette”, la tutela dei soggetti deboli sui mercati finanziari viene perseguita anche attraverso interventi strutturali sulla “sede” delle negoziazioni - cioè, sull’«architettura giuridica» del mercato stesso, per così dire. Interventi in questo senso si ritrovano, accanto alle tutele “dirette”, nella revisione della disciplina Mifid, di cui si dirà; ma essi sono stati preceduti, di qualche anno, da innovazioni che è qui il caso di ricapitolare brevemente.

Un consenso internazionale sulla necessità di incidere anche sulla infrastruttura dei mercati finanziari si era, infatti, palesato già nel G-20 di Pittsburgh del settembre 2009 e nel G-20 di Toronto del giugno 2010. Nell’azione delle istituzioni dell’Unione, quest’impulso si è tradotto in un percorso normativo autonomo: così, accanto al progetto di revisione della direttiva Mifid, si è proceduto ad affrontare, con un separato strumento, una serie di problematiche fra cui, nello specifico, quella dei derivati cc.dd. “OTC” (*Over The Counter*). Il risultato è il Reg. 648/2012, c.d. Emir (*European market infrastructure regulation*, appunto).

1.4. Il regolamento Emir: rinnovate regole strutturali

Il regolamento Emir, entrato in vigore nel febbraio del 2014, pone l’obbligo di comunicazione ai Repertori di Dati centrali certificati dall’Autorità di Vigilanza Europea sui Mercati finanziari (Esma) di tutte le transazioni finanziarie eseguite su prodotti derivati, sia OTC sia quotati su mercati regolamentati; la normativa, così, mira a rag-

¹⁸ Sul punto cfr. G. VETTORI, in *Introduzione. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Contratto e Responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore* (a cura di Vettori), Padova, 2013, 4 ss.

giungere un maggior livello di trasparenza, cui consegue una riduzione del rischio sistemico sul mercato dei derivati negoziati. Si dà accesso all'Autorità europea ed a tutte le autorità nazionali ai dati di tutte le operazioni effettuate sul territorio europeo, attribuendo visibilità ad un considerevole flusso di transazioni che restavano fino ad oggi quasi del tutto "inconoscibili" al *regulator* pubblico. Inoltre si viene ad inserire un sistema di c.d. *clearing house* in base al quale i derivati oltre una certa soglia e tutti quelli aventi contenuto *standard* dovranno essere regolati attraverso soggetti istituzionali che assumeranno il compito di garantire che la transazione vada a buon fine¹⁹.

1.5. Mifid2 e Mifir: il "fronte avanzato" dell'integrazione europea nella disciplina dei mercati finanziari

Il procedimento di revisione della Mifid è sfociato in un duplice atto normativo, che se da un lato si pone in coerenza con logiche d'intervento già osservabili nell'articolazione di fondo della procedura *Lamfalussy*, dall'altro la oltrepassa, allineandosi a una recente dinamica di vasta portata che va ridefinendo in modo visibile i confini e gli assetti della *governance* economica europea.

Accanto a una nuova direttiva, anche questa volta di armonizzazione massima, si ricorre contestualmente al Regolamento, realizzando una "convivenza" fra le due fonti primarie di diritto derivato dai Trattati - quella di diretta incisione nell'ordinamento europeo considerato a livello unitario, e quella indirizzata agli Stati.

Se fino a qualche anno fa questa convivenza sarebbe parsa quantomeno singolare, oggi la difficile composizione di spinte opposte nell'Unione "allargata" sta imponendo schemi, ancora di difficile predicibilità, nei quali l'azione contemporanea di fonti diverse sta diventando abituale (si pensi a quanto accade, su scala sicuramente molto più dirompente, con l'unione bancaria e i suoi diversi "pilastri").

Nell'ambito della disciplina dei mercati finanziari, l'operatività combinata di provvedimenti normativi strutturalmente diversi è funzionale a una incisività ancora maggiore delle nuove regole negli ordinamenti coinvolti dal processo di armonizzazione (e di diretta integrazione, se si considerano i destinatari del Regolamento MIFIR).

¹⁹ Sul punto e più diffusamente cfr. S. MEUCCI, *La protezione dell'investitore*, op. cit., 330.

Alla incisività dello strumento corrisponde l'incisività delle innovazioni sostanziali.

Concentrandosi, come si anticipava in precedenza più volte, sulle nuove regole di tutela dell'investitore-cliente, tali innovazioni possono essere così schematizzate²⁰:

- 1) Disposizioni di *product governance*;
- 2) Introduzioni di poteri di *product intervention*;
- 3) Ridefinizione delle caratteristiche di consulenza indipendente;
- 4) Rafforzamento della normativa sulla valutazione di adeguatezza ed obblighi di comunicazione alla clientela.

La risposta normativa articolata sui punti così succintamente elencati origina dal confronto - come si è visto finora - con una serie di problemi intrecciati su piani complessi e traiettorie d'intervento spesso risalenti. Tuttavia, dovendo enucleare, su tutti, uno dei principali fronti presi in considerazione, merita sicuramente di essere sottolineato, per l'attualità, quello della vendita di prodotti complessi ai risparmiatori.

La creazione di strumenti di investimento sempre più sofisticati e rischiosi non è stata assistita da una educazione finanziaria in grado di ridurre seriamente le asimmetrie informative fra gli intermediari e gli investitori, in special modo la platea più che considerevole dei piccoli risparmiatori.

A fronte di tale fenomeno sono state elaborate due distinte risposte.

Da un lato, si segnala la crescente attenzione dell'Autorità di vigilanza nazionale per il tema della consapevolezza del cliente: ciò si è tradotto in un importante progetto di educazione finanziaria che si tradurrà nella pubblicazione di una Carta degli investitori²¹.

Dall'altro lato, si è ritenuto fosse necessario imporre alle imprese di investimento regole più severe, in grado di presidiare meglio le necessità di protezione dell'investitore e di ingenerare un virtuoso circuito di affidamento nel sistema.

²⁰ Si tratterà in modo più diffuso e completo delle novità introdotte dal binomio Mifid2 - Mifir nel Cap. 2.

²¹ Cfr. sul punto la più ampia disamina contenuta nel Cap. 4 della Sezione II.

In linea con il perseguimento di questo obiettivo, si pone il potenziamento - accanto al requisito della adeguatezza - delle regole di appropriatezza e di indipendenza²².

Il sistema di tutele è stato completato con l'introduzione di nuovi, penetranti strumenti in capo al regolatore pubblico: come si anticipava nell'elenco, infatti, saranno a disposizione dell'Autorità di vigilanza poteri di vietare o limitare la commercializzazione di prodotti al ricorrere di particolari circostanze (*product intervention*); di contro, nella fase di strutturazione del prodotto finanziario si configureranno nuovi oneri e doveri per gli intermediari (*product governance*).

Sotto questo profilo, il cammino dell'implementazione della direttiva nel nostro ordinamento può dirsi già, se non avanzato, senz'altro più che avviato: la Consob ha, infatti, posto in consultazione pubblica un nuovo set regolamentare, a termini del quale gli intermediari dovranno adeguarsi alle linee guida tracciate dall'ESMA in due rispettive *Opinions* (rispettivamente, «*MiFID practices for firms selling complex products*», del 7 febbraio 2014, e «*Good practices for product governance arrangements*», del 27 marzo 2014). A termini di tali norme, in fase di progettazione e commercializzazione di prodotti strutturati o complessi si dovrà avere prioritario riguardo i bisogni e alle caratteristiche dei clienti.

In termini ancor più precettivi, la commercializzazione di alcune tipologie di prodotti - quelli connotati da maggiore complessità - sarà vietata presso la clientela *retail*; i prodotti comunque dotati di un elevato grado di sofisticatezza potranno essere distribuiti solo nell'ambito dei servizi di c.d. «consulenza evoluta».

Fin qui si è detto delle tutele dirette; ma è il caso di dare conto di quanto si anticipava più innanzi in punto di tutele indirette: il legislatore del pacchetto MIFID 2 - MIFIR, perseguendo l'obiettivo di garantire che tutte le negoziazioni organizzate avvengano in sedi regolamentate, ha infatti introdotto una nuova sede di negoziazione (che si aggiunge alle altre due tipologie già esistenti ovvero sia i mercati regolamentati ed i sistemi multilaterali di negoziazione), denominata OTF (*Organised Trading Facilities, Sistema organizzato di negoziazione*). Così facendo il regime di trasparenza pre e post negoziazione viene esteso a tutte le diverse sedi di contrattazione. Ancora, le sedi di negoziazione secondarie vengono equiparate ai mercati regolamentati, così da rendere i requisiti di organizzazione e vigilanza sostanzialmente identici; questi

vengono, quindi, fatti rientrare nel novero dei servizi di investimento e diviene attività riservata ad intermediari autorizzati. È stata, inoltre, introdotta una specifica disciplina delle quote di emissione e di contratti derivati aventi ad oggetto quote di emissione per contrastare pratiche irregolari invalse nel mercato secondario.

Ancora, sono state introdotte regole sul trading ad alta frequenza ed è stato potenziato il controllo sui mercati dei derivati, affrontando il problema della volatilità dei prezzi delle merci.

Infine, non è stato trascurato il versante prudenziale, intervenendo soprattutto sul tema, di grande momento storico, della *governance* degli intermediari: in questo campo, si è mirato ad un irrobustimento dei requisiti organizzativi, con l'obiettivo di responsabilizzare gli organi di gestione degli intermediari.

2. MIFID 2 E MIFIR: QUO VADIS? (CATERINA PISTOCCHI)

SOMMARIO: 2.1. PREMESSE DI METODO E INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE - 2.2. BREVI CENNI SUI LIMITI E SULLE LACUNE DELLA MIFID 1 - 2.3. LA TUTELA DELL'INVESTITORE-CLIENTE NELL'OTTICA DELLA NUOVA MIFID 2: I PRINCIPI - 2.3.1. I SISTEMI ORGANIZZATI DI NEGOZIAZIONE - 2.3.2. I PRODOTTI FINANZIARI - 2.3.3. LA CONSULENZA INDIPENDENTE - 2.3.4. GLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE CON LA CLIENTELA - 2.4. *SEGUE*: I PROBLEMI - 2.5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

2.1. Premesse di metodo e inquadramento della fattispecie

Il presente contributo analizza le novità introdotte dalla dir. 2014/65/UE (nel prosieguo, la «Direttiva Mifid 2») e dal Reg. 600/2014/UE (nel prosieguo, il «Regolamento Mifir»), entrambi approvati il 15 maggio 2014, prendendo le mosse da una ricognizione delle lacune e delle anomalie emergenti dalla previgente normativa che hanno reso necessario aggiornare e modernizzare la disciplina *in subiecta materia*.

Il corpo normativo «Mifid 2» è entrato in vigore a inizio luglio u.s. e, una volta emanate le misure di attuazione, dovrà essere recepito dagli Stati membri entro la metà del 2016 e quindi applicato a decorrere dal 2017.

È bene sin da ora considerare che la Mifid 2 è parte integrante di una più ampia revisione del regime europeo in materia di servizi finanziari, volta a mitigare il rischio

sistemico ed accrescere la protezione degli investitori.

Benché noto, è opportuno rammentare che la normativa Mifid persegue essenzialmente tre obiettivi, convergenti fra loro:

(aa) in primo luogo, mira a migliorare l'efficienza dei mercati finanziari anche attraverso regole di matrice comunitaria volte a ripristinare la fiducia degli investitori e a rilanciare l'economia reale;

(bb) inoltre, intende stimolare una sana competizione fra intermediari finanziari, sempre nell'ottica di un generale miglioramento della qualità dei servizi resi agli utenti finali (*i.e.* gli investitori-clienti),

(cc) da ultimo, ma non per importanza, si prefigge di innalzare il livello di tutela per la clientela interessata ad acquistare strumenti finanziari.

Lo scopo del presente lavoro, lo si anticipa sin da ora, è dunque quello di inquadrare la disciplina dei servizi finanziari in un'ottica di sistema, che tenga conto degli obiettivi primari di qualsivoglia politica legislativa e di vigilanza che incida sulla disciplina dei "mercati", e cioè la tutela dell'integrità dei suddetti mercati e della fiducia di investitori e consumatori finali.

È dunque nella prospettiva di dialogo fra mercato ed investitore che si muove il presente lavoro, partendo anzitutto dall'analisi del dato esegetico e delle ragioni che hanno portato il legislatore europeo a propendere per una siffatta disciplina.

2.2. Brevi cenni sui limiti e sulle lacune della Mifid 1

Sin dalla sua introduzione, la normativa Mifid 1 ha innovato sensibilmente sia in materia di mercati finanziari sia in materia di intermediari finanziari.

Come noto, la dir. 2004/39/CE imponeva agli Stati membri il recepimento di norme nuove che sostituivano l'assetto normativo preesistente. In estrema sintesi, erano state introdotte regole idonee a formare un mercato finanziario europeo, attraverso l'elaborazione del principio del mutuo riconoscimento per gli intermediari, la disciplina della competizione tra diverse piattaforme di mercato *cc.dd. trading venues* (*i.e.* mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione e internalizzatori

sistematici) nonché, di riflesso, regole uniformi di condotta e d'organizzazione per i soggetti abilitati²³.

Tuttavia, la congiuntura economica negativa che si è successivamente verificata ha mostrato carenze di sistema tali da suggerire un ripensamento, e rinnovamento, del *corpus* normativo applicabile, allo scopo di aumentare l'efficienza dei mercati da un lato, e di elevare il livello di tutela degli investitori dall'altro lato, anche mediante una maggiore trasparenza, unitarietà e integrazione del sistema finanziario²⁴.

In altre parole, come evidenziato ai Considerando nn. 3 e 4 della direttiva Mifid 2, preso atto che *«negli ultimi anni è aumentato il numero degli investitori che operano nei mercati finanziari e che l'ampia gamma di servizi e strumenti che è loro offerta è diventata ancora più complessa, si è reso necessario "assicurare il grado di armonizzazione necessario per poter offrire agli investitori un elevato livello di protezione e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta l'Unione, nel quadro del mercato unico, sulla base della vigilanza dello Stato membro d'origine»*. Del resto, rammenta il legislatore comunitario, l'evoluzione dei mercati finanziari ha evidenziato la necessità di rafforzare il quadro della regolamentazione dei mercati degli strumenti finanziari, anche qualora la negoziazione in tali mercati avvenga fuori borsa (OTC), con l'obiettivo di aumentare la trasparenza, tutelare gli investitori, rafforzare la fiducia degli stessi, includere i settori non regolamentati e assicurare che le Autorità di vigilanza dispongano di poteri adeguati per svolgere i loro compiti.

Quanto precede assume ancor più rilievo tenendo conto del fatto che gli operatori del mercato hanno agito in *«assenza di validi sistemi di controllo e di equilibri al loro interno...[con] [u]n'assunzione di rischi eccessiva e imprudente [che] può portare al fallimento di singoli enti finanziari e causare problemi sistemici tanto negli Stati membri quanto a livello globale»* (Cfr. il Considerando n. 5 della direttiva Mifid 2). Il che significa, in ultima analisi, un potenziale danno agli investitori che può portare alla perdita di fiducia da parte degli stessi. .

Ebbene, è proprio in questa prospettiva che vanno lette le novità del pacchetto

23 G. CHESINI e V. DE CRESCENZIO, *I servizi di trading e post-trading nell'Unione Europea: recenti evidenze empiriche*, in *Bancaria*, 2010, 27 ss.

24 S.F. FIORAVANTI e M. GENTILE, *L'impatto della frammentazione degli scambi azionari sui mercati regolamentati europei*, in *Quaderni di Finanza Consob*, n. 69, 2011, 5 ss.

Mifid 2, che, così come studiato e sviluppato, comporterà un rafforzamento del regime di trasparenza delle negoziazioni e dei presidi di tutela degli investitori-clienti, fornendo una specifica disciplina dei mercati di scambio e dei sistemi di *trading* ad alta frequenza, attraverso i quali si svolge sui mercati telematici più evoluti una quota rilevante delle operazioni.

La dir. 2004/39/CE è ora in parte confluita nella direttiva Mifid 2 e in parte sostituita dal Regolamento Mifir.

I due articolati normativi appena richiamati dovrebbero offrire, congiuntamente, i requisiti applicabili alle imprese di investimento, ai mercati regolamentati, ai prestatori di servizi di comunicazione dei dati e alle imprese di paesi terzi che effettuano servizi o attività di investimento nell'Unione. Più in particolare, il quadro normativo riformato si occupa di disciplinare una serie di aspetti, tra cui essenzialmente i seguenti: l'autorizzazione dell'attività, l'acquisizione di partecipazioni qualificate, l'esercizio della libertà di stabilimento e della libertà di prestare servizi, le condizioni di esercizio per le imprese di investimento al fine di garantire la tutela degli investitori, i poteri delle Autorità di vigilanza degli Stati membri d'origine e di quelli ospitanti nonché il regime sanzionatorio [cfr. il Considerando n. 7 della direttiva Mifid 2].

2.3. La tutela dell'investitore-cliente nell'ottica della nuova Mifid 2: i principi

Il presente contributo si concentra sull'esame di quello che costituisce il *leitmotiv* della disciplina Mifid, e cioè il rafforzamento della protezione degli investitori *retail*.

L'obiettivo è quello di tutelare gli investitori-clienti attraverso un articolato sistema che passi attraverso una maggiore responsabilizzazione dei soggetti coinvolti (grazie alla disponibilità di informazioni più dettagliate e più frequenti) e un rafforzamento dei poteri, esercitabili sia *ex-ante* che *ex post*, dalle Autorità di vigilanza²⁵.

Il principio alla base della disciplina di specie è quello che permea l'intera legislazione sul mercato finanziario, che come noto è volta a fluidificare e incentivare un efficiente investimento del risparmio proveniente, direttamente o indirettamente,

²⁵ S. MEUCCI, *La protezione dell'investitore nel quadro dei più recenti interventi comunitari: la proposta di direttiva MiFID 2 ed il regolamento Emir*, in *Persona e Mercato*, 3, 2013, , 322 ss.

dal settore *retail* in favore degli operatori che abbisognano di capitale di rischio (*i.e.* le imprese), nella consapevolezza che il passaggio del risparmio da un settore all'altro passi attraverso un anello di congiunzione istituzionale rappresentato dagli intermediari finanziari. Questi ultimi mettono in contatto gli investitori *retail* che investono con le imprese che mirano ad attrarre tali investimenti, recitando pertanto il fondamentale ruolo di indirizzo e smistamento del risparmio con tutte le connesse responsabilità.

Fatta questa necessaria premessa si comprende adesso la filosofia della Mifid 2, che assoggetta le imprese di investimento a obblighi e regole più severi, in modo da renderle più affidabili e quindi più credibili agli occhi dell'investitore-cliente²⁶.

A questo proposito sono qui di seguito esaminate le principali aree in cui sono intervenuti la direttiva Mifid 2 e il Regolamento Mifir, e segnatamente: (i) i sistemi organizzati di negoziazione, (ii) i prodotti finanziari, (iii) il servizio di consulenza indipendente, e (iv) la comunicazione alla clientela.

2.3.1. I sistemi organizzati di negoziazione

Una delle principali novità contenute nella Direttiva Mifid 2 è rappresentata dall'istituzione e dall'organizzazione dei sistemi organizzati di negoziazione (cc.dd. OTF). In particolare, per «*sistema organizzato di negoziazione*» si intende «*un sistema multilaterale diverso da un mercato regolamentato o sistema multilaterale di negoziazione che consente l'interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a obbligazioni, strumenti finanziari strutturati, quote di emissione e strumenti derivati*» [cfr. art. 4, par. 1 (23) della direttiva Mifid 2].

La disciplina degli OTF si prefigge di implementare la trasparenza delle negoziazioni in strumenti finanziari. A ben vedere, l'obiettivo è comune anche alla disciplina in materia anche di mercati regolamentati e di sistemi multilaterali di negoziazione, fermo restando che «*se da un lato è opportuno che i mercati regolamentati e i*

²⁶ Per una ampia trattazione al riguardo, si veda, *inter alia*, V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 485 ss.; V. SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MIFID*, in *Giur. it.*, 2008, 785 ss.; V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contr.*, 2008, 173 ss.

sistemi multilaterali di negoziazione continuino a essere soggetti a requisiti simili riguardo ai membri o partecipanti che possono ammettere, dall'altro i sistemi organizzati di negoziazione dovrebbero essere in grado di stabilire e restringere l'accesso sulla base, fra l'altro, del ruolo e degli obblighi che hanno nei confronti dei clienti. A tale proposito le sedi di negoziazione dovrebbero essere in grado di specificare i parametri applicabili al sistema, ad esempio il tempo di latenza minimo, purché il tutto avvenga all'insegna dell'apertura e della trasparenza e non comporti discriminazioni da parte del gestore della piattaforma» [cfr. il Considerando n. 14 della direttiva Mifid 2].

Gli OTF dovranno comunque rispettare i requisiti di trasparenza *pre* e *post-trading* già sanciti per le altre sedi di negoziazione, garantendo agli investitori una diminuzione rilevante delle asimmetrie informative.

È chiaro che l'elemento che caratterizza e differenzia questo nuovo tipo di piattaforma rispetto alle altre sedi di negoziazione già conosciute è rappresentato da un certo margine di discrezionalità sulle operazioni in capo al gestore degli OTF. D'altro canto, il gestore degli OTF sarà soggetto a determinati obblighi informativi finalizzati alla protezione dell'investitore nonché all'obbligo di *best execution* nei confronti dei clienti che usufruiscono della piattaforma *de qua*. È comunque richiesto al legislatore domestico di emanare norme che consentano al gestore di OTF di offrire servizi ai clienti caratterizzati da un maggior livello di personalizzazione rispetto a quelli offerti dalle altre piattaforme.

2.3.2. I prodotti finanziari

Con riferimento ai prodotti finanziari, di particolare interesse sono le disposizioni in materia di *product governance*. L'obiettivo del legislatore comunitario è quello di ridurre il rischio che i prodotti finanziari emessi e/o collocati non siano adeguati al profilo di rischio del cliente finale, e proprio in quest'ottica si richiede alle imprese di investimento di realizzare prodotti finanziari concepiti per rispondere alle esigenze di un *target* ben definito di clientela nonché di adottare una strategia di distribuzione degli stessi che sia compatibile con il *target* di clientela identificato.

Inoltre, l'impresa di investimento è tenuta ad adottare misure ragionevoli per assi-

curare che il prodotto finanziario sia distribuito al *target* di clientela identificato (cfr. art. 24, par. 2, della direttiva Mifid 2).

Tali disposizioni si applicano sia alle imprese di investimento che emettono prodotti finanziari che a quelle che operano in qualità di distributori, e tendono a garantire che *ex ante* ci sia coerenza tra caratteristiche intrinseche dei prodotti emessi e/o collocati, da un lato, e caratteristiche dei *target* di clientela identificati, dall'altro lato.

A ciò si aggiunga che le imprese di investimento che offrono la propria consulenza ai clienti sui prodotti finanziari sono tenute a dotarsi di meccanismi adeguati al fine di ottenere le informazioni necessarie per dar corso al processo di approvazione del prodotto finanziario, ivi incluse quelle concernenti il mercato di riferimento identificato e le caratteristiche del prodotto che offrono o raccomandano.

Tale obbligo “auto-organizzativo” deve applicarsi senza arrecare pregiudizio alla valutazione dell’adeguatezza o idoneità che i distributori dovranno a loro volta, e successivamente, effettuare nella fornitura di servizi di investimento a ciascun cliente, sulla base delle esigenze, caratteristiche e obiettivi personali di quest’ultimo.

Viene inoltre estesa la valutazione di adeguatezza dalla fase “finale” del processo distributivo, ossia quella in cui l’intermediario consiglia o colloca il prodotto al cliente, alla fase di concepimento (c.d. *design*) del prodotto da parte della società emittente.

Alle imprese di investimento è inoltre richiesto di garantire e dimostrare alle Autorità di vigilanza che il personale addetto alla prestazione dei servizi di investimento disponga di conoscenze e competenze adeguate. Inoltre, si impone alle imprese d’investimento di non adottare disposizioni in materia di remunerazione, *target* di vendita o d’altro tipo simile che potrebbero incentivare il personale a raccomandare ai clienti al dettaglio un particolare prodotto finanziario qualora l’impresa medesima possa offrire uno strumento differente, più adatto alle esigenze specifiche del cliente.

Sempre in tema di prodotti finanziari, viene ristretto l’insieme degli strumenti sui quali è possibile prestare il servizio di *execution only*. Già l’attuale impianto legislativo precisa i casi in cui i clienti possono comprare e vendere strumenti finanziari senza l’applicazione dei principi di adeguatezza (*suitability*) e/o appropriatezza. La

Mifid 2 restringe ulteriormente il campo di applicazione, definendo una lista di prodotti per i quali si può applicare tale regime, dalla quale sono esclusi, in particolare, i fondi comuni strutturati e, in alcuni casi, i depositi strutturati.

Infine, sono introdotti poteri di *product intervention* ai sensi dei quali le Autorità nazionali, l'ESMA e l'EBA (per i depositi strutturati) possono proibire o restringere il *marketing* e il collocamento di alcuni prodotti finanziari o depositi strutturati oltre alle attività o pratiche finanziarie potenzialmente lesive del principio di tutela e protezione degli investitori, della stabilità finanziaria o dell'ordinato funzionamento dei mercati.

A tal proposito, è bene rammentare che nel solco della Mifid 2, e, nello specifico, dei poteri di *product intervention*, si inserisce, in ambito italiano, l'iniziativa avviata dalla CONSOB in data 28 maggio 2014 con apposita consultazione in materia di distribuzione di prodotti complessi ai clienti *retail*, con l'obiettivo di sottoporre all'esame del mercato l'introduzione una serie di presidi volti a rafforzare la tutela del risparmio, *«l'obiettivo di salvaguardia e di valorizzazione della funzione tipica del risparmio, inteso come forma di impiego di una quota del reddito nazionale in investimenti da destinare all'economia reale, richiede scelte efficienti da parte degli investitori meno sofisticati da realizzare anche attraverso la semplificazione della gamma prodotti che gli intermediari offrono sul mercato»*.

Ebbene, la Consob ha avuto modo di evidenziare come *«la complessità dei prodotti finanziari distribuiti in Europa non sempre è funzionale agli effettivi e specifici bisogni degli investitori al dettaglio cui sono diretti, ma piuttosto è volta a generare una maggiore profittabilità per gli emittenti e per i distributori (tipicamente intermediari finanziari) in virtù della riduzione del costo del funding e/o dell'aumento dei margini di contribuzione per gli elevati costi impliciti a carico degli investitori medesimi»*.

L'obiettivo della Consob è quello di fissare una nozione di complessità e porre delle limitazioni per la distribuzione di prodotti complessi ai risparmiatori *retail*.

Le misure proposte dalla Consob, sebbene inquadrare nella cornice dei futuri poteri di c.d. *product intervention* attribuiti dal recente Regolamento Mifir alle Autorità nazionali, in realtà se ne differenziano significativamente.

L'iniziativa della Consob, si troverebbe, quindi, non solo (e non tanto) ad anticipare

l'applicazione di un complesso di regole e sanzioni innovativo come quello della *product intervention* bensì, soprattutto, a sancire l'intervento sui prodotti con caratteri di generalità, astrattezza e in via anticipata rispetto alle (vigenti) regole di condotta che governano il rapporto tra intermediario e cliente.

Corollario applicativo di tutto quanto precede è che, nella prassi che si sta formando, onde evitare che la rete degli intermediari finanziari non collochi un determinato prodotto finanziario complesso presso la clientela *retail* l'emittente si trovi dinanzi a un bivio: o alleggerisce l'ingegneria finanziaria del prodotto, rendendolo comprensibile e quindi accessibile alla clientela *retail*, potendo in questo caso beneficiare del potenziale investimento da parte di tale settore, oppure ne mantiene la complessità nella consapevolezza che sarà destinato a un pubblico di investitori sofisticati, che avranno determinate esigenze e che lo sottoscriveranno/acquisteranno a determinate condizioni di prezzo, rendimento e contrattuali.

Tertium (apparentemente) *non datur*!

2.3.3. La consulenza indipendente

Con la direttiva Mifid 2 viene altresì introdotta una precisa distinzione tra «*consulenza indipendente e consulenza non indipendente*»²⁷.

Le imprese di investimento che offrono il servizio di consulenza devono infatti comunicare preventivamente al cliente se l'attività di consulenza viene fornita su base indipendente ovvero non indipendente, e se verrà fornita al cliente una valutazione periodica dell'adeguatezza (*suitability*) degli strumenti raccomandati.

Nel caso in cui, l'impresa di investimento opti per la c.d. consulenza indipendente, il soggetto abilitato dovrà effettuare un'analisi di mercato "articolata", prendendo in considerazione e proponendo all'investitore-cliente un numero sufficientemente ampio di strumenti finanziari presenti sul mercato in relazione alla tipologia di strumento e agli emittenti, e rendendolo edotto del costo della consulenza fornita.

Infatti, ai sensi dell'art. 24 della direttiva Mifid 2, l'impresa di investimento che for-

²⁷ S. MEUCCI, «Operatore qualificato» nei derivati le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della direttiva Mifid, in *Obbl. contr.*, 2008, 341 ss.

nisce la propria consulenza in materia di investimenti su base indipendente è tenuta a:

(aa) effettuare una valutazione di *«una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che devono essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non devono essere limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti: i) dall'impresa di investimento stessa o da entità che hanno con essa stretti legami o ii) da altre entità che hanno con l'impresa di investimento stretti legami o rapporti legali o economici - come un rapporto contrattuale - tali da comportare il rischio di compromettere l'indipendenza della consulenza prestata»*; nonché

(bb) non accettare e trattenere *«onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi in relazione alla prestazione del servizio ai clienti. Occorre comunicare chiaramente i benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali da pregiudicare il rispetto da parte delle imprese di investimento del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti; tali benefici sono esclusi dalla presente disposizione»*.

A tal proposito, si segnala che la scelta della tipologia di consulenza avrà conseguenze rilevanti sul meccanismo di remunerazione, che - con formula sintetica - potrebbe ora essere definito in termini di modello *«investor-paid puro»*.

Invero, per i soggetti che sceglieranno di essere indipendenti la Mifid 2 prevede l'abolizione dei cc.dd. incentivo o *inducements* (incentivi monetari da parte di soggetti terzi diversi dal cliente). Ciò considerato, l'unica forma di remunerazione dovrà essere costituita dal corrispettivo pagato dal cliente a cui è reso il servizio, pertanto l'impresa di investimento potrà essere remunerata esclusivamente per il servizio rivolto al cliente ed unicamente dal cliente medesimo. I soggetti che decidono, invece, di svolgere il servizio di consulenza su base non-indipendente continueranno a poter ricevere "benefici" economici da parte di soggetti terzi.

La soluzione offerta dalla Mifid 2 non è radicale come altre ipoteticamente per-

seguibili. Ad esempio in Gran Bretagna la *Retail Distribution Review* (RDR) prevede che, a far data dal 1° gennaio 2013, l'intermediario finanziario non possa più ricevere incentivi da parte delle società-prodotto (con il che imponendosi un modello di consulenza indipendente remunerato esclusivamente dal cliente). L'impianto che invece è stato prescelto mira invece alla trasparenza del servizio offerto, senza eliminare necessariamente la possibilità, per chi lo dichiara, di beneficiare di incentivi da parte delle società-prodotto.

In ogni caso, già la previsione di un obbligo per l'intermediario finanziario di esplicitare se il servizio di consulenza viene svolto su base indipendente o no rappresenta un importante passo in avanti che potrà aumentare la consapevolezza dei clienti e la relativa facoltà di scelta.

In Italia la normativa ha già optato per una distinzione tra i soggetti indipendenti e non-indipendenti. I ritardi del legislatore nell'istituzione dell'Albo e dell'Organismo (così come previsto dagli artt. 18 *bis* e 18 *ter* del T.u.f.) hanno però rallentato la diffusione dei consulenti finanziari indipendenti che, ad oggi, rappresentano una categoria ancora poco conosciuta dall'investitore *retail* italiano.

2.3.4. Gli obblighi di comunicazione con la clientela

L'impresa di investimento è tenuta ad acquisire le informazioni che evidenzino le conoscenze e l'esperienza finanziaria del cliente in materia di investimenti, con particolare riguardo al tipo di prodotto o servizio, alla situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento.

La Mifid 2 chiarisce la necessità - nel definire gli strumenti finanziari adeguati al cliente - di individuare la capacità dello stesso di sopportare eventuali perdite e il livello di tolleranza al rischio.

Inoltre, l'intermediario finanziario ha il dovere di informare il cliente sulle motivazioni che hanno portato a ritenere l'operazione di investimento proposta coerente con le sue caratteristiche, il tutto prima che l'operazione sia conclusa.

Si rafforzano altresì gli obblighi di comunicazione da parte dell'intermediario finanziario alla clientela riguardanti i costi e gli oneri relativi ai servizi di investimento o

accessori. In tali comunicazioni sui costi, dovranno essere incluse anche le informazioni relative al costo della consulenza (se rilevante), al costo dello strumento finanziario raccomandato o venduto al cliente e alle modalità con cui il cliente può remunerare il servizio di investimento ricevuto.

Al riguardo, è il caso di sottolineare come le informazioni circa tutte le voci di costo debbano essere presentate al cliente in misura aggregata, in modo da consentire a questi di conoscere il costo complessivo e il suo effetto cumulato sul rendimento dell'eventuale investimento. Qualora sia possibile, infine, tale informazione dovrà essere fornita al cliente almeno una volta all'anno per tutta la durata dell'investimento²⁸.

Quanto precede non toglie che permangano i doveri informativi in capo all'intermediario circa il grado di rischio del prodotto offerto²⁹, in linea con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in materia, secondo cui *«la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c.»*³⁰.

E quindi l'intermediario si troverà al centro di due doveri di comportamento fra loro

28 P. D'AQUINO SERRAO, *Obblighi informativi e responsabilità dell'intermediario finanziario*, in *Giurisprudenza merito*, 2012, 1466 ss.

29 Si consideri che visto l'ampio numero di contenziosi tra investitori e intermediari finanziari, vi è grande attenzione della dottrina in materia di norme di comportamento degli intermediari e responsabilità civile. Si veda, *inter alia*, R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, 391 ss.; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corriere giur.*, 2005, 1282 ss.; E.A. EMILIOZZI, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, in *Giur. it.*, 2007, 1673 ss.; A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 23 ss.

30 Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 19.12.2007, n. 26725.

convergenti: da un lato dovrà acquisire dal cliente le informazioni atte a consentirgli una valutazione del profilo finanziario di quest'ultimo (esperienza, obiettivi, propensione al rischio, ecc.) e, dall'altro lato, dovrà rappresentare al cliente i connotati finanziari del prodotto offerto, con particolare attenzione a quelli che rilevano sotto il profilo delle caratteristiche soggettive del cliente³¹.

2.4. **Segue: i problemi**

Il pacchetto Mifid 2 ha comportato un cambiamento *in melius* nella protezione giuridica dell'investitore-cliente che decida di investire i propri risparmi in prodotti finanziari.

Ma a che costo?

È ricorrente il convincimento che un'intelaiatura regolamentare troppo invasiva finisca per incrementare i costi di transizione del denaro dal settore famiglie al settore imprese con oneri che, alla fine del percorso, verrebbero interamente addossati all'investitore *retail*. In altre parole, l'effetto economico finale della Mifid 2 potrebbe essere quello di aumentare i costi di trasferimento del risparmio lungo gli ingranaggi del mercato finanziario.

È un obiettivo di politica legislativa condivisibile?

Probabilmente quel che ha ispirato il legislatore comunitario non è stato tanto l'obiettivo di diminuire i costi di investimento della clientela *retail* nel breve periodo, quanto quello di ripristinare la fiducia nei mercati nel corretto operare dei suoi attori, se necessario anche a costo di aumentare i prezzi finali ma nell'auspicio che una maggiore trasparenza ed efficienza sul piano giuridico consentirebbero una progressiva affluenza delle risorse finanziarie in un'ottica *long-term*.

È tuttavia da chiarire che il nuovo sistema sulla distribuzione di prodotti finanziari sul mercato del risparmio non è ancora operante. Trattandosi, infatti, di una direttiva, la Mifid 2 sarà in grado di dispiegare i propri effetti soltanto dopo che l'ESMA

31 Si veda al riguardo, *inter alia*, V. MARICONDA, *Le violazioni delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 133 ss.; A. RUSSO, *Intermediazione finanziaria tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Giur. comm.*, 2008, 604 ss.; V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Società*, 2008, 449 ss.

e gli Stati membri dell'Unione Europea avranno elaborato e adottato le norme di attuazione.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, con specifico riguardo alle fattispecie trattate nel presente lavoro, sussistono ancora temi aperti connessi, in particolare, al sistema della consulenza indipendente. Infatti, nel lungo processo che ha portato alla attuale Mifid 2, si era pensato, inizialmente, di optare unicamente per l'introduzione della consulenza indipendente, scegliendosi solo in un secondo momento di prevedere due opposte strade (quella della consulenza indipendente, non remunerata da parte delle società che offrono i propri prodotti finanziari, ma unicamente dall'investitore-cliente e quella basata sugli *inducements*).

È chiaro che stabilire che la remunerazione per la consulenza indipendente debba essere a carico dell'investitore-cliente, se da un lato permette una trasparenza informativa e una consulenza propriamente indipendente, dall'altro assoggetta il cliente-investitore a ingenti *fees* che fino a poco tempo prima erano completamente a carico delle società finanziarie.

Inoltre, occorre rammentare che l'intermediario finanziario che svolge sia il servizio di consulenza indipendente che quello di consulenza non indipendente, in realtà rimane non indipendente, poiché è vero sì che per il servizio offerto su base indipendente non percepisce *inducements* da parte dell'impresa finanziaria, ma è anche vero che percepisce remunerazioni per il servizio svolto su base non indipendente per altri clienti che eventualmente abbiano scelto di investire nel medesimo prodotto finanziario.

Con questo, non si vuole screditare la normativa Mifid 2, quanto piuttosto far emergere temi che meritano attenzione, soprattutto - arrivati a questo punto - da parte dell'ESMA e delle Autorità domestiche.

2.5. Considerazioni conclusive

Dal dettato normativo dianzi tracciato si evince una volontà di armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri dell'Unione Europea, soprattutto attraverso il conferimento all'ESMA (*European Securities and Market Authority*) di un ruolo

centrale e rilevante, all'Autorità infatti viene affidato l'importante ruolo di definire i cc.dd. *technical standards*, ossia le regole di dettaglio, attuative di alcuni principi stabiliti nella direttiva Mifid 2.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, appare proficuo l'intervento del legislatore europeo introduttivo della Mifid 2, volto principalmente alla tutela e allo sviluppo del mercato, nell'ottica, e a protezione, di una più efficiente allocazione delle scelte di investimento di risparmiatori e consumatori finali, soprattutto in una condivisibile ottica di medio-lungo periodo.

Coerentemente, con quanto previsto dalla Mifid 2, si auspica che il legislatore domestico, con l'aiuto delle regole di attuazione dei principi della Direttiva Mifid 2, emanate dall'ESMA, traduca la direttiva medesima in regole di dettaglio efficienti ed effettive, tali da garantire una sempre maggiore tutela del mercato e degli investitori che in esso fanno affidamento, facendovi confluire il proprio risparmio.

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE

LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB E IL PROGETTO "CARTA DEGLI INVESTITORI"

(Alessandro Lomoro)

SOMMARIO: 1. LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB: PREMESSE D'INDAGINE. - 2. LE ADRS DI NATURA ECONOMICO-FINANZIARIA NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE: L'ESIGENZA DI PROTEZIONE DELL'INVESTITORE E IL RUOLO DELLE C.D. "NORME DI CONDOTTA" DEGLI INTERMEDIARI. - 2.1. *SEGUE.* IL CONFRONTO CON L'ESPERIENZA EUROPEA. - 3. L'OPERATIVITÀ DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO: ANALISI DEI PROFILI DI CRITICITÀ. - 4. LA RIFORMA DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO E IL RUOLO DEL PROGETTO "CARTA DEGLI INVESTITORI": OBIETTIVI E SPUNTI DI RIFLESSIONE.

1. LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB: PREMESSE D'INDAGINE

Negli ultimi anni, la tutela dei clienti degli intermediari bancari e finanziari è stata oggetto di crescente attenzione da parte del legislatore e delle Autorità di Vigilanza.

Le ragioni di tali attenzioni risiedono nella consapevolezza che la fiducia del cliente rappresenta una componente fondamentale per il buon funzionamento del sistema economico-finanziario. Relazioni positive tra i clienti e gli intermediari sono cruciali per assicurare una sana e prudente gestione degli intermediari stessi, in quanto prevengono l'insorgere di rischi legali e "reputazionali", incidendo, allo stesso tempo, sulla stabilità dell'intero sistema finanziario.

In questo contesto si inserisce, tra l'altro, la normativa in materia di controversie in ambito bancario, finanziario e dei servizi di investimento, che, nel tempo, ha visto un crescente ricorso a sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie (c.d. *Alternative Dispute Resolution* - ADR).

In particolare, l'art. 27, primo comma, l. 28 dicembre 2005, n. 262 (la c.d. legge sul risparmio), ha delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato, nonché di un sistema di indennizzo in favore degli investitori. Tali procedure devono svolgersi dinanzi alla Consob, nel rispetto del principio del contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5³², secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità e hanno a oggetto la decisione di controversie insorte fra gli investitori (esclusi quelli professionali) e gli intermediari finanziari, circa l'adempimento, da parte di quest'ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela³³.

La stessa legge ha previsto poi l'introduzione, nel *corpus* del Testo Unico Bancario, dell'art. 128-*bis*, imponendo a tutti gli intermediari italiani ed esteri, che operino stabilmente in Italia, di aderire a un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, quale condizione di ammissibilità dello svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria.

Parimenti, il d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164, di attuazione della direttiva MiFID, ha introdotto nel Testo Unico della Finanza l'art. 32-*ter*, che dispone il ricorso obbligatorio a procedure di conciliazione e arbitrato ai fini della risoluzione stragiudiziale

32 Questo decreto è stato pressoché totalmente abrogato, a eccezione degli artt. 34-37 in materia di arbitrato. Sul punto v. G. COSTANTINO, *Sugli effetti della abrogazione del processo commerciale (commento alla l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Società*, 2009, 1049 ss.

33 In proposito v. N. SOLDATI, *Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori*, in *Tratt. Galgano*, LII, Padova, 2009, 521 ss.

di controversie sorte tra investitore e soggetti abilitati, con riferimento alla «*prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio*».

Da ultimo, il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, così come recentemente modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. “decreto del fare”)³⁴, ha disposto, all’art. 5, l’obbligo per chi intende istaurare un procedimento civile in materia di contratti bancari e finanziari di ricorrere preventivamente alla procedura di conciliazione/mediazione.

Le richiamate disposizioni normative hanno favorito la diffusione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie “specializzati”, posti sotto la guida delle Autorità di Vigilanza, che hanno senza dubbio consentito di diminuire il carico della giustizia ordinaria e, in taluni casi, di supplire alla possibile mancanza di competenza di quest’ultima su materie altamente specialistiche.

In particolare, con riguardo alla Consob, v’è da segnalare come quest’ultima abbia recentemente approvato, con delibera n. 18275 del 18 luglio 2012, il nuovo regolamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato (il «*Regolamento*»), in sostituzione di quello adottato con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 (il «*Precedente Regolamento*»), in attuazione del d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (il «*Decreto*»).

Il Regolamento conferma la previsione di due procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie, ossia la conciliazione e due diverse fattispecie di arbitrato.

Vengono, dunque, ancora offerte all’investitore non professionale due opzioni, entrambe aventi natura stragiudiziale, per la risoluzione delle controversie in ambito finanziario. Queste, però, manifestano differenze significative non solo dal mero punto di vista procedurale (in termini di presupposti di attivazione e di svolgimento della procedura), bensì anche da quello funzionale.

Tale differenza, in particolare, emerge qualora si consideri la diversa portata dei provvedimenti conclusivi nei due casi: l’accordo amichevole o il verbale di mancata

³⁴ Il «decreto del fare», convertito con modificazioni dalle l. 9 agosto 2013, n. 98, ha infatti ripristinato l’obbligatorietà del ricorso alla mediazione di cui all’art. 5 del d. lgs. n. 28/2010 (che include anche i contratti bancari e finanziari tra quelli per i quali l’esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità avanti la magistratura ordinaria). Tale obbligo era stato in precedenza dichiarato illegittimo per eccesso di delega dalla Corte costituzionale, con sentenza del 24 ottobre 2012, n. 272. Il citato decreto prevede ora il ripristino in via sperimentale per un periodo di 4 anni dall’entrata in vigore dello stesso; al termine di due anni dalla medesima data è prevista l’attivazione, su iniziativa del Ministero della giustizia, di un monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione.

conciliazione da una parte, e il lodo arbitrale, dall'altra³⁵.

La conciliazione, in particolare, assume una valenza esclusivamente negoziale, risolvendosi in un accordo tra soggetti privati che subordina l'intervento del Presidente del tribunale - chiamato, con l'omologazione dell'accordo, a un giudizio di legittimità formale - solo in caso di mancata spontanea esecuzione dell'accordo conciliativo. In questo senso, la conciliazione si pone quale strumento d'elezione per la risoluzione di controversie di modico valore e, quindi, utile per il consumatore o l'impresa di dimensioni contenute; laddove l'arbitrato è una «*valida alternativa al giudizio ordinario, per l'uso che del medesimo è possibile ipotizzare ai fini di una pronta risoluzione delle controversie di elevato valore*»³⁶.

2. LE ADRS DI NATURA ECONOMICO-FINANZIARIA NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE: L'ESIGENZA DI PROTEZIONE DELL'INVESTITORE E IL RUOLO DELLE C.D. "NORME DI CONDOTTA" DEGLI INTERMEDIARI

Come detto, nell'ordinamento interno, l'introduzione di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie è senz'altro da ricondursi agli interventi del legislatore diretti alla protezione del risparmio (l. 262/2005), ossia di un interesse costituzionalmente protetto (art. 47 Cost.), nei confronti dei c.d. «fallimenti di mercato». Quest'ultimi, infatti, si sono concretizzati in dissesti di grandi gruppi industriali che hanno, a loro volta, generato perdite significative per i risparmiatori, in quanto detentori di titoli obbligazionari³⁷. Nel caso della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob (la «*Camera Consob*»), la tutela individuale dell'investitore è stata dal legislatore perseguita non solo su base individuale, ma anche su quella collettiva, essendo la legittimazione ad agire estesa anche alle associazioni dei consumatori e degli utenti³⁸.

Anche nell'ordinamento interno - coerentemente con l'ampiezza di respiro del fe-

35 F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 261 ss.

36 F. CAPRIGLIONE, *op. loc. ult. cit.*

37 M. LAMANDINI, *La riforma dell'ordinamento finanziario europeo: quali cure per i fallimenti di mercato, i fallimenti istituzionali e i fallimenti sovrani*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 137 ss.

38 Così, l'art. 7, d. lgs. 179/2007.

nomeno registrata a livello comunitario³⁹ - l'introduzione delle ADRs in ambito finanziario e, in particolare, l'architettura del Regolamento, trovano giustificazioni ulteriori rispetto alla loro mera riconducibilità a strumento incentivante la fiducia nei mercati finanziari. In altre parole, si ha l'impressione che la Camera Consob trovi, all'interno del sistema, un suo preciso spazio di collocazione, tale da farne prognosticare il successo, in termini di procedure amministrative, in un prossimo futuro⁴⁰.

Le ADRs sono, infatti, strumentali all'individuazione di un punto di equilibrio tra le esigenze di due categorie portatrici di interessi contrapposti, ossia, da una parte, quelle proprie degli operatori finanziari - consistenti nel perseguimento del profitto a fronte della tutela della propria reputazione anche tramite il rispetto delle norme - e, dall'altra parte, quelle dei risparmiatori, consistenti nel loro bisogno di protezione *«in presenza di un possibile divario nella relazione pattizia che intercorre tra le parti in causa»*⁴¹.

Va, in ogni caso, rilevato che la flessibilità dello strumento non è verosimilmente adeguata a risolvere ogni tipo di controversia nel contesto finanziario, posto che sia la procedura conciliativa, sia quella arbitrale potrebbero rivelarsi inadeguate per far fronte in modo efficace alle fattispecie più complesse; in aggiunta, la concentrazione temporale che caratterizza tali due procedure - prescindendo da una vera e propria attività istruttoria - limita la loro adeguatezza solamente a determinate controversie dotate di specifiche caratteristiche di carattere soggettivo e oggettivo. Sotto il primo profilo, infatti, il Regolamento include nel proprio ambito di applicazione solo le controversie che vedono contrapposte una parte "s sofisticata" (l'intermediario) e una parte "debole" (l'investitore non professionale) e non due parti sofisticate.

Più complessa è la considerazione del profilo oggettivo che caratterizza le controversie ricadenti nell'ambito applicativo del Regolamento per la quale è necessario fare un passo indietro, al fine di constatare che - con riferimento alle liti tra investitori e intermediari - la giurisprudenza registra un significativo numero di precedenti aventi a oggetto la validità dei contratti di investimento⁴².

39 Sul punto, si v. *infra* nel testo.

40 Cfr., sul punto, quanto si dirà di qui a poco nel testo con riguardo al progetto «*Carta degli investitori*».

41 Così, F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari*, op. cit., 261.

42 Da ultimo, alcune significative pronunce in tema di nullità dei contratti quadro tra investitore e intermediario, quali Trib. Novara, 20 aprile 2012, per cui un contratto quadro stipulato in data anteriore alla entrata in vigore del T.u.f. e non adeguato ai principi enunciati dall'art. 23 del Testo citato e meglio specificati dal

Una parte della giurisprudenza, cercando di tracciare la linea di confine tra norme di comportamento dell'intermediario e norme di validità del contratto tra questi e l'investitore, ha spesso finito per sovrapporre i due piani, facendo per ciò solo discendere dalla violazione del primo gruppo di norme l'invalidità degli accordi di investimento⁴³.

A tale indirizzo, si è contrapposta quella giurisprudenza che ha cercato di chiarire come i due gruppi di norme operino su un livello differente e come, soprattutto, la validità del contratto possa essere messa in dubbio solo qualora siano le norme contrattuali a essere state violate.

Le regole comportamentali e di condotta darebbero luogo, quindi, ai soli rimedi risarcitori e della risoluzione del contratto, attenendo alla fase precontrattuale, laddove la violazione delle regole a presidio della validità del contratto sarebbero le sole idonee, ove ne sia ovviamente accertata la violazione, a comportare la nullità del contratto tra intermediario e investitore⁴⁴.

La promozione di sistemi rimediali delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria, in generale, così come l'approvazione del Regolamento, in particolare, divengono dunque funzionali - proprio in ragione delle caratteristiche di informalità e concentrazione - alla valutazione di quelle fattispecie che contrappongono intermediari a investitori non professionali in merito alla violazione da parte dei primi di norme comportamentali che incidono sui rapporti contrattuali con questi ultimi, ma che non riguardano la validità ed efficacia dei contratti.

Sarà poi compito dell'interprete operare un necessario e inevitabile raccordo tra le parziali sovrapposizioni della fonte primaria (art. 21 del T.u.f.) con quella secondaria (art. 2 del Regolamento) in termini di determinazione dei confini degli "obblighi di

regolamento Consob n. 11522/1998, è affetto da nullità sopravvenuta relativa; App. Milano, 28 marzo 2012, la quale ha ritenuto che il divieto legale di effettuare operazioni inadeguate senza uno specifico avvertimento elimina la necessità di ulteriori indagini sul nesso causa tra inadempimento e danno.

43 Trib. Ferrara, 28 settembre 2007, con nota di M. PELLEGRINI, *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 171.

44 Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724. Nello stesso senso, Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 7; e, in giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 28 marzo 2007, per cui la nullità si configura solo nelle fattispecie espressamente previste dal legislatore e non può essere estesa a tutta l'area delle norme comportamentali di carattere generale, quali la professionalità, la diligenza, la correttezza, l'indipendenza, la trasparenza.

comportamento” degli intermediari che - se non altro per il riferimento al generale criterio della “diligenza” - sembrano avere un carattere più generale nella prima piuttosto che nella seconda, ove il parametro della “diligenza” è invece declinato con riguardo al solo ambito informativo⁴⁵.

2.1. Segue. Il confronto con l’esperienza europea

A livello comunitario si sono registrate iniziative di carattere legislativo, finalizzate alla promozione delle ADRs, a partire dalla fine degli anni novanta.

Pertanto, le innumerevoli declinazioni che il fenomeno delle ADRs ha subito conducono all’impossibilità di ricondurre a unità il fenomeno.

Ciò è evidente sia quanto all’ambito oggettivo di applicazione, spaziandosi dal diritto commerciale a quello del consumo sino a includere i rapporti di lavoro, sia con riguardo alla tipologia del giudizio, potendosi distinguere tra sistemi convenzionali, privi di una regolamentazione specifica da parte degli Stati Membri e ADRs celebrati nell’ambito di procedimenti giudiziari, nei quali è il giudice a essere investito del compito di esperire una procedura di conciliazione, nonché tra ADRs aggiudicativi, in cui un soggetto terzo pone fine al contenzioso, e consensuali o facilitativi, rispetto ai quali il ruolo del soggetto terzo è più circoscritto, essendo finalizzato solo a svolgere attività di assistenza delle parti nel raggiungimento di un accordo.

Quanto alle iniziative adottate dal legislatore comunitario, hanno riguardato inizialmente gli aspetti relativi alle caratteristiche degli organi responsabili della composizione stragiudiziale delle controversie, per poi assumere un approccio più generale rispetto al fenomeno e ai principi cui esso deve ispirarsi. Significativi, a questo proposito, sono il Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea del 9 maggio 2008 (c.d. Trattato di Lisbona), il cui art. 81, secondo comma, lett. g) prevede la promozione dei metodi alternativi per la risoluzione della controversie da parte del Parlamento e del Consiglio⁴⁶; nonché il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale elaborato dalla

⁴⁵ Un caso di dovere di diligenza a contenuto non informativo è regolato dall’art. 45 del Regolamento Intermediari in tema di “*best execution*”: sul punto, S. BASTIANON, *La tutela dell’investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 6.

⁴⁶ A. VALSECCHI, *I sistemi di ADRs nel settore finanziario: l’esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *An. giur. econ.*, 2011, 103.

Commissione nel 2002⁴⁷.

Dunque, l'esperienza straniera conferma che gli ADRs in ambito economico-finanziario non sono esclusivamente riconducibili a momenti di crisi dei mercati e di sfiducia degli investitori.

La previsione di meccanismi di soluzioni dei contenziosi alternativi alla giurisdizione ordinaria è diffusa da più di un decennio in molti Stati Membri dell'Unione Europea.

Si guardi, in particolare, al Regno Unito dove è stato istituito l'*Ombudsman* per opera del «*Financial Services and Markets Act 2000*» e dove si possono riscontrare ben tre diversi sistemi di composizione delle controversie con gli intermediari finanziari («*compulsory jurisdiction*», «*consumer credit jurisdiction*» e «*voluntary jurisdiction*»)⁴⁸; nonché alla Germania, nel cui ordinamento è addirittura diffusa una molteplicità di ADRs nel settore, con «declinazioni» condizionate, ad esempio dalla tipologia di banca (privata, pubblica, cooperativa, ecc.) coinvolta nel contenzioso con i risparmiatori.

3. L'OPERATIVITÀ DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO: ANALISI DEI PROFILI DI CRITICITÀ

Il sistema normativo della Camera Consob, a tutt'oggi in vigore, si caratterizza per la partecipazione volontaria degli intermediari alle procedure di conciliazione (c.d. «*meccanismo facoltativo-consensuale*»)⁴⁹. Tale impostazione, nell'esperienza operativa della Camera Consob, ha fatto emergere i seguenti punti di debolezza: numerosi casi di mancate adesioni degli intermediari ai tentativi di conciliazione e basso numero di conciliazioni concluse con esito positivo.

E, pertanto, anche se esaminata dalla prospettiva dell'intermediario, la natura facoltativa del procedimento di conciliazione merita una riflessione in considerazione del mutamento di regime rispetto a quello contemplato dal Precedente Regolamento.

Mentre ai sensi dell'originario art. 8, quinto e sesto comma, l'intermediario veniva

⁴⁷ "European Commission, Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law", COM (292), 196, 19 aprile 2002. In dottrina, C. LINICI, *Alternative Dispute Resolution (ADR): Aspettative europee ed esperienza USA attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediator Americano*, in Riv. not., 2003, 1.

⁴⁸ *Financial Services Authority & Financial Ombudsman Service, FSMA 2 year review: financial ombudsman service, Feedback on CP04/12 and supplementary FOS consultation on procedural rules*, consultabile al sito internet www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp05_04.pdf.

⁴⁹ Sul punto, è bene rammentare che, per quanto attiene al versante dell'investitore, l'accesso alla Camera Consob, a seguito del correttivo operato, in punto di mediazione, dal già citato "decreto del fare", è obbligatorio, perché condizione di procedibilità in giudizio.

semplicemente invitato ad aderire alla procedura conciliativa da parte della Camera Consob e la sua mancata adesione non aveva ripercussioni di alcun tipo sull'esito del procedimento, essendo prevista solo un'attestazione di tale circostanza da parte della Camera medesima, l'art. 12, quarto comma, del Regolamento ha introdotto una nuova regola volta a favorire il coinvolgimento degli intermediari nei procedimenti di conciliazione.

Tale "cambio di rotta" trova una sua ragione nei dati empirici raccolti durante il procedimento di consultazione, i quali hanno messo in luce l'esiguo numero di adesioni da parte degli intermediari rispetto agli inviti trasmessi loro dalla Camera Consob (nei primi dieci mesi della sua attività, infatti, su un totale di 284 istanze si è registrata un'adesione per 106, pari al 42 per cento).

Si è infatti previsto che l'intermediario - pur rimanendo libero di non aderire al procedimento - debba comunque comunicare, entro i dieci giorni successivi alla ricezione dell'invito, che non intenda parteciparvi; sebbene non si sia voluta adottare la più stringente tecnica fondata sul meccanismo "*comply or explain*" - come invece fatto dal legislatore di altri ordinamenti (come nel caso di quello inglese) con riguardo all'adozione di codici di autodisciplina - deve pertanto essere oggetto di una "conferma" da parte dell'intermediario, tenuto a prendere posizione rispetto all'attivazione del procedimento conciliativo (art. 12, quinto comma, Reg.).

Dato lo scarso lasso di tempo trascorso, non è dato ovviamente di sapere se la nuova norma regolamentare potrà conseguire effetti incentivanti sull'atteggiamento degli intermediari rispetto alla loro partecipazione alla conciliazione; non può negarsi, tuttavia, che essa assume una particolare valenza sul piano "reputazionale", rispetto al quale gli operatori finanziari sono generalmente "sensibili".

Nella medesima direzione va anche quella previsione - già in parte contemplata dal Precedente Regolamento — con la quale si prevede che la Camera Consob attesti la mancata partecipazione dell'intermediario (art. 12, sesto comma, Reg.). Il Regolamento chiarisce tuttavia quali conseguenze possono discendere da tale circostanza: l'ultima norma regolamentare citata prevede, infatti, che essa produca i medesimi effetti del verbale di fallita conciliazione regolato dall'art. 18, comma 6, ult. prop., Reg.⁵⁰.

50 Sotto tale profilo, si noti che - mentre l'attestazione della mancata adesione al procedimento di conciliazione da parte dell'intermediario è di competenza della Camera Consob - nel verbale di fallita conciliazione, è il conciliatore ad attestare la mancata partecipazione al procedimento dell'investitore istante o dell'intermediario che abbia prestato inizialmente adesione al tentativo di conciliazione ex art. 12, quarto comma, Reg. La modifica

Sotto questo aspetto, il quadro si arricchisce, poi, di un ulteriore elemento alla luce della modifica dell'art. 8, quinto comma, d.lgs. 28/2010, introdotta dalla c.d. "Manovra finanziaria *bis*" (d.l. 13 agosto 2011, n. 138): è ora previsto, infatti, che il giudice possa trarre dalla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, alla procedura di conciliazione argomenti di prova e condannare così l'intermediario al versamento, in favore del bilancio dello Stato, di una somma pari all'importo corrispondente all'ammontare del contributo unificato dovuto per il giudizio.

Ci si deve poi chiedere se la conciliazione debba ispirarsi a principi di equità, piuttosto che di diritto, a differenza di quanto previsto per l'arbitrato (art. 22, terzo comma, Reg.).

Sebbene né il Decreto né il nuovo Regolamento risolvano la questione, una conclusione nel primo senso può tuttavia trarsi dal dato sistematico, oltre che da ragioni di coerenza generale.

Chiarificatore è, in tal senso, il tenore della Racc. della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001, applicabile agli organi extragiudiziali incaricati della risoluzione delle controversie in materia di consumo, sia interne che transnazionali.

Come rilevato nel Libro Verde, presentato nel 2002 dalla Commissione, le indicazioni contenute nella Raccomandazione hanno il preciso scopo di assicurare uno *standard* minimo in termini di qualità, indipendenza ed efficacia del giudizio tramite, tra l'altro, l'adozione del principio di equità.

Con la conseguenza dunque che le parti del procedimento conciliativo possono trarre dalla procedura un risultato meno favorevole rispetto a quello che, in astratto, potrebbero trarre dall'applicazione di norme giuridiche come nel caso in cui fosse adita la procedura arbitrale (art. 18, terzo comma, Reg.).

L'esito della procedura di conciliazione condivide quindi con la transazione la circostanza di essere il frutto di rinunce e di un riconoscimento parziale delle proprie pretese.

4. LA RIFORMA DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO E IL RUOLO DEL PROGETTO "CARTA DEGLI INVESTITORI": OBIETTIVI E

dell'art. 18, sesto comma, ult. prop., Reg., infatti, si è resa necessaria per favorire la concentrazione e l'economicità del procedimento e, in particolare, per evitare che la constatazione della contumacia dell'intermediario sia possibile solo previa nomina di un conciliatore e avvio del procedimento con l'onere delle relative spese. Per l'investitore istante, invece, non può porsi il problema della mancata adesione, posto che è il solo soggetto legittimato ad avviare il procedimento.

La protezione del consumatore rappresenta un'area tematica di grande rilievo istituzionale, tanto più importante nel settore dei servizi finanziari da costituire la stessa ragione d'essere della disciplina speciale e della vigilanza pubblica, in attuazione del principio costituzionale (art. 47 Cost.) dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio.

La crisi finanziaria di questi lunghi anni ha posto in rilievo la stretta relazione positiva tra protezione degli investitori e robustezza del sistema finanziario.

La profonda revisione e innovazione in atto del quadro regolamentare europeo nelle materie connesse ai mercati finanziari costituisce la risposta alle deficienze e alle fragilità strutturali rivelate dalla crisi attuale.

L'ampliamento dei poteri di *enforcement* delle Autorità nazionali di controllo costituisce l'altra componente del processo di rafforzamento e di salvaguardia dell'affidabilità e dell'efficienza dell'allocazione del risparmio finanziario.

In tale contesto, si è avvertita la necessità di assicurare condizioni e strumenti per un significativo miglioramento della capacità di auto-tutela degli investitori allo scopo di innalzare il livello di "immunizzazione" del sistema finanziario nel suo complesso.

La Consob, per parte sua, ha deciso di intervenire proattivamente, unitamente alle Associazioni dei Consumatori, che da tempo sollecitavano un intervento pubblico nella materia in esame, prendendo parte all'incontro del Consiglio Nazionale dei Consumatori (CNCU) del 24 gennaio 2013, cui è seguita l'istituzione di un Tavolo di lavoro congiunto permanente, ove discutere e consolidare contenuti e orientamenti di medio-lungo termine sul tema della protezione degli investitori.

Il Tavolo ha sviluppato un percorso progettuale contenente precisi riferimenti operativi e temporali utili a una migliore definizione del complesso di servizi formativi e informativi, nonché di tutela dei risparmiatori, sinteticamente denominato Progetto "Carta degli investitori"⁵¹.

In particolare, tramite l'organizzazione del Tavolo di lavoro congiunto è stato avviato

⁵¹ All'esito, si è proceduto alla redazione, nel gennaio 2014, di un documento contenente la panoramica delle principali finalità e obiettivi legati all'ideazione e all'implementazione del Progetto "Carta degli investitori" (consultabile sul sito *internet* www.consob.it).

un percorso progettuale che punta a rendere più informati e consapevoli i cittadini sfruttando le sinergie esistenti tra Consob e Associazioni dei Consumatori.

Lo scopo del Progetto è, infatti, fornire ai risparmiatori concreti strumenti operativi per l'apprendimento delle nozioni elementari in materia di "gestione" del risparmio personale, per acquisire conoscenza dei propri diritti nell'interlocuzione con gli intermediari finanziari e con gli emittenti di strumenti finanziari, delle loro concrete modalità di esercizio e, qualora necessario, delle forme di tutela più consone per la difesa delle proprie prerogative.

Il progetto «*Carta degli investitori*» è stato articolato in tre distinti sotto-progetti strettamente interrelati: (i) campagna di sensibilizzazione dei risparmiatori sui propri diritti e sulle forme di tutela previste dall'ordinamento, attraverso la formazione di un *network* informativo e formativo tra la Consob e le Associazioni dei Consumatori (c.d. «*Sotto-progetto 1*»); (ii) progetto di riforma della Camera Consob tramite l'introduzione, anche nelle materie di competenza Consob, di un Organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie a partecipazione obbligatoria (e non più volontaria) degli intermediari, sul modello dell'Arbitro Bancario Finanziario (c.d. «*Sotto-progetto 2*»); (iii) perfezionamento della gestione degli esposti e delle segnalazioni presentati alla Consob, in modo da migliorare la capacità di filtro e di selezione delle informazioni utili a orientare possibili azioni di vigilanza (c.d. «*Sotto-progetto 3*»).

Con particolare riguardo al Sotto-progetto 2, ossia quello relativo alla prospettata riforma della Camera Consob, la Consob e le Associazioni dei Consumatori intendono rafforzare le forme di tutela diretta del risparmio proponendo al legislatore la modifica dell'art. 32-ter del T.u.f. per introdurre, anche nelle materie di competenza della Consob, un Organismo di tipo "decisorio" per la risoluzione stragiudiziale delle controversie attinenti principalmente alla prestazione di servizi e di attività di investimento e di servizi accessori (riguardanti gli obblighi di informativa, correttezza e trasparenza), a cui gli intermediari siano obbligati ad aderire sul modello di quello a tutt'oggi operativo in ambito creditizio (Arbitro Bancario e Finanziario istituito presso la Banca d'Italia).

Detta soluzione possiede, in linea prospettica, il pregio di assicurare un trattamento molto più rapido ed economico rispetto al ricorso al Giudice delle istanze dei singoli

risparmiatori che lamentano lesioni dei propri interessi da parte di soggetti abilitati, comportando altresì effetti deflattivi sul sistema giudiziario e rafforzando la fiducia nel sistema finanziario domestico.

E, difatti, l'opzione di introdurre nel T.u.f. meccanismi di risoluzione delle controversie a partecipazione obbligatoria, imponendo il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela, certamente contribuirebbe sia a migliorare la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi finanziari sia a costituire un utile presidio dei rischi legali e "reputazionali" a beneficio del rispetto delle regole di correttezza comportamentale e di trasparenza del sistema finanziario nel suo complesso.

In materia, peraltro, l'Unione Europea ha progressivamente attribuito fondamentale importanza alla protezione del consumatore e ha portato avanti numerose iniziative volte a introdurre una disciplina armonizzata.

Nella prospettiva di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e promuoverne la fiducia nel funzionamento del mercato interno, notevoli sforzi sono stati profusi dalle istituzioni comunitarie anche con riguardo alla promozione di politiche di incentivazione e sviluppo delle forme di tutela alternative al tradizionale rimedio giurisdizionale, nel quadro di un programma mirato a garantire un accesso semplice ed effettivo alla giustizia e rimediare al consueto sovraccarico dei tribunali.

Tali forme di composizione delle liti (*«al di fuori delle aule di giustizia»*) hanno fatto registrare un considerevole sviluppo applicativo, in quanto apprezzate quali mezzo utile per assicurare al cittadino un'effettiva, rapida ed economica tutela dei suoi diritti e interessi.

I sistemi di ADR bancari e finanziari, difatti, si caratterizzano, in ambito europeo, soprattutto per un regime decisorio-aggiudicativo (come avviene in Spagna, Germania e Regno Unito⁵²), sebbene con un diverso valore attribuito alle pronunce, contrariamente al regime facilitativo-consensuale esistente in Francia, laddove la mediazione si conclude con una conciliazione rimessa alla volontà delle parti in conflitto.

Infatti, i cennati meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle liti terminano, in

⁵² Ove, rispettivamente, operano la *«Médiation de l'Autorité des Marchés Financiers»*, la *«Schlichtungsstelle nach dem Investmentgesetz»* e il *«Financial Conduct Authority»* ("FCA").

prevalenza, con una decisione cui è attribuito un diverso valore vincolante per le parti. A ciò si aggiunga, in particolare, che dalla disamina dei vari meccanismi di ADR la pronuncia assume nel Regno Unito carattere fortemente incisivo, in quanto titolo esecutivo nei confronti dell'operatore, mentre in Spagna la pubblicazione nella Relazione annuale (Memoria) del nome dell'intermediario diviene una sanzione di tipo "reputazionale" e, contestualmente, un indiretto incentivo alla futura composizione delle controversie con la clientela.

Le soluzioni organizzative introdotte nei principali paesi europei indicati con riguardo ai meccanismi di ADR, pur nella loro eterogeneità e virtuale unicità discendenti dai differenti contesti giuridici e culturali, si connotano per alcuni tratti comuni, quali ad esempio: (i) la procedimentalizzazione della funzione di composizione delle controversie connotata, in genere, da un contenuto formalismo e da una sequenza di processo che, tendenzialmente, presuppone la previa presentazione di un reclamo interno presso l'intermediario; ovvero (ii) la promozione di comportamenti corretti e trasparenti che riduce, nel breve termine, i rischi operativi, legali e "reputazionali" degli intermediari; o, da ultimo, (iii) l'arricchimento del patrimonio informativo a disposizione delle Autorità di settore, che permette di orientarne meglio l'azione in termini di tempestiva identificazione di situazioni di criticità e di adozione dei conseguenti interventi correttivi.

Per superare le attuali criticità nazionali, nonché uniformarsi alle principali *best practices* comunitarie, l'intensa attività di condivisione e confronto realizzata nel corso degli ultimi mesi tra la Consob e le Associazioni ha portato alla definizione della suddetta proposta di modifica dell'art. 32-ter del T.u.f., da presentare al legislatore, in modo da introdurre anche nelle materie di competenza della Consob un Organismo di tipo "decisorio" per la risoluzione stragiudiziale delle controversie a cui gli intermediari siano obbligati ad aderire.

Le pronunce dell'Organismo non vincolerebbero giuridicamente né il cliente né l'intermediario, lasciando ferma per entrambi la possibilità di rimettere la controversia all'esame del giudice civile.

In ultima analisi, il meccanismo così delineato avrebbe certamente il vantaggio di assicurare benefici in termini di tutela diretta dei c.d. "contraenti deboli" (ossia, gli investitori al dettaglio) nell'eventualità di uno specifico contenzioso, con ripercus-

sioni positive sulla fiducia nel sistema finanziario.

Le decisioni adottate dall'Organismo - una volta rese pubbliche - potrebbero peraltro agevolare gli intermediari nella definizione di più efficienti condotte per la gestione dei rapporti con i propri clienti (grazie alla diffusione delle *best practices*).

E, da ultimo, detta soluzione comporterebbe certamente effetti deflattivi sul sistema giudiziario, che rappresenta storicamente una delle principali barriere all'afflusso dei capitali dall'estero e alla competitività del sistema Italia.



Banche

BANCHE

(Angela Capocchetti, Alessandro Lomoro, Marco Nazareno Mizzau, Fabio Porta)

La crisi del 2008 nel settore bancario ha dimostrato la debolezza dell'architettura europea in materia di vigilanza degli enti creditizi e pertanto spinto verso la creazione dell'Unione Bancaria Europea. I diversi provvedimenti, adottati dal legislatore europeo in tal senso, hanno introdotto significative modifiche nell'ambito della regolazione nazionale, con inevitabili effetti sui rapporti negoziali stipulati nel mercato creditizio e finanziario e, dunque, sui consumatori. Il lavoro illustra le principali tappe costituenti il processo evolutivo, tutt'ora in corso, diretto alla creazione dell'Unione Bancaria Europea, attraverso l'analisi delle fonti normative di riferimento e gli effetti scaturenti sul consumatore dall'applicazione del nuovo assetto di regole. In particolare, viene esaminata la tutela del risparmiatore in tre ambiti differenti. Infatti, si analizza la disciplina in tema di obblighi di protezione e recenti iniziative di educazione finanziaria; la procedura di risoluzione alternativa delle controversie dinanzi all'ABF, nonché la tematica del credito alle famiglie e la cessione del quinto. Dall'analisi della fase fisiologica e patologica delle tutele emerge che l'introduzione della Union Banking ha intensificato l'interazione tra autorità nazionali ed europee. Tale fenomeno potrebbe permettere, oltre al recepimento e applicazione del diritto dell'Unione, anche l'ascesa di istanze nazionali presso le autorità e le istituzioni europee.

SOMMARIO: SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE: L'UNIONE BANCARIA EUROPEA: PRIME RIFLESSIONI IN MATERIA DI EFFETTI PER IL CONSUMATORE (ANGELA CAPOCCHETTI): 1. INTRODUZIONE. - 1.1. IL PRIMO PASSO VERSO L'UNIONE BANCARIA EUROPEA: IL SISTEMA EUROPEO DI VIGILANZA FINANZIARIA. FOCUS SUL RUOLO DELL'EBA. - 1.2. IL SINGLE SUPERVISORY MECHANISM ED IL NUOVO RUOLO DELLA BCE. - 1.2.1. RAPPORTI CON L'EBA. - 1.2.2. QUALI GLI EFFETTI PER L'UTENTE DI SERVIZI BANCARI? - 1.3. IL SINGLE RESOLUTION MECHANISM. - 1.4. IL TERZO PILASTRO DELL'UNIONE BANCARIA EUROPEA: IL SISTEMA COMUNE DI ASSICURAZIONE DEI DEPOSITI. **SEZIONE II** - LA FASE ASCENDENTE: 1. LA TUTELA DEL RISPARMIATORE TRA OBBLIGHI DI PROTEZIONE E INIZIATIVE DI EDUCAZIONE FINANZIARIA (ALESSANDRO LOMORO) 1.1. INTRODUZIONE. - 1.2. I PROGRAMMI EDUCATIVI DELLE AUTHORITIES NAZIONALI: IN PARTICOLARE, BANCA D'ITALIA. - 1.2.1. SEGUE. IL CONFRONTO CON IL CONTESTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO. - 1.3. RILEVANZA ED EFFICACIA DELLE INIZIATIVE DI EDUCAZIONE FINANZIARIA. - 1.4. I PROGRAMMI DI EDUCAZIONE FINANZIARIA: PROFILI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE. - 2. L'INFLUENZA DELL'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO SUL REGOLATORE NAZIONALE E SULLA NUOVA BANKING UNION (MARCO NAZARENO MIZZAU) 2.1. IL RUOLO DELL'ABF IN ITALIA E IN EUROPA. - 2.2. L'ABF COME PROCEDURA ADR AGGIUDICATIVA. - 2.3. UN MODELLO ESPORTABILE COME BEST PRACTICE: IL TEMA DELL'USURA. - 2.4. L'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO NEL CONTESTO DELLE ALTRE PROCEDURE ADR EUROPEE NEL SETTORE BANCARIO

E FINANZIARIO. - 2.5. LA NUOVA UNIONE BANCARIA E IL RUOLO DELL'ABF. - 2.6. L'ULTERIORE FUNZIONE BOTTOM-UP. - 3. IL CREDITO ALLE FAMIGLIE CONSUMATRICI E LA CESSIONE DEL QUINTO: LINEAMENTI, PRASSI APPLICATIVE, CRITICITÀ (FABIO PORTA) 3.1. INTRODUZIONE. - 3.2. IL CREDITO AI CONSUMATORI: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA E NAZIONALE. - 3.2.1. SEGUE. GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA CLIENTELA. - 3.3. COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE DEI SERVIZI BANCARI FINANZIARI: PARTECIPAZIONE DELL'ORGANO DI VIGILANZA NAZIONALE ALLE INIZIATIVE PROMOSSE DALL'UNIONE EUROPEA. - 3.4. LINEAMENTI GIURIDICI DEL FINANZIAMENTO CONTRO CESSIONE DI QUOTE DI STIPENDIO O SALARIO O PENSIONE (CQSP). - 3.4.1. CESSIONE DEL QUINTO E INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA. - 3.4.2. LA STRUTTURA DELL'OFFERTA E IL MODELLO DISTRIBUTIVO DELLA CQSP. - 3.4.3. PRINCIPALI QUESTIONI AFFRONTATE DALL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN MATERIA DI CQSP: EQUO INDENNIZZO IN CASO DI ESTINZIONE ANTICIPATA; MANCATO RISPETTO DEL TERMINE LEGALE IN CASO DI RINNOVO DELLA CESSIONE; USURA PECUNIARIA ORIGINARIA E SOPRAVVENUTA. - 3.4.4. RAPPORTO TRA CESSIONE DEL QUINTO E PREVIDENZA COMPLEMENTARE.

SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE

L'UNIONE BANCARIA EUROPEA: PRIME RIFLESSIONI IN MATERIA DI EFFETTI PER IL CONSUMATORE

(Angela Capocchetti)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. - 1.1. IL PRIMO PASSO VERSO L'UNIONE BANCARIA EUROPEA: IL SISTEMA EUROPEO DI VIGILANZA FINANZIARIA. *FOCUS SUL RUOLO DELL'EBA.* - 1.2. IL *SINGLE SUPERVISORY MECHANISM* ED IL NUOVO RUOLO DELLA BCE. - 1.2.1. RAPPORTI CON L'EBA. - 1.2.2. QUALI GLI EFFETTI PER L'UTENTE DI SERVIZI BANCARI?. - 1.3. IL *SINGLE RESOLUTION MECHANISM*. - 1.4. IL TERZO PILASTRO DELL'UNIONE BANCARIA EUROPEA: IL SISTEMA COMUNE DI ASSICURAZIONE DEI DEPOSITI.

1. INTRODUZIONE

La crisi economica, originatasi nel 2008 come crisi bancaria e trasformatasi in Europa in crisi del debito sovrano, ha fatto emergere la debolezza dell'architettura europea in materia di vigilanza degli enti creditizi. L'assenza di una vera armonizzazione di tipo orizzontale tra le differenti Autorità di vigilanza nazionali, nonché di un meccanismo di salvataggio degli istituti bancari a rischio di fallimento alternativo a quello paternalistico degli aiuti diretti da parte degli Stati, sono stati alcuni dei fattori di contagio della crisi in ambito comunitario.

L'Unione Europea ha fronteggiato la crisi economica attraverso due macro-tipologie di interventi, uno a carattere emergenziale, l'altro più lungimirante e finalizzato all'inaugurazione di una nuova fase di integrazione europea.

In un primo momento le istituzioni dell'Unione hanno optato per interventi eccezionali volti a garantire la stabilità dei mercati attraverso innesti di liquidità al sistema bancario europeo ed, in generale, all'economie degli Stati membri in difficoltà. In questo *corpus* di misure si collocano sia gli interventi straordinari posti in essere della Banca Centrale Europea (d'ora in avanti BCE) quale primissima risposta allo scoppiare della crisi (aste di finanziamento a lungo termine degli istituti bancari ed interventi sul mercato secondario dei titoli di debito dei Paesi più esposti alla speculazione)¹, sia strumenti di sostegno istituzionalizzati ed a carattere definitivo, quali ad esempio quello dello *European Stability Mechanism*².

Secondariamente l'Unione Europea ha dato il via ad una politica diretta alla realizzazione, attraverso fasi e strumenti normativi distinti (alcuni già venuti alla luce, altri meramente futuribili), di una vera e propria Unione Bancaria³, fondata su tre pilastri portanti: l'attribuzione alla BCE di un ruolo strategico in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, l'istituzione di un'Autorità apposita e di un meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie, la possibile creazione di un sistema integrato di assicurazione sui depositi.

Le dinamiche applicative degli elementi costituenti l'Unione Bancaria Europea inevitabilmente coinvolgeranno, direttamente ed indirettamente, anche gli utenti dei servizi bancari. Occorre pertanto domandarsi se le indubbie innovazioni che si vanno concretizzando costituiscano un vantaggio per i consumatori europei ovvero se, al contrario, comportino pregiudizi o differenziazioni di tutela tra gli stessi. Nella trattazione che segue si analizzerà il processo evolutivo dell'Unione Bancaria Europea,

1 Per un approfondimento sulle misure economiche d'urgenza promosse dall'Unione Europea in seguito alla crisi si v. G. NAPOLITANO e M. PERASSI, *La Banca Centrale Europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera per la politica monetaria?*, in *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, a cura di G. Amato e R. Gualtieri, Astrid, 2013, 41 ss.; G. ADINOLFI e M. VELLANO, *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2013.

2 Per una completa analisi del tema si rinvia a: F. BASSAN e C.D. MOTTURA, *Le garanzie statali nel sistema europeo di assistenza finanziaria agli Stati*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2013.

3 Per un inquadramento generale delle ragioni che hanno portato all'idea dell'Unione Bancaria Europea si rinvia a: AA. Vv., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica a cura di Banca d'Italia*, n. 75, 2014; O. CAPOLINO, *Il testo unico bancario e gli sviluppi della legislazione europea*, in *An. giur. econ.*, 2013.

ponendo l'accento su tali interrogativi, nella consapevolezza che, per trarre le conclusioni in merito agli effetti sul consumatore, si dovrà necessariamente attendere il definitivo compimento del processo evolutivo in corso e, soprattutto, la concreta applicazione, in una prospettiva a lungo raggio, del nuovo assetto di regole.

1.1. Il primo passo verso l'Unione Bancaria Europea: il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria. Focus sul ruolo dell'EBA

La fase prodromica del percorso europeo finalizzato a trasferire le funzioni di regolazione e di vigilanza, anche degli enti creditizi, dal livello nazionale a quello comunitario, è stata caratterizzata dalla formazione di un Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (*European System of Financial Supervision* - ESFS).

Con la sua istituzione l'Unione Europea ha dimostrato di voler dare concreta attuazione ai suggerimenti proposti dal gruppo ad alto livello sulla vigilanza finanziaria (meglio conosciuto come gruppo *de Larosière*), istituito dalla Commissione nell'ottobre 2008, in seguito al fallimento della *Lehman Brothers*. Il gruppo *de Larosière*⁴ consigliava, in piena aderenza alla teoria economica del c.d. «*trilemma finanziario*»⁵, quale misura urgente per prevenire nuove crisi del sistema bancario, di accentrare a livello europeo *in primis* i poteri di regolazione, anche attraverso l'istituzione di nuove Autorità.

Il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (d'ora in avanti SEVIF) è sorto dunque per perseguire obiettivi di applicazione uniforme ed efficiente della disciplina sostanziale del settore finanziario, (anche al fine di realizzare una protezione armonizzata dei diritti dei consumatori). Tale sistema, come è noto, presenta una struttura complessa, della quale fanno parte il Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board* - ESRB), le autorità di vigilanza dei singoli Stati membri (ufficialmente inserite, per la prima volta, in una struttura istituzionale coordinata a livello comunitario) e le tre Agenzie europee indipendenti di nuova istituzione, rispetti-

4 Cfr. Rapporto de Larosière, 25 febbraio 2009, punto 171, reperibile in http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_it.pdf.

5 Secondo tale teoria l'integrazione e la stabilità finanziarie non sarebbero compatibili con il contestuale mantenimento di una vigilanza strutturata su base nazionale, per cui il rafforzamento della spinta federalista sarebbe la sola possibile risposta all'odierna crisi bancaria. Cfr. D. SCHOENMAKER, *Il trilemma finanziario*, in *Economic Letters*, 2011, 57 ss.

vamente per il settore bancario (*European Banking Authority* - EBA), assicurativo (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* - EIOPA) e dei valori mobiliari (*European Securities and Markets Authority* - ESMA)⁶.

Il SEVIF, come rilevato dai primi commenti dottrinali⁷ successivi alla sua entrata in vigore, quanto alla natura giuridica, si presenta, dunque, come una rete di Autorità indipendenti, nazionali e transnazionali, che non orchestra nessuna politica prudenziale accentrata a livello europeo.

Le singole Autorità nazionali che lo compongono hanno mantenuto, infatti, i propri poteri di supervisione degli operatori economici del mercato finanziario. Esse, però, si sono trovate finalmente ad operare in un contesto teso all'armonizzazione europea delle norme tecniche su cui basare le pratiche di vigilanza, mediante il riconoscimento, alle tre Autorità di nuova istituzione, di importanti poteri regolamentari (o meglio, di consulenza tecnica alle istituzioni comunitarie detentrici del potere legislativo *stricto sensu*). L'analisi delle facoltà conferite dal Reg. UE 1093/2010 all'EBA (l'Autorità che, in virtù del suo ambito operativo, è quella che maggiormente interessa nella presente sede) risulta essere paradigmatica⁸ per comprendere l'organizzazione interna del SEVIF e l'esatta collocazione dei poteri (il potere normativo e quello di vigilanza) tra i soggetti che lo compongono. Il legislatore europeo, infatti, non ha assegnato all'Autorità per il settore bancario poteri di supervisione degli enti creditizi, ma solo di *regulation*: l'EBA può elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione da sottoporre all'approvazione della Commissione europea (artt. 10 e 15), può adottare orientamenti e formulare raccomandazioni rivolte alle Autorità nazionali o alle istituzioni finanziarie al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi (art. 16) e, solo in casi eccezionali, può adottare atti in sostituzione degli stessi organismi nazionali di supervisione bancaria (artt. 17, 18 e 19).

Il SEVIF ha attribuito un ruolo preminente, nell'esercizio della sua azione, alla tutela consumeristica, quale tassello di un più generale interesse pubblico alla stabilità ed all'efficienza del sistema finanziario. Le ripercussioni sul consumatore scaturenti dal nuovo schema coordinato di vigilanza e regolazione europea sono facilmente

6 Le tre Autorità sono state istituite rispettivamente dai Regolamenti UE n. 1093/2010 (EBA), n. 1094/2010 (EIOPA) e n. 1095/2010 (ESMA).

7 Cfr. G. GODANO, *Le nuove proposte di riforma della vigilanza prudenziale*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 75 ss.

8 I tre Regolamenti istitutivi dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA presentano una struttura speculare ed attribuiscono identici poteri di regolazione alle tre Autorità, ciascuna nell'ambito del proprio settore di competenza.

deducibili dalla ricostruzione degli obiettivi, dei poteri e delle organizzazioni interne delle tre Autorità di nuova istituzione, così come descritti dai rispettivi Regolamenti istitutivi.

In primo luogo è opportuno ricordare come la stessa nascita dell'EBA, dell'EIOPA e dell'ESMA propone, tra gli scopi ufficialmente perseguiti, anche quello di armonizzare il livello di tutela consumeristica, sopprimendo le eventuali discriminazioni sussistenti tra i differenti Paesi membri⁹.

Alle tre Autorità il legislatore europeo ha riconosciuto, inoltre, specifici poteri in materia di protezione dei consumatori. L'art. 9 del Reg. UE 1093/2010, ad esempio, attribuisce all'EBA un potere particolarmente incisivo nel ripristinare eventuali disfunzioni asimmetriche nei rapporti tra intermediari bancari ed utenti finali: quello di proibire o limitare temporaneamente le attività finanziarie suscettibili di mettere a repentaglio il funzionamento e l'integrità del mercato.

Quanto all'organizzazione interna, tutte le nuove *authorities* presentano, infine, una specifica divisione dedicata alla protezione dei consumatori che porta avanti attività di monitoraggio delle esigenze e delle problematiche dei suddetti soggetti deboli, al fine di indirizzare l'attività di regolazione dell'Autorità nella cui struttura sono inserite. Nell'espletare il compito loro riservato, tali divisioni possiedono, altresì, la facoltà di dialogare direttamente con le Associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative a livello comunitario, in piena applicazione di un modello "*bottom-up*" diretto alla concretizzazione di una tutela consumeristica orizzontale ed omogenea.

1.2. Il *Single Supervisory Mechanism* e il nuovo ruolo della BCE

Il meccanismo di coordinamento dei sistemi di vigilanza bancari nazionali introdotto con il SEVIF integrava, secondo il legislatore europeo, un approccio non idoneo, da solo, a realizzare quella svolta centripeta, nella disciplina europea sulla vigilanza dell'attività bancaria, ritenuta necessaria al fine di prevenire e contrastare eventuali nuove crisi sistemiche. Si è resa dunque necessaria, per ovviare alle ragioni

⁹ Considerando nn. 11 e 22 dei Regolamenti UE n. 1093/2010 (EBA), n. 1094/2010 (EIOPA) e n. 1095/2010 (ESMA).

della crisi, un'accelerazione della politica comunitaria diretta all'accentramento del sistema dei controlli nell'area bancaria ed alla simmetrica contrazione dei poteri riconosciuti, in tale materia, sia dalla normativa interna che da quella comunitaria, alle singole Autorità di vigilanza nazionali.

La prima pietra dell'ambiziosa costruzione della *Banking Union* è stata posta con il Reg. UE 1024/2013, il quale ha dato vita ad un *network* privo di personalità giuridica, il *Single Supervisory Mechanism* (di seguito anche SSM), composto dalla Banca Centrale Europea, alla quale sono stati attribuiti per la prima volta specifici e pervasivi compiti in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, e dalle Autorità nazionali degli Stati membri partecipanti. Il citato Regolamento costituisce il punto cardine di una più vasta mappa legislativa di cui fanno parte altresì il «*pacchetto CRD IV*» (comprendente il Reg. UE 575/2013 e la dir. 2013/36/UE) ed il Reg. UE 468/2014.

Il primo intervento normativo, posto in essere dal legislatore europeo quale presupposto necessario alla nascita della *Banking Union*, persegue l'obiettivo di riavvicinare le discipline nazionali ed i criteri di esercizio dei poteri di vigilanza, al fine di creare un *corpus* unico di regole tecniche, criteri applicativi e prassi di vigilanza. Il secondo intervento normativo, successivo all'entrata in vigore del Regolamento istitutivo del SSM, ha introdotto invece il c.d. «*framework regulation*», ovvero l'insieme delle procedure di cooperazione tra le Autorità nazionali e la BCE in merito all'esercizio della vigilanza prudenziale sugli enti creditizi.

Al fine di potersi interrogare sui presumibili effetti che l'introduzione del nuovo modello di vigilanza produrrà per il depositante e per l'utente di servizi bancari, occorre comprendere appieno il passaggio straordinario, rispetto al panorama preesistente, che il legislatore europeo ha compiuto con l'istituzione del SSM, attraverso un'analisi del meccanismo di funzionamento di quest'ultimo, focalizzando in particolare l'attenzione sulla questione del riparto di competenze tra BCE ed Autorità nazionali nell'ambito del nuovo quadro regolamentare, nonché sul rapporto tra SSM ed EBA.

Prima del dilagare della crisi economica la Banca Centrale Europea deteneva un ruolo marginale nel campo della vigilanza prudenziale¹⁰. La supervisione degli istituti di

¹⁰ Sulla nozione di vigilanza prudenziale, il contributo della dottrina è ingente. Si veda: M. RISPOLI FARINA, *La vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2005; A. BORELLO, *Il controllo pubblico del credito*, in *Trattato*

credito, come è noto, era appannaggio esclusivo delle singole Autorità nazionali in base al noto principio dell'*home country control*¹¹, mentre la BCE esercitava, in materia di controllo prudenziale, mere competenze di coordinamento e di supporto, esercitate mediante poteri consultivi.

L'estromissione delle istituzioni europee dal controllo operativo delle banche trovava la sua ragione d'essere nel principio di sussidiarietà¹² e nell'interpretazione letterale dei Trattati dell'Unione Europea, in particolare dell'art. 127 TFUE. Tale norma prevede, infatti, una clausola che introduce la possibilità di ampliare le competenze della BCE nel settore in esame, ma soltanto all'esito di una complessa procedura legislativa speciale, che contempla la previa consultazione del Parlamento europeo e della stessa BCE, nonché l'unanimità in seno al Consiglio¹³.

Il ruolo ancillare relegato in passato all'Unione Europea nell'ambito dell'esercizio della vigilanza prudenziale era inoltre legato all'idea tradizionale che l'obiettivo primario dell'azione della BCE dovesse essere il solo mantenimento della stabilità dei prezzi.

La vigilanza prudenziale veniva dunque gerarchicamente subordinata al tradizionale compito della definizione e dell'attuazione della politica monetaria per gli Stati della zona Euro. Il modello adottato con il Trattato di Maastricht è stato quello della netta scissione tra l'esercizio della vigilanza bancaria e la conduzione della politica monetaria, in virtù dei possibili conflitti tra il perseguimento di obiettivi di stabilità finanziaria e di stabilità monetaria¹⁴.

di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2003, 2069 ss.; R. ADAMO, *La vigilanza bancaria. Profili evolutivi*, Napoli, 2003; M. CERA, *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, Milano, 2002; P. CIOCCA, *La nuova finanza in Italia. Una difficile metamorfosi*, Torino, 2000. Quest'ultimo Autore (174) ritiene che la vigilanza prudenziale, quale specifica applicazione del controllo amministrativo dell'economia, sia finalizzata a «...rinsaldare la solidità sistemica dell'industria finanziaria, promuovendo l'efficienza e la concorrenza al suo interno; sceverare l'illiquidità dell'insolvenza nella prevenzione e nella risoluzione delle crisi; evitare che intermediari solo illiquidi ma solvibili soccombano; assicurare l'exit degli operatori inefficienti; impedire con il minor costo in termini di moral hazard, che le difficoltà dei singoli operatori si estendano per contagio all'intero sistema, sino a minare il valore della moneta e la fiducia in essa».

11 Per un approfondimento sul principio dell'*home country control* si rinvia a E. MONACI, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007, 202 ss.; M. PACINI, *La vigilanza prudenziale tra banche centrali nazionali e banca centrale europea*, in *Banca impresa società*, 2003, 349 ss.

12 Per un'analisi dell'applicazione del principio di sussidiarietà nel settore della vigilanza prudenziale si veda in particolare: I. SABBATELLI, *La supervisione sulle banche. Profili evolutivi*, Padova, 2009, 237 ss.

13 Sul tema si veda: A. DI MARCO, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziale*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 549 ss.

14 Sulla recente evoluzione, in conseguenza della crisi finanziaria, dalla sola competenza in materia di politica monetaria, all'assunzione di nuovi specifici compiti di vigilanza bancaria da parte della BCE si rinvia a S.

La recente crisi economica ha però modificato le carte in tavola, spingendo l'Unione Europea ad optare per un repentino superamento del modello tradizionale finora descritto, prima, come si è visto, mediante l'attuazione di un sistema di vigilanza nazionale il più possibile armonizzato (il SEVIF)¹⁵, poi con l'emanazione del Reg. UE 1024/2013.

Il *Single Supervisory Mechanism*, in realtà, riconosce sia poteri di vigilanza prudenziale degli enti creditizi alla BCE (in coordinamento con le banche centrali nazionali), sia il mantenimento di una sfera di autonomia in capo a quest'ultime. L'identificazione del *discrimen* tra le funzioni riconosciute direttamente alla BCE e le funzioni che continueranno a fare capo alle singole Autorità nazionali competenti, non risulta essere però completamente agevole, a causa del criterio di riparto misto scelto dal legislatore europeo. Dall'impianto del Regolamento istitutivo del SSM, infatti, si evince come la competenza in materia di vigilanza prudenziale della BCE viene individuata a volte sulla base del solo criterio per materia, ed a volte sulla base anche di un criterio di tipo soggettivo, incentrato sulle dimensioni del soggetto vigilato.

Volendo delineare una classificazione, è possibile individuare, all'interno nel testo regolamentare, materie di competenza esclusiva della BCE, materie concorrenti e materie di competenza esclusiva delle autorità nazionali.

L'art 4 del Regolamento attribuisce alla BCE compiti esclusivi nell'ambito dell'esercizio di determinati poteri tipici della vigilanza prudenziale quali il rilascio e la revoca delle autorizzazioni agli enti creditizi e l'esperimento di azioni ispettive e sanzionatorie. Accanto a questi, il legislatore europeo individua una zona grigia di competenze concorrenti tra BCE ed Autorità nazionali, in materia, ad esempio, di poteri afferenti alla verifica del rispetto della disciplina prudenziale nelle componenti qualitative (organizzazione, governo societario) ed in quelle quantitative (requisiti patrimoniali, concentrazione dei rischi, liquidità) da parte degli enti creditizi. In tali casi il criterio per materia viene integrato da quello basato sulla differente

ANTONIAZZI, *L'Unione Bancaria Europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi ed il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 359 ss.

15 La creazione del SEVIF, come si è già precisato, è stata il frutto dell'accoglimento, da parte dell'Unione Europea, dei suggerimenti proposti dal gruppo de Larosière. È opportuno precisare però come il gruppo ad alto livello sulla vigilanza finanziaria aveva espresso il suo parere negativo all'attribuzione di competenze alla BCE in materia di vigilanza prudenziale, sulla base della considerazione che «...la BCE ha il compito primario di vigilare sulla stabilità monetaria; il fatto di attribuirle anche compiti di vigilanza microprudenziale potrebbe essere deleterio per il mandato fondamentale che le è stato conferito».

tipologia del soggetto vigilato, attraverso l'introduzione della fondamentale distinzione tra banche "*of significant relevance*" e banche "*less significant*"¹⁶. Le prime vengono assoggettate alla nuova supervisione della BCE, le seconde continuano ad essere sottoposte alla vigilanza delle rispettive Autorità nazionali (seppur nell'ambito dell'ormai noto modello della vigilanza armonizzata).

Il Regolamento istitutivo del SSM introduce comunque dei meccanismi di raccordo. Nell'art. 6, infatti, si stabilisce come la BCE possa avocare a sé la vigilanza di banche che, pur non integrando i requisiti di significatività richiesti, siano idonee a creare potenziale instabilità nel settore bancario. Inoltre, nella medesima norma, viene stabilito come, anche nell'ambito di esclusiva competenza della BCE, alle singole Autorità nazionali spetti comunque l'onere di assistere l'istituzione di Francoforte nell'esercizio dell'attività di vigilanza prudenziale, seppur nel ruolo nettamente ridimensionato di mere esecutrici delle direttive impartite centralmente. In dottrina¹⁷ si è sostenuto come l'obbligo di cooperazione tra BCE e banche centrali nazionali, all'interno del *network* del SSM, finirà per essere necessariamente asimmetrico, poiché saranno soprattutto le Autorità nazionali a dover svolgere un'attività di supporto alla BCE nell'esercizio dei suoi compiti esclusivi.

Alcune materie¹⁸, infine, vengono lasciate alla sola competenza delle banche centrali nazionali. Trattasi di materie che non hanno attinenza con la vigilanza prudenziale in senso stretto e che, dunque, l'art 127 TFUE non avrebbe consentito di demandare alla BCE. Tra esse il Regolamento annovera anche l'attività di supervisione degli enti creditizi in materie di protezione dei consumatori.

1.2.1. Rapporti con l'EBA

16 Come si evince dalla lettura dell'art. 6 del Reg. UE n. 1024/2013, la distinzione tra banche "*of significant relevance*" e banche "*less significant*" si fonda su un triplice criterio: dimensionale, qualitativo e di significatività transfrontaliera. Per "banche di rilevanza europea" si intendono, in sintesi, quegli istituti bancari che gestiscono assets per almeno 30 miliardi di euro o pari al 20% del PIL del paese d'origine. I gruppi bancari europei che rientreranno nella sfera di vigilanza della BCE sono all'incirca 150.

17 Cfr. M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, relazione al XX Congresso Italo - Spagnolo dei professori di diritto amministrativo su "*I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*", Roma, 27 febbraio - 1 marzo 2014.

18 Considerando n. 28 del Reg. UE n. 1024/2013.

Al fine di effettuare una compiuta analisi del sistema introdotto dalla nascita del SSM, occorre interrogarsi sul ruolo dell'EBA all'interno della *Banking Union* e sui suoi rapporti con la BCE quale attuale supervisore diretto degli intermediari bancari a valenza sistemica¹⁹.

Il Reg. UE 1024/2013 concilia l'apparente contraddizione tra le due Autorità, le quali presentano evidenti analogie funzionali, nell'art. 3, in cui espressamente viene stabilito che «...la BCE coopera strettamente con l'Autorità Bancaria Europea...e con le altre autorità facenti parte del SEVIF che garantiscono un livello adeguato di regolamentazione e di vigilanza nell'Unione».

A ben vedere la cooperazione auspicata dal Regolamento appare senz'altro possibile, in quanto le due Autorità, seppur operanti nel medesimo settore, esercitano compiti (quasi) totalmente differenti.

All'EBA (così come alle altre agenzie che compongono il SEVIF) il legislatore europeo non ha riconosciuto poteri di supervisione e di intervento diretto sugli intermediari finanziari. Pertanto, quantomeno sul campo dell'esercizio diretto della vigilanza prudenziale, non appare integrabile una potenziale sovrapposizione di competenze.

L'indagine volta a svelare eventuali contrasti o duplicazioni dei compiti e delle funzioni riconosciute, rispettivamente, all'EBA ed alla BCE, deve quindi necessariamente spostarsi dal piano della vigilanza prudenziale a quello della potestà regolamentare. In quest'ultimo campo sembrerebbe ravvisabile un labile accavallamento di competenze tra le due Autorità. L'art. 4 del Regolamento istitutivo del SSM attribuisce, infatti, anche alla BCE, un potere regolamentare, seppur tendenzialmente limitato, in quanto esercitabile solo nella misura in cui ciò sia necessario ai fini dell'organizzazione o della precisazione dei suoi compiti. Ad eccezione di questo unico caso (suscettibile, tra l'altro, di applicazione meramente residuale), la BCE non risulta essere titolare di un autonomo potere normativo, che, invece, costituisce uno dei compiti principali dell'EBA, seppur quest'ultima lo eserciti solo in via indiretta (per mezzo della Commissione).

Il meccanismo di riparto delle competenze attribuite alle due Autorità europee del

¹⁹ Sul rapporto tra SSM ed EBA si rinvia a M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica a cura di Banca d'Italia*, n. 73, 2013, 33 ss.

settore bancario che viene fuori dal quadro normativo dettato a livello europeo appare, quindi, assolutamente coerente: l'EBA produce le norme (per mezzo della Commissione, che a sua volta, legifera su delega del Parlamento o del Consiglio) e la BCE le applica nell'esercizio dell'attività di vigilanza prudenziale ad essa riservata.

In dottrina²⁰ c'è chi ha però evidenziato profili di ambiguità nell'ambito del suddetto sistema, ritenendo singolare che ad una istituzione quale la BCE non sia stato attribuito un più incisivo potere di dettare le regole in base alle quali esercitare la vigilanza. La ragione di tale lacuna è stata rintracciata non tanto nella volontà del legislatore europeo di rendere perfettamente sincronizzate e separate le attività dell'EBA e della BCE, quanto in circostanze storiche emergenziali. La crisi economica ha convinto gli Stati ad attribuire le funzione di vigilanza bancaria proprio alla BCE (e non alla neonata EBA, già titolare della potestà regolamentare) in ragione del fondamentale ruolo da essa giocato nel pieno dell'emergenza finanziaria.

1.2.2. Quali gli effetti per l'utente di servizi bancari?

Nel dettare il complesso sistema di riparto delle competenze, nell'ambito dell'esercizio della vigilanza prudenziale, tra piano comunitario e piano nazionale, il Reg. UE 1024/2013 ha enucleato alcune materie di spettanza esclusiva delle singole Autorità nazionali. All'interno di tale categoria, il legislatore europeo ha inserito anche la disciplina di vigilanza degli enti creditizi in materia di protezione dei consumatori.

La suddetta scelta legislativa potrebbe indurre, in prima analisi, a ritenere che l'istituzione del SSM nulla abbia modificato per l'utente di servizi bancari (sia esso depositante o investitore). In realtà notevoli potranno essere, anche nell'immediato futuro, gli effetti suscettibili di ripercuotersi sulla sfera d'interessi del consumatore.

Una primissima e ragionata analisi sul tema, non può che partire da un chiarimento necessario: l'entrata in vigore del nuovo assetto di norme in materia di supervisione bancaria produrrà, nei riguardi dei consumatori europei, soprattutto effetti indiretti, derivanti dal passaggio della *law in action*. In virtù dell'impossibilità, allo stato attuale, di analizzare compiutamente la prassi operativa della BCE nel suo nuovo ruo-

20 Cfr. A. PISANESCHI, *La regolazione comunitaria del credito tra European Banking Authority (EBA) e Banca centrale europea: prime osservazioni sul Single Supervisory Mechanism*, in *Riv. regolazione mercati*, 2014, 177 ss.

lo di supervisore, stante la novità del tema e l'incompleta formazione, anche normativa, dell'architettura definitiva della *Banking Union*, non è però possibile trarre delle conclusioni certe relativamente alle modifiche che la rivoluzione normativa in atto apporterà alla posizione degli utenti di servizi bancari. È tuttavia già possibile offrire degli spunti di riflessione.

Quanto agli effetti positivi, è opportuno rilevare che la nascita di un modello di vigilanza centralizzata delle banche di importanza sistemica, contribuisce senza dubbio a limitare fenomeni di "*cattura del regolatore*"²¹ da parte degli enti creditizi, aumentando la garanzia di una gestione bancaria trasparente e rispettosa degli interessi e dei diritti dei consumatori.

Quanto ai possibili profili di criticità, occorre domandarsi se il nuovo sistema di supervisione, introducendo un'indubbia differenziazione, in tema di disciplina applicabile, tra banche sottoposte a vigilanza nazionale (seppur in un contesto armonizzato a livello comunitario) e banche sottoposte ad accentrata vigilanza europea, realizzi anche una differenziazione di tutela tra gli utenti dei servizi offerti dagli istituti di credito cd. sistemici e gli utenti degli istituti di credito non sistemici.

La risposta al quesito, alla luce della premessa fatta precedentemente, non può essere data con estrema certezza. Ragionando in termini meramente prognostici è possibile però ipotizzare, anche alla luce della politica economica propugnata dalla BCE (la quale auspicherebbe, in futuro, una diminuzione del numero delle banche europee) il rischio per le banche di più esigue dimensioni (rientranti, spesso, nella neo-categoria delle "*less significant bank*") di doversi fondere con banche più grandi per riuscire a sopravvivere. Tale circostanza potrebbe comportare disagi per i risparmiatori ed i consumatori dell'intermediario protagonista dell'operazione straordinaria²². I fenomeni di concentrazione bancaria, per la verità, risultano essere potenzialmente nocivi per tutti i consumatori (a prescindere dalla tipologia di banca con cui sono soliti interfacciarsi), in quanto idonei a realizzare una restrizione della concorrenza in termini di minor diversificazione dell'offerta bancaria.

21 Per un approfondimento sul tema, in materia di mercati finanziari, si veda: M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, 299 ss.

22 Per un'analisi sul tema degli effetti che una fusione bancaria può produrre sulla sfera giuridica del consumatore si veda: L. CHIAROMONTE, *Le concentrazioni bancarie in Europa ed i processi di integrazione cross-border*, Milano, 2008, 63 ss.; D. FOCARELLI e F. PANETTA, *Le trasformazioni del sistema bancario italiano ed i suoi effetti sulle imprese e sui risparmiatori*, in *Banche e Banchieri*, 2002, 347 ss.

1.3. Il *Single Resolution Mechanism*

Il secondo pilastro su cui si fonda l'Unione Bancaria Europea è stato recentemente costruito, mediante l'approvazione del Reg. UE 806/2014 che istituisce il *Single Resolution Mechanism* (d'ora in avanti SRM), dettando un *corpus* di regole e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi a rischio fallimento. La *ratio* di tale innovazione in materia di gestione dei fallimenti degli istituti di credito consiste nella volontà di interrompere il circolo vizioso tra crisi del sistema bancario ed indebitamento degli Stati dell'Unione Europea. L'esperienza degli anni di crisi ha, infatti, dimostrato come gli interventi nazionali aventi ad oggetto il salvataggio di banche o istituzioni finanziarie si ripercuotono negativamente sul debito sovrano dello Stato interessato e, nel caso in cui si tratti di un paese dell'Eurozona, anche sulla moneta comune, creando degli ingenti costi per i *tax payers*²³.

Il SRM si fonda su due elementi principali: l'istituzione di un' Autorità unica di risoluzione per le crisi bancarie (con il compito di gestire, attraverso una procedura uniforme, l'eventuale fallimento degli istituti di credito), e la creazione di un Fondo unico di risoluzione²⁴ a cui attingere nel caso in cui si renda necessario beneficiare le banche di un innesto di liquidità per evitare una crisi sistemica.

L'organo principale del SRM consiste in un Comitato di risoluzione unico (artt. 42 ss.)²⁵ il quale, previa notifica da parte della BCE, in qualità di autorità di vigilanza, del dissesto o rischio di dissesto di una banca, ha il compito di preparare un programma di risoluzione²⁶, della cui attuazione sarà poi responsabile. Tale programma può prevedere anche l'utilizzo del Fondo unico di risoluzione, il cui portafoglio sarà finanziato direttamente dalle banche e si costituirà nel corso di un periodo a

23 M. MANCINI, *op. cit.*, 18 ss.

24 Il Reg. UE n. 806/2014 subordina, all'art. 1, l'utilizzo del Fondo all'entrata in vigore di un accordo intergovernativo. Tale accordo è stato firmato dagli Stati partecipanti al SSM ed al SRM in data 21 maggio 2014.

25 Il Comitato di risoluzione unico sarà responsabile delle fasi di pianificazione e di risoluzione delle banche transfrontaliere e di quelle poste sotto la diretta vigilanza della BCE, mentre le Autorità nazionali di risoluzione saranno responsabili di tutte le altre banche. Il Comitato sarà comunque sempre responsabile qualora la risoluzione di una banca richieda l'accesso al Fondo di risoluzione unico (art. 7 del Reg. UE n. 806/2014).

26 Il programma di risoluzione, che può prevedere la liquidazione, la ricapitalizzazione, o la ristrutturazione della banca in crisi, entrerà in vigore entro 24 ore dall'approvazione del Comitato, a meno che il Consiglio, il quale delibera a maggioranza semplice su proposta della Commissione, non muova obiezioni (art. 18 del Reg. UE n. 806/2014).

lungo raggio²⁷.

Tra gli strumenti che il Comitato di risoluzione unico può decidere di adottare per ovviare al fallimento dell'ente creditizio, l'art 22 del Reg. UE 806/2014 annovera anche il meccanismo del "*bail-in*". Tale congegno può consistere o nella conversione obbligatoria degli strumenti di debito emessi dalle banche in azioni (senza il consenso degli obbligazionisti) o, addirittura, nell'imposizione di parte del valore delle passività dell'ente creditizio agli azionisti ed ai creditori. L'utilizzo della tecnica del "*bail-in*" trasferisce, in definitiva, il rischio del fallimento bancario sui depositanti e sugli investitori.

In dottrina²⁸ è stato rilevato come le novità apportate dal SRM, soprattutto in termini di strumenti di risoluzione utilizzabili, sembrano integrare un parziale mutamento nella gerarchia di interessi meritevoli di tutela nel settore bancario. Fino a tempi recentissimi, come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, l'interesse pubblico alla stabilità del mercato, strettamente correlato con l'interesse alla tutela dei risparmiatori, dei depositanti e degli investitori, hanno rivestito un ruolo prioritario nelle scelte operate dei singoli Stati e dall'Unione Europea per far fronte ai fallimenti degli istituti di credito.

La crisi economica ha indotto il legislatore europeo ad operare un parziale stravolgimento di tale impostazione tradizionale, introducendo l'esigenza di sacrificare tutti gli altri interessi, compreso quello dei depositanti, in via prioritaria rispetto a quello del risparmio del denaro pubblico. La categoria del contribuente europeo, nel quadro delineato dal Regolamento istitutivo del SRM, sembra destinata, dunque, a godere di una tutela maggiorata rispetto al consumatore il quale, in caso di insolvenza della banca, non potrà più aspettarsi un intervento certo da parte dello Stato ma, anzi, potrebbe essere chiamato a partecipare alle perdite dell'ente creditizio.

1.4. Il terzo pilastro dell'Unione Bancaria Europea: il sistema comune di assicurazione dei depositi

²⁷ Si stima che l'ammontare definitivo del Fondo, che si costituirà in un periodo pari a 8 anni, sarà di circa 55 miliardi di euro.

²⁸ Cfr. R. LENER, *La "liquidazione unica" (o "Single resolution mechanism")*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2013, 652 ss.; M. MANCINI, *op. cit.*, 42 ss.

L'ultimo tassello che dovrebbe andare a comporre il quadro completo della *Banking Union* consiste nella creazione di un fondo unico di garanzia dei depositi a livello europeo²⁹. Tale questione, che, se concretizzata, introdurrebbe un'importante tutela di cui il depositante potrebbe beneficiare in caso di fallimento dell'istituto di credito, è in realtà ancora in fase di negoziazione.

Ciò che il legislatore europeo ha recentemente realizzato è stata, invece, un'armonizzazione più stringente delle regole comuni applicabili ai sistemi nazionali di garanzia dei depositi. Con la dir. 2014/49/UE è stato infatti perseguito l'obiettivo di eliminare talune differenze tra le legislazioni degli Stati membri sul tema.

La nuova direttiva introduce altresì un massimo livello di armonizzazione della tutela attribuita agli utenti di servizi bancari. In essa, ad esempio, viene riconosciuto ai depositanti il diritto ad essere rimborsati in tempi più brevi (art. 8) e vengono imposti agli istituti di credito obblighi informativi più serrati sulla garanzia prestata (art 16).

SEZIONE II - LA FASE ASCENDENTE

(ALESSANDRO LOMORO - NAZARENO MIZZAU - FABIO PORTA)

1. LA TUTELA DEL RISPARMIATORE TRA OBBLIGHI DI PROTEZIONE E INIZIATIVE DI EDUCAZIONE FINANZIARIA (ALESSANDRO LOMORO)

SOMMARIO: 1.1. INTRODUZIONE. - 1.2. I PROGRAMMI EDUCATIVI DELLE *AUTHORITIES* NAZIONALI: IN PARTICOLARE, BANCA D'ITALIA. - 1.2.1. *SEGUE*. IL CONFRONTO CON IL CONTESTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO. - 1.3. RILEVANZA ED EFFICACIA DELLE INIZIATIVE DI EDUCAZIONE FINANZIARIA. - 1.4. I PROGRAMMI DI EDUCAZIONE FINANZIARIA: PROFILI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE.

1.1. Introduzione

Nell'ultimo ventennio l'economia italiana e internazionale è stata caratterizzata da numerosi scandali e dissesti finanziari di rilevante portata³⁰ e dal moltiplicarsi di

29 Cfr. A. BAGLIONI, P. BONGINI, M. LOSSANI, L. NIERI, *Verso l'Unione bancaria europea: disegno istituzionale e problemi aperti*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2012, 319-320.

30 Basti pensare, per citarne solo alcuni, ai casi "Enron", "Worldcom", "Cirio", "Giacomelli", "Parmalat",

forme di abuso a danno dei risparmiatori, tanto che il tema della loro difesa ha sovente occupato il proscenio della cronaca giornalistica e processuale.

Il risparmio³¹ è, da diversi anni, al centro di un vivace dibattito che interessa trasversalmente numerosi campi del sapere e tra questi, di certo, anche quello della scienza giuridica.

È alla forma di “risparmio gestito o amministrato”, caratterizzato dalla liquidità monetaria fatta confluire direttamente nel mercato finanziario, che è dedicata la presente trattazione.

Si tratta di una forma moderna e dinamica di risparmio, cui sottostà una realtà economico-giuridica complessa, “polifunzionale”³², suscettibile di declinazioni e contenuti differenti e in continua evoluzione. Di conseguenza, anche l’espressione “tutela del risparmio” non presenta più un significato univoco³³.

Negli ultimi tre decenni i meccanismi e le tecniche di raccolta e di canalizzazione del risparmio hanno subito una marcata opera di rinnovamento, tanto che alla tradizionale intermediazione bancaria si sono, mano a mano, affiancate e sostituite nuove forme di intermediazione finanziaria, rispetto alle quali si è tuttavia sviluppato un maggior bisogno di tutela da parte degli investitori.

“Lehman Brothers”.

31 Ai fini d’indagine, occorre comprendere cosa s’intende con il termine “risparmio”. Con riguardo all’accezione economica, il risparmio può essere definito come l’accantonamento di quella parte di reddito che non viene destinata immediatamente al consumo. Il termine risparmio, però, può assumere anche ulteriori accezioni, ad esempio: (i) la moneta risparmiata può rimanere direttamente nella disponibilità fisica del suo proprietario, instaurandosi, in tal caso, una relazione di possesso materiale tra la *res* e il titolare; oppure, (ii) può essere affidata al c.d. “deposito bancario”, contraddistinto dall’obbligo del rimborso del capitale depositato; ovvero, ancora, (iii) essere impegnata nelle forme del c.d. “risparmio gestito o amministrato”, per tale intendendosi quello fatto confluire mediante sottoscrizione di polizze assicurative, fondi pensione, fondi comuni di investimento mobiliari e immobiliari. Tutti prodotti, quest’ultimi, che si differenziano per *asset allocation* e per rapporto rischio/rendimento, ma che, al contempo, sono accomunati dall’affidamento a un operatore specializzato dell’incarico di gestire le somme ricevute in conformità alle istruzioni contrattualmente pattuite.

32 Tra le diverse forme del risparmio gestito esistono profonde differenze concettuali e normative, che trovano tuttavia la sede naturale di analisi nella materia del diritto privato, in particolare in quella del diritto commerciale. Un elemento comune è rappresentato dalla sottoscrizione di un contratto di deposito o di gestione, avente a oggetto lo scambio tra un bene presente (il danaro consegnato) e la promessa o l’impegno alla sua restituzione (bene futuro), che può essere o meno garantita a seconda del tipo di investimento.

33 È possibile, però, ricostruirne una definizione di portata generale: la “tutela del risparmio” può certamente dirsi caratterizzata, avuto a riguardo lo stato dell’arte della relativa disciplina, da un coacervo di corpi normativi, spesso disuniti ed eterogenei tra loro, ma complessivamente finalizzati alla difesa del mercato finanziario e alla protezione, tanto del risparmio inteso come bene collettivo, quanto degli interessi individuali dei risparmiatori.

Il mercato finanziario, luogo di raccolta e di gestione del risparmio, è storicamente caratterizzato da una tensione tra due opposte istanze: l'una di politica legislativa; l'altra di politica economica e sociale³⁴. Da un lato, difatti, v'è la necessità di evitare il rischio di un'ipertrofia normativa e regolamentare e di un conseguente eccessivo soffocamento del mercato; dall'altro, invece, v'è l'esigenza di offrire ai risparmiatori un livello di protezione qualitativamente sufficiente per preservare la fiducia che gli stessi ripongono nell'integrità e nel corretto funzionamento del mercato stesso³⁵.

Recentemente, il compito del legislatore è stato quello di configurare un assetto normativo volto a coniugare le predette esigenze, muovendo dalla consapevolezza che l'attività di intermediazione finanziaria deve essere promossa e valorizzata, perché essenziale allo sviluppo di una moderna economia di mercato.

In un siffatto contesto, si inseriscono i numerosi interventi legislativi che negli ultimi anni si sono succeduti, ispirati spesso a logiche di ordine sistematico e strutturale, oltre che di disciplina puntuale³⁶.

Tutto ciò - è bene sottolinearlo sin d'ora - non si è dimostrato sufficiente (o, comunque, a tutt'oggi non può ritenersi sufficiente) ad assicurare quella tutela minima

34 Cfr., in tal senso, F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio: dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 1469 ss.

35 Ancora, F. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*

36 Senza alcuna pretesa di esaustività, è possibile, in tale sede, ripercorrere brevemente i tratti essenziali dell'evoluzione normativa in materia. Verso la fine degli anni '90 si è assistito, in Europa, a un intenso processo di riflessione riguardante gli assetti della disciplina dei mercati mobiliari: si veda, in tal senso, il Libro Verde, pubblicato il 22 maggio 1996 e finalizzato a garantire un livello adeguato di tutela dei consumatori. In ambito nazionale, invece, l'esigenza di un adeguamento del panorama legislativo alle dinamiche e alle evoluzioni del mercato ha condotto il nostro Paese ad adottare provvedimenti volti alla ristrutturazione degli apparati di vertice del settore: si veda, in tal senso, la legge n. 262 del 2005, la c.d. "*Legge sul risparmio*". Si è assistito, poi, alla crescita esponenziale dei poteri di *enforcement* attribuiti alla CONSOB e al deciso inasprimento delle sanzioni applicabili a emittenti e intermediari, nonché agli autori (persone fisiche e giuridiche) di abusi di mercato. Ancora, il 2007 è stato l'anno del consolidamento del quadro legislativo europeo dei mercati finanziari, attraverso la quasi completa trasposizione delle direttive negli ordinamenti nazionali degli Stati membri. L'Italia, dal suo canto, ha provveduto al recepimento delle direttive: (i) sui mercati di strumenti finanziari (direttiva 2004/39/CE, c.d. "MiFID"); (ii) sulle offerte pubbliche di acquisto e scambio (direttiva 2004/25/CE); (iii) sugli obblighi informativi degli emittenti (dir. 2004/109/CE, c.d. *Transparency*); nonché, (iv) sul prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari (direttiva 2003/71/CE). Da ultimo, occorre dare conto del recente correttivo apportato alla direttiva MiFID: a poco meno di dieci anni dal recepimento in Italia delle nuove regole, mediante il d. lgs. n. 164/2007, ecco giungere la "MiFID II", frutto di un processo di revisione avviato nel 2010, accelerato dalla crisi finanziaria del 2008 e dalla necessità di una regolazione maggiormente uniforme a livello comunitario. In particolare, la Proposta della Commissione UE, avanzata nel 2011, si è articolata in un Regolamento (n. 600/2014, c.d. *Mifir*) e una direttiva (2014/65/UE, c.d. *MiFID II*), successivamente approvati dal Parlamento Europeo il 15 aprile 2014 e pubblicati, in via definitiva, sulla Gazzetta Ufficiale Europea del 12 giugno 2014.

al risparmiatore da più parti auspicata³⁷: si rileva, dall'analisi dell'attualità, come l'oggetto del contratto tra risparmiatore e intermediario «*sia sempre meno un bene determinato nel suo ammontare (il denaro) in sede di costituzione come di svolgimento e di estinzione del rapporto, quanto piuttosto la promessa di un bene futuro incerto nell'ammontare, nella consistenza, talora nella sua stessa individuazione*», in ciò consistendo, appunto, «*l'intima essenza del 'prodotto finanziari'*»³⁸.

Si tratta, pertanto, di un impiego del risparmio precario, incerto, connotato da una elevata rischiosità.

In una tale dinamica, risulta allora decisiva l'adozione, da parte del risparmiatore, di scelte razionali, che presuppongono, però, il possesso di un elevato grado di informazioni e di conoscenze.

A questo punto, si avverte chiaramente tutta la difficoltà della materia e affiora il tema in esame: la recente crisi economica globale, unitamente all'esigenza di migliorare il sistema di protezione del risparmiatore, troppe volte vittima inconsapevole di fenomeni del c.d. "risparmio tradito", ha catapultato le istituzioni dinanzi all'idea di intraprendere un nuovo percorso legislativo, quello, appunto, dell'educazione finanziaria del risparmiatore.

L'intento educativo in proposito maturato nasce dalla constatazione, sulla scorta dei *default* del mercato e, conseguentemente, del sistema normativo a questo afferente, di uno scarso livello culturale raggiunto dai risparmiatori in materia finanziaria, tale da esporli, nella quasi totalità dei casi, a investimenti dei quali non hanno compreso l'effettiva rischiosità³⁹.

Difatti, in un contesto normativo in cui la tutela dei risparmiatori, nel rapporto diretto con gli intermediari, è, a tutt'oggi, ancorata alla correttezza dei comportamenti

37 A riprova di quanto argomentato nel testo, non è necessario andare troppo in là con la memoria: significativo, a tal riguardo, è il già citato ripensamento operato dall'Unione Europea su uno dei pilastri della normativa di tutela del risparmiatore, la direttiva "MiFID", certamente rilevatore di una insita debolezza della normativa in materia. Cfr., in tal senso, la Relazione alla proposta di direttiva MiFID 2 COM(2011) 656 definitivo, ove si osserva che «sebbene ampiamente giustificate nell'ambito dell'esperienza della crisi finanziaria, le norme generali della MiFID rivelano tuttavia l'esigenza di miglioramenti mirati, ma ambiziosi».

38 Così, G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, 79.

39 Indicativo, a tal riguardo, è lo studio condotto, già in tempi non sospetti (2008), da *The European House Ambrosetti*, dal titolo "*L'educazione finanziaria in Italia. La prima misurazione del livello di cultura degli italiani*" e reperibile sul sito internet www.ambrosetti.eu.

tenuti dagli stessi intermediari⁴⁰, l'accrescimento del bagaglio cognitivo del risparmiatore in materia finanziaria, in funzione tanto dell'assunzione di un ruolo più attivo e consapevole nelle decisioni di investimento, quanto del rafforzamento della sua capacità di autotutela anche nel rapporto con la controparte contrattuale, rappresenta un obiettivo cui tendere, in linea peraltro con il diritto all'educazione del consumatore, sancito in termini generali dall'art. 4 cod. cons.

Non solo. È noto come uno dei pilastri fondamentali, attorno ai quali ruota l'apparato di protezione del risparmiatore, sia rappresentato dall'informazione: la disponibilità della stessa - si dice - tende a ridurre il *gap* delle asimmetrie informative con l'intermediario, nonché ad agevolare il cliente nell'attività comparativa svolta su più prodotti finanziari, tale da consentirgli di effettuare scelte consapevoli di investimento⁴¹.

Eppure, il legislatore (comunitario e nazionale), giocando costantemente il "jolly" dell'informazione, sulla scorta della giustificazione del principio generale di trasparenza, non ha mancato di (ab)usarne, fino a rilevarne (rendendole, peraltro, di immediata percezione) anche le conseguenti criticità⁴².

Per tal via, ecco emergere il punto focale per il passaggio successivo: dalla trasparenza all'educazione finanziaria del risparmiatore.

Tuttavia, occorre sgombrare subito il campo da possibili fraintendimenti. Il tema dell'educazione del risparmiatore non può (e, soprattutto, non deve) essere considerato in maniera strumentale rispetto agli altri profili giuridici coinvolti: non potranno

40 Si veda, a titolo esemplificativo, il disposto dell'art. 21 del d.lgs. n. 58/1998 ("T.u.f."), ove, al primo comma, viene stabilito che «[n]ella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono...comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati».

41 La letteratura, sul punto, è vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, v. F. VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Milano, 2013, 274 ss.; P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Torino, 2011, 239 ss.; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, 202 ss.; A. NERVI, *La nozione giuridica di informazione e la disciplina del mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 864 ss.

42 Si pensi, ad esempio, al "sovradosaggio" di informazioni racchiuse nel prospetto informativo, che ha contribuito ad allontanare i risparmiatori dal mercato del risparmio gestito e con riguardo al quale è stata emanata la dir. 2010/73/UE (che ha modificato la precedente dir. 2003/71/CE, c.d. "*Direttiva prospetto*"), sorretta dalla duplice *ratio* di alleggerire, da un canto, gli oneri amministrativi a carico delle imprese e di semplificare, dall'altro, la nota di sintesi del prospetto, sia da un punto di vista formale che sostanziale, consegnata al risparmiatore in fase di investimento (cfr. il Considerando n. 15).

attuarsi, difatti, logiche legislative il cui fine ultimo sia quello di far corrispondere a un potenziamento dei programmi e delle iniziative educative, una concomitante attenuazione dei profili di responsabilità degli intermediari, così determinando la rottura di quel “gioco degli equilibri” che caratterizza la materia in esame⁴³.

Deve abbandonarsi, pertanto, l’idea di sopravvalutare (o esaltare) il carattere dell’“educazione” come contrappeso dei comportamenti degli intermediari, attribuendogli le fattezze di un elemento di compensazione della responsabilità degli intermediari inadempienti, ovvero sbilanciando eccessivamente, sul versante applicativo, il baricentro delle responsabilità a sfavore dei risparmiatori.

Il sistema, per contro, dovrà necessariamente far leva su un *mix* di etero e auto-tutela⁴⁴, anche se le recenti innovazioni normative, per come formulate, smentiscono una siffatta impostazione: quest’ultime, difatti, lasciano presagire un nuovo orizzonte teso a valorizzare progressivamente il solo ed esclusivo versante dell’autotutela e dello sviluppo del senso di autoresponsabilità del risparmiatore.

1.2. I programmi educativi delle *Authorities* nazionali: in particolare, Banca d’Italia

A seguito della crisi finanziaria e a fronte del persistente *deficit* di informazione, formazione e consapevolezza da parte dei fruitori di prodotti e di servizi finanziari⁴⁵, si è delineato un duplice approccio normativo al tema dell’educazione finanziaria: quello più incisivo di matrice comunitaria⁴⁶ e quello più “blando” di stampo nazionale.

43 Da un simile pericolo mette in guardia anche il Consiglio dell’*Economic and Financial Affairs Council* (“ECOFIN”) che nelle conclusioni formulate l’8 maggio 2007 ha invitato gli Stati membri a «intensificare significativamente, se del caso in combinazione con le responsabilità e le iniziative specifiche del settore finanziario, gli sforzi volti alla sensibilizzazione delle famiglie sulla necessità di ricevere informazioni e istruzioni, in modo da accrescere la loro preparazione, mantenendo al contempo una tutela adeguata degli investitori».

44 Sul punto v. anche M. TRIFILIDIS, *L’educazione finanziaria: le iniziative a livello internazionale*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2009, 58, per il quale «nei mercati bancari e finanziari la protezione del consumatore può essere favorita dal combinarsi di tre differenti elementi: la trasparenza delle condizioni contrattuali, un efficace sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie intermediari/clientela, l’educazione finanziaria del cittadino consumatore».

45 Il punto è stato recentemente rimarcato anche da L. CARDIA, *La tutela del consumatore nei servizi finanziari*, Roma, 2010, reperibile al sito www.consob.it.

46 Sul punto, v. *infra* nel testo.

Così, se in ambito comunitario (come, di qui a poco, si dirà) si parla di educazione finanziaria già da diversi anni, il “tema” si è imposto con una certa enfasi sulla scena nazionale solo di recente, soprattutto a seguito di espresse indicazioni comunitarie a procedere su questa strada⁴⁷.

Preso atto, anche in ambito nazionale, dello stretto nesso che lega la tutela del risparmio allo svolgimento di programmi di educazione finanziaria, bisogna comunque rilevare come, a tutt’oggi, nell’ordinamento italiano non è ancora chiaro e delineato il percorso attraverso il quale rendere concreta l’esigenza di un’adeguata educazione finanziaria dei cittadini⁴⁸.

Le prime, timide iniziative volte a favorire l’educazione finanziaria sono state promosse, al momento, sia da soggetti pubblici, che da soggetti privati.

Si può ricordare al riguardo, sotto il versante dell’iniziativa privata, l’attività intrapresa dal consorzio denominato “*Patti Chiari*”, istituito nel 2003 tra le banche italiane sotto la guida dell’Associazione Bancaria Italiana, con le finalità di sviluppare strumenti e regole per favorire le relazioni tra le banche e la clientela e di offrire ai cittadini strumenti per comprendere i prodotti finanziari e per scegliere in modo consapevole tra le varie offerte di carattere economico-finanziario, promuovendo anche l’educazione finanziaria⁴⁹.

Con riguardo al versante dell’iniziativa pubblica, invece, degna di nota è l’azione posta in essere dalle *Authorities* nazionali.

Il persistente vuoto in relazione al mancato raggiungimento di un compiuto assetto

47 Cfr., in tal senso, le seguenti Comunicazioni della Commissione Europea: COM(2005) 115 def. del 6 aprile 2005, “*Migliorare la salute, la sicurezza e la fiducia dei cittadini: una strategia in materia di salute e di tutela dei consumatori*”; COM(2007) 99 def. del 13 marzo 2007, “*Maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela efficace*”; COM(2007) 226 def. del 30 aprile 2007, “*Libro Verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*”; COM(2007) 808 def. del 18 dicembre 2007, sull’educazione finanziaria; COM(2009) 204 def. del 30 aprile 2009, relativa ai prodotti di investimento al dettaglio preassemblati.

48 Va dato atto che non sono mancate iniziative legislative volte a promuovere l’educazione finanziaria; iniziative, però, rimaste, a tutt’oggi, lettera morta: nel corso della XVI legislatura, difatti, sono stati presentati, con riguardo al tema in esame, alcuni disegni di legge (n. 1288: “*Disposizioni in materia di educazione finanziaria*”; n. 1477: “*Norme in merito all’educazione finanziaria*”; n. 1593: “*Interventi per la tutela del consumatore in campo finanziario*”; n. 1626: “*Disposizioni in materia di educazione finanziaria*”; n. 1796: “*Disposizioni volte a promuovere l’educazione finanziaria*”), mai convertiti e, peraltro, a oggi decaduti, perché non riproposti nella legislatura in corso (XVII legislatura).

49 Per un approfondimento sulle iniziative intraprese, si veda il relativo sito *internet* www.pattichiari.it. Tra le iniziative private si può citare anche quella promossa dall’Assogestioni, l’associazione di categoria del risparmio gestito (cfr., anche in tal caso, il sito *internet* www.assogestioni.it).

normativo in materia di educazione finanziaria è difatti colmato, anche se solo in parte, dall'impegno profuso sul tema dalle *Authorities*, da segnalare come la vera novità in campo nazionale.

AGCM, Banca d'Italia, Consob, Isvap, Covip: ciascuna impegnata a tutelare il consumatore nel settore economico di rispettiva competenza, hanno dapprima dedicato all'educazione o alla tutela del consumatore (risparmiatore/investitore/assicurato) un apposito *link* nel sito *internet* istituzionale e attivato proprie iniziative⁵⁰, poi, a fronte della situazione legislativa di stallo, tutte hanno deciso di unire le forze sottoscrivendo il 9 giugno 2010 un protocollo d'intesa⁵¹ finalizzato a realizzare congiuntamente iniziative di educazione finanziaria, anche a mezzo di un portale *web* comune, dove il consumatore può reperire materiali educativi e strumenti di supporto tecnico.

L'impegno delle *Authorities*, tuttavia, è destinato ad acquisire maggiore rilevanza nel prossimo futuro, alla luce dell'espresso inserimento dell'educazione finanziaria tra le competenze delle tre nuove *Authorities* europee⁵².

I tre Regolamenti, che istituiscono rispettivamente le indicate Autorità europee⁵³, ripropongono pedissequamente per ciascuna la competenza relativa alla protezione dei consumatori e, in questo ambito, attribuiscono loro «*un ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità sul mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori nell'intero mercato interno, anche tramite...il riesame e il coordinamento dell'alfabetizzazione finanziaria e delle formative educative da parte delle autorità competenti*»⁵⁴.

L'ampliamento della competenza delle *Authorities*, sulla scorta di una fonte normativa, anche alle finalità di educazione finanziaria (*rectius*, «*alfabetizzazione fi-*

50 A titolo esemplificativo, si ricorda il "Memorandum d'intesa" siglato tra il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con la Banca d'Italia nel novembre 2007, finalizzato ad avviare un progetto sperimentale di formazione in materia economica e finanziaria in alcune scuole.

51 Il protocollo d'intesa è reperibile sul sito internet di ciascuna Autorità aderente.

52 Ci si riferisce, rispettivamente, all'Autorità bancaria europea ("EBA"), all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali ("EIOPA") e all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati ("ESMA").

53 Ossia: (i) il Reg. UE 1093/2010, con riguardo all'Autorità bancaria europea; (ii) il Reg. UE 1094/2010, con riguardo all'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali; il Reg. UE 1095/2010, con riguardo all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati.

54 Cfr. l'art. 9, primo comma, del Reg. UE 1093/2010.

nanziaria») dei risparmiatori/investitori e il coordinamento delle iniziative in materia a livello comunitario sono pertanto destinati ad attribuire particolare rilievo ai programmi attivati in sede nazionale dalle autorità competenti, le uniche che al momento - in mancanza di precisi punti legislativi di riferimento - si stanno organizzando nella prospettiva di meglio soddisfare l'obiettivo della tutela del consumatore di servizi finanziari.

Ancora. Degna di nota - scendendo più nel particolare, con riguardo all'Autorità oggetto di disamina nella presente sezione - è soprattutto l'azione posta in essere dalla Banca d'Italia, che ha dedicato un'apposita sezione del proprio sito *internet* all'educazione finanziaria e ai rapporti con il cittadino⁵⁵, al fine di rendere disponibili documenti illustrativi dei servizi e dei prodotti finanziari di facile comprensione, oltre a una serie di studi di carattere più approfondito. La Banca d'Italia, inoltre, ha anche concordato un apposito *memorandum* d'intesa con il Ministero dell'Istruzione⁵⁶ per la realizzazione congiunta di iniziative di educazione finanziaria rivolte ai giovani nel mondo della scuola⁵⁷.

Allo stato, pertanto, non è ancora chiaro come, a livello ordinamentale, si voglia perseguire la realizzazione di efficaci programmi di educazione finanziaria e se, in particolare, si voglia affidare tale compito al potere pubblico ovvero demandarlo a soggetti privati.

Prima di tentare di offrire una soluzione a tali interrogativi (v. *infra*), risulta opportuno accennare alle modalità mediante le quali è stato scelto di realizzare programmi di educazione finanziaria sia a livello internazionale che europeo⁵⁸.

55 Si tratta della sottosezione denominata "*L'educazione economica e finanziaria*" (consultabile al sito *internet* www.bancaditalia.it).

56 Il *memorandum* è stato sottoscritto il 6 novembre 2007.

57 Nel *memorandum* si afferma come il Ministro e il Governatore abbiano considerato di interesse del Paese provvedere a offrire alle giovani generazioni i principi fondamentali di una corretta cultura economica, finanziaria e monetaria; condividono l'esigenza di creare un ambiente quanto più possibile favorevole all'affermarsi di capacità innovative. In un contesto segnato da condizioni tecnologiche in continua evoluzione, queste dipendono in modo cruciale dalla disponibilità e qualità del capitale umano, quindi da una qualificata formazione di studenti, lavoratori e ricercatori, nella consapevolezza dello stretto legame esistente tra istituzione, innovazione e crescita economica (v., in tal senso, il comunicato stampa del 6 novembre 2007).

58 Utili indicazioni si rinvencono in *Le esperienze di educazione finanziaria. Indagine sulla realtà italiana nel contesto internazionale, risultati della Ricerca realizzata dalla Fondazione Rosselli in collaborazione con il Consorzio "Patti Chiari", 2011* (consultabile al sito *internet* www.fondazionerosselli.it).

1.2.1. *Segue. Il confronto con il contesto internazionale ed europeo*

A livello internazionale, l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) è una delle maggiori organizzazioni a occuparsi di educazione finanziaria.

A partire dal 2003 ha realizzato un progetto con l'obiettivo di analizzare le esperienze di educazione finanziaria realizzate nei vari paesi. Questo lavoro è sfociato, nel 2005, nella pubblicazione del libro *«Improving financial literacy: analysis of issues and policies»* ed è stato integrato da una commissione globale sull'educazione finanziaria, la *«International Gateway for Financial Education»* ("IGFE") e da un portale *on line* di raccolta dati, risorse, ricerche e notizie sul tema e i programmi di tutto il mondo.

Altro importante documento realizzato dall'OCSE, sempre nel 2005, è *«Recommendation on principles and good practices for financial education and awareness»*, attraverso cui l'OCSE ha suggerito un approccio d'azione complessivo, finalizzato a individuare gli strumenti di intervento di formazione più idonea per la crescita dell'educazione finanziaria, in relazione alle specifiche situazioni di ciascun paese, alle diverse fasce di consumatori interessate e alle possibili forme di coinvolgimento degli operatori.

Riconoscendo la crescente importanza dell'educazione finanziaria a livello globale, nel 2008 l'OCSE ha creato l'*«International Network on Financial Education»* ("INFE"), un gruppo di lavoro composto dai rappresentanti delle Autorità pubbliche dei Paesi membri. Quest'ultimi si incontrano due volte all'anno per discutere gli ultimi sviluppi nel loro paese e per creare studi analitici e comparativi, metodologie, *best practice* e linee guida in relazione alle aree chiave prioritarie. In questo contesto, sia i programmi di educazione finanziaria nelle scuole che la valutazione internazionale della capacità finanziaria sono state identificate dall'OCSE come questioni di prioritaria importanza.

Per questo motivo, il *«Programme for International Student Assessment»* ("PISA") è stato in parte focalizzato sul tema della *financial literacy* (spesso indicata come *«financial capability»*)⁵⁹: si tratta di una valutazione su scala mondiale della *perfor-*

⁵⁹ Ci si riferisce al documento *«PISA 2012. Financial Literacy Framework»*, predisposto dall'OCSE in data 21 dicembre 2010.

mance degli studenti di 15 anni, fino a oggi, in tre diversi ambiti di studio (lettura, matematica e scienze). Questa è stata realizzata per la prima volta nel 2000 e viene ripetuta ogni tre anni. È coordinata dall'OCSE e ha l'obiettivo di migliorare le politiche e i risultati educativi.

In virtù di quanto sopra, il «PISA» del 2012 ha rappresentato un momento molto importante per lo sviluppo delle strategie e dei programmi di educazione finanziaria in Europa, in quanto primo e unico momento di test reale e condiviso su larga scala delle competenze e conoscenze dei giovani cittadini⁶⁰.

Sul versante comunitario, invece, l'assetto legislativo in materia di servizi finanziari - a onor del vero risalente a epoca anteriore allo scoppio della crisi economica - si è contraddistinto per una certa dinamicità, che lo ha portato a essere in continuo movimento e progressiva evoluzione, sulla scorta dapprima dei diversi *step* di realizzazione del «PASF» (Piano d'azione per i servizi finanziari) e poi di quelli del «*post-PASF*».

I diversi interventi hanno riproposto a più riprese il tema dell'educazione finanziaria che è divenuto così una costante in tutti i documenti che si sono occupati - e si occupano tutt'ora - di tutela del consumatore di servizi finanziari⁶¹, tanto da aver portato alla costituzione di un gruppo di esperti, dotati di esperienza pratica in materia⁶², i cui compiti spaziano dallo svolgimento di una funzione consultiva su qualsiasi aspetto dell'educazione finanziaria a quella ausiliaria della Commissione nell'individuazione di eventuali ostacoli legislativi, regolamentari, amministrativi e d'altro genere all'offerta educativa in materia finanziaria.

La finalità che muove il legislatore comunitario è di ampio respiro, in quanto diretta a favorire l'efficace funzionamento del mercato interno dei servizi finanziari e con-

60 Con riguardo ai risultati raggiunti dall'Italia, v'è da segnalare che il nostro Paese ha ottenuto «*risultati inferiori alla media dei Paesi dell'OCSE in matematica (si colloca tra la 30esima e 35esima posizione), in lettura (tra la 26esima e 34esima) e in scienze (tra la 28esima e 35esima) rispetto a 65 Paesi ed economie che hanno partecipato alla valutazione PISA 2012 degli studenti quindicenni*» (cfr., in tal senso, la *Nota Paese. Italia*, predisposta dall'OCSE all'esito del programma «PISA» 2012 e consultabile al sito *internet www.oecd.org*).

61 Si veda, a solo titolo esemplificativo e non esaustivo, la risoluzione del Parlamento europeo del 18 novembre 2008 sulla protezione del consumatore: «*migliorare l'educazione e la sensibilizzazione del consumatore in materia di credito e finanza*» [P6_TA(2008)0539].

62 Cfr. la decisione della Commissione (2008/365/CE) del 30 aprile 2008, adottata sulla scorta delle indicazioni già formulate dalla Commissione europea [COM(2007) 808 def. del 18 dicembre 2007, *Educazione finanziaria*].

testualmente a rimuovere eventuali ostacoli a operazioni transfrontaliere.

In questa prospettiva *«l'educazione finanziaria è essenziale se si vuole che il mercato unico apporti benefici diretti ai cittadini europei mettendoli in grado di decidere in cognizione di causa in merito all'acquisto di servizi finanziari e di comprendere elementi basilari di finanza personale, come riconosciuto dalla comunicazione della Commissione 'Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo'»*⁶³.

1.3. Rilevanza ed efficacia delle iniziative di educazione finanziaria

Come si è già accennato, a fronte di un'ennesima occasione di "risparmio tradito" - questa volta di dimensione globale - il dibattito sull'educazione finanziaria del risparmiatore si è intensificato sulla scorta della considerazione che la stessa potesse rappresentare un elemento integrante della *«exit strategy»* dalla crisi a livello microeconomico⁶⁴.

Ogni discussione sull'argomento è stata così caratterizzata da un'enfasi e da un fervore tali da far credere, esplicitamente o velatamente, sulla scia di tanti proclami, agli "effetti miracolosi" dell'educazione finanziaria, la quale avrebbe trasformato il risparmiatore in un soggetto capace sia di comprendere i rischi connessi agli strumenti finanziari, sia conseguentemente di assumere consapevoli decisioni di investimento su base informata, anche avvalendosi, qualora ne avesse avuto bisogno, del supporto di consulenza di un professionista del settore.

Ma vi è di più. A fronte di un incremento dell'offerta sul mercato di prodotti finanziari sempre più complessi e di un linguaggio finanziario più forbito, ricco di termini prima inesplorati o di nuova coniazione, si assiste, ormai costantemente e prevalentemente, alla tendenza a far leva sull'idea di un risparmiatore/investitore che si vuole a tutti i costi "perfettamente consapevole" delle sue decisioni di investimento. E per risparmiatore/investitore "consapevole" si intende il soggetto che, a norma dell'art. 27 Reg. Consob intermediari, sia in grado di assumere autonomamente

⁶³ Cfr. il Considerando n. 5 della decisione della Commissione 2008/365.

⁶⁴ Intervento di altra natura e consistenza sarebbe stato necessario, a livello macroeconomico, al fine di favorire una soluzione che avesse concretamente aiutato a prevenire altri eventuali fenomeni patologici, nonché avesse elaborato piani anticrisi delle banche corredati da correttivi tesi a salvaguardare i contribuenti, per un esame dettagliato dei quali si rinvia all'analisi effettuata da A. ANTONUCCI, *Principio punitivo e tolleranza nella risposta europea alle crisi bancarie*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, 461.

le proprie scelte di investimento e di farsi carico delle relative conseguenze⁶⁵.

Così, nonostante il profilo culturale prevalente spinga il risparmiatore più ad “aggiarsi” sulle proposte del consulente che a valutarle criticamente, il legislatore continua a regolamentare il settore sotto la bandiera della “trasparenza”, al cospetto della quale il risparmiatore, nella maggioranza dei casi, assume due atteggiamenti diversi: o rinuncia - disorientato e stordito - a dedicarsi all’argomento finanziario; oppure non mostra a priori alcun interesse verso la finanza né tanto meno alcun desiderio di conoscenza o approfondimento delle caratteristiche dei prodotti finanziari su cui potrebbe compiere operazioni di investimento, dal momento che le ritiene troppo complesse e, pertanto, difficili da “digerire”.

Costui - il cliente meno ravveduto - preferirà affidarsi alla professionalità di un consulente, invece che ritenere *«più conveniente (o magari anche solo più piacevole) utilizzare il proprio tempo...nello studio dei mercati finanziari, delle loro dinamiche e dei prodotti che vi circolano»*⁶⁶.

Paradossalmente, un’informazione finanziaria più dettagliata potrebbe suscitare maggiore interesse nel cliente professionale più qualificato - quello che meno necessita di “alfabetizzazione finanziaria” - dal momento che *«è meglio in grado di discernere gli elementi essenziali e di intendere l’importanza dei particolari»*⁶⁷.

Il che evidenzia un ostacolo di non facile soluzione nell’attivazione di qualunque iniziativa educativa, che sia sorretta dall’ambizione di un *imprinting* efficiente ed efficace sul livello culturale dei risparmiatori. Ostacolo rappresentato dalla dimensione psicologica del destinatario, la cui mancata e/o inadeguata considerazione, nell’ambito di qualunque discorso in tema di innalzamento del livello di “alfabetizzazione” dei risparmiatori in materia finanziaria, rischia di inficiare a monte qualunque prospettiva di concreta realizzazione.

⁶⁵ Il percorso in direzione dell’accrescimento del requisito della “consapevolezza” prende le mosse dal disposto dell’art. 27, secondo comma, Reg. Consob intermediari, ai sensi del quale *«gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole»*.

⁶⁶ Cfr. R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove e problemi vecchi*, in *La distribuzione di prodotti finanziari, bancari e assicurativi. Nuove regole e problemi applicativi*, a cura di A. Antonucci e M.T. Paracampo, Bari, 2008, 99.

⁶⁷ Cfr., ancora, R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore*, op. cit., 91.

L'importanza della componente psicologica si riverbera su un duplice versante di intervento: la consapevolezza del risparmiatore in ordine al livello culturale acquisito in materia finanziaria e il riconoscimento della libertà di apprendere e imparare.

Il primo profilo trae origine dalla (mancanza di) consapevolezza in ordine alla carenza di basi cognitive adeguate o sufficienti a destreggiarsi nel mondo finanziario. Il che impone di sviluppare la prima forma educativa sul terreno della consapevolezza e della conseguente maturazione nel risparmiatore di un'esigenza sia di crescita culturale, che di una maggiore disponibilità ad apprendere.

Con riguardo, invece, al secondo profilo di intervento, avente portata estesa alla generalità di tutti i possibili soggetti destinatari, occorre dare conto di una premessa d'indagine fondamentale: l'educazione finanziaria è un diritto del consumatore e non deve essere percepita o, peggio, fatta percepire come un dovere.

Questa, pertanto, non può essere imposta. Né, tantomeno, a fronte di un rifiuto di apprendere o imparare, può colpevolizzarsi colui che si rifiuta o, ancor peggio, lo si può privare, proprio a fronte del rifiuto addotto, di un sistema di tutela normativa, che, per contro, dovrebbe trovare applicazione a prescindere.

Ingenerare l'esigenza educativa e accrescere conseguentemente la richiesta di apprendimento identificano, quindi, i due motori propulsori per un qualunque programma di educazione.

1.4. I programmi di educazione finanziaria: profili problematici e prospettive

L'intensificarsi del dibattito in ordine alla improrogabilità di un processo di "alfabetizzazione finanziaria" del risparmiatore ha prodotto, quale effetto immediato, tutto un pullulare di iniziative: dal fiorire di siti *web* appositamente creati sull'argomento, di *blog*, di *forum* sui *social network*.

Il fenomeno si è propagato a macchia d'olio, assumendo le sembianze della moda del momento.

Eppure, quello dell'educazione finanziaria rappresenta, nell'ambito di una più generale discussione sulla tematica della tutela dei consumatori, un profilo estremamen-

te delicato, che va esaminato attentamente e affrontato con le dovute precauzioni, rischiando diversamente di vanificare il raggiungimento delle finalità dichiarate.

Difatti il “tema”, a prescindere dall’indiscusso merito riconosciuto a ogni programma informativo e di crescita culturale, si connota, nel caso di specie, per talune criticità e taluni profili problematici - di ordine giuridico, ma soprattutto psicologico, involgendo componenti emotive e razionali nelle scelte finanziarie - spesso sottovalutati, che costituiscono altrettante variabili e incognite in grado di incidere sensibilmente sull’efficacia dei programmi di educazione finanziaria.

Pertanto, nel tentativo di approntare un programma educativo che tenga in debita considerazione dette criticità e conseguentemente aspiri a distinguersi per efficienza ed efficacia, si dovrebbe far leva su tre presupposti essenziali: chi si vuole raggiungere, cosa si vuole raggiungere, come lo si vuole raggiungere.

La mancanza di risposte anche a uno solo di questi punti rischia di svilire qualunque azione positiva che venga proposta o realizzata sotto l’egida dell’educazione finanziaria.

Aspetti di maggiore criticità si rilevano con riguardo al primo dei citati profili d’indagine, ossia l’individuazione del *target* soggettivo di riferimento, posto che questo è genericamente rappresentato dai cittadini, presi in considerazione a prescindere dalla coincidenza o meno con lo *status* di consumatore, nella relativa qualità di clienti - attuali, futuri o anche solo potenziali - dei servizi finanziari.

In questo ambito, meno difficoltà comporta di certo la predisposizione e la realizzazione di un piano strategico in materia di educazione finanziaria, che compia un investimento a lungo termine sulle generazioni future, in relazione alle quali (eventuali) benefici non sono certo di immediato riscontro⁶⁸.

Diversamente, l’intento educativo potrebbe sfuggire alla cristallizzazione entro limiti predeterminati, rilevandosi così di non facile realizzazione nel caso di destinatari non più giovani o, meglio, già fuori dal circuito scolastico, atteso che il risparmiatore identifica il rappresentante di una categoria di portata generica che nella sua onni-

68 Come già evidenziato, si sono moltiplicate, sul punto, le iniziative a favore dei giovani studenti: basti rammentare, in tale sede, il citato “Memorandum d’intesa”, siglato tra il MIUR e la Banca d’Italia nel novembre 2007, finalizzato ad avviare un progetto sperimentale di formazione in materia economica e finanziaria in alcune scuole.

comprensività si presenta estremamente ampia ed eterogenea, con riguardo tanto alla segmentazione di categorie giuridiche e psicologiche, quanto alla stratificazione dei relativi bisogni educativi e delle connesse esigenze di investimento.

Allora su quale soggetto calibrare un programma educativo? Non certo l'investitore medio cui fa riferimento la normativa secondaria⁶⁹ o l'investitore ragionevole⁷⁰ che ricorre nella disciplina degli abusi di mercato, dal momento che rappresentano parametri soggettivi preordinati al raggiungimento di specifiche finalità, ma variamente interpretati, in mancanza di una definizione normativa che possa offrirne una compiuta identificazione.

Il rischio è quello di tagliare fuori proprio quella fascia di soggetti che più necessitano di «alfabetizzazione finanziaria».

La difficoltà di individuare preventivamente delle fasce soggettive di possibili destinatari e fruitori di programmi di educazione finanziaria deve poi fare i conti anche con un innovativo sistema di classificazione della clientela che, a seguito del recepimento della "MiFID", si articola in una triplice tipologia soggettiva (cliente al dettaglio, cliente professionale e controparte qualificata)⁷¹, in corrispondenza della quale se per un verso si rappresentano diversificate esigenze di investimento, per altro verso, in virtù del principio di graduazione della tutela, è riconosciuto un sistema più o meno incisivo di protezione dell'investitore⁷².

69 L'art. 28, secondo comma, Reg. Consob intermediari dispone che le informazioni indirizzate a clienti e potenziali clienti, ivi comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, «hanno un contenuto e sono presentate in modo che siano comprensibili per l'investitore medio del gruppo al quale sono dirette o dal quale saranno probabilmente ricevute».

70 Si precisa che quello dell'investitore ragionevole rappresenta un parametro soggettivo che ricorre nell'articolato dell'art. 181 del T.u.f., relativo alla definizione di informazione privilegiata, in relazione alla quale il quarto comma precisa che «per informazione che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di strumenti finanziari, si intende un'informazione che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento». In ordine alla sua possibile identificazione, cfr. M. SEPE, *Profili evolutivi della disciplina dei mercati e la repressione degli abusi di mercato*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. Capriglione, Il, Padova, 2010, 1107, il quale ha osservato che «non tutti gli investitori hanno le medesime capacità di selezione e valutazione delle informazioni, sicché si pone il quesito a quale tipo di investitore occorra avere riferimento (se a quello professionale, quello abituale, quello occasionale, ecc.). L'esigenza di salvaguardia dell'integrità del mercato induce a preferire il riferimento all'investitore professionale».

71 Sul punto, cerca di fare chiarezza, fornendo un'accurata ricostruzione con riguardo però alle definizioni oggi adoperate dalla normativa bancaria, M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contratto impr.*, 2014, 201 ss.

72 Parimenti, lo stesso dicasi per la categoria dei risparmiatori, in relazione ai quali il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 (sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e sulla correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti), ammorbidendo la rigida - e ormai anacronistica - distinzione della clientela tra cliente e consumatore, ne ha offerto una nuova ripartizione: cliente, cliente al dettaglio e consumatore.

Nella nuova prospettiva comunitaria il cliente al dettaglio - che include (ed è qui la novità) persone sia fisiche che giuridiche - necessita del più elevato grado di tutela e viene identificato in negativo, per esclusione rispetto al cliente professionale, per il quale vige, invece, una presunzione di *«esperienza e conoscenze e competenze necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare i rischi che assume»*⁷³.

Il panorama soggettivo si presenta, quindi, estremamente variegato, articolato e complesso, con confini mobili che impediscono di identificare il risparmiatore/investitore in una dimensione statica, bensì esposta a un continuo divenire, influenzato da più variabili suscettibili di incidere sensibilmente sulla dinamicità e storicità del cliente⁷⁴.

In considerazione della difficoltà di tener conto di dette variabili, diversificate in relazione a ciascuna fascia di destinatari, nonché della mutevolezza delle concomitanti esigenze sia di investimento sia di educazione finanziaria, incombe un duplice rischio: somministrare programmi educativi di tenore estremamente generico, non commisurati agli effettivi bisogni; oppure lasciare insoddisfatte proprio quelle fasce soggettive che avrebbero preferito iniziative più mirate e confacenti alle proprie necessità cognitive, tanto da cercare in altra maniera di personalizzare il livello cognitivo in relazione alle proprie esigenze.

2. L'INFLUENZA DELL'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO SUL REGOLATORE NAZIONALE E SULLA NUOVA BANKING UNION (MARCO NAZARENO MIZZAU)

SOMMARIO: 2.1. IL RUOLO DELL'ABF IN ITALIA E IN EUROPA. - 2.2. L'ABF COME PROCEDURA ADR AGGIUDICATIVA. - 2.3. UN MODELLO ESPORTABILE COME *BEST PRACTICE*: IL TEMA DELL'USURA. - 2.4. L'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO NEL CONTESTO DELLE ALTRE PROCEDURE ADR EUROPEE NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO. - 2.5. LA NUOVA UNIONE BANCARIA E IL RUOLO DELL'ABF. - 2.6. L'ULTERIORE FUNZIONE *BOTTOM-UP*.

73 Cfr. l'allegato n. 3 del Reg. Consob intermediari.

74 Variabili tutte che dipendono e mutano con l'età, la professione, l'anzianità di servizio maturata, la famiglia di provenienza, il percorso scolastico e universitario effettuato. La rilevanza attribuita a dette variabili è sottolineata altresì dalla considerazione attribuita alle stesse ai fini della valutazione di adeguatezza ai sensi dell'art. 39 del Reg. Consob intermediari.

2.1. Il ruolo dell'ABF in Italia e in Europa

Le recenti crisi finanziarie hanno confermato che la stabilità del mercato nazionale ed europeo può essere garantita solo attraverso un efficiente sistema di tutele e rimedi. Nel nostro ordinamento l'esigenza di garantire il rispetto della disciplina in tema di trasparenza e correttezza nei rapporti banche-clienti è stata confermata dall'introduzione dell'Arbitro bancario e finanziario, procedura di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di contratti bancari e finanziari. Sin da subito l'efficacia ed efficienza operativa dell'organo si è dimostrata idonea a orientare, quindi influenzare, le scelte degli enti regolatori nazionali ed europei. A tal proposito si è parlato di "spinta gentile" dell'Abf nei confronti della Banca d'Italia⁷⁵. Se tale influenza, in futuro, venisse ulteriormente confermata, l'ABF otterrebbe una ulteriore ratifica del ruolo di primaria importanza già svolto all'interno dell'ordinamento nazionale ed europeo, che lo porrebbe come indubbia *best practice*, esportabile all'interno degli stati membri dell'Unione.

2.2. L'ABF come procedura ADR aggiudicativa

L'ABF è stato istituito con la legge sulla tutela del risparmio n. 262/2005, che ha introdotto l'art. 128-*bis* T.u.b. Le regole per lo svolgimento delle procedure dinanzi all'organo arbitrale sono state stabilite successivamente, con le disposizioni amministrative di attuazione, ossia la delibera del CICR n. 275/2008 e il provvedimento della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (in tema di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie)⁷⁶.

L'Arbitro bancario e finanziario rappresenta un sistema alternativo di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte tra i clienti e le banche o gli altri intermediari finanziari, in relazione ai prodotti e servizi erogati alla clientela. I punti di forza sono rappresentati dalla semplicità, speditezza ed economicità che connotano la procedura stessa, contrariamente a quanto accade nei ricorsi alla giustizia ordinaria. L'efficacia dello strumento è testimoniata dal numero crescente di ricorsi pre-

⁷⁵ In tal senso v. M. RABITTI, *La relazione banca-clientela nel tempo della crisi economica: la "spinta gentile" dell'Abf*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, 191 ss.

⁷⁶ Tali provvedimenti risultano particolarmente importanti per la disciplina dell'ABF, poiché ne hanno definito l'ambito applicativo.

sentati ogni anno dalla clientela, a partire dal 2009, anno in cui l'Arbitro bancario e finanziario ha iniziato ad operare.

L'importanza dell'ABF trova ulteriore riscontro, seppur indirettamente, anche in ambito europeo. Infatti, in tema di procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, sono stati adottati diversi provvedimenti da parte del legislatore europeo. Siffatte misure rappresentano una conferma del ruolo strategico svolto da tali sistemi alternativi, per il funzionamento del mercato interno e in particolare del settore bancario e finanziario.

In particolare con la dir. 2008/52/UE, relativa alla mediazione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, si è rilevata la necessità di garantire all'interno del mercato dell'Unione europea procedure extragiudiziali e alternative, poiché ritenute necessarie al corretto funzionamento del mercato interno. Infatti, a parere del Consiglio europeo l'istituzione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale è essenziale per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia, quindi elevare il livello di sicurezza e giustizia nel mercato interno⁷⁷.

In altri termini la direttiva aveva l'obiettivo di facilitare l'accesso alla mediazione e quindi promuovere la composizione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale, con conseguente effetto deflattivo dei procedimenti giudiziari⁷⁸. Nell'ordinamento nazionale tale obiettivo si è tradotto nell'introduzione dell'obbligatorio e preventivo tentativo di conciliazione, elevato a condizione di procedibilità del processo ordinario, per un'ampia serie di materie caratterizzate da una elevata litigiosità e al fine di sollecitare le parti a trovare una soluzione celere e conveniente al di fuori del processo.

La dir. 2008/52/UE riguardava i procedimenti di mediazione, non applicandosi ai procedimenti aggiudicativi di tipo arbitrale. Ciononostante la direttiva presenta dei

⁷⁷ La direttiva è stata introdotta nell'ordinamento nazionale con d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (in attuazione della direttiva dell'Unione europea n. 52 del 2008) e modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98. Il d.l. 69/2013 ha ripristinato il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie elencate dall'art. 5, comma 1 del d. lgs. 28/2010. In tal modo sono state riportate in vigore le disposizioni dichiarate incostituzionali con sentenza n. 272/2012 della Corte costituzionale.

⁷⁸ Di recente anche la dir. 2013/11/UE, nel Considerando n. 15, ha ribadito che la diffusione dei procedimenti ADR risulta importante per quegli Stati membri dove esiste una congestione rilevante di cause pendenti dinanzi agli organi giurisdizionali, che non impedisce ai cittadini dell'Unione europea di esercitare il loro diritto a un processo equo, in tempi ragionevoli.

profili di rilievo anche per l'Arbitro bancario e finanziario. Infatti, il legislatore nazionale, nella fase di attuazione della disciplina europea, ha equiparato l'ABF, sul piano processuale, ai procedimenti di conciliazione obbligatoria, previsti per le controversie relative ai contratti stipulati nel mercato bancario e finanziario⁷⁹. La dir. 2008/52/UE e la legge d'attuazione d. lgs. 28/2010, pertanto, confermano l'importanza dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, per il funzionamento del mercato dell'Unione europea.

Più di recente, tale ruolo strategico è stato ulteriormente ribadito dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, con la dir. 2013/11/UE, in tema di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori⁸⁰. Con tale provvedimento il Legislatore, conformemente agli artt. 26 e 169 TFUE, nonché all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha inteso stabilire una serie di requisiti di qualità per le procedure ADR, al fine di elevare il livello di protezione del consumatore e dunque contribuire al corretto funzionamento del mercato interno⁸¹.

Nel provvedimento si precisa, però, che tali obiettivi possono essere perseguiti a condizione che sul mercato vengano assicurati prezzi ragionevoli, qualità superiore, maggiore varietà e rigide norme di sicurezza per beni e servizi, ma soprattutto l'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi. In tal senso, infatti, anche la Commissione identificava la legislazione sulla ADR nel novero delle dodici leve per stimolare la crescita, rafforzare la fiducia e compiere progressi verso il completamento del mercato unico⁸².

Pertanto solo garantendo mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le

79 L'art. 5 del d.lgs n. 28/2010 stabilisce che chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia per la quale è previsto il tentativo di conciliazione obbligatoria è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione, ai sensi del presente decreto, ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

80 La direttiva è stata adottata il 21 maggio 2013 e gli Stati membri devono conformarsi alla stessa entro il 9 luglio 2015.

81 La dir. 2013/11/UE, in considerazione delle diversità delle procedure ADR istituite all'interno dei singoli Stati membri dell'Unione, si rivolge a tutti tipi di procedure in cui l'organismo ADR riunisce le parti allo scopo di facilitare una soluzione amichevole, propone o impone una soluzione, oppure costituisce una combinazione di due o più procedure di questo tipo.

82 Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione del 13 aprile 2011 intitolata «Atto per il mercato unico - Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia - "Insieme per una nuova crescita».

controversie nazionali e transfrontaliere si ottiene un elevato livello di protezione dei consumatori e pertanto si rafforza la loro fiducia nel mercato, preservando e migliorando il rapporto di fiducia tra i clienti e il sistema finanziario.

Tuttavia, la direttiva denuncia come “deplorable” la mancata corretta attuazione e l’insufficiente funzionamento delle procedure ADR in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell’Unione, nonostante le ripetute raccomandazioni della Commissione⁸³. A tal riguardo, infatti, si afferma che la disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell’ADR tra gli Stati membri, rappresentano una barriera al mercato interno, che ne deprimono le potenzialità.

Nella stessa ottica, inoltre, si inserisce il Reg. 524/2013, in tema di risoluzione delle controversie on line dei consumatori. Con tale provvedimento, infatti, è stata introdotta una piattaforma ODR europea (c.d. piattaforma ODR), che agevoli la risoluzione extragiudiziale delle controversie *on line* tra consumatori e professionisti. Più in particolare il regolamento mira a offrire una soluzione extragiudiziale delle controversie concernenti le obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizi *on line*, tra i quali possono ricomprendersi anche i servizi bancari e finanziari. Pertanto, mediante l’istituzione di una piattaforma ODR *on line* a livello dell’Unione, s’intende agevolare la risoluzione delle controversie derivanti dal commercio elettronico. Dunque la possibilità di disporre di un tale sistema di risoluzione, consentendo all’organismo ADR competente di condurre la procedura *on line*, contribuisce al raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori e di corretto funzionamento del mercato interno, nella sua particolare dimensione digitale.

Con tali provvedimenti, pertanto, si vuole ribadire l’importanza delle ADR e quindi dell’ABF, nel settore bancario e finanziario, per il raggiungimento degli obiettivi posti dal legislatore Europeo, ossia per il miglioramento e rafforzamento del mercato interno.

2.3. Un modello esportabile come *best practice*: il tema dell’usura

⁸³ Si richiamano la raccomandazione della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, in GU L. 115 del 17.4.1998, 31, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, nonché la raccomandazione della Commissione 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, in GU L. 109 del 19.4.2001, 56, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

I punti di forza dell'ABF sono rappresentati dalla economicità e rapidità. Tali caratteristiche pongono la procedura alternativa su un piano opposto al tempo medio per la celebrazione e definizione delle cause dinanzi alla giustizia ordinaria. Questa specificità stimola fortemente il ricorso allo strumento di risoluzione alternativo.

Ulteriore aspetto peculiare è rappresentato dall'economicità dell'intera procedura, che costituisce un forte incentivo per la scelta di tale rimedio. Infatti, le spese per il ricorso sono esigue e stabilite in misura forfettaria, a titolo di contributo spese, diversamente a quanto stabilito per i procedimenti giudiziari ordinari, nei quali la spesa del contributo unificato è parametrata al valore delle questioni oggetto di causa.

Le decisioni adottate dai Collegi dell'ABF, seppur non vincolanti, solitamente vengono rispettate dalle banche e intermediari finanziari, per evitare di incorrere nella sanzione reputazionale, irrogata in caso di mancata adesione spontanea alla pronuncia di accoglimento del ricorso e rappresentata dalla pubblicazione dell'inadempimento sul sito dell'ABF e della Banca d'Italia, nonché su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Pertanto, l'apparente inefficacia derivante dalla non vincolatività delle decisioni, risulta pienamente compensata dalla forza deterrente della sanzione, che induce le banche e gli intermediari condannati a rispettare la decisione adottata dall'ABF.

Ulteriore aspetto di grande rilievo è rappresentato dalle molteplici funzioni svolte dall'Arbitro bancario e finanziario. Infatti la sua attività non si limita solo a risolvere le controversie che le vengono sottoposte, ma produce ulteriori effetti «*riflessi e non codificati*». In altri termini, le decisioni motivate dell'ABF: producono indirizzi di comportamento per le banche e gli intermediari finanziari, orientano la clientela che può valutare la correttezza degli intermediari e scegliere con maggiore consapevolezza a quale operatore finanziario rivolgersi, ma soprattutto costituiscono uno strumento informativo importante per l'ente regolatore bancario.

Infatti, i procedimenti svolti dinanzi all'ABF forniscono alla Banca d'Italia indicazioni relative a irregolarità commesse dalle banche e dagli intermediari, consentendo all'ente regolatore di intervenire nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, nonché contribuiscono a rilevare e porre a conoscenza della stessa Banca centrale le criticità e lacune della normativa vigente. Su tale scia, pertanto, si assiste alla nascita di una «*giurisprudenza specializzata*», in grado di orientare l'attività regolamentare

dell'ente regolatore nel settore bancario⁸⁴. Per tali motivi la Banca d'Italia prende in seria considerazione gli orientamenti interpretativi espressi dall'ABF, sulle varie questioni deliberate, sia nell'attività di regolazione sia in quella di vigilanza.

L'efficacia delle decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario, pertanto si misura anche nella capacità di orientare l'ente regolatore, le banche e gli intermediari nell'interpretazione di questioni giuridiche complesse. A tal proposito esemplificative sono le decisioni adottate negli ultimi anni dall'ABF sul complesso tema dell'usura.

Infatti, considerata l'attualità della fattispecie, che può riguardare un numero elevatissimo di rapporti bancari, i Collegi dell'ABF negli ultimi anni si sono espressi sulle questioni giuridiche più dibattute e controverse, tra cui il tasso soglia anti-usura, con l'intento di orientare la Banca d'Italia e gli operatori del mercato finanziario.

Più in particolare, con riguardo al rapporto tra tasso soglia anti-usura e interessi moratori, di recente, il Collegio di Coordinamento dell'ABF ha stabilito, sulla base di un principio di perfetta simmetria, l'inapplicabilità al tasso di mora dell'unico tasso rilevato, ossia di quello relativo agli interessi corrispettivi⁸⁵. Tuttavia, l'applicazione del divieto di comparazione espresso dall'ABF, nonché la mancanza di un tasso soglia *ad hoc* per gli interessi corrispettivi, lascerebbe il mercato del credito in balia dell'incertezza, con inevitabili seri problemi con la clientela. Per risolvere tale *impasse* l'Arbitro bancario e finanziario, rimarcando la necessità di una rilevazione aggiornata dell'indagine statistica sulla maggiorazione percentuale stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento, sembrerebbe suggerire all'ente regolatore la necessità di effettuare una nuova indagine, più aggiornata, che possa orientare i comportamenti e dunque la misura delle pattuizioni degli interessi stabiliti con la clientela, nonché essere utilizzata in sede decisionale come misura limite anti-usura.

L'attività svolta dall'ABF in tema di usura, ossia l'individuazione delle lacune nella vigente disciplina e il suggerimento all'ente regolatore bancario dell'eventuale rimedio da adottare, dimostrano l'efficacia della procedura ADR nazionale.

Pertanto, alla luce dei risultati sinora prodotti, ossia crescente numero di ricorsi

⁸⁴ Sul punto si veda M. RABITTI, *L'arbitro bancario e finanziario e la tutela della clientela*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 281.

⁸⁵ A.B.F., Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875, in www.foroitaliano.it.

con effetto deflattivo dei procedimenti dinanzi alla giustizia ordinaria, nonché delle efficienti e plurime funzioni svolte, l'Arbitro bancario e finanziario può considerarsi come una *best practice* esportabile nell'ambito delle procedure ADR europee.

2.4. L'Arbitro Bancario e Finanziario nel contesto delle altre procedure ADR europee nel settore bancario e finanziario

La tutela dei clienti degli operatori bancari e degli intermediari finanziari è oggetto di crescente attenzione a livello internazionale, europeo e nazionale e risponde all'esigenza di preservare e sviluppare il rapporto tra i due centri di interesse, per il buon funzionamento del mercato. Infatti il venir meno della fiducia nei confronti degli operatori del mercato del credito può avere effetti destabilizzanti per l'intero sistema finanziario. In tale ottica, al fine di garantire un elevato livello di tutela dei clienti e di conseguenza presidiare la stabilità del sistema, in ambito europeo sono stati adottati diversi strumenti di tutela alternativi. Un esempio significativo è rappresentato dalle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che costituiscono un sistema di *enforcement* efficace, per il miglioramento e innalzamento del livello di protezione della clientela⁸⁶.

Nel nostro ordinamento il legislatore, in tema di ADR nel settore bancario e finanziario, ha istituito l'Arbitro bancario e finanziario, affidando alla Banca d'Italia (Banca centrale nazionale) le funzioni organizzative, con l'istituzione di una Segreteria tecnica composta da dipendenti della Banca d'Italia⁸⁷.

In ambito europeo, invece, gli ADR assumono caratteristiche diverse nei vari Stati membri, definendo un quadro variegato. Infatti, se in taluni Paesi l'autorità di vigilanza ha competenze dirette in materia di ADR, in altri ai medesimi enti vengono riconosciute funzioni di supporto logistico o di segreteria. In altri, invece, le procedure ADR si svolgono dinanzi a soggetti indipendenti, con nessun coinvolgimento

⁸⁶ In tal senso, in tema di spinta europea all'adozione di sistemi alternativi di risoluzione a tutela della clientela, si pensi alla recente dir. 2013/11/UE, in tema di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. Per un elenco sulle numerose direttive e regolamenti a tutela del consumatore nel settore bancario e finanziario si veda G. BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 68, 2010, 21 ss.

⁸⁷ L'art. 2, co. 3, della delibera CICR n. 275/2008, sulla disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'art. 128-bis TUB, stabilisce che «l'attività di segreteria tecnica dell'organo decidente è svolta dalla Banca d'Italia».

dell'autorità di vigilanza.

In particolare in Francia l'ADR nel settore bancario e finanziario ha natura privatistica e alla Banca di Francia è stata assegnata la funzione di segreteria.

Stessa natura privata presentano i rispettivi organismi di composizione stragiudiziale delle liti, in materia di servizi bancari e finanziari, istituiti nei Paesi Bassi, Svizzera, Belgio e Grecia. Diversamente, nel Regno Unito il *Financial Ombudman Service* (FOS) è un organo pubblico indipendente. Anche in Irlanda il *Financial Services Ombudman* è una procedura ADR istituita per legge. In Germania, invece, coesistono sei organismi di risoluzione stragiudiziale privati con uno pubblico, istituito presso la Bundesbank, con personale scelto tra i dipendenti della Banca centrale stessa⁸⁸.

Tale panorama diversificato in tema di ADR riflette la diversa evoluzione dei sistemi di controllo nei vari Stati considerati⁸⁹.

Tuttavia l'esperienza italiana dell'ABF ha messo in luce significativi aspetti di efficienza, relativi alla struttura organizzativa dell'organo decidente, che, conformemente a quanto espressamente stabilito dalla dir. 2013/11/UE, possono migliorare e armonizzare la disciplina europea sugli ADR⁹⁰.

Più specificamente, l'affidamento delle funzioni istruttorie dei procedimenti dinanzi all'ABF, ad una Segreteria tecnica composta da dipendenti della Banca d'Italia garantisce una elevata competenza professionale del personale. In termini concreti, tale riparto di competenze si traduce in una maggiore efficienza della fase istruttoria, con conseguente agevolazione dell'attività decisionale dei Collegi, chiamati a giudicare ricorsi già correttamente inquadrati sotto il profilo tecnico e giuridico⁹¹. In particolare la relazione preparata dalla Segreteria tecnica riporta la ricostruzione

⁸⁸ Il sistema ADR pubblico tedesco somiglia a quello italiano, sul piano del personale impiegato, scelto tra i dipendenti della Banca centrale. Tuttavia lo *Schlichter* del sistema pubblico tedesco è competente solo per determinate materie e nei confronti degli intermediari che non aderiscano già ad un ADR privato.

⁸⁹ Per una completa disamina sui sistemi di risoluzione alternativi nel settore bancario e finanziario adottati in ambito europeo v. G. BOCCUZZI, *op. cit.*, 45 ss.

⁹⁰ In particolare il Considerando n 54 della dir. 2013/11/UE, incoraggia la collaborazione degli organismi ADR con le autorità nazionali e la Commissione, per rendere più efficace l'applicazione degli atti giuridici dell'Unione sulla protezione dei consumatori, nonché incoraggiare lo scambio di migliori prassi e conoscenze tecniche legate al funzionamento delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

⁹¹ La segreteria tecnica infatti fornisce l'inquadramento dei fatti e delle questioni giuridiche, con l'indicazione di norme e precedenti giurisprudenziali.

del caso, i documenti allegati, i riferimenti normativi relativi alle questioni controverse, nonché l'indicazione di massime e precedenti giurisprudenziali relativi a casi simili. Tale attività viene realizzata per agevolare la rapida e corretta valutazione e definizione della controversia e di conseguenza garantisce speditezza all'intera la procedura.

Il buon funzionamento di un sistema che si occupa di controversie caratterizzate da un ragguardevole grado di tecnicismo può essere garantito solo da personale di alta specializzazione professionale. Diversamente, invece, gli organismi di ADR privi della necessaria specializzazione nel settore bancario e finanziario non possono assicurare lo stesso livello di competenza, con conseguente diminuzione del grado di stabilità delle decisioni adottate.

Ulteriore aspetto particolare che contraddistingue le procedure dinanzi all'ABF è rappresentato dalla sanzione reputazionale, in cui incorre la banca o l'intermediario, in caso di mancata cooperazione con l'organismo stragiudiziale o di condanna e mancato rispetto della decisione adottata dal medesimo. Come anticipato, la decisione dell'ABF non è vincolante per le parti, e pertanto non preclude la possibilità di adire la giustizia ordinaria.

Ciononostante, le statistiche raccolte dalla Banca d'Italia negli ultimi anni confermano l'efficacia della misura sanzionatoria. Infatti, dall'analisi delle recenti Relazioni della Banca d'Italia sull'attività dell'Arbitro bancario e finanziario, si rileva che il numero di banche e intermediari finanziari iscritti nella sezione del sito dell'ABF dedicato alla pubblicazione degli operatori inadempienti, conta un numero in verità esiguo di soggetti segnalati, soprattutto in rapporto all'ingente numero di ricorsi definiti ogni anno dai Collegi di Milano, Roma e Napoli⁹².

A tal proposito, si noti che nell'anno 2012 solo otto operatori risultavano iscritti tra gli inadempienti e solo uno tra i casi di mancata cooperazione⁹³.

Da quanto descritto, pertanto, si evince l'efficacia del particolare tipo di sanzione irrogata, consistente in una pubblicità negativa, idonea a produrre un danno repu-

92 Ci si riferisce alle Relazioni annuali sull'ABF, degli anni 2010, 2011 e 2012, attualmente consultabili sul sito www.bancaditalia.it

93 La relazione annuale sull'attività dell'Arbitro bancario e finanziario più recente e disponibile è quella relativa all'anno 2012 e consultabile sul sito *internet* della Banca d'Italia.

tazionale sul mercato e dunque a orientare le scelte della clientela e più in generale a incidere sul gioco della concorrenza.

Inoltre l'affidamento all'autorità di vigilanza dei profili organizzativi del sistema di risoluzione istituito con l'art. 128-*bis* T.u.b., non incide sull'indipendenza e imparzialità dell'organo decidente, poiché le funzioni svolte si riferiscono a momenti del procedimento distinti. Infatti la Banca d'Italia opera nella fase istruttoria, al fine di fornire il corretto inquadramento delle questioni controverse. Diversamente, i Collegi dell'ABF svolgono le proprie funzioni nella successiva fase decisoria, dunque il rischio di interferenza svanisce⁹⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni l'esperienza italiana dell'ABF potrebbe suggerire, in ambito europeo e precisamente negli Stati nei quali gli ADR nel settore bancario e finanziario sono rappresentati sul territorio solo da organizzazioni private, la creazione di sistemi di risoluzione alternativa di tipo aggiudicativo o facilitativo con il coinvolgimento diretto delle Banche centrali, anche mediante l'impiego di personale interno, con compiti specifici nelle procedure ADR.

La spinta e l'impulso esercitato dall'ABF nei confronti delle autorità nazionali (mediante la rilevazione di criticità e lacune o la comunicazione di migliori prassi e conoscenze tecniche), può e deve operare specularmente anche nei confronti delle autorità dell'Unione europea. Tale attività di cooperazione tra gli organismi ADR europei e le istituzioni europee permetterebbe, mediante il miglioramento dei rimedi stragiudiziali, un migliore accesso alla giustizia e conseguentemente il miglioramento del mercato comune in generale.

2.5. La nuova Unione bancaria e il ruolo dell'ABF

La cooperazione dell'ABF sia con le autorità nazionali, sia con quelle dell'Unione appare necessaria per lo sviluppo di un quadro europeo, opportunamente integrato

⁹⁴ A tal riguardo è stato affermato che l'attribuzione di funzioni istruttorie in capo alla Banca d'Italia potrebbe concentrare in capo alla stessa funzioni di regolatore, controllore e anche di giudice, minando l'indipendenza e imparzialità dell'ABF. In tal senso v. F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 272. In senso contrario, si è sostenuto che tali perplessità appaiono ingiustificate, poiché la Banca d'Italia opera in una fase diversa, che non interferisce con quella decisoria svolta dall'ABF. Sul punto v. B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 70, 2011, 16 ss.

sul piano delle risoluzioni stragiudiziali delle controversie. Infatti, come ribadito di recente in sede europea, la frammentazione nelle procedure ADR costituisce una barriera allo sviluppo del mercato interno⁹⁵.

Perciò appare opportuno domandarsi se la spinta e l'impulso esercitato da tale organismo nei confronti delle autorità nazionali, possa giungere sino in ambito Europeo. A tal proposito, dunque, risulta necessario esaminare brevemente il quadro nazionale ed europeo in tema di vigilanza.

Sul piano nazionale le autorità di controllo del settore bancario e finanziario sono organi con compiti di vigilanza sugli operatori del mercato creditizio, al fine di assicurare il rispetto della regolamentazione e il corretto funzionamento dei mercati. Siffatto controllo è finalizzato a garantire obiettivi di stabilità degli intermediari e del sistema finanziario, di correttezza dei comportamenti, nonché condizioni di concorrenzialità nei mercati.

L'attività delle autorità di vigilanza si traduce, in concreto, nella vigilanza regolamentare, strutturale, prudenziale, informativa, ispettiva, nonché nell'esercizio dei poteri sanzionatori, a cui si aggiungono gli interventi di c.d. *moral suasion*, ossia realizzati mediante una tattica di persuasione, diretta ad influenzare e fare pressione sui soggetti vigilati, senza ricorrere al potere regolamentare⁹⁶.

Attualmente, le autorità di vigilanza nazionale nel settore bancario e finanziario sono rappresentate dalle seguenti autorità: Cicr (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio); il Ministro dell'economia e delle finanze; la Banca d'Italia; la Consob (Commissione nazionale per le società e la borsa); l'Isvap (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo); la Covip (Commissione di vigilanza sui fondi pensione); l'Antitrust (Autorità garante della concorrenza e del mercato); l'Uif (Unità di informazione finanziaria)⁹⁷. Tali organismi esercitano la

95 A tal riguardo, nel Considerando n. 6 della dir. 2013/11/UE è stato affermato che «*Le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno*».

96 Si tratta di atti di *soft law*, che non possono essere definiti fonti del diritto nel senso tradizionale, ma che sul piano pratico orientano e condizionano i comportamenti degli operatori.

97 In particolare l'art. 5 T.u.f., stabilisce che la Banca d'Italia è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale e, di concerto con la Consob, esercita poteri di vigilanza nei confronti dei soggetti abilitati, nelle materie di sua competenza, coordinandosi con quest'ultima al fine di ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati. La medesima norma, al comma 3, prevede che la Consob è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti abilitati, rientrando tra i suoi

propria attività di vigilanza avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, nonché alla trasparenza e correttezza dei comportamenti, alla stabilità, efficienza, competitività del sistema finanziario e all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

In generale, è possibile affermare che in ambito nazionale alle autorità di controllo è riconosciuto il compito di vigilare sulla stabilità del mercato e di ciascun intermediario (bancario, mobiliare o assicurativo), sulla trasparenza del mercato finanziario e sul rispetto delle regole di condotta da parte degli intermediari, nonché sulla tutela della concorrenza all'interno del mercato finanziario stesso.

Tali finalità sono assicurate anche attraverso lo scambio di informazioni e la cooperazione, che devono sempre avvenire tra le varie autorità di vigilanza e, alla luce della recente evoluzione normativa, con gli organi di controllo dell'Unione europea. Pertanto, oltre all'ambito nazionale, è necessario prestare attenzione anche all'attività di vigilanza in ambito europeo, sottoposta nell'ultimo quindicennio a profonde trasformazioni, a causa della ritenuta inadeguatezza del modello della «*vigilanza nazionale armonizzata*», introdotto agli inizi degli anni '70, dalle prime direttive europee sulla disciplina del settore bancario⁹⁸. In tale periodo, infatti, la nascita di imprese bancarie sovra-nazionali creava dei problemi singole autorità nazionali, nell'esercizio del potere di controllo, pertanto l'avvicendamento del vecchio sistema di controllo con un modello europeo di vigilanza pienamente integrato risultava ormai improcrastinabile. Più in particolare, appariva necessario non solo garantire maggiore uniformità alle norme regolamentari e dunque eliminare le diversità presenti nelle discipline dei diversi Stati, derivanti dalla libertà lasciata ai legislatori nazionali, ma anche accentrare a livello europeo alcuni poteri e compiti in tema di vigilanza.

Sul piano storico, il processo normativo che ha portato al nuovo impianto finanziario europeo cominciava nel 1998, anno in cui venivano costituiti il Sistema Europeo di

compiti il continuo coordinamento e la cooperazione con la Banca d'Italia. Dalla norma emerge chiaramente che nel nostro ordinamento il modello di organizzazione della vigilanza prescelto opera in senso orizzontale, ossia la suddivisione dei compiti è attuata mediante l'assegnazione a ciascun organismo di vigilanza di uno specifico obiettivo e funzione di tutela. Pertanto, la ripartizione delle competenze avviene in "orizzontale", a prescindere dall'attività, funzioni o forma giuridica dell'intermediario vigilato. Dunque, tale metodo di vigilanza prescinde dal soggetto vigilato, valorizzando le diverse funzioni svolte dalle autorità di controllo, tutte finalizzate a prevenire le *market failures* del mercato. In tal modo si configura una prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo.

⁹⁸ A tal proposito si veda l'analisi *Report of The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, c.d. «*Rapporto de Larosiere*», dal nome del suo presidente Jacques de Larosiere, Bruxelles, 25 febbraio 2009.

Banche Centrali (SEBC) e la Banca Centrale Europea (BCE). Successivamente proseguiva nel 2010 con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) e del cosiddetto «*pacchetto CRD IV*» sino ad arrivare, nell'anno 2013, alla costituzione del Meccanismo unico di vigilanza bancaria (MVU), basato su tre pilastri: vigilanza; gestione delle crisi e garanzia dei depositi. L'introduzione del Meccanismo unico di vigilanza rispondeva all'esigenza di uniformazione della vigilanza bancaria, al fine di assicurare un mercato unico dei servizi bancari, che superasse la frammentazione dei mercati nazionali, considerati barriere allo sviluppo di un'economia transfrontaliera e quindi di un mercato bancario europeo⁹⁹.

Più in particolare, come ben evidenziato dal «*Rapporto de Larosiere*», le divergenze di recepimento delle direttive europee nel settore bancario da parte delle legislazioni nazionali, costituivano il principale freno alla realizzazione di un quadro di regole armonizzate, necessario per garantire la stabilità del sistema finanziario. Per rimediare a tale situazione e dunque porre le basi per la realizzazione di una vera e propria *Banking Union*, le Istituzioni europee istituivano il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF)¹⁰⁰, nonché approvavano il cosiddetto «*pacchetto CRD IV*»¹⁰¹.

Con il primo intervento venivano istituite tre distinte agenzie europee con compiti di coordinamento della vigilanza macroprudenziale nei settori: bancario, finanziario e assicurativo¹⁰². All'agenzia del settore bancario, denominata «*European Banking Authority*» (EBA), veniva attribuito il potere di: elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione e progetti di norme tecniche di attuazione, da sottoporre all'approvazione della Commissione europea; adottare orientamenti e formulare raccomandazioni indirizzati alle autorità nazionali, al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi e dunque assicurare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione; nonché adottare atti in sostituzione delle autorità nazionali, in caso di violazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, salvo quanto espressamente attribuito all'EBA, ri-

99 Il Meccanismo unico di vigilanza è composto dalla Banca centrale europea e dalle autorità nazionali, secondo quanto previsto dagli artt. 1 e 2.9 del Reg. 1024/2013.

100 Relativamente al SEVIF si deve fare riferimento ai quattro Regolamenti UE: 1092/2010; 1093/2010; 1094/2010 e 1095/2010.

101 Il «*pacchetto CRD IV*» si riferisce al Reg. UE 575/2013 e alla dir. 2013/36/UE.

102 Il SEVIF si compone: dell'*European Systemic Risk Board* (ESRB); delle tre agenzie europee indipendenti rappresentate dall'*European Banking Authority* (EBA) in ambito bancario; dall'*European Insurance and Occupational Pensions Authority* (EIOPA) in ambito assicurativo e pensionistico aziendale e sociale; dall'*European Securities and Market Authority* (ESMA) in ambito di mercati e strumenti finanziari; dal Comitato congiunto delle tre autorità e dalle autorità nazionali degli Stati membri.

maneva di competenza alle autorità nazionali l'esercizio della vigilanza diretta sugli intermediari.

Successivamente, in considerazione delle pressanti esigenze di razionalizzazione e uniformazione della normativa di derivazione europea, veniva approvato il «*pacchetto CRD IV*», con il quale venivano introdotte regole uniformi riguardo ai requisiti prudenziali delle banche e delle imprese di investimento, nonché norme di massima armonizzazione sull'accesso all'attività bancaria e sulla vigilanza prudenziale.

Tuttavia gli strumenti adottati si dimostravano ancora non sufficienti per la realizzazione di una vera *Banking Union* e pertanto si riteneva necessario - con lo scopo primario di garantire la stabilità finanziaria dell'Unione - il trasferimento delle funzioni e dei poteri di vigilanza dalle Autorità nazionali a quelle europee, ossia l'adozione del Meccanismo unico di vigilanza bancaria¹⁰³.

Pertanto, con l'introduzione del nuovo sistema europeo di controllo bancario, la Banca centrale europea veniva investita, sotto il profilo organizzativo, della funzione di responsabile della vigilanza unica, in considerazione dell'intervenuto trasferimento di competenze.

Sul punto è bene precisare che le autorità nazionali, in realtà, non sono state totalmente spogliate dei poteri di vigilanza, in quanto partecipano al Meccanismo unico di vigilanza, svolgendo un compito "esecutivo". Infatti, collaborano con la BCE, fornendo informazioni, attività di assistenza e preparazione dei provvedimenti o eseguendo istruzioni della Banca centrale europea stessa. Pertanto la nuova infrastruttura finanziaria ha redistribuito il lavoro di vigilanza, separando le funzioni e istituendo un dovere di cooperazione in buona fede tra le autorità europee e quelle nazionali. Inoltre, le competenze esclusive della BCE sono limitate alla vigilanza prudenziale, come stabilito nell'art. 4 del Reg. 1024/2013.

Pertanto, le autorità nazionali, in questo particolare sistema di controllo con diversa allocazione dei poteri di vigilanza, non perdono totalmente i preesistenti poteri e compiti di cui erano investiti. Infatti, si configura una sorta di sovranità condivisa che, se da un canto priva le autorità nazionali di alcuni poteri di vigilanza, dall'altro

¹⁰³ In virtù del Regolamento sull'MVU, adottato ai sensi dell'art. 127, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, saranno attribuiti alla BCE compiti specifici inerenti alla vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

estende il campo di azione rispetto ai poteri mantenuti in capo alle stesse. Infatti, in base al nuovo meccanismo europeo, le autorità nazionali possono cooperare con la BCE per la vigilanza di un territorio più esteso rispetto a quello nazionale, che trova i propri limiti nei confini degli Stati aderenti.

Il nuovo quadro regolatorio, dunque, stabilisce la cooperazione tra organismi nazionali ed europei incentivando lo scambio di informazioni e di migliori prassi, per il miglioramento dell'intera disciplina europea.

Pertanto, stante la costante cooperazione tra i due organismi, le istanze poste dall'ABF alle autorità nazionali potrebbero arrivare in maniera agevole sino in sede europea. Tale ottica di scambio informativo finalizzato all'efficienza del sistema, è stato ulteriormente confermato nel Considerando n. 54 della dir. 2013/11/UE. Si prevede, infatti, che la cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali, per rendere più facile l'applicazione degli atti giuridici dell'Unione sulla protezione dei consumatori. In particolare si afferma che *«La Commissione e gli Stati membri dovrebbero agevolare la cooperazione tra organismi ADR al fine di incoraggiare lo scambio di migliori prassi e conoscenze tecniche nonché la discussione delle eventuali problematiche legate al funzionamento delle procedure ADR»*. Dalla cooperazione tra gli organismi ADR europei si potrebbero trarre importanti contributi per il miglioramento delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie e quindi per l'adozione di futuri provvedimenti legislativi.

2.6. L'ulteriore funzione *bottom-up*

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, è possibile affermare che l'ABF, oltre a strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie, svolge una ulteriore funzione di segnalazione delle lacune e criticità relative alla disciplina bancaria e finanziaria. Tali problematiche, infatti, potrebbero sfuggire al legislatore, impegnato su un piano più astratto e spesso distante dalle dinamiche quotidiane. Sotto questo profilo, dunque, l'attività interpretativa dell'Arbitro bancario e finanziario, ossia di un soggetto che per le funzioni che svolge è "vicino" alle problematiche concrete, costituisce un utile bagaglio d'informazioni per i regolatori nazionali ed europei, da cui attingere, grazie al nuovo sistema di cooperazione europeo introdotto, per il miglioramento

dell'intero quadro regolamentare nel settore bancario e il rafforzamento del sistema finanziario nell'Unione.

Pertanto, prendendo spunto dal modello “*by trial and error*” studiato dallo storico Oliver MacDonagh, si può affermare che sotto la pressione dei problemi posti dall'esperienza possono essere adottate soluzioni legislative migliori, poiché rispondenti ai bisogni di tutela emersi in concreto.

3. IL CREDITO ALLE FAMIGLIE CONSUMATRICI E LA CESSIONE DEL QUINTO: LINEAMENTI, PRASSI APPLICATIVE, CRITICITÀ (GIROLAMO FABIO PORTA)

SOMMARIO: 3.1. INTRODUZIONE. - 3.2. IL CREDITO AI CONSUMATORI: EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA E NAZIONALE. - 3.2.1 *SEGUE*: GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA CLIENTELA. - 3.3. COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE DEI SERVIZI BANCARI FINANZIARI: PARTECIPAZIONE DELL'ORGANO DI VIGILANZA NAZIONALE ALLE INIZIATIVE PROMOSSE DALL'UNIONE EUROPEA. - 3.4. LINEAMENTI GIURIDICI DEL FINANZIAMENTO CONTRO CESSIONE DI QUOTE DI STIPENDIO O SALARIO O PENSIONE (CQSP). - 3.4.1. CESSIONE DEL QUINTO E INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA - 3.4.2. LA STRUTTURA DELL'OFFERTA E IL MODELLO DISTRIBUTIVO DELLA CQSP. - 3.4.3. PRINCIPALI QUESTIONI AFFRONTATE DALL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO IN MATERIA DI CQSP: EQUO INDENNIZZO IN CASO DI ESTINZIONE ANTICIPATA - MANCATO RISPETTO DEL TERMINE LEGALE IN CASO DI RINNOVO DELLA CESSIONE - USURA PECUNIARIA ORIGINARIA E SOPRAVVENUTA - 3.4.4. RAPPORTO TRA CESSIONE DEL QUINTO E PREVIDENZA COMPLEMENTARE.

3.1. Introduzione

Il credito ai consumatori riveste una posizione di rilievo nel sistema finanziario sia a livello internazionale sia nell'ambito del nostro Paese; la recente espansione che ha riguardato il segmento, nella difficile congiuntura economica, è stata accompagnata da un penetrante processo di innovazione normativa a livello comunitario e nazionale. In Italia, le ragioni di questa tendenza possono ravvisarsi principalmente nella accresciuta propensione all'indebitamento delle famiglie italiane¹⁰⁴ che hanno fatto maggiore ricorso a forme di finanziamento della specie, nonché nella speculare espansione dell'offerta anche da parte di intermediari finanziari non bancari e

¹⁰⁴ In Italia questa tendenza è stata ampiamente analizzata in un'indagine conoscitiva della Commissione VI (Finanze) della Camera dei deputati, approvata il 23 febbraio 2010, dalla quale è emersa la consistenza dei finanziamenti in essere, pari a giugno 2009 a 109 miliardi di euro - il 28,6 % del totale degli impieghi delle famiglie italiane - con una crescita annuale di circa l'8,5 %.

delle reti di agenti e mediatori creditizi¹⁰⁵.

Sul piano economico, il credito ai consumatori rappresenta il canale di finanziamento attraverso cui la domanda di beni (c.d. durevoli) e di servizi, nonché le esigenze di liquidità immediata senza vincolo di destinazione, possono essere soddisfatte oltre il limite di reddito corrente del richiedente attraverso il differimento temporale dei pagamenti.

Il credito ai consumatori, nelle varie tipologie di prodotti riconducibili alla categoria¹⁰⁶, può dunque consentire alle famiglie di stabilizzare il profilo intertemporale delle decisioni di spesa attraverso una modulazione delle scelte di consumo sul reddito medio o permanente, piuttosto che su quello corrente.

Sul versante giuridico, il nuovo art. 122¹⁰⁷ del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) definisce il «*credito ai consumatori*» come il «*contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore, un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria*» nel cui alveo può confluire una vasta tipologia di contratti di finanziamento, ad esclu-

105 La disciplina dei soggetti operanti nel mercato del credito ai consumatori è stata profondamente modificata dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, mediante il quale il Governo ha esercitato la delega conferitagli dal legislatore (cfr. art. 33 della Legge Comunitaria per il 2008) al fine di riformare la normativa degli intermediari finanziari non bancari di cui al Titolo V T.u.b., nonché degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. Con riguardo ai primi è stata eliminata la differenziazione tra soggetti iscritti nell'albo generale e speciale di cui agli artt. 106 e 107 T.u.b., prevedendo ora - nella nuova versione dell'art. 106 T.u.b. - un albo unico degli intermediari autorizzati all'attività di concessione di finanziamenti, per la cui iscrizione sono richiesti determinati requisiti organizzativi, patrimoniali, nonché di onorabilità, professionalità e indipendenza, indicati dall'art. 107 T.u.b. Tali soggetti sono vigilati dalla Banca d'Italia, sia in fase di iscrizione all'albo che in corso di svolgimento dell'attività da parte dell'intermediario finanziario, esercitando i poteri conferitegli dagli artt. 108, 113 e 113 bis T.u.b. La vigilanza su tali soggetti è attuata su un duplice livello: in primo luogo attraverso l'istituzione di un apposito Organismo ai sensi dell'art. 112 bis T.u.b., che cura la tenuta dell'elenco cui i predetti soggetti devono iscriversi, nonché a verificare il rispetto della disciplina cui gli stessi sono sottoposti. A sua volta tale Organismo è sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia che verifica l'adeguatezza delle procedure interne dallo stesso adottate per lo svolgimento della propria attività e può informare il Ministro dell'economia e delle finanze delle eventuali carenze riscontrate nell'attività dell'Organismo nonché, in caso di grave inerzia o malfunzionamento, proporre lo scioglimento. Il legislatore ha poi totalmente rivisto la normativa riguardante i mediatori creditizi e gli agenti in attività finanziaria, rendendo più difficile l'accesso di tali operatori nel mercato, stabilendo requisiti più severi di professionalità e onorabilità, oltre che di capacità economica, che ne assicurino, in maniera più efficace di quanto sia avvenuto in passato, l'affidabilità e la correttezza. Tali innovazioni dunque sono volte a evitare la scorrettezza che ha caratterizzato frequentemente la condotta di tali operatori - in particolare di agenti e mediatori - nella distribuzione dei prodotti di credito al consumo.

106 Si precisa che la disciplina sul credito ai consumatori, a seguito delle recenti innovazioni normative, annovera, oltre ai tradizionali prestiti finalizzati all'acquisto di beni durevoli e di servizi, anche i finanziamenti "non finalizzati" nelle forme tecniche del prestito personale e della cessione del quinto del salario o della pensione.

107 Articolo così sostituito dall'art. 1 d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 1 d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 e dall'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169

sione di talune fattispecie espressamente indicate dalla norma¹⁰⁸. In tale cornice, il legislatore nazionale è recentemente intervenuto per estendere l'applicazione della disciplina sul credito ai consumatori a tutti i finanziamenti effettuati dietro cessione di quote dello stipendio o salario o pensione (CQSP), di cui alla l. 180/1950, e successive modificazioni, compresi quelli prima esclusi (es. perché di importo superiore a 75.000 euro)¹⁰⁹.

Nel nostro Paese, i prodotti bancari e finanziari al dettaglio e i servizi ancillari sono offerti da banche e intermediari finanziari non bancari specializzati, sovente attraverso articolati canali distributivi (quali agenti e mediatori), al fine di soddisfare, tra l'altro, la domanda delle famiglie consumatrici. Taluni degli aspetti più critici di tale settore riguardano la struttura della distribuzione e il costo del credito, a fronte della debolezza della controparte contrattuale.

In primo luogo, il significativo ricorso da parte delle banche a reti distributive - per l'esternalizzazione di fasi della commercializzazione del prodotto o della gestione del rapporto con il cliente - ha contribuito fino ad oggi ad innalzare il costo complessivo del credito.

Inoltre, prima dell'ampia riforma dell'attività dei soggetti di cui al titolo V del T.u.b. e dell'introduzione del titolo VI *bis* del T.u.b. ad opera del citato d. lgs. 141/2010¹¹⁰, il debole regime dei controlli nei confronti dei medesimi ha favorito negli ultimi anni l'ingresso nel mercato del credito al consumo di operatori dotati di scarsa professionalità, fortemente orientati alla generazione del profitto piuttosto che all'impostazione di rapporti corretti e trasparenti con la clientela. In siffatto contesto, prodotti finanziari particolarmente diffusi, quali i prestiti contro cessione del quinto dello stipendio, sono stati collocati con modalità inidonee a garantire una sufficiente consapevolezza, da parte dei clienti, dei costi e dei vincoli contrattuali derivanti.

La prassi bancaria di avvalersi di reti esterne per l'offerta di prodotti è stata particolarmente seguita con riferimento ai prestiti contro cessione del quinto del salario,

108 Il legislatore delegante italiano si è avvalso della facoltà concessa dal Considerando n. 10 della direttiva, prevedendo che il legislatore delegato estenda, «*in tutto o in parte, gli strumenti di protezione del contraente debole previsti in attuazione della direttiva 2008/48/Ce ad altre tipologie di finanziamento a favore dei consumatori, qualora ricorrano analoghe esigenze di tutela alla luce delle caratteristiche ovvero delle finalità del finanziamento*» (art. 33, comma 1, lettera a), l. 88/2009).

109 Cfr. l'art. 6 *bis* del d.p.r. 180/1950, introdotto dall'art. 31 del d.lgs. 169/2012.

110 Cfr. *infra*, § 2.

dello stipendio o della pensione a motivo dell'elevata "burocratizzazione" della fase istruttoria e della complessità degli adempimenti richiesti per la concessione del finanziamento; tali soggetti sono stati utilizzati per l'attività di raccolta e di rilascio della documentazione propedeutica alla concessione del prestito nonché per la gestione dei contatti, anche successivi, nei confronti della clientela e dei corrispondenti datori di lavoro; tutto ciò ha generato significativi riflessi sul carico economico complessivo dell'operazione in capo all'utente finale.

La struttura del mercato di riferimento e le prassi operative innanzi descritte hanno determinato, da un lato, il legislatore nazionale ad avviare una radicale riforma del settore, dall'altro, l'Autorità di Vigilanza a revisionare la normativa di competenza nonché a intensificare i controlli e gli interventi sui singoli intermediari e sul sistema, nell'ottica di rafforzare la tutela della clientela¹¹¹.

Il presente contributo, muovendo da una breve disamina dell'evoluzione normativa e delle tutele che hanno interessato la materia del credito ai consumatori in ambito comunitario e nazionale, focalizza l'attenzione sulla peculiare figura della cessione del quinto, tracciandone i lineamenti giuridico-economici ed evidenziando talune criticità nelle prassi operative rispetto alle quali sono recentemente intervenuti il legislatore nazionale e l'Organo di vigilanza¹¹². Una significativa spinta nella direzione di una miglior tutela degli utenti di tale forma di finanziamento è stata realizzata dall'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)¹¹³, meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia dei servizi bancari e finanziari, istituito ai sensi dell'art. 128 *bis* del T.u.b. (introdotto dalla legge sul risparmio n. 262/2005).

111 A livello di sistema, la Banca d'Italia ha in più occasioni richiamato gli intermediari sull'importanza del rispetto della normativa di trasparenza e di tutela della correttezza nei rapporti con la clientela. In particolare, sono stati effettuati interventi di sensibilizzazione sugli intermediari - anche tramite le associazioni di categoria - su tematiche specifiche, tra le quali assumono rilievo: Comunicazione del 20 aprile 2010 in tema di carte di credito *revolving*; Comunicazione del 10 novembre 2009 e 7 aprile 2011 in materia di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione; Comunicazione del 17 maggio 2012 sulla trasparenza nell'offerta di contratti di credito ai consumatori, effettuata a seguito di un'indagine condotta a livello comunitario con l'obiettivo di verificare la conformità dei siti internet delle banche e degli altri intermediari alla normativa in materia di credito ai consumatori.

112 In attuazione del nuovo art. 6 *bis* della legge 180/1950 - introdotto dal d. lgs. 169/2012 - le disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia dedicano ora un'apposita disciplina al prestito contro "*cessione di quote dello stipendio, del salario o della pensione*" (cfr. Sezione VII-*bis* delle Disposizioni di "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*", in corso di definizione, la cui consultazione pubblica si è conclusa a settembre 2013).

113 Nel 2013 il 19% dei ricorsi presentati all'ABF ha avuto ad oggetto controversie concernenti contratti di cessione del quinto (cfr. *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, 2014, consultabile in www.arbitrobancariofinanziario.it).

3.2. Il credito ai consumatori: evoluzione della normativa comunitaria e nazionale

La normativa sul credito ai consumatori trae origine dalle previsioni contenute nella dir. 87/102 del 22 dicembre 1986 (come modificata dalle direttive n. 90/88/Cee e n. 98/7/Ce) che era basata su un regime di armonizzazione minima volto a contribuire alla creazione di un mercato unico nel campo del credito, attraverso tutele armonizzate per il consumatore e regole minime comuni ai vari Paesi, principalmente incentrate sulla trasparenza informativa (es. obblighi di forma e contenuto minimo del contratto) nonché sull'indicatore economico del costo totale del credito espresso in percentuale annua dal tasso effettivo globale (TAEG)¹¹⁴.

Tale disciplina è stata attuata in Italia dalla l. 19 febbraio 1992, n. 142 (artt. 18-24) recante «*disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*» (legge comunitaria per il 1991)¹¹⁵ e, successivamente, con l'inserimento delle medesime disposizioni nel corpo del Titolo VI del T.u.b.

Il processo di armonizzazione avviato con la citata dir. 87/102/Cee non ha tuttavia realizzato pienamente gli obiettivi auspicati; i legislatori nazionali, avvalendosi delle ampie discrezionalità concesse, hanno di frequente previsto meccanismi di tutela aggiuntivi e differenti rispetto a quelli contemplati dalle norme europee, vanificando i principi ispiratori della disciplina stessa. Le disparità nazionali, anche nel grado di rigore delle norme emanate, hanno comportato distorsioni della concorrenza tra imprese finanziarie e il sorgere di ostacoli nell'ambito del mercato interno.

La consapevolezza che tali divergenze avessero prodotto regimi giuridici asimmetrici non rispondenti alle linee cardine della direttiva, una non sostanziale ed effettiva protezione del consumatore nonché una scarsa competitività a discapito del contenimento dei tassi d'interesse applicati alle operazioni delle specie, ha condotto ad una robusta revisione della normativa comunitaria, essenzialmente tesa a realizzare un ambiente giuridico degli Stati membri armonizzato ad un più elevato livello (*top*

¹¹⁴ L'impatto della disciplina, parzialmente integrata dal d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 63, attuativo della dir. 98/7/Cee, ha riguardato, tra l'altro, la prescrizione di un metodo univoco di calcolo del TAEG all'interno dell'Unione nonché la relativa indicazione nel contratto attraverso un esempio esplicativo.

¹¹⁵ Obiettivo primario della normativa comunitaria in tema di credito al consumo era quello di perseguire una politica di rimozione delle divergenze tra le legislazioni dei paesi dell'Unione, attraverso l'armonizzazione delle discipline dei paesi membri, anche sotto il versante del diritto dei contratti, ritenuta strumentale alla realizzazione ed al corretto funzionamento del mercato unico.

harmonization), rimuovendo le cennate divergenze tra ordinamenti.

L’emanazione della dir. 2008/48/Ce sui contratti di credito ai consumatori (che abroga la direttiva del 1987) e della dir. 2011/90/UE sui diritti dei consumatori (recante modifica delle direttive 93/12/Cee e 1999/44/Ce e che abroga le direttive 85/577/Cee e 97/7/Ce), rappresenta la manifestazione più significativa di tale evoluzione¹¹⁶.

La rinnovata impostazione persegue le seguenti finalità: rigida prescrittività, imperatività e cogenza della maggior parte delle disposizioni contemplate nella nuova direttiva; possibilità d’intervento dei legislatori nazionali circoscritta a questioni non essenziali; concezione di forme di credito standardizzate valide per tutta l’Unione.

Nel nostro ordinamento, per espressa previsione dell’art. 33 della l. 88/2009 (legge comunitaria 2008), le norme attuative della direttiva del 2008 sul credito ai consumatori (d. lgs. 141/2010, tit. I) sono state inserite nel corpo del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 385/1993, cit.): l’art. 1 del citato d. lgs. 141/2010 ha sostituito integralmente il capo II del titolo VI del T.u.b. (artt. 121-126), già dedicato alla disciplina del «*credito al consumo*», modificandone anche la rubrica (recante, ora, «*Credito ai consumatori*»).

La disciplina del credito ai consumatori è altresì integrata dalle disposizioni di dettaglio della Banca d’Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (cfr. Provvedimento della Banca d’Italia del 29 luglio 2009, e successive modificazioni). Resta ferma, per quanto non diversamente disposto dalla disciplina di settore, l’applicabilità delle norme di diritto comune e in particolare di quelle contemplate dal codice del consumo per i rapporti tra professionisti e consumatori.

3.2.1. Segue. Gli strumenti di tutela della clientela

Con il citato d. lgs. 141/2010 il legislatore nazionale, in linea con l’orientamento affermatosi in ambito internazionale ed europeo, ha inteso porre rimedio ai fallimenti del mercato emersi sul fronte dei rapporti tra intermediari e clienti, a seguito della

¹¹⁶ Dopo l’entrata in vigore della direttiva sul credito ai consumatori (dir. 2008/48/CE) la Commissione Europea è intervenuta due volte, nel 2011 e nel 2012, su questa materia: dapprima per rivedere le ipotesi di calcolo del TAEG (dir. 2011/90/UE); successivamente per fornire linee guida per assicurare una interpretazione corretta e uniforme della direttiva (documento pubblicato l’8 maggio 2012).

crisi finanziaria iniziata nel 2007.

Una risposta alle crescenti istanze di tutela è stata fornita con l'affinamento degli strumenti di protezione della clientela messi a disposizione dall'ordinamento giuridico. A tal fine, il legislatore ha agito principalmente su due leve: rafforzamento degli obblighi di trasparenza e correttezza degli intermediari in ogni fase del rapporto con la clientela (da quella precontrattuale alla fase di cessazione); attribuzione all'Autorità di Vigilanza di nuovi e più penetranti poteri di intervento idonei a garantirne l'osservanza.

In questo contesto, il d. lgs. 141/2010 ha innanzitutto recepito la direttiva sul credito ai consumatori (2008/48/CE), contemplando obblighi di assistenza del consumatore e di redazione dei documenti informativi improntati alla piena comprensibilità, consapevolezza e confrontabilità delle offerte, anche a vantaggio della concorrenza; ha inoltre agito sul fronte della professionalità e della correttezza degli operatori del settore¹¹⁷ innovando profondamente la disciplina degli intermediari finanziari non bancari di cui al titolo V del T.u.b. e dei canali distributivi¹¹⁸. La riforma mira a innalzare il grado di professionalità e di responsabilità di tali operatori e a rafforzare e razionalizzare il regime dei controlli al fine di promuovere rapporti di elevata qualità, nell'interesse della clientela e degli stessi intermediari; essa introduce regole che incidono sugli assetti statutari e organizzativi¹¹⁹ degli intermediari finanziari e sul *modus operandi* degli stessi.

Il Testo Unico bancario attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare la regolamentazione secondaria in materia di trasparenza nonché, anche per i profili prudenziali, di intermediari finanziari non bancari e reti distributive. Nel 2009 la Banca d'Italia ha profondamente riformato le disposizioni sulla trasparenza e correttezza dei rapporti intermediari clienti perseguendo gli obiettivi di semplificazione, com-

117 Cfr. *supra* "Introduzione".

118 Cfr. nuovo titolo VI *bis* del T.u.b. su agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi.

119 Con riferimento ai riflessi statutari/organizzativi il decreto: ridefinisce l'ambito delle attività riservate, rendendo gli intermediari finanziari soggetti specializzati nella concessione del credito; supera l'artificiosa distinzione tra intermediari pienamente vigilati (ex art. 107 T.u.b.) e soggetti sottoposti a controlli meramente formali (come gli intermediari ex art. 106 T.u.b.) prevedendo che tutti gli operatori attivi nel settore del credito devono essere iscritti in un apposito albo unico e stabilendo una più puntuale valutazione degli assetti proprietari; potenzia e razionalizza i controlli introducendo anche forme di vigilanza consolidata; favorisce la specializzazione degli operatori del settore del microcredito (per questi intermediari è previsto un alleggerimento degli oneri di vigilanza in presenza di una operatività rivolta prevalentemente al finanziamento delle iniziative microimprenditoriali o dell'avvio di un'attività lavorativa autonoma).

prensibilità e comparabilità della documentazione informativa nonché imponendo agli intermediari di dotarsi di procedure interne idonee a garantire il rispetto delle norme in ogni fase della commercializzazione dei prodotti.

Le disposizioni sono state successivamente adeguate alle sopra citate novità di derivazione comunitaria sul credito ai consumatori nonché a quelle sui servizi di pagamento e sugli istituti di moneta elettronica. A settembre 2013 si è conclusa la consultazione pubblica sul nuovo testo della disciplina di trasparenza che si propone di superare alcune criticità emerse nella realtà applicativa, anche stabilendo un'ulteriore semplificazione (è in corso di definizione la normativa secondaria di attuazione della riforma sugli intermediari del credito).

Nell'ottica di una tutela più sostanziale e di una garanzia di effettività delle norme poste a favore della clientela, il legislatore del 2010 è intervenuto altresì sul meccanismo di *enforcement*¹²⁰. Contestualmente alle innovazioni descritte, il d. lgs. 141/2010 ha indicato espressamente la tutela della trasparenza e della correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti quale finalità autonoma di vigilanza della Banca d'Italia, accanto alle tradizionali funzioni prudenziali¹²¹; ha inoltre ampliato i poteri sanzionatori dell'Organo di Vigilanza, ora previsti a fronte della violazione non solo degli obblighi di pubblicità ma di tutti i doveri di trasparenza stabiliti per le diverse fasi del rapporto (es. in sede di stipula del contratto, di modifica unilaterale delle condizioni, di comunicazioni periodiche). Nuove misure inibitorie sono state previste in caso di accertate irregolarità in materia di trasparenza: la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 128 *ter*, T.u.b., può ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite dalla clientela e attivare il previsto regime di pubblicità; può vietare la prosecuzione dell'attività o di specifiche forme di offerta ovvero, in caso di urgenza e in attesa della definitiva verifica delle irregolarità, la sospensione delle stesse.

In coerenza con tale evoluzione legislativa, negli ultimi anni anche l'Autorità di vigilanza per i servizi bancari e finanziari, nei limiti delle proprie attribuzioni, ha rafforzato gli strumenti di tutela degli utenti riformando la regolamentazione secondaria,

120 Cfr. sul punto, C. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria tra presente e futuro*, in *Vigilanza bancaria e correttezza nelle relazioni con la clientela*, Roma, 23 gennaio 2014, Università Luiss Guido Carli, 16 ss.

121 Cfr. il nuovo art. 127, co. 1, T.u.b.

ampliando i controlli, intensificando gli interventi sui sistemi¹²² e sui singoli intermediari nonché promuovendo altre importanti iniziative; tra queste rileva l'istituzione nel 2009 dell'Arbitro bancario finanziario (ABF) un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie volto a fornire una tutela rapida e con costi contenuti alle ragioni dei clienti.

L'iniziativa attua il disegno della legge sul risparmio (l. 262/2005) diretto a istituire sistemi della specie, nell'ambito della prestazione dei servizi bancari e finanziari, improntati a principi di effettività, rapidità, economicità della tutela e imparzialità dell'Organo decidente, salvaguardando al contempo il diritto di ricorrere all'Autorità giudiziaria.

Alla Banca d'Italia sono affidati compiti di supporto tecnico e organizzativo, anche a garanzia del buon funzionamento dell'Organismo. L'ABF offre uno strumento di tutela anche nei casi in cui per il modico valore della controversia (c.d. *small claims*) o per i tempi della giustizia ordinaria il cliente sarebbe disincentivato a far valere le proprie doglianze.

L'obiettivo è promuovere rapporti trasparenti e corretti con la clientela, migliorando la fiducia del pubblico e riducendo i rischi legali e reputazionali degli intermediari, a vantaggio sia della clientela che degli stessi operatori.

L'efficacia di meccanismi di definizione delle liti riveste dunque preminente rilievo ai fini del perseguimento delle finalità di difesa delle ragioni dei clienti, soprattutto in tempi di crisi che accentuano la litigiosità dei rapporti. Contribuisce a garantire l'effettività della tutela il rapporto di complementarità tra l'ABF e l'Autorità giudiziaria. Le decisioni dell'ABF, affrontando di frequente questioni nuove relative a normative di settore e ad elevato contenuto tecnico, possono rappresentare un riferimento qualificato per gli stessi giudici; l'esito dei ricorsi è dunque idoneo a influenzare indirettamente l'eventuale giudizio sulla medesima controversia¹²³.

122 Cfr. Comunicazioni della Banca d'Italia al sistema del: 10 novembre 2009; 7 aprile 2011; 17 maggio 2012.

123 Un esempio in tal senso si rinviene nella decisione assunta dal Tribunale di Padova in tema di usura applicata ad un contratto di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio (Trib. Padova, 14 marzo 2014, in *Riv. dir. bancario*, 2014: la decisione richiama, tra l'altro, ABF Roma nn. 4183 e 4374).

3.3. Coordinamento tra Autorità nella tutela del consumatore dei servizi bancari finanziari: partecipazione dell'Organo di vigilanza nazionale alle iniziative promosse dall'Unione europea

Negli ultimi anni il grado di armonizzazione delle regole in ambito europeo è notevolmente aumentato, con l'adozione di numerosi regolamenti e direttive in campo bancario e finanziario che hanno interessato anche la tutela degli utenti consumatori. Le sinergie tra Autorità dei paesi appartenenti all'Unione europea tendono a realizzare una maggiore convergenza verso scelte e decisioni comuni - senza tuttavia disconoscere le specificità giuridiche, economiche e operative dei singoli Stati membri - idonea a garantire condizioni di parità competitiva tra gli intermediari (c.d. *level playing field*) e stabilità dei mercati - sempre più integrati a livello internazionale - accrescendo altresì la protezione degli utenti.

Gli strumenti a presidio della clientela dei servizi bancari e finanziari richiedono pertanto un'attività di cooperazione e di coordinamento costante da parte dell'Autorità di vigilanza nazionale sia con Organismi comunitari e Autorità di altri Stati membri, sia con le Autorità nazionali impegnate a vario titolo nella tutela del consumatore.

Sotto il primo profilo, la Banca d'Italia aderisce alle iniziative promosse a tal fine dall'Unione europea: collabora con la Commissione Europea in relazione al Reg. CE 2006/2004¹²⁴ (c.d. *Regolamento Enforcement*) avente a oggetto la cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei

¹²⁴ Il Regolamento mira a consentire un'efficace collaborazione tra le Autorità aventi compiti di tutela dei consumatori nelle controversie transfrontaliere, in modo che non vi siano discriminazioni che scoraggino le transazioni. In tale ambito, la Commissione europea - avvalendosi delle autorità nazionali competenti ai sensi del Regolamento 2006/2004/CE - ha svolto un'indagine (c.d. "*Sweep*") avente l'obiettivo di verificare la conformità dei siti internet delle banche e degli altri intermediari alla normativa comunitaria in tema di offerta di contratti di credito ai consumatori. Più in dettaglio, nel mese di settembre 2011 le autorità nazionali di 27 Stati membri - competenti per l'*enforcement* delle normative comunitarie a tutela dei consumatori - nonché di Norvegia e Islanda, hanno esaminato in modo coordinato 562 siti *web* di banche, intermediari finanziari e intermediari del credito. Nel 70 per cento dei casi (393 siti) sono state riscontrate carenze nel contenuto degli annunci pubblicitari *on line*; talune criticità sono emerse anche in esito a un'ulteriore indagine condotta sulla documentazione precontrattuale (c.d. "*Sweep Plus*"). La Banca d'Italia, in ragione delle proprie competenze in materia di credito ai consumatori, ha aderito all'iniziativa della Commissione europea. L'azione di monitoraggio - effettuata congiuntamente con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), competente nel settore delle pratiche commerciali scorrette - ha interessato i siti *internet* di 15 intermediari nazionali rappresentativi del predetto comparto; l'indagine ha avuto altresì a oggetto la documentazione precontrattuale relativa ad alcuni rapporti di credito accesi da consumatori presso i medesimi intermediari. In esito agli accertamenti condotti, sono emerse anomalie in relazione all'operatività di 10 intermediari; le criticità hanno riguardato sia il contenuto degli annunci pubblicitari, talvolta non corrispondente a quanto prescritto dalla normativa di riferimento (art. 123 T.u.b. e relative disposizioni di attuazione), sia l'informativa precontrattuale, spesso non pienamente idonea a consentire ai consumatori di effettuare scelte consapevoli (art. 124 T.u.b. e relative disp. att.).

consumatori e partecipa ai lavori dei Comitati sull'innovazione finanziaria e sulla tutela del consumatore promossi dall'EBA (*European Banking Authority*, il cui organo direttivo è composto dai rappresentanti delle Autorità nazionali).

In questa prospettiva la Banca d'Italia ha perfezionato l'adesione dell'ABF al sistema *Fin.net*, il *network* promosso dalla Commissione europea nel 2001 che riunisce i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario e finanziario, con lo scopo di favorire lo sviluppo e la cooperazione dei sistemi ADR in ambito europeo¹²⁵. La rete, alla quale partecipano gli ADR dei settori bancario, finanziario e assicurativo insediati nei vari Stati membri, fornisce ai consumatori, che abbiano un problema con un intermediario di un altro Stato membro, l'opportunità di rivolgersi al competente sistema stragiudiziale domestico il quale, avvalendosi del supporto fornito dalla rete, lo pone in contatto con il sistema equivalente del paese in cui opera l'intermediario.

Sotto l'egida della Commissione europea, la rete organizza incontri periodici¹²⁶ su tematiche di interesse comune in cui vengono discussi anche i più recenti sviluppi normativi in materia di servizi finanziari e di protezione del consumatore, privilegiando, altresì, lo scambio di informazioni e di esperienze tra i gestori dei diversi sistemi ADR, nell'ottica di favorire la diffusione delle migliori prassi internazionali.

Un'ulteriore spinta in questa direzione a livello comunitario è rappresentata dalla recente direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (dir. 21 maggio 2013, n. 11) e dal regolamento sulla risoluzione delle controversie on line dei consumatori (Reg. UE, 21 maggio 2013, n. 524) approvati il 21 maggio 2013.

In particolare, la direttiva intende assicurare che gli organismi ADR soddisfino requisiti armonizzati di qualità, in linea con i principi fondamentali declinati nelle raccomandazioni della Commissione europea per la trattazione delle controversie dei consumatori (Racc. CE 30 marzo 1998, n. 257 e Racc. CE 4 aprile 2001, n. 310). A questi fini, il legislatore europeo ha inteso rimuovere le principali carenze che compromettono l'efficacia degli ADR, quali: l'insufficiente diffusione, a livello

125 Attualmente aderiscono a *Fin-Net* 56 diversi sistemi ADR operanti negli Stati membri della UE, nonché ADR insediati in Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

126 Nel 2013 le riunioni si sono tenute a Bruxelles nel mese di marzo e a Londra nel mese di novembre; il confronto si è incentrato sulla direttiva ADR e sul regolamento ODR, approvati nel corso dell'anno.

sia settoriale che geografico, dei sistemi ADR all'interno dell'Unione; l'insufficienza delle informazioni in merito al sistema competente; il mancato rispetto, da parte di numerosi organismi ADR, dei requisiti di qualità individuati dalla Commissione. È prevista all'uopo la creazione di un sistema di monitoraggio del funzionamento degli ADR affidato a un'Autorità designata da ciascuno Stato membro per la verifica del rispetto dei requisiti di qualità da parte degli ADR nazionali.

Il regolamento è invece finalizzato a istituire una piattaforma europea di risoluzione *on line* delle controversie (piattaforma ODR), direttamente accessibile ai consumatori e ai professionisti.

I sistemi ADR e la piattaforma ODR costituiscono due strumenti interconnessi e complementari: la piattaforma fornirà un unico punto di accesso stragiudiziale per la risoluzione *on line* delle controversie attraverso gli organismi ADR di qualità a essa collegati, prevedendo, tra l'altro, la creazione di un sito *internet* che consentirà la presentazione gratuita dei reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico - disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione - e la sua automatica trasmissione all'organismo ADR competente. Per garantire efficacia alla procedura ADR gli Stati membri dovranno assicurare che la stessa sia disponibile e facilmente accessibile per entrambe le parti¹²⁷.

Il termine per il recepimento della direttiva è fissato al 9 luglio 2015 mentre il regolamento troverà applicazione dal 9 gennaio 2016, fatte salve alcune disposizioni, specificamente individuate, applicabili a partire da una data anteriore¹²⁸.

Anche in ambito nazionale è intensa la collaborazione tra le Autorità preposte alla tutela del consumatore (Consob, Ivass, AGCM, Garante della *privacy*) che si esplica, tra l'altro, sulla base di protocolli d'intesa; questi disciplinano gli scambi informativi e i rispettivi ambiti di competenza nello svolgimento dell'attività di vigilanza al fine di evitare sovrapposizioni, incoerenze e costi impropri per il sistema.

Il rapporto sinergico e regolamentato tra i vari soggetti contribuisce a garantire l'effettività della tutela.

¹²⁷ Cfr. *Relazione sull'attività dell'ABF 2013*, 22 settembre 2014, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

¹²⁸ Tra le previsioni già applicabili sin da luglio del 2013, si segnala la disposizione che prevede lo sviluppo della piattaforma ODR da parte della Commissione europea (art. 5, par. 1).

Con particolare riguardo all'attività di produzione normativa, la Banca d'Italia fornisce consulenza al Governo e al Parlamento sulla legislazione finanziaria non compresa nell'ambito europeo; cura inoltre la predisposizione e l'aggiornamento della normativa di vigilanza. Su quest'ultima, in ottemperanza alla legge sul risparmio (l. 262/2005), viene svolta la pubblica consultazione nei confronti dei destinatari delle norme e degli organismi rappresentativi dei consumatori nonché un'analisi di impatto della regolamentazione, al fine di migliorare la qualità e l'efficacia degli interventi normativi.

3.4. Lineamenti giuridici del finanziamento contro cessione di quote di stipendio, salario o pensione (CQSP)

La concessione di finanziamenti con cessione del quinto di stipendio o prestazioni pensionistiche è disciplinata dal d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, recante norme in materia di «*sequestro, pignoramento e cessione degli stipendi, salari e pensioni*». Questa forma di finanziamento, in origine rivolta ai soli dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, è stata radicalmente innovata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, nella l. 14 maggio 2005, n. 80) e dal decreto attuativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 27 dicembre 2006, n. 313.

Nel nuovo quadro normativo, a differenza di quanto era consentito in passato, la cessione del quinto può essere rivolta ai dipendenti pubblici e privati (lavoratori dipendenti in possesso di un contratto a tempo indeterminato o a termine che operino con carattere certo e continuativo da almeno dodici mesi a favore di un'impresa) nonché ai pensionati. Per questi ultimi, a condizione che la parte residua dell'emolumento ceduto, valutato al netto delle ritenute fiscali, sia in ogni caso superiore al c.d. trattamento minimo (cfr. art. 1, d.p.r. 180/1950, come modificato dall'art. 13 *bis*, d.l. 35/2005, cit.).

L'operazione - normalmente utilizzata per fronteggiare esigenze di liquidità immediate, senza dover ricorrere a forme di credito tradizionali - configura un rapporto trilaterale tra dipendente/pensionato (cedente), datore di lavoro o istituto pensionistico (ceduto) e intermediario mutuante (cessionario) in cui il soggetto finanziato cede al mutuante il maturando credito retributivo - o pensionistico - che egli van-

terà, rispettivamente, nei confronti del datore di lavoro per l'attività lavorativa da svolgersi, o dell'istituto di previdenza per trattamenti pensionistici da percepirsi.

Sul piano oggettivo, con tale contratto il mutuatario assume l'impegno di restituire al finanziatore l'importo del prestito per il tramite diretto del datore di lavoro o dell'ente previdenziale, mediante rate costanti mensili da questi trattenute sul pro-spetto paga o pensione, fino alla definitiva estinzione del debito; dal canto suo, il finanziatore acquisisce il diritto a richiedere direttamente al datore di lavoro titolare del trattamento retributivo o all'ente pensionistico una quota non superiore ad un quinto dell'emolumento mensile - valutato al netto di trattenute per imposte, per trattamento di quiescenza e per altri titoli previsti da norme di legge - spettante al soggetto finanziato, sino alla completa restituzione del prestito.

La durata del finanziamento non può superare i dieci anni. Questo termine si riduce fino a coincidere, nella misura massima, con la vita residua del rapporto di lavoro a tempo determinato ovvero, indistintamente per tutti i lavoratori, con il momento del conseguimento del diritto al trattamento di quiescenza. Sul punto, giova sottolineare che, in caso di cessazione dal servizio antecedente la scadenza del finanziamento, l'efficacia della cessione, per la parte di debito residuo ancora in essere, si estende di diritto sulla pensione o su altro assegno continuativo equivalente.

In ogni caso, la quota netta da trattenere non può eccedere il quinto della pensione o dell'assegno (cfr. artt. 23 e 43, d.p.r. 180/1950)¹²⁹.

In questa cornice, risulta evidente che l'operazione è caratterizzata da forme di tutela legali a favore del finanziatore. In primo luogo, il contratto consente all'intermediario erogante di ottenere, con ragionevole sicurezza, la restituzione del prestito attraverso rate di rimborso costanti corrisposte, come detto, direttamente dal datore di lavoro o dall'Istituto previdenziale, previa trattenuta mensile, rispettivamente, dallo stipendio o dalla pensione del finanziato. In secondo luogo, il citato d.p.r. 180/1950, prevede, a maggior tutela dell'intermediario, che i prestiti con cessione del quinto della pensione abbiano la garanzia dell'assicurazione sulla vita che ne

129 Se all'impiegato richiedente mancano meno di dieci anni per conseguire il diritto al collocamento a riposo, questi non può contrarre un prestito superiore alla cessione di tante quote mensili quanti siano i mesi necessari per il conseguimento del diritto al collocamento medesimo. Se la cessazione dal servizio avviene prima dell'estinzione della cessione, l'efficacia del prestito si estende di diritto sulla pensione o su altro assegno continuativo equivalente.

assicuri il recupero del residuo credito in caso di decesso del mutuatario (cfr. art. 1, comma 5, del d.p.r. 180/1950) ed altresì che le cessioni di quote di stipendio o di salario abbiano la garanzia dell'assicurazione sulla vita e contro i rischi di impiego o altre malleverie che ne assicurino il recupero nei casi in cui per cessazione o riduzione di stipendio o salario o per liquidazione di un trattamento di quiescenza insufficiente non sia possibile la continuazione dell'ammortamento o il recupero del residuo credito (cfr. art. 54, co. 1, d.p.r. 180/1950).

Beneficiario della garanzia assicurativa è l'intermediario erogante, il quale, al verificarsi di uno degli eventi citati, incassa il residuo credito; sicché, nell'ottica del soggetto finanziatore, il rischio del mancato recupero delle somme erogate può reputarsi pressoché neutralizzato dal momento che la compagnia assicuratrice è tenuta ad eseguire il pagamento del debito residuo in luogo del debitore¹³⁰, salvo poi surrogarsi in tutti i diritti e i privilegi spettanti al creditore originario nei confronti di quest'ultimo¹³¹.

I contratti di finanziamento con cessione del quinto di stipendio o salario prevedono

130 In proposito, con specifico riferimento all'assicurazione contro il rischio della perdita dell'occupazione in corso di ammortamento, v. A. CANDIAN, *Assicurazione e garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 632 ss.: «rispetto al contratto di finanziamento di tipo retail se è vero che entrambe le parti assumono i flussi di reddito da lavoro come presupposto per la conclusione dell'affare, questo significa che entrambe le parti sono interessate alla "protezione" di tale presupposto: e ciò rimane vero anche se impinge nell'ovvio il fatto che il costo della protezione sia comunque a carico del finanziato e non del finanziatore». Altra dottrina sottolinea come nella pratica sembra affiorare un'immagine diversa, raffigurante una protezione a esclusivo vantaggio degli enti erogatori, come peraltro apertamente dichiarato dagli stessi enti nei contratti per adesione sottoposti alla firma dei lavoratori-mutuatari. Al verificarsi del sinistro, è vero che la compagnia assicuratrice è chiamata al posto del debitore a eseguire la prestazione dovuta nei confronti del creditore, ma immediatamente si surroga, per volere del contratto di credito sottoscritto dallo stesso mutuatario, in tutti i diritti e privilegi vantati da quest'ultimo nei confronti del primo. Non convince perciò l'idea che il lavoratore-consumatore «assicura il credito...per garantirsi contro le eventuali azioni sul suo patrimonio della banca/finanziaria erogante e beneficiaria delle somme dovute dall'assicuratore in caso di sinistro» (così, C. D'ANTONIO, *Il credito alle famiglie e le relative coperture assicurative: problemi di trasparenza e di liberalizzazione*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 85 ss. All'atto pratico, la surrogazione spettante all'assicuratore espone il debitore alle medesime «azioni sul suo patrimonio» spettanti al creditore originario insoddisfatto. Cosicché il debitore (il quale «a garanzia» del perfetto adempimento già porta la puntuale rinuncia, per il tramite del datore di lavoro «ceduto», a una quota fissa della propria retribuzione mensile), al verificarsi del sinistro, non sembra godere di alcun beneficio per effetto dell'attivazione della polizza assicurativa «procurata» dalla controparte istituzionale. La copertura assicurativa garantisce quindi il solo finanziatore, il quale rischia «di meno»; e rischiando di meno è teoricamente indotto a ridurre le proprie pretese economiche in sede di accensione del finanziamento. Di conseguenza, l'addebito al cliente-mutuatario degli oneri assicurativi associati al mutuo può pure, come è stato osservato, impingere nell'ovvio, ma più precisamente si giustifica in ragione della sua funzione di contenimento del rischio e, dunque, del costo del finanziamento; più precisamente, della parte di costo rimessa all'autonomia valutativa dell'ente erogatore del credito «garantito» dall'assicurazione (così, F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito*, in *Riv. dir. bancario*, 2013).

131 Il diritto di rivalsa non opera nei casi di decesso del lavoratore: l'evento estingue ogni obbligo del mutuatario e dei suoi eredi nei confronti dell'assicuratore.

altresì l'estensione della cessione ai crediti che il lavoratore vanta in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, quali l'indennità di trattamento di fine rapporto (TFR) accantonata dal datore di lavoro a favore del proprio dipendente e le somme eventualmente ricevute da enti pensionistici complementari.

3.4.1. Cessione del quinto e intermediazione assicurativa

L'ampio processo di innovazione normativa avviato con il d. lgs. 141/2010 (come modificato dal d. lgs. 218/2010 e dal d. lgs. 169/2012) ha interessato, oltre al credito ai consumatori, anche il comparto dell'intermediazione assicurativa. I riflessi di tale evoluzione non potevano non riverberarsi sui contratti con cessione del quinto¹³², considerato lo stretto legame funzionale esistente tra i due ambiti; in particolare, in tema di commercializzazione congiunta di finanziamenti e polizze assicurative, lo sguardo deve essere anzitutto rivolto: all'art. 36 *bis* del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214 (che ha integrato l'art. 21 cod. cons.) a mente del quale è considerata scorretta la pratica commerciale consistente nel condizionare l'erogazione di un mutuo all'obbligo di stipulare una polizza assicurativa erogata dal medesimo intermediari¹³³; all'art. 28 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 maggio 2012, n. 62, in forza del quale le banche che intendono condizionare l'erogazione di mutui o di credito ai consumatori alla stipula di una polizza di assicurazione sulla vita devono fornire al cliente almeno due preventivi di istituti non riconducibili al proprio gruppo bancario.

Il cliente resta in ogni caso libero di scegliere la polizza che ritiene più conveniente sul mercato. In attuazione di questa previsione l'Isvap ha emanato il Reg. 40/2012, che prevede, tra l'altro, l'obbligo dell'intermediario di fornire al cliente una chiara informativa scritta sui contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita e di redigere i preventivi secondo determinate modalità. Ulteriori novità in materia sono state introdotte dal d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, recante «*Misure a favore della concorrenza e tutela del consumatore*

¹³² Ai sensi dell'art. 54, d.p.r. 180/1950, la cessione del quinto deve essere accompagnata obbligatoriamente da una polizza assicurativa che garantisca il soggetto erogante dai rischi d'impiego o morte del cedente.

¹³³ In tale prospettiva, il Provvedimento ISVAP, 2946/2011, vieta il cumulo in capo agli intermediari delle qualifiche di beneficiario delle prestazioni assicurative e intermediario del relativo contratto.

nel mercato assicurativo». In particolare, l'art. 22 co. 15 *quater* ss. del citato provvedimento stabilisce l'obbligo per la compagnia assicurativa di restituire al debitore assicurato la parte del premio pagato - relativa al periodo residuo non goduto - nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, indicandone chiaramente i criteri e le modalità operative; in alternativa, prevede la possibilità per le compagnie assicurative di fornire la copertura fino alla scadenza contrattuale a favore del nuovo beneficiario designato.

La norma prevede altresì l'efficacia retroattiva delle suddette previsioni, applicabili a tutti i contratti commercializzati anche precedentemente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, con relativo obbligo per le imprese di aggiornare i contratti sulla base della nuova disciplina¹³⁴.

La commercializzazione congiunta di più contratti è presa in considerazione anche ai fini di trasparenza dalle Disposizioni della Banca d'Italia (es. per il calcolo del TAEG); nell'ultimo aggiornamento di tale disciplina sono richiamati pertanto i limiti e le condizioni stabiliti dalle nuove norme di legge (cfr. sezioni II, VII e XI delle Disposizioni sulla trasparenza in corso di definizione).

3.4.2. La struttura dell'offerta e il modello distributivo della CQSP

I prestiti garantiti da cessione di quote dello stipendio o della pensione possono essere erogati da banche e intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dal nuovo art. 106 del T.u.b. (come sostituito dall'art. 7 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141). Prima della riforma introdotta dal d. lgs. 141/2010, il modello distributivo della CQSP è stato prevalentemente incentrato sull'attività delle reti di mediatori e agenti. Come già evidenziato *supra*¹³⁵, il tecnicismo, la complessità burocratica e la scarsa automazione degli adempimenti amministrativi richiesti per la tipologia di prodotto rispetto ad altre forme di prestito personale, hanno favorito l'affidamento della distribuzione da parte di banche e altri intermediari finanziari ad articolate reti indirette, con inevitabili riflessi sul livello del costo finale sopportato dalla clientela.

¹³⁴ Con una comunicazione rivolta ai consumatori diramata il 15 aprile 2013, l'IVASS ha ribadito i principi contenuti nell'art. 22 *quater* ss., sottolineando la necessità per gli intermediari di aggiornare i contratti in essere, indicando chiaramente i criteri e le modalità di restituzione dei premi pagati in unica soluzione dalla clientela contestualmente all'erogazione del finanziamento collegato.

¹³⁵ Cfr. *infra*, Par. 2.

Nell'ambito della cessione del quinto è risultata diffusa la pratica dell'estinzione anticipata finalizzata all'immediato rinnovo del finanziamento; tale operazione combinata è stata spesso effettuata senza l'osservanza del limite temporale minimo imposto dalla legge e senza una chiara informativa resa ai clienti sugli svantaggi potenzialmente derivanti dalla stessa. Al momento dell'erogazione il cliente corrisponde gli interessi e le spese in unica soluzione; sicché la prematura estinzione e l'eventuale rinnovo concorrono a rendere eccessivamente oneroso il finanziamento per l'incidenza dei costi di intermediazione e di copertura assicurativa non completamente ammortizzati nell'arco del prestito. La pratica dei c.d. rinnovi *ante-termine* è stata duramente censurata dalla Banca d'Italia, la quale ha richiamato formalmente¹³⁶ banche e altri intermediari finanziari al più rigoroso rispetto della legge e delle normative speciali, nonché a rendere edotta la clientela degli effetti negativi che possono derivare da tali circostanze; all'uopo è stato richiesto di determinare chiaramente, anche attraverso l'adeguamento della documentazione di trasparenza, le diverse componenti di costo del finanziamento, con specifica individuazione di quelle che maturano nel corso del tempo (restituibili *pro-quota* al cliente in caso di estinzione anticipata)¹³⁷.

È stato altresì evidenziato che la prassi di rinnovare *ante-termine* i finanziamenti costituisce una grave violazione della legislazione in materia.

3.4.3. Principali questioni affrontate dall'Arbitro Bancario Finanziario in materia di CQSP: equo indennizzo in caso di estinzione anticipata - mancato rispetto dei termini legali in caso di rinnovo della cessione - profili di usura pecuniaria originaria e sopravvenuta

Equo indennizzo in caso di estinzione anticipata

L'Arbitro Bancario Finanziario si è sovente occupato di controversie afferenti i finanziamenti contro cessione del quinto del salario o della pensione¹³⁸ generate, tra l'al-

¹³⁶ Cfr. Comunicazioni al sistema diramate dalla Banca d'Italia nel 2009 e nel 2011 e, in particolare, la Circolare Banca d'Italia del 17 maggio 2012 recante "*Trasparenza dell'offerta di contratti di credito ai consumatori*".

¹³⁷ Talvolta sono insorte dispute su chi dovesse ricadere l'obbligo di restituzione: sulle reti, sulle società finanziarie o sulle banche.

¹³⁸ Nel 2013, circa il 19% dei ricorsi proposti all'ABF da parte dei consumatori hanno riguardato contratti di mutuo con cessione del quinto dello stipendio o pensione.

tro, da carenze informative nella rappresentazione delle voci di costo e dall'elevato carico economico dell'operazione, a motivo dell'incidenza degli oneri diversi dagli interessi.

Tali aspetti hanno comportato reiterate contestazioni sulla misura delle restituzioni spettanti ai clienti in sede di estinzione anticipata e sugli ostacoli che gli intermediari oppongono alla retrocessione. Sulla base di un consolidato orientamento formatosi in proposito, l'Arbitro ha affermato che *«non è conforme a trasparenza e buona fede il comportamento dell'intermediario consistente nell'indicare cumulativamente e in modo generico le commissioni addebitate alla clientela nei contratti di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione. Tale prassi comporta altresì la difficoltà o anche l'impossibilità per il cliente di individuare quali siano gli oneri da rimborsare in caso di estinzione anticipata»*¹³⁹.

Sicché non può revocarsi in dubbio la rimborsabilità - per la parte non maturata - delle commissioni bancarie, di intermediazione e di incasso. È stato inoltre osservato che, in mancanza di una netta ripartizione nel contratto tra i costi correlati a prestazioni che si esauriscono al momento dell'erogazione (c.d. *up front*) e quelli a maturazione progressiva (c.d. *recurring*), l'intero importo di ciascuna voce deve essere preso in considerazione per individuare la quota parte da rimborsare (ex art. 125 *sexies*, T.u.b.) secondo un criterio proporzionale correlato al periodo di dilazione non goduto¹⁴⁰. Questa impostazione appare coerente con i principi contenuti nell'art. 6 *bis*, co. 3, lett. b, d.p.r. 180/1950, introdotto dall'art. 31 del d. lgs. 169/2012 - recante *«Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 180»* - nella parte in cui il legislatore, recentemente intervenuto per estendere l'applicazione della disciplina sul credito ai consumatori a tutti i finanziamenti effettuati dietro cessione di quote di stipendio, salario o pensione, ha previsto, tra l'altro, l'obbligo di *«rendere la struttura delle commissioni trasparente, in modo da permettere al cliente di distinguere le componenti di costo dovute all'intermediario e quelle dovute a terzi, nonché gli oneri che devono essergli rimborsati in caso di estinzione anticipata del contratto»*.

Secondo la giurisprudenza dell'ABF, il diritto del consumatore a un'equa riduzione

¹³⁹ Cfr. "Principi e indirizzi contenuti nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario", in [www.arbitrobancariofinanziario.it/publicazioni/altri Documenti/principi-allegato](http://www.arbitrobancariofinanziario.it/publicazioni/altri_Documenti/principi-allegato).

¹⁴⁰ Cfr. in tal senso, ABF Roma, decisione n. 1140/2013; ABF Milano, decisioni nn. 4069/2013, 3415/2013).

del costo totale del credito, stabilito dall'art. 125 *sexies* T.u.b., sussiste anche con riferimento alle spese del contratto di assicurazione stipulato a copertura del rischio di mancata restituzione del credito (morte del debitore, sua invalidità totale o parziale, perdita d'impiego, ecc.); l'assicurazione entra a far parte dei costi del finanziamento (*ex art. 122 T.u.b.*) e l'intermediario, in veste di beneficiario dell'eventuale indennizzo, trae vantaggio dalla predisposizione di un meccanismo destinato a coprire il rischio di eventi che impediscano la integrale restituzione dell'importo finanziato.

In questa prospettiva l'Arbitro, dando, fra l'altro, rilievo alla circostanza che il contratto di assicurazione viene negoziato in fase pre-contrattuale dall'intermediario - il quale, normalmente, finanzia il premio trattenuto in unica soluzione al momento dell'erogazione del prestito e opera quale mandatario per il relativo incasso - ha ritenuto esistente un evidente nesso funzionale tra contratto di finanziamento e contratto di assicurazione; tale collegamento, che si manifesta nel rapporto di accessoria della garanzia assicurativa al contratto principale, è idoneo a legittimare la refusione da parte dell'intermediario della quota del premio assicurativo correlata al periodo non goduto rispetto alla originaria scadenza del prestito¹⁴¹.

D'altro canto, l'art. 22, co. 15 *quater*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), ha sostanzialmente ribadito la sussistenza del collegamento negoziale - costantemente rilevata anche dall'ABF - idoneo a giustificare, in caso di estinzione anticipata, l'inoltro della richiesta di rimborso direttamente all'intermediario.

Pertanto, in mancanza di criteri chiari e completi formalmente indicati in contratto atti ad individuare l'esatta portata dell'importo restituibile al cliente non può escludersi la concorrente responsabilità del finanziatore per la restituzione del dovuto a fronte di negozi collegati¹⁴²; alla luce dei principi stabiliti dal citato art. 6 *bis*, co. 3, lett. b, d.p.r. 180/1950 nonché dal richiamato art. 22, co. 15 *quater* ss., del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, la restituzione *pro-quota temporis* si applica infatti a quelle componenti di costo che trovano giustificazione in prestazioni rese dall'intermediario, o da soggetti terzi coinvolti a vario titolo nell'operazione (quali le imprese di

141 V., tra le tante, ABF Roma, decisione n. 912/2013.

142 V., *ex multis*, ABF Napoli, decisione n. 1976/2014; ABF Roma, decisione n. 1138/2013, ABF Milano, decisione n. 5261/2013.

assicurazione) che attribuiscono al cliente un'utilità proporzionale alla durata del rapporto¹⁴³.

Mancato rispetto del termine legale in caso di rinnovo della cessione

L'ABF si è pronunciato sulle conseguenze derivanti dai rinnovi dei finanziamenti con cessione del quinto prima del decorso del termine legale¹⁴⁴. In proposito sembra opportuno richiamare la pronuncia del Collegio di Roma (decisione n. 4588, 6 settembre 2013, Pres. G. MARZIALE - Est. M. RABITTI) alla quale può attribuirsi un passaggio evolutivo sulla materia.

La fattispecie esaminata riguarda un prestito da rimborsare in dieci anni con cessione del quinto, "rinnovato" prima del termine legale di quattro anni decorrenti dalla stipula del primo finanziamento¹⁴⁵. Accertato il mancato rispetto del divieto di prematuro rinnovo della cessione, l'Arbitro ha dichiarato la nullità (relativa) del contratto, ed ha accolto il ricorso ponendo a carico delle parti *«l'obbligo di procedere alle restituzioni delle prestazioni eseguite in base al negozio nullo»*, sul presupposto che l'art. 39 del d.p.r. 180/1950 *«presenta tutte le caratteristiche di una norma imperativa di protezione dettata dal legislatore nell'interesse del cliente»* e che, secondo l'art. 127, co. 2, T.u.b., tale nullità, rilevabile d'ufficio dal giudice, opera a vantaggio del consumatore. L'Arbitro ha ivi precisato che ai sensi dell'art. 125 bis, co. 9, T.u.b., applicabile al caso di specie *«in caso di nullità del contratto, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili, escludendo che il finanziatore possa pretendere che il consumatore corrisponda gli interessi sulle somme ricevute in prestito in esecuzione di un contratto dichiarato nullo»*.

Profili di usura pecuniaria originaria e sopravvenuta

143 V., in argomento, F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito*, in *Riv. dir. bancario*, 2013.

144 Sulla pratica dei rinnovi conseguenti alla preventiva estinzione cfr. *supra* paragrafo precedente.

145 Ai sensi dell'art. 39, co. 2, d.p.r. 180/1950, è possibile stipulare una nuova cessione al raggiungimento del termine di quattro anni dall'avvio della prima e a condizione che il ricavato del nuovo prestito sia destinato, sino a concorrente quantità, all'estinzione del vecchio.

Nel nostro Paese i tassi di interesse praticati ai finanziamenti sono soggetti ai limiti previsti dalla l. 7 marzo 1996, n. 108 che stabilisce un criterio oggettivo per accertare la natura usuraria dell'operazione: la fattispecie di usura pecuniaria si perfeziona per effetto del mero superamento del tasso soglia determinato per specifica tipologia di operazione creditizia; tale indicatore è stabilito, con frequenza trimestrale, secondo un automatismo legale che applica alle rilevazioni periodiche della Banca d'Italia dei Tassi Effettivi Globali Medi (TEGM)¹⁴⁶, praticati dagli intermediari per categorie omogenee di finanziamenti, una maggiorazione in percentuale fissa¹⁴⁷.

L'Arbitro Bancario Finanziario, occupandosi della tematica, ha avuto modo di affermare il principio secondo cui la fattispecie di usura pecuniaria - applicabile a tutti i contratti di finanziamento - si configura anche laddove non ricorra il presupposto soggettivo dell'approfittamento dello stato di bisogno, posto che, ai sensi dell'art. 1815 c.c.: «*se sono convenuti interessi usurari, la relativa clausola è nulla e non sono dovuti interessi*»; inoltre, ai fini della valutazione dell'usurarietà dei tassi, deve farsi riferimento al momento in cui gli stessi sono promessi o convenuti, indipendentemente dal momento del pagamento.

L'Arbitro si è pronunciato anche sulla questione della cosiddetta "usura sopravvenuta", ossia sul superamento del tasso soglia avvenuto non al momento della conclusione del contratto o comunque nella fase iniziale, ma intervenuto nel corso del rapporto di finanziamento. Il giudicante ha considerato rilevanti le ipotesi di usura sopravvenuta che vengono a prodursi a seguito di modifiche delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia in ordine alle voci significative ai fini del tasso soglia (es. per l'inclusione nel computo del TEG di componenti di costo prima non previste) o della sopraggiunta variazione al ribasso del TEGM di riferimento per l'operazione in concreto considerata, tali da rendere non più conforme il tasso di fatto applicato dall'intermediario¹⁴⁸; in una controversia avente ad oggetto un contratto di mutuo, l'Arbitro ha ritenuto che i principi contenuti nella legislazione anti-usura (l. 108/1996) trovano applicazione anche rispetto a rapporti che, sebbene stipulati prima della data di entrata in vigore di tale normativa, abbiano comportato il pagamento di rate

146 Pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

147 Dal 14 maggio 2011 il limite usura (TSU) è pari al TEGM aumentato di 1/4, cui si aggiungono quattro punti percentuali (in precedenza la soglia era pari al tasso medio aumentato di 1/2); la differenza tra il *limite* e il tasso medio non può in ogni caso essere superiore a otto punti percentuali.

148 V., in argomento, F. CIVALE, *Usura sopravvenuta: la Cassazione riapre il contenzioso banca - cliente*, in *Riv. dir. bancario*, 2013; A.A. DOLMETTA, *La Cass. n. 602/2013 e l'usurarietà sopravvenuta*, in *www.ilcaso.it*, II, 333, 2013.

comprehensive di interessi anche successivamente alla medesima data.

Riguardo a tale fattispecie l'ABF ha ritenuto che *«l'applicazione di tassi superiori alla soglia di usura, benché non sanzionabile, sia tuttavia in contrasto»*, oltre che con le regole di correttezza e buona fede, *«con l'art. 2 della citata legge n. 108 del 1996, norma imperativa sopravvenuta ispirata a un generale principio di non abuso del diritto, che impone l'adeguamento degli interessi a suo tempo stipulati in modo che non risultino in contrasto con la norma stessa»*¹⁴⁹. Per l'effetto, l'Arbitro ha dichiarato la banca tenuta a restituire la somma corrispondente alla differenza tra gli interessi applicati sulla base di quanto originariamente pattuito e il tasso soglia tempo per tempo vigente¹⁵⁰.

In questa direzione, il Collegio di coordinamento (cfr. decisione n. 77/2014) ha preliminarmente confermato che la fattispecie investe soltanto l'esigibilità degli interessi convenzionali risultati sopra la soglia nel corso del rapporto, essendo pacifico che l'usura sopravvenuta non riguarda l'applicazione dell'art. 644 c.p. né dell'art. 1815, co. 2, c.c.

Al fine di *«calibrare il rimedio in modo da evitare effetti perversi»*, il Collegio di Coordinamento ha ribadito il *«ruolo centrale della buona fede nella moralizzazione dei rapporti contrattuali»* che impone a ciascuna delle parti un dovere di agire preservando gli interessi dell'altra. Poiché nel caso esaminato il tasso fisso pattuito si è collocato sin dall'origine appena al di sotto del tasso soglia, l'Arbitro ha ritenuto che in presenza di una discesa notevole e costante dei tassi di mercato, il creditore sia tenuto a rendere partecipe il debitore dei vantaggi economici connessi con la riduzione del costo della provvista, concretizzando, in tal guisa, *«anche le finalità calmieratrici insite in qualsiasi sistema di contrasto dell'usura»*.

Di conseguenza l'intermediario è stato condannato al rimborso di quanto incassato a titolo di interessi e oneri superiori alla soglia antiusura.

149 In questo senso si è pronunciata successivamente anche la Corte di Cassazione (v. Cass. civ. 11 gennaio 2013, n. 602, Pres. FIORETTI - Rel. DOGLIOTTI). A livello di giurisprudenza di merito, cfr. tra gli altri, Trib. Milano, 15 ottobre 2005, in *Giust. Milano*, 2006, 11, 75; Trib. Monza, 22 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2004, 285; Trib. Cagliari, 6 aprile 2009, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 747; Trib. Salerno, 19 marzo 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 65 ss. con nota di SENATORE, *Contratto di mutuo e usurarietà sopravvenuta*; Trib. Benevento, 2 gennaio 2009, in *Riv. giur. molise*, 2009, 2, 1.

150 Cfr. *ex multis*, decisione n. 620/2012, Pres. B. DE CAROLIS - Est. G.F. PORTA, in *Foro it.*, 2014, I, 130 ss., con nota di A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*.

L'Arbitro ha avuto modo di esprimersi sull'inerenza degli oneri da considerare ai fini del computo del Tasso Effettivo Globale (TEG), sottolineando come la legge attribuisca rilevanza per la determinazione del tasso di interesse usurario *«alle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito»* (art. 644 c.p.).

In taluni casi esaminati dall'ABF, il Collegio giudicante ha considerato che la normativa vigente all'epoca della conclusione del contratto oggetto della vertenza (precedente all'entrata in vigore delle novellate Istruzioni per il calcolo del TEG di cui al provvedimento della Banca d'Italia del 18 agosto 2009) distingueva tra spese di assicurazione imposte dal creditore e finalizzate a garantire il rimborso del credito (incluse nel calcolo del TEG) e spese previste da obblighi di legge (escluse dal medesimo calcolo). Più precisamente, è stato affermato che *«le spese assicurative rappresentano una componente del costo del finanziamento e devono essere incluse nel conteggio del Tasso annuo effettivo globale, quando sono considerate obbligatorie dal creditore»* (decisione n. 1419/2012).

Un passaggio evolutivo nella giurisprudenza dell'Arbitro in relazione alla fattispecie in parola, appare ben rappresentato dalla pronuncia del Collegio di Roma adottata a luglio del 2013 (decisione n. 4183/2013) favorevole all'inclusione, nel calcolo TEG, delle spese assicurative sostenute contestualmente alla concessione del credito; ivi, ai fini della valutazione della conformità alla legge sull'usura degli interessi effettivamente applicati dall'intermediario si valorizza, per un verso, il carattere di *«contestualità della conclusione dei contratti aventi a oggetto i servizi assicurativi rispetto alla concessione del finanziamento»*, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente, in termini equivalenti rispetto a quello dell'obbligatorietà, come requisito indicato dalle vigenti Istruzioni della Banca d'Italia; per l'altro, si tiene conto della portata particolarmente rigorosa dell'art. 644, co. 4, c.p., che stabilisce la rilevanza di tutte le spese *«collegate all'erogazione del credito»*, ad eccezione di quelle *«per imposte e tasse»*. In via incidentale la decisione sottolinea altresì come gli oneri *«estremamente elevati»* del finanziamento abbiano comportato - una volta inserita la voce assicurativa - che il costo effettivo del prestito sia risultato sempre superiore al tasso soglia usura.

3.4.4. Rapporto tra Cessione del quinto e previdenza complementare

Uno dei profili più delicati emerso con l'introduzione delle disposizioni in materia di previdenza complementare (d. lgs. 252/2005) è rappresentato dalla possibilità per il lavoratore - titolare di un contratto di cessione del quinto che annette la garanzia del trattamento di fine rapporto al finanziamento - di aderire a forme di previdenza complementare rispetto alle quali il TFR rappresenta la principale fonte di contribuzione.

Sul tema è intervenuta l'Autorità di vigilanza sui fondi pensione (Covip) la quale, con delibera del 30 maggio 2007, recante «*Orientamenti in materia di cessioni dei diritti di credito verso le forme pensionistiche complementari*», ha fornito indicazioni sulle modalità applicative dell'art. 11, co. 10, d.lgs. 252/2005, concernente la cessione delle prestazioni maturate presso le forme pensionistiche complementari, in presenza di una cessione in garanzia del trattamento di fine rapporto. In linea generale, la Covip, richiamando i limiti normativi alla cedibilità della pensione obbligatoria, ha ritenuto non preclusa la possibilità di conferire il TFR alle forme pensionistiche complementari, sia in forma esplicita che in forma tacita, da parte del lavoratore che abbia ceduto in garanzia il TFR. La Commissione ha inoltre chiarito che: «*la posizione individuale durante la fase di accumulo non è aggredibile da parte dei creditori del lavoratore né disponibile dal lavoratore stesso; le prestazioni pensionistiche in rendita e in capitale e le anticipazioni richieste per spese sanitarie di cui al comma 7, lett. a) dell'art. 11, d.lgs. 252/2005, erogate dalle forme pensionistiche complementari sono cedibili, sequestrabili e pignorabili secondo la disciplina in vigore per le pensioni a carico della previdenza obbligatoria; i riscatti e le anticipazioni per acquisto e ristrutturazione di prima casa di abitazione e per altre esigenze dell'iscritto di cui al comma 7, lett. b) e c) dell'art. 11, d.lgs. 252/2005 sono cedibili, pignorabili e sequestrabili senza vincoli*».

Sulla questione, giova richiamare anche l'orientamento espresso dal Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 19 dicembre 2008 (Interpello n. 51/2008) in riscontro ad un'istanza¹⁵¹ formulata congiuntamente da CGIL, CISL, UIL

¹⁵¹ Si tratta di un interpello rivolto alla *Direzione generale sull'attività ispettiva* del Ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali al fine di ottenere chiarimenti in merito a problematiche inerenti la devoluzione a previdenza complementare del TFR da parte di lavoratori che abbiano sottoscritto contratti di finanziamento con cessione di un quinto della retribuzione a saldo del debito e contestuale accensione di garanzia sul TFR maturando, in base al d.p.r. 180/1950, come aggiornato dalla l. 311/2004 e dalla l. 266/2005, nonché alla legittimità di talune clausole contenute nei contratti della specie, volte a limitare l'esercizio della libertà di devoluzione del TFR stesso a

e Confindustria. Nel documento il Ministero ha chiarito che sia nell'ipotesi in cui il TFR venga devoluto dal lavoratore ad una forma pensionistica complementare, sia nel caso in cui venga normalmente corrisposto al Fondo di Tesoreria Inps, esso continua a costituire garanzia nel contratto di cessione del quinto dello stipendio; di conseguenza, devono ritenersi nulle le clausole contenute nel contratto di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio che vietano al lavoratore di devolvere il TFR alla previdenza complementare.

Ciò in quanto previsioni della specie risultano contrarie a norme imperative e all'interesse pubblico tutelato dall'art. 38, co. 2, Cost., che riconosce il diritto dei lavoratori di vedersi assicurati mezzi adeguati di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione.

Il principio ribadisce, dunque, il diritto del singolo di conferire il TFR, in forma esplicita o tacita, alle forme pensionistiche complementari.

forme pensionistiche complementari.



***Assicurazioni
e Previdenza
Complementare
(EIOPA, IVASS e COVIP)***

ASSICURAZIONI E PREVIDENZA COMPLEMENTARE (EIOPA, IVASS E COVIP)

(Alessandra Camedda, Andrea Luberti)

In un contesto normativo contraddistinto dalla scarsità di interventi sul mercato assicurativo, permangono discrasie e incongruenze tra la dimensione interna e quella sovranazionale.

Una compiuta analisi del tema della tutela degli aventi diritto a prestazioni assicurative impone di dedicare l'attenzione a quei particolari contratti di assicurazione sulla vita, noti nella prassi come PIP, contemplati dal legislatore tra gli strumenti di previdenza complementare; contratti, come vedremo, sottratti per importanti e specifici profili alla vigilanza dell'IVASS, per essere attratti nell'ambito di operatività della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP).

Il lavoro illustrerà le principali caratteristiche dei PIP, nonché i diritti spettanti agli assicurati-aderenti, mettendo in luce, di volta in volta, i peculiari strumenti di tutela predisposti dalla disciplina settoriale in favore di tali soggetti. Nello specifico, dopo aver illustrato, sia pur sinteticamente, la particolare tutela delineata dall'art. 13 del d. lgs. n. 252/2005 sul piano patrimoniale e gestorio, ci si concentrerà sulla disciplina protettiva predisposta in favore degli aderenti sul piano della trasparenza, mediante la previsione di specifici obblighi informativi e comportamentali a carico delle imprese e dei soggetti preposti al collocamento di tali prodotti. Seguirà una breve descrizione dei principali interventi effettuati in materia dalla COVIP e dalle Autorità europee.

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE (ANDREA LUBERTI): 1. INTRODUZIONE. - 2. L'IVASS NEL PIÙ AMPIO DISEGNO DI RIFORMA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. - 3. LA NORMATIVA PRIMARIA. - 4. L'ATTIVITÀ DI MORAL SUASION.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE (ALESSANDRA CAMEDDA): 1. I PIP E IL RIPARTO DELLA VIGILANZA TRA IVASS E COVIP. - 2. LA DISCIPLINA A TUTELA DEI «CONSUMATORI» DI PRODOTTI ASSICURATIVI-PREVIDENZIALI. - 2.1. *SEGUE.* I DIRITTI DELL'ASSICURATO-ADERENTE: LE ANTICIPAZIONI, IL RISCOATTO E IL TRASFERIMENTO DELLA POSIZIONE INDIVIDUALE. - 2.2. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TRASPARENZA E CORRETTEZZA DEI COMPORTAMENTI. - 3. GLI INTERVENTI DELLA COVIP A TUTELA DELL'ASSICURATO-ADERENTE. - 4. I PRODOTTI ASSICURATIVI DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE NEL CONTESTO COMUNITARIO: VERSO UN MERCATO UNICO EUROPEO? (CENNI).

SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE

(Andrea Luberti)

SOMMARIO: 1 INTRODUZIONE. - 2. L'IVASS NEL PIÙ AMPIO DISEGNO DI RIFORMA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. - 3. LA NORMATIVA PRIMARIA. - 4. L'ATTIVITÀ DI MORAL SUASION.

1. INTRODUZIONE

Attualmente, le funzioni di vigilanza sul mercato assicurativo e su quello della previdenza complementare presentano significative differenziazioni tra la dimensione nazionale e quella europea.

In effetti, a livello comunitario, esse sono state attribuite (Reg. UE n. 1094/2010 del 24 novembre 2010) a un'unica autorità, l'EIOPA (acrostico inglese per l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), in forza delle indubbie affinità sussistenti tra mercato assicurativo (in particolare per il ramo Vita) e pensionistico: in entrambi i casi, infatti, siamo in presenza di un rapporto contrattuale in cui, a fronte di un determinato evento della vita umana, è prevista l'erogazione di una somma di denaro in favore del beneficiario.

Nettamente difforme, invece, è sino ad ora l'impostazione seguita dal legislatore italiano, che ha sempre conservato autonomia concettuale (ma con una certa promiscuità di competenze) all'amministrazione indipendente preposta al controllo dei fondi pensione, il che, in disparte le valutazioni sulla correttezza della scelta, rende necessario separare l'esame dell'attività svolta nel corso dell'anno tra l'ente di rilievo continentale e quello nazionale.

In ogni caso, l'attenzione di entrambi i soggetti risulta peraltro in massima parte essere stata dedicata al processo di innovazione del mercato discendente da *Solvency II* (direttiva 2009/138/CE) indirizzata a migliorare le garanzie di stabilità delle imprese del settore assicurativo (e, quindi, solo in via indiretta rilevante per la tutela degli assicurati e dei consumatori che, in questo ambito, risultano in linea di principio tutelati dai sistemi di indennizzo automatici previsti dall'ordinamento settoriale).

L'attuazione della normativa «primaria» (ovviamente, nel più limitato senso che

può essere assunto nell'ambito del diritto comunitario, ove permane la distinzione - e la confusione anche terminologica - tra regolamento e direttiva) procede secondo il noto processo *Lamfalussy*, che prevede l'intervento della Commissione e delle autorità di settore, rispettivamente, in una prima e seconda (e più tecnica) fase di attuazione e, da ultimo, ancora della Commissione in sede di verifica delle misure adottate.

Inoltre, è attualmente in fase di negoziazione (proprio al fine di adattare la direttiva, impostata secondo il già riferito modello *Lamfalussy*, ai più recenti mutamenti nell'architettura costituzionale e di regolazione finanziaria dell'Unione europea) tra il Consiglio e il Parlamento una nuova direttiva *Omnibus II* che, sul modello delle modificazioni di vari atti normativi precedenti, tocca le innovazioni in materia sia di imprese di assicurazione che di prodotti finanziari: a ben vedere, in senso lato anche tale attività rientra *lato sensu* nel concetto di attuazione.

In quest'ambito è, tra l'altro, previsto il rinvio dell'effettiva entrata in vigore della direttiva al 1° gennaio 2016.

2. L'IVASS NEL PIÙ AMPIO DISEGNO DI RIFORMA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari* (convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 114) ha, nell'ottica di una complessiva *spending review*, proceduto a un sostanziale ridimensionamento (o «razionalizzazione», secondo la dizione utilizzata dalla stessa norma) del ruolo e dell'indipendenza delle amministrazioni indipendenti.

L'art. 19 ha in particolare soppresso l'*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, attribuendo, al contempo, le relative funzioni (almeno la maggior parte) all'*Autorità nazionale AntiCorruzione* (ANAC). L'evoluzione di quest'ultima autorità appare alquanto inusuale nel panorama amministrativo nazionale: in effetti, essa era nata come CIVIT - *Commissione indipendente per la valutazione, l'integrità e la trasparenza* nella pubblica amministrazione, secondo quanto disposto dall'art. 13 del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che (nel più ampio

disegno del decreto, che aveva rafforzato gli *standard* etici e professionali dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni) aveva inteso sostanzialmente attribuirle soprattutto compiti di secondo livello, vale a dire di indirizzo e controllo delle linee guida formulate da parte delle pubbliche amministrazioni al precipuo fine di prevenire situazioni di corruzione o inefficienza.

La l. 6 novembre 2012, n. 190, nell'ottica di un complessivo allineamento della legislazione in materia di prevenzione e repressione della corruzione a linee guida internazionali ed europee, aveva poi individuato proprio la CIVIT quale Autorità nazionale anticorruzione, contemplata per l'appunto da tali fonti.

La definitiva trasformazione della CIVIT in ANAC era stata disposta dall'art. 5, co. 3, della l. 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione in legge del d.l. 31 agosto 2013, n. 101: quest'ultimo aveva (in verità in modo estemporaneo e precario) trasferito all'*Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni* (ARAN) le (sole) funzioni in materia di misurazione e valutazione della *performance*, in modo da consentire alla stessa di concentrarsi sulle funzioni afferenti i fenomeni corruttivi (queste ultime sono state ora nuovamente scorporate, ma trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri: in quest'ottica è stato espunto dalla stessa denominazione dell'Autorità il riferimento ai compiti di valutazione e trasparenza).

Ancora più singolare appare il dato che il legislatore, pur conservando il *munus* dell'AVCP, lo abbia totalmente trasferito ad altra amministrazione indipendente, unitamente alle risorse umane e strumentali, secondo un programma predisposto dal Presidente dell'Autorità e approvato dal Presidente del consiglio dei ministri. A tali competenze la legge di riforma ha poi assommato una serie di funzioni di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi, in particolare nel settore degli appalti pubblici, arrivando addirittura (il che suscita qualche dubbio di conformità al diritto comunitario) alla gestione coattiva dell'impresa.

Altra previsione particolarmente innovativa è data dall'art. 37, che dispone l'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lettere b), c) e d) dell'art. 132 del codice dei contratti.

Come noto, proprio l'istituto delle varianti (e quello, contiguo, della revisione del

prezzo) costituisce, sovente, lo strumento per eludere quelle garanzie di trasparenza e legalità che, in linea puramente astratta, il meccanismo della procedura comparativa nella gara pubblica dovrebbe assicurare al procedimento di selezione del contraente. Accade invece che, confidando con tutta evidenza sul *pactum sceleris* in precedenza stipulato, l'impresa coinvolta in fenomeni corruttivi possa predisporre offerte economiche eccezionalmente basse, mirando poi a conseguire il proprio utile grazie alla correttezza dei funzionari o dirigenti nell'accettare modificazioni nell'importo complessivamente dovuto da parte della pubblica amministrazione.

Devono inoltre essere menzionati, ai sensi dell'art. 30 del medesimo decreto, i compiti di vigilanza specificamente indirizzati alla legalità nell'ambito delle procedure di appalto afferenti alle opere connesse sull'Esposizione universale EXPO Milano 2015; con la particolarità che tali compiti risultano incardinati in capo al solo Presidente dell'Autorità, che peraltro si avvale di specifica unità operativa.

Più corposo l'intervento dettato dall'art. 22, che, sotto il *nomen iuris* di razionalizzazione delle autorità indipendenti, ha dettato norme comuni in materia di: nomina dei componenti, procedure per l'assunzione, trattamento economico dei dipendenti.

Tali disposizioni sono state riferite, oltre che alla menzionata ANAC, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla CONSOB, all'Autorità di regolazione dei trasporti, all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, all'AGCOM, al Garante per la protezione dei dati personali, alla COVIP e alla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

I commi 5 e 6 prevedono, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, una riduzione autoritativa del trattamento economico spettante ai dipendenti di tali autorità, nonché delle spese relative a incarichi esterni.

Di maggiore interesse invece risultano i commi 4, 7 e 9, che dispongono in relazione a tali autorità l'accorpamento delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale; l'accentramento della gestione delle attività di *back office*; e la concentrazione presso una o più sedi dei relativi uffici.

Si deve rammentare che già in passato (art. 2, co. 241 della l. 23 dicembre 2009, n. 191 - c.d. legge finanziaria per il 2010) il legislatore aveva apprestato un temporaneo sistema perequativo delle risorse delle autorità indipendenti: le disposizioni in

commento sembrano allora inserirsi nell'ambito di un più ampio disegno organico che tende a conciliare l'indipendenza delle autorità rispetto al potere esecutivo con l'esigenza di riduzione dei centri di costo, scongiurando quella che un illustre Autore ha icasticamente definito la «balcanizzazione» dell'ordinamento statuale.

Interessante notare l'esclusione dell'IVASS da tali previsioni: come noto, in forza dell'art. 13 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135, tale autorità (in precedenza ISVAP) era stata attratta nell'orbita della Banca d'Italia, con la paradossale conseguenza che essa è stata, in forza del precedente ridimensionamento, sottratta all'inserimento nell'ambito del nuovo «comparto» delle autorità indipendenti.

3. LA NORMATIVA PRIMARIA

Sotto il profilo della normativa primaria (su cui, in effetti, deve essere incentrata l'analisi sotto il profilo normativo) occorre rammentare che con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, erano stati dettati interventi urgenti, tra l'altro, per la riduzione dei premi RC auto.

La norma, prevedeva, in particolare, la possibilità di prescrivere nei contratti di assicurazione l'utilizzazione sul veicolo di dispositivi elettronici (c.d. *scatole nere*) idonei a identificare i dati sull'utilizzazione del veicoli e interoperabili (peraltro già introdotti dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1); l'effettuazione del risarcimento del danno in forma specifica da parte delle imprese di assicurazione avvalendosi di soggetti convenzionati, e il divieto di cessione del credito derivante dal risarcimento del danno.

In tutti e tre i casi, era stabilito l'ammontare minimo della riduzione del premio da applicare all'assicurato.

Sempre in un'ottica di contrasto alle frodi nel settore assicurativo, la norma disponeva rigorose limitazioni alla possibilità di identificazione dei testimoni in periodo successivo alla verbalizzazione dell'incidente, e il controllo sulla eventuale ricorrenza dei medesimi nel corso di diversi giudizi.

L'art. 8 del decreto è stato tuttavia stralciato nel corso dell'esame parlamentare, e il suo contenuto è stato riproposto in un disegno di legge, approvato il 6 febbraio

2013 dal Consiglio dei Ministri.

Nel complesso, l'attività normativa primaria e secondaria (per la prima volta dopo molti anni) non sembra aver fornito spunti particolarmente significativi: la ragione di tale carenza di interventi può essere verosimilmente indicata nell'inversione della tendenza delle tariffe nel corso dell'ultimo biennio: secondo quanto appurato dallo stesso Istituto nazionale di statistica, in effetti, emergerebbe in questo periodo una costante diminuzione delle medesime, e, nell'ultima rilevazione, un calo pari al 2.8%.

In effetti, in data 11 settembre 2014 l'IVASS ha in effetti pubblicato i risultati dell'ultima indagine sulle tariffe RC auto praticate in Italia, in cui, oltre a confermare un tendenziale ribasso delle stesse, si è comunque riscontrato la permanenza di un forte divario nelle stesse a danno del Mezzogiorno del paese.

Può comunque sorgere spontaneo il dubbio sulla possibilità di ascrivere tale effetto ai risultati delle politiche di liberalizzazione ovvero alla riduzione complessiva dei veicoli circolanti (o comunque assicurati) in dipendenza dell'attuale congiuntura economica.

Con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure per la degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, in materia di controversie nel settore RC auto è stata introdotta (art. 3) una *convenzione di negoziazione assistita da un avvocato*, che prevede comunque l'obbligatorio intervento di un soggetto iscritto all'Ordine, con dubbia incidenza, quindi, sui costi complessivi di risoluzione delle controversie.

Si noti che la Corte costituzionale (sentenza 6 dicembre 2012, n. 272) aveva in passato obliterato la mediazione (obbligatoria) prevista dal d.lgs 4 marzo 2010, n. 28, e che, successivamente, la l. 9 agosto 2013, n. 98, di conversione, con modificazioni, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 aveva escluso le controversie risarcitorie in tale campo dall'ambito delle controversie sottoposte a mediazione.

4. L'ATTIVITÀ DI MORAL SUASION

Può essere particolarmente utile, nel contesto normativo descritto, concentrare

l'attenzione sulla «letteratura grigia», cioè sull'attività delle autorità indipendenti di analisi, indagine e proposta.

Tra questa, particolare interesse riveste il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 20 maggio 2014, n. 24935: si tratta, in realtà, di un atto che trae origine da un procedimento di carattere sanzionatorio, ma che è sfociato nell'assunzione di impegni da parte delle imprese ai sensi dell'art. 14 *ter* della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Il procedimento era stato avviato in relazione al comportamento di alcune imprese, cui era stato contestato di aver cercato di precludere la corretta applicazione della disciplina in materia di divieto di esclusiva nei mandati di intermediazione, introdotta dai decreti 4 luglio 2006, n. 223 e 31 gennaio 2007, n. 7.

Tale comportamento ostruzionistico sarebbe stato attuato tramite pattuizioni di carattere contrattuale (quali, a puro titolo di esempio, quelle relative alla discriminazione nelle provvigioni, all'utilizzazione dei locali dell'agenzia, ovvero ancora e in modo pregiudiziale tramite l'obbligo contrattualmente assunto di comunicare almeno l'assunzione di ulteriori rapporti di intermediazione), pattuizioni che per l'appunto le imprese si sono impegnate a espungere d'ora in poi.

Sempre l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha dato ampio seguito all'*Indagine conoscitiva riguardante la procedura di risarcimento diretto e gli assetti concorrenziali del settore RC auto*, conclusasi il 22 febbraio 2013 e pertanto esulante *ratione temporis* dall'oggetto dell'analisi del presente rapporto.

Tali riflessioni sono in effetti sfociate in un atto di segnalazione, inoltrato a Governo e Parlamento, emanato ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 287/1990 nell'ambito delle proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Con specifico riferimento al mercato assicurativo (non limitato a quello RC auto), l'attenzione dell'Autorità si è incentrata sugli ostacoli alla mobilità della domanda, e ha ribadito una serie di proposte già in passato ipotizzate e relative all'installazione della c.d. scatola nera, al divieto di cessione del credito, alla delimitazione delle lesioni micropermanenti nonché all'approvazione di una tabella unica delle menomazioni di non lieve entità. Importanti e innovative inoltre risultano le proposte

concernenti il divieto di discriminazione sul prezzo in relazione alla durata del contratto, nonché (in relazione alle assicurazioni professionali obbligatorie) l'obbligo di offerta di contratti privi delle c.d. clausole *claims made*.

Non sembrano, invece, essere state recepite le indicazioni, pure promananti dall'associazione di settore, circa l'alta incidenza sui costi dei contratti assicurativi del carico tributario¹.

In data 1° marzo 2014 l'autorità di vigilanza ha invece concluso una *Indagine conoscitiva sulle polizze abbinate a prodotti e servizi di natura non assicurativa*, i cui esiti sono stati pubblicati nel luglio 2014.

L'analisi ha avuto a oggetto le pratiche di abbinamento a servizi o prodotti di contratti assicurativi (prassi diffusa principalmente nel settore dei *tour operator* e delle associazioni sportive) con l'evidente rischio di scarsa consapevolezza da parte del consumatore dei costi sostenuti per accedere al servizio o prodotto, maggiorati evidentemente del contratto assicurativo.

¹ ANIA - Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici, Relazione del Presidente all'Assemblea 2014, Roma, 1 luglio 2014.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE

(Alessandra Camedda)

SOMMARIO: 1. I PIP E IL RIPARTO DELLA VIGILANZA TRA IVASS E COVIP. - 2. LA DISCIPLINA A TUTELA DEI «CONSUMATORI» DI PRODOTTI ASSICURATIVI-PREVIDENZIALI. - 2.1. *SEGUE.* I DIRITTI DELL'ASSICURATO-ADERENTE: LE ANTICIPAZIONI, IL RISCATTO E IL TRASFERIMENTO DELLA POSIZIONE INDIVIDUALE. - 2.2. LA DISCIPLINA IN MATERIA DI TRASPARENZA E CORRETTEZZA DEI COMPORTAMENTI. - 3. GLI INTERVENTI DELLA COVIP A TUTELA DELL'ASSICURATO-ADERENTE. - 4. I PRODOTTI ASSICURATIVI DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE NEL CONTESTO COMUNITARIO: VERSO UN MERCATO UNICO EUROPEO? (CENNI).

1. PIP E IL RIPARTO DELLA VIGILANZA TRA IVASS E COVIP

Ai fini di una compiuta analisi del tema della tutela degli assicurati e, più in generale, degli aventi diritto a prestazioni assicurative, appare interessante dedicare ora l'attenzione a specifici contratti di assicurazione offerti dalle imprese¹ sul mercato della previdenza complementare; ci si riferisce ai cosiddetti PIP², il cui principale referente normativo è attualmente rappresentato dall'art. 13 del d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 (di seguito, anche «Decreto» o «testo unico della previdenza complementare»)³.

I PIP sono contratti di assicurazione sulla vita che, in quanto diretti a realizzare pia-

1 Deve trattarsi, ovviamente, di imprese di assicurazione autorizzate dall'IVASS, ad operare nel territorio dello Stato o quivi operanti in regime di stabilimento o di prestazione di servizi.

2 Sui contratti di assicurazione sulla vita destinati all'attuazione di piani pensionistici individuali, noti anche come polizze pensionistiche o prodotti previdenziali di terzo pilastro, v. G. VOLPE PUTZOLU e R. OTTAVIANI, *Le polizze pensionistiche. Un nuovo tipo di assicurazione sulla vita?*, in *Assicurazioni.*, 2001, 311 ss.; G. MARTINA, *I prodotti previdenziali di terzo pilastro alla prova della crisi*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1946 ss.; *Id.*, *I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e i prodotti previdenziali di terzo pilastro*, in *Ricerche giuridiche*, 2012, 277 ss.; M. PALLINI, *Le «altre» forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare. Commentario sistematico*, a cura di A. Tursi, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 767 ss.; F. NANNI, *I contratti di assicurazione previdenziali*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 779 ss.

3 I PIP sono stati introdotti per la prima volta dall'art. 2 del d. lgs. 18 febbraio 2000, n. 47, con il quale l'autorità di governo, in attuazione dell'art. 3, co. 1, della legge delega 13 maggio 1999, n. 133, ha novellato l'originaria disciplina in tema di previdenza complementare, dettata dal d. lgs. 124/1993, sia sotto il profilo fiscale che mediante l'emanazione di norme volte a regolamentare «*forme di risparmio individuali vincolate a finalità previdenziali*». Nello specifico, il legislatore delegato ha inserito all'interno dell'impianto normativo allora vigente due nuove disposizioni: l'art. 9-bis, volto a disciplinare le forme pensionistiche individuali attuate mediante adesione a fondi pensione aperti; e l'art. 9-ter, concernente le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita. Per ulteriori approfondimenti sul tema, v. M. BESSONE, *Fondi pensione aperti, piani pensionistici individuali. Le grandi linee di una svolta di sistema*, in *Informazione prev.*, 2001, 279; dello stesso A., *Piani pensionistici individuali. Dalla regola di trasparenza alle garanzie di pubblica vigilanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 3 ss.

ni di previdenza complementare individuale⁴, perseguono una finalità analoga a quella cui sono destinati i fondi pensione⁵: assicurare agli aderenti più elevati livelli di copertura previdenziale, mediante l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari rispetto a quelli obbligatori o «sostitutivi» di questi nell'ipotesi in cui l'interessato sia privo di una copertura previdenziale di base⁶. La stipulazione del PIP è consentita, infatti, a chiunque miri a realizzare un programma previdenziale, anche se privo di redditi di lavoro o d'impresa e, dunque, estraneo al mondo del lavoro⁷.

Non tutti i contratti suscettibili di essere stipulati dalle imprese operanti nel comparto vita, attualmente elencati nei rami di cui all'art. 2 c. ass., possono essere utilizzati ai fini dell'attivazione dei piani pensionistici di tipo assicurativo⁸.

I PIP, infatti, possono essere attuati soltanto mediante la sottoscrizione di polizze di

4 L'adesione ai PIP avviene esclusivamente su base individuale; è, cioè, consentita a singoli individui indipendentemente dall'attività lavorativa svolta, e, dunque, dall'appartenenza a singoli gruppi e/o categorie di lavoratori.

5 Il nostro ordinamento contempla tre diversi schemi pensionistici attraverso i quali realizzare finalità di previdenza complementare: i fondi pensione negoziali, i fondi pensione aperti e i piani pensionistici individuali di tipo assicurativo. Il d.lgs. 252/2005, allo scopo di favorire la concorrenza nel mercato, ha operato una tendenziale equiparazione degli strumenti di previdenza privata poc'anzi menzionati, essendo questi accomunati da un'analoga funzione: consentire agli aderenti di beneficiare, a partire dal compimento dell'età pensionabile, di una prestazione pensionistica idonea a garantire il mantenimento del tenore di vita conseguito nel periodo lavorativo. Sul punto, v. *infra*.

6 Tale finalità, espressamente enunciata dall'art. 1, co. 1, del d. lgs. 252/2005, è perseguita attraverso un complesso procedimento nell'ambito del quale è sempre possibile distinguere, sul piano concettuale, due diverse fasi: la c.d. fase di accumulo e la c.d. fase di erogazione. Per una compiuta descrizione del procedimento volto all'erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari, v. P. CORRIAS, *Convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita e finalità previdenziali*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di P. Corrias e G. Racugno, Milano, 2010, 1 s.

7 V. art. 13, co. 2, del Decreto. I PIP costituiscono, dunque, espressione di un'importante innovazione del sistema, basato, fino all'intervento della novella legislativa del 2000, sul «requisito essenziale della complementarietà al sistema pubblico». Così, per tutti, G. VOLPE PUTZOLU, *Le forme pensionistiche individuali*, in *La previdenza complementare*, a cura di F. Carinci e M. Bessone, Torino, 2004, 455, la quale rileva che la possibilità di adesione alle forme pensionistiche individuali anche da parte di soggetti che non beneficiano di una previdenza obbligatoria di base rappresenta «una innovazione che modifica in radice la "filosofia" della previdenza complementare, basata sino ad ora sul requisito essenziale della "complementarietà" al sistema pubblico, come previsto dall'art. 1, d. lgs. n. 124/1993».

8 L'art. 13 del Decreto si limita a stabilire che l'adesione ai piani pensionistici individuali in parola avviene mediante la stipulazione di «contratti di assicurazione sulla vita»; ciò ha sollevato non pochi dubbi in ordine all'individuazione delle fattispecie contrattuali ad essa concretamente riconducibili, soprattutto alla luce della vasta gamma di contratti suscettibili di essere stipulati dalle imprese autorizzate ad operare nel comparto vita. Perplexità analoghe erano sorte già nel vigore della previgente disciplina in materia. In particolare, sull'utilizzabilità del contratto di capitalizzazione come strumento di previdenza individuale, v. E. GILI, *Previdenza complementare ed assicurazioni*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. Alpa, Torino, 2006, 2890; A.D. CANDIAN, *Le forme pensionistiche individuali. Tendenze di policy e problematiche giuridiche*, in *Scenari dell'assicurazione vita nel quadro normativo fiscale-previdenziale*, Milano, 2002, 41 ss.; G. MARTINA, *Fondi pensione: linee di tendenza nelle «novelle» del 1999 e del 2000*, in *Banca impr.*, 2002, 351. Con riferimento alla disciplina attuale, P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, 201 s.

ramo I⁹, ossia tradizionali contratti di assicurazione sulla durata della vita umana con prestazioni rivalutabili in funzione del rendimento di una gestione separata di strumenti finanziari; ovvero tramite la stipulazione di polizze di ramo III¹⁰ esclusivamente del tipo *Unit linked*, caratterizzate dalla determinazione dell'entità della prestazione assicurativa in base al valore registrato, al momento dell'erogazione, dalle quote di fondi interni assicurativi o di OICR acquistate con i premi versati¹¹. L'attuazione di piani previdenziali può, inoltre, avvenire «in forma mista», ossia mediante «*contratti che offrono l'abbinamento delle tipologie contrattuali sopradescritte*»¹².

Oltre che per la dimensione oramai assunta dal fenomeno dei contratti assicurativi con finalità di previdenza complementare-assicurativa¹³, il tema acquista interesse, sul piano della tutela degli aventi diritto alle relative prestazioni, per un duplice ordine di ragioni.

La prima attiene alla conformazione assunta, con riferimento a tali contratti, dall'assetto della vigilanza sulle imprese assicurative, il quale sconta l'ingresso sul piano di gioco di un'ulteriore Autorità di regolazione¹⁴: la Commissione di vigilanza sui fondi

9 Nel 2013, ben il 73% del totale degli aderenti ai PIP ha optato per gestioni separate di ramo I; tale dato conferma «la tendenza degli iscritti a prediligere investimenti più prudentiali». Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, in www.covip.it, 109.

10 Tra i principali contributi dottrinali in tema di polizze *linked*, cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked ed Index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, I, 233 ss.; ID., *La distribuzione dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2007, 179 ss.; ID., *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, 399 ss.; E. PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011; M. ROSSETTI, *Polizze "linked" e tutela dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 2002, I, 223 ss.

11 Nel 2013, gli aderenti ai PIP che hanno optato per polizze di ramo III del tipo *unit linked* rappresentano una quota pari al 27% del totale: così COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 109.

12 Art. 8, co. 1, Regolamento ISVAP n. 21 del 28 marzo 2008; nello stesso senso, v. art. 6 dello Schema di regolamento per i PIP deliberato dalla COVIP il 31 ottobre 2006 (di seguito: «Schema di regolamento PIP»). Sono, invece, escluse dal novero dei prodotti assicurativi mediante i quali è possibile dare attuazione ai piani individuali previdenziali le polizze *index linked*, anch'esse contemplate al ramo III e caratterizzate dalla determinazione dell'entità della prestazione assicurativa in base al valore di indici azionari; l'Autorità di vigilanza del settore assicurativo ha infatti ritenuto tali polizze inidonee ad essere utilizzate per rapporti contrattuali di lungo periodo, data la loro minore flessibilità sotto il profilo della gestione finanziaria. In tal senso, v. art. 1 della Circolare ISVAP n. 434/D del 12 febbraio 2001, *Caratteristiche contrattuali e nota informativa delle forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita*.

13 L'offerta previdenziale consta attualmente della presenza sul mercato di 81 PIP, mentre, sul versante delle adesioni, esse sono risultate, alla fine del 2013, pari a circa 2,6 milioni; in particolare, si è registrato un sensibile incremento delle adesioni ai PIP nuovi, che attualmente vantano ben più di 2 milioni di iscritti. In tal senso, COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., p. 105, la quale evidenzia un aumento del 19% rispetto al dato registrato nel 2012.

14 Sulla discussa qualificazione della COVIP come Autorità indipendente, v. S. LANDINI, *Soggetti gestori, modelli gestionali e strutture di controllo*, in *La previdenza complementare (Art. 2123)*, a cura di Cinelli, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, 234 ss.; G. ROMAGNOLI, *Profili di vigilanza e dei controlli sui prodotti di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di P. Corrias e G.

pensione, meglio nota come COVIP. La seconda - sulla quale ci si concentrerà nel prosieguo - concerne la sottoposizione dei PIP ad una specifica disciplina, diversa da quella cui soggiacciono i tradizionali contratti di assicurazione sulla vita, anche per quanto riguarda i profili di tutela dell'assicurato.

Quanto alla vigilanza, l'IVASS, depositario, in linea di principio, di tali prerogative sul settore assicurativo¹⁵, subisce, relativamente alle polizze pensionistiche qui esaminate, una restrizione della propria sfera di competenza: pur conservando i poteri di vigilanza sulla sana e prudente gestione delle imprese assicurative, anche emittenti i PIP, l'Istituto cede il passo alla COVIP sul versante della regolamentazione e vigilanza in tema di trasparenza e correttezza dei comportamenti degli operatori del settore¹⁶.

Il quadro che se ne ricava in ordine alla vigilanza sui contratti assicurativi di cui si discorre e sulle imprese assicurative istitutrici è, dunque, il seguente: trattandosi di strumenti di previdenza complementare, i PIP, in ossequio al principio di omogeneità cui è stata improntata la revisione del sistema di vigilanza del settore, ricadono nell'ambito di operatività della vigilanza COVIP¹⁷.

Tuttavia, la competenza della Commissione si svolge entro i confini specificamente delineati dal legislatore: essa vigila esclusivamente sui profili attinenti alla trasparenza e correttezza dei comportamenti tenuti dalle imprese assicurative nell'offerta di tali prodotti e nei rapporti con gli assicurati-aderenti. Restano, invece, in capo all'IVASS le competenze in materia di sana e prudente gestione delle imprese assi-

Racugno, cit., 88-92; L. FRANCARIO, *Il sistema di vigilanza. La COVIP come autorità amministrativa indipendente*, in *La previdenza complementare*, a cura di F. Carinci e M. Bessone, cit., 463 ss.

15 In virtù di quanto disposto dagli artt. 3 e 5 c. ass., la vigilanza IVASS è finalizzata al perseguimento della sana e prudente gestione delle imprese assicurative e la trasparenza e correttezza dei comportamenti di queste ultime, degli intermediari e degli altri operatori del settore, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori.

16 Sul tema, v. G. MARTINA, *Competenze in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e dei fondi pensione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di L. De Angelis e N. Rondinone, Torino, 2008, 509 ss.; F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare. Commentario sistematico*, a cura di A. Tursi, cit., 827 ss.; L. SCIMIA, *I compiti della COVIP nella riforma della previdenza complementare italiana*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, I, 813 ss.; A. LUBERTI, *Funzione finanziaria e previdenziale dei prodotti assicurativi: riflessi in ordine alla regolamentazione e alla vigilanza*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2008, 45 ss.

17 L'art. 18, co. 2, d.lgs. 252/2005 attribuisce alla COVIP lo scopo di perseguire, nello svolgimento della propria attività, la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, nonché la sana e prudente gestione di tutte le forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare.

curative istitutrici¹⁸.

È bene precisare che il riparto di competenze tra IVASS e COVIP così sinteticamente descritto insiste esclusivamente sui contratti denominati nella prassi «PIP nuovi» in quanto conformi al d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252¹⁹; i cosiddetti «PIP vecchi», stipulati fino al 31 dicembre 2006 e non adeguati alla nuova disciplina della previdenza complementare, non sono iscritti all'albo dei fondi pensione e continuano ad essere vigilati dall'IVASS; vigilanza «ad esaurimento», essendo tali forme pensionistiche chiuse a nuove adesioni²⁰.

Merita, inoltre, osservare che i PIP sono soggetti alla vigilanza della COVIP indipendentemente dal fatto che siano, in concreto, attuati mediante la stipulazione di un tradizionale contratto di assicurazione sulla vita di ramo I, ovvero attraverso la sottoscrizione di una polizza di ramo III del tipo *unit linked*.

I principi vigenti con riguardo a tali tipologie contrattuali subiscono, dunque, una deroga ogni qual volta esse siano destinate a finalità di previdenza complementare. In tal caso, infatti, le polizze di ramo I sono sottratte, per i profili di trasparenza, alla vigilanza dell'IVASS, in deroga al principio generale di cui agli artt. 3 e 5 c. ass.; mentre le polizze *unit linked* sono escluse, per i medesimi profili, dalla vigilanza della CONSOB, alla quale soggiacciono, ai sensi dell'art. 25-*bis* T.u.f., quando (come avviene di regola) esse perseguono finalità, non previdenziali, ma di puro investimento²¹.

18 La regola generale in materia di vigilanza sul settore della previdenza complementare, di cui al citato art. 18, co. 2, del d. lgs. n. 252/2005 deve essere, infatti, letta alla luce di ulteriori disposizioni rinvenibili nel sistema. Ci si riferisce, in primo luogo, al successivo art. 19, il cui secondo comma, pur confermando la vigilanza della COVIP su tutte le forme pensionistiche complementari, precisa che sui soggetti abilitati alla gestione delle risorse dei fondi pensione (banche, SGR, SIM ed imprese assicurative) continuano a vigilare, quanto ai profili di stabilità, le rispettive Autorità di settore. L'assetto così delineato trova, inoltre, conferma nell'art. 25, co. 3, l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sulla tutela del risparmio), il quale conferma la competenza della COVIP in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti, ma ribadisce, al contempo, che l'IVASS continua ad esercitare la vigilanza sulla sana e prudente gestione delle imprese assicurative anche con riferimento ai prodotti assicurativi aventi finalità previdenziale.

19 Può trattarsi di piani individuali di tipo assicurativo istituiti dopo il 31 dicembre 2006, ovvero stipulati fino a tale data ma successivamente adeguati alla nuova disciplina. Soltanto queste ultime forme pensionistiche di tipo assicurativo sono iscritte all'albo dei fondi pensione tenuto dalla COVIP e sottoposte alla vigilanza di quest'ultima.

20 Art. 23 d. lgs. 252/2005.

21 L'art. 1, co. 1, lett. w-*bis*), t.u.f., nel definire «prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione» i contratti e le operazioni di cui ai rami III e V vita precisa, infatti, che sono escluse dall'ambito operativo di tale nozione le «forme pensionistiche individuali di cui all'art. 13, comma 1, lett. b), d. lgs. 252/2005». Di qui, l'inapplicabilità dell'art. 25-*bis* t.u.f. alle polizze *linked* attuative di piani pensionistici individuali.

Come osservato in dottrina²², l'attribuzione alla COVIP di un ruolo centrale in materia di trasparenza risponde al disegno del legislatore comunitario di realizzare la massima concorrenza nel mercato della previdenza complementare; obiettivo il cui raggiungimento presuppone la comparabilità dei prodotti offerti e, dunque, l'uniformità delle regole destinate agli operatori mediante elaborazione delle stesse da parte di un'unica Autorità.

Peraltro, sempre a livello europeo, l'integrazione tra il settore assicurativo e quello della previdenza complementare²³, della quale i PIP costituiscono una limpida manifestazione, trova conferma nell'istituzione, di un'unica Autorità deputata allo svolgimento dell'attività di vigilanza su entrambi i suddetti mercati: ci si riferisce - è appena il caso di precisarlo - all'EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*)²⁴.

2. LA DISCIPLINA A TUTELA DEI «CONSUMATORI» DI PRODOTTI ASSICURATIVI-PREVIDENZIALI

Come accennato, la disciplina dei contratti di assicurazione sulla vita volti a realizzare piani pensionistici delineata dall'art. 13 del decreto sottopone i medesimi a regole del tutto peculiari, e in parte diverse rispetto a quelle dettate dalla legislazione assicurativa.

22 G. ROMAGNOLI, *Profili di vigilanza e dei controlli sui prodotti di previdenza complementare*, cit., 85, il quale menziona, nello specifico, la dir. 2003/41/CE del 3 giugno 2003 relativa all'attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali e professionali.

23 Per una rassegna delle principali problematiche relative al processo di integrazione tra il settore assicurativo e quello della previdenza complementare, v. S. AMOROSINO, *Il "contesto" sistemico dei rapporti tra previdenza complementare ed assicurazioni*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di P. Corrias e G. Racugno, cit., 123 ss.

24 La nuova Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi pensione è stata istituita con il Regolamento UE 24 novembre 2010, n. 1094 del Parlamento europeo e del Consiglio; essa è operativa dal 1° gennaio 2011, data a partire dalla quale essa ha integralmente sostituito il CEIOPS (*Committee of Insurance and Occupational Pensions Supervisors*). Tra i compiti attribuiti all'EIOPA, vi è quello di assicurare una migliore protezione dei consumatori e, più in generale, di contribuire alla tutela degli aderenti e dei beneficiari dei piani pensionistici ed assicurativi. La COVIP collabora con l'EIOPA, partecipando con i propri rappresentanti allo svolgimento delle relative attività nonché alle riunioni del *Board of Supervisors*, nell'ambito del quale essa non possiede, tuttavia, diritto di voto, essendo quest'ultimo, in virtù di specifici accordi, riservato all'IVASS. Sull'istituzione dell'EIOPA e sui poteri e compiti ad essa attribuiti, v. A. CANDIAN e A. TITA, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA, e direttiva Omnibus II*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 3 ss. Per ulteriori approfondimenti sulla revisione del sistema europeo di vigilanza finanziaria, v. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La riforma della governance mondiale nel tempo della crisi*, in *La comunità intern.*, 2011, 211 ss.

In primo luogo, essi devono essere corredati da un Regolamento²⁵ - che ne costituisce parte integrante - volto a disciplinare i principali aspetti del rapporto «*assicurativo-previdenziale*»: esso è, infatti, chiamato a regolare le modalità di partecipazione, il trasferimento delle posizioni individuali verso altre forme pensionistiche, la comparabilità dei costi e dei risultati di gestione; ma deve, altresì, dettare disposizioni in tema di trasparenza, concernenti sia il contenuto dei prodotti offerti che i rapporti della forma pensionistica con gli iscritti e con la Commissione di vigilanza.

Inoltre, il regolamento in parola deve essere predisposto dalle imprese assicurative in base alle direttive impartite al riguardo dalla COVIP, e da quest'ultima preventivamente approvato. Non sono, invece, soggette ad approvazione le condizioni generali di contratto, pur gravando sulle imprese assicurative l'obbligo di comunicarle alla Commissione prima della loro applicazione²⁶.

La predeterminazione, ad opera della COVIP, di una parte del contenuto contrattuale, non è l'unico strumento di tutela predisposto dal legislatore in favore dei sottoscrittori di polizze pensionistiche.

In ragione della specifica finalità previdenziale perseguita con la stipulazione di tali contratti, è garantito ai sottoscrittori di PIP (e agli eventuali beneficiari delle relative prestazioni) un *quid pluris* di tutela rispetto a quella accordata agli assicurati *tout court*²⁷: l'art. 13, co. 3, stabilisce, infatti, che le risorse dei PIP²⁸ costituiscono patrimonio autonomo e separato rispetto alle restanti attività dell'impresa²⁹, con gli

25 Art. 13, co. 3, d. lgs. 252/2005.

26 Sull'importanza di tali documenti ai fini dell'adesione consapevole dei destinatari, v. *infra*.

27 Così G. MARTINA, *I modelli strettamente assicurativi della previdenza complementare*, cit., 45, la quale sottolinea la configurabilità, nel caso in esame, di una separazione patrimoniale «a cerchi concentrici»: gli attivi a copertura degli impegni assunti con i PIP costituiscono, infatti, patrimonio autonomo e separato all'interno di un più ampio patrimonio, anch'esso separato, costituito dagli attivi a copertura delle riserve tecniche (che, come noto, ai sensi dell'art. 42, co. 2, c. ass. costituiscono patrimonio autonomo e separato rispetto alle altre attività dell'impresa). Secondo l'A., tale previsione deve ritenersi animata dalla volontà di «*mantenere distinta la posizione degli assicurati tout court da quella degli assicurati che perseguono le finalità rilevanti ai sensi della disciplina delle forme pensionistiche complementari*». Della stessa A., *La tutela del consumatore di forme pensionistiche complementari tra disciplina di settore e contrasto delle pratiche commerciali scorrette*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di V. Meli e P. Marano, Torino, 2011, 142-144.

28 All'adesione, mediante stipulazione del contratto assicurativo, segue la raccolta dei contributi destinati al finanziamento del piano pensionistico. Si tratta, di regola, di risorse provenienti dall'aderente; tuttavia, qualora quest'ultimo sia un lavoratore dipendente il finanziamento del piano individuale potrà, altresì, avvenire mediante il conferimento, anche in via esclusiva, del TFR in maturazione o mediante versamenti contributivi del datore di lavoro.

29 Ciascuna impresa assicurativa è tenuta a costituire il patrimonio del PIP secondo le modalità stabilite dall'attuale IVASS. Sul punto, v. Provvedimento ISVAP n. 2472 del 10 novembre 2006 (*Disposizioni in materia di*

effetti di cui al combinato disposto degli artt. 4, co. 2, del decreto e 2117 c.c.

Ne discende che le risorse afferenti al piano pensionistico assicurativo sono oggettivamente vincolate all'erogazione delle prestazioni pensionistiche in favore degli aventi diritto e non possono costituire oggetto di azioni esecutive da parte dei creditori degli aderenti né essere coinvolte nelle procedure concorsuali che riguardino l'impresa.

Le somme destinate al finanziamento del piano pensionistico costituiscono oggetto di una complessa attività di gestione finanziaria, la quale, è appena il caso di precisarlo, è svolta direttamente dall'impresa assicurativa e si sostanzia nell'investimento di tali risorse mediante l'acquisto di strumenti finanziari.

Tale attività deve avvenire nell'esclusivo interesse dell'aderente³⁰ ed in base alle scelte di investimento da questi effettuate al momento della stipulazione del contratto, in considerazione delle proprie esigenze previdenziali e della propria propensione al rischio. Inoltre, la gestione deve avvenire nel rispetto della normativa vigente in materia di conflitti di interesse³¹ e delle regole d'investimento dettate dal codice delle assicurazioni.

Di qui, l'obbligo per le compagnie assicurative di osservare, anche nella gestione finanziaria delle risorse dei PIP, i generali criteri di investimento degli attivi a copertura delle riserve tecniche di cui all'art. 38, co. 1, c. ass.³²: ci si riferisce, in particolare,

costituzione del patrimonio autonomo e separato per le forme pensionistiche individuali attuate mediante contratti di assicurazione sulla vita di cui all'art. 13, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252), in virtù del quale, contestualmente all'istituzione del PIP, l'organo amministrativo dell'impresa deve provvedere, con apposita delibera, a riconoscere «le risorse pertinenti la fase di accumulo quale patrimonio separato ed autonomo non distraibile dal fine previdenziale al quale è destinato» (art. 3, co. 2).

30 A tal proposito occorre menzionare la figura del Responsabile del PIP: quest'ultimo, scelto tra soggetti in possesso di specifici requisiti di onorabilità e professionalità e chiamato ad operare in modo autonomo ed indipendente dall'impresa assicurativa, si occupa, appunto, di verificare che la gestione del PIP sia svolta nell'esclusivo interesse degli aderenti, oltre che nel rispetto delle normativa vigente e delle disposizioni contenute nel Regolamento e nelle condizioni generali di contratto. Tra i compiti affidati al responsabile del PIP vi è altresì quello di curare i rapporti con la COVIP predisponendo annualmente una relazione sull'organizzazione adottata e sull'attività svolta. V. art. 5 del Decreto; v. anche *Disposizioni in materia di responsabile*, in allegato allo Schema di regolamento PIP.

31 L'art. 13 del Decreto rinvia alle regole in materia di interessi che, ai sensi del precedente art. 6, co. 5 bis, lett. c), saranno individuate con apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle previdenza sociale, sentita la COVIP. Tale decreto, che dovrebbe sostituire la disciplina sui limiti agli investimenti delle risorse dei fondi pensione e sui conflitti d'interesse attualmente dettata dal decreto del Ministro del tesoro n. 703 del 21 novembre 1996, sembrerebbe, allo stato, di imminente emanazione.

32 Ai sensi dell'art. 41 c. ass., i principi di diversificazione e dispersione degli investimenti non si applicano agli attivi detenuti per far fronte alle obbligazioni derivanti dalle polizze *linked* (co. 3), salvo che tali contratti

al principio di diversificazione degli investimenti, la cui applicazione da parte delle società istitutrici di PIP consente di garantire la sicurezza, la redditività e la liquidità degli investimenti medesimi, e, al contempo, di limitare l'impatto negativo della crisi dei mercati sul risparmio previdenziale³³.

È bene rimarcare che i risultati dell'attività di gestione posta in essere dalla compagnia assicurativa si riflettono inevitabilmente sull'entità della prestazione pensionistica attesa; i PIP operano, infatti, in regime di contribuzione definita³⁴, con la conseguenza che l'ammontare della prestazione finale non è predeterminato all'atto dell'adesione, ma varia in ragione dei contributi versati e dei risultati degli investimenti con essi effettuati³⁵.

2.1. Segue. I diritti dell'assicurato-aderente: le anticipazioni, il riscatto e il trasferimento della posizione individuale

La sottoscrizione delle polizze pensionistiche in esame determina l'obbligo per le imprese assicurative di effettuare in favore degli assicurati prestazioni analoghe a quelle offerte dagli ordinari fondi pensione; esse presentano, pertanto, significativi profili differenziali rispetto a quelle garantite dagli ordinari contratti di assicurazione sulla vita.

Sotto questo profilo, è centrale l'art. 13, co. 1, d. lgs. n. 252/2005, secondo il quale a

comprendano una garanzia di risultato dell'investimento o qualsiasi altra prestazione garantita, nel qual caso i suddetti principi si applicano alle corrispondenti riserve aggiuntive (co. 4). Sulla *ratio* di tale previsione, cfr. G. MARTINA, *I prodotti previdenziali di terzo pilastro alla prova della crisi*, cit., 1952 ss.; V. LEMMA, *sub art. 41*, in *Il codice delle assicurazioni private*, diretto da F. Capriglione, I, 1, Padova, 2007, 349 ss., spec. 357.

33 La COVIP, nel pieno della crisi abbattutasi sui mercati finanziari, ha ribadito, in più occasioni, la necessità di un'adeguata e rigorosa applicazione del principio di diversificazione degli investimenti da parte dei fondi pensione e delle imprese assicurative istitutrici di PIP, in quanto strumentale alla salvaguardia del risparmio previdenziale. In tal senso, v. la Circolare COVIP del 26 settembre 2008, n. 5482, nonché l'Audizione del Presidente facente funzioni della COVIP presso la sesta Commissione Finanze e Tesoro del Senato dell'8 ottobre 2008, entrambi segnalati da G. MARTINA, *I prodotti previdenziali di terzo pilastro alla prova della crisi*, cit., 1957.

34 Per un compiuto approfondimento delle convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita stipulate dai fondi pensione, v. P. CORRIAS, *Convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita e finalità previdenziali*, cit., 2 ss.

35 Diverso è il regime di gestione che caratterizza le forme pensionistiche «a prestazione definita»: in questo caso l'entità della prestazione finale prescinde dall'andamento della gestione finanziaria, essendo predeterminata all'atto dell'adesione in relazione al livello di reddito o, più di frequente, a quello del trattamento pensionistico obbligatorio. Sul punto, v. E. GIU, *Previdenza complementare ed assicurazioni*, cit., 2782 s.; F. SANTOBONI, *I fondi pensione nell'attuale panorama della previdenza complementare ed integrativa*, in *Manuale di gestione assicurativa*, a cura di Vicenzini, Padova, 2003, 650 ss.

tutte le forme pensionistiche individuali, compresi i PIP, si applicano le disposizioni in tema di prestazioni di cui all'art. 11 del decreto³⁶.

Per effetto di tale norma, anche il ricorso ai PIP consente agli interessati di beneficiare di due diverse tipologie di prestazioni: la pensione complementare e le somme a titolo di anticipazione o di riscatto³⁷.

Quanto alla prima, l'art. 11 del Decreto stabilisce che l'aderente acquista il relativo diritto al momento della maturazione dei requisiti di accesso alla pensione obbligatoria, purché, al contempo, vanti una permanenza minima di cinque anni nel sistema³⁸.

Con specifico riferimento ai soggetti che siano sprovvisti di una previdenza obbligatoria di base - ai quali, come si è visto, è consentita la stipulazione dei PIP - il legislatore precisa che per essi «*si considera età pensionabile quella vigente nel regime obbligatorio di base*»³⁹.

Peraltro, è eccezionalmente riconosciuta all'aderente la possibilità di accedere alla prestazione finale con un anticipo massimo di cinque anni rispetto al suddetto termine, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore ai 48 mesi⁴⁰, nonché in caso di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità lavorativa a meno di un terzo, data la

36 Sul tema, v. G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, 273 ss.; M.E. SALERNO, *I fondi pensione "negoziali". Costituzione, gestione e vigilanza*, Milano, 2002, 206 ss. Per una completa panoramica della disciplina in tema di prestazioni di cui all'art. 11 del decreto, v. anche S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare. Commentario sistematico*, a cura di A. Tursi, cit., 747-765.

37 La riforma del 2005, al fine di garantire l'equiparazione delle forme pensionistiche individuali a quelle collettive ha uniformato la disciplina delle prestazioni e chiarito che anche ai PIP si applica la disciplina in tema di anticipazioni, riscatto e trasferimento dettata per gli altri strumenti di previdenza integrativa. Sul punto, cfr. M. PALLINI, *Le «altre» forme pensionistiche complementari: fondi pensione aperti e forme pensionistiche individuali*, cit., 779 ss., secondo il quale ciò «denota una scarsa attenzione per le peculiarità della realizzazione della prestazione pensionistica mediante il contratto assicurativo».

38 L'art. 11, co. 9, del Decreto precisa infatti che, ai fini della determinazione dell'anzianità minima necessaria per la richiesta delle prestazioni pensionistiche (e, come si vedrà, anche delle anticipazioni) sono considerati utili tutti i periodi di partecipazione alle forme pensionistiche complementari maturati dall'aderente e per i quali egli non abbia esercitato il riscatto totale della posizione individuale.

39 Art. 13, co. 5, d. lgs. 252/2005, riprodotto dall'art. 10, co. 2, Schema di regolamento PIP. Peraltro, l'art. 11, co. 2, non prescrive che l'esercizio del diritto debba coincidere con il raggiungimento dei requisiti previsti per l'acquisto del medesimo, essendo rimessa all'avente diritto la determinazione del momento in cui formulare la relativa richiesta. Pertanto, una volta maturati i requisiti di legge, l'aderente potrà scegliere di richiedere l'erogazione della prestazione, esercitando così il relativo diritto, o di continuare a partecipare alla forma pensionistica, eventualmente anche in difetto di contribuzione. Sul punto, v. Circolare COVIP, n. 6522 del 14 novembre 2008.

40 Art. 11, co. 4, d. lgs. 252/2005.

necessaria lettura dell'art. 11, co. 4, del Decreto in combinato disposto con quella di cui al successivo art. 14, lett. c), ultimo periodo⁴¹.

Per quanto riguarda l'erogazione della pensione integrativa, essa può avvenire in forma di capitale esclusivamente fino ad un massimo del 50% del montante finale; per il resto, e salvo casi eccezionali⁴², l'impresa assicurativa eroga la prestazione pensionistica periodicamente, sotto forma di rendita.

Con riferimento alla seconda tipologia di prestazioni cui si è fatto cenno, ossia quelle a titolo di anticipazioni e di riscatto, esse sono esigibili nella fase di accumulo, cioè prima della maturazione dei requisiti di accesso alla pensione complementare, al verificarsi di determinate condizioni contemplate dal legislatore.

In particolare, ai sensi dell'art. 11, co. 7, del Decreto⁴³, i sottoscrittori di un PIP possono richiedere, nel corso del rapporto, anticipazioni della posizione individuale maturata al fine di far fronte a spese sanitarie per terapie ed interventi straordinari⁴⁴, ovvero all'acquisto o alla ristrutturazione della prima casa di abitazione⁴⁵. A

41 Per la disciplina in tema di riscatto di cui all'art. 14 del Decreto, v. *infra*.

42 Qualora la rendita pensionistica annua a favore dell'iscritto derivante dalla conversione di almeno il 70% del montante finale risulti inferiore al 50% dell'importo annuo dell'assegno sociale erogato dall'INPS ex art. 3, commi 6 e 7, della l. 335/95, la prestazione potrà essere erogata interamente in capitale (art. 11, co. 3, d. lgs. n. 252/2005). Con specifico riferimento ai PIP, il relativo schema di regolamento (art. 10, co. 6) contempla un'ulteriore ipotesi di erogazione dell'intera prestazione pensionistica in capitale in favore dell'aderente «che, sulla base della documentazione prodotta, risulta assunto antecedentemente al 29 aprile 1993 ed entro tale data iscritto ad una forma pensionistica complementare istituita alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 42».

43 La disciplina delle anticipazioni della posizione individuale maturata, di cui all'art. 11, co. 7, d. lgs. n. 252/2005, appare particolarmente innovativa rispetto a quella previgente. Quest'ultima sottoponeva le prestazioni erogabili dalle forme pensionistiche individuali ad un autonomo regime, solo in parte coincidente con quello delineato dall'art. 7 con riguardo alle forme pensionistiche collettive. In particolare, l'art. 9-ter del d. lgs. 124/1993 (come modificato dal d. lgs. 47/2000), nel disciplinare i PIP mediante rinvio alle disposizioni dettate dall'art. 9-bis per i fondi pensione aperti su base individuale, non consentiva agli aderenti di richiedere anticipazioni delle somme accumulate per far fronte a spese sanitarie o relative alla casa di abitazione (facoltà, invece, riconosciuta agli iscritti a forme pensionistiche collettive); in presenza di tali eventi, i sottoscrittori di polizze pensionistiche potevano esercitare il solo riscatto totale o parziale della posizione maturata. Sul punto, cfr. S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, cit., 749.

44 A differenza di quanto previsto in passato, l'aderente al sistema della previdenza complementare può attualmente richiedere anticipazioni per spese sanitarie per terapie ed interventi straordinari soltanto qualora esse dipendano da gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli, riconosciute dalle competenti strutture pubbliche, e per un importo non superiore al 75%. L'inasprimento dei requisiti di accesso a tali prestazioni è stato, tuttavia, temperato dalla prevista possibilità di richiedere le relative somme in qualsiasi momento, cioè indipendentemente dal periodo di partecipazione alla forma pensionistica. Sul punto, v. P. CIOCCA e G. OLIVELLI, *Le prestazioni*, in *La previdenza complementare* (Art. 2123), cit., 380 ss.

45 Si tratta, nel dettaglio, degli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo, di ristrutturazione edilizia, di cui all'art. 3, co. 1, lett. a), b), c), d) del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia». Rimane invariato, rispetto alla disciplina previgente, il requisito dell'iscrizione minima di otto anni al sistema, necessario per la richiesta di

tali ipotesi, si affianca la possibilità di richiedere anticipazioni «*per ulteriori esigenze dell'aderente*»⁴⁶, decorsi otto anni dall'adesione e per un importo non superiore al 30 per cento di quanto fino a quel momento accumulato⁴⁷.

Per quanto concerne il riscatto, l'art. 14 del Decreto⁴⁸ consente all'aderente di esercitare tale facoltà, prima del perfezionamento del diritto alla prestazione pensionistica, al sopraggiungere di specifici eventi attinenti alla propria vita.

Più precisamente, il legislatore attribuisce all'aderente la facoltà di riscatto parziale⁴⁹, nella misura del 50% della posizione individuale maturata, nell'ipotesi di cessazione dell'attività lavorativa cui segua la disoccupazione per un periodo di tempo compreso tra i 12 e i 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità o cassa integrazione guadagni, ordinaria o straordinaria.

L'aderente può, invece, ottenere il riscatto totale della posizione individuale in caso di invalidità permanente che determini la riduzione della capacità lavorativa a meno di un terzo, ovvero a seguito di cessazione dell'attività lavorativa cui segua la disoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi⁵⁰. La facoltà di riscatto totale non può comunque essere esercitata nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico; infatti, come si è visto,

anticipazioni per l'acquisto o la ristrutturazione della prima casa di abitazione; il d. lgs. 252/2005 ha, tuttavia, posto un tetto massimo - corrispondente al 75% di quanto maturato - all'importo erogabile a tale titolo.

46 Si tratta della maggiore novità introdotta, in tema di anticipazioni, dal legislatore delegato del 2005; tale norma confermerebbe la volontà legislativa «*di affidare alla libertà individuale l'adozione di importanti scelte attinenti al godimento della prestazione previdenziale, anche in potenziale contrasto con la parallela finalità di vincolarne la percezione al raggiungimento dei requisiti previsti per il pensionamento obbligatorio*». Così S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, cit., 762.

47 Sulle perplessità sorte in ordine all'automaticità, in tale ipotesi, dell'erogazione delle somme richieste dall'aderente, v. P. CIOCCA e G. OLIVELLI, *Le prestazioni, in La previdenza complementare (Art. 2123)*, cit., 382 ss. Secondo le A., poiché l'art. 11, co. 7, del Decreto prevede che gli aderenti possano "richiedere" le anticipazioni, e non "conseguire" le medesime (come, invece, prevedeva la precedente disciplina in materia), deve ritenersi che il legislatore abbia attribuito alle imprese istitutrici di PIP (e, in generale, alle forme pensionistiche complementari) un certo grado di discrezionalità nell'erogazione delle somme corrispondenti. Sul punto, v. P. CIOCCA e G. OLIVELLI, *Le prestazioni, in La previdenza complementare (Art. 2123)*, cit., 382 ss.

48 L'art. 14 del Decreto evidenzerebbe «*una delle linee di fondo che ispirano il provvedimento, vale a dire l'ampliamento degli spazi di tutela dell'aderente al sistema della previdenza integrativa*»: rispetto all'assetto definito dal d. lgs. 124/1993 sono, infatti, «*più chiaramente definite le fattispecie alle quali gli statuti ed i regolamenti devono far riferimento per il riscatto totale o parziale della posizione individuale maturata*». Così *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante: "Disciplina delle forme pensionistiche complementari"*, cit.

49 Art. 14, co. 2, lett. b).

50 L'esercizio della facoltà di riscatto totale determina la cessazione della partecipazione al PIP. La Commissione di vigilanza ha, peraltro, precisato che le compagnie assicurative non possono prevedere, al di fuori di quelle esaminate, ulteriori ipotesi di riscatto della posizione maturata in favore degli aderenti. V., in tal senso, art. 12, co. 5, dello Schema di regolamento PIP.

nel medesimo periodo, in presenza di eventi analoghi a quelli elencati, l'aderente può accedere anticipatamente alla pensione integrativa⁵¹.

Occorre da ultimo segnalare che il d. lgs. 252/2005⁵² riconosce all'assicurato-aderente, che vanti almeno due anni di partecipazione al piano pensionistico, il diritto alla portabilità dell'intera posizione individuale maturata, ossia la possibilità di trasferire volontariamente quest'ultima ad un'altra forma pensionistica, diversa da quella inizialmente scelta⁵³.

Al fine di garantire la migliore tutela dell'aderente, è posto a carico delle compagnie assicurative istitutrici di PIP, che abbiano accertato la sussistenza dei requisiti necessari, l'obbligo di provvedere agli adempimenti conseguenti al riscatto e al trasferimento con tempestività, e comunque entro il termine massimo di sei mesi dalla ricezione della relativa richiesta⁵⁴.

2.2. La disciplina in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti

Affinché gli interessati possano avere piena conoscenza dei diritti connessi alla stipulazione di un PIP, nonché delle condizioni e delle modalità di esercizio degli stessi, è fondamentale che essi possano disporre di un adeguato apparato informativo che consenta loro di operare in modo consapevole non solo al momento dell'adesione al piano pensionistico, ma anche in costanza di rapporto.

51 Un'ulteriore ipotesi di riscatto è prevista dall'art. 14, co. 3, del Decreto per il caso di premorienza dell'aderente. In virtù di tale disposizione, l'eventuale decesso dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica determina la possibilità per gli eredi o per i diversi beneficiari dallo stesso designati di riscattare l'intera posizione individuale maturata; in mancanza di eredi o beneficiari, la posizione maturata presso i piani pensionistici attuati mediante contratti di assicurazione sulla vita, sarà devoluta a finalità sociali secondo le modalità stabilite con decreto del Ministero del lavoro. Sul tema, v., più diffusamente, G. ZAMPINI, *Trasferimento e riscatto delle posizioni individuali*, in *La previdenza complementare (Art. 2123)*, cit., 564 s.; M. PALLINI, *La «mobilità» tra le forme pensionistiche complementari*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare*, a cura di A. Tursi, cit., 803 ss.

52 Art. 14, co. 6, applicabile anche ai PIP in virtù di quanto disposto dal citato art. 13, co. 1.

53 Come precisato dalla COVIP (art. 12, co. 2, lett. a) dello Schema di regolamento PIP), l'aderente, anche prima del periodo minimo di permanenza sopra indicato, può trasferire la posizione individuale maturata ad un'altra forma pensionistica complementare alla quale acceda in relazione alla nuova attività svolta. Pertanto, il limite temporale di due anni non trova applicazione ogni qual volta l'aderente, a seguito del cambiamento dell'attività lavorativa svolta, abbia accesso ad un'altra forma pensionistica complementare ed intenda trasferire presso quest'ultima la propria posizione individuale.

54 Art. 14, co. 8, d. lgs. 252/2005. Sulle difficoltà riscontrate dagli assicurati-aderenti nell'esercizio di tali diritti, v. *infra*.

A tal fine, la COVIP ha provveduto a definire, nell'esercizio dei poteri di vigilanza in tema di trasparenza e correttezza ad essa attribuiti dal legislatore⁵⁵, le regole di comportamento gravanti sugli operatori del settore in tutte le fasi del rapporto assicurativo-previdenziale.

Tra queste, meritano di essere menzionate quelle che governano la fase dell'offerta al pubblico dei prodotti in esame, contenute nel *Regolamento sulle modalità di adesione alle forme pensionistiche complementari* (di seguito: Regolamento adesioni) emanato dalla COVIP⁵⁶.

Integrando le scarse disposizioni ricavabili sul punto dalla disciplina di fonte primaria⁵⁷, la Commissione ha stabilito che, prima della conclusione del contratto, le imprese assicurative - anche per il tramite delle reti di vendita - sono tenute a consegnare all'interessato, unitamente al Regolamento e alle condizioni generali di contratto, due ulteriori, importanti, documenti: la Nota informativa e il Progetto esemplificativo standardizzato⁵⁸.

La prima contiene la descrizione delle caratteristiche del PIP indispensabili affinché l'interessato possa compiutamente valutare l'opportunità dell'adesione. In tale ottica, la Nota informativa deve essere redatta sulla base dell'apposito schema predisposto dalla COVIP⁵⁹, il quale prescrive l'inserimento nella medesima della c.d. Scheda sintetica⁶⁰. La redazione di quest'ultima deve essere improntata al rispetto

55 I compiti assegnati alla COVIP in qualità di Autorità di vigilanza del settore sono elencati dall'art. 19, co. 2, lett. g), d. lgs. 252/2005. In ordine alla tipologia degli atti di regolazione emanati dalla COVIP e alla possibilità di riconoscere ai medesimi natura normativa anche qualora non assumano la forma del Regolamento, v. G. ROMAGNOLI, *Profili di vigilanza e dei controlli sui prodotti di previdenza complementare*, cit., 93.

56 Deliberazione COVIP del 29 maggio 2008.

57 Ci si riferisce alle indicazioni di cui all'art. 13, co. 3, del Decreto, precedentemente illustrate. V. *supra*, par. 2.

58 Art. 7, rubricato «Modalità di raccolta delle adesioni».

59 Come precisato dalla *Relazione sugli schemi di statuto, di regolamento e di nota informativa per le forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'art. 19 comma 2 lettera g), del decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252* del 21 novembre 2006, la COVIP ha predisposto uno schema di nota informativa unico per tutti gli strumenti di previdenza complementare contemplati dalla disciplina di settore; nell'ambito di quest'ultimo sono state, tuttavia, evidenziate, di volta in volta, le istruzioni specificamente indirizzate a ciascuna delle forme pensionistiche, affinché esse possano adeguatamente rappresentare le proprie peculiarità di funzionamento. Quanto alla diffusione della Nota informativa, l'art. 6 del Regolamento sulle modalità di adesione prevede che tale documento, comprensivo degli eventuali Supplementi e del Modulo di adesione (il quale ne costituisce parte integrante e necessaria), deve essere resa disponibile in formato cartaceo, e gratuitamente, nella sede legale delle società istitutrici di PIP o presso gli uffici dei soggetti addetti alla raccolta delle adesioni, nonché, in formato elettronico, sul sito *web* della compagnia assicurativa e, se possibile, sul sito degli intermediari.

60 Nella scheda sintetica devono essere inserite, preferibilmente in forma tabellare, le caratteristiche essenziali del piano pensionistico, concernenti, in particolare, la contribuzione, le linee di investimento offerte,

dei principi di accessibilità, sinteticità ed immediatezza delle informazioni fornite, essendo tale documento finalizzato ad agevolare la comprensione, da parte dell'interessato, dei meccanismi di funzionamento del piano pensionistico e delle relative condizioni di partecipazione⁶¹.

Per quanto riguarda il Progetto esemplificativo standardizzato⁶², esso arricchisce il quadro di informazioni tracciato dalla Nota informativa fornendo al potenziale aderente «una stima dell'evoluzione futura della posizione individuale e dell'importo della prestazione pensionistica attesa»⁶³.

Ulteriori regole di comportamento sono contemplate dagli artt. 9 e 11 del Regolamento in esame: in virtù di tali disposizioni, i soggetti preposti all'offerta dei prodotti previdenziali⁶⁴ sono tenuti al rispetto di una serie di regole di carattere generale e, per così dire, tradizionali⁶⁵, sostanzialmente analoghe a quelle che presiedono la distribuzione dei prodotti finanziari e dei prodotti squisitamente assicurativi⁶⁶. Ci si riferisce all'obbligo: di osservare le disposizioni normative e regolamentari in materia; di comportarsi con diligenza e trasparenza nei confronti dei potenziali aderenti; di astenersi dal fornire informazioni non coerenti con quelle contenute nella Nota informativa; di agire in modo da non arrecare pregiudizi a questi ultimi⁶⁷.

i rendimenti storici, le eventuali prestazioni accessori di partecipazione. Così *Relazione sugli schemi di statuto, di regolamento e di nota informativa per le forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'art. 19 comma 2 lettera g), del decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252*, cit.

61 Così COVIP, Deliberazione del 28 giugno 2006 recante «*Direttive generali alle forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252*», con le quali si precisa che il linguaggio utilizzato per la redazione della Scheda sintetica deve essere più semplice ed immediato di quello impiegato nei documenti informativi più tradizionali.

62 Tale documento deve essere predisposto in base alle Istruzioni fornite al riguardo dalla COVIP. Le Istruzioni, adottate con Deliberazione del 31 gennaio 2008, sono state modificate con deliberazione del 27 novembre 2012.

63 Così, l'art. 11, lett. f), del Regolamento adesioni.

64 Ai sensi dell'art. 9, co. 1, del Regolamento, la raccolta delle adesioni può avvenire all'interno delle sedi legali o delle dipendenze delle società istitutrici da parte di addetti a ciò incaricati, ovvero avvalendosi delle reti di distribuzione utilizzabili nel settore operativo di appartenenza.

65 Cfr. M. SIRI, *L'offerta al pubblico delle "forme previdenziali ad adesione individuale" nella prospettiva della disciplina sull'intermediazione finanziaria*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, a cura di P. Corrias e G. Racugno, cit., 78.

66 Cfr. G. MARTINA, *La tutela del consumatore di forme pensionistiche complementari tra disciplina di settore e contrasto delle pratiche commerciali scorrette*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di V. Meli e P. Marano, cit., 145, la quale evidenzia come le regole di condotta che governano la raccolta delle adesioni ai PIP (e alle altre forme di previdenza complementare), dettate dall'art. 11 del Regolamento in esame, ricalchino il «*modello già sperimentato in materia bancaria, finanziaria ed assicurativa*».

67 Art. 11, lett. a), b), e), h), Regolamento adesioni.

I soggetti addetti alla raccolta delle adesioni dovranno, inoltre, fornire ai potenziali aderenti, in una forma di agevole comprensione, informazioni chiare, corrette e non fuorvianti circa le caratteristiche del prodotto offerto in sottoscrizione⁶⁸, richiamandone l'attenzione sulle informazioni contenute nella Nota informativa e nella relativa Scheda sintetica e concernenti, in particolare, le opzioni di investimento, i corrispondenti rischi e i costi di partecipazione⁶⁹; dovranno altresì richiamare l'attenzione degli interessati sui contenuti del Progetto esemplificativo standardizzato affinché essi possano valutare la rispondenza delle possibili scelte alternative rispetto agli obiettivi di copertura pensionistica perseguiti⁷⁰.

Detto questo, occorre mettere in luce un ulteriore elemento della disciplina: nel definire la disciplina in esame, la COVIP ha precisato che, nell'offerta dei PIP, alle regole di condotta poc'anzi illustrate si affiancano quelle dettate per il collocamento dei prodotti assicurativi⁷¹.

In altri termini, ogni qual volta la raccolta delle adesioni sia effettuata dalla compagnia assicurativa per il tramite della propria rete di intermediari, su questi ultimi graveranno contemporaneamente, nello svolgimento di tale attività, obblighi comportamentali riconducibili a due diverse fonti normative: quella propria della previdenza complementare, da un lato, e quella in tema di intermediazione assicurativa, dall'altro; discipline la cui elaborazione e vigilanza spettano rispettivamente alla COVIP e all'IVASS, con conseguenti problemi di sovrapposizione delle relative competenze in ordine alla medesima attività⁷².

68 Tutta la documentazione informativa deve essere predisposta dalle imprese assicurative in modo chiaro, sintetico e comprensibile. «*Si ritiene infatti che la semplicità nell'informativa fornita sia uno dei principali mezzi attraverso cui promuovere lo sviluppo del sistema*». Così COVIP, *Relazione sugli schemi di statuto, di regolamento e di nota informativa per le forme pensionistiche complementari, ai sensi dell'art. 19 comma 2 lettera g) del decreto legislativo 5 dicembre 2005 n. 252*, cit.

69 Così, l'art. 11, lett. c). Con particolare riferimento ai costi, i soggetti che effettuano la raccolta delle adesioni dovranno richiamare l'attenzione dei potenziali aderenti sull'Indicatore sintetico dei costi riportato nella Nota informativa, nonché sulla possibilità di acquisire informazioni sugli Indicatori sintetici dei costi relativi ad altre forme pensionistiche, resi disponibili sul sito *web* della COVIP (lett. d).

70 In particolare, è necessario richiamare l'attenzione sull'informazione, contenuta nel Progetto esemplificativo, circa la possibilità di effettuare simulazioni personalizzate mediante un motore di calcolo messo a disposizione sul sito *web* della forma pensionistica (lett. g).

71 Tali disposizioni trovano applicazione nella sola ipotesi in cui il collocamento abbia ad oggetto PIP o fondi pensione aperti istituiti da imprese assicurative. Qualora, invece, oggetto di distribuzione siano fondi pensione aperti istituiti da banche, SGR o SIM, troveranno applicazione le disposizioni in tema di collocamento dei prodotti finanziari.

72 Sul punto, v. M. SIRI, *L'offerta al pubblico delle "forme previdenziali ad adesione individuale" nella prospettiva della disciplina sull'intermediazione finanziaria*, cit., 79 ss., secondo il quale la disciplina illustrata presenta evidenti profili di criticità; in particolare, il fatto che una medesima attività risulti in concreto sottoposta

Quanto all'informativa in corso di rapporto, l'impresa assicurativa è tenuta ad inviare all'assicurato-aderente una comunicazione annuale relativa all'andamento amministrativo e finanziario del PIP. Contestualmente, essa deve inviare all'aderente un Progetto esemplificativo personalizzato, contenente informazioni in ordine all'evoluzione registrata fino al momento dell'invio dalla posizione individuale, nonché una stima dell'evoluzione futura, calcolata sulla base delle effettive condizioni di partecipazione.

3. GLI INTERVENTI DELLA COVIP A TUTELA DELL'ASSICURATO-ADERENTE

La conformità della documentazione informativa predisposta dalle società istitutrici di PIP - e dalle forme pensionistiche in genere - ai criteri individuati dalla normativa poc'anzi descritta costituisce oggetto di particolare attenzione da parte della COVIP.

In particolare, la Commissione ha recentemente intensificato l'attività di vigilanza sulla trasparenza e correttezza delle informazioni fornite agli aderenti, affiancando alle tradizionali verifiche di tipo «individuale», aventi ad oggetto singoli soggetti vigilati e/o singoli documenti o profili di attività, nuove modalità operative, quali analisi e controlli di tipo trasversale.

Ciò, evidentemente, nell'ottica di un rafforzamento dell'efficacia della propria azione⁷³: siffatti controlli, in quanto condotti contemporaneamente su più soggetti in relazione ad un medesimo profilo di attività, consentono, infatti, valutazioni anche di tipo comparativo, favorendo l'individuazione di situazioni di criticità comuni a più forme pensionistiche, ed eventuali interventi correttivi, anche di carattere generale⁷⁴.

ad un duplice ambito regolamentare, sul quale insiste la vigilanza di distinte Autorità, potrebbe determinare reciproche interferenze nell'esercizio dei connessi poteri di vigilanza e sanzionatori. V. anche P. MARANO, *L'offerta al pubblico di fondi pensione aperti e PIP e la disciplina sull'intermediazione assicurativa*, ivi, 50 ss., in particolare nt. 17, secondo il quale il rinvio alle disposizioni in tema di collocamento di prodotti finanziari o assicurativi, in ragione della natura del soggetto che istituisca la forma pensionistica può ripercuotersi, oltre che sull'azione di vigilanza, anche sull'azione degli operatori, costretti «a ricorrere ad una pluralità di testi normativi per ricostruire gli obblighi cui è tenuto».

⁷³ COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 40, dove si evidenzia che «questa modalità di verifica appare particolarmente efficace per gli aspetti di trasparenza, rilevando in modo peculiare in tale ambito, oltre alla correttezza dei dati e delle informazioni diffuse, anche la modalità di rappresentazione e la confrontabilità degli stessi».

⁷⁴ Tale tipologia di controlli ha riguardato, nel 2013, soprattutto i progetti esemplificativi standardizzati, nei quali si è registrata - con riferimento alla generalità degli strumenti di previdenza complementare, compresi i PIP - la ricorrente presenza di anomalie tali da incidere sulla corretta e veritiera nella rappresentazione dei valori della posizione individuale al termine della fase di accumulo e/o nei valori della prima rata di rendita. Le anomalie più ricorrenti riguardano il numero complessivo di anni presi in considerazione nella fase di accumulo, spesso

Sempre in tema di trasparenza, appare importante segnalare che i sottoscrittori dei PIP sono soliti incontrare notevoli difficoltà nell'esercizio dei diritti di anticipazione, di riscatto e di trasferimento della posizione individuale precedentemente illustrati.

Non a caso, proprio tali problematiche costituiscono il principale oggetto delle segnalazioni pervenute alla COVIP⁷⁵.

In particolare, i profili di criticità si annidano intorno alle operazioni di trasferimento, relativamente alle quali i sottoscrittori di PIP lamentano, sempre più di frequente, tempi di espletamento eccessivamente lunghi anche in ragione di richieste di documentazione non sempre strettamente necessaria ai fini dell'evasione delle relative pratiche⁷⁶.

Occorre, da ultimo, evidenziare che spesso le segnalazioni pervenute alla COVIP con riferimento ai PIP riguardano prodotti assicurativi in realtà non aventi finalità di previdenza complementare, ovvero, in caso contrario, riconducibili alla categoria dei «PIP vecchi»⁷⁷.

Tale circostanza evidenzia una scarsa consapevolezza degli assicurati-aderenti circa la natura del prodotto sottoscritto, nonché in ordine alla distinzione tra PIP «nuovi» e PIP «vecchi» e alle relative implicazioni sul piano pratico; segnatamente, per quanto rileva in questa sede, la rilevanza della medesima ai fini della corretta individuazione dell'Autorità di vigilanza alla quale indirizzare le proprie segnalazioni: la COVIP per i primi, l'IVASS per i secondi.

incrementato di una unità rispetto a quello corretto; fattore evidentemente idoneo a falsare la stima del montante finale accumulato. Così, COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 40 s.

75 Non a caso, «gli esposti relativi ai PIP nuovi hanno riguardato soprattutto le problematiche connesse alla gestione amministrativa. In tale ambito, quasi l'80 per cento dei casi è inerente a ritardi nell'esecuzione delle richieste di trasferimento mentre nel 26 per cento dei casi si tratta della mancata esecuzione delle richieste di anticipazione e riscatto»: così COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 111.

76 Già nel corso del 2012 quasi il 50% degli esposti relativi ai PIP nuovi ha riguardato le problematiche incontrate dagli aderenti in relazione a richieste di trasferimento: essi hanno, infatti, lamentato «tempi di espletamento delle pratiche eccessivamente lunghi e richieste di documentazione di non immediata evidenza quanto a utilità e necessità», spesso determinati dalla prassi di alcune compagnie di richiedere, al fine del trasferimento, l'originale di polizza. Cfr. COVIP, *Relazione per l'anno 2012*, in www.covip.it, 137.

77 COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 111.

4. I PRODOTTI ASSICURATIVI DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE NEL CONTESTO COMUNITARIO: VERSO UN MERCATO UNICO EUROPEO? (CENNI)

I prodotti assicurativi di previdenza complementare, in quanto strumenti pensionistici individuali, costituiscono oggetto di particolare interesse anche in ambito europeo, non solo per l'EIOPA, ma anche per le principali istituzioni comunitarie.

Al riguardo, meritano di essere segnalate le iniziative recentemente intraprese dalla Commissione europea ai fini della creazione di un mercato unico europeo dei prodotti previdenziali di tipo individuale; iniziative che hanno coinvolto anche l'EIOPA, chiamata proprio dalla Commissione UE a fornire il proprio parere tecnico circa la predisposizione, per i prodotti in esame, di una regolamentazione prudenziale e di tutela del risparmiatore idonea al conseguimento del suddetto obiettivo⁷⁸.

A tale scopo, l'EIOPA ha provveduto all'istituzione di un apposito gruppo di lavoro, la c.d. *Task Force on Personal Pensions*, che, avvalendosi anche della collaborazione di esponenti della COVIP, ha predisposto sul tema un *Discussion paper*⁷⁹ posto in pubblica consultazione sul sito *web* dell'EIOPA al fine di sollecitare ed ottenere dai principali *stakeholders* suggerimenti e contributi utili sul tema⁸⁰.

All'esito della consultazione, la *Task Force* ha proceduto alla trasmissione alla Commissione europea di un rapporto preliminare⁸¹ nel quale sono stati individuati i principali profili di criticità emersi in ordine al possibile sviluppo di un mercato europeo dei piani pensionistici individuali, e, segnatamente, altresì evidenziati i tratti distintivi degli stessi tali da richiedere previsioni normative almeno in parte differenti rispetto a quelle riguardanti i prodotti finanziari o assicurativi puri⁸².

78 Due le possibili opzioni individuate dalla Commissione UE per il perseguimento di tale obiettivo: a) l'emanazione di una Direttiva europea per tutte le tipologie di piani pensionistici ad adesione individuale, che consenta la loro operatività transfrontaliera mediante il riconoscimento del c.d. passaporto europeo; b) l'introduzione di un c.d. 2° regime, che si aggiunga a quelli nazionali.

79 «*Discussion Paper on a possibile EU-single market for personal pension products*», reperibile sul sito <https://eiopa.europa.eu>.

80 Il documento di consultazione preliminare redatto dall'EIOPA individuava e nelle normative vigenti in tema di fondi comuni di investimento e di assicurazioni sulla vita, i principali referenti ai quali ispirarsi per la predisposizione della disciplina comunitaria relativa ai piani pensionistici individuali.

81 «*Towards an EU-single markets for personal pensions - A preliminary Report to COM*», anch'esso consultabile sul sito istituzionale dell'EIOPA.

82 Si fa riferimento, in primo luogo, alla caratterizzazione delle linee di investimento, il cui profilo di rischio-rendimento deve essere necessariamente valutato - secondo quanto rilevato dall'EIOPA - in funzione dell'orizzonte temporale di riferimento; in secondo luogo, al criterio dell'adeguatezza, la cui applicazione a tali prodotti potrebbe

Non meno rilevante è lo spazio dedicato, all'interno del *Report*, alle tematiche più strettamente attinenti alla tutela dei consumatori, quali la trasparenza e informativa per gli aderenti, soprattutto in fase precontrattuale, e il collocamento dei prodotti previdenziali ad adesione individuale, anche mediante reti di distribuzione dotate di specifici requisiti professionali.

I lavori proseguiranno con il rilascio da parte dell'EIOPA, entro il 2016, di un nuovo parere in risposta alla *Call for advice* trasmessa all'Autorità dalla Commissione europea lo scorso luglio. In ogni caso, il progetto finalizzato alla creazione di un mercato unico europeo dei prodotti di previdenza individuale, anche assicurativi, pare apprezzabile soprattutto in ragione dei possibili effetti positivi sull'intero sistema economico europeo, oltre che sui consumatori.

dover essere riconsiderata. In particolare, L'Autorità di vigilanza europea ha rilevato che, nell'ambito della previdenza individuale, *«la valutazione di adeguatezza non può prescindere dal requisito di maggiore convenienza in termini di costo rispetto agli altri prodotti disponibili: il “value for money” diventa il requisito essenziale, giacché differenza di costo annuo di pochi decimi di punto percentuale si traducono in differenza cospicue in un orizzonte temporale pluridecennale»*. Così COVIP, *Relazione per l'anno 2013*, cit., 149.



***P.A. e Consumatori
Consapevoli***

P.A. E CONSUMATORI CONSAPEVOLI

(Lucia Minervini e Rocco Junior Flacco)

Nel 2013 sono state stilate le linee guida sui criteri per individuare i principi e gli elementi da inserire nei contratti di servizio e nelle carte della qualità dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento al ruolo delle associazioni dei consumatori. Il documento intende dare attuazione alla legge finanziaria del 2008 che ha tracciato un percorso di possibile applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale espresso nell'art. 118 u.c. della nostra Costituzione. In sede di stipula dei contratti di servizio nell'ambito dei servizi pubblici locali si prevede il coinvolgimento attivo delle associazioni dei consumatori e il diritto di «ascolto» per ogni cittadino - utente. Si coglie l'occasione per analizzare il principio costituzionale di sussidiarietà, alcuni strumenti di concretizzazione del medesimo e i recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

Le recenti tendenze di quest'ultima, con particolare riferimento alle decisioni in materia di ricorso per l'efficienza, c.d. class action amministrativa, sono orientate ad un riconoscimento sempre più consistente del valore giuridico degli interessi del consumatore e dei relativi enti esponenziali all'interno del sistema di tutela della qualità dei servizi di pubblico interesse. In quest'ottica assume un rilievo assolutamente centrale l'istituto della carta dei servizi, con particolare riferimento agli strumenti e all'intensità della tutela delle garanzie riconosciute al consumatore nella fase di formazione e di controllo pubblicistico sul rispetto delle relative previsioni. Qui si collegano, infatti, le prime significative aperture giurisprudenziali verso il riconoscimento in capo alle amministrazioni territoriali di un nuova dimensione funzionale di tipo aggiudicatorio, quali regolatori locali dei servizi pubblici di loro afferenza.

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE (LUCIA MINERVINI): 1. PREMESSA. CONSIDERAZIONI GENERALI. - 2. LE IMPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SULLE FORMAZIONI SOCIALI: IL “*VERSANTE ATTIVO*” DELLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA PIÙ RECENTE. - 3. LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE *WORK IN PROGRESS*: IL TEMA DI QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEL CITTADINO - UTENTE IN SEDE DI STIPULA DEI CONTRATTI DI SERVIZIO - 4. IL CONTENUTO PRECETTIVO DELL'ART. 2, COMMA 461, DELLA L. 24 DICEMBRE 2007, N. 244 E LA PARTECIPAZIONE CIVICA. - 5. LO

STATO DI SCARSA ATTUAZIONE DELLA LEGGE FINANZIARIA 2008 E L'INDIVIDUAZIONE DI CORRETTIVI IN TERMINI DI TUTELA PREVENTIVA E SUCCESSIVA DELL'UTENTE - 6. LE LINEE GUIDA SUI CRITERI DA APPLICARE PER INDIVIDUARE I PRINCIPI E GLI ELEMENTI MINIMI DA INSERIRE NEI CONTRATTI DI SERVIZIO E NELLE CARTE DELLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI. - 7. L'AZIONE DI CLASSE PREVISTA DALL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO QUALE STRUMENTO DI ATTUAZIONE *EX POST* DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE - 8. CONCLUSIONI.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE (ROCCO JUNIOR FLACCO): 1. PREMESSA. - 2. LO STRANO CASO DELLE CARTE DEI SERVIZI PUBBLICI: TRA REGOLAZIONE DEI SERVIZI A CONTENUTO ECONOMICO E NUOVI ASSETTI DEL RAPPORTO DI CITTADINANZA. - 3. REGOLAZIONE AUTONOMA O REGOLAZIONE PREVENTIVA? NUOVI ORIZZONTI PER L'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. - 4. IL RILIEVO GIURIDICO DELLE CARTE DEI SERVIZI: EVOLUZIONE NORMATIVA. - 5. PROSPETTIVE ATTUALI DELLA REGOLAZIONE SULLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LE APERTURE VERSO UNA REGOLAZIONE AMMINISTRATIVA DI TIPO TERRITORIALE. - 5.1. LA RIFORMA BRUNETTA E L'INTRODUZIONE DELLA C.D. *CLASS ACTION* AMMINISTRATIVA. - 5.2. IL RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE LOCALE NEI RECENTI ASSESTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA. - 6. CONCLUSIONI.

SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE

(Lucia Minervini)

SOMMARIO: 1. PREMESSA. CONSIDERAZIONI GENERALI. - 2. LE IMPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SULLE FORMAZIONI SOCIALI: IL "VERSANTE ATTIVO" DELLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA PIÙ RECENTE. - 3. LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE *WORK IN PROGRESS*: IL TEMA DI QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEL CITTADINO - UTENTE IN SEDE DI STIPULA DEI CONTRATTI DI SERVIZIO - 4. IL CONTENUTO PRECETTIVO DELL'ARTICOLO 2, COMMA 461, DELLA L. 24.12. 2007, N. 244 E LA PARTECIPAZIONE CIVICA. - 5. LO STATO DI SCARSA ATTUAZIONE DELLA LEGGE FINANZIARIA 2008 E L'INDIVIDUAZIONE DI CORRETTIVI IN TERMINI DI TUTELA PREVENTIVA E SUCCESSIVA DELL'UTENTE - 6. LE LINEE GUIDA SUI CRITERI DA APPLICARE PER INDIVIDUARE I PRINCIPI E GLI ELEMENTI MINIMI DA INSERIRE NEI CONTRATTI DI SERVIZIO E NELLE CARTE DELLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI. - 7. L'AZIONE DI CLASSE PREVISTA DALL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO QUALE STRUMENTO DI ATTUAZIONE *EX POST* DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE - 8. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA. CONSIDERAZIONI GENERALI

Principio propulsore del rapporto tra amministrazione e cittadino - consumatore/utente - è quello di sussidiarietà c.d. orizzontale, introdotto dalla l. Cost. n. 3 del 2001 nell'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, secondo cui «*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei*

cittadini, singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà».

Il principio di sussidiarietà ha radici lontane nel tempo; teorizzato già dai filosofi greci, trova la più alta formulazione nella dottrina della Chiesa Cattolica per poi successivamente fare il suo ingresso nell'ordinamento giuridico e trovare consacrazione nella Costituzione.

Nella sua accezione originaria tale principio presenta una valenza fondamentalmente unitaria: lo Stato deve limitare la sua azione e sostenere l'autonoma espressione dei corpi sociali nella cura dei loro interessi, sia in quanto comunità territoriali dotate di proprie organizzazioni di carattere pubblico; sia in quanto corpi sociali di carattere privatistico che si fanno carico della cura dei propri interessi, anche nell'esercizio di quei doveri di solidarietà richiamati dall'art. 2 Cost.¹. Il concetto unitario si articola nelle diverse applicazioni della sussidiarietà verticale ed orizzontale: la prima utilizzata per indicare la distribuzione delle funzioni amministrative tra i livelli di governo territoriale e relativi enti nei quali si articola la Repubblica (art. 118, primo co.); la seconda come principio ispiratore delle attività dei pubblici poteri intese a favorire lo svolgimento di attività di interesse generale da parte dei cittadini, singoli o associati (art. 118, ultimo co.)².

Le due dimensioni orizzontale e verticale, come rilevato in dottrina, si intersecano, integrano e sostengono a vicenda essendo entrambe finalizzate alla realizzazione di un interesse generale che sulla base del rapporto fra gli articoli 118, ultimo comma e 3, comma 2 della Costituzione si concretizza nelle azioni di soggetti pubblici e privati volte a creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascun essere umano³.

In particolare, la sussidiarietà verticale consente di individuare il livello di governo territoriale più adeguato allo svolgimento di una determinata funzione amministra-

1 V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, in *Enc. giur. Agg.* XII, 2004, 1 ss; Id., *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2ª ed. Torino, 2010, 53 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Atti del convegno, Roma 7-8 febbraio 2003 in www.amministrazioneincammino.it.

2 Il principio di sussidiarietà unitamente a quello di leale collaborazione deve essere seguito nell'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo nei confronti degli enti territoriali come previsto dall'art. 120 della Costituzione.

3 G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione* cit. precisa che «Nel punto di intersezione fra sussidiarietà verticale ed orizzontale, in altri termini, c'è quella persona umana che la nostra Costituzione ha voluto al centro dell'intero sistema istituzionale, con i suoi diritti ed i suoi doveri».

tiva non sulla base di «un’astratta geometria istituzionale» ma piuttosto della capacità di ciascun livello di soddisfare l’interesse generale e, dunque, di realizzare in concreto la crescita della persona e la difesa della sua dignità. La sussidiarietà sul piano orizzontale poi consente ed impone alle istituzioni titolari di tali funzioni pubbliche di perseguire l’interesse generale insieme con i cittadini, singoli e associati.

Ai soggetti pubblici con la novella costituzionale viene, dunque, indicata una nuova modalità per la realizzazione della loro missione istituzionale, che vede porre al loro fianco i privati *«non più soltanto come strumenti della loro azione attraverso istituti quali l’appalto o la concessione, bensì quali alleati autonomi, consapevoli e responsabili nella lotta contro un avversario comune, la complessità dei problemi posti dal mondo moderno (...) per la piena realizzazione di ciascuno»*⁴.

Per quanto detto, il principio di sussidiarietà orizzontale è stato indicato dalla dottrina come criterio di orientamento per le attività dei pubblici poteri, ed in particolare degli enti territoriali in capo ai quali è posto l’obbligo giuridico di favorire l’esercizio delle attività di interesse generale da parte dei cittadini e delle loro organizzazioni e formazioni sociali. Se il cuore stesso della disposizione costituzionale risiede nell’espressione di una *«decisione di preferenza»* per il livello più prossimo ai cittadini ne consegue che nelle forme di organizzazione delle attività di interesse generale gli enti territoriali dello Stato, a parità di condizioni, dovrebbero preferire lo svolgimento da parte dei privati rispetto alla gestione da parte di strutture che costituiscono una proiezione organizzativa dell’amministrazione stessa⁵.

La sussidiarietà è uno dei principi ispiratori dell’azione dell’Unione europea⁶, trova espresso riconoscimento nell’art. 5 secondo co. del Trattato che consente all’Unio-

4 G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118 della Costituzione*, cit.

5 M. MENGOTZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile* in www.federalismi.it, n. 21/2013, l’Autrice propone un’ulteriore ipotesi di concretizzazione della sussidiarietà orizzontale relativa alle scelte organizzative da compiere con riferimento al soggetto cui affidare la gestione dei servizi di interesse generale. Sul fronte del rapporto tra affidamento ai privati e intervento pubblico attraverso le società *in house*, considerata la posizione del diritto dell’Unione Europea, secondo l’Autrice si potrebbe risalire al principio di sussidiarietà che indica per l’appunto una preferenza per il privato a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis del d.l. 112/2008 e dell’annullamento dell’art. 4 del d.l. 138/2011. L’organizzazione dei servizi pubblici in mancanza di una adeguata applicazione del principio di sussidiarietà si presta a scelte di *spending review* che comprimono le scelte organizzative a disposizione degli enti locali ponendo per esempio divieto di istituzione di enti, agenzie che esercitino funzioni loro attribuite.

6 V. GUZZI, *Sussidiarietà (dir.CE)* in *Enc. Giur. Agg.* XII, 2004; P. DE PASQUALE, *Sussidiarietà, Dir. Ue in Diritto on line - Treccani* in www.treccani.it; D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria* in www.labsus.org.

ne di intervenire nei settori che non sono di sua competenza esclusiva solo «*se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*».

La sussidiarietà assicura il compimento di un intervento necessario per il conseguimento di un obiettivo che a livello statale non sarebbe possibile realizzare in conformità al principio di proporzionalità, espressamente richiamato al par. 4 del medesimo articolo, che della sussidiarietà ne costituisce «*la misura*»⁷.

Il Protocollo n. 2 «*sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*»⁸, allegato al Trattato, detta le condizioni di applicazione dei citati principi e regola il meccanismo di controllo «continuo» del rispetto degli stessi. Tale sistema di vigilanza si realizza sia *ex ante* sia *ex post* l'adozione di un atto in una materia di competenza concorrente. Ed infatti la Commissione procede ad ampie consultazioni al fine di presentare una proposta normativa⁹ ed è consentito ai Parlamenti nazionali presentare pareri motivati che, al ricorrere di determinate condizioni, possono comportare il riesame o il ritiro della proposta non ritenuta conforme al principio di sussidiarietà¹⁰. Una volta adottato l'atto legislativo la Corte di Giustizia può essere investita, secondo le modalità di cui all'art. 263 TFUE, di un ricorso di annullamento contro lo stesso per violazione del principio di sussidiarietà¹¹.

Pur non potendosi soffermare nel dettaglio sugli aspetti procedurali sopraesposti, giova porre in evidenza che il principio di sussidiarietà costituisce un importante strumento tecnico di collaborazione e di dialogo cooperativo tra le istituzioni europee e nazionali e i diversi livelli istituzionali del sistema europeo ma altresì «un

7 G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, cit.

8 Per l'analisi dei problemi posti dal principio di sussidiarietà si veda la prima comunicazione del Consiglio al Parlamento Europeo sul principio di sussidiarietà COM (92) 1990 def.

9 Cfr. Art. 2 del Protocollo n.2

10 Cfr. Art. 6 del Protocollo n. 2 ai sensi del quale ogni Parlamento nazionale, nonché ogni camera dei Parlamenti nazionali può presentare ai Presidenti del Parlamento europeo, della Commissione e del Consiglio, entro otto settimane, un parere motivato (c.d. allarme preventivo). I pareri motivati relativi alla violazione del principio di sussidiarietà devono essere tenuti in giusto conto dalle istituzioni europee. Pertanto, a seconda del numero di pareri motivati che ritengono una proposta in contrasto con il principio di sussidiarietà, possono scattare i meccanismi c.d. del «cartellino giallo» o del «cartellino arancione», che comportano una revisione - più o meno sostanziale - della stessa, oppure possono determinarne il ritiro.

11 Cfr. Art. 8 del Protocollo n. 2

principio democratico fondamentale»¹².

Nel corso del tempo le istituzioni dell'Unione hanno fornito in modo più dettagliato le motivazioni dell'intervento legislativo comunitario in materie concorrenti per superare il vaglio dei vari presidi posti a controllo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità; d'altra parte il progressivo aumento del numero dei pareri presentati dai Parlamenti nazionali ha evidenziato maggiore partecipazione e coinvolgimento nel processo di adozione degli atti comunitari. Nella maggior parte dei casi, l'accento sulle motivazioni dell'intervento comunitario è stato posto sul pregiudizio che la difformità tra le disposizioni nazionali reca al funzionamento del mercato interno e, di conseguenza, sull'importanza dell'intervento armonizzatore dell'Unione che, tra l'altro, nelle ultime direttive in materia di tutela del consumatore ha giustificato il ricorso al criterio dell'armonizzazione massima¹³. In quest'ottica la direttiva ha rappresentato lo strumento originario e tipico di sussidiarietà comportando un riparto di interventi tra livello comunitario e nazionale in quanto comporta un obbligo di risultato ma lascia agli stati la libera scelta sulle modalità con cui raggiungerlo.

Giova porre in risalto che nel 2012, è stata applicata, per la prima volta, la proce-

12 J.M.D. BARROSO, *Discorso sullo stato dell'Unione 2013*, in ec.europa.eu, con riguardo alla sussidiarietà ha affermato: «La sussidiarietà non è un concetto tecnico ma un principio democratico fondamentale. Per rinsaldare l'unione tra i cittadini europei occorre che le decisioni siano adottate nel modo più trasparente e più vicino alla gente. Non tutto va deciso a livello europeo. L'Europa deve intervenire solo quando può apportare valore aggiunto. Se non può, non si deve immischiare. L'Unione europea deve essere grande per le grandi cose e piccola per le piccole cose - un aspetto che può esserci sfuggito in passato. L'UE deve avere la capacità di fissare priorità positive e negative. Come ogni governo, deve avere particolare cura della qualità e della quantità delle norme che emana (...)». A tal riguardo si veda L. ROSSI CARLEO e P. BARTOLOMUCCI, *Le novità legislative nel diritto comunitario*, in *Rapporto Consumerism 2009*, Roma, 2009, 140 ss.; Sul tema N. LUPO, *I parlamenti nazionali nell'Unione Europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la camera dei deputati*, in www.amministrazioneincammino.it.
13 Il riferimento è alla dir. [2005/29/CE](#), dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno che nel Considerando n. 6 chiarisce «...ravvicina...le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali...Essa non riguarda e lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, gli Stati membri, ove lo desiderino, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria». E alla recente dir. 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, che al Considerando n. 65 chiarisce «...l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire contribuire al corretto funzionamento del mercato interno tramite il conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo». Si veda L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato e implicazioni dell'armonizzazione massima in materia di pratiche commerciali sleali* in *Foro amm. C.D.S.*, 2010, 1168 ss.

dura del «cartellino giallo», su iniziativa di alcuni Parlamenti nazionali che hanno espresso riserve sotto il profilo della sussidiarietà, in relazione alla proposta di regolamento della Commissione sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (COM (2012)130) poi ritirata¹⁴.

2. LE IMPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ SULLE FORMAZIONI SOCIALI: IL “*VERSANTE ATTIVO*” DELLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA PIÙ RECENTE

Nelle diverse declinazioni il principio di sussidiarietà sottende la valorizzazione dell'autonomia del singolo cittadino e dei corpi intermedi in cui opera laddove questa si possa esercitare nell'interesse generale¹⁵.

Il principio implica che *«il cittadino, sia come singolo sia attraverso i corpi intermedi (associazioni di consumatori, di volontariato, ambientaliste, comitati ecc.) deve avere la possibilità di cooperare con le istituzioni nelle forme più varie nella realizzazione di interventi che incidano sulle realtà sociali a lui prossime»*¹⁶. È una prospettiva che muove dal basso verso l'alto (*bottom up*) al fine di raccogliere i bisogni e le istanze dei cittadini e valorizzarne l'iniziativa.

Tale visione della sussidiarietà è stata già delineata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza 7 aprile 1988, n. 396, sulle IPAB secondo cui *«lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi»* e successivamente approfondita dalla giurisprudenza amministrativa¹⁷.

La sezione consultiva del Consiglio di Stato nel rendere il parere sullo schema del

14 Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione annuale in materia di sussidiarietà e di proporzionalità*, COM (2013)566 final, in www.parlamento.it.

15 Nella sua dimensione orizzontale la disposizione costituzionale definisce un vero e proprio obbligo giuridicamente rilevante a carico dei soggetti pubblici che può assumere vario contenuto, si veda F. CARINGELLA *Manuale di diritto amministrativo*, 2014, Roma, 822 ss.

16 V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)* cit.

17 S. PELIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo* 3/2011, 593 anche per gli ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

decreto ministeriale in materia di disciplina delle fondazioni bancarie ha dedicato ampia attenzione al principio di sussidiarietà orizzontale quale criterio propulsivo in coerenza del quale deve svilupparsi il rapporto tra pubblico e privato¹⁸.

Secondo il Consiglio di Stato la portata innovativa della norma costituzionale si riflette sulla stessa nozione di autonomia privata (art. 41 Cost.), nel senso del suo riconoscimento «...anche quando persegue utilità generali, così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi».

Inoltre, il richiamato principio produce rilevanti implicazioni in tema di formazioni sociali poiché consente una lettura evolutiva dell'art. 18 della Costituzione sulla libertà di associazione che mette in evidenza quel «valore aggiunto» che, rispetto ai singoli, esse sono in grado di produrre mediante il potenziamento e la previsione di organizzazioni articolate e complesse, capaci di avvalersi dell'apporto diretto e indiretto degli associati o di terzi, per l'affermazione dei valori collettivi di cui si fanno portatrici.

Poste queste premesse, il problema è quello della determinazione del grado di compressione che il legislatore può imprimere all'autonomia privata nell'individuazione di strumenti di vigilanza e controllo per non intaccarne il nucleo più significativo, che connota l'azione civica come sussidiaria.

Particolarmente innovativa si ritiene la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 36 del 2014¹⁹ che definisce l'esatta posizione giuridica attribuita dall'ordinamento alle associazioni (ambientaliste, dei consumatori ecc.) alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale e approfondisce le ricadute di tale principio sul piano processuale in termini di tutela degli interessi generali o diffusi e di estensione della legittimazione attiva di tali corpi intermedi con riferimento alle materie in ordine alle quali esplicano la propria attività.

18 Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, 1354/2002, il parere reso dall'organo consultivo del governo sullo schema del decreto ministeriale recante «Regolamento ai sensi dell'articolo 11, co. 14, della legge 28 dicembre 21, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie» dedica al principio di sussidiarietà orizzontale il punto II.3 del considerato in diritto. Il consiglio di Stato afferma che «la specialità del regime delle fondazioni può essere salvaguardata considerando direttamente la nuova valenza e le nuove potenzialità della loro autonomia privata, piuttosto che ricorrendo alla introduzione, non sempre necessaria, di strumenti pubblicistici in un settore regolato dal diritto privato». F. GIGLIONI, *Fondazioni bancarie e sussidiarietà orizzontale*, in www.labus.org.

19 Cons. di Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36 in www.giustizia-amministrativa.it.

Il Consiglio di Stato ponendo in stretta relazione gli articoli 18 e 118 ultimo co. della Costituzione rilegge il diritto di associazione sulla base del principio di sussidiarietà che indica alle organizzazioni territoriali che compongono la Repubblica il compito di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle associazioni così formatesi «*per lo svolgimento di attività di interesse generale*»²⁰. Dalla lettura integrata delle citate norme costituzionali discende secondo il giudice amministrativo che «*la libertà di associazione (...) prima delle garanzie dei diritti inviolabili dell'uomo «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.) che come tale non può essere limitata se non nei casi previsti dall'art. 18 Cost., presenta ora, per così dire, un «versante attivo», poiché essa si concretizza (...) nella costituzione di soggetti che partecipano attivamente alle «attività di interesse generale» (pur affidate - come è ovvio - primariamente a pubbliche amministrazioni), e dunque alla tutela di valori (cui corrispondono altrettanti interessi pubblici) costituzionalmente garantiti*».

Il Consiglio di Stato afferma il principio di diritto per cui «*l'associazione costituita e riconosciuta, che preveda statutariamente la cura di valori costituzionalmente garantiti (...) partecipa ad «attività di interesse generale», nelle forme e limiti previsti dall'ordinamento, per espresso riconoscimento costituzionale. E tale «partecipazione» ben può comprendere la tutela di «interessi generali» o «diffusi»; interessi questi ultimi che trovano oggi proprio nell'art. 118, ult. co., Cost, la propria «emersione*».

Nell'ambito di tale contesto costituzionale si inserisce, tra l'altro, l'art. 139 d. lgs. 6.09. 2005 n. 206, che attribuisce alle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti²¹. Ed invero, tale tutela rientra nei compiti

20 Da tale presupposto fa discendere la conseguenza che «*la selezione dei valori, dunque, non determina solo la cura di interessi pubblici affidati a Pubbliche Amministrazioni (ad esempio, allo Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali): art. 117, co. 2, lett. s), Cost.), ma individua «beni o valori comuni» la cui gestione e tutela ben può essere affidata alla cura di organizzazioni di cittadini, debitamente costituite e riconosciute (ove previsto) in relazione ai poteri che l'ordinamento intende loro conferire*».

21 Ai sensi dell'**art. 139 rubricato** Legittimazione ad agire : 1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 sono legittimate ad agire, ai sensi dell'articolo 140, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'articolo 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative

a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive;

b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e

che la legge può *attribuire* a tali associazioni senza che ciò debba necessariamente richiedere una «conversione» (o se si vuole «riduzione») dell'interesse in singola posizione sostanziale («personale» e «diretta»)²².

Sul piano processuale la legittimazione attiva delle associazioni titolari di interessi collettivi non necessita di un espresso e speciale riconoscimento normativo, e si riferisce alla titolarità di posizioni sostanziali invece la legittimazione attiva delle associazioni che svolgono attività afferenti ad «interessi generali» (art. 118 Cost.) o «diffusi», discende dal riconoscimento normativamente previsto e da una attribuzione *ex lege*, che rende tale legittimazione «speciale», in quanto attribuita in deroga all'art. 81 c.p.c.²³.

La definizione del ruolo delle associazioni come partecipanti alle «attività di interes-

legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano;

b-bis) [decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59](#), recante attuazione della [direttiva 2006/123/CE](#) relativa ai servizi nel mercato interno.

2. Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità di cui all'articolo 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato

22 Sul rapporto tra ente esponenziale e singoli associati con le rispettive posizioni giuridiche, la IV sezione del Consiglio di Stato evidenzia che «l'ente esponenziale...oltre ad essere titolare di posizioni giuridiche proprie quale persona giuridica, non diversamente dai singoli soggetti dell'ordinamento, persone fisiche e giuridiche - risulta altresì titolare sia di posizioni giuridiche che appartengono anche a ciascun componente della collettività da esso rappresentata, tutelabili dunque sia dall'ente sia da ciascun singolo componente - ed in questo senso l'interesse collettivo assume connotazioni proprie di interesse «superindividuale»- ; sia posizioni giuridiche di cui è titolare in via esclusiva, cioè interessi collettivi propriamente detti, la cui titolarità è solo dell'ente, proprio perché risultanti da un processo di soggettivizzazione dell'interesse altrimenti diffuso ed adespota», richiamando il complesso iter argomentativo già tracciato in Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451 in [www.giustizia amministrativa.it](#).

23 La sentenza pone in risalto la distinzione tra interesse collettivo e interesse diffuso per trarre le relative conseguenze sul piano processuale. È particolarmente significativo il richiamo a Cons. Stato, Sez. IV, 16 giugno 2011 n. 3662 in [www.giustizia-amministrativa.it](#), che ha circoscritto la legittimazione processuale speciale alle sole associazioni riconosciute, in quanto legittimazione afferente a tutela di interessi «generali» o «diffusi», e Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010 n. 6554; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2011 n. 3107; Cons. Stato, Sez. III, 8 agosto 2012 n. 4532, in [www.giustizia-amministrativa.it](#) che hanno riconosciuto la legittimazione attiva anche a «comitati spontanei che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su un territorio circoscritto», oppure di «sodalizi che, pur se articolati, o non possiedono strutture locali, o s'incentrano in forma non occasionale su dati settori di mercato o per argomenti o esigenze consumistiche stabili, e via di seguito, purché perseguano nel loro oggetto statutario ed in modo non occasionale obiettivi di tutela» delle predette esigenze. Nella sent. 36/2014 si chiarisce che « In questo secondo caso, (...) ciò che sostanzia la posizione di chi - associazione o singolo individuo - agisce in giudizio per la tutela del bene ambiente, è la titolarità di un interesse collettivo (in questo caso, come «interesse di tutti» gli aderenti, e dunque come mera somma di interessi legittimi), ovvero un singolo interesse legittimo. Ed il criterio della «vicinitas», talora utilizzato per individuare la «differenziazione delle posizioni azionate» e «radicare la legittimazione dei singoli per la tutela del bene ambiente» (così Cons. Stato, sez. VI, n. 6554/2010 cit.), risulta rispondente non già alla definizione della legittimazione attiva(...) quanto più propriamente dell'interesse ad agire».

se generale», e dunque alla tutela, anche in giudizio, di interessi generali o diffusi comporta una diversa considerazione delle condizioni dell'azione.

Il Consiglio di Stato conclude affermando che *«se il fondamento dell'attribuzione di legittimazione speciale deve essere individuato nella «materia» in ordine alla quale l'associazione esplica la propria attività (e in ordine alla quale ha ottenuto lo speciale riconoscimento), in attuazione dell'art. 118 Cost., appare allora evidente come sia, per così dire, più «ampio» l'ambito di tale legittimazione, non collegandosi essa alla «angusta» titolarità di una posizione soggettiva, bensì ad una materia e ad un valore costituzionalmente garantito».*

Nel caso di specie attraverso un articolato percorso argomentativo, la citata sentenza n. 36 del 2014 ammette la legittimazione e l'interesse ad agire delle associazioni ambientaliste ad impugnare atti che attengono a strumenti di pianificazione urbanistica perché questi non investono soltanto la disciplina coordinata della edificazione dei suoli, ma molteplici aspetti che attengono alla *materia* ambiente e alla salute. E segna un ulteriore passo in avanti nel filone giurisprudenziale che tende ad individuare i molteplici piani di impatto del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale²⁴

Il principio di sussidiarietà orizzontale, inteso nella sua accezione positiva ovvero come obbligo posto in capo alle amministrazioni di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, viene richiamato dalla giurisprudenza contabile, in sede consultiva, al fine di definire i limiti di erogazione dei finanziamenti pubblici nell'ambito del progressivo processo di contenimento della spesa pubblica. Il giudice contabile ha chiarito che non rientrano fra le spese di rappresentanza e, pertanto, non sono soggette alla limitazione legislativa stabilita dall'art. 6, co. 8 del d.l. n. 78 del 2010, convertito in l. 122/2010, le forme di contribuzione a soggetti terzi per iniziative culturali, sportive, artistiche, sociali, di promozione turistica (elencazione questa non esaustiva), che mirano a realizzare gli interessi, economici e non, della collettività amministrata. Tali iniziative, secondo la Corte dei Conti, sono concretizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto rappresentano una modalità alternativa della realizzazione del fine pubblico rispetto alla scelta da parte dell'amministrazione di

²⁴ S. PELIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, cit., 593 ss.

erogare direttamente un servizio di utilità per la collettività²⁵.

Anche con riferimento al divieto di spese per le sponsorizzazioni²⁶ la Corte dei Conti²⁷ ha ammesso la possibilità per il comune di erogare contributi in denaro alle Pro Loco ed Associazioni culturali/sportive per il sostegno alle iniziative di carattere sociale-culturale-sportivo e di patrocinare sagre, feste patronali o iniziative organizzate in collaborazione con associazioni culturali-sportivo-ricreative del territorio, che comportino unicamente contributi indiretti, poiché si tratta di iniziative di un soggetto terzo, rientranti nei compiti del Comune, nell'interesse della collettività anche sulla scorta dei principi di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 della Costituzione.

In sintesi, tra le molteplici forme di sostegno di soggetti terzi in ambito locale, l'elemento che connota, nell'ordinamento giuscontabile, la contribuzione ammessa, distinguendola dalle spese di sponsorizzazioni vietate, è lo svolgimento, da parte del privato, di un'attività propria del Comune in forma sussidiaria. L'attività, perciò, deve rientrare nelle competenze dell'Ente locale e viene esercitata, in via mediata, da soggetti privati destinatari di risorse pubbliche piuttosto che direttamente da parte di Comuni e Provincie, rappresentando una modalità alternativa di erogazione del servizio pubblico e non una forma di promozione dell'immagine dell'Amministrazione. La magistratura contabile pone la necessità che i provvedimenti palesino nell'impianto motivazionale, il fine pubblico perseguito e la rispondenza delle modalità in concreto adottate al raggiungimento della finalità sociale.

25 Pertanto, devono essere soggette alla riduzione indicata dall'articolo normativo in esame tutte quelle spese che hanno come unica finalità la promozione dell'immagine dell'ente, la pubblicità dello stesso ossia tutte quelle attività in cui il Comune appare come semplice soggetto istituzionale e non come soggetto erogatore di servizi alla collettività. In tema si vedano D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria* in www.labsus.org, cit.; S. PELIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, cit. 593ss.

26 Cfr. Art. 9 d.l. 78 / 2010, convertito in l. 122/2010.

27 Corte dei Conti, Sez. Reg. Abruzzo, Delib. 10 settembre 2012, n. 346 in S. PELIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, cit.

3. LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE *WORK IN PROGRESS*: IL TEMA DI QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEL CITTADINO - UTENTE IN SEDE DI STIPULA DEI CONTRATTI DI SERVIZIO

L'idea di un cittadino - utente che sia non solo destinatario dei servizi ma soggetto attivo nelle fasi di progettazione, erogazione e valutazione/monitoraggio del servizio stesso si fa sempre più strada nell'ambito della congiuntura economica negativa che ha investito il nostro Paese. In particolare, il tema della qualità dei servizi pubblici e del contenimento della spesa della macchina amministrativa assume una rilevanza centrale nei rapporti tra gli utenti consumatori e la pubblica amministrazione sia a livello centrale che al livello periferico per la ricerca del difficile equilibrio tra soddisfazione dei bisogni primari dell'utente e riduzioni di spesa²⁸.

Una delle più importanti declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato nel novellato Titolo V della Costituzione, in ambito locale è certamente da individuare nell' art. 2 co. 461 della l. 244/2007 (Finanziaria 2008), che sulla scia di quanto previsto all'art. 11 del d.lgs. 286/1999 e dall'art. 101 del d.lgs. 206/2005 (Codice del consumo)²⁹, ha inteso fare leva sulla partecipazione delle associazioni dei consumatori nella fase di organizzazione del servizio pubblico al fine di adeguare l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici locali agli interessi generali.

Le potenzialità astratte della normativa e, al contempo, la difficoltà di darvi concreta attuazione rendono evidente come la sussidiarietà orizzontale richieda non solo un «lasciar fare» da parte dei soggetti pubblici, ma pure la capacità organizzativa e finanziaria di intraprendere delle azioni positive per la relativa attuazione ad opera dei diversi attori coinvolti³⁰.

In particolare, il citato comma 461 art. 2 della l. 244/2008 ha previsto il coinvolgimento attivo delle Associazioni dei consumatori e il diritto di ascolto all'Utente con riferimento al procedimento di stipula dei contratti di servizio tra gli enti locali e i gestori dei servizi pubblici locali. Il contenuto del contratto di servizio riguarda:

²⁸ Cfr. D. DELLA ROCCA, F. LOSURDO, C. CAMBRIA, *Liberalizzazione e tutela dei consumatori nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Consumeeting 2013 Consumatori, Imprese e Istituzioni: idee a confronto*, II, Roma, 2013, 209 ss.

²⁹ D. DE BONIS, *Sub. art. 101*, in *Codice del consumo Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005.

³⁰ G. TRINCIA, *Servizi pubblici locali e partecipazione civica*, in *Argomenti e Consumatori, Diritti Mercato*, n. 3/2009.

livelli di prestazioni di servizio, strumenti di controllo a disposizione dell'ente affidante; le condizioni di revoca del servizio, i diritti e i poteri spettanti agli utenti. La rilevanza della previsione normativa risiede nel fatto che il contratto di servizio³¹ costituisce uno strumento di natura pattizia che intende regolamentare il rapporto negoziale tra ente locale che affida il servizio e il soggetto gestore, di cui gli utenti non sono parte.

Ed invero l'art. 113, co. 11 del TUEL prescrive che *«i rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati dai contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti»*.

La dottrina qualifica il contratto di servizio quale contratto a favore di terzi, in cui l'ente locale predispone i livelli qualitativi dei servizi da assicurare agli utenti sotto forma di clausole generali di contratto a cui il gestore si obbliga³².

Le clausole generali andranno a completare il rapporto di utenza successivo alla conclusione della gara di affidamento o dell'affidamento diretto. I contratti di pubblica utenza³³ con l'erogatore del servizio sono caratterizzati dalla presenza di un interesse pubblico all'erogazione e dall'attitudine a soddisfare interessi primari dei singoli. In riferimento a tali contratti si è posto il problema di garantire adeguata tutela dalla numerosissima utenza; sotto la spinta del diritto comunitario sono stati introdotti diversi strumenti di tutela che sono applicabili anche ai rapporti di pubblica utenza e che vedono il ruolo centrale delle associazioni dei consumatori.

Nel disciplinare il contratto di servizio una particolare attenzione viene rivolta al ruolo delle parti sociali con l'obiettivo di realizzare un rapporto di cooperazione tra poteri pubblici locali, soggetti gestori e destinatari dei servizi.

31 Con riferimento agli enti locali si veda l'articolo 35 della l. 448/ 2001. Sul legame tra sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali, M. MENGOTZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, cit.

32 F. GIGLIONI, *Le garanzie degli Utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 353 ss.

33 G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 107 ss. La categoria dei contratti di pubblica utenza comprende, secondo l'Autore, tutte le situazioni in cui *«a fronte dell'erogazione di cose o servizi, (...) un ente pubblico (nelle sue varie articolazioni e livelli) o una società privata costituita da enti pubblici o a prevalente capitale pubblico o concessionaria di un servizio pubblico opera sul mercato, in regime di monopolio, o di concorrenza, ed offre in generale al pubblico dei consumatori cose o servizi che secondo la coscienza sociale, oppure secondo gli schemi formali, sono da intendersi essenziali per la vita umana»*.

Il legislatore individua la fase di formazione del contratto di servizio come sede di mediazione anticipata del conflitto di interessi tra destinatari del servizio e soggetto erogatore del servizio stesso³⁴. E tutela in via preventiva gli interessi degli utenti attraverso la partecipazione alla definizione degli *standard* di qualità del servizio e al monitoraggio continuo sugli stessi.

4. IL CONTENUTO PRECETTIVO DELL'ART. 2, COMMA 461, DELLA L. 24 DICEMBRE 2007, N. 244 E LA PARTECIPAZIONE CIVICA

La legge finanziaria del 2008³⁵, come noto, alla lett. a) ha previsto per il soggetto gestore l'obbligo di emanazione di una carta della qualità dei servizi recante gli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza da redigere e pubblicizzare in conformità a intese con le associazioni dei consumatori e con le associazioni

³⁴ Con riguardo alla partecipazione delle associazioni dei consumatori, si rimanda a P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui pubblici contratti tra interesse pubblico e concorrenza. Il ruolo dei consumatori*, in *Rapporto Consumerism 2012*, Roma, 2012, 153; Id., *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano*, in corso di pubblicazione.

³⁵ L'art. 2, co. 461, infatti, prevede: «Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni: a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «Carta della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza; b) consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori; c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito; d) previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori; e) istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini; f) previsione che le attività di cui alle lettere b), c) e d) siano finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio, predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto stesso». Per l'analisi del testo si veda G. TRINCIA, *Servizi pubblici locali e partecipazione civica in Argomenti e Consumatori, Diritti Mercato* n.3/2009.

imprenditoriali interessate.

La corrispondenza legislativamente imposta fra gli *standard* fissati nel contratto di servizio e quelli della carta dei servizi rende evidente il ruolo strategico del coinvolgimento delle associazioni nella fase negoziale con riferimento alla predeterminazione dei contenuti che saranno riprodotti a valle nelle carte di servizio.

La lett. b) si sostanzia nella previsione generale della consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori da riferirsi al contenuto stesso dei contratti di servizio, che si specifica nelle modalità indicate nelle successive e lett. c), d), e) .

I contratti di servizio per l'erogazione dei servizi pubblici devono prevedere obbligatoriamente che la verifica dei parametri qualitativi e quantitativi del servizio, legata alle esigenze degli utenti, e non al solo rispetto degli *standard* stabiliti nel contratto, venga effettuata con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, fermo restando la possibilità per il cittadino di avanzare osservazioni e proposte in merito (lett. c) e un sistema di monitoraggio permanente sia del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio sia di quanto riportato nelle carte della qualità (lett. d) svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale.

Dunque, le associazioni dei consumatori sono chiamate ad esercitare un ruolo attivo in termini di partecipazione al sistema di controllo e di capacità di dar conto delle osservazioni dei cittadini.

La lett. e) stabilisce che annualmente venga svolta una sessione di verifica del funzionamento dei servizi, coinvolgendo congiuntamente gli enti locali, le aziende e le associazioni dei consumatori, nella quale rendere conto specificamente delle osservazioni dei cittadini inviate a ciascuno dei tre soggetti coinvolti.

L'intendimento del legislatore di dare ascolto alla voce degli utenti³⁶, destinatari finali dei servizi erogati, costituisce una chiara declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale che vede il cittadino come alleato al fine del miglioramento del servizio a beneficio della collettività e come risorsa strategica per valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali.

³⁶ Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di roma capitale, *Indagine sulla qualità della vita e dei servizi pubblici locali nella città di Roma*, 24 giugno 2014, in www.agenzia.roma.it.

In questo quadro normativo, invero, il dialogo con gli utenti rappresenta uno strumento costruttivo di rilevazione della *citizen satisfaction* utile al miglioramento continuo della qualità dei servizi ed una modalità permanente dell'azione della Pubblica Amministrazione.

Un richiamo alla soddisfazione degli utenti dei servizi pubblici risale già agli anni novanta (d. lgs. 29/1993, art. 12, e direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994) ma la Direttiva del Ministro per la funzione pubblica sulla rilevazione della qualità percepita dai cittadini, del 24 marzo 2004, ha segnato concretamente l'affermarsi di questo approccio.

Nel tempo il profilo della garanzia della qualità come forma di tutela degli utenti si è sempre più coordinato con le finalità di efficienza e efficacia dei servizi.

In questa prospettiva si pone il d. lgs. 150/2009, il quale dà rilievo ai sistemi di gestione delle performance nelle pubbliche amministrazioni, attraverso la definizione del ciclo di gestione delle prestazioni.

In particolare, l'art. 8, co. 1, lett. g) del citato decreto ascrive nell'ambito delle declinazioni della performance organizzativa che le amministrazioni devono poter misurare, valutare e quindi migliorare anche la *«rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive (lettera c), lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione (lettera e); la qualità e la quantità delle prestazioni e dei servizi erogati»*.

Di recente l'art. 147 del TUEL, così come modificato dal d.l. 174/2012, afferma che *«il sistema di controllo interno è diretto a garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni e interni dell'ente»*. Giova porre in evidenza a tal riguardo che la rilevazione delle preferenze dei cittadini, anche in merito a specifiche iniziative amministrative è diventata più agevole grazie all'evoluzione degli strumenti informatici di comunicazione nell'amministrazione.

La lett. f) impone che le attività previste alle lettere b), c) e d), sopra indicate, ven-

gano finanziate con un prelievo a carico dei gestori dei servizi predeterminato negli stessi contratti di servizio e legato alla loro stessa durata.

La disciplina ha un notevole impatto organizzativo che presuppone la necessità di risorse economiche che si tende ad addossare sul gestore dei servizi pubblici

5. LO STATO DI SCARSA ATTUAZIONE DELLA LEGGE FINANZIARIA 2008 E L'INDIVIDUAZIONE DI CORRETTIVI IN TERMINI DI TUTELA PREVENTIVA E SUCCESSIVA DELL'UTENTE

Bisogna chiedersi se gli strumenti di partecipazione e verifica attribuiti alle associazioni dei consumatori in sede di stipula del contratto di servizio abbiano contribuito a promuovere un miglioramento della qualità dei servizi o siano uno strumento inefficace e quali siano i correttivi adottati dalle associazioni dei consumatori e dai singoli.

Al contempo, occorre interrogarsi sul ruolo svolto dagli enti locali cui il legislatore attribuisce significativi poteri di controllo e vigilanza sulla fase di esecuzione del contratto di servizio e di erogazione delle prestazioni a favore dell'utenza e sulla capacità della pubblica amministrazione di relazionarsi con una molteplicità di attori.

A tal riguardo, giova evidenziare come alcuni Comuni abbiano dato attuazione alla norma già del 2009, per esempio il comune di Ancona ha sottoscritto un protocollo di intesa per il miglioramento dei servizi con alcuni gestori e associazioni di consumatori sulla base del quale il comune e le associazioni firmatarie si sono impegnate a emanare una carta della qualità dei servizi e a istituire un sistema di monitoraggio continuativo. Di contro, in molti enti locali lo stato di attuazione della normativa risulta insufficiente.

Per Roma Capitale, l'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale³⁷ nello svolgimento della sua funzione istituzionale di monitoraggio

³⁷ L'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, istituita dal Consiglio Comunale con Delibera n. 39 del 14.03.2002, successivamente modificata e integrata con del. n. 212 del 22.10.2007, esercita un'attività di verifica e monitoraggio della qualità dei servizi pubblici locali e assicura la più ampia pubblicità delle condizioni dei servizi. L'Agenzia presenta una relazione annuale sullo stato dei servizi pubblici locali e sull'attività svolta al fine di poter programmare nel tempo le attività di verifica delle modalità di erogazione degli stessi e segnalare all'Amministrazione eventuali criticità rispetto all'*iter* di rinnovo e alle scadenze dei contratti, in sede di emissione del previsto parere dell'Agenzia nonché di valutazione della conformità delle Carte dei servizi.

sulla situazione dei contratti di servizio/affidamenti e delle eventuali proroghe contrattuali³⁸ ha effettuato una significativa ricognizione sullo stato dell'applicazione della l. finanziaria 2008 nell'ambito dei rapporti contrattuali esistenti tra enti locali e società, enti e organismi partecipati dal comune che erogano servizi pubblici o di interesse generale nonché delle Carte della qualità dei servizi eventualmente pubblicate.

L'Agenzia nella «*Relazione annuale sullo stato dei servizi pubblici locali e sull'attività svolta*» nel 2013 ha posto in evidenza lo scarso coinvolgimento delle Associazioni dei consumatori e la necessità di adottare interventi correttivi, inoltre ha evidenziato le molteplici criticità connesse alla:

- non conformità del procedimento di formazione dei contratti di servizio rispetto alla finanziaria 2008 pur essendo state formulate dalla Giunta proposte in tale senso³⁹;
- assenza di un contratto di servizio come nei casi in cui il vecchio contratto di servizio è scaduto e non è mai stata formulata proposta di rinnovo (Azienda Speciale Farmacap) o non è più stato stipulato dopo la trasformazione da società per azioni in fondazione (Fondazione Bioparco);
- non osservanza della procedura prevista dalla delibera DCC 20/2007 che prevede che l'Agenzia medesima sia chiamata ad esprimere un parere obbligatorio vincolante in ordine alla proposta formulata dalla Giunta al Consiglio di «*Indirizzi programmatici e Linee guida*» e allo «*Schema di contratto di servizio*»⁴⁰

38 Il monitoraggio si è basato sulle seguenti fonti documentali: sezione «*Deliberazioni e atti*» del portale web di Roma Capitale; siti web istituzionali delle società, enti, organismi partecipati da Roma Capitale; elenco dei contratti/affidamenti allegato alla deliberazione di Giunta Capitolina del 16 marzo 2012, n. 70 «*Interventi per la razionalizzazione e il contenimento della spesa di Roma Capitale e delle società partecipate*»; dati e informazioni pervenute, anche a seguito di richiesta da parte dell'Agenzia, dalle strutture organizzative «committenti» di Roma Capitale. Per ciascun Dipartimento «committente» è stata redatta una scheda riepilogativa indicante: le aziende «contraenti» e l'elenco dei contratti di servizio/affidamento di servizi, di rispettiva competenza; la natura del servizio erogato (secondo un criterio interpretativo e di prevalenza); il provvedimento con il quale sono state forniti gli indirizzi programmatici e le linee guida per la successiva stipula del contratto di servizio; il provvedimento con il quale è stato approvato lo schema di contratto di servizio/affidamento attualmente vigente e la scadenza originariamente prevista nel contratto; il provvedimento di approvazione della più recente proroga dei tempi contrattuali, con relativa nuova scadenza.

39 Cfr. Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Relazione annuale sullo stato dei servizi pubblici locali e sull'attività svolta*, Par. 3.3., in www.agenzia.roma.it.

40 Tale procedura, secondo quanto si legge nella citata relazione, è stata seguita a dicembre 2010, in relazione ad un affidamento annuale avente scadenza il 31 dicembre del medesimo anno (Fondazione Musica per Roma).

- ricorso alla proroga della durata del contratto che dovrebbe trovare giustificazione solo nel caso in cui, per motivi indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione, ci sia stato un ritardo nell'espletamento delle procedure di gara per la selezione del nuovo soggetto gestore (valutazione anomalia di offerta, ricorsi alla giustizia amministrativa con sospensiva, fatti che impediscono la stipula del contratto, ecc.)⁴¹.

Sullo sfondo dello stato di scarsa attuazione della normativa in violazione del principio di sussidiarietà orizzontale, consacrato nell'art. 118 della Costituzione, e dello spirito del legislatore ordinario che ha inteso favorire la partecipazione delle associazioni dei consumatori anche nella fase di organizzazione del servizio, resta la posizione del cittadino utente/consumatore e il suo diritto fondamentale all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità ed efficienza riconosciuto all'art. 2 cod. cons.

Come si è detto il consumatore - utente è parte del contratto di pubblica utenza che stipula con l'erogatore del servizio, pertanto, può far valere i suoi diritti sul piano privatistico dinanzi al giudice ordinario e avvalendosi del sistema di tutele e garanzie del Codice del consumo nel quale è inserito il Titolo V dedicato alla «*erogazione dei servizi pubblici*».

Il contratto di pubblica utenza non fa sorgere alcun rapporto tra il destinatario finale della prestazione materiale e la pubblica amministrazione che a monte ha scelto le modalità di organizzazione del servizio e proceduto alla stipula del contratto di servizio. Si tratta infatti di due livelli contrattuali distinti⁴².

41 Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Relazione annuale sullo stato dei servizi pubblici locali e sull'attività svolta*, 2013, cit. vengono indicati i seguenti casi dei contratti di servizio: Raccolta rifiuti e igiene urbana Ama (stipulato nel 2003, con scadenza al 31/12/2005 e in regime di proroga annuale o semestrale da allora, da ultimo con DGCa 370/2012); Trasporto pubblico locale (metropolitana e superficie) Atac; Mobilità privata - Roma Servizi per la Mobilità (tutti scaduti il 31/12/2011, ad oggi prorogati con DGCa 314/2013 fino al 31 dicembre 2013).

42 Sulla definizione della posizione di interesse legittimo si veda in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 9 agosto 2011 n. 4130, in www.giustizia-amministrativa.it dove si evidenzia che «l'interesse legittimo costituisce una posizione sostanziale della quale è titolare un soggetto che esprime un interesse...ad un bene della vita (utilità) in collegamento con l'esistenza e l'esercizio di un potere della pubblica amministrazione...esprime una relazione «dinamica» intercorrente tra un soggetto che ha o intende ottenere una determinata utilità e la pubblica amministrazione, «esiste dunque un rapporto diretto ed immediato tra l'esercizio del potere amministrativo e l'interessato all'esercizio del potere medesimo». Riflessi di tale relazione dinamica, diretta ed immediata che intercorre tra potere amministrativo e interesse legittimo sono la partecipazione procedimentale intesa quale «forma di tutela anticipata e procedimentale della propria posizione giuridica» e il potere di agire in giudizio per la tutela del proprio interesse legittimo compromesso dall'esercizio o mancato esercizio del potere». L'interesse

Pertanto si è ritenuto che il singolo consumatore/utente non potesse agire direttamente nei confronti della Pubblica amministrazione per il mancato rispetto delle garanzie di partecipazione e ascolto previste dal legislatore con riferimento alla formazione del contratto di servizio stipulato con l'erogatore a monte, in quanto non titolare di una posizione di interesse legittimo. Recentemente con l'introduzione di ulteriori forme di *enforcement* amministrativo la posizione del cittadino utente sembra trovare maggiore tutela.

Al fine di ricondurre l'azione della Pubblica Amministrazione e dei gestori del servizio pubblico entro i canoni della correttezza e buona amministrazione un'associazione di consumatori ha proposto, ai sensi del d. lgs. 198/2009, l'azione di classe amministrativa, nei confronti di un Comune, chiedendo la redazione della carta dei servizi e l'adozione di tutti i provvedimenti previsti dall'art. 2, co. 461, l. 24.12.2007, n. 244 e confermato dal d.l. 138/2011⁴³.

Nel caso di specie il comune rappresentava di aver già avviato il relativo procedimento, con l'adozione di un atto di indirizzo amministrativo, e che erano già state adottate le carte dei servizi dalle singole società di gestione dei servizi locali. Ciononostante, il TAR Campania ha accolto il ricorso ritenendo il mero avvio del procedimento non sufficiente in ordine al soddisfacimento degli interessi dei consumatori, e che l'inadempimento dell'amministrazione permanga fino alla concreta adozione dei parametri della carta dei servizi. Può osservarsi che proprio nel mancato coinvolgimento delle associazioni dei consumatori e nella mancata possibilità

è personale (e non trasferibile) e diretto in quanto il suo titolare è posto in una relazione di immediata inerenza con l'esercizio del potere amministrativo e attuale». Nel caso posto al vaglio del giudice amministrativo attraverso una rideterminazione delle previsioni dello strumento urbanistico si è inciso sulla capacità edificatoria del suolo e i suddetti provvedimenti sono stati impugnati da un professionista che lamentava la risoluzione del contratto d'opera professionale stipulato con il proprietario di detti immobili con la conseguente perdita di ingenti guadagni. Secondo il giudice amministrativo tale circostanza è estranea al rapporto di diritto pubblico intercorrente tra il privato proprietario degli immobili, titolare di interesse legittimo oppositivo e la pubblica amministrazione in quanto attiene a un contratto che non fa sorgere alcun rapporto con la pubblica amministrazione. E dunque è una situazione inidonea a formare una posizione di interesse legittimo in capo al professionista né una autonoma legittimazione ad agire. Fuoriesce dalla giurisdizione del giudice amministrativo l'accertamento delle conseguenze indirette all'esercizio del potere pubblico sul contratto stipulato dai privati e sul rapporto da questo originatesi. Il Giudice Amministrativo ha affermato che «non può esservi titolarità di interesse legittimo che trovi la propria fonte in rapporti giuridici di diritto privato (quale che ne sia la fonte contrattuale o meno) intercorrenti con il titolare della predetta posizione di interesse legittimo».

43 Il riferimento è a TAR Campania, Salerno, 16 ottobre 2013, n. 2054, in *Dir. & Giust.* 2013, 4 novembre, e in *Guida al diritto*, 2013, 82. A riguardo di veda la ricerca di R.J. FLACCO, *La class action amministrativa a tutela della qualità nei servizi pubblici: nuove prospettive per la pubblica amministrazione al vaglio della giurisprudenza*, in questo Rapporto.

di rappresentare l'interesse della collettività degli utenti, di cui l'Amministrazione deve tener conto all'interno del procedimento di determinazione degli *standard* di qualità dei servizi pubblici, si sostanzia la lesione attuale dell'interesse dei consumatori. La ricerca del legame tra la disciplina dei servizi pubblici e la previsione del principio costituzionale di sussidiarietà, dunque, può estendersi con riferimento al momento delle scelte organizzative relative al soggetto cui affidare la gestione di servizi di interesse economico generale.

6. LE LINEE GUIDA SUI CRITERI DA APPLICARE PER INDIVIDUARE I PRINCIPI E GLI ELEMENTI MINIMI DA INSERIRE NEI CONTRATTI DI SERVIZIO E NELLE CARTE DELLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI

Per garantire la piena applicazione della norma contenuta nella Legge Finanziaria 2008, sono state recentemente approvate il 26 settembre scorso dalla Conferenza unificata, le linee guida relative ai criteri da applicare per individuare i principi e gli elementi minimi da inserire nei contratti di servizio e nelle carte di qualità dei servizi pubblici locali con particolare riferimento al ruolo delle associazioni dei consumatori ai sensi dell'art. 2, comma 461 della legge 24 dicembre 2007, n. 244⁴⁴.

Il documento è frutto del lavoro del Comitato permanente di coordinamento tra il Ministero dello Sviluppo economico, il Consiglio Nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) le regioni e altri soggetti pubblici interessati, quali ANCI, istituito per dare attuazione all'art. 136 cod. cons. che alla lettera f) indica al CNCU il compito di svolgere funzioni volte a favorire ogni forma di raccordo e coordinamento tra le politiche nazionali e regionali in materia di tutela dei consumatori e degli utenti, assumendo anche iniziative dirette a promuovere la più ampia rappresentanza degli interessi dei consumatori e degli utenti nell'ambito delle autonomie locali⁴⁵.

Le citate linee guida adottate in forma di accordo sono volte a definire un indirizzo

⁴⁴ Accordo 26 settembre 2013, ai sensi dell'art. 9, co. 2 d. lgs. 28 agosto 1997, 281 sulle Linee guida relative ai criteri da applicare per individuare i principi e gli elementi minimi da inserire nei contratti di servizio e nelle carte di qualità dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento al ruolo delle Associazioni dei consumatori, ai sensi dell'art. 2, co. 461 della l. 24 dicembre 2007, n. 244. (Rep. Atti n. 94/CV), in GU n. 254 del 29 ottobre 2013.

⁴⁵ E. MINERVINI, *sub. art. 136, Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti*, in *Codice del consumo Commentario*, a cura di G.Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 803 ss.

comune tra tutte le amministrazioni interessate su tutto il territorio nazionale in ordine alla definizione degli obblighi che gli enti locali sono tenuti ad includere nei contratti di servizio da essi stipulati con i gestori dei servizi pubblici, a tutela dei consumatori.

Il documento, senza assumere alcun carattere di obbligatorietà, intende offrire un modello «a geometria variabile» ossia uno schema all'interno del quale le singole regioni ed i singoli enti locali avranno la possibilità di individuare quali parti si adattino alle specificità normative, territoriali e dei singoli contratti di servizio.

Il documento è composto da una parte generale contenente i principi e le regole di indirizzo per l'elaborazione dei contratti e delle carte di servizio ed un'altra operativa a sua volta costituita da tre schede tecniche contenenti:

- un modello di protocollo tra comune e/o azienda e associazione dei consumatori recante termini e modalità di collaborazione con le associazioni dei consumatori nel quale viene prevista l'istituzione di un tavolo permanente di confronto sulle linee di indirizzo strategico relativamente ai temi di interesse dei cittadini consumatori e utenti, destinato alla determinazione ed all'organizzazione delle attività volte a dare piena concreta ed effettiva attuazione della legge finanziaria 2008;
- una serie di schede tecniche recanti delle ipotesi esemplificative per l'elaborazione di indicatori di misurazione degli *standard* minimi di qualità dei servizi;
- un modello di protocollo di conciliazione paritetica volontaria tra comune/azienda e Associazione dei consumatori da attuare dopo che il consumatore e utente abbia esperito con esito negativo il tentativo individuale di reclamo scritto, contenente gli strumenti atti a dare certezza sugli adempimenti previsti nelle carte di servizi, quali la garanzia dell'indennizzo in caso di disservizi⁴⁶.

Senza alcun dubbio, il valore aggiunto apportato dall'utilizzo degli strumenti operativi predisposti nelle linee guida a beneficio delle amministrazioni locali sembra risiedere anche nella possibilità di favorire la comparabilità *intra* e *infra* regionale nell'attuazione della normativa a tutela dei consumatori.

⁴⁶ Cfr. *Conciliazioni paritetiche*, giugno 2014 in *Il consumatore consapevole nell'era digitale*, 123 ove si sottolinea il rilievo e il valore istituzionale del protocollo, in linea con il quadro normativo europeo in tema di ADR.

Quanto all'ambito di applicazione, nella parte generale del documento si stabilisce che le linee di indirizzo si applicano nella fase di affidamento del servizio o del rinnovo del contratto di servizio e ai servizi che devono ancora essere affidati o ai contratti che devono essere rinnovati e non ai contratti in corso, nonostante molti adempimenti fossero già previsti dall'art. 2 comma 461 della finanziaria 2008. Ciò discende dalla natura del provvedimento che non è obbligatorio e rappresenta un'ulteriore attestazione della scarsa attuazione della legge del 2008 a distanza di oltre cinque anni dalla sua adozione. I servizi pubblici che ricadono nell'ambito di applicazione delle linee guida sono suddivisi in tre categorie: «*servizi disciplinati da un'autorità indipendente*», servizi per i quali l'autorità è «*in fieri*», servizi che non dipendono da alcuna autorità indipendente ma la cui gestione è in capo alle singole Autorità d'ambito, quali i rifiuti e altri servizi parcheggi, illuminazione pubblica ecc. e, in generale alcuni altri servizi di rilevanza economica⁴⁷.

Il documento enuncia quali principi generali:

- la partecipazione degli *stakeholders* che si declina concretamente nella previsione della costituzione di comitati a livello regionale, con la partecipazione dei rappresentanti del CRCU, le ANCI, le Camere di commercio;
- la certezza ed efficacia del processo di partecipazione che si declina nella previsione della consultazione preventiva degli *stakeholders* almeno sei mesi prima dell'affidamento del servizio e/o della predisposizione del bando di gara, al fine di valutare gli aspetti quantitativi e qualitativi del servizio.
- la trasparenza, circolarità e terzietà del monitoraggio della qualità dei servizi che si declina nell'obbligo per le aziende di presentare con decadenza almeno annuale i dati al Comune appaltante, che a sua volta, li metterà in consultazione agli *stakeholders* che ai fini della confrontabilità svolgeranno con metodologie identiche analoghi monitoraggi sul rispetto degli standard che saranno poi consegnati ai comuni appaltanti.
- la economicità e sostenibilità del sistema di monitoraggio e partecipazione degli

⁴⁷ Per le diverse categorie di servizi pubblici si rinvia, a P. LAZZARA, *La liberalizzazione delle attività economiche - Osservazioni a conclusione delle Giornate di studio su «La liberalizzazione delle attività economiche»*, Università degli Studi Roma TRE - Facoltà di Economia «Federico Caffè», 24.02.2012 - 2.03.2012, in www.apertacontrada.it

stakeholders con la previsione dell'attuazione della lett. f) del comma 461 dell'art. 2 della legge finanziaria per il 2008, relativa all'obbligo di finanziamento a carico dei soggetti gestori, senza ulteriori costi per degli utenti di detti servizi mediante l'istituzione di appositi fondi a livello istituzionale la cui gestione sarà regolata da accordi sottoscritti tra le istituzioni aderenti e le associazioni dei consumatori riconosciute a livello regionale e/o nazionale. Il problema del supporto finanziario alle associazioni dei consumatori per le spese di partecipazione a tali attività è molto presente nel documento che prevede di inserire nei contratti di servizio risorse necessarie per una sorta di rimborso spese per le attività delle predette associazioni di assistenza nelle eventuali procedure di conciliazione e per eventuali altre attività di miglioramento dei servizi pubblici locali quali campagne di incentivo all'uso del mezzo pubblico o di antievasione ecc.

7. L'AZIONE DI CLASSE PREVISTA DALL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO QUALE STRUMENTO DI ATTUAZIONE *EX POST* DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

L'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori può costituire un ulteriore strumento di pressione volto ad indurre l'erogatore del servizio pubblico a comportamenti virtuosi e all'esatto adempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di pubblica utenza. In un'ottica di sistema assume una posizione di assoluto rilievo e di complementarietà rispetto ai rimedi di *public enforcement* ai quali si affianca⁴⁸. Inoltre è stato osservato che risiede proprio nell'art. 118 ultimo co. della Costituzione il nuovo fondamento dell'azione di classe perché il principio di sussidiarietà orizzontale riconosce il diritto di azione del singolo e dei gruppi sociali per il conseguimento dell'interesse generale⁴⁹. In tale prospettiva si intende soffermarsi sul più recente ricorso a tale rimedio con riferimento ai contratti di pubblica utenza e sui tratti differenziali di tale azione rispetto alla *class action* amministrativa.

48 L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014,1001 ss.; la *Class action* introdotta nel Codice del consumo con la legge finanziaria per il 2008 (l. 24.12. 2007, n. 244, art. 2,co. 445-449) è stata successivamente modificata dall'art. 49 della l. 23.08. 2009, n. 99 e da ultimo dall'art. 6 del d.lgs. 1/2012 convertito in l. 27/ 2012, a tal riguardo sulle modifiche normative si veda Cfr. E. MINERVINI, *sub art. 140 bis in Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli 2005; *Le modifiche al Codice del consumo* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006.

49 B. DI GIACOMO RUSSO, *Il cittadino consumatore e la sussidiarietà orizzontale*, *Labsus Paper*, 20/2011 in www.labsus.org.

L'azione di classe, ai sensi dell'art. 140-bis del d. lgs 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo)⁵⁰ può essere proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di

⁵⁰ **L'Art. 140-bis Azione di classe** recita 1. *I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.*

2. L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

pubblica utilità in quanto la nozione di impresa contenuta nella citata disposizione normativa deve essere intesa in senso ampio e non ristretta all'assenza dello scopo di lucro considerato che l'assenza di tale finalità non può escludere di per sé la possibilità di qualificare l'attività come imprenditoriale.

L'azione può essere promossa dai consumatori e utenti, singoli o associati, che possono agire di propria iniziativa o dando mandato ad un'associazione di consumatori o comitati cui partecipano per la tutela dei diritti individuali omogenei nonché degli interessi collettivi.

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune. 14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice. 15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

Il danno patito può derivare da responsabilità contrattuale o extracontrattuale, per certi ambiti, ovvero da pratiche commerciali scorrette o comportamenti contrari alle norme sulla concorrenza. Essa consente la trattazione in un unico procedimento di più domande di risarcimento del danno e di restituzione connesse a uno stesso illecito lesivo di una pluralità di soggetti, in linea con gli obiettivi di economia processuale e uniformità dei giudicati.

L'azione civilistica protegge il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato e deve essere distinta dalla c.d. *class action* verso la p.a., introdotta dalla c.d. riforma Brunetta del 2009 (art. 4 l. 15/2009) che invece, interviene sullo stesso processo di produzione del servizio⁵¹. In entrambi casi vuole indurre il soggetto erogatore a comportamenti virtuosi, ma tale obiettivo è perseguito in modo diverso⁵². L'azione di classe assicura una tutela risarcitoria in capo a tutti gli utenti che abbiano subito un pregiudizio alle loro pretese individuali ed omogenee, poiché essa si sostanzia in un'azione di condanna al risarcimento del danno. Tale azione ha una funzione satisfattoria collettiva, ma soltanto verso coloro che vi abbiano aderito. Ed infatti il procedimento conseguente alla proposizione dell'azione di classe inizia con una verifica di ammissibilità della domanda stessa, per presupposti e condizioni dell'azione, ma successivamente la selezione avviene sul principio dell'adesione, tale per cui la condanna finale al risarcimento del danno avrà effetti soltanto verso coloro che abbiano partecipato all'azione.

La *class action* di natura pubblicistica, invece, non ha natura satisfattoria diretta, ma mira a ricondurre l'azione della pubblica amministrazione e dei gestori del servizio pubblico entro i canoni della correttezza e buona amministrazione. Pertanto, gli utenti - anche se promotori - ricevono un soddisfacimento mediato e indiretto, poiché la condanna della p.a. in forma specifica, ad un *facere* mira alla tutela primaria dell'interesse pubblico, mira all'accertamento delle inadempienze della P.A. per ricondurre la sua azione nel rispetto dei canoni dell'art. 97 Cost.

Il Tribunale ordinario di Roma, con due ordinanze gemelle depositate il 2.05.2013 ha dichiarato ammissibile l'azione di classe per inquinamento idrico, proposta nei

51 F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in www.federalismi.it

52 Cfr. parere Consiglio di St., Atti norm. 09 .06. 2009 n. 1943 in *Foro it.*, 2010, III, 89; Sui tratti differenziali tra i due rimedi e sulle applicazioni giurisprudenziali si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 38 ss.

confronti dei Comuni del Molise di Petacciato e Montenero di Bisaccia, ai sensi del 140-*bis* cod. cons. e ha dichiarato che sono inclusi nella classe e possono aderire all'azione tutti i titolari di un contratto di somministrazione idrica con i comuni suddetti per i periodi ivi determinati⁵³. Infatti, nel dicembre 2010 si erano verificati gravi problemi causati dall'acqua divenuta non potabile per la presenza nell'acqua immessa nella rete idrica dei Comuni in questione di un tasso di "trialometani" superiore alla soglia massima prevista e, di conseguenza, i Sindaci dei comuni interessati avevano vietato l'utilizzo dell'acqua potabile successivamente revocato. Inoltre, era stata avviata una iniziativa legislativa che prevedeva per i residenti dei comuni colpiti dall'emergenza idrica, l'esonero del pagamento dei consumi nella misura di 1/3 del consumo dell'anno 2010 il cui *iter* non si era poi perfezionato. Pertanto, gli utenti hanno agito nei confronti del Comune in forza del rapporto di utenza del servizio di somministrazione dell'acqua potabile, chiedendo l'accertamento di una responsabilità del soggetto erogatore per inadempimento contrattuale e la conseguente condanna al risarcimento del danno e le restituzioni.

L'azione è stata ricondotta nell'ambito dell'art. 140-*bis* in quanto la controversia ha ad oggetto rapporti di pubblica utenza di un servizio pubblico ma non investe scelte discrezionali della Pubblica amministrazione nè provvedimenti amministrativi da questa emessi bensì rapporti di natura privatistica (somministrazione di acqua) anche se intercorsi con un soggetto pubblico (Cass. Sez. Un., 8103/2004).

Da ultimo, la Corte di Appello di Cagliari⁵⁴ ha dichiarato ammissibile l'azione di classe proposta dal Comitato per l'acqua in Sardegna, ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons. Nel caso di specie oggetto del ricorso è l'inadempimento delle obbligazioni concernenti il servizio idrico da parte della Abbanoa spa, nei confronti degli utenti cui il servizio idrico veniva erogato con razionamento ridotto, nonostante i bacini fossero colmi di acqua a causa delle condizioni idriche che presentavano copiose perdite in diversi punti.

La Corte non ha condiviso la valutazione del Tribunale che pur ritenendo configurabile l'inadempimento imputabile e omogenei i diritti individuali dei consumatori ha reputato inammissibile l'azione per la mancanza del requisito dell'idoneità del

⁵³ Comune di Petacciato: dal 23 dicembre 2010 al 7 gennaio 2011 e il Comune di Montenero di Bisaccia: dal 28 dicembre 2010 al 3 gennaio 2011.

⁵⁴ App. Cagliari, ord. 448 del 30 agosto 2014 in www.sviluppoeconomico.gov.it.

proponente a curare l'interesse della classe degli utenti del servizio idrico erogato da Abbanoa che subiscano restrizioni di orario per l'esiguità del numero dei ricorrenti individualmente titolari di utenze idriche servite dalla società intervenuta; il numero limitato di partecipanti al Comitato per l'acqua cinque, oltre coloro che agivano individualmente; la limitata rappresentatività del comitato, tenuto conto che esso era costituito due mesi prima della proposizione dell'azione; la mancanza di elementi che dimostrassero la capacità dei ricorrenti, anche materialmente ed economicamente, a curare gli interessi di tutti i futuri aderenti, ritenuti potenzialmente molto numerosi, e in generale dell'intera classe per l'assenza di indicazioni sulle dotazioni, capacità finanziarie e patrimoniali del comitato; per l'assenza di indicazioni e dati per verificare l'adeguatezza dell'organizzazione predisposta o da attivare in vista della tutela giudiziale degli interessi degli aderenti di classe. La Corte d'Appello osserva che l'azione di classe *ex art. 140-bis* può essere proposta anche da un singolo componente della classe pertanto non è conforme al dettato normativo considerare il numero dei ricorrenti come uno degli indicatori della mancanza di detta idoneità; la rappresentatività del comitato, la sua organizzazione e le sue risorse, costituite in donazioni ed elargizioni oltre che di terzi dei membri interessati a dotarlo di mezzi sufficienti per curare adeguatamente gli interessi della classe alla quale essi stessi appartengono, devono essere valutate in relazione al tipo di azione proposta ed all'impegno che comporta in relazione alle iniziative e alle attività da compiere.

Detta azione non interessa un numero illimitato di persone, in quanto è circoscritta ai soli utenti Abbanoa spa che è gestore del servizio idrico esclusivamente in Sardegna e fra questi a quelli che subiscono riduzioni d'orario nella sua erogazione. L'ambito territoriale e il bacino di utenti interessati, è quindi contenuto⁵⁵.

Pertanto la pubblicità prevista *ex art. 140 bis* deve avvenire solo in ambito regionale senza necessità di grandi mezzi. Il giudice ritiene che l'oggetto della causa non pare comportare attività di accertamento tecnico necessariamente complessa ed onerosa e ove questa fosse reputata necessaria l'individuazione dell'interesse al compimento dell'atto finalizzato alla non imputabilità dello stato della rete idrica

⁵⁵ Il Tribunale li ha individuati nella città e nelle zone limitrofe, senza tenere conto che in realtà come emerge dalla documentazione prodotta dalla stessa Abbanoa, le limitazioni dell'erogazione del servizio idrico riguardano solo alcuni quartieri ed alcuni comuni del circondario.

alla società convenuta, porterebbe ad individuare nella controparte l'interessato a detti accertamenti.

8. CONCLUSIONI

L'analisi svolta ha posto in evidenza la portata innovativa del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale che informa il rapporto tra amministrazione e cittadino-consumatore/utente e l'impegno delle formazioni sociali, delle istituzioni e della giurisprudenza nell'individuare i percorsi di attuazione concreta del principio, nelle forme della partecipazione ai processi decisionali delle istituzioni, del monitoraggio e controllo del rispetto degli *standard* di qualità fissati nell'ambito dei contratti di pubblica utenza, della estensione della legittimazione ad agire delle associazioni riconosciute per materie relative a diritti costituzionalmente garantiti, dell'accordo con le istituzioni nella redazione di linee guida non vincolanti.

Emergono anche le difficoltà legate alla individuazione dei rimedi cui ricorrere nel caso di violazione del principio suddetto come accaduto con riferimento all'attività discendente dalla legge finanziaria 2008. In tal caso per la prima volta si è fatto ricorso alla c.d. *class action* verso la P.a., introdotta dalla riforma Brunetta del 2009 (art. 4, l. 15/2009) che interviene sullo stesso processo di produzione del servizio. L'azione è stata proposta da un'associazione di consumatori che certamente ha una maggiore capacità di reazione rispetto al singolo nell'esigere il rispetto dei principi che sottendono il buon andamento dell'azione amministrativa.

Anche il rimedio dell'azione di classe prevista dal Codice del consumo all'art. 140 *bis* costituisce ulteriore strumento di pressione affinché le società che erogano servizi pubblici rispettino gli impegni presi. Anche in questo caso la spinta all'azione può risiedere nelle associazioni e comitati ma non solo.

La sussidiarietà è un principio relazionale in quanto il nucleo essenziale del suo contenuto è la valorizzazione dell'autonomia del cittadino, delle associazioni posti in relazione con le pubbliche amministrazioni; da ciò discende che l'attivazione degli strumenti di concretizzazione presuppone che i cittadini possano esprimersi e possedere informazioni adeguate⁵⁶.

56

Cfr. CONSUMERS' FORUM, *Quinta edizione dell'Osservatorio sugli stili e sulle tendenze di consumo*.

In questa prospettiva cambia anche il ruolo della pubblica amministrazione in quanto la sua azione è caratterizzata dalla collaborazione con un sistema complesso di attori che operano sul territorio e deve porsi in una prospettiva di inclusione degli stessi nell'azione amministrativa.

In questo processo di evoluzione dei rapporti tra cittadini e amministrazione un ruolo strategico assume la comunicazione che può assumere diversi gradi di intensità: dalla informazione sulle scelte dell'amministrazione, alla consultazione e ascolto che prevedono una fase di informazione cui fa seguito una fase di ascolto e di raccolta delle osservazioni presentate dagli *stakeholder* di cui l'amministrazione potrà tener conto, alla partecipazione attiva.

La sussidiarietà orizzontale segna un percorso a geometria variabile di riavvicinamento tra Pubblica Amministrazione e cittadini nel comune obiettivo del conseguimento dell'interesse generale in una società complessa e in continua evoluzione.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE

(Rocco Junior Flacco)

SOMMARIO: 1. PREMESSA. - 2. LO STRANO CASO DELLE CARTE DEI SERVIZI PUBBLICI: TRA REGOLAZIONE DEI SERVIZI A CONTENUTO ECONOMICO E NUOVI ASSETTI DEL RAPPORTO DI CITTADINANZA. - 3. REGOLAZIONE AUTONOMA O REGOLAZIONE PREVENTIVA? NUOVI ORIZZONTI PER L'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. - 4. IL RILIEVO GIURIDICO DELLE CARTE DEI SERVIZI: EVOLUZIONE NORMATIVA. - 5. PROSPETTIVE ATTUALI DELLA REGOLAZIONE SULLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LE APERTURE VERSO UNA REGOLAZIONE AMMINISTRATIVA DI TIPO TERRITORIALE. - 5.1. LA RIFORMA BRUNETTA E L'INTRODUZIONE DELLA C.D. *CLASS ACTION* AMMINISTRATIVA. - 5.2. IL RUOLO DELL'AMMINISTRAZIONE LOCALE NEI RECENTI ASSESTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA. - 6. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

Nella struttura della disciplina in materia di servizi pubblici, il legislatore e gli atto-

Il consumerismo in Italia e in Europa. Il punto di vista dei cittadini, in *Consumatori, Imprese e Istituzioni: idee a confronto*, I, Roma, 2013.

ri della regolazione amministrativa hanno progressivamente riconosciuto un ruolo sempre maggiore all'interesse del consumatore in merito alla qualità delle prestazioni oggetto del servizio, osservandosi, da ultimo, anche l'intervento della giurisprudenza volto a confermarne il riconoscimento di un valore giuridico sempre più consistente all'interno del sistema di tutela della qualità dei servizi di pubblico interesse⁵⁷: in tale contesto, a ben vedere, l'ordinamento italiano sembra assumere una conformazione di assoluto interesse e di notevole potenziale innovativo, non solo in relazione al tradizionale assetto della materia al livello nazionale, ma anche all'interno del complesso panorama giuridico europeo.

In quest'ottica il presente studio vuole approfondire il livello di tutela che l'ordinamento contemporaneo garantisce attraverso l'istituto della carta dei servizi, con particolare riferimento alle garanzie rivolte al consumatore nella fase di formazione e di controllo pubblicistico sul rispetto delle relative previsioni e alla relativa tutela: si colgono, infatti, le prime significative aperture giurisprudenziali verso il riconoscimento in capo alle amministrazioni territoriali del ruolo di regolatori locali dei servizi pubblici di loro afferenza.

L'idea di apprestare strumenti specifici volti a rendere concretamente tutelabile l'interesse generale alla qualità dei servizi prestati alla collettività costituisce uno dei nodi di maggiore problematicità per l'ordinamento giuridico contemporaneo; con riferimento a tale esigenza, l'evoluzione normativa del diritto della amministrazione

57 Sulla distinzione tra le diverse categorie di servizi pubblici, e sui tratti caratteristici dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale si rinvia, di recente, a P. LAZZARA, *La liberalizzazione delle attività economiche - Osservazioni a conclusione delle Giornate di studio su «La liberalizzazione delle attività economiche»*, Università degli Studi Roma Tre - Facoltà di Economia Federico Caffè, 24 febbraio - 2 marzo 2012, in www.apertacontrada.it; D. SORACE, *I Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.; A. MASSERA, *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, a cura di Chiti e Greco, IV, Milano, 2007, 1791 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, 15 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000, 83 ss.; cfr. in tema anche E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, XI-XXXII. Per una ricostruzione delle diverse tipologie di servizi pubblici attualmente esistenti nel nostro ordinamento si veda A. TRAVI, *Commento all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1510 ss., 1513-1516. Con particolare riferimento allo strumento delle carte dei servizi, vedi P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la Citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 197, a detta del quale «in primo luogo, la Carta dei servizi impone di impostare in modo radicalmente diverso l'erogazione dei servizi. Questa deve avvenire in funzione degli utenti e non in funzione dei dipendenti pubblici. In secondo luogo, la Carta dei servizi si basa sulla logica della misurazione, della verifica e della valutazione dei risultati. Essa prevede la fissazione di standard di prestazione ed il confronto tra obiettivi (targets) e risultati (performances). In terzo luogo, la Carta dei servizi serve a dare voce all'utente dei servizi pubblici».

pubblica ha visto la progressiva affermazione dello strumento delle c.d. carte dei servizi quale strumento di regolazione *ex ante*, introdotte nell'ambito dei servizi pubblici a carattere economico, in conseguenza dei relativi processi di liberalizzazione, e in seguito utilizzate anche con riferimento ai servizi pubblici a carattere non economico⁵⁸.

Come si avrà modo di chiarire nel prosieguo della ricerca, l'utilizzo delle carte dei servizi in ambedue i richiamati settori dell'ordinamento è seguita alla generale opera di ripensamento del rapporto tra individuo ed amministrazione pubblica, volta al superamento della tradizionale dimensione asimmetrica del rapporto di utenza: nella dimensione attuale, infatti, non appare più lecito definire la posizione dell'utente come soggezione nei confronti dei soggetti deputati a garantire l'erogazione delle prestazioni⁵⁹.

Tuttavia, a seguito delle differenze strutturali che intercorrono tra i servizi pubblici a carattere economico e quelli a carattere non economico, le vicende relative all'affermazione della tutela in punto di qualità dei servizi erogati sono state oggetto di un'evoluzione solo apparentemente uniforme, che manifesta la propria natura ambivalente sia al momento di valutare le relative strutture giuridiche, sia con riferimento alla diversa consistenza degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, come è il caso della c.d. azione collettiva di diritto amministrativo.

2. LO STRANO CASO DELLE CARTE DEI SERVIZI PUBBLICI: TRA REGOLAZIONE DEI SERVIZI A CONTENUTO ECONOMICO E NUOVI ASSETTI DEL RAPPORTO DI CITTADINANZA

Come sottolineato dall'indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza europea, la

⁵⁸ In tal senso, per tutti, M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383, secondo la quale «La tutela dell'utente dei pubblici servizi a carattere imprenditoriale è un tema problematico da due punti di vista. Da un punto di vista pratico, perché si è sempre avvertita la scarsa efficacia dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento nei confronti dell'utente, e da un punto di vista teorico, perché è indubbia la difficoltà di ricostruire in termini unitari la posizione giuridica soggettiva dell'utente».

⁵⁹ Sul punto, cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 182 ss., in cui l'Autore osserva che in passato si era ritenuto che i fruitori di servizi pubblici «dovevano considerarsi destinatari di un atto di «ammissione» al servizio che aveva l'effetto di porli in una situazione di speciale soggezione [...] nei confronti di chi erogava il servizio. Questo soggetto, a sua volta, si trovava, nei confronti dei fruitori, in una situazione di «supremazia speciale» che lo legittimava a dettare unilateralmente norme regolanti i loro comportamenti. Ma una tale spiegazione riconduce al diritto amministrativo una vicenda che può essere meglio spiegata in termini di diritto comune».

verifica circa la natura economica di un dato servizio pubblico assolve alla funzione di criterio discriminatorio in merito all'applicazione delle regole europee a tutela della concorrenza: i servizi privi di un effettivo rilievo economico, infatti, si pongono in una posizione di minore propensione ad essere prestati attraverso il ricorso al mercato, mantenendosi la necessità di una prestazione diretta del servizio da parte delle amministrazioni pubbliche, come è il caso dei c.d. servizi sociali conosciuto dall'ordinamento italiano⁶⁰.

Secondo il diritto europeo, inoltre, la distinzione tra le suddette tipologie di servizio pubblico deve essere condotta caso per caso, non potendosi strutturare sul punto un sistema di separazione concettuale che possa funzionare a priori e diventando decisivo il riferimento all'interpretazione giurisprudenziale circa la sussistenza o meno del carattere dell'economicità in un dato servizio pubblico⁶¹. Ne consegue, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che il carattere economico di un determinato servizio pubblico debba identificarsi nella presenza di un'offerta sul mercato di beni o di servizi a fronte di una correlativa retribuzione⁶².

Dalla categoria dei servizi pubblici a carattere economico, in definitiva, vengono escluse quelle tradizionali attività svolte dallo Stato o comunque dagli apparati pubblici nell'ambito delle relative funzioni amministrative ed in particolare nell'esercizio dei poteri pubblici, anche nella circostanza in cui al beneficiario delle prestazioni sia richiesto di pagare somme di denaro a titolo di tassa o di contribuzione al servizio⁶³.

Giova sottolineare, sul punto, che la dottrina classica ha sempre distinto chiaramente l'attività di natura autoritativa dell'amministrazione, a fronte della quale gli individui sono ritenuti titolari di «*interessi di libertà*», rispetto all'attività amministrativa

⁶⁰ Sul punto, cfr. Corte Giust., 17 giugno 1997, C-70/95, *Sodemare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 683 ss., che ha riconosciuto che uno Stato membro possa legittimamente riservare agli operatori privati che non perseguono fini di lucro la partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio di assistenza agli anziani;

⁶¹ In tal senso vedi Commissione Europea, *Comunicazione «I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo»*, COM (2007) 725 def., 5.

⁶² Sul punto, vedi Corte Giust., 11 luglio 2006, C-205/03 P, *Fenin*, Racc. 2006, I- 6295; Id., 23 marzo 2006, C-237/04, *Enirisorse*, Racc. 2006, p. I- 2843. Si segnala, inoltre, che non esclude il carattere economico del servizio la circostanza per cui sussista anche l'erogazione di prestazioni accessorie a carattere non economico, sul punto vedi Corte Giust., 1° luglio 2008, C- 9/07, *Motoe*, Racc. 2008, I-4863.

⁶³ Sul punto, vedi dir. 123/2006/CE, cons. n. 34; in giurisprudenza, cfr. la qualificazione giuridica dei servizi di collocamento nella sentenza della Corte Giust., 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. 1991, p. I-1979; vedi, inoltre, Corte Giust., 26 marzo 2009, C-113/07, *P. Selex*, Racc. 2009, I-2207, in materia di controllo aereo.

di organizzazione dei servizi a prestazione, nei confronti della quale si riconoscono agli utenti «*interessi - diritti*» alle prestazioni medesime, anche definiti «*interessi di pubblico servizio*»: a fronte di queste ultime situazioni soggettive, l'amministrazione è riconosciuta titolare di un obbligo alla prestazione, che può essere oggetto di un differente modo di esercizio, ma mai essere disatteso⁶⁴.

L'idea di estendere la tutela in punto di qualità, e l'applicazione del relativo strumento costituito dalle carte dei servizi, anche nell'ambito delle attività amministrative a carattere non economico, cui soltanto si accenna in questa sede per meglio definire l'ambito della ricerca, è derivata da un sostanziale ripensamento del rapporto tra cittadino e amministrazione volto a stabilire tra di essi un rapporto sostanzialmente collaborativo, in linea anche con l'ispirazione di base che ha portato il legislatore della l. 241/1990 a predisporre una tavola di principi con riguardo al generale esercizio della funzione pubblica attraverso la disciplina del procedimento amministrativo⁶⁵.

Ne è derivata la redazione di tutta una serie di atti a contenuto sostanzialmente programmatico e divulgativo, indicati genericamente come «carte dei servizi», anche con riferimento a settori di attività imperativa delle varie amministrazioni pubbliche: non è, infatti, raro, imbattersi in simili «carte» riferite a servizi tecnici comunali o a servizi di polizia municipale. In tali contesti, a ben vedere, il rilievo giuridico delle «carte dei servizi» appare alquanto limitato, incidendo le stesse su attività amministrative ontologicamente prive di quegli spazi collaborativi con la cittadinanza che giustificano l'idea di una effettiva regolazione in punto di qualità del servizio.

Ne consegue che le prerogative effettivamente riconosciute in capo ai cittadini, in siffatti casi, non vanno oltre la possibilità di esprimere il proprio livello di soddisfazione circa le modalità meramente operative del servizio, quali il rispetto dell'orario di lavoro o le tempistiche nell'evasione delle pratiche, con ripercussioni più o meno dirette sulle vicende dei rapporti di lavoro interni all'amministrazione medesima:

64 In merito, si rimanda a D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 205 ss., e in partic. c. 212 ss., in cui l'autore, di fronte all'obiezione radicale fondata sulla circostanza che la piena soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sottesi ai servizi in questione, richiedeva ingenti masse finanziarie non sempre disponibili per lo Stato, osservava che «*non si vede come la non solvibilità del debitore possa estinguere o trasformare la natura dell'eventuale diritto di credito*». Si veda anche G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 107 ss.

65 Sul punto, si rimanda alle considerazioni svolte da M. CAMMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, in *Pol. dir.* 1981, 447

mai, tuttavia, appare tangibile dalla collaborazione con l'utenza la definizione strutturale di queste tipologie di attività amministrativa, che restano soggette ad una stretta interpretazione del principio di legalità e ad una struttura necessariamente autoritativa dei relativi rapporti giuridici.

Come si vedrà, l'evoluzione della normativa ha, talvolta, recato una fuorviante confusione rispetto all'omonima carta dei servizi quale strumento di regolazione in punto di qualità dei servizi pubblici a carattere prestazionale ed economico, oggetto del presente lavoro.

Solo in quest'ultima tipologia di attività, infatti, vengono a coesistere due distinti piani giuridici, costituiti da una parte, al livello di organizzazione del servizio, dal rapporto tra amministrazione e prestatore privato, strutturata solitamente in forma concessoria e regolata attraverso una convenzione; dall'altra parte, al livello di concreta erogazione del servizio, dalla miriade di rapporti omogenei tra il prestatore privato e i singoli utenti, che assumono rilievo nella dimensione consumeristica attraverso i singoli contratti di utenza: in tal senso la giurisprudenza classica ha identificato i due suddetti piani come due distinte fasi, di organizzazione del servizio la prima, di erogazione del servizio la seconda.

La conseguenza è stata il riconoscimento di un diverso rilievo giuridico della posizione dell'utente finale, emerso con riferimento ai relativi strumenti di tutela: se, infatti, all'interno della fase organizzativa poteva essere riconosciuta all'utente una posizione di mero interesse legittimo, il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo doveva ritenersi sussistente solo con riferimento alla fase di erogazione del servizio⁶⁶. In quest'ultima fase, infatti, poteva riconoscersi sussistente un rap-

⁶⁶ Così Cass., Sez. Un., 27 luglio 1998, n. 7346, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1597, con riferimento al servizio dell'acqua potabile gestito da un consorzio di Comuni. In senso analogo cfr. Cass., sez. un., 26 aprile 1977, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1977, 1133 ss., secondo cui l'Ente autonomo acquedotto pugliese, pur essendo un ente pubblico, agisce in base al diritto privato per quanto attiene alla gestione delle forniture di acqua agli utenti, essendo tali forniture veri e propri contratti privatistici, con conseguente soggezione delle controversie relative alla giurisdizione del giudice ordinario; Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1985, n. 353, ivi, 1985, 1042 ss., anch'essa relativa al servizio di acqua potabile offerto da un consorzio di Comuni. La sentenza precisa che in occasione della costruzione o dell'ampliamento di un acquedotto e della ripartizione, tra i vari comuni serviti, dei quantitativi d'acqua disponibili e della loro destinazione al soddisfacimento di una necessità piuttosto che di un'altra, l'utente del servizio non è titolare di una posizione di diritto soggettivo. Invece, una volta costruito l'acquedotto, ripartiti tra i Comuni interessati e predeterminati i quantitativi d'acqua disponibili secondo le necessità da soddisfare, e qualora si tratti solo di gestire la fornitura dell'acqua agli utenti che ne abbiano fatto richiesta nel rispetto delle condizioni generali predeterminate, il soggetto erogatore del servizio si trova ad agire nella sfera del diritto privato. Di conseguenza, le controversie insorte a seguito di un eventuale diniego di allacciamento rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. In dottrina sostengono questa impostazione, in particolare M.E. SCHINIAI, *Situazioni soggettive di diritto*

porto giuridico di natura contrattuale, tra utente e soggetto erogatore, assimilabile alla figura del contratto di somministrazione e identificato come contratto di utenza pubblica⁶⁷.

Ebbene, come si avrà modo di meglio chiarire nel prosieguo, è con specifico riferimento alla tutela della qualità nell'erogazione servizi a carattere imprenditoriale che l'istituto delle carte dei servizi ha assunto un crescente rilievo, quale strumento di regolazione preventiva posto a tutela sempre maggiore delle istanze della collettività di consumatori⁶⁸, fino al punto da legittimarne la lettura quale strumento per la realizzazione di un vero e proprio diritto fondamentale alla qualità del servizio⁶⁹.

Ed infatti, proprio in questa dimensione l'istituto della carta dei servizi ha conosciuto una significativa evoluzione giuridica, volta da una parte a rendere sempre più stringente l'obbligo di rispettarne le previsioni, dall'altra indirizzata verso una progressiva apertura alla sussidiarietà orizzontale nella fase di determinazione del relativo contenuto, con un sostanziale ripensamento del ruolo della pubblica amministrazione dalle originarie funzioni di individuazione diretta e preventiva dei pa-

pubblico dell'utente nei servizi pubblici, in *Rassegna lav. pubbl.*, 1988, 449 ss., 454-460; A. CATAUDELLA, *Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali*, in *Energia e servizio pubblico*, Milano, 1989, 27, spec. 28 ss.; P. SCHLESINGER, *La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica*, in *Rassegna giur. en. el.*, 1997, 308 ss., 309-310; G.G. GENTILE e F. PASSEGGIO, *Influenza sui contratti di utenza pubblica della nuova disciplina sulle «clausole abusive»*, ivi, 1996, 853 ss., 853.

67 La definizione di contratto di utenza pubblica appartiene a G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 107 ss.; secondo l'Autore la prospettiva di diritto comune soddisfa «l'esigenza di assicurare all'utente (consumatore) un prodotto o un servizio in cui la qualità, la quantità, il prezzo, la trasparenza dello strumento contrattuale, delle fasi del rapporto, degli atti esecutivi di esso, pur essendo predeterminati non comportano vessazioni, non implicano sacrifici eccessivi, né pongono il destinatario in condizioni di ineluttabile inferiorità e quindi obiettiva, insormontabile debolezza». Per una ricostruzione del dibattito sulla nozione di contratti di utenza pubblica cfr. A. SANDULLI, *Il commento (a Corte costituzionale, 30 dicembre 1994, n. 456)*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 554 ss., spec. 556 ss.

68 Sul punto si rimanda, da ultimo, alle considerazioni svolte da V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1, 2013, 385. Qui l'Autrice nota che «In particolare, l'attuale stato di crisi nel quale versa il «welfare-state» si riflette, da un lato nella riduzione delle prestazioni fornite ai cittadini, dall'altro nella costante ricerca di modelli organizzativi che permettano agli enti locali di rispettare il patto di stabilità, e in generale i vincoli di finanza pubblica. La sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi, nell'esercizio dei loro poteri discrezionali, soprattutto di carattere organizzativo, devono affrontare consiste proprio nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali, che si connettono e dipendono da una regolare fruizione di gran parte dei servizi pubblici — si pensi ad esempio al servizio idrico integrato — e il risparmio delle risorse (in senso ampio) pubbliche. Se si esamina la produzione normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali (di rilevanza economica) degli ultimi decenni, si rileva che la ricerca dell'efficienza prima e del risparmio di spesa pubblica poi ha costituito il propulsore per il passaggio da modelli prettamente pubblicistici quali la gestione in economia, l'azienda municipalizzata (poi divenuta azienda speciale), a modelli privatistici o quantomeno ibridi, quali quelli derivanti dall'applicazione delle forme di partenariato pubblico-privato [...]».

69 In tal senso, L. IEVA, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico - Dall'organizzazione alla «Carta dei servizi»*, Milanofiori Assago, 2002, 109

rametri della regolazione sulla qualità, a quelle di tutela delle prerogative procedurali dei portatori di interessi e di vigilanza sul rispetto concreto dei parametri contenuti nelle diverse carte dei servizi.

3. REGOLAZIONE AUTONOMA O REGOLAZIONE PREVENTIVA? NUOVI ORIZZONTI PER L'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Questo nuovo ruolo della pubblica amministrazione, come viene emergendo con particolare evidenza soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici locali, vede la posizione del consumatore e delle relative istanze affermarsi in modo sempre più forte anche con riferimento alla fase di organizzazione del servizio, attraverso il riconoscimento di importanti prerogative in sede di definizione dei parametri qualitativi e dei relativi mezzi di tutela, quali l'azione per l'efficienza amministrativa di cui al d. lgs. 198/2009.

Come si avrà modo di meglio precisare dappresso, infatti, le più recenti posizioni della giurisprudenza in merito, sembrano cogliere interessanti potenzialità dell'istituto della ricordata azione per l'efficienza con particolare riferimento alle garanzie riconosciute ai consumatori e alle loro strutture rappresentative, all'interno delle attività di regolazione dei servizi pubblici locali demandate alle amministrazioni territoriali di afferenza.

Per comprendere appieno l'importanza sistematica della richiamata giurisprudenza amministrativa, appare necessario descrivere sinteticamente l'evoluzione che l'istituto della carta dei servizi ha subito all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, evidenziandone i passaggi salienti e i punti di possibile confusione concettuale.

La prima apparizione le carte dei servizi è stato il Regno Unito, con la *Citizen's Charter*, a cui ha fatto seguito la Francia, con la *Charte des services publics*. Poi dunque l'Italia, nel 1994, con un documento simile, la direttiva del Presidente del Consiglio in data 27 gennaio 1994, con cui per la prima volta è stata affrontata, in via generale, la problematica della riorganizzazione dei servizi pubblici nella direzione della soddisfazione dei bisogni effettivi degli utenti.

Il problema al centro della questione, come sottolineato già in una precedente ri-

cerca⁷⁰, è sempre stato quello di creare un meccanismo di incentivazione circa il miglioramento costante delle prestazioni in favore degli utenti finali/consumatori, che facesse seguito ai processi di apertura al mercato delle attività di prestazione in origine oggetto dell'intervento diretto degli Stati in economia, secondo il paradigma delle c.d. amministrazioni di prestazione.

Se, infatti, in un mercato in condizioni di monopolio legale il destinatario del servizio ha poche o nessuna possibilità di incidere sulla qualità delle relative prestazioni, allorché detto mercato si apra al confronto concorrenziale tra diversi prestatori privati la situazione muta radicalmente. La natura privatistica e contrattuale del rapporto giuridico che lega il soggetto prestatore al destinatario della prestazione, da un lato, e la possibilità di scelta tra differenti soggetti prestatori in posizione giuridicamente eguale tra di loro, dall'altra, proiettano il destinatario nella dimensione del consumatore con l'attribuzione del fondamentale potere di scegliere quale prestatore preferire.

Per rendere tale sistema attuale e non solo virtuale, tuttavia, la disciplina del servizio pubblico liberalizzato non può essere lasciata alla sola dimensione del diritto comune, essendo necessario introdurre dei correttivi di carattere pubblicistico che incidano sui rapporti di diritto privato: il ruolo dell'amministrazione, pertanto, si trasforma da prestatore a regolatore, con il riconoscimento di importanti poteri eteronomi di incisione sul rapporto negoziale. È proprio con tale finalità che l'ordinamento ha introdotto la richiamata distinzione tra una fase organizzativa ed una fase prestazionale del servizio, assumendo la funzione di regolazione il compito di assicurare un meccanismo di indirizzo dinamico e non statico delle attività di prestazione, a garanzia dei diversi interessi pubblici coinvolti, ivi compresa la garanzia delle prerogative consumeristiche.

Se, in altri termini, in un mercato dei servizi pubblici in condizioni di monopolio la qualità del servizio assumeva una connotazione di fatto standardizzata, con l'obiettivo di assicurare a tutti gli utenti una medesima soddisfazione di quegli interessi riconosciuti come pubblici dall'ordinamento giuridico, con l'apertura del mercato alla concorrenza il panorama si complica, venendo in evidenza almeno due profili

70 Sul punto si rimanda ad A. CORVINO, *L'autodisciplina tra co-regolazione ed autoregolazione*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 48 ss.

paralleli tra loro.

All'interno di questo nuovo panorama, l'interesse al miglioramento costante della qualità del servizio, parte integrante delle istanze consumeristiche, viene ad essere tutelato mediante la previsione di meccanismi regolati di confronto tra prestatore del servizio ed utente/consumatore, volti alla definizione di atti di autoregolazione da parte degli operatori economici, rappresentati dalle carte dei servizi.

Tale meccanismo, poi, viene coniugato in una prospettiva non statica, bensì dinamica, nella misura in cui il consumatore/utente possa scegliere con quale operatore economico contrarre anche in base al diverso contenuto degli atti di autoregolazione: la concorrenza, in tale dimensione, porta, o dovrebbe portare, gli strumenti di autoregolazione ad un continuo rincorrersi verso il più alto livello di qualità.

In questo contesto si inserisce la «*carta dei servizi*», strumento sostanzialmente contrattuale attraverso cui il prestatore di un servizio pubblico formalizza il livello di qualità garantito all'utenza, prevedendo meccanismi di confronto, tutela preventiva e ristoro nei confronti delle prerogative di quest'ultima⁷¹. Il dato centrale di questa sistema, a ben vedere, è costituito da un sistema di definizione di obiettivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni, detti *standard* generici, e dalla individuazione delle caratteristiche qualitative e quantitative di ciascuna delle singole prestazioni costituenti il servizio, denominati *standard* specifici.

Essenziale, quindi, diviene il meccanismo di identificazione di detti *standard*, ed in particolare di quelli specifici, poiché è facendo riferimento ad essi che il fruitore del servizio può verificare direttamente l'adempimento degli obblighi gravanti sul gestore⁷²: le carte dei servizi, in tal contesto, rappresentano una sorta di accordo tra prestatori ed utenti dei servizi di pubblico interesse, fondato sui meccanismi della c.d. «*customer satisfaction*» attraverso la garanzia di prestazioni, informate a

71 Sulle carte dei servizi cfr., in particolare: M.A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, 163; G. VESPERINI e A. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997; S. BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 703; G. SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, in *Reg. e gov. loc.*, 1994, 719; G. SCIULLO, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 («Principi sull'erogazione dei servizi pubblici»)*, in *Dir. econ.*, 1996, 47; S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 185; G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, ivi, 173; P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la Citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1998, 197; M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 790.

72 Sul punto, vedi G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 314 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 210.

parametri di qualità predeterminati rispetto all'erogazione della prestazione e verificabili⁷³.

Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, l'evoluzione del quadro giuridico sul punto è stata particolarmente intensa, caratterizzandosi nell'ultimo periodo per la definizione di un'interessante convergenza con gli istituti delle c.d. azioni di classe, per il cui approfondimento in ambito civilistico si rimanda ad altra ricerca⁷⁴.

Il dato interessante, tuttavia, è rappresentato dalla costante presenza delle amministrazioni pubbliche con funzioni di regolazione, quali strumenti di garanzia non solo in ordine alla vigilanza circa il rispetto degli *standard* suddetti, ma anche con riferimento alle attività di identificazione degli stessi. Tale circostanza, come si vedrà, risulta evidente in modo particolare con riferimento alle funzioni delle amministrazioni territoriali in merito ai servizi pubblici locali di loro afferenza, da cui il dubbio se le relative carte dei servizi debbano ritenersi vero strumento di autoregolazione, o piuttosto strumento di regolazione in mano ancora di fatto nelle mani delle amministrazioni pubbliche.

4. IL RILIEVO GIURIDICO DELLE CARTE DEI SERVIZI: EVOLUZIONE NORMATIVA

Un primo riferimento normativo in materia di carte dei servizi, nell'ordinamento giuridico italiano, è dato dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, recante «*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*»⁷⁵.

Il modello di riferimento era costituito dalla carta generale dei servizi⁷⁶, afferma-

⁷³ In tal senso, M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 790, afferma che «la Carta dei servizi non consiste in un mero documento formale, ma in un «patto» reale, significativo e formalizzato fra ogni soggetto erogatore e la propria utenza in termini di informazione, standard di qualità e meccanismi di partecipazione e tutela; ciò implica l'attivazione di canali di comunicazione e di scambio con i consumatori».

⁷⁴ Per maggiori approfondimenti sul punto, si rimanda alla Sezione I della presente ricerca, a cura di L. MINERVINI.

⁷⁵ Pubblicata in G.U. 22.2.1994 n. 43. L'iniziativa governativa riprendeva uno studio elaborato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica, dal titolo Carta dei servizi pubblici, proposta e materiali di studio, in *Quad. del Dip. per la Funz. pubbl.*, Roma, n. 5, 1993. In merito, si rimanda alle considerazioni svolte da R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, I, 2000, 41 ss.

⁷⁶ Per gli essenziali riferimenti alle analoghe carte adottate negli altri ordinamenti: *Citizen's Charter* (Regno Unito, 1991), *Charte des services publics* (Francia, 1992), *Plan de Modernización de la Administración del Estado* (Spagna, 1992), *Government Performance and Results Act* (Stati Uniti, 1993), cfr., sul punto: G. SCIULLO, *Profili della*

tosì nello scenario europeo ed in altri ordinamenti anche di livello nazionale con l'obiettivo di dare voce all'emergente categoria dei consumatori-utenti, attraverso l'introduzione di una sorta di statuto del cittadino-utente e poi evolutasi nelle forme di un modello di autoregolazione prodotto dagli stessi prestatori dei servizi con l'apporto collaborativo degli utenti⁷⁷. Sembra opportuno segnalare, sul punto, che secondo alcuni commentatori la finalità della Direttiva doveva leggersi in linea con l'introduzione della l. 241/1990, in quanto entrambe contribuivano a delineare un nuovo assetto delle funzioni amministrative generali, e non solo di prestazione⁷⁸.

In linea con tale assunto deve, infatti, considerarsi che l'obiettivo della direttiva era quello di dare uniformità alla disciplina della qualità dei servizi a prestazione sottraendo i relativi processi decisionali alla potestà esclusiva del soggetto erogatore, considerata questa ad eccessivo rischio di arbitrarietà: tale esigenza, come già accennato, esordisce nell'ordinamento a seguito dei processi di privatizzazione e di esternalizzazione delle attività di erogazione dei servizi, poiché in precedenza la natura pubblica del soggetto erogatore e la sua dipendenza dal governo erano ritenute garanzie sufficienti in favore delle istanze della collettività degli utenti⁷⁹.

direttiva 27.1.1994 («Principi sull'erogazione dei servizi pubblici»), in *Dir. ec.*, 1996, 47; S. CASSESE, *Aggiornamenti sulla riforma amministrativa negli Stati Uniti d'America, nel Regno Unito e in Francia*, in *Corriere giur.*, 1994, 1036; G. SBISÀ, *Natura e funzione delle «carte dei servizi» e la carta del servizio elettrico*, in *Rassegna giur. en. elettr.*, 1997, 333. Con riferimento alle vicende relative alla definizione del modello europeo di carta dei servizi pubblici, si rimanda a G. CAIA, *Direttiva del Presidente del consiglio dei ministri 27.1.1994*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, diretto da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 1995, 205; nonché N. RANGONE, *Verso una carta europea dei servizi pubblici?*, in *Reg. e gov. loc.*, 1994, 739; Id., *I servizi di interesse generale in Europa*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 384; C. PINOTTI, *Servizi collettivi e ordinamento comunitario*, in *Cons. stato*, 1998, 929. In definitiva, come è stato rilevato da E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte gen.*, diretto da M. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, 536: «Il nuovo orientamento comunitario è quello di riequilibrare la tutela tra gli operatori economici e i consumatori nell'instaurazione di rapporti giuridici e, in particolare, a favore degli utenti di servizi pubblici e privati nella stipulazione di contratti di consumo o utenza».

77 L'introduzione di una carta dei diritti o statuto in favore degli utenti era stata, tra gli altri, auspicata da M. CAMMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, in *Pol. dir.*, 1981, 447.

78 Sul punto cfr. G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, 49. L'autore dopo aver osservato che la l. 241 del 1990 si applichi essenzialmente all'amministrazione autoritativa e solo marginalmente all'amministrazione di erogazione (come nel caso del diritto di accesso), rileva come la direttiva sulle carte dei servizi abbia: «il suo obiettivo di rappresentare per l'amministrazione dei servizi ciò che la legge 241/90 ha significato per l'amministrazione delle funzioni, e cioè una «tavola» di principi che concorre a qualificare un rinnovato rapporto con il cittadino». L'idea di fondo è che la tutela del cittadino utente di servizi non debba essere inferiore a quella assicurata al cittadino amministrato. In questo senso sono: S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 212; G. ARENA, *Proposte per una riforma dell'amministrazione*, in *Pol. dir.*, 1993, 49; G. SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 703.

79 In tal senso, vedi il parere del Cons. Stato, sez. I, 20 settembre 1995, n. 330, in *Foro it.*, 1996, III, 209 ss., 221, in cui si afferma che la necessità di un'autorità regolatrice in passato non era stata avvertita perché «la regolamentazione delle tariffe, il controllo della qualità, la protezione dell'utenza, erano affidati alla natura pubblicistica del soggetto erogatore ed alla sua stretta dipendenza dall'autorità governativa». Sulla configurazione del soggetto pubblico gestore quale *longa manus* dello Stato cfr. Cass., sez. I civ., 3 luglio 1979, n. 3723, in *Foro it.*,

In tal senso, infatti, deve leggersi previsione di cui all'art. 1 della direttiva del 1994, in virtù del quale «*le amministrazioni concedenti provvedono ad inserire i contenuti della presente direttiva negli atti che disciplinano la concessione*».

La situazione dell'utente, così come le attività di organizzazione e di erogazione del servizio, non può più essere inquadrata in una dimensione esclusivamente pubblicistica, ma si scinde in due componenti, in ragione dell'insorgenza di un duplice livello di rapporti giuridici, costituito dalla relazione amministrazione - cittadino/consumatore, di natura pubblicistica ed avente ad oggetto i profili organizzativi, e quella erogatore - utente/consumatore, avente ad oggetto la prestazione materiale del servizio sulla base di un rapporto di utenza di natura privatistica⁸⁰.

In tale contesto deve essere letta anche la disciplina in tema di carte dei servizi, con riferimento alla quale deve distinguersi l'attività di determinazione dei parametri di riferimento, condotta in sede amministrativa, da quella di adozione in concreto e di attuazione delle singole carte, che ricade nell'ambito del rapporto privatistico di utenza⁸¹.

In tale fase, a ben vedere, l'utilizzo dello strumento semplice della direttiva governativa, al posto di un diverso e più formale strumento normativo, appare del tutto

1980, I, 1076 ss., con nota di A. SILVESTRI.

80 Sul punto, si rimanda a M. RAMAJOLI, cit. Significativa, sul punto, appare la vicenda relativa al servizio di erogazione dell'energia elettrica, per cui cfr. art. 3, n. 1 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643. In dottrina a tal riguardo si veda la ricostruzione storica operata da P. SCHLESINGER, *La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica*, cit., 309 ss., ma, ancor prima, cfr. G. GUARINO, *Sulla capacità dell'Enel*, in *Rassegna giur. en. el.*, 1965, 12 ss.; F.G. COCA, *Le funzioni pubbliche dell'Enel*, in *L'Enel tra «pubblico» e «privato»*, Milano, 1987, 44 ss. Anche altri soggetti gestori del servizio si sono trovati a compiere scelte di tipo organizzatorio, inerenti a mezzi e modalità per far fronte al servizio medesimo; si pensi alle già menzionate scelte compiute da consorzi di comuni per il servizio dell'acqua potabile, oppure dall'ente autonomo per l'acquedotto pugliese in occasione: della costruzione e degli ampliamenti di acquedotto; della ripartizione, tra i vari comuni serviti, dei quantitativi di acqua disponibili; dell'esecuzione delle opere di rimboschimento dei bacini imbriferi dei fiumi; o relative alla destinazione delle acque al soddisfacimento di una necessità piuttosto che di un'altra. Come si è visto, in questi casi la giurisprudenza ha affermato che il gestore esercita poteri di imperio e che quindi deve negarsi alla posizione soggettiva del privato natura di diritto soggettivo; cfr. Cass., Sez. Un., n. 1547/77, cit., 1134; Cass., Sez. Un., n. 353/85, cit., 1044; Cass., Sez. Un., 27 luglio 1998, n. 7346, cit. Parla espressamente di relativizzazione dell'obbligo di contrattare con riferimento a questa giurisprudenza G. ABBAMONTE, *L'erogazione dell'energia elettrica come servizio pubblico*, in *Energia e servizio pubblico*, Milano, 1989, 3 ss., 13-14.

81 Sul punto, vedi A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., 620, in cui l'Autore, prendendo come riferimento la disciplina in materia di procedimento amministrativo, evidenzia che «*La carta dei servizi detta, così, una serie di prescrizioni volte a consentire la misurazione della qualità della prestazione, attraverso standard che ne stabiliscano il livello di adeguatezza; tali misure si atteggiano, poi, in qualche modo, come determinate per la partecipazione degli utenti e quindi, in certe misure, concordate. Sotto questo profilo, appare evidente che la carta dei servizi si inserisce in quel modo di pensare che vede nel principio di efficienza una condizione di legittimità sostanziale dell'azione amministrativa, e nella misurabilità e verificabilità, sia dell'azione amministrativa che dei risultati raggiunti, una condizione della sua democraticità*».

in linea con l'idea ispiratrice della carta dei servizi, la quale intendeva, almeno in origine, costituire una sorta di *moral suasion* in grado di stimolare successivamente le amministrazioni erogatrici ed i soggetti erogatori ad adottare iniziative volte a modernizzare le strutture e a migliorare il livello qualitativo delle prestazioni⁸².

In una prima fase dell'apertura al mercato delle attività di erogazione dei servizi pubblici, infatti, si registrava ancora una consistente incidenza dei soggetti *ex monopolisti* pubblici, con la conseguenza di rendere di fatto molto sbilanciato il rapporto di forza tra le parti contrattuali, con l'utente/consumatore ancora privo della concreta facoltà di scelta tra diversi operatori in concorrenza⁸³.

In quest'ottica, la carta dei servizi contribuisce a specificare, in concreto, l'obbligo di prestare il servizio, che non può più consistere in una prestazione indeterminata ed indefinita, ma che deve al contrario essere precisa ed oggettivamente valutabile, anche con riferimento alla concreta qualità del servizio prestato⁸⁴.

L'ambito soggettivo di applicabilità della carta, descritto nel preambolo, contempla in via diretta tutte le amministrazioni pubbliche incaricate di erogare servizi pubblici, mentre l'ambito oggettivo è da riferire ai servizi pubblici a rilevanza economica. Inoltre, per i servizi erogati da privati in regime di concessione, convenzione o comunque previo rilascio di idoneo titolo abilitativo, il rispetto dei principi della direttiva governativa del 1994, viene assicurato dalle amministrazioni pubbliche, in via indiretta, nell'esercizio dei loro poteri di direzione, controllo, vigilanza: le amministrazioni concedenti, infatti, sono tenute ad inserire i contenuti della detta direttiva negli atti che disciplinano la concessione⁸⁵.

La disciplina di cui alla richiamata direttiva del 1994 era articolata in tre parti fondamentali, che hanno costituito l'ossatura di riferimento per il successivo sviluppo dell'istituto: principi fondamentali in tema di qualità dei servizi pubblici, strumenti

82 In tal senso cfr. G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, 50.

83 Cfr. S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 703, in cui si evidenzia che «i servizi pubblici non sono, di massima, erogati in regime di concorrenza: di conseguenza, essendo preclusa la possibilità dell'utente di influire sulla qualità del servizio esercitando un potere di scelta, è estremamente forte l'esigenza di individuare meccanismi alternativi, attraverso i quali il giudizio dell'utente possa esercitare una «pressione» sul soggetto erogatore».

84 Così L. IEVA, *Carta dei servizi pubblici e tutela dell'utente*, in www.giustamm.it.

85 Sul punto A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, cit., 623, rileva che per le amministrazioni pubbliche direttamente erogatrici del servizio sussiste un obbligo diretto all'osservanza delle disposizioni della direttiva, mentre per i privati concessionari del servizio la direttiva *de qua* inerisce al rapporto concessorio, dovendo essere trasfusa negli atti amministrativi che disciplinano la concessione.

di definizione e di garanzia della qualità, meccanismi per la corretta attuazione delle relative regole⁸⁶.

A ben vedere, il richiamo di fondo è ai principi costituzionali in tema di azione amministrativa, ossia il buon andamento e l'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione: è, infatti, in tale ottica che deve essere interpretato l'insieme strutturato di previsioni contenute nella direttiva governativa di cui si discorre e, di conseguenza, anche il contenuto e la funzione delle carte dei servizi pubblici, quali strumenti di autoregolazione posti a presidio delle prerogative consumeristiche all'interno dei singoli rapporti di utenza.

Di rilievo appare come già in questa fase la definizione degli *standard* di qualità del servizio consegua ad un procedimento complesso, condotto dagli erogatori attraverso diverse attività: dall'individuazione dei c.d. fattori di qualità, ossia gli obiettivi che il servizio deve perseguire, fino all'elaborazione degli indicatori della qualità,

86 Con particolare riferimento alla struttura della Direttiva DPCM del 1994, v. P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 198; G. SBISA', *Natura e funzione delle «carte dei servizi»*. *La carta del servizio elettrico*, in *Rassegna giur. en. elettr.*, 1997, 335; S. BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 704. Come rileva L. LEVA, *Carte dei servizi pubblici e tutela dell'utente*, cit., il testo della direttiva risulta articolato nel seguente modo: la prima parte enumera i principi fondamentali che devono informare l'erogazione dei servizi pubblici, quali: 1) l'eguaglianza dei diritti degli utenti, senza alcuna forma di discriminazione; 2) l'imparzialità dei soggetti erogatori; 3) la continuità dell'erogazione del servizio; 4) il diritto di scelta tra più soggetti erogatori (che va attribuito, ove possibile, all'utente); 5) la partecipazione degli utenti alla prestazione del servizio anche tramite il diritto di accesso; 6) l'efficienza e l'efficacia del servizio. La seconda parte concerne gli strumenti, che possono a loro volta essere raggruppati in due ulteriori tipologie distinte. La prima riguarda la procedura di definizione degli *standard* di qualità (art. 1), la seconda, invece, configura regole specifiche per il miglioramento delle relazioni tra enti erogatori ed utenti: semplificazione delle procedure (art. 2), informazione agli utenti (art.3), rapporti con gli utenti ed uffici per le relazioni con il pubblico (art. 4), dovere di valutazione della qualità dei servizi (art. 5), forme di rimborso forfettario in caso di servizi inferiori, per qualità e tempestività, agli *standard* adottati.

La terza ed ultima parte concerne la disciplina delle tipologie di tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute agli utenti dalla medesima carta. Il sistema si fonda su una duplice forma di controllo integrato dell'osservanza delle disposizioni stabilite e, precisamente, il primo di natura interna ed il secondo di natura esterna.

Il controllo interno (art. 1) è assicurato dallo stesso ente erogatore, tramite un apposito ufficio, deputato a ricevere i reclami degli utenti ed avente la finalità di rappresentare un primo livello di ascolto dei disservizi procurati, nonché di consentire alla stessa amministrazione un rapido autocontrollo, utile per l'attuazione di processi di autocorrezione.

Il controllo esterno (art. 2), invece, è svolto da un comitato permanente per l'attuazione della carta dei servizi, che possiede la precipua competenza a risolvere i conflitti tra utenti ed enti erogatori e, inoltre, la funzione di suprema vigilanza sull'attuazione complessiva dalla carta dei servizi in questione.

Infine, il sistema sanzionatorio prevede misure disciplinari ed amministrative nei confronti dei dirigenti e dei dipendenti pubblici, che non osservino la carta, mentre per i servizi in concessione (comunque erogati da soggetti non pubblici) l'inosservanza si traduce in violazione di obblighi assunti contrattualmente.

in altri termini i parametri quantitativi, qualitativi e temporali in base ai quali poter valutare se, come e quanto la concreta attività di erogazione del servizio sia riuscita a raggiungere i suddetti obiettivi⁸⁷.

Un successivo passaggio è costituito dall'entrata in vigore dell'art. 2 del d.l. 12.5.1995 n. 163, convertito con l. 11.7.1995 n. 273, rilevante soprattutto per aver fornito, anche se *ex post*, un'idonea base giuridica alla potestà normativa in materia⁸⁸, esercitata per mezzo della richiamata dir. P.C.M. 27.1.1994, completando il quadro regolatorio con la previsione di un ulteriore parametro di riferimento, costituito dai c.d. schemi generali di riferimento per la redazione delle carte dei servizi⁸⁹.

Il principio della regolazione in punto di qualità, in materia di erogazione dei servizi pubblici, può quindi dirsi introdotto a pieno titolo proprio ad opera del d.l. 163/1995, ai sensi del quale veniva previsto un modulo di definizione delle carte dei servizi su base concordata anche con l'utenza, piuttosto che a seguito di processi

87 Sul punto L. IEVA *op. ult. cit.*, rileva che: «La definizione degli standard è il risultato di un procedimento complesso, elaborato dai soggetti erogatori, che si dispiega in più stadi. Vanno individuati, prima, i fattori di qualità (e cioè gli obiettivi da perseguire) e, successivamente, devono essere elaborati gli indicatori (ovvero i parametri) quantitativi, qualitativi e temporali, che permettono la misurazione dei fattori dai quali dipende la qualità del servizio. Quindi, per ciascun indicatore devono essere determinati i valori standard di riferimento garantiti. Gli standard, poi, si distinguono in generali e in specifici. Gli standard generali stabiliscono gli obiettivi di qualità da raggiungere nel complesso delle attività prestate in un dato periodo di tempo preso a riferimento e, quindi, non sono immediatamente verificabili dagli utenti. Mentre, gli standard specifici definiscono le singole prestazioni direttamente esigibili dall'utente in termini quantitativi, qualitativi e temporali e, quindi, consentono un immediato controllo sulla loro effettiva osservanza e possono essere oggetto di diretta pretesa nei confronti del soggetto erogatore. Con riguardo a questi ultimi, difatti, la carta dei servizi del 1994 introduce il principio innovativo del rimborso automatico forfettario, dovuto in caso di prestazione qualitativamente inferiore, rispetto allo standard minimo garantito (indipendentemente da eventuali profili risarcitori)».

88 In tal senso, in particolare, vedi G. SCIULLO, *op. ult. cit.*, 60-61, secondo il quale esisterebbe una divaricazione fra efficacia normativa dell'atto e la sua veste formale di mera direttiva, piuttosto che di regolamento. L'Autore arriva addirittura a dubitare della validità della Direttiva in termini di nullità, residuando in capo ad essa un'efficacia formale minima, in termini di *moral suasion*. In definitiva, per effetto della l. 273 del 1995: «la direttiva acquisisce quella consistenza giuridica di cui finora risultava priva. Come si è detto, i suoi principi ormai concorrono a costituire la base per la elaborazione di carte di servizi degli enti erogatori di servizi pubblici, i quali sono adesso tenuti alla loro adozione in virtù di un vincolo legislativamente posto».

89 Nello specifico, viene previsto all'art. 2 citato che gli enti erogatori di servizi pubblici adottino carte dei servizi specifiche sulla base: a) dei principi stabiliti dalla dir. P.C.M. 27.1.1994 e b) degli schemi generali di riferimento settoriali. Questi ultimi da emanarsi con appositi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e predisposte, di intesa con le amministrazioni interessate, dal Dipartimento della Funzione pubblica, per tutti i settori individuati da altro ed apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, emanato ai sensi dell'art. 5, co.2, lett. b,e,f della Legge 400 del 1988, le quali rappresentano una modalità di adattamento dei principi generali della direttiva alle peculiari esigenze di ciascun settore dei servizi considerato. Tra gli schemi di riferimento in tal modo predisposti, possono ricordarsi a titolo esemplificativo il d.p.c.m. 19.5.1995 per i servizi sanitari, il d.p.c.m. 7.6.1995 per i servizi scolastici, il d.p.c.m. 18.9.1995 per i servizi del settore elettrico, il d.p.c.m. 18.9.1995 per i servizi del settore gas, il d.p.c.m. 21.12.1995 per i servizi del settore previdenziale ed assistenziale, il d.p.c.m. 30.1.1996 per il servizio postale.

decisionali tutti interni agli erogatori dei servizi.

Detto principio troverà definitiva sistemazione con l'entrata in vigore della l. 14.11.1995, n. 481 la quale, nell'istituire apposite *Authority* di settore per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, allontana definitivamente il potere di determinare *standard* generali e specifici di qualità del servizio dall'attività esclusiva del soggetto erogatore, riconoscendo a quest'ultimo soltanto la facoltà di partecipare al relativo procedimento di adozione, in contraddittorio con i rappresentanti dei consumatori e degli utenti⁹⁰.

In questo modo si produce nell'ordinamento la creazione di un settore di disciplina specifico, costituito dalla regolazione indipendente dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale esercitata dalle *Authorities* di settore al livello centrale: in questo settore l'azione regolatoria conduce all'emanazione di numerosi provvedimenti amministrativi, che disciplinano i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente⁹¹.

Restano, ad ogni modo, vigenti le funzioni regolatorie in punto di qualità delle amministrazioni tradizionali, ed in particolar modo di quelle territoriali, con riferimen-

90 Incisivo, sul punto, l'intervento di S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 194, in cui l'Autore evidenzia che «la legge 14 novembre 1995 n. 481, istitutiva delle autorità di regolazione nei servizi di pubblica utilità, sembra aver introdotto alcuni efficaci correttivi con la conseguenza che l'utente dei servizi imprenditoriali pare venire a trovarsi in una condizione di maggiore tutela rispetto all'utente dei servizi sociali. La legge, infatti, da un lato, stabilisce che gli standard di qualità del servizio non siano rimessi alla decisione unilaterale dell'ente erogatore, ma siano definiti dall'Autorità di regolazione, a conclusione di un procedimento che prevede la consultazione dell'ente erogatore e delle associazioni di utenti. Dall'altro lato, sul piano della tutela dei diritti degli utenti previsti dalle Carte, le stesse autorità di regolazione sono dotate di significativi poteri sanzionatori - attivabili anche da utenti singoli o associati - e sono competenti ad esperire procedure di conciliazione ed arbitrato nei casi di controversie insorte tra utenti ed enti erogatori».

91 L'Autorità di regolazione, infatti, ha il potere di emanare direttive intese alla definizione dei livelli di qualità dei servizi, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h) della l. 481/1995 e dell'art. 1, comma 6, lett. b), n. 2, della legge n. 249 del 1997. La rilevanza attribuita al profilo qualitativo delle prestazioni si è altresì tradotta in un'abbondante produzione normativa, che ha condotto dapprima all'emanazione della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, contenente principi sull'erogazione dei servizi pubblici, alla previsione poi, da parte dell'art. 2 del d.l. 12 maggio 1995, n. 163, convertito in l. 11 luglio 1995, n. 273, dell'emanazione di schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici, all'adozione delle Carte di servizi, che, ai sensi dell'art. 2 del d.l. 163/1995, devono essere obbligatoriamente adottate da tutti i soggetti, pubblici e privati, che forniscono i servizi pubblici indicati nella direttiva. È da ultimo intervenuto l'art. 11 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286, il quale ha disposto che i casi e le modalità di adozione delle Carte di servizi sono stabiliti con direttive del Presidente del Consiglio, mentre per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle Regioni e dagli enti locali si provvede con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata di cui al d. lgs. n. 281 del 1997; la disposizione fa salvi, in ogni caso, compiti e funzioni assegnati legislativamente, per alcuni servizi pubblici, ad autorità indipendenti. Sui principi fondamentali enunciati dal D.P.C.M. 27 gennaio 1994. Sul punto cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi*, cit., 55 ss.

to alla prestazione dei servizi pubblici di interesse economico a carattere locale: nel prosieguo della ricerca si cercherà di offrire un quadro sinottico delle relative vicende, fino alla definizione dell'attuale assetto giuridico, con l'obiettivo di porre in evidenza come la posizione dei consumatori sia andata progressivamente affermandosi come vero e proprio formante della disciplina in punto di tutela della qualità del servizio.

Il successivo passaggio di rilievo, in merito, è costituito dall'entrata in vigore della c.d. «Riforma Bassanini», di cui alla legge delega 15 marzo 1997, n. 59 e relativi decreti attuativi: qui, infatti, il legislatore decide di applicare lo strumento della carta dei servizi non più solo alle attività di prestazione, ma anche agli altri settori dell'attività dell'amministrazione pubblica, con l'obiettivo di fornire uno strumento utile al fine di «*riordinare e potenziare i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche*»⁹².

Si crea in questo modo un ulteriore sotto-settore di applicazione della carta dei servizi, quale strumento di garanzia della qualità, rappresentato dai servizi pubblici a contenuto non economico organizzati anche essi in forma *performance oriented*⁹³: tale condizione ha comportato più volte il rischio di sovrapposizioni concettuali tra i diversi istituti⁹⁴.

Come si vedrà nel prosieguo, in questo settore la carta dei servizi assumerà una funzione del tutto differente e specifica, rispetto a quanto accade nell'ambito dei

92 In tal senso, infatti, disponevano gli articoli 11 e 17 della l. 59/1997.

93 Tale espressione si deve a F. LOGIUDICE, *Amministrazione di risultato: verso un sistema performance oriented*, in www.altalex.it.

94 Sul punto, si rimanda a M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002*, Milano, 2003, secondo cui lo sviluppo di un'amministrazione di risultato, responsabile non soltanto della legittimità dei propri atti, bensì anche dei risultati concretamente ottenuti, passa necessariamente attraverso una ridefinizione del rapporto politica-amministrazione, normazione-organizzazione e indirizzo-controllo; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ibidem*; M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in www.tecnichenormative.it; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57-110. In tempi meno recenti, vedi G. PASTORI, *Pluralità e unità nell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione, Scritti in ricordo di Vincenzo Bachelet*, Roma, 1987, 97-102, secondo il quale mentre in passato il potere amministrativo veniva percepito come un limite per il cittadino, oggi il cittadino è limitato se l'amministrazione non esercita la funzione. Per comprendere il processo evolutivo che ha portato al passaggio da un'amministrazione «per atti» a un'amministrazione «di risultato», si v. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, e F. LOGIUDICE, «*Buon andamento*» e «*risultato*»: *parametri dell'azione amministrativa*, in www.altalex.it.

servizi a carattere imprenditoriale oggetto del presente studio, incidendo la relativa disciplina sull'organizzazione interna delle amministrazioni e sui relativi rapporti di lavoro, con particolare riferimento alla valutazione del rendimento dei singoli addetti in punto di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

Con specifico riferimento ai servizi pubblici a carattere imprenditoriale, infatti, è il d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286, attuativo della richiamata legge delega, ad intervenire in modo specifico, abrogando espressamente l'art. 2 della l. 273\1995: si attua in questo modo una importante riforma dei meccanismi di determinazione dei parametri di riferimento per la redazione delle carte dei servizi in questo ambito la quale, con l'obiettivo di semplificare il sistema, viene ad incentrare sostanzialmente tutti i meccanismi di definizione dei parametri di qualità sul potere di indirizzo esercitato dall'amministrazione, anche se con il riconoscimento di una generale facoltà di partecipazione in capo agli esponenti delle istanze consumeristiche⁹⁵.

Il sistema, quindi, viene liberato dal riferimento ai duplici parametri, fino a quel momento rappresentato dalla Direttiva generale di cui al D.P.C.M. del 1994 e agli schemi generali di riferimento adottati dai singoli erogatori dei servizi: l'unico riferimento è ora rappresentato dalle direttive del Governo o delle amministrazioni regionali e locali di afferenza del servizio, anche se vengono fatte salve le competenze delle *Authorities* di settore, che la richiamata l. 481 del 1995 aveva già previsto a tutela di consumatori ed utenti finali⁹⁶.

⁹⁵ In particolare, secondo il capo III (art. 11): «*qualità dei servizi pubblici e carte dei servizi*», del d. lgs. n. 286 del 1999, i pubblici servizi, nazionali e locali, sono erogati con modalità che promuovano il miglioramento della qualità ed assicurino la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione nelle forme, anche associate, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e di definizione degli *standard* qualitativi. Viene, tuttavia, stabilito che le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli *standard* di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi (specifiche), i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i termini ed i limiti di indennizzo automatico forfettario all'utenza per mancato rispetto del livello di prestazione garantito siano stabilite unicamente tramite lo strumento delle direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri. Mentre, per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle regioni e dagli enti locali, si deve provvedere con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata di cui al d. lgs. n. 281 del 1997. Sul punto L. LEVA, *op. ult. cit.* nota come «*l'utilizzo dello strumento dell'atto di indirizzo e coordinamento, ai sensi del d.lgs. 281 del 1997, per i servizi pubblici regionali e locali, si è reso necessario stante la dubbia efficacia che la direttiva governativa (atto di indirizzo politico-amministrativo, valido per le strutture ministeriali e collegate) può spiegare nei confronti degli enti gestori di servizi pubblici, dipendenti dalle autonomie regionali e locali*».

⁹⁶ Sul punto, di rilievo è l'assunto contenuto al n. 5 della relazione governativa di accompagnamento, pubblicata in *Guida al dir.*, 1999, n. 34, 47, in cui si legge che: «*in materia di qualità dei servizi pubblici, l'art. 11 del decreto (capo III) detta poche ed essenziali norme nella convinzione che una "rilegificazione" della materia, già al presente disciplinata in misura prevalente da una direttiva emanata dal Presidente del Consiglio dei ministri nel 1994, si rivelerebbe inopportuna sotto profili di flessibilità normativa. In tale considerazione, lo strumento*

Il quadro che ne è derivato, in sintesi, appare alquanto complesso: concentrandosi solo sull'ambito dei servizi a contenuto economico, infatti, il sistema appare strutturato in due distinti ambiti di regolazione sulla qualità, di cui uno operante al livello centrale attraverso l'azione delle amministrazioni indipendenti di settore; l'altro operante al livello di servizi locali attraverso il potere di determinazione ed aggiornamento dei parametri da includere nelle carte dei servizi, che le singole amministrazioni territoriali sono chiamate a far adottare all'ente erogatore.

Il modello della direttiva ha trovato, poi, ulteriori applicazioni con riferimento ai servizi pubblici di maggiore importanza al livello nazionale, in cui il governo ha predisposto schemi generali di riferimento per l'adozione delle carte dei servizi da parte dei singoli prestatori: il riferimento è, per il servizio di assistenza sanitaria, al D.P.C.M. del 19 maggio 1995; per l'istruzione scolastica al D.P.C.M. del 7 giugno 1995; per la distribuzione dell'energia elettrica al D.P.C.M. 18 settembre 1995; per la distribuzione del gas al D.P.C.M. 18 settembre 1995; per l'assistenza e la previdenza sociale al D.P.C.M. 21 dicembre 1995; per il servizio postale al D.P.C.M. 30 gennaio 1996; per i trasporti al D.P.C.M. 30 dicembre 1998; per il servizio idrico al D.P.C.M. 29 aprile 1999.

Questo assetto ha rappresentato la disciplina di riferimento, in tema di tutela della qualità nell'erogazione dei servizi pubblici, per un lungo periodo di tempo fino all'introduzione del sostanziale riordino della materia, intervenuto solo in epoca assai recente⁹⁷.

5. PROSPETTIVE ATTUALI DELLA REGOLAZIONE SULLA QUALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LE APERTURE VERSO UNA REGOLAZIONE AMMINISTRATIVA DI TIPO TERRITORIALE

della direttiva viene rafforzato, nel senso che ne è previsto un esercizio periodico; che la direttiva viene abilitata a disciplinare materie per le quali sono nel tempo intervenute disposizioni di legge che inutilmente irrigidiscono il sistema». In dottrina si segnala la posizione espressa da G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 179, in cui l'Autore sottolinea che «la direttiva del 1994 aveva configurato questo [sistema] in termini semplificati, prevedendo che gli enti erogatori adottassero proprie carte dei servizi in conformità alle prescrizioni generali dettate dalla direttiva medesima. La leggi successive, invece, hanno previsto uno o più livelli ulteriori di disciplina, con il rischio di creare disarmonie tra gli stessi e conseguenti motivi di disorientamento per gli enti erogatori».

⁹⁷ In merito a tale assetto della disciplina, cfr., tra gli altri: G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corriere giur.*, 1998, 997; S. EVANGELISTA, *Le nuove frontiere della tutela dei consumatori e degli utenti: qualche considerazione a margine di un recente provvedimento*, in *Gazzetta giur.*, 1998, 34; E. MELE, *Lo statuto dei consumatori e degli utenti*, in *Foro amm.*, 1999, 1377; R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999.

Con riferimento a quanto appena esposto, deve sottolinearsi che la disciplina pubblicistica, ossia la regolazione in senso generale, non ha quale fine unico ed esclusivo la tutela dell'utenza e delle relative istanze, ivi compreso il livello di qualità del servizio: il suo ruolo, infatti, è quello di conciliare molteplici esigenze, quali la garanzia degli interessi imprenditoriali e la concorrenzialità nel settore ed anche gli interessi di alcune determinate categorie di utenti, che talvolta si contrappongono a quelli di altre e diverse categorie di utenti. L'utente, o un insieme omogeneo di utenti, potrà, quindi, ritenersi leso anche dalle modalità con cui si esplica detta disciplina e l'ordinamento dovrà essere in grado di assicurare una specifica tutela anche sotto questo aspetto⁹⁸.

Tali considerazioni appaiono valide tanto per l'attività di regolazione svolta dalle amministrazioni indipendenti, quanto con riferimento all'attività demandata alle amministrazioni territoriali in tema di servizi locali a contenuto economico. Queste ultime, tuttavia, hanno faticato non poco a sviluppare appieno i relativi principi ed istituti, come si vedrà con particolare riferimento alle vicende in merito all'adozione delle relative carte dei servizi.

Per ovviare a tale situazione, letta in generale come una conseguenza negativa di un eccessivo margine di potere discrezionale lasciato alle amministrazioni locali nella definizione dei parametri per la regolazione della qualità dei servizi, il legislatore è intervenuto con una prima importante modifica di cui alla l. 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. Finanziaria 2008: qui, all'art. 2, comma 461, viene introdotto un nuovo principio destinato a trovare ampia conferma nella definizione del quadro normativo attualmente vigente e nelle relative interpretazioni della giurisprudenza più recente.

Si prevede, infatti, che la redazione della carta dei servizi e il relativo procedimento di formazione ed aggiornamento, pur restando strutturalmente un atto di autorego-

⁹⁸ In tal senso, M. RAMAJOLI, cit., in cui l'Autrice richiama l'ampia enunciazione delle finalità della legge istitutiva delle Autorità di regolazione, contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge n. 481 del 1995, che stabilisce la necessità di promuovere la concorrenza e l'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità (cfr. altresì art. 1, comma 1; art. 2, comma 12, lett. c), la tutela degli interessi degli utenti, ma anche la necessità di armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse. In giurisprudenza, cfr. in tema anche TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 dicembre 1997, n. 2229, in *Foro amm.*, 1998, 113 ss. In dottrina, vedi G. OPPO, *Intervento*, in *Attività regolatoria*, cit., 96 ss.; A. BARDUSCO, *Commento all'art. 1, comma 1, della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, 228 ss., 228-229. Ritiene invece che l'Autorità di regolazione abbia quale unico fine istituzionale la tutela degli utenti G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e diritti degli utenti*, in *Attività regolatoria*, cit., 172 ss.

lazione poiché emanato dall'erogatore del servizio, sia fatto oggetto di uno specifico obbligo all'interno della convenzione di concessione del servizio medesimo⁹⁹.

Il legislatore, in altri termini, interviene imponendo *ex lege* all'amministrazione locale di afferenza del servizio di introdurre nella convenzione di concessione specifiche clausole volte a tutelare alcune specifiche prerogative dei consumatori, quali la concreta redazione della carta dei servizi, il suo aggiornamento periodico e la sua adeguata pubblicità attraverso forme e procedimenti concordati tra i diversi portatori di interessi, ossia i rappresentanti dei consumatori, i gestori/erogatori privati del servizio e le relative associazioni di categoria, salvando, ad ogni modo, la facoltà anche per il singolo cittadino/utente di presentare osservazioni e proposte in merito.

Anche il contenuto specifico delle carte dei servizi viene ad essere definito in via normativa ed identificato con gli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza.

Il principale ruolo attivo dell'amministrazione locale, dal canto suo, viene incentrato

99 Il richiamato art. 2, co. 461, infatti, prevede: «Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni: a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «Carta della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza; b) consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori; c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito; d) previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori; e) istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini; f) previsione che le attività di cui alle lettere b), c) e d) siano finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio, predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto stesso».

sull'attività di monitoraggio e di verifica a valle, in punto di attuazione delle prescrizioni contenute nella carta dei servizi, piuttosto che sulla indicazione dei relativi parametri qualitativi del servizio.

Nella fase di concreta regolazione *ex ante* del servizio, infatti, il legislatore prevede che l'amministrazione locale inserisca nella convenzione di concessione l'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «*Carta della qualità dei servizi*», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza.

Sempre nella fase di stipula della convenzione di concessione, inoltre, si obbliga l'amministrazione ad inserire, nell'assetto del servizio dato in concessione: fasi di consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori; metodi di verifica periodica dell'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori; un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori; una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini.

La convenzione di concessione, in conclusione, deve prevedere un sistema di finanziamento delle principali attività a tutela dell'utenza basato su prelievi a carico dei soggetti gestori del servizio.

Il sistema di regolazione della qualità dei servizi pubblici in ambito locale, quindi,

risulta profondamente modificato: quella che, in precedenza, era la parte dedicata all'espressione dell'indirizzo amministrativo locale risulta, di fatto, conformata come luogo di espressione e di confronto tra le istanze dei diversi *stakeholders* interessati alla concreta erogazione del servizio pubblico locale, con l'amministrazione posta a svolgere un ruolo di garanzia delle reciproche prerogative, anche se con un livello di maggiore tutela nei confronti della parte debole, costituita dai consumatori. Un eventuale sbilanciamento in danno di uno degli *stakeholders*, infatti, assumerebbe in tale contesto un diretto rilievo giuridico quale violazione delle clausole della convenzione di concessione del servizio, con le relative conseguenze in termini sanzionatori e di responsabilità contrattuale.

Il dato interessante, in siffatto nuovo contesto, è la natura delle previsioni normative che non sembrano idonee ad inserirsi in via eteronoma nelle singole convenzioni di concessione, richiedendo in ogni caso che l'amministrazione locale si attivi creando ed inserendo nell'atto convenzionale specifiche clausole: queste, infatti, non dovrebbero essere meramente riproduttive del testo normativo ma applicative dei principi in esso contenuti, attraverso un'attività di adattamento alle circostanze concrete del servizio che solo la singola amministrazione locale di riferimento può adeguatamente compiere.

5.1. La riforma Brunetta e l'introduzione della c.d. *class action* amministrativa

Su questa nuova conformazione della regolazione in punto di qualità dei servizi pubblici locali, si innesta la c.d. riforma Brunetta, volta in generale all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, di cui alla l. 4 marzo 2009, n. 15 e ai relativi decreti di attuazione, che ha introdotto due importanti innovazioni in merito alla disciplina delle carte dei servizi in generale¹⁰⁰.

Un primo riferimento in merito, anche se attinente all'applicazione delle carte dei servizi nell'ambito delle attività non prestazionali dell'amministrazione, è da farsi all'introduzione dell'art. 28 del d. lgs. 27.10.2009, n. 150 che ha riscritto il comma II

¹⁰⁰ Per approfondimenti sul punto, si rimanda a R. PEREZ, *Il «piano Brunetta» e la riforma della pubblica amministrazione*, Bologna, 2010; A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in www.apertacontrada.it.

del citato art. 11 del d. lgs. 286/1999: con questa norma si introduce, infatti, nel sistema di definizione degli *standard* di qualità per l'attività amministrativa non esternalizzata, il potere di iniziativa procedimentale in capo alla nuova Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche, riferimento da intendersi ad oggi correttamente rivolto alla nuova Autorità Nazionale Anticorruzione¹⁰¹.

Sul punto, deve registrarsi il recente intervento del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito con l. 114/2014, il cui art. 19, comma XIII, lett. a) ha abrogato la suddetta previsione, assegnando le relative competenze in capo al Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri: tale previsione, a ben vedere, conferma la distinzione tra la regolazione della qualità dei servizi pubblici di prestazione, esclusa dall'ambito di quest'ultima riforma, e la tutela della qualità dei servizi pubblici non di erogazione, inerenti all'attività di misurazione e valutazione delle *performance* amministrative.

Resta, ad ogni modo, valida l'originaria previsione di principio di cui al primo comma della norma del 1999, rivolta in generale all'attività amministrativa di prestazione *tout court*, secondo cui «*i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi*».

Con riferimento ai servizi di carattere imprenditoriale, invece, resta valida la previsione di cui alla richiamata Legge finanziaria per il 2008, in virtù della quale l'amministrazione territoriale vede le proprie competenze sempre più focalizzate sull'inclusione dell'obbligo di redazione delle carte all'interno delle singole convenzioni di concessione e sulla vigilanza successiva in merito al rispetto delle relative clausole, fungendo talvolta anche da mera interfaccia tra le istanze dei consumatori/utenti e

¹⁰¹ Sul punto, infatti, deve darsi conto dell'entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190 recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, che ha individuato la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche quale Autorità nazionale anticorruzione. Con l'entrata in vigore della successiva l. 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, recante *Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, la Commissione ha assunto l'attuale denominazione di Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche.

l'attività dell'erogatore del servizio.

Proprio su questo punto, come si dirà dappresso, incide l'altra innovazione introdotta a seguito della richiamata riforma Brunetta, rappresentata dalla c.d. azione di classe amministrativa, di cui al d. lgs. 21.12.2009, n. 198, in attuazione della delega contenuta all'art. 4 della richiamata l. 15/2009.

Come appena indicato, il d. lgs. 21 dicembre 2009, n. 198 è intervenuto inserendo nell'ordinamento un nuovo strumento di tutela giurisdizionale, costituito dal ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, giornalmisticamente indicato anche come «*class action amministrativa*», volto nelle intenzioni del legislatore a costituire il braccio giudiziale della riforma della pubblica amministrazione, operata con il richiamato d. lgs. 150/2009, nell'ambito della legge Brunetta.

Ebbene, in considerazione dei primi indirizzi giurisprudenziali in merito, sembra che l'utilità sistemica del ricorso per l'efficienza possa rappresentare un interessante punto di svolta nella tutela degli interessi dei consumatori, forse anche al di là di quanto sia potuto apparire a prima vista.

La struttura di questa azione, effettivamente, si presenta in modo anomalo: l'esclusione della tutela risarcitoria, i diversi passaggi procedurali richiesti e la particolare conformazione del potere cognitivo del giudice, infatti, hanno fatto propendere parte della dottrina per una considerazione non positiva circa l'utilità pratica dell'istituto, confortati anche dal fatto che il legislatore, nel riorganizzare la giustizia amministrativa con l'adozione del d. lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo), abbia ommesso di inserire il ricorso per l'efficienza tra le azioni esperibili davanti al giudice amministrativo, pur avendo dedicato l'intero titolo III del libro primo ad «*Azioni e domande*»¹⁰².

102 In tal senso, da ultimo, vedi S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1519, in cui si sottolinea che gli artt. 29-32 disciplinano l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione avverso il silenzio e la declaratoria di nullità, mancando qualsivoglia riferimento all'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione, che sembra, peraltro, costituire, come si vedrà meglio in seguito, un tipico esempio di azione di adempimento. A tal proposito, si ricordi che, sulla scia delle aperture dottrinali, ma anche giurisprudenziali (si v., in particolare Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2011 e TAR Lombardia, Sez. III, n. 1428/2011), il d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160, c.d. secondo correttivo al codice del processo amministrativo, ha introdotto nel giudizio amministrativo l'azione di adempimento (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.).

Rileva, sul punto, innanzitutto la previsione, di cui all'art. 3 del decreto, per cui il ricorrente deve, in via preliminare, diffidare formalmente l'amministrazione o il concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla propria soddisfazione.

Il ricorso è proponibile solo se, decorso il suddetto termine, l'amministrazione o il concessionario non ha provveduto, o ha provveduto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata. Vale, ad ogni modo, il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine della diffida per esperire il ricorso. Si prevede, poi, che il ricorrente, in luogo della diffida, possa promuovere le forme di risoluzione non giudiziale della controversia, quali ed esempio le procedure conciliative previste nelle carte dei servizi o le altre forme previste ai sensi dell'art. 30 della l. 18.6.2009, n. 69.

Un'ulteriore particolarità, attiene alla valutazione condotta dal giudice, che deve tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria alla parte dedotta in giudizio sia nella valutazione circa la sussistenza dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis* del decreto 198/2008, sia al momento di determinare il contenuto della condanna, ai sensi dell'art. 4, comma 1 della medesima norma: il fine, infatti, è sempre quello di evitare aggravii economici in capo alle amministrazioni pubbliche e ai gestori dei servizi in applicazione del criterio di efficienza che vuole perseguire una migliore fruizione delle risorse già a disposizione.

Ma forse l'elemento di maggior rilievo, quale limite alle potenzialità di questa azione, è dato dalla previsione di cui all'art. 1, comma 6 del d. lgs. 198/2009 secondo cui il ricorso non consente di ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti dall'attore, a seguito dell'inefficienza amministrativa, restando operativi a tal fine i rimedi ordinari e segnatamente, per quanto attiene alla posizione dei consumatori, l'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* del d. lgs. 206/2005, il c.d. Codice del consumo.

Sul punto la dottrina non ha mancato di segnalare che l'elemento tipico dell'azione di classe, anche con riferimento ad altre tradizioni giuridiche, è rappresentato proprio dalla richiesta risarcitoria, mentre il ricorso in esame è finalizzato alla rimozione delle disfunzioni presenti nell'attività amministrativa e nell'erogazione dei servizi

pubblici¹⁰³.

A ben vedere tale caratteristica, unitamente alle richiamate peculiarità del potere cognitivo del giudice di cui meglio si dirà nel prosieguo, devono leggersi con il primario intento del legislatore di evitare la creazione di un ulteriore fonte di aggravio economico sulle casse dello Stato, creando un mezzo di tutela volto a ripristinare l'attività amministrativa o il servizio prima ancora che venga ad emersione un danno.

Tale circostanza, tuttavia, ha determinato una notevole difficoltà in punto di definizione della situazione giuridica sostanziale, tutelata con l'azione di cui si discorre. Non potrebbe, infatti, parlarsi di azione popolare, in quanto il primo comma dell'art. 1 del decreto 198/2009 limita l'esperibilità dell'azione alla ricorrenza di una «*lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*» nei confronti del ricorrente¹⁰⁴.

La dottrina, sul punto, ha tuttavia evidenziato che il ricorso per l'efficienza è posto a tutela di una molteplicità di situazioni giuridiche diverse, inquadrabili non solo nella classica dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi, ma afferenti anche all'effimere categorie degli interessi amministrativamente protetti e finanche di quelli semplici¹⁰⁵: sul punto, non può non accogliersi la lettura data dalla dottrina che esclude la qualificabilità di tali situazioni soggettive come interessi semplici, in ragione della necessità di un minimum di differenziazione per l'accesso alla tutela; diverso tuttavia, appare il discorso con riferimento al carattere superindividuale degli interessi tutelati.

Il legislatore, infatti, considera legittimati attivi i «*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*»: la questione, in

103 In tal senso, vedi F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in www.federalismi.it, che utilizza il termine di «azione correttiva» proprio per distinguerla dall'azione collettiva risarcitoria.

104 Sul punto, vedi U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela per il cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 246-252. La differenza tra la natura dell'interesse alla base dell'azione popolare e gli interessi collettivi è evidenziata da S. AGRIFOGLIO, *Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela degli interessi collettivi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976. Per approfondimenti sulla nozione di azione popolare, si rimanda allo studio di F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo*, Napoli, 1993, che ricostruisce le diverse teorie sulla natura dell'azione popolare; più di recente, anche F. TIGANO, *Le azioni popolari suppletive e correttive. Attualità di una distinzione*, Torino, 2008.

105 Sul punto, vedi F. CINTIOLI, *Note sulla class action amministrativa*, in www.giustamm.it, secondo cui richiedere una lesione diretta, concreta e attuale non comporta necessariamente la configurabilità di un interesse legittimo ovvero di un diritto soggettivo, ben potendo sussistere una situazione giuridica diversa, di minore rilievo.

altri termini, è se l'azione per l'efficienza possa estendersi anche alla tutela degli interessi di tipo diffuso o meno¹⁰⁶.

Sul punto si rammenta che l'ordinamento distingue tra interessi superindividuali di tipo collettivo, in cui sussiste un centro di imputazione collettiva e di rappresentanza unitaria dell'interesse, quale un'associazione o un comitato, ed interessi di tipo diffuso, in cui manca la possibilità di un riferimento ad entità esponenziali soggettivamente identificabili: ne consegue, nel caso di interessi diffusi, una notevole difficoltà di apprestare tutele, in ragione dell'impossibilità di reperire una figura soggettiva cui imputare il titolo di legittimazione ad agire¹⁰⁷.

Il dubbio esposto, con riferimento alla disciplina del ricorso per l'efficienza, sorge dalla possibilità che l'azione sia esperita anche singolarmente, ad esempio da un solo consumatore o utente di un servizio pubblico, anche in assenza di una qualsiasi iniziativa da parte dei relativi enti esponenziali, come confermato dalla dottrina che pone in evidenza come l'interesse alla buona amministrazione non sia passibile di forme differenziate di fruizione¹⁰⁸.

In merito rileva, tuttavia, che il legislatore ha configurato l'interesse tutelato in ter-

106 In questo senso, vedi C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo* (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), in www.giustamm.it, secondo cui con il ricorso per l'efficienza si avvia «un processo di individualizzazione dell'interesse diffuso». La differenziazione realizzata mediante l'attribuzione al singolo individuo della legittimazione ad agire fa sì che l'interesse diffuso acquisisca il carattere di situazione giuridica degna di tutela giurisdizionale, con l'unica particolarità di potere appartenere a un numero indeterminato di soggetti.

107 Sulla differenza tra interessi collettivi e diffusi, si rimanda a R. FEDERICI, *Gli interessi diffusi*, Padova, 1984, che ricorda come dottrina e giurisprudenza individuino la caratteristica comune nell'essere interessi identici per una collettività di persone e l'elemento distintivo nell'organizzazione, reputata fondamentale per i primi, irrilevante per i secondi. Nella dottrina classica sul punto, inoltre, si vedano M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7; C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Milano, 2003; R. ROTA, *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione*, 1998. Cfr. poi, anche V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, secondo cui ammettere la tutela degli interessi superindividuali soltanto in presenza di enti o gruppi organizzati significa privare della giusta protezione molte e importanti situazioni giuridiche, nonché G. VILELLA, *Situazione legittimante e organizzazione degli interessi*, Bologna, 1991.

108 In merito, si noti che l'interesse ad una buona amministrazione era stato preso ad esempio già da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, per spiegare la sua natura di interesse di fatto fintanto che il relativo dovere non viene sanzionato. Interessante, poi, l'impostazione di A. FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli-Roma, 2011, secondo cui è necessario «capovolgere l'impostazione», per cui non sarebbe l'interesse particolare del singolo a beneficiare del risultato ottenuto da un interesse generale e indifferenziato, che si traduce nell'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione, bensì «l'azione promossa dal singolo è volta ad assicurare, in via diretta, la soddisfazione del proprio interesse materiale e, in via indiretta, l'interesse diffuso di tutti i fruitori ed utenti al corretto svolgimento della funzione e del servizio».

mini di differenziazione, come già prima evidenziato, avvicinandone la struttura a quella del tradizionale interesse legittimo ed escludendo, di conseguenza, la possibilità di aprire questa tutela anche agli interessi diffusi, caratterizzati proprio dal dato della non differenziazione¹⁰⁹. Il ricorso per l'efficienza, in altri termini, costituirebbe un'ulteriore forma di tutela degli interessi legittimi, categoria che viene necessariamente a ricomprendere anche gli interessi collettivi ai quali l'ordinamento riconosca un particolare rilievo: è questo, ad esempio, il caso dell'interesse dei consumatori ad essere correttamente coinvolti nei procedimenti di individuazione dei parametri di riferimento per la tutela della qualità, nell'erogazione dei servizi pubblici locali a contenuto economico, in conformità a quanto disposto dal richiamato art. 2, comma 461 della legge finanziaria per il 2008.

In tal senso, infatti, il decreto 198/2009, nell'individuare i presupposti per l'azione, fa espresso riferimento alla violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, ovvero alla violazione degli *standard* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione e al controllo e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150¹¹⁰.

Deve notarsi, a questo punto, come nella previsione appena richiamata si riproponga quella sovrapposizione tra il piano delle garanzie sulla qualità nell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, che trova espressione nella disciplina delle carte dei servizi quale atto di autoregolazione ad adozione necessaria da parte del soggetto erogatore, e il piano della valutazione dell'azione amministrativa a carattere non economico, in cui lo strumento delle carte dei servizi assume la funzione di parametro di riferimento in termini di amministrazione di risultato.

Il ricorso per l'efficienza, in sostanza, viene posto come strumento di tutela con ri-

109 In tal senso, vedi G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in www.lexitalia.it, 2/2010, per cui la situazione giuridica tutelata con il ricorso per l'efficienza non può che essere il tradizionale interesse legittimo, seppure con la particolarità di essere «omogeneo» per una pluralità di soggetti.

110 Per una prima ricostruzione dei presupposti del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e degli erogatori di pubblici servizi, si rimanda a D. DI LORETO, *Parte II - D.Lgs. 20 dicembre 2009*, n. 198, in R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; S. DORE e G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante «Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici»*, in www.giustamm.it; C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501-507; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in www.giustamm.it; F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione*, *ivi*; U.G. ZINGALES, *op. ult. cit.*

ferimento ad entrambi i suddetti piani, ma è nell'ambito dell'erogazione dei servizi a rilievo economico che le prime applicazioni giurisprudenziali sembrano aprire la strada a prospettive di notevole rilievo per gli interessi dei consumatori.

Focalizzando in questa sede l'attenzione sui profili relativi alla violazione degli obblighi attinenti alle carte dei servizi, vengono in rilievo due possibili profili distinti: il legislatore, infatti, prevede che la lesione tutelabile possa derivare dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi, oppure dalla violazione di *standard* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore.

Ebbene, se il primo profilo appare legato alla circostanza per cui l'erogatore del servizio non abbia rispettato il contenuto del proprio atto di autoregolazione, ossia della carta dei servizi, è il secondo profilo che pone la questione principale in tema di azione amministrativa: cosa deve intendersi, in sostanza, per autorità preposte alla regolazione e al controllo?

Un primo riferimento immediato è da farsi all'attività di regolazione posta in essere dalle amministrazioni indipendenti: in tal senso, la norma assume il significato di attribuire agli utenti/consumatori una tutela diretta per il rispetto degli *standard* qualitativi ed economici del servizio, così come identificati in sede di regolazione e a prescindere dal loro inserimento nel testo delle singole carte dei servizi: queste ultime, infatti, devono ritenersi direttamente integrate in via eteronoma in ragione di quanto stabilito in sede regolatoria.

Potrebbe leggersi tale meccanismo come una forma di garanzia circa l'effettività della partecipazione degli *stakeholders* ai procedimenti di determinazione degli *standard* in sede di regolazione, anche in ragione del contenuto dell'eventuale sentenza di accoglimento, che condannerebbe l'erogatore del servizio a rispettare lo *standard* rimasto privo di concreta attuazione.

Ma, come già evidenziato in precedenza, esiste un ulteriore piano della regolazione, che opera principalmente con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica affidati in concessione ad operatori privati, e che vede coinvolte le amministrazioni territoriali di riferimento: queste, infatti, sono chiamate dalle richiamate previsioni di cui all'art. 2, comma 461, della l. 244/2007 non solo a vigilare circa il

rispetto degli *standard* qualitativi dei servizi di loro afferenza, ma anche a gestire il momento di individuazione e di aggiornamento dei parametri da inserire nelle relative carte dei servizi, la cui redazione deve costituire uno specifico obbligo per il gestore, formalizzato nelle clausole della convenzione che ne regola il rapporto concessorio.

All'interno di questa attività, poi, il legislatore indica il dovere di approntare un particolare livello di tutela nei confronti dei consumatori, intesi come parte debole del rapporto di utenza. Tale previsione, in via sistematica, va a specificare le previsioni di cui all'art. 101 del Codice del Consumo, di cui al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

5.2. Il ruolo dell'amministrazione locale nei recenti assesti della giurisprudenza amministrativa

Proprio su questo profilo il giudice amministrativo è intervenuto, con alcune prime significative pronunce in materia di ricorso per l'efficienza amministrativa: sembra, come meglio dappresso si dirà, che stia emergendo nell'ordinamento italiano un nuovo ruolo per le amministrazioni territoriali, quale luogo di confronto garantito tra i diversi portatori di interessi coinvolti nella regolazione a livello territoriale dei servizi pubblici a contenuto economico.

Una prima pronuncia del giudice amministrativo in tal senso, è intervenuta sulla questione ammettendo un ricorso per annullamento, proposto da un ente locale, nei confronti di un atto con cui l'erogatore del servizio postale universale aveva disposto la chiusura di un proprio ufficio senza rispettare le garanzie territoriali minime, previste con riferimento agli obblighi di servizio universale¹¹¹.

Il rilievo della suddetta pronuncia ai nostri fini è indiretto: il giudice amministrativo, infatti, trae dall'azione per l'efficienza amministrativa, un'argomentazione analogica a sostegno della propria giurisdizione in merito alle controversie aventi ad oggetto le vicende afferenti alla fase di «*regolazione*» delle attività di erogazione dei servizi pubblici a contenuto economico.

Ed infatti si chiarisce nelle motivazioni che il caso concreto attiene alla legittimità di

111 Il riferimento è a T.A.R. Campania, Salerno, 5 marzo 2013, n. 533, in www.giustizia-amministrativa.it

un atto che, per la sua natura organizzativa, si colloca a monte della concreta erogazione del servizio, la conformità del quale alla carta dei servizi ed agli *standard* qualitativi ed economici stabiliti dall'Autorità di vigilanza costituisce, invece, l'oggetto precipuo del giudizio ex art. 1 d. lgs. n. 198/2009. Deve, infatti, notarsi sul punto che ricorrendo l'ipotesi di un servizio pubblico a carattere non locale, la regolazione in punto di qualità del servizio medesimo risulta tutta attratta al livello centrale ed affidata all'attività della competente amministrazione indipendente: ciò esclude l'applicabilità del ricorso per l'efficienza in merito alla fase organizzativa del servizio, data la richiamata previsione di cui all'art. 1, comma 1-ter del decr. 198/2009 che esclude l'attività delle amministrazioni indipendenti dall'ambito oggettivo di applicazione dell'azione.

Lo stesso giudice, tuttavia, identifica nel Comune l'ente esponenziale degli interessi dei relativi cittadini riconoscendo, inoltre, specifico rilievo giuridico alla necessità che lo stesso ente fosse coinvolto nella definizione dell'assetto organizzativo del servizio, in ragione dei vincoli di autoregolazione che il gestore aveva costituito, nel rispetto dei principi e degli *standard* di qualità del servizio affermati in sede di regolazione¹¹².

Una seconda pronuncia, invece, è intervenuta accogliendo direttamente un ricorso ai sensi del d. lgs. 198/2009, proposto da un'associazione di consumatori nei confronti di un ente locale che aveva ommesso di procedere alla definizione degli *standard* di qualità dei servizi da erogare, in contraddittorio con gli enti esponenziali degli interessi degli utenti, secondo quanto previsto dalla richiamata l. 244/2007 e confermato dal d.l. 138/2011¹¹³.

Il punto di maggior interesse, ai nostri fini, è costituito dalla modalità con cui in

112 Il giudice, in particolare, si riferisce all'atto costituito dal piano aziendale annuale degli interventi, rilevando che «*Considerato che effettivamente la società resistente si era auto-vincolata a porre in essere, come avvenuto in occasione dell'attuazione dei piani degli interventi relativi agli anni precedenti (cfr. la citata nota dell'Amministratore Delegato del 16.2.2012), un'attività di confronto con gli enti pubblici interessati in vista dell'attuazione del processo di razionalizzazione (cfr., sul punto, la stessa pag. 5 del piano degli interventi, prodotto in giudizio dai difensori della società resistente, laddove si afferma che «come per gli scorsi anni, la chiusura effettiva di ogni ufficio postale sarà subordinata ai consueti confronti che saranno avviati sul territorio con le autorità e con gli altri interlocutori istituzionali e associativi a livello locale»); ritenuta altresì la rilevanza non meramente formale, alla luce dell'esperienza pregressa, della suddetta eventuale omissione, atteso che, con lo stesso citato piano degli interventi (punto 3), si ammette che «alla luce del confronto intervenuto con le realtà locali, per ragioni di opportunità il piano 2011 ha subito una significativa riduzione degli interventi programmati».*

113 Il riferimento è a T.A.R. Campania, Salerno, 16 ottobre 2013, n. 2054, in *Dir. & Giust.* 2013, 4 novembre, e in *Guida al dir.* 2013, 45, 82.

questa sede il giudice amministrativo si pronuncia sulle difese dell'amministrazione resistente: in particolare, il comune si era difeso rappresentando di aver già avviato il relativo procedimento, con l'adozione di un atto di indirizzo amministrativo, e che, comunque, erano già state a suo tempo adottate le singole carte dei servizi da parte delle singole società di gestione dei servizi locali.

Il giudice, tuttavia, ritiene in primo luogo che l'avvio del procedimento, attraverso l'emanazione di un mero atto di indirizzo non possa ritenersi sufficiente in ordine al soddisfacimento degli interessi dei consumatori, tutelati attraverso il ricorso per l'efficacia, e che l'inadempimento dell'amministrazione permanga fino alla concreta adozione dei parametri della carta dei servizi.

Inoltre, con riferimento all'esistenza delle carte dei servizi adottate dai singoli erogatori dei servizi, il giudice ritiene che l'amministrazione comunale avrebbe comunque dovuto attivarsi, evidentemente in ragione delle particolari regole previste a tutela degli *stakeholders*, che avrebbero dovuto essere messi concretamente in condizione di rappresentare i propri interessi in tale sede secondo le richiamate previsioni normative: è, in sostanza, proprio qui che si annida la lesione attuale dell'interesse dei consumatori, al quale è stata negata la concreta possibilità di esprimersi all'interno del procedimento di determinazione degli *standard* di qualità dei servizi pubblici.

6. CONCLUSIONI

La pronunce richiamate, lette sullo sfondo del ricostruito assetto giuridico in materia di regolazione dei servizi pubblici locali a contenuto economico, sembrano delineare una prospettiva di grande interesse e di profonda innovazione, per il ruolo giocato dalle amministrazioni pubbliche nella regolazione in punto di qualità nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Si colgono, infatti, i primi spiragli per un riconoscimento anche giudiziale di una particolare funzione di aggiudicazione, che le amministrazioni territoriali vanno assumendo nell'attuale panorama giuridico: il contenuto delle carte dei servizi, con la relativa ricaduta in termini di obblighi specificati attraverso la definizione delle clausole delle convenzioni di concessione, infatti, non sembra più esclusivo appannaggio dell'indirizzo politico amministrativo determinato dall'amministrazione locale,

ma assume le fattezze di frutto del confronto tra le istanze dei diversi portatori di interesse, primi tra tutti i consumatori e le relative forme rappresentative.

Il ruolo dell'amministrazione pubblica, in questa nuova prospettiva, diviene quello di garantire la correttezza del confronto tra gli *stakeholders*, tanto al momento di definire il livello degli *standard* di qualità dei servizi, quanto nella dinamica dello svolgimento delle attività di concreta erogazione.

È, infatti, questo il senso della più recente giurisprudenza amministrativa in tema di efficienza amministrativa, che non ritiene più sufficiente la mera esistenza in astratto delle carte dei servizi, ma ne valuta le effettive modalità redazionali e di vigilanza richiedendo alle amministrazioni locali di attivarsi in concreto quali effettivi garanti del corretto confronto tra consumatori ed erogatori dei servizi.



***L'Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato
(AGCM) e la tutela del
Consumatore in ambito
nazionale ed europeo***

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMBITO NAZIONALE ED EUROPEO

(Sara Perugini)*

Nonostante il ritardo con il quale l'attenzione alla figura del consumatore e la disciplina del rapporto di consumo sono emerse nel mondo dell'Unione, rispetto all'esperienza statunitense, la spinta del legislatore europeo si è rivelata centrale nella evoluzione del diritto dei consumi in Italia che, attualmente, rappresenta uno dei Paesi maggiormente attenti alla figura del consumatore.

In tale contesto, la continua e progressiva accentuazione del ruolo assunto dal public enforcement che negli ultimi anni si affianca, nell'ottica del doppio binario, al private enforcement, trova la sua maggiore espressione nella centralità che il legislatore domestico ha inteso riconoscere in questa materia alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Muovendo da tale premessa, il focus della presente analisi si concentra, da un lato, sul contesto normativo nell'ambito del quale la stessa esercita le proprie attribuzioni in materia di tutela del consumatore, nel tentativo di evidenziarne gli aspetti applicativi più significativi; dall'altro, sulle forme di cooperazione internazionale esistenti con le autorità degli altri stati membri competenti in materia di tutela del consumatore. In particolare, oltre alle attività svolte in sede europea in applicazione del Regolamento 2006/2004, il lavoro evidenzia le criticità del provvedimento e illustra i possibili sviluppi del processo di revisione avviato dalla Commissione. Infine, in considerazione dei recenti interventi normativi, l'indagine si sofferma sul rapporto tra l'Autorità e le altre autorità nazionali aventi competenze di carattere settoriale.

SOMMARIO: SEZIONE I: LA FASE DISCENDENTE - 1. LE COMPETENZE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI TUTELA DEL CONSUMATORE. - 2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DI DIRITTI ATTRIBUITI AI CONSUMATORI DA NORME DELL'UNIONE E DA NORME DI DERIVAZIONE COMUNITARIA. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2011/83/UE CONSUMER RIGHTS.- 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE: ATTIVAZIONE DEI POTERI DI OSCURAMENTO DEI SITI INTERNET AI SENSI DEL D. LGS. 9 APRILE 2003, N. 70.

* Dottore di Ricerca in *Consumatori e Mercato* presso l'Università di Roma Tre. Funzionario AGCM. Le opinioni dell'autore non impegnano l'Istituzione cui appartiene

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE - 1. LE AZIONI COORDINATE DI *ENFORCEMENT* IN SEDE EUROPEA: IL REGOLAMENTO SULLA COOPERAZIONE PER LA TUTELA DEI CONSUMATORI. - 2. CRITICITÀ E REVISIONE DEL REG. 2006/2004/CE: ARMONIZZAZIONE DELL'*ENFORCEMENT* NELLA REPRESSIONE DELLE VIOLAZIONI TRANSFRONTALIERE. - 2.1. SEGUE: L'AMPLIAMENTO DEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO ALLE "*VIOLAZIONI PARALLELE*". - 3. LA PRASSI: LE AZIONI COMUNI E LE PROCEDURE DI *SWEEP*. - 4. IL PRECIPITATO DEL NON/COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: PROCEDURA DI INFRAZIONE N. 2013/2169 "*RELATIVA AI CONFLITTI DI COMPETENZA E ALLE LACUNE APPLICATIVE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEI SETTORI REGOLATI*". - 5. L'ART. 27, COMMA 1-BIS, DEL CODICE DEL CONSUMO. - 6. CONSIDERAZIONI FINALI.

SEZIONE I - LA FASE DISCENDENTE

SOMMARIO: 1. LE COMPETENZE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI TUTELA DEL CONSUMATORE. - 2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DI DIRITTI ATTRIBUITI AI CONSUMATORI DA NORME DELL'UNIONE E DA NORME DI DERIVAZIONE COMUNITARIA. - 3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2011/83/UE *CONSUMER RIGHTS*. - 4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE: ATTIVAZIONE DEI POTERI DI OSCURAMENTO DEI SITI *INTERNET* AI SENSI DEL D. LGS. 9 APRILE 2003, N. 70.

1. LE COMPETENZE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI TUTELA DEL CONSUMATORE

Nello svolgimento della propria attività di controllo delle distorsioni concorrenziali, l'Autorità *Antitrust*, come noto, è chiamata ad accertare la compatibilità dei comportamenti d'impresa con le previsioni nazionali contenute nella l. 287/90 in materia di intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni nonché con le disposizioni comunitarie contenute nel Trattato. In particolare, l'Autorità - in forza delle previsioni contenute nel Reg. 1/2003/CE meglio noto come "*Regolamento modernizzazione*" - ha il compito di applicare in sede decentrata le previsioni degli artt. 101 e 102 TFUE nelle ipotesi di violazioni che arrechino un pregiudizio di commercio intracomunitario.

Accanto all'azione *antitrust* di tutela e promozione della concorrenza, l'Autorità ha progressivamente assunto, in linea con le evoluzioni che hanno caratterizzato il diritto dell'Unione nella costruzione del mercato unico europeo, un ruolo fondamentale anche in ambito consumeristico.

Se sin da primi anni '90 l'Autorità viene individuata dal legislatore come amministrazione competente in materia di pubblicità ingannevole e, successivamente, di pubblicità comparativa illecita, è senz'altro la scelta di attribuire all'*Antitrust* la competenza piena ed esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette a segnare l'inizio di tale cambiamento e a collocarla nel panorama giuridico nazionale come l'autorità amministrativa di riferimento per la tutela del consumatore¹.

Deve, infatti, considerarsi che l'entrata in vigore del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146 di attuazione della dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali², ha determinato l'introduzione nel nostro ordinamento di significative novità - sostanziali e rimediali - in ambito consumeristico, che hanno comportato un ampliamento dello spazio di intervento dell'Autorità e un rafforzamento dell'azione amministrativa in materia di tutela del consumatore.

Sotto il profilo sostanziale, il carattere "generale" della disciplina, l'ampiezza della nozione di pratica commerciale che ricomprende multiformi attività³ poste in essere dal professionista nei confronti dei consumatori «*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto*»⁴ e il rinvio a clausole generali contenuto nella definizione del canone di diligenza professionale⁵ - criterio cardine alla stregua del quale valutare la slealtà di una pratica - hanno determinato una rivoluzionaria estensione dell'ambito di intervento dell'Autorità (prima circoscritto alla sola pubblicità) in grado di coprire tutte le tecniche utilizzate per convincere il consumatore a prendere una decisione di natura commerciale e tutte le fasi in cui si articola il rapporto di consumo⁶.

1 In tal senso A. GENOVESE, *I divieti di pratiche commerciali scorrette. Enforcement e tutele*, in Id. (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, 209.

2 Sulla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette v. E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Le modifiche al Codice del consumo*, Torino, 2009; Id., *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; tra i commentari più recenti, v. G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, 116.

3 Il diritto privato europeo sposta la sua attenzione dall'atto alla attività evidenziando il ruolo crescente attribuito dal legislatore all'intero procedimento che accompagna l'operazione commerciale richiamata dall'art. 19, comma 1, cod. cons.; così L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 1.

4 Art. 19, co. 1, cod. cons. la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 e ss. cod. cons. si applica ai tutti i comportamenti posti in essere dal professionista nei confronti dei consumatori «*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto*».

5 Sul tema E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 81.

6 In forza di quanto previsto dall'art. 19, co. 1, cod. cons. la nozione di pratiche commerciali scorrette

Inoltre, l'attribuzione all'Autorità di poteri analoghi a quelli previsti in ambito concorrenziale quali la possibilità di procedere d'ufficio, di effettuare verifiche ispettive, di chiudere il procedimento mediante decisione con impegni accanto alla previsione di sanzioni più elevate rispetto alle precedenti, oggetto di ulteriori significati aumenti nel 2012, hanno contribuito a rendere più efficaci gli interventi a tutela del consumatore.

Il quadro delle competenze dell'Autorità è stato ulteriormente ampliato per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 37-*bis* cod. cons. che ha introdotto la tutela amministrativa delle clausole vessatorie⁷ e del d.l. 1/2012 convertito in l. 27/2012 che ha esteso l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali anche ai rapporti tra professionisti e microimprese⁸.

Da ultimo, il d.lgs. 11 marzo 2014, n. 21 di attuazione della dir. 2011/83/UE *consumer rights* ha attribuito alla Autorità anche la competenza in materia di diritti dei consumatori nei contratti che, in sede di *public enforcement*, è chiamata ad esercitarla con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori analoghi a quelli previsti in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 66, commi 2 e 3, cod. cons.)⁹.

L'estensione del contesto normativo sul quale l'Autorità esercita il proprio controllo, in grado di coprire l'intero rapporto di consumo sia sotto il profilo dinamico - dell'attività - che sotto il profilo statico - dell'atto - finisce per caratterizzare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come istituzione amministrativa nella quale si concentrano e sintetizzano i principali strumenti di carattere collettivo e pubblicistico a tutela del consumatore.

In tale contesto, ai fini dell'indagine che ci occupa, uno dei primi aspetti che vengo-

risulta idonea a ricomprendere non soltanto le pratiche commerciali che si realizzano prima dell'atto di acquisto, fase del primo "contatto sociale", mediante la pubblicità, ma anche quelle che si verificano contestualmente alla conclusione del contratto o durante la sua esecuzione.

7 Sul punto si rinvia a L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, 492 ss.

8 Secondo la nozione di cui all'art. 18 lett. d) *bis* c. cons. per microimprese si intende «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003».

9 Si tratta di una direttiva che ha introdotto rilevanti novità nel diritto dei consumi e che, come osservato da autorevole dottrina, «sembra aprire una nuova fase» nella evoluzione della disciplina consumeristica. In tal senso v. L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014, 5.

no in evidenza è la natura delle discipline che l'Autorità è chiamata ad applicare in ambito consumeristico.

In primo luogo, a differenza di quanto avviene nel contesto dell'*enforcement anti-trust*, non sussistono formali ipotesi di applicazione diretta di norme dell'Unione in quanto, come evidenziato, le fattispecie di sua competenza risultano disciplinate da norme nazionali che recepiscono direttive europee.

In secondo luogo, le discipline di competenza dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette (artt. 18-27 cod. cons.) e di clausole abusive (artt. 33-37 cod. cons.) presentano carattere "*orizzontale*"¹⁰, in quanto applicabili a tutti i rapporti tra imprese e consumatori a prescindere dall'oggetto del rapporto economico sottostante e dalla modalità di contrattazione.

Inoltre, anche la disciplina di recepimento della dir. 2011/83/UE, seppure con un differenziato approccio, contiene disposizioni di carattere generale e non settoriale che non presentano differenziazioni a seconda del mercato in cui il professionista si trova ad operare¹¹.

L'aspetto di maggior rilievo, tuttavia, è senz'altro rappresentato dal fatto che l'Agcm, a differenza di molte altre Autorità settoriali, è chiamata ad applicare disposizioni di diretta derivazione comunitaria.

Invero, con la sola eccezione della dir. 93/13/CEE relativa alle clausole abusive di armonizzazione minima, sia la dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali che la dir. 2011/83/UE *consumer rights*¹² contengono disposizioni rispetto

10 La direttiva, infatti, abbandona il tradizionale approccio di tipo verticale che caratterizza gli interventi comunitari che regolamentano singoli settori o singole fattispecie. In tal senso v. L. ROSSI CARLEO, *Dalla Comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., 10.

11 V. Relazione di accompagnamento al d. lgs. 21/2014 ove si legge: «L'Autorità è, quindi, meglio situata per l'esercizio di questa competenza non settoriale, che interseca ogni rapporto di consumo indipendentemente dalle modalità di conclusione del contratto».

12 Invero nel caso della dir. 2011/83/UE sussistono diverse eccezioni a tale approccio. In particolare, il regime di armonizzazione minima riguarda gli obblighi informativi introdotti per i contratti non qualificabili come contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (i c.d. contratti diversi) nonché le informazioni che il professionista è tenuto a fornire nel caso di contratti rientranti nell'ambito di operatività delle direttive 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) attuata dal d. lgs. 59 del 26 marzo 2010, e nella dir. 2000/31/CE (sul commercio elettronico) attuata dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. La sussistenza di tali eccezioni ha spinto autorevole dottrina a osservare che con la direttiva in questione l'Unione Europea segua un nuovo approccio regolamentare che, consente di discorrere di un principio di armonizzazione completa "temperata" delle normative nazionali. In tal senso v. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2011, 35.

alle quali il legislatore dell'Unione si è orientato verso un regime di sostanziale armonizzazione massima o completa che, come noto, preclude allo Stato membro la possibilità in sede di attuazione di discostarsi dal tenore e dal contenuto dei precetti dettati in sede europea ancorché in funzione di un incremento e di un miglioramento del livello di tutela dei consumatori.

2. L'APPLICAZIONE DIRETTA DI DIRITTI ATTRIBUITI AI CONSUMATORI DA NORME DELL'UNIONE E DA NORME DI DERIVAZIONE COMUNITARIA

Come evidenziato, nell'ambito delle funzioni attribuite all'Autorità in tema di tutela del consumatore, non sussistono ipotesi di applicazione diretta di norme dell'Unione.

Deve comunque rilevarsi come, con specifico riferimento all'attività di repressione delle pratiche commerciali scorrette - che, per squisite ragioni temporali, rappresenta l'ambito in cui si concentrano i provvedimenti più significativi adottati dall'Autorità - si registra lo sviluppo di una prassi caratterizzata dalla applicazione diretta dei diritti attribuiti ai consumatori e/o degli obblighi imposti ai professionisti da norme di rango comunitario o di derivazione comunitaria.

La prassi si giustifica e risulta coerente con il quadro normativo in materia di pratiche commerciali scorrette. Deve, infatti, considerarsi, per un verso, che il canone di diligenza cui il professionista deve uniformare le proprie condotte si caratterizza per il rinvio alle clausole generali di buona fede e correttezza che, necessariamente, devono essere declinate anche alla luce delle prescrizioni normative europee; per altro verso, che sussistono diverse fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive strettamente connesse alla violazione di diritti irrinunciabili riconosciuti al consumatore da normative di derivazione comunitaria.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla diffusione di informazioni non rispondenti al vero circa i diritti dei consumatori (art. 21, co. 1, lett. g) cod. cons.); alla disciplina delle omissioni che fissa una presunzione legale di rilevanza degli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario (art. 22, co. 5, cod. cons.); e ancora alla fattispecie dell'ostacolo non contrattuale, oneroso e sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali tra i

quali rientrano, per effetto del principio di integrazione del contratto, anche i diritti contenuti in norme imperative di derivazione comunitaria.

Significati esempi di tale prassi si registrano nel settore del trasporto aereo nell'ambito del quale l'Autorità ha adottato molteplici provvedimenti di scorrettezza circa le modalità di presentazione delle tariffe aeree da parte dei vettori.

Le decisioni riguardano, nello specifico, la pratica consistente nello scorporo, dai prezzi dei biglietti pubblicizzati nei siti *web*, della voce di costo connessa alla scelta del mezzo di pagamento accettato dai professionisti per regolare la transazione (c.d. *credit card surcharge*).

Simili fattispecie, secondo l'Autorità, si pongono in contrasto con il principio della trasparenza tariffaria del prezzo di offerta sancito oltre che dalla normativa nazionale (l. 40/2007) anche dal Reg. 1008/2008/CE recante «*Norme comuni per prestazione di servizi aerei nella Comunità*».

L'art. 23 del Regolamento dispone, tra l'altro, che il prezzo finale del volo deve essere indicato, qualsiasi sia il mezzo di comunicazione utilizzato per la sua offerta includendo «*tutte le tariffe aeree passeggeri o merci applicabili, nonché tutte le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione (c.d. "all inclusive")*» e che i costi per i servizi opzionali devono essere: «*(...) comunicati in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione e la loro accettazione da parte del passeggero deve avvenire sulla base dell'esplicito consenso dell'interessato ("opt in")*».

In questi casi il vaglio sulla sussistenza della pratica commerciale scorretta ha investito anche la violazione del citato Regolamento, in considerazione del fatto che l'indebito scorporo dal prezzo del biglietto di un onere economico non eventuale e ragionevolmente prevedibile *ex ante* e, dunque, interamente riconducibile alla politica tariffaria del professionista, risulta idoneo ad indurre in errore i destinatari sul prezzo effettivo del servizio e a compromettere la trasparenza tariffaria e la chiarezza nelle informazioni imposta dal rispetto dei suddetti principi ¹³.

¹³ Ad. esempio, v. Provv. 12 agosto 2013, n. 24502, PS7383, in *Boll.* 33-34/2013; Provv. 8 febbraio 2012, n. 23279, PS7505, in *Boll.* 6/2012. Nei provvedimenti l'Autorità osserva che: «*Il rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede, declinati anche alla luce delle prescrizioni normative nazionali e comunitarie, impone ai vettori aerei di assicurare, nelle proprie comunicazioni commerciali, la trasparenza tariffaria e la chiarezza delle informazioni fornite ai consumatori, al fine di consentire loro una piena e immediata percezione degli*

In forma analoga, nel settore agroalimentare l'Autorità ha posto particolare attenzione alla corretta osservanza, quali criteri di diligenza da parte delle aziende alimentari, dei principi generali e delle prescrizioni presenti nel Reg. 1924/2006/CE e annesso Allegato (c.d. Regolamento *Claim*), con riferimento all'impiego nella promozione di prodotti alimentari di *claim* nutrizionali contenenti vantii salutistici in realtà inesistenti ovvero utilizzati in assenza dell'autorizzazione richiesta dal provvedimento dell'Unione¹⁴.

Il richiamo dei precetti contenuti nel citato Regolamento ha riguardato anche la spendita pubblicitaria di *claim* nutrizionali di tipo comparativo al fine di accreditare al prodotto reclamizzato una riduzione percentuale di nutriente (grassi o grassi saturi nonché zuccheri e calorie) rispetto alla versione precedente o tradizionale della medesima referenza oppure a paragone di altri prodotti congeneri presenti sul mercato.

Nei vari casi esaminati, l'Autorità ha costantemente affermato che l'utilizzo di tali *claim* comparativi - particolarmente attraenti per l'ampia fascia di consumatori in regime di dieta controllata oppure orientati verso alimenti dal ridotto apporto calorico - comporta necessariamente che venga indicato in modo chiaro (nel medesimo spazio visivo del supporto media utilizzato e in pari evidenza grafica/sonora) lo specifico termine di raffronto considerato dal professionista per l'indicata riduzione percentuale, rinviando al supporto più spazioso (ad esempio, il sito *internet* aziendale) il dettaglio dei prodotti di altri professionisti, oggetto di confronto: ciò al fine di rendere al consumatore un'informazione diretta e trasparente circa l'effettiva portata nutrizionale dell'alimento reclamizzato ed evitare confusione con i *claim* cosiddetti "assoluti".

elementi essenziali delle offerte proposte». Tale principio presente anche negli orientamenti espressi dalla Commissione europea a seguito dell'indagine (*sweep*) condotta nel 2007 per l'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette è stato avvalorato anche dalla giurisprudenza amministrativa rilevando che «(...) dal supplemento per l'acquisto del biglietto on line non si può prescindere: non v'è per l'utente, il quale già non disponga di una Mastercard prepagata¹⁰ (ed a nessuno questa può essere imposta), un modo, nell'immediatezza dell'acquisto, per pagare on line un biglietto senza dover versare un supplemento: sicché questo è dunque per lui inevitabile» (TAR Lazio 12 aprile 2012, n. 3318).

¹⁴ V. Prov. 20 maggio 2014, n. 24938, PS5852, in *Boll.* 24/2014. In particolare, secondo quanto è dato leggere nei provvedimenti, la scorrettezza della pratica discende anche dal fatto che l'uso dei predetti *claim* si pone in contrasto di quanto disposto nel Regolamento circa la necessità che l'impiego di indicazioni salutistiche non deve comunque essere falso, ambiguo o fuorviante o incoraggiare il consumo eccessivo di un elemento, ovvero suscitare o sfruttare timori nel consumatore.

Sempre in riferimento alle indicazioni nutrizionali consentite dall'Allegato al Regolamento *Claim* - quanto allo specifico *wording* e alle condizioni d'uso ivi prescritte - l'Autorità è intervenuta, valutando gravemente scorrette alcune comunicazioni pubblicitarie che ponevano grande enfasi esclusivamente sulla sottocategoria del nutriente vantato in assenza/riduzione - il colesterolo - che, oltre a non essere espressamente prevista dal suddetto Allegato, era stata spesa in assenza delle condizioni per utilizzare il *claim* sul nutriente principale, ad esempio i grassi¹⁵.

In altri casi il vaglio sulla sussistenza della pratica commerciale scorretta ha investito la violazione del Reg. 432/2012/UE per l'utilizzo di una comunicazione pubblicitaria incentrata su indicazioni nutrizionali e salutistiche diverse e non autorizzate dal provvedimento dell'Unione¹⁶.

Il richiamo dei principi e delle prescrizioni presenti nei citati Regolamenti quali criteri di diligenza delle compagnie aeree e delle aziende alimentari e la scorrettezza di pratiche commerciali che contrastano con le prescrizioni in essi contenute, finisce per determinare l'applicazione diretta da parte dell'Autorità anche dei diritti tutelati dalle citate disposizioni: il diritto del consumatore alla trasparenza tariffaria e il diritto al corretto uso di specifici *claim* nutrizionali¹⁷.

Va ricordato, inoltre, che nell'ambito del quadro normativo descritto, molti procedimenti in materia di pratiche commerciali hanno riguardato diritti riconosciuti ai consumatori da norme nazionali di derivazione comunitaria.

Numerosi casi hanno avuto a oggetto la corretta applicazione delle disposizioni che tutelano il consumatore successivamente alla stipula del contratto con il professionista (c.d. diritti *post vendita*), in termini di mancata trasparenza dell'informativa e/o di ostacolo all'esercizio del diritto.

In proposito, basta ricordare i provvedimenti sanzionatori con i quali l'Autorità ha

15 V. Provv. 22 maggio 2012, n. 23605, PS/7744, in *Boll.* 21/2012.

16 V. Provv. 19 giugno 2014, n. 24990, PS/9231 in *Boll.* n. 29/2014 nel quale si legge: «sulla base del principio di diligenza richiesto quando si utilizzano specifici vant di natura salutistica il professionista avrebbe dovuto tenere nella massima considerazione quali fossero i *claim* scientificamente validati dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare e autorizzati ex Reg. n. 432/2012 mentre ha predisposto una comunicazione pubblicitaria incentrata su indicazioni nutrizionali e salutistiche diverse e non autorizzate, per avvalorare ai prodotti un'efficacia salutistica superiore xhe ad essi non può riconoscersi».

17 Sul tema v. anche F. TRUBIANI, *Violazione delle regole di informazione e rimedi nella vendita di alimenti*, in questo *Rapporto*.

sanzionato pratiche poste in essere dai venditori idonee ad ingenerare nei clienti l'erroneo convincimento di non aver diritto, nei loro confronti, ad alcuna garanzia di conformità sui prodotti difettosi - mediante la diffusione di informazioni false o incomplete circa il soggetto tenuto a fornire l'assistenza in garanzia, l'ampiezza e l'effettiva durata temporale della garanzia legale¹⁸ o di dover sostenere un costo per la riparazione del prodotto¹⁹ ovvero tese a limitare, restringere, impedire o anche solo ritardare l'esercizio da parte dei consumatori dei diritti loro riconosciuti dalla legge nel caso di prodotti affetti da un difetto di conformità²⁰.

Si pensi, nello stesso senso, alle decisioni con le quali l'Autorità ha accertato la scorrettezza delle informazioni diffuse circa le modalità, le condizioni e i termini di esercizio del diritto di recesso nell'ambito della contrattazione a distanza o, ancora, ai casi in cui è stata accertata la violazione del diritto al rimborso del prezzo in caso di mancata o ritardata consegna del prodotto.

3. L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2011/83/UE CONSUMER RIGHTS

¹⁸ Le istruttorie svolte dall'Autorità hanno fatto emergere come sia invalsa nel mercato la prassi da parte dei venditori di invitare i consumatori che lamentino un difetto di conformità del prodotto a rivolgersi direttamente al centro assistenza del produttore (Prov. 7 gennaio 2010, n. 20643, PS/289, in *Boll.* 2/2010; Prov. 4 febbraio 2010, n. 20750, PS/5009, in *Boll.* 5/2010; Prov. 30 giugno 2010, n. 21301, PS/4643, in *Boll.* 26/2010). Provvedimenti di scorrettezza hanno inoltre riguardato la diffusione di false informazioni circa l'ampiezza e l'effettiva durata temporale della garanzia legale (Prov. 22 dicembre 2010, n. 21955, PS/6086, in *Boll.* 50/2010).

¹⁹ Ad esempio, è stata accertata l'ingannevolezza delle indicazioni riportate in un sito di e-commerce che ponevano a carico del consumatore i costi per il recapito e il ritiro del prodotto dal laboratorio quando in realtà il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene senza dover sostenere alcuna spesa ivi comprese le spese effettuate per la spedizione, la manodopera e i materiali (Prov. 2 marzo 2011, 22170, PS6095, in *Boll.* 9/2011).

²⁰ Un primo gruppo di comportamenti qualificati dalla giurisprudenza come "*ostacoli non contrattuali*" all'esercizio dei diritti in parola, è costituito dal rifiuto concretamente opposto dal professionista di riparare o sostituire un determinato bene in presenza di un difetto di conformità che si sia manifestato nel corso della durata legale della garanzia. In proposito, l'Autorità ha qualificato come aggressiva in violazione degli artt. 24 e 25 lett. d) cod. cons. la pratica posta in essere da una società attiva nel commercio all'ingrosso e al dettaglio di autoveicoli che, dopo aver venduto ad un privato una vettura usata che presentava un difetto di conformità, ha rifiutato di riparare la vettura e di dar seguito alla successiva richiesta del consumatore di risolvere il contratto sostenendo che il difetto non fosse a lui imputabile (Prov. 17 novembre 2010, n. 21810, PS/5799, in *Boll.* 45/2010). In altri casi, l'ostacolo è stato identificato con la richiesta del pagamento delle spese di spedizione per l'invio in riparazione o la sostituzione di un prodotto difettoso coperto da garanzia legale. Una pratica che non trova alcun fondamento nella disciplina vigente in quanto, in base alla stessa, la prestazione della garanzia legale deve avvenire senza oneri di alcun tipo per il consumatore (Nel caso di specie, inoltre, la pratica risultava integrata anche dalla minaccia infondata di promuovere un'azione legale nell'ipotesi in cui il consumatore non avesse adempiuto all'onere di pagamento suddetto, in violazione dell'art. 25 lett. e) cod. cons. (Prov. 16 giugno 2010, n. 21254, PS/4138, in *Boll.* 24/2010).

Con l'entrata in vigore del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di recepimento della dir. 2011/83/UE²¹ (c.d. *consumer rights*) che, rispetto alle aspettative lasciate aperte dalla proposta iniziale²², si limita ad armonizzare due direttive con la finalità dichiarata di incrementare le transazioni transfrontaliere²³, l'Autorità diventa affidataria di una competenza orientata alla tutela diretta dei diritti contrattuali dei consumatori.

Sul punto, pare non superfluo accennare ai principali contenuti che il decreto apporta, nel sostituire gli artt. da 45 a 67 del Capo I del Titolo III della Parte III, al Codice del consumo²⁴.

La novella, in perfetta aderenza all'atto legislativo comunitario, immette significative novità nel nostro ordinamento, principalmente concernenti: i) l'introduzione di obblighi informativi per tutti i contratti con i consumatori rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina (artt. 48 e 49); ii) la previsione di stringenti requisiti di forma (art. 50 e 51) e di una disciplina rafforzata del diritto di recesso (artt. 52 - 59) per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali; iii) la previsione di nuovi diritti per i consumatori nella conclusione ed esecuzione di un contratto di vendita e/o di servizio.

21 Tra i diversi commenti alla dir. 2011/83/UE, v. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2013, II, 311; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, 611; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., 35; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 861; F. P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, ivi, 2012, 1007; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto impr./Eur.*, 2011, 754.

22 Secondo il disegno originario della Commissione (V. la proposta della Direttiva sui diritti dei consumatori presentata dalla Commissione UE l'8 ottobre 2008, in COM (2008) 614 def.) la Direttiva in esame avrebbe dovuto abrogare non solo, come ha fatto, la dir. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e la dir. 97/7/CE sui contratti conclusi dai consumatori mediante tecniche di comunicazione a distanza, ma anche la dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la dir. 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo e sulle garanzie ad esse relative.

23 Nelle premesse della direttiva si legge: «Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita. Il potenziale transfrontaliero dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (vendita diretta) è limitato da una serie di fattori che includono le diverse norme nazionali di tutela dei consumatori imposte sull'industria. Rispetto alla crescita della vendita diretta a livello nazionale negli ultimi anni, in particolare nel settore dei servizi, ad esempio servizi pubblici, è rimasto esiguo il numero di consumatori che utilizza questo canale per gli acquisti transfrontalieri» (Considerando n. 5).

24 Per un approfondimento delle novità introdotte dalla novella v. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in www.giustiziacivile.com, 21 maggio 2014.

Più nello specifico, con riguardo alle informazioni che il professionista è tenuto a fornire al consumatore *“prima che questi sia vincolato dal contratto”*, le novità attengono da un lato, alla previsione di una disciplina uniforme e di piena armonizzazione per i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dai locali commerciali, superando la duplicazione che aveva caratterizzato la legislazione previgente e il precedente approccio di armonizzazione minima; dall’altro, all’introduzione, in termini di assoluta novità, di obblighi informativi minimi anche per i contratti diversi che non ricadono nelle suddette categorie negoziali e che non sono oggetto di espressa esclusione dall’ambito di applicazione della disciplina²⁵.

La distinzione tra le suddette categorie negoziali opera, oltre che per il diverso livello di armonizzazione, anche per quanto attiene al regime di vincolatività delle informazioni. Queste ultime, infatti, formano parte integrante del contratto e non possono essere modificate *«se non con l’accordo espresso delle parti»* solo nel caso dei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

A rappresentare un’importante innovazione è poi la previsione di stringenti requisiti di forma per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali che restano disciplinati separatamente.

Al riguardo, la novità forse più rilevante è rappresentata dal fatto che i precetti introdotti dagli artt. 50 e 51 cod. cons. non disciplinano solo i mezzi da impiegare per la comunicazione delle informazioni pre-contrattuali²⁶ ma attengono anche al contratto. Tra tutti basti ricordare il contenuto dell’art. 51, co. 6, cod. cons. che, nel caso di contratti a distanza *«che devono essere conclusi per telefono»* (c.d. *teleselling out-bound*) richiede per la validità del contratto, la *«forma scritta»*²⁷.

25 Da un punto di vista sistematico, la previsione di obblighi informativi minimi anche per i contratti che non rientrano nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, costituisce una delle principali novità introdotte dal recepimento della direttiva nell’impianto normativo a tutela del consumatore in quanto sino ad oggi l’imposizione di precisi obblighi informativi nella fase precontrattuale, era riservata solo ad alcuni tipi di contratto in ragione dell’oggetto (si pensi alla multiproprietà, ai pacchetti turistici ecc.) o delle tecniche di negoziazione adottate (contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali).

26 In particolare, l’art. 50, co. 1, cod. cons. prevede che: *«Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui all’articolo 49, comma 1, su supporto cartaceo o, se il consumatore è d’accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile»*; l’art. 51, co. 1, cod. cons. stabilisce che: *«Per quanto riguarda i contratti a distanza il professionista fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni di cui all’articolo 49, comma 1, in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile. Nella misura in cui dette informazioni sono presentate su un supporto durevole, esse devono essere leggibili»*.

27 Per una lettura dell’art. 51, co. 6, cod. cons. v. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE*:

Un'ulteriore novità comune alle due tipologie contrattuali riguarda la modifica della disciplina del diritto di recesso (*ius poenitendi*) che si presenta nel complesso, ad eccezione di alcuni aspetti, maggiormente vantaggiosa per il consumatore²⁸.

Si segnalano, inoltre, per l'indubbia portata sul piano applicativo, le previsioni contenute nella Sezione III relativa agli «*altri diritti dei consumatori*» nei contratti di vendita e/o di servizio.

Al riguardo, ai fini dell'indagine che ci occupa, giova innanzitutto osservare che le disposizioni contenute nella Sezione III disciplinano, salvo alcune eccezioni, fasi successive alla conclusione del contratto. La novella incide, da un lato, sulla esecuzione delle obbligazioni poste a carico del professionista (la consegna di cui all'art. 61 cod. cons.) e del consumatore (la corresponsione del prezzo mediante determinati strumenti di pagamento di cui all'art. 62 cod. cons.)²⁹ nonché sul regime delle loro responsabilità durante la spedizione del bene (passaggio del rischio di cui all'art. 63 cod. cons.)³⁰; dall'altro, sulla fase di assistenza post-vendita (la tariffa dovuta dal consumatore per l'utilizzo di numeri telefonici dedicati all'assistenza post-vendita di cui all'art. 64 cod. cons.)³¹.

Al di là del rilievo sistematico delle norme in materia di obblighi di consegna e di passaggio del rischio, opportunamente evidenziato dai primi commentatori³², a

prime riflessioni cit., 10.

28 Sul punto v. F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1007 ss.

29 La disposizione vieta ai professionisti di imporre ai consumatori tariffe che superino quella sostenute dal professionista in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento. Tale previsione è già presente nell'ordinamento italiano in quanto il legislatore nazionale si è già avvalso di tale facoltà attraverso l'art. 3, co. 4, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 che ha recepito l'art. 52, par. 3, dir. 2007/64/CE (c.d. direttiva SEPA). La disposizione richiama quindi la norma citata.

30 Nell'ottica di tutelare il consumatore da ogni rischio di perdita o danneggiamento dei beni viene considerato quale momento del passaggio del rischio quello nel quale il consumatore ha ricevuto il bene, intendendosi tale momento solo quello in cui ha preso fisicamente possesso del bene. Rispetto al corrispondente art. 20 della direttiva, è stata utilizzata l'espressione «*entra materialmente in possesso dei beni*» in luogo di «*acquisisce il possesso fisico dei beni*» per rimarcare che si fa riferimento non al possesso ma all'acquisizione materiale dei beni, che costituisce una deroga, più favorevole al consumatore rispetto alla disposizione prevista dall'art. 1510, co. 2, c. c. (che in materia di vendita di cose mobili, disciplina il luogo della consegna) per la quale il venditore si libera dell'obbligo della consegna con il trasferimento del bene al vettore o allo spedizioniere.

31 Tale disposizione stabilisce il divieto di imporre al consumatore di pagare un costo superiore alla tariffa base della linea telefonica utilizzata dal professionista allo scopo di essere contattato dal consumatore in merito al contratto concluso (si pensi ai numeri dedicati all'assistenza post-vendita). La tariffa base è stabilita da ciascun operatore telefonico in relazione alla linea utilizzata.

32 V. V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giur.*, 2014, 745; E. BATTELLI, *Obblighi di consegna del bene e passaggio del rischio*, in *D. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutela per i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014, 32.

rappresentare una importante innovazione è la previsione contenuta nell'art. 65 cod. cons. che in caso di prestazioni accessorie a titolo oneroso impone al professionista di chiedere al consumatore il consenso espresso prima della nascita del vincolo contrattuale³³.

Tale norma, infatti, consentirà all'Autorità di intervenire direttamente sul meccanismo di *opt-out* frequentemente utilizzato dagli operatori nella vendita di beni o servizi opzionali secondo il quale è il consumatore a dover rifiutare espressamente la prestazione che altrimenti si intende tacitamente richiesta o accettata adottato dai professionisti nella vendita di servizi accessori a pagamento e sino ad oggi sanzionato solo in presenza di aspetti informativi ingannevoli³⁴.

Infine, deve ricordarsi la nuova disposizione relativa alla fattispecie della fornitura non richiesta che come noto rappresenta una delle principali fattispecie oggetto dei noti conflitti di attribuzione tra autorità.

La portata innovativa della novella non attiene tanto al contenuto che, rispetto alla norma nazionale previgente, non presenta differenze, quanto piuttosto al diverso impatto che la stesse produce nell'ordinamento nazionale: il carattere di armonizzazione massima della nuova disposizione determina, infatti, la disapplicazione delle regole adottate dalle Autorità di settore, sulla base della previgente disposizione di armonizzazione minima³⁵.

Già a una prima lettura del testo normativo, è dato cogliere l'ampliamento dell'ambito di intervento dell'Autorità cui è assegnato l'*enforcement* pubblico sul rispetto

33 In particolare l'art. 65 cod. cons. recita: «Prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dall'offerta, il professionista chiede il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare oltre alla remunerazione concordata per l'obbligo contrattuale principale del professionista. Se il professionista non ottiene il consenso espresso del consumatore ma l'ha dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento supplementare, il consumatore ha diritto al rimborso di tale pagamento».

34 Numerosi procedimenti dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette hanno riguardato l'ingannevolezza del meccanismo di preselezione dei servizi accessori facoltativi di assicurazione sul viaggio previsto durante il processo di prenotazione dei voli. Da ultimo, v. Provv. 27 febbraio 2014, n. 24826, PS/9052, in *Boll.* 11/2014.

35 Infatti, mentre l'art. 57 cod. cons. attuava in Italia una disposizione comunitaria di armonizzazione minima che conferiva allo Stato membro il compito di adottare disposizioni in materia di fornitura non richiesta (l'art. 9 della dir. 97/7/CE e successive modifiche), la nuova disposizione ha carattere massimale e, conseguentemente, a differenza di quanto avveniva in passato, preclude allo Stato membro di regolare la fattispecie discostandosi dal contenuto della disposizione comunitaria e, in particolare, di normare in maniera differente le conseguenze che derivano dalla fornitura non richiesta ancorché in funzione di un incremento e di un miglioramento del livello di tutela del consumatore. Per una prima verifica dell'impatto sulla regolazione vigente v. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*", cit., 14.

delle disposizioni di scorcio illustrate.

Ma vi è di più.

Le differenze strutturali che contraddistinguono i due plessi normativi e la scelta compiuta dal legislatore domestico di istituire una fattispecie di illecito amministrativo autonoma rispetto all'illecito contemplato in materia di pratiche commerciali assistito da un apparato sanzionatorio altrettanto autonomo, dimostrano anche il passaggio per l'Autorità, da una tutela mediata ad una tutela diretta dei diritti vantati dai consumatori nella contrattazione con il professionista.

Difatti, sebbene il rapporto tra la nuova disciplina e le norme che vietano ai professionisti di porre in essere pratiche commerciali scorrette sia di evidente continuità - tanto da rappresentare una delle ragioni addotte a giustificare l'attribuzione delle competenze all'AGCM - tra i due plessi normativi e tra i relativi illeciti sussistono significative differenze che rendono la sovrapposizione solo apparente.

In questa sede basti osservare che la disciplina in materia di pratiche richiede per la configurazione dell'illecito non solo la contrarietà al canone di diligenza professionale - requisito che difficilmente potrebbe reputarsi non integrato in presenza di una condotta illecita ex artt. 45 e ss. - ma anche l'idoneità ad alterare il comportamento commerciale del consumatore che non è presupposto di applicazione della disciplina sui diritti consumatori e che, peraltro, è soggetto ad una valutazione da effettuarsi - ad eccezione delle ipotesi contenute nelle *black list* di cui agli artt. 23 e 26 cod. cons. - tenendo conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso concreto.

Diversamente, come osservato in altra sede, l'accertamento dell'illecito in violazione dei precetti sostanziali in materia di diritti dei consumatori si risolve nella verifica del mancato rispetto da parte del professionista degli obblighi ivi individuati senza che sia necessario parametrare il comportamento del professionista ad ulteriori elementi di valutazione³⁶.

Ad esempio, l'omissione di una o più delle informazioni che il professionista è obbligato a fornire al consumatore prima che quest'ultimo si vincoli al contratto compor-

36 V. S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutela per i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014, 44; *Id.*, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., 16.

ta una violazione delle nuove disposizioni senza che sia necessario indagare la rilevanza dell'informazione omessa e la sua idoneità a incidere in misura apprezzabile sul comportamento del consumatore medio facendogli assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Ancora, il mancato riconoscimento del diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, la mancata consegna del prodotto e il mancato rimborso del prezzo anticipato, rilevano di per sé come illeciti amministrativi non essendo necessario qualificare detti comportamenti come ostacoli non contrattuali ai sensi dell'art. 25 lett. d) cod. cons.

Inoltre, a differenza di quanto avviene in materia di pratiche commerciali, la configurazione dell'illecito non richiede che il comportamento posto in essere dal professionista sia idoneo a colpire una pluralità indifferenziata di soggetti in quanto astrattamente ripetibile ovvero riconducibile a procedure interne inadeguate a prevenire la condotta³⁷, potendosi risolvere anche in un solo ed unico atto.

Sotto altro profilo, non può di certo tacersi, nonostante meno strettamente attinente all'indagine, l'importanza di individuare i punti di connessione esistenti tra i due sistemi normativi dettata dalla necessità di evitare che in presenza di comportamenti pluri-offensivi, l'Autorità possa incorrere in un *bis in idem* con conseguente duplicazione della sanzione.

Non può infatti trascurarsi, da un lato, che le norme di recepimento della direttiva sui diritti dei consumatori hanno finito per tipizzare come illeciti consumeristici talune condotte che - come evidenziato - la prassi applicativa dell'Autorità in materia di tutela del consumatore già da tempo aveva accertato e sanzionato come pratiche commerciali scorrette; dall'altro che molti dei precetti introdotti dalla novella riguardano fattispecie caratterizzate per loro stessa natura dalla astratta ripetibilità della condotta illecita nei confronti di una pluralità di soggetti e, dunque, idonee ad integrare la nozione di pratica commerciale in quanto, ad esempio, realizzate mediante mezzi di comunicazione di massa - come è il caso della contrattazione via *internet* - ovvero nell'ambito della contrattazione standardizzata.

Deve inoltre segnalarsi la sussistenza di molteplici perplessità circa la reale possi-

³⁷ Il principio in questione, come noto, è stato elaborato dalla prevalente giurisprudenza con specifico riferimento alla nozione di pratica commerciale e non anche in ragione della natura collettiva del rimedio attivabile. Da ultimo V. Consiglio di Stato, sentenza del 7 novembre 2012 n. 4753.

bilità che, in concreto, lo strumento amministrativo possa essere attivato anche a fronte di singole violazioni, in ottemperanza ai principi generali di efficienza e efficacia dell'azione amministrativa e in ragione della specifica funzione assolta dal *public enforcement* in ambito consumeristico di tutela del mercato mediante la correzione dei suoi fallimenti nonché in presenza di un ampio ventaglio di strumenti alternativi per la tutela del singolo nell'ambito del *private enforcement*³⁸.

Nei casi di potenziale sovrapposizione, in assenza di un rapporto tra le due discipline di genere a specie³⁹ - trattandosi, come evidenziato, di due discipline aventi carattere generale e afferenti l'una alla attività l'altra essenzialmente ma non del tutto all'atto contrattuale in se considerato - e a meno di non voler applicare l'istituto del cumulo giuridico, il vaglio sulla sussistenza di una pratica commerciale scorretta dovrebbe investire la violazione delle disposizioni di cui artt. 45 ss. ponendo estendersi la valutazione dell'Autorità ad aspetti ulteriori quali l'idoneità del comportamento a incidere sul comportamento economico del consumatore medio ovvero la possibilità di ricondurre la violazione della *consumer rights* nell'ambito di una pratica più ampia⁴⁰.

Tale soluzione si mostra coerente con il criterio di ripartizione delle competenze delle azioni recentemente individuato dal legislatore, con l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 27 cod. cons. per risolvere la relazione tra l'azione di repressione delle

38 In tal senso v. L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in D. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: *nuove tutela per i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014. L'autrice pur ammettendo l'eventuale possibilità di intervento anche su singole violazioni, rileva: «*Le perplessità a tale riguardo possono essere molteplici, tenuto conto che l'intervento comunque rileva non per quanto concerne la dimensione individuale dello scambio, ma ponendo sempre attenzione alla dimensione generale e, quindi, alla efficienza globale. Il public enforcement, difatti, anche se tiene conto di aspetti, per così dire, individuali, lo fa, comunque, nella prospettiva di una serialità in quanto, trattandosi di tutela del mercato, l'attenzione si concentra sull'efficienza che si persegue incentivando comportamenti corretti e correggendo, in tal modo, i fallimenti*».

39 Alla medesima conclusione giunge la Circolare Assonime seppure mediante un diverso percorso argomentativo che qualifica la disciplina in materia di pratiche commerciali come speciale rispetto alla disciplina dei diritti dei consumatori.

40 L'attribuzione all'AGCM in maniera piena ed esclusiva della competenza in materia ha trovato fondamento - per quanto risulta dalla Relazione Illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva - nella necessità di mantenere una coerenza con il sistema vigente in considerazione delle competenze che le sono da tempo attribuite in materia di pratiche commerciali scorrette. Secondo il legislatore l'attribuzione all'Autorità di questa nuova competenza si presenta coerente con il sistema vigente e, si giustifica anche sul piano sostanziale, posto che la stessa «*esercita già, a legislazione vigente, la vigilanza sul rispetto delle disposizioni di tutela del consumatore in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dai locali commerciali. In particolare, in forza dell'art. 22, comma 5 del Codice del consumo (che recepisce l'art. 7, comma 5 della dir. 2005/29/CE), sono considerati rilevanti ai fini della valutazione della ingannevolezza di una pratica commerciale tutti gli obblighi informativi previsti dal diritto comunitario in relazione alla commercializzazione di prodotti e servizi*».

pratiche e le azioni di repressione delle violazioni settoriali e con la stessa formulazione dell'art. 66, co. 1 che rinvia all'art. 27 riconoscendo la possibilità di garantire il rispetto delle disposizioni anche mediante l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁴¹.

4. L'APPLICAZIONE DIRETTA DELLE TUTELE: ATTIVAZIONE DEI POTERI DI OSCURAMENTO DEI SITI *INTERNET* AI SENSI DEL D. LGS. 9 APRILE 2003, N. 70

L'attività dell'Autorità in ambito consumeristico negli ultimi due anni è stata caratterizzata anche da ipotesi di applicazione diretta di tutele previste in specifici ambiti. In particolare, nel settore dell'*e-commerce* al quale la stessa pone sempre maggiore attenzione, anche in ragione delle istanze che provengono dall'Unione circa la necessità di assicurare e promuovere le transazioni transfrontaliere, l'Autorità ha fatto ampiamente ricorso allo strumento dell'oscuramento in sede cautelare di siti *web* attraverso i quali si realizzava una pratica commerciale scorretta, rendendoli inaccessibili dal territorio nazionale.

Si tratta di un potere che l'Autorità ha utilizzato invocando quale base giuridica il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che traspone nel diritto interno la dir. 2000/31/CE su alcuni aspetti giuridici del commercio elettronico.

Più nello specifico, in virtù di quanto previsto dagli artt. 14 co. 3, 15 co. 2 e 16 co. 3 d.lgs. 70/2003⁴², l'Autorità ha disposto che gli *internet service providers* - ossia i soggetti che rendono accessibili gli indirizzi *internet* - non consentissero gli accessi ai siti *web* provenienti dal territorio italiano. Le disposizioni sovra menzionate prevedono che l'autorità amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche

⁴¹ Tale criterio di raccordo trova conferma anche sul piano sostanziale in quanto privilegia quella delle due discipline che richiede qualcosa in più rispetto all'altra e che è in grado di ricomprendere in sé l'illecito contemplato dall'altra. V. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., 20. Nel riformato quadro normativo, del resto, la scelta di attribuire all'Autorità l'*enforcement* pubblico in materia sembra - per quanto è dato leggere nella Relazione di accompagnamento - ispirarsi anche alla necessità di raccordare il controllo su plessi normativi tra loro contigui in modo da «accentrare in capo ad unica amministrazione «il controllo degli obblighi informativi inerenti alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori, con ricadute positive in termini di applicazione uniforme della legislazione, certezza del diritto per le imprese ed efficacia della tutela garantita ai consumatori».

⁴² Le disposizioni prevedono che: «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

in via d'urgenza, che gli *internet service providers* impediscano o pongano fine alle attività e alle informazioni di natura illecita.

L'oscuramento, ha riguardato diversi siti internet che proponevano ai consumatori italiani la vendita illegale di farmaci senza ricetta medica, nonostante si trattasse di medicinali per i quali è, invece, necessaria la prescrizione, con un impatto che va oltre la tutela degli interessi economici dei consumatori, potendo incidere anche sulla loro salute e la loro sicurezza⁴³.

La medesima misura è stata adottata nei confronti di altri siti web che proponevano prodotti risultati contraffatti. In tali casi la tutela si è rivolta ai consumatori che tratti in inganno dall'allestimento e dalla grafica dei siti del tutto emulativa di quelli proposti da note griffe italiane, acquistavano on line, convinti di scegliere prodotti originali offerti a prezzi outlet. I prodotti contraffatti presentavano anche caratteristiche, in termini di sicurezza dei materiali usati, ben diverse da quelle dei prodotti originali⁴⁴.

Infine, lo strumento è stato utilizzato in sede di reiterata inottemperanza come misura esecutiva della sospensione temporanea dell'attività d'impresa svolta mediante siti *internet*⁴⁵.

43 V. Prov. 12 dicembre 2012, n. 24116, PS/8151, in *Boll.* 22/2013. Il provvedimento è stato adottato alla luce di una segnalazione congiunta effettuata dall'Aifa (Agenzia Italiana del Farmaco) e dai Nas (Nuclei Antisofisticazioni e Sanità dell'Arma dei Carabinieri) nel quadro di una più ampia collaborazione con i Ministeri della Salute e dello Sviluppo Economico e sulla base di ulteriori elementi acquisiti d'ufficio dall'*Antitrust* con la collaborazione investigativa del Nucleo Speciale della Guardia di Finanza. La segnalazione denunciava il sito *internet* in lingua italiana www.viagra-cialis-levitra.it che offre farmaci contro l'impotenza maschile e indirizza i consumatori, in modo automatico, verso il sito *internet* www.bestgenericdrugs.net per l'effettuazione e il pagamento dell'ordine: su questo secondo sito venivano peraltro offerti medicinali di ogni tipo, dagli antidepressivi ai medicinali contro l'obesità. Titolare del sito in italiano è un soggetto residente in Olanda che risulta anche intestatario del sito *internet* www.bestgenericdrugs.net. Nei due siti veniva offerta la possibilità di acquistare farmaci soggetti a prescrizione senza la necessaria ricetta medica lasciando intendere, contrariamente al vero, non solo che la vendita *on line* di farmaci fosse lecita in Italia, ma anche che il controllo medico non fosse necessario, mettendo così a rischio la salute dei consumatori. In realtà, in Italia la vendita *on line* di qualsiasi tipologia di farmaci è vietata, visto che la legge impone sempre la presenza fisica del farmacista e, nel caso di farmaci etici, anche una specifica prescrizione medica.

44 Tra i più recenti, V. Prov. 13 maggio 2014, n. 24928, PS/9200 e Prov. n. 24929 PS/9202 in *Boll.* 23/2014. Nell'ambito dei due procedimenti sono stati resi irraggiungibili 33 siti, di cui sono titolari soggetti cinesi, che vendevano scarpe *Nike* contraffatte.

45 V. Prov. 29 ottobre 2013 n. 24584, in *Boll.* 45/2013.

SEZIONE II: LA FASE ASCENDENTE

SOMMARIO: 1. LE AZIONI COORDINATE DI *ENFORCEMENT* IN SEDE EUROPEA: IL REGOLAMENTO SULLA COOPERAZIONE PER LA TUTELA DEI CONSUMATORI. - 2. CRITICITÀ E REVISIONE DEL REGOLAMENTO 2006/2004/CE: ARMONIZZAZIONE DELL'*ENFORCEMENT* NELLA REPRESSIONE DELLE VIOLAZIONI TRANSFRONTALIERE. - 2.1. SEGUE: L'AMPLIAMENTO DEL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL REG. ALLE "VIOLAZIONI PARALLELE". - 3. LA PRASSI: LE AZIONI COMUNI E LE PROCEDURE DI *SWEEP*. - 4. IL PRECIPITATO DEL NON/COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: PROCEDURA DI INFRAZIONE N. 2013/2169 *RELATIVA AI CONFLITTI DI COMPETENZA E ALLE LACUNE APPLICATIVE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEI SETTORI REGOLATI*. - 5. L'ART. 27, COMMA 1-BIS, DEL CODICE DEL CONSUMO. - 6. CONSIDERAZIONI FINALI.

1. LE AZIONI COORDINATE DI *ENFORCEMENT* IN SEDE EUROPEA: IL REGOLAMENTO SULLA COOPERAZIONE PER LA TUTELA DEI CONSUMATORI

Nel contesto europeo l'Agcm ricopre un ruolo di primo piano nella cooperazione internazionale.

L'Autorità difatti, ai sensi dell'art. 27, co. 1 cod. cons. e dell'art. 66 co. 3 cod. cons. come modificato dal d. lgs. 21/2014, esercita le proprie attribuzioni in materia di pratiche commerciali scorrette e diritti dei consumatori nei contratti anche quale Autorità competente per l'applicazione del Reg. (CE) 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

Il Regolamento, che rinviene la propria base giuridica nell'art. 95 del Trattato CE, mira a facilitare la cooperazione tra le autorità pubbliche al fine di migliorare la qualità e la coerenza nell'esecuzione della normativa a tutela degli interessi dei consumatori⁴⁶.

⁴⁶ In particolare, nelle premesse del Regolamento si legge: «*Gli accordi nazionali esistenti relativi all'esecuzione della legislazione che tutela gli interessi dei consumatori non sono adattati ai problemi posti dall'esecuzione della normativa nel mercato interno e attualmente non è possibile garantire un'efficace ed efficiente cooperazione in materia di esecuzione delle norme in questi casi. Queste difficoltà determinano la presenza di ostacoli alla collaborazione fra autorità pubbliche responsabili dell'esecuzione nell'individuare, esaminare e far cessare o vietare le infrazioni alla normativa che tutela gli interessi dei consumatori*» (Considerando n. 2); Pertanto «*è opportuno facilitare la cooperazione fra le autorità pubbliche, responsabili dell'esecuzione della normativa in materia di tutela degli interessi dei consumatori, nel trattare le infrazioni intracomunitarie e contribuire al buon funzionamento del mercato interno, al miglioramento della qualità e della coerenza dell'esecuzione della normativa in materia di tutela degli interessi dei consumatori e al monitoraggio della protezione degli interessi economici dei*

La soluzione prescelta dal legislatore europeo è la costituzione di un Network fra le autorità nazionali dei diversi stati membri competenti in materia (c.d. ANTC) per un'efficace repressione delle ipotesi di infrazione che trascendono la dimensione nazionale laddove realizzate nell'area dell'Unione Europea.

Più nello specifico, la sfera di applicazione del Regolamento è limitata alle infrazioni intracomunitarie ossia a *«qualsiasi atto o omissione contrario alle norme sulla protezione degli interessi dei consumatori che danneggi o possa danneggiare gli interessi collettivi dei consumatori che risiedono in uno o più Stati membri diversi dallo stato membro in cui hanno avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione in questione o in cui è stabilito il venditore o il fornitore responsabile o in cui si riscontrino elementi di prova o beni riconducibili all'atto o all'omissione»*⁴⁷.

In estrema sintesi, il sistema delineato dal Regolamento prevede essenzialmente tre fattispecie di assistenza reciproca: lo scambio di informazioni [su richiesta (art. 6) o in assenza di richiesta (art. 7)], la richiesta di misure esecutive (art. 8) e le azioni comuni (art. 9). Queste ultime possono essere intraprese nel caso in cui le Autorità competenti vengono a conoscenza di una infrazione intracomunitaria che arrechi pregiudizio agli interessi dei consumatori di più di due stati membri.

In relazione al novero dei poteri di cui le autorità possono disporre, il Regolamento opera una armonizzazione minima, restando inteso che le autorità possano fare ricorso ad ogni altro potere ad esse conferito dalla legislazione nazionale.

2. CRITICITÀ E REVISIONE DEL REG. 2006/2004/CE: ARMONIZZAZIONE DELL'ENFORCEMENT NELLA REPRESSIONE DELLE VIOLAZIONI TRANSFRONTALIERE

L'impianto regolamentare di scorcio descritto, si trova al centro di un processo di revisione da parte della Commissione che ha avviato una consultazione pubblica sul testo pubblicando, nello scorso mese di luglio, i relativi esiti. Di seguito sembra dunque opportuno segnalare le criticità del testo attuale e i possibili temi oggetto di revisione.

consumatori» (Considerando n. 3).

⁴⁷ V. art. 3 par. 2, Reg. 2006/2004/CE.

In proposito, giova anzitutto rilevare che il principale ostacolo a un'efficace cooperazione nella repressione delle violazioni transfrontaliere è certamente rappresentato dalla persistente divergenza tra le regole procedurali nazionali e la disomogeneità dei poteri aggiuntivi conferiti alle autorità competenti.

In primo luogo, deve evidenziarsi che, la potestà di alcune autorità nazionali è circoscritta all'inibitoria dell'infrazione con la conseguenza che le stesse sono legittimate a intervenire solo in relazione a condotte che siano attualmente in essere e non anche ad accertare l'illegittimità di comportamenti da cui l'impresa abbia già spontaneamente desistito. Da ciò discende il rischio di frustrare le disposizioni in materia di assistenza reciproca, imponendo all'autorità richiedente di dimostrare l'attualità della pratica - prova non sempre agevole - e di favorire atteggiamenti strategici dell'impresa di cessazione della pratica non appena venute a conoscenza dell'accertamento in corso, così da eluderne le conseguenze.

In secondo luogo, il Regolamento CPC non dispone che le autorità competenti possano imporre sanzioni pecuniarie quando ravvisino la sussistenza di una infrazione intracomunitaria⁴⁸, potere che, come noto, rappresenta uno strumento fondamentale per favorire l'adozione di dinamiche d'impresa corrette e assicurare la deterrenza di comportamenti illeciti.

La carenza di potestà sanzionatoria in capo ad alcune autorità oltre a determinare una ingiustificata e distorsiva disparità di trattamento tra gli operatori economici in funzione del rispettivo Paese di stabilimento, ha anche l'effetto di vanificare la sanzione eventualmente irrogata dall'Agcm ai sensi della disciplina nazionale, in quanto, come noto, in ragione del difetto di giurisdizione applicativa, quest'ultima non può esigere dall'impresa stabilita all'estero il pagamento della sanzione pecuniaria.

Inoltre, l'inadeguatezza dei poteri conferiti alle autorità competenti dal Regolamento CPC a contrastare efficacemente le pratiche scorrette *cross border*, si avverte con maggiore forza proprio nel settore dell'*e-commerce* che rappresenta oramai il luogo elettivo per lo scambio e nel quale si manifestano il maggior numero di violazioni transfrontaliere. Al riguardo giova osservare che il provvedimento dell'Unione

48 L'art. 4 co. 6 lett. g), Reg. 2006/2004/CE prevede l'obbligo di indennizzo in favore dello Stato solo nell'ipotesi di inottemperanza alla decisione che accerta la violazione e ne vieta la continuazione - dunque in caso di reiterazione dell'illecito.

è stato in origine disegnato per le pratiche commerciali transfrontaliere poste in essere da operatori economici disponibili a seguire le indicazioni delle autorità al fine di preservare la propria reputazione. In realtà, negli ultimi anni si assiste a una crescente presenza sul mercato di soggetti truffaldini che sfruttano l'asimmetria dei poteri di *enforcement* di cui dispongono gli Stati Membri per porre in essere schemi fraudolenti e sfuggire al loro controllo.

Tali criticità sono note al panorama internazionale tanto da far emergere, in sede di consultazione pubblica, un orientamento largamente maggioritario in favore dell'attribuzione a tutte le autorità competenti di ulteriori e più incisivi strumenti esecutivi e di indagine delle infrazioni intracomunitarie del diritto dei consumatori.

In particolare, gli Stati membri e la stessa Autorità nazionale sembrano orientati positivamente verso una modifica del Regolamento che preveda un ampliamento del novero dei poteri investigativi e repressivi minimi per includervi il potere di intervento in relazione a violazioni cessate, il potere di irrogare sanzioni pecuniarie e il potere di impedire o limitare l'accesso ai siti *internet* attraverso i quali si realizzino gli illeciti⁴⁹.

Inoltre, le autorità competenti dovrebbero essere dotate di strumenti idonei a evitare che, nelle more del procedimento di merito, la persistenza della pratica illecita continui a produrre i suoi effetti pregiudizievoli sugli interessi economici dei consumatori. A tale scopo, potrebbe risultare utile includere tra i poteri minimi previsti dal Regolamento il potere di impedire o limitare l'accesso ai siti *internet* attraverso i quali si realizzino gli illeciti potere che, come sopra illustrato, è stato già più volte utilizzato dall'Autorità nazionale invocando quale base giuridica il d. lgs. n. 70/2003, che traspone nel diritto interno la dir. 2000/31/CE su alcuni aspetti giuridici del commercio elettronico.

Sarebbe infine auspicabile, al fine di contrastare in modo realmente efficace le

49 Rilevano in proposito le osservazioni formulate dal Presidente G. Pitruzzella secondo cui *"L'AGCM ritiene che la minaccia credibile di sanzioni pecuniarie sia un elemento fondamentale per indurre i professionisti al rispetto delle norme a tutela dei consumatori. Sanzioni commisurate alla gravità e alla durata dell'illecito dovrebbero poter essere applicate indipendentemente dal fatto che la condotta contestata sia o meno stata interrotta. Si dovrebbero avere a disposizione strumenti giuridici adeguati ad assicurare che le decisioni con sanzioni possano essere adottate e/o applicate a seguito di una richiesta da parte dell'autorità nazionale competente"*. V. G. PITRUZZELLA, *Considerazioni conclusive*, in *Eu Cooperation for enforcement of consumer legislation*, atti del convegno del 7 luglio 2014, in *Convegni e Seminari*, in www.agcm.it.

pratiche transfrontaliere fraudolente l'impiego di strumenti più intrusivi, idonee a bloccare o invertire il flusso dei pagamenti in modo da impedire all'autore della violazione di appropriarsi dei profitti illeciti che ne derivano. In questa prospettiva, l'Autorità *antitrust*, ritiene che una cooperazione più stretta con il sistema giudiziario, la polizia e gli altri attori coinvolti nella repressione dei reati penali può risultare essenziale per assicurare un'effettiva tutela dei consumatori⁵⁰.

2.1. Segue: L'ampliamento del campo di applicazione del Regolamento alle "violazioni parallele"

Un'ulteriore criticità di non minor rilievo riguarda il campo di applicazione del Regolamento e il tipo di infrazioni che esso dovrebbe individuare.

Nell'attuale formulazione, le norme regolamentari in materia di assistenza reciproca trovano applicazione esclusivamente in relazione alle infrazioni intracomunitarie posto che, come evidenziato, esse possono essere invocate solo qualora la condotta illecita posta in essere dal professionista sia suscettibile di danneggiare consumatori che risiedano in uno Stato membro diverso da quello in cui ha avuto luogo la violazione, o sia stabilito il professionista o possano rinvenirsi gli elementi di prova dell'illecito⁵¹.

Negli ultimi anni, tuttavia, il classico scenario transfrontaliero in cui figurano un commerciante sleale e i suoi clienti stabiliti in un altro Stato membro appare gradualmente superato.

La progressiva dematerializzazione di alcuni settori dell'economia, lo sviluppo del commercio elettronico, l'internalizzazione degli scambi *intra*-UE e la crescente armonizzazione del quadro regolatorio in Europa hanno, infatti, favorito lo sviluppo di complessi modelli organizzativi di impresa caratterizzati da strategie parallele nei diversi Paesi, perseguite attraverso articolazioni societarie locali.

Deve considerarsi, infatti, che molte imprese hanno optato per un modello in cui un'azienda madre è stabilita in un paese (dell'UE o meno) e opera attraverso con-

50 V. G. PITRUZZELLA, *Considerazioni conclusive*, cit.

51 V. art. 3 co. 2, Reg. 2006/2004/CE.

trollate o distributori locali stabiliti in altri paesi. Le violazioni eventualmente commesse nei singoli Stati membri dalle società controllate, nonostante producano gli stessi effetti delle infrazioni transfrontaliere, risultano in punto di diritto squisitamente nazionali e sfuggono così al meccanismo di coordinamento CPC.

La mancata adozione di un'azione concertata in tali casi può determinare conseguenze di non poco conto quali l'avvio di procedure parallele da parte delle autorità nazionali che, non potendo avvalersi delle procedure per lo scambio delle informazioni previste dal Regolamento, potrebbero anche giungere ad esiti non sempre convergenti, rischiando, peraltro, di compromettere la credibilità del sistema con grave pregiudizio per la certezza giuridica delle imprese.

Al fine evitare che l'utilizzo degli strumenti di cooperazione individuati dal Regolamento possa in certa misura dipendere dal modello di organizzazione delle imprese, uno dei temi al centro della proposta della Commissione dovrebbe riguardare l'estensione dell'ambito di applicazione anche alle infrazioni parallele del diritto dei consumatori.

Violazioni simmetriche della disciplina di tutela del consumatore che ricorrano in più Stati membri possono essere efficacemente contrastate solo con un approccio coordinato, che il vigente impianto regolamentare non consente tuttavia di adottare.

Per questa ragione, è auspicabile che l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui ai Capitoli II e III del Regolamento CPC in materia di assistenza reciproca venga esteso a tale tipologia di infrazioni, consentendo quindi agli Stati membri di coordinare interventi simultanei e paralleli a tutela dei diritti dei consumatori.

3. LA PRASSI: LE AZIONI COMUNI E LE PROCEDURE DI SWEEP

Nonostante la cooperazione tra le autorità europee risenta delle lacune normative brevemente illustrate deve, comunque, riconoscersi che, dall'entrata in vigore del Regolamento, la collaborazione con le autorità estere è stata caratterizzata da numerose iniziative comunitarie cui l'Autorità nazionale ha costantemente partecipato.

Nel corso dell'ultimo anno, anche grazie al ruolo di coordinamento svolto dalla Commissione, le autorità nazionali hanno sviluppato un approccio comune in relazione a talune pratiche commerciali adottate nel contesto dei giochi on line (c.d. *in-app purchases*), richiedendo su questa base all'industria l'adozione di misure suscettibili di risolvere, almeno in parte, le preoccupazioni che tali pratiche suscitavano in relazione agli interessi dei consumatori. Tale azione coordinata ha suscitato una risposta positiva da parte dei principali operatori del settore - che probabilmente non ci sarebbe stata laddove le diverse autorità fossero intervenute seguendo strade diverse - e al tempo stesso ha evitato la frammentazione costosa ed inefficiente dei mercati lungo i confini nazionali⁵².

Un'altra azione comune alla quale l'Autorità italiana sta partecipando attivamente e che interessa ampiamente il commercio elettronico è l'*European Unfair Terms Strategy*. Tramite tale azione la Commissione europea e gli Stati membri mirano a realizzare un'applicazione condivisa della dir. 93/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori.

Deve segnalarsi, inoltre, che dal 2007 nell'ambito dell'attività di cooperazione tra le Autorità, la Commissione europea predispone periodicamente iniziative di *enforcement* delle normative consumeristiche tese a coordinare l'intervento delle diverse ANTC su di uno specifico tema.

Tali iniziative denominate *sweep* prevedono dopo una fase di preparazione volta a concordare il tema di intervento attraverso il coinvolgimento delle autorità e le modalità d'indagine, una fase di monitoraggio di comportamenti, seguita da una successiva attività istruttoria volta a reprimere le eventuali violazioni alla normativa a tutela del consumatore riscontrate⁵³.

Le azioni di *sweep* hanno riguardato numerose pratiche commerciali poste in essere in diversi settori di mercato da professionisti attivi nel commercio *on line*. Nel corso degli anni, sono state oggetto di monitoraggio e di successivi interventi le modalità di comunicazione delle offerte nella vendita dei biglietti aerei; le comunicazioni pubblicitarie utilizzate nella vendita di contenuti di intrattenimento per servizi di

52 V. Relazione annuale AGCM 2013.

53 Nelle intenzioni della Commissione lo *sweep* assolve anche ad una funzione informativa presso gli operatori del mercato al fine di dissuadere i professionisti dall'adozione di comportamenti scorretti e rassicurare i consumatori sulla effettiva tutela dei loro diritti.

telefonia mobile quali loghi e suonerie; le informazioni relative a prestiti personali e carte di pagamento “*revolving*”.

L'azione di *sweep* del 2013 ha riguardo il settore turistico e, in particolare, la diffusione di comunicazioni decettive da parte di agenzie viaggi, che offrono voli e/o sistemazioni alberghiere e servizi accessori.

4. IL PRECIPITATO DEL NON/COORDINAMENTO TRA AUTORITÀ NAZIONALI NELLE SEDI EUROPEE: PROCEDURA DI INFRAZIONE N. 2013/2169 “RELATIVA AI CONFLITTI DI COMPETENZA E ALLE LACUNE APPLICATIVE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEI SETTORI REGOLATI”

Il coordinamento che caratterizza i rapporti tra l'Autorità e le altre Istituzioni europee, non trova riscontro nell'ordinamento interno segnato, almeno sino a un recente passato, dalla sussistenza di conflitti di competenza tra l'Autorità *antitrust* e le altre Autorità di Vigilanza rispetto all'applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.

Il tema è stato al centro di un ampio e complesso dibattito che ha riguardato, prima ancora che il piano delle competenze, il rapporto tra due diversi plessi normativi: la disciplina generale e di massima armonizzazione delle pratiche commerciali scorrette contenuta nella dir. 2005/29/CE e nelle relative norme di recepimento e le disposizioni settoriali che regolano specifici aspetti di una pratica commerciale⁵⁴.

Da un lato, l'approccio seguito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato fondato sulla tesi della complementarità delle discipline e sul ricorso, nell'applicazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, a uno *standard* di diligenza professionale a carico dell'impresa superiore a quello richiesto dalla normativa settoriale condiviso, per molti anni, dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁵; dall'altro, l'adozione da parte delle Autorità settoriali di regole orientate alla

⁵⁴ Per una analisi della questione ante novella si rinvia a S. PERUGINI, *Rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 e ss. del Codice del consumo e le discipline di settore*, in *Rapporto Consumerism 2013*, Roma, 2013, 9 ss.

⁵⁵ In una prima fase, il rapporto tra le discipline e tra le relative azioni amministrative è stato declinato in termini di parallelismo e complementarità consentendo, dunque, che un medesimo comportamento potesse essere suscettibile di violare sia le regole settoriali che le norme generali sulle pratiche commerciali scorrette e, a corollario, valutato sia dall'AGCM che dalle Autorità di settore, con l'irrogazione di due distinte sanzioni. Tale approccio si fondava essenzialmente su due considerazioni principali: il canone di diligenza professionale al quale,

tutela del consumatore di carattere prettamente nazionale o fondata su disposizioni dell'Unione non settoriali e di armonizzazione minima, hanno delineato una situazione controversa di concorrenza tra norme e sovrapposizione di competenze tra le diverse istituzioni.

Gli esiti indesiderabili che ne sono derivati - l'avvio di procedimenti paralleli e di decisioni anche contrastanti ad opera delle Autorità, il rischio di *bis in idem* e la duplicazione di sanzioni per una medesima condotta - hanno posto la questione al centro delle controversie giudiziarie afferenti a settori regolamentati dando avvio ad un articolato dibattito giurisprudenziale culminato nella adozione delle note pronunce dell'Adunanza Plenaria del maggio 2012 e spinto, successivamente, il legislatore a definire sul piano normativo un primo assetto dei rapporti tra Autorità.

In particolare, secondo il Consiglio di Stato⁵⁶ la disciplina generale in materia di pratiche commerciali doveva considerarsi recessiva rispetto alla disciplina settoriale contenente norme complete ed esaustive sulla tutela del consumatore in grado di coprire tutte le fattispecie di pratiche commerciali scorrette mediante il rinvio a clausole generali di correttezza e trasparenza e avente nel complesso derivazione comunitaria⁵⁷, con conseguente assorbimento al di sotto della disciplina settoriale di qualsiasi comportamento adottato dal professionista nei confronti dei consuma-

secondo il Codice, l'impresa deve uniformare le proprie condotte veniva definito come un complesso di regole di comportamento che devono essere desunte oltre che dal quadro regolatorio settoriale anche "dall'esperienza propria del settore di attività" e "dalla finalità stessa di tutela perseguita dal Codice del consumo"; l'interpretazione del termine "contrasto" come "antinomia reale" tra la regola di comportamento, elaborata *ex ante* nell'ambito della disciplina settoriale e la regola di comportamento richiesta *ex post* a professionisti sulla base del "canone di diligenza professionale" di volta in volta individuato dall'AGCM (V. TAR Lazio, 19 maggio 2010, n. 11321, PS2760, Accordo Italia - Carta Auchan Accord; TAR Lazio, 8 settembre 2009, n. 8400 PS/1 Prezzi Bloccati elettricità; TAR Lazio 15 giugno 2009, n. 5628, PS86 Sms messaggi in segreteria; TAR Lazio 15 giugno 2009 nn. 5625, 5627 e 5629, PS24 Fatturazione per chiamate satellitari).

56 Sul tema v. tra gli altri commenti R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti*, in *Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future*, Atti del convegno, Napoli, 22.03.2013; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 2013, VII, 29; G. DE CRISTOFARO, *commento art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, 141; L. TORCHIA, *Una questione di competenza la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 953 ss.; V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, V, 576; I. NASTI, *Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: l'actio finium regundorum del Consiglio di Stato*, in *Corriere giur.*, 2012, XI, 1367; A. CANDIDO, *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, VI, 1175.

57 Nelle pronunce in questione, infatti, l'Adunanza non procede ad una analisi della derivazione comunitaria in relazione alle singole disposizioni settoriali ma ad una valutazione complessiva dell'intera disciplina rilevando che la disciplina settoriale in materia di comunicazioni elettroniche è "in gran parte di diretta derivazione comunitaria".

tori. Da tale relazione la giurisprudenza faceva discendere, sul piano delle competenze, la residualità dell'azione dell'Antitrust ex art. 27 cod. cons. rispetto alle azioni delle altre Autorità settoriali.

Il successivo d.l. n. 95/2012 ha optato per una soluzione in parte diversa da quella indicata dalle pronunce dell'Adunanza plenaria. Il legislatore aveva infatti espressamente indicato che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con esclusione delle pratiche commerciali *«poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente ad aspetti regolati»*⁵⁸.

La soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria cui la giurisprudenza ha continuato a uniformarsi avvenendo a soluzioni ancor più discutibili nonostante il predetto intervento legislativo⁵⁹ e la conseguente posizione assunta dall'Autorità che ha deliberato di non avviare ulteriori istruttorie per casi rientranti nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni rimettendo a quest'ultima le relative richieste di intervento, hanno spinto la Commissione europea - dopo una prima nota inviata all'Italia nel novembre 2012 nella quale venivano espresse perplessità riguardo al corretto recepimento e alla corretta applicazione della dir. 2005/29/CE - a trasmettere, nell'autunno del 2013, una formale lettera di costituzione in mora nell'ambito della procedura di infrazione n. 2013/2169 *«nei confronti dello Stato italiano, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati»*.

Invero, la soluzione sposata dal Consiglio di Stato - in aperta contrapposizione all'orientamento sino ad allora seguito dalla giurisprudenza di merito che privilegiava la

⁵⁸ Così recitava l'art. 23, co. 12 *quinquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. *spending review*).

⁵⁹ La successiva giurisprudenza di merito ha apportato ulteriori "correttivi" al modello elaborato dal Consiglio di Stato, considerando recessiva la disciplina recata dalla dir. 2005/29/CE anche in presenza di una normativa settoriale semplicemente *«orientata alla tutela del consumatore»* e di "matrice" comunitaria. Nel settore delle comunicazioni, il TAR Lazio ha decretato la prevalenza della disciplina settoriale sulla disciplina delle pratiche contenuta nel Codice del consumo, rispetto alla fattispecie della pubblicità di "servizi a sovrapprezzo", tra l'altro, considerando integrato il requisito della "derivazione comunitaria" anche nel caso della normativa contenuta nel Regolamento sui servizi a sovrapprezzo (D.M. 145/06) in forza del richiamo contenuto nelle sue premesse a *«principi affermati in direttive europee ed in quanto adottato dopo aver «acquisito il parere della Commissione Europea»* TAR Lazio, 22 luglio 2013, n. 7442.

tesi della complementarietà degli interventi - e la stessa soluzione legislativa si sono mostrate sin da subito non del tutto conformi alle condizioni imposte dall'ordinamento dell'Unione.

Gli interventi del 2012 dell'Adunanza plenaria e del legislatore si collocano, infatti, all'interno di un contesto normativo che è fondato, essenzialmente sul carattere di armonizzazione massima della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e sulla previsione contenuta nell'art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE puntualmente recepita dall'art. 19, co. 3, cod. cons. norma che, come noto, statuisce per il caso di «contrasto» tra le disposizioni della direttiva e le disposizioni *«contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette»*, la prevalenza di queste ultime, applicandole con riguardo agli «aspetti specifici» che esse affrontano e regolamentano.

5. L'ART. 27, COMMA 1-BIS, DEL CODICE DEL CONSUMO

Al fine di superare rapidamente la procedura di infrazione, in occasione del recepimento della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, il Governo ha introdotto una nuova disposizione *ad hoc* sulle competenze in materia di pratiche commerciali scorrette, abrogando contestualmente l'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies* d.l. n. 95/2012 che, dopo le pronunce dell'Adunanza plenaria, aveva definito l'assetto delle competenze.

In particolare, l'art. 1, co. 6, d. lgs n. 21/2014 ha integrato l'art. 27 cod. cons. con un nuovo comma 1-bis del seguente tenore: *«Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commer-*

*ciale scorretta»*⁶⁰.

La novella legislativa individua, diversamente da quanto avveniva in passato, un criterio generale di ripartizione preventiva che assegna in via esclusiva all'Agcm l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle realizzate nell'ambito di «*settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3*». La competenza delle Autorità di settore resta ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta.

La nuova disposizione, dunque, configura i due interventi come "alternativi" accordando "prevalenza" all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'Agcm rispetto all'accertamento di violazioni settoriali da parte delle Autorità di Vigilanza, in modo da garantire che un medesimo comportamento, pur integrando una doppia violazione, non riceva una doppia sanzione.

Particolare attenzione merita il significato da attribuire all'inciso contenuto nell'art. 27, co. 1 *bis*, cod. cons. «*fermo restando il rispetto della regolazione vigente*». Secondo quanto è dato leggere nella Relazione di accompagnamento, infatti, la stessa andrebbe interpretata nel senso di escludere la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dal professionista ove questa sia conforme alla regolazione di settore⁶¹.

Viene dunque posto un importante vincolo al potere di *enforcement* dell'Agcm e, nello specifico, all'ampiezza del canone di diligenza professionale esigibile dal professionista nei settori regolati sulla base delle disposizioni generali in materia di pratiche commerciali scorrette.

A tale riguardo è appena il caso di osservare che, tale vincolo opera a condizione che la fattispecie concreta ricada nell'ambito di operatività dell'art. 19, co. 3, cod. cons. che, anche a seguito della novella, continua a disciplinare il rapporto tra le norme generali sulle pratiche commerciali scorrette e la regolazione settoriale.

⁶⁰ La norma, inoltre, prevede che: «*Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze*». Giova segnalare che, l'art. 1, comma 7, del decreto ha abrogato il comma 12 *quinqüiesdecies* dell'art. 23 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, (c.d. *spending review*).

⁶¹ Per un approfondimento si rinvia a S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutela per i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2014, 44.

In particolare, perché il rispetto da parte del professionista di una disposizione settoriale possa precludere un diverso accertamento da parte dell'Autorità sulla base della disciplina generale in materia di pratiche commerciali, la stessa: a) deve porsi in "contrasto" con le disposizioni generali in materia di pratiche commerciali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons.; b) deve avere rango comunitario e, dunque, sul piano interno, lo *status* di norma nazionale che recepisce una norma dettagliata dell'Unione Europea (derivazione comunitaria diretta); c) deve riguardare «*specifici aspetti*» della pratica commerciale oggetto di valutazione e può trovare applicazione solo in relazione a tali «*specifici aspetti*».

Invero, se non si è ancora giunti ad una uniforme soluzione in merito all'esistenza di una situazione di "contrasto" non sembra che possano avanzarsi dubbi rispetto alla definizione degli altri due requisiti.

Più nello specifico, la necessità che la norma di settore presenti "rango comunitario" discende da una lettura dell'art. 19, co. 3, cod. cons. conforme a quanto stabilito dall'Unione nell'art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE che lo stesso recepisce e che considera unicamente le «*norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici*».

Un ulteriore spunto interpretativo nel senso di accordare prevalenza nella definizione del canone di diligenza professionale alle sole norme settoriali che già a livello comunitario disciplinino aspetti specifici di una pratica - con conseguente esclusione delle norme "settoriali" introdotte dalle Autorità di Vigilanza che recepiscono direttive "generali" di armonizzazione minima - si trae, anche dalle recenti modifiche introdotte nel Codice del consumo per effetto del recepimento della dir. 2011/83/UE.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 46 co. 2, cod. cons. di recepimento dell'art. 3, par. 2, dir. 2011/83/UE che, nel definire il rapporto tra le nuove disposizioni del Codice del consumo sui diritti dei consumatori e le disposizioni settoriali specifiche, così dispone: «*In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici*».

Mediante l'espressione «*contenute in un atto dell'Unione Europea*», il legislatore

domestico chiarisce che le disposizioni settoriali specifiche intanto prevarranno sulle disposizioni della direttiva in quanto posseggano lo *status* di norme dell'Unione e, quindi, sul piano interno, lo *status* di norme nazionali che riproducono norme dettate dalla stessa Unione Europea per specifici settori⁶².

La scelta lessicale compiuta a livello europeo e oggi tradotta a livello domestico rispetto ad una norma del tutto analoga e che si ispira alla medesima *ratio* di quella contenuta nell'art. 3, par. 3, dir. 2005/29/CE, lascia intuire come la tesi che riconosce prevalenza non solo alle norme settoriali che già a livello comunitario si occupano di aspetti specifici delle pratiche commerciali ma anche alle norme settoriali di rango nazionale che attuano disposizioni comunitarie in regime di armonizzazione minima di carattere orizzontale e non settoriale, sia il frutto di una interpretazione dell'art. 19, co. 3, cod. cons. non conforme all'intenzione del legislatore comunitario.

Inoltre, l'operatività dell'art. 19, co. 3, cod. cons. è circoscritta solo agli aspetti specifici disciplinati da disposizioni settoriali di rango comunitario. Pertanto, l'esistenza di specifiche norme dell'Unione in un dato settore non esclude la configurabilità di una o più pratiche commerciali per gli aspetti non disciplinati⁶³.

Non si può escludere che, ad esempio, a fronte di una disposizione di settore di rango comunitario che stabilisce obblighi informativi aggiuntivi in una fase del rapporto di consumo, il professionista metta in atto una pratica commerciale scorretta traendo in inganno i consumatori in altre fasi dell'operazione commerciale o utilizzando comportamenti aggressivi ovvero pratiche considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive. È cioè evidente che il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma deve essere valutato successivamente tenendo conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso così come previsto dalla dir. 2005/29/CE.

Pertanto, dalla lettura congiunta delle due disposizioni discende che, ferma restando la competenza dell'Agcm ad accertare la sussistenza di pratiche commerciali

62 In proposito V. S. PERUGINI, *Il nuovo Codice del consumo: novità definitorie, ambito di applicazione ed esclusioni, Speciale decreto consumatori*, in *Quotidiano giur.*, 13 maggio 2014.

63 In tal senso si esprime la stessa Commissione Europea nella Relazione del 14 giugno 2013 cit., ove si legge «Tuttavia, l'esistenza di specifiche norme dell'Unione in un dato settore non esclude l'applicazione della direttiva: in questi casi e per tutti gli aspetti non disciplinati dalla *lex specialis*, la direttiva completa le norme settoriali e colma le eventuali restanti lacune nel regime di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali».

scorrette nei settori regolati, in presenza di una disposizione settoriale di rango comunitario che disciplina un aspetto specifico di una pratica commerciale - rispetto a tale specifico aspetto e solo ad esso - l'Agcm potrà sanzionare solo la pratica commerciale con essa contrastante e non anche la pratica che rispetti il contenuto della disposizione; viceversa, in presenza di una disposizione settoriale nazionale (autonomamente adottata dalla Stato membro o di derivazione comunitaria indiretta) potrà sanzionare non solo la condotta difforme ma anche la condotta conforme alla regola settoriale, qualora secondo una valutazione *ex post*, questa si riveli scorretta sulla base della disciplina generale di cui agli artt. 18 ss.⁶⁴.

Una diversa interpretazione, potrebbe non essere accolta con favore dall'Unione. Difatti, come si è già avuto modo di osservare, considerare corretta la condotta per il solo fatto di essere conforme a regole autonomamente imposte dall'autorità nazionale, significherebbe definire il canone di diligenza professionale a livello nazionale con conseguente creazione di un sistema frammentato e disomogeneo di tutela del consumatore il quale potrebbe godere nei diversi Stati membri di un diverso livello di tutela, in aperto conflitto con la dir. 2005/29/CE di armonizzazione massima che mira ad un riavvicinamento completo delle disposizioni nazionali da conseguire mediante la creazione di un diritto unico.

L'art. 27, co. 1-bis, prevede, inoltre, che «*Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze*». L'efficacia del sistema è dunque, in ultima analisi, rimessa al coordinamento tra le Autorità.

Questo che rappresenta un punto di debolezza dell'intervento legislativo, potrebbe rivelarsi funzionale a prevenire distorsioni sul piano applicativo laddove le Autorità,

⁶⁴ Sul punto, va comunque accennato il diverso regime che caratterizza il settore dei servizi finanziari per i quali, come noto, sussiste una deroga all'approccio di armonizzazione massima che caratterizza la dir. 2005/29/CE. Al riguardo non sussiste alcun dubbio circa l'applicazione anche a tali settori del criterio di ripartizione delle competenze individuato dal comma 1-bis dell'art. 27 cod. cons. con conseguente competenza dell'Autorità ad accertare anche la scorrettezza di pratiche commerciali relative a servizi finanziari che si rivelino contrarie a norme settoriali. L'aspetto che differenzia il settore finanziario dagli altri settori è infatti sostanzialmente rappresentato dall'ampiezza del canone di diligenza professionale che l'Autorità può esigere dal professionista attivando i poteri in materia di pratiche commerciali scorrette. In questi settori l'approccio di armonizzazione minima seguito dall'Unione determina, infatti, nella definizione del canone di diligenza, una prevalenza rispetto alla disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. non solo - secondo la ricostruzione di sistema che discende dalla lettura congiunta dell'art. 27 co 1-bis e dell'art. 19, co 3, cod. cons. - delle norme settoriali di rango comunitario, ma anche delle norme nazionali che regolano la materia in modo più dettagliato.

mediante i protocolli o altri accordi, prevedano una formula di cooperazione in grado di garantire in capo agli operatori del settore la certezza che uno stesso comportamento non riceva poi, nella pratica, una duplice sanzione amministrativa.

6. CONSIDERAZIONI FINALI

In conclusione, il contesto normativo e il regime di *enforcement*, svolgono un ruolo determinante per una effettiva tutela del consumatore.

Sotto il profilo normativo, nel corso degli ultimi anni, il quadro legislativo ha raggiunto una certa maturità.

Il legislatore europeo si è orientato verso normative di massima armonizzazione, come la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e la *consumer rights*, nella consapevolezza che la tutela del consumatore passa attraverso il superamento della frammentazione normativa e delle specificità settoriali.

In ambito nazionale, il recepimento della *consumer rights* sembra aprire una nuova fase nell'evoluzione del diritto dei consumi: la protezione dei consumatori viene rafforzata attraverso l'introduzione di più incisivi obblighi pre-contrattuali che attengono tanto alle informazioni che alle modalità di conclusione del contratto, nonché la previsione di altri diritti contrattuali che spesso presentano profili di specialità rispetto alla disciplina privatistica.

Il quadro legislativo deve tuttavia necessariamente essere assistito da un sistema di *enforcement* più completo che sia in grado di evitare distorsioni in ambito applicativo e di assicurare certezza del diritto per tutti gli operatori del mercato.

Un segnale a livello europeo è rappresentato dalla necessità avvertita di rivedere gli strumenti di cooperazione internazionale, non solo, come rilevato nel presente lavoro, dotando le autorità competenti di più incisivi poteri nella repressione delle pratiche transfrontaliere, ma anche mediante una estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento a quelle pratiche che, per effetto di strategie d'impresa, risultano attualmente sottratte a tale controllo.

In ambito nazionale, il *public enforcement* rappresenta oramai nel disegno del legi-

slatore domestico un rimedio imprescindibile nella tutela del consumatore.

In tale contesto, la scelta di accentrare nell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il controllo pubblico su normative di carattere orizzontale e di completa armonizzazione superando le specificità settoriali, si pone in linea con le politiche europee che individuano nella creazione di un quadro giuridico uniforme uno dei fattori determinanti per il raggiungimento del principale obiettivo perseguito dall'Unione di rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di servizi e merci al livello transfrontaliero.

L'attribuzione all'Autorità dell'*enforcement* su normative così caratterizzate è, infatti, dettata dalla consapevolezza che solo un modello istituzionale di protezione del consumatore basato sul ruolo centrale svolto da un'autorità amministrativa le cui competenze sono chiaramente distinte da quelle dei regolatori di settore, è in grado di assicurare anche sul piano interno l'applicazione uniforme delle discipline in tutti i settori e la certezza del diritto per gli operatori del mercato⁶⁵.

⁶⁵ V. G. Pitruzzella, Considerazioni conclusive, in "European consumer day enforcing consumer rights in the EU", cit.



Conclusioni

*Fabio Bassan,
Maddalena Rabitti*

L'ampiezza del lavoro svolto induce a svolgere solo alcune considerazioni conclusive che consentano una lettura di sistema del Rapporto. Il prisma è rappresentato certamente dal principio di sussidiarietà, che è divenuto ormai lo strumento per operare il riparto di competenze tra ordinamento dei privati e Unione europea, in cui ciascuno controlla l'altro ma insieme concorrono a creare le regole del mercato. Lo Stato, in questo gioco, arretra e lascia sempre più spazio alle Autorità amministrative indipendenti.

L'obiettivo della ricerca è stato dunque quello di esaminare l'attività delle autorità indipendenti italiane di fronte alla sfida sia dell'attuazione del diritto dell'Unione, in sostituzione dei governi nazionali, secondo uno schema ormai evidente, sia della partecipazione alla formazione del diritto dell'Unione. Fase discendente e ascendente, rispettivamente.

Il tema assume una rilevanza particolare oggi, dal momento che l'Unione cerca nuove basi giuridiche per estendere le proprie competenze, o almeno per esercitare in modo pieno quelle attribuitele. In risposta alla crisi infatti, abbiamo assistito a modifiche dei trattati, a nuovi trattati (quello ESM), a interpretazioni restrittive (in materia di politica economica degli stati membri) a vincoli inseriti nelle costituzioni nazionali (il pareggio di bilancio). Al tempo stesso la regolazione è stata accentrata – sul piano della disciplina – a livello europeo, mentre è stata rafforzata in mano alle autorità nazionali la vigilanza (parziale però e in alcuni casi condivisa). Il settore bancario è la punta di un iceberg, non solo esemplificazione di un modello, ma rappresentazione di una tendenza.

Muovendo da questi presupposti, abbiamo inteso verificare - ponendoci in diversi punti di osservazione - quanto il coordinamento europeo tra le autorità indipendenti sia efficace, nei diversi settori, e quanto il sistema, ideato in origine per armonizzare la regolazione dei mercati negli stati membri, consenta di riportare sul piano europeo non solo best practices, ma anche esigenze e istanze nazionali. In una fase storica in cui la massima armonizzazione delle direttive riduce significativamente il margine di discrezionalità degli stati membri, la fase 'ascendente', prima poco indagata, assume un ruolo decisivo, poichè costituisce il modo principale per partecipare alla fisiologia normativa e incidere sulla legislazione. Fondamentale questo, quando nella fase dell'esecuzione i margini sono così stretti. Margini che, peraltro,

sono proprio le autorità indipendenti a estendere, nella fase applicativa, indipendentemente dalle norme di recepimento nazionali, a volte anche indipendentemente dal fatto che un recepimento sia effettivamente intervenuto.

L'analisi sconta alcune difficoltà, imputabili da un lato alla scarsa omogeneità della regolazione dei settori indagati, dall'altro lato al fatto che per alcuni di questi le autorità nazionali non sono di origine europea. Pur consapevoli di queste differenze, abbiamo ritenuto necessaria una ricerca che – muovendo dal punto di vista delle tutele del consumatore, che costituisce perciò il punto di partenza ma anche, per verificare la tenuta del sistema, di arrivo dell'analisi – verificasse lo stato dell'arte ed evidenziasse le linee di tendenza.

Una palestra significativa per questo esercizio è senz'altro il recepimento negli statimembri della direttiva ADR e l'attuazione del regolamento ODR, che modificheranno in modo significativo, nei prossimi anni, i sistemi attuali di conciliazione, alcuni dei quali peraltro si sono mostrati sinora efficaci.

La rilevanza attribuita ai meccanismi alternativi delle controversie mostra, oltre al fatto che la sussidiarietà è ormai principio che riguarda non solo la regolazione ma anche la giurisdizione, che la spinta dell'Unione è nel senso di rafforzare il ruolo del consumatore protagonista delle scelte del mercato. Il consumatore deve trovare una soluzione ai propri problemi attraverso mediazioni, conciliazioni, negoziazioni.

La consapevolezza dei propri diritti è l'obiettivo perseguito con ogni tecnica e in ogni settore. Centrale perciò diviene anche il compito delle Autorità di concorrere all'educazione del consumatore. L'attenzione posta all'educazione finanziaria del risparmiatore e dell'investitore ne è un esempio costruttivo.

Anche l'enforcement della tutela del consumatore, in cui è tornato più che mai centrale oggi il ruolo dell'AGCM, costituisce un banco di prova di cui si è dato atto dell'interazione costante tra fase discendente e ascendente.

Sul piano sistematico i risultati dell'indagine sono significativi, quando non sorprendenti. Anche una breve elencazione è sufficiente per renderlo evidente. Nel settore farmaceutico troviamo un'autorità europea (EMA), un'agenzia nazionale (AIFA) e il ministero della salute, ciascuno con proprie competenze coordinate (si pensi alla disciplina per l'autorizzazione al commercio). L'applicazione diretta delle tutele si ha

in questo caso sia nella fase fisiologica sia in quella patologica, con controlli preventivi sia sulla produzione sia sulla distribuzione.

L'AIFA è espressione, come è stato detto, del principio di «multireferenzialità» e, nel contempo, rientra in quel sistema amministrativo europeo di «integrazione decentrata»: costituisce il referente nazionale privilegiato nei confronti dell'omologa agenzia europea e si inserisce nella "rete" europea di agenzie dei medicinali. Iniziative come la banca dati del farmaco o l'informazione pubblica, così come il rilievo attribuito alla trasparenza, costituiscono senz'altro best practices in Europa, che potrebbero essere recepite dalla regolazione dell'Unione, a completamento della fase ascendente, effettivamente svolta in sede di partecipazione alla fase di elaborazione della legislazione europea promossa dalla commissione europea.

Del resto l'AIFA non è autorità indipendente ma agenzia, che replica sul piano nazionale il ruolo delle agenzie europee nate per sostituire quei comitati che negli anni '80 erano indicati come modello di opacità, in ragione della scarsa trasparenza e responsabilità, al punto da giustificare il neologismo dispregiativo di 'comitologia'. La tecnicità della materia, la specificità della regolazione e la molteplicità delle funzioni attribuite, ivi inclusa quella – delicata – dell'immissione in commercio dei farmaci, giustificano il mantenimento di un controllo governativo e l'attribuzione all'agenzia di un ruolo tecnico.

In termini parzialmente analoghi è il rapporto tra l'Istituto Superiore di Sanità e l'EFSA, autorità europea per la sicurezza del cibo. Anche in questo caso, le competenze sono prevalentemente tecniche, messe a disposizione del decisore politico, fatto salvo il caso di attivazione dei sistemi di allarme rapido che proprio l'EFSA è tenuta a coordinare. Di nuovo, si pone il tema delle agenzie, che da consulenti privilegiati si trasformano in decisori, di fatto. Non più occulti però, a differenza dei comitati.

Il tema di un'autorità di regolazione indipendente e non solo autonoma (come è invece l'agenzia) si è posto per anni nel settore dei trasporti, dove l'autorità è stata solo recentemente costituita. Unica in Europa ad avere competenze trasversali su tanti settori (a metà tra le autorità per i trasporti settoriali di origine anglosassone e le autorità per tutte le reti di origine germanica) può ben rappresentare un modello che verrà seguito in altri paesi, come è già stato con l'AGCom, prima in Europa a integrare tv e telecomunicazioni. Inoltre, competenze vaste in materia di regolazio-

ne, ma anche di tutela dei consumatori (attività normativa e amministrativa, non anche para-giurisdizionale) consentono all'autorità per la regolazione nei trasporti (ART) un'attuazione diretta del diritto dell'Unione che, sotto molti profili, necessita di verifica concreta nella prassi. Anche qui, probabilmente, sulla base dell'esperienza dell'AGCom, che è stata sotto molti profili pioniera, in quanto competente a regolare un settore che da sempre è stato considerato dall'Unione un laboratorio per le riforme.

Per l'ART, la rete dei regolatori europei è interamente da costituire, anche in ragione della varietà delle soluzioni adottate a livello nazionale. Sarà però uno dei temi di maggiore rilevanza nei prossimi mesi, se si vuole rendere il modello italiano un benchmark in Europa (e in effetti, lo può diventare) all'interno di un network di autorità nazionali con identità ancora non precisa, preso tra il modello anglosassone 'verticale' (ferrovie, aeroporti ecc...) e quello tedesco, orizzontale (autorità delle reti).

Nelle comunicazioni elettroniche l'attività dell'AGCom appare paradigmatica delle potenzialità del sistema della rete dei regolatori, quanto sia alla fase ascendente sia alla fase discendente. Per prima infatti, e in modo efficace, l'AGCom ha 'forzato' l'applicazione del diritto dell'Unione, fosse questo in regolamenti non del tutto self executing o in direttive di armonizzazione (massima, non sempre). Inoltre, la possibilità attribuita alla Commissione europea (mediante l'ormai famoso articolo 7 della direttiva-quadro) di intervenire direttamente su talune decisioni della autorità di settore, inibendone anche la pubblicazione, ha creato un campo di gioco in cui Commissione e Agcom si sono esercitati nel corso degli anni, realizzando una cooperazione nell'ambito di una 'leale collaborazione' quando necessario anche conflittuale.

Quanto poi alla fase ascendente, il TSM (Telecommunication Single Market) e in particolare l'ormai prossima riforma del quadro normativo dell'Unione, frutto dell'attività del network dei regolatori nazionali, organizzati nel BEREC, dimostra l'efficienza e l'efficacia del coordinamento anche ai fini della realizzazione di riforme di sistema. La riforma sarà l'unica (o comunque una delle poche) approvata nel semestre di presidenza italiano: il dato è significativo per se.

Venendo al Garante Privacy, i temi caldi non mutano, poiché prevalenti sono gli interventi per la tutela dei dati informatici. La disciplina sulla profilazione dell'utente,

la privacy nei social networks e le recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE hanno avanzato le frontiere della tutela, anche se le battaglie sono di trincea e il rischio è il logoramento.

Sotto il profilo ascendente, il ruolo del garante nazionale e la cooperazione con le altre autorità nazionali e il garante europeo, presieduto ora peraltro da un italiano, possono certamente essere ulteriormente rafforzati, per garantire forme di tutela che per loro natura, in coerente applicazione della sussidiarietà, devono trovare voce e soluzione nella sede europea. Peraltro, la riforma tanto auspicata si sta realizzando solo in parte e a 'macchia di leopardo'; la situazione peggiore per cercare la via dell'armonizzazione. Per il nuovo parlamento europeo sarà un banco di prova significativo.

La CONSOB costituisce un caso a sé. Impegnata nell'esecuzione di regolamenti e norme nazionali di recepimento delle direttive, attua di fatto ormai un diritto dell'Unione pienamente armonizzato (efficiente, non sempre). Ci riferiamo al complesso processo di revisione della disciplina introdotta con la direttiva Mifid, con cui si sono ridisegnati i principi e le regole della tutela del consumatore-investitore sui mercati finanziari. Il nuovo «pacchetto» normativo, composto da una direttiva (Mifid 2) e da un regolamento (Mifir), e preceduto da significative innovazioni «strutturali» sulla disciplina dei mercati (regolamento Emir), da un lato rispecchia l'esigenza di colmare le lacune emerse dall'esperienza applicativa della Mifid e rese più profonde e allarmanti dal trascinarsi della crisi finanziaria. Dall'altro lato, riflette una nuova metodologia di azione, più incisiva rispetto al passato, anche se segnata da possibili aree di attrito fra fonti parallele. Tutto ciò emerge con evidenza anche con riferimento ai profili consumeristici.

Quanto alla fase 'ascendente', il regolamento sul crowdfunding ha creato una prassi normativa seguita in altri paesi (anche se mancano precipitati nella prassi). Peraltro, il tema della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob resta aperto, e le recenti ipotesi di riforma si spera lo rendano strumento più efficace.

Il settore bancario è quello che sta subendo la trasformazione maggiore. Essendo tuttora in corso, non se ne conoscono gli esiti, che non sono scontati. La costruzione di un'Unione Bancaria Europea passa attraverso tre pilastri, tra cui due (Single Supervisory Mechanism e Single Resolution Mechanism) già costituiti e operativi

(il primo, da pochi giorni) mentre il terzo – quello che maggiormente preoccupa i consumatori, poiché presuppone la copertura dei depositi delle banche in crisi - è ancora in fieri. La vigilanza sulle banche di rilevanza europea (la Germania ci ha insegnato la soglia quantitativa, funzionale al controllo nazionale delle sparkassen) è passata alla BCE, dalla cui prassi le banche centrali nazionali non dovranno allontanarsi nella vigilanza per le banche nazionali di minore rilevanza. Il ruolo dell'EBA, nata da poco ma depotenziata a un ruolo prevalentemente tecnico, subordinato alla discrezionalità 'prudenziale' della BCE, mostra come il quadro non sia ancora definito. Ci limitiamo qui alla cronaca, riservando agli anni futuri il racconto storico. Certo, alcune criticità appaiono chiare sin d'ora.

Sul piano 'ascendente' peraltro, l'esperienza particolarmente felice dell'ABF – che sta dimostrando un efficace strumento di risoluzione alternativa delle controversie – potrebbe essere evidenziata con ancora maggiore forza in sede di coordinamento europeo, ancora più se rapidamente aggiornata con le nuove regole dell'Unione (regolamento ODR e direttiva ADR).

Il mercato assicurativo appare particolarmente critico sotto il profilo dell'armonizzazione, sia sul piano normativo, sia su quello del coordinamento in sede europea (ma anche in sede nazionale). Gli esempi dei contratti di assicurazione sulla vita noti nella prassi come PIP, contemplati dal legislatore tra gli strumenti di previdenza complementare e sottratti per importanti e specifici profili alla vigilanza dell'IVASS per essere attratti nell'ambito di operatività della Commissione di vigilanza sui fondi pensione (COVIP), costituiscono un esempio chiaro della frammentazione del sistema.

Stante il rapido consolidamento del mercato, che tende ormai sempre più ad essere europeo e non solo nazionale, la parcellizzazione di norme e interventi –e dunque la regolazione per come si è sviluppata sinora – costituisce, più che il rimedio, una delle cause del male.

Particolare è infine l'applicazione del diritto dell'Unione nelle carte dei servizi in Italia, con particolare riferimento ai servizi pubblici locali. Settore in cui l'Unione entra poco (lo ha fatto la Corte di Giustizia, creando a volte confusione). Il consolidamento necessario, sotto le spoglie della liberalizzazione, renderà certamente più coerente un settore che ad oggi presenta in Italia, ma anche negli altri stati membri dell'Unione, lacune e criticità.

L'analisi svolta è certamente parziale; mancano tra tutti i settori dell'energia elettrica, il gas e il settore idrico, nonché i temi dell'agenda digitale, che pure svolge una funzione trasversale decisiva. Ciononostante, tirando le fila dalla parte del consumatore, emerge un quadro frammentato e variegato, solo in parte precipitato di una regolazione settoriale verticale scarsamente omogenea. La prassi applicativa infatti è andata oltre e mostra un'eterogeneità degli effetti (quella dei fini, è valutazione di altri fori) che può facilmente essere ridotta; superata no, per i motivi elencati nell'introduzione.

Il tema non è di secondo momento: dall'applicazione del diritto dell'Unione nella fase 'ascendente', oltre che in quella 'discendente' dipende l'efficacia delle tutele del consumatore, ma non solo. La voce dei cittadini di tutti gli Stati membri passa per queste procedure, ideate come megafoni, non sordine. In alcuni settori questo appare già evidente e ha prodotto risultati positivi. A questi benchmark dovrebbero pertanto aspirare tutte le autorità indipendenti e le agenzie nazionali.

Gli Autori

AUTORI

Fabio Bassan

Professore associato di Diritto internazionale - Università Roma Tre

Elena Bellisario

Professore associato di Diritto privato - Università Roma Tre

Alessandra Camedda

Dottoranda di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Angela Capocchetti

Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Aldo Corvino

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Davide De Filippis

Dottorando di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Giustino Di Cecco

Professore associato di Diritto commerciale - Università Roma Tre

Rocco Jr. Flacco

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo - Università La Sapienza

Paolo Lazzara

Professore associato di Diritto amministrativo - Università Roma Tre

Vito Giuseppe Liotine

Dottorando di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Simona Loiacono

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Alessandro Lomoro

Dottorando di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Andrea Luberti

Magistrato della Corte dei conti - Referendario Sezione controllo per la Regione Lombardia

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Sara Mercuri

Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Lucia Minervini

Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Marco Nazareno Mizzau

Dottorando di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Paolo Occhiuzzi

*Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre
Funzionario a contratto presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Francesca Pellicanò

Dottoranda di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Sara Perugini

*Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre
Funzionario presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Caterina Pistocchi

Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati e dei consumatori - Università Roma Tre

Girolamo Fabio Porta

*Dottore commercialista e revisore legale
Membro dell'Arbitro Bancario Finanziario - Collegio di Roma nel triennio 2009-2012*

Maddalena Rabitti

Professore ordinario di Diritto dell'economia - Università Roma Tre

Liliana Rossi Carleo

Professore emerito di Diritto privato - Università Roma Tre

Marianna Scali

*Dottore di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre
Funzionario presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*

Clara Sgobbo

Dottoranda di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Maria Chiara Sole

Dottoranda di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Franco Trubiani

Dottorando di ricerca in Consumatori e Mercato - Università Roma Tre

Paolo Valensise

Professore associato di Diritto commerciale - Università Roma Tre

Associazioni di Consumatori



Istituzioni



Università



Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo



Imprese e loro associazioni di categoria





Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, università, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze.

L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra le parti.

Consumers' Forum

Via degli Scipioni, 8 00192 Roma RM
tel. 06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

 consumforum

 @ConsumForum

 consumersforumtv

 consumers'-forum