

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Numero 3
Anno III
Luglio/Settembre 2013

CON CONTRIBUTI DI:

Valeria Capuano, Aniello Merone, Valerio Mosca, Gilberto Nava,
Mario Palma, Grégor Puppinck.

ISSN (Online edition): 2239-7442

SOMMARIO

Mercato, concorrenza e regolazione

Tariffe notarili e disciplina della concorrenza: una soluzione dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea?

di Valeria Capuano

pag. 6

Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo "stato dell'arte" e i possibili sviluppi

di Valerio Mosca

pag. 26

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

L'evoluzione della regolamentazione ex ante nelle comunicazioni elettroniche: il ruolo della Commissione e dei Regolatori nazionali tra diritto della concorrenza e politica industriale

di Gilberto Nava

pag. 34

Diritti della persona e responsabilità in rete

Garanzie del voto e nuove tecnologie: profili problematici

di Mario Palma

pag. 115

La divulgazione d'informazioni sull'attività professionale attraverso internet

di Aniello Merone

pag. 129

Osservatorio di Diritto Comparato

Costa and Pavan v. Italy and the convergence between human rights and biotechnologies

by Grégor Puppinck

pag. 152

COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof. ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Florida
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guacero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof. ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequatrini
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

COMITATO DI REDAZIONE

- Andrea Stazi, Università Europea di Roma (Coordinatore di Redazione)
- Davide Mula, Università Europea di Roma (Vice - Coordinatore di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)

- Mattia de' Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma

- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna

- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

Tariffe notarili e disciplina della concorrenza: una soluzione dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea?

di
Valeria Capuano

Abstract: *The article deals with the professional tariffs issue, in particular the notarial remunerations. It aims to demonstrate that, in this specific case - attested the service of general economic interest ruled by notaries - tariffs liberalization could constitute an improper legislative choice. Particularly, it seems to be at odds with art. 106 TFEU and the relevant EU case-law. The article further examines recent decisions of Italian Supreme Court and National Antitrust Authority to verify the conformity of national legal framework with EU context.*

L'articolo affronta il tema delle tariffe professionali, in particolare quelle della categoria notarile. Si intende, infatti, dimostrare come, in questo specifico caso - provata la funzione di servizio di interesse economico generale svolta dai notai - la piena liberalizzazione del sistema tariffario potrebbe rivelarsi una scelta inadeguata alla luce, tra l'altro, dell'art. 106 del TFUE e della rilevante giurisprudenza comunitaria. L'articolo esamina, inoltre, le più recenti posizioni in materia sia della Corte di Cassazione che dell'AGCM al fine di verificare la conformità della normativa interna con i *dicta* provenienti dall'ordinamento giuridico dell'UE.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La funzione del notaio ai sensi della legge organica n. 89 del 1913. - 3. Il notaio e le libere professioni nel mercato unico europeo. - 4. La normativa rilevante: il divieto di intese restrittive. - 5. La deroga concessa dall'art. 106, comma 2, TFUE alle imprese esercenti servizi di interesse economico generale. - 6. L'assetto giuridico nazionale. - 7. Rilievi critici. - 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Da non pochi lustri il tema delle tariffe professionali stimola un certo interesse sia a livello nazionale che comunitario, considerate queste ultime un possibile vulnus per la realizzazione di un mercato comune effettivamente competitivo [1]. Inoltre, la difficoltà di armonizzare le professioni liberali all'interno dell'Unione Europea, associata alla funzione sociale di alcune di esse, rendono la questione per molti versi ancora irrisolta.

In particolare la discussione appare tutt'altro che conclusa relativamente alla categoria professionale dei notai che - dopo anni di indiscusso prestigio e autorevolezza nel novero delle professioni giuridiche regolamentate- appare vittima (ma a tratti anche artefice) di un progressivo indebolimento della funzione da essa esercitata.

Il presente studio - muovendo dall'esame del ruolo attualmente rivestito da questi professionisti nel contesto giuridico ed economico contemporaneo - intende verificare se i vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico UE costituiscano per questa categoria dei limiti o, piuttosto, dei baluardi capaci di salvaguardarne la funzione essenziale.

2. La funzione del notaio ai sensi della legge organica n. 89 del 1913.

Strumentale alla presente indagine è un chiarimento preliminare sulla natura dell'ufficio notarile nel e per il sistema giuridico nazionale.

La storia di questa professione nell'ordinamento italiano è lunga ed articolata, e non è certo questa la sede adatta a ripercorrerla [2]. Eppure la "camaleonticità" che sembra caratterizzare l'evoluzione del notariato - adattandosi questa figura ai continui stimoli provenienti dalle diverse istanze economico-sociali [3] - può aiutare a comprenderne a contrario quali siano i tratti immutati di questa professione che, evidentemente, ne diventano i connotati salienti [4].

Nella varietà delle funzioni notarili il dato imprescindibile è rappresentato dalla funzione pubblica [5], che si estrinseca nel dovere di legalità e adeguamento della volontà delle parti alla legge, di certificazione ed autenticazione degli atti. Basti ricordare la definizione contenuta all'art. 1 della legge notarile (L. N.) [6] secondo cui i notai sono «ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie i certificati e gli estratti». Tale definizione, seppur non esaustiva (lo stesso articolo indica ulteriori funzioni attribuite ai notai) evidenzia il tratto essenziale del notaio - pubblico ufficiale che conferisce pubblica fede agli atti di sua competenza. Ebbene, in ragione della qualifica di "pubblico ufficiale" esercente un servizio di pubblica utilità il legislatore pone limiti, obblighi e sanzioni in capo a tali professionisti. Si pensi, tra i vincoli, all'impossibilità di scegliere liberamente il luogo dove esercitare la propria attività: ciascuna sede notarile è, infatti, stabilita in base alle esigenze generali sulla base di un'apposita Tabella Ministeriale, redatta in applicazione dei criteri indicati all'art. 4 della L. N. [7]. Ancora, ispirato alla necessità di fornire con continuità il servizio pubblico è l'art. 26 della legge notarile che impone l'obbligo di assistenza personale alla sede e stringenti possibilità di assenza dall'ufficio [8].

Conseguenza della funzione pubblica svolta da tale categoria professionale è l'obbligatorietà del ministero, nei limiti imposti dalla legge. Il notaio è, infatti, obbligato a ricevere la volontà delle parti, seppur adeguandola ai limiti imposti dall'ordinamento giuridico. Le fonti normative da cui discendono l'obbligatorietà e la funzione di legalità ed adeguamento sono gli artt. 27 e 28 della L. N. per i quali: «il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto» ma « (...) non può ricevere o autenticare atti se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

Ne discende che, attraverso l'ufficio notarile, l'ordinamento offre ai cittadini una serie di attività extragiudiziali volte - nell'ambito del più complesso apparato del sistema giudiziario - alla prevenzione delle liti e alla garanzia della certezza dei traffici giuridici. In particolare, riguardo al notaio "garante" della certezza dei traffici giuridici si noti che l'intero impianto civilistico italiano è strutturato in modo tale che nei pubblici registri non possa essere reso pubblico qualsiasi atto proveniente da privato, ma solo quegli atti che abbiano superato il vaglio del controllo di legalità affidato, appunto, ai notai [9].

In definitiva, già dall'esame di pochi elementi, è agevole dedurre che il legislatore abbia inteso attribuire a questa categoria una serie di obblighi che certamente li distingue dalla generalità dei liberi professionisti, sebbene rimanga con essi il dato comune che, tra le loro mansioni, vi sia lo svolgimento di una prestazione di servizi di natura intellettuale resa in cambio di un corrispettivo economico.

3. Il notaio e le libere professioni nel mercato unico europeo.

Quanto finora esaminato nel ristretto ambito delle norme nazionali deve necessariamente confrontarsi ed adeguarsi ai più ampi confini europei, all'interno dei quali gli Stati membri sono costretti ad abbandonare le classiche categorie giuridiche interne per abbracciare nuovi e più complessi scenari gius-normativi come, nella specie, quelli derivanti dalla nozione di "impresa".

A differenza delle disposizioni del nostro codice civile [10], per l'ordinamento UE - in virtù di un'ormai corposa e nota giurisprudenza della Corte di giustizia [11] - costituisce "impresa" ogni soggetto che svolge un'attività economicamente rilevante, comprendendo, tra le altre, chi svolge una prestazione di servizi che si realizza nell'esercizio di una professione liberale [12].

All'evidenza tale definizione attrae la categoria dei notai che sia la giurisprudenza che il legislatore UE includono tra le professioni liberali, negando l'ipotesi che quest'attività, sia pur occasionalmente, partecipi dei pubblici poteri [13]. E' lo stesso Trattato sul Funzionamento dell'Unione

Europea (TFUE), invero, che all'art. 51 prevede per alcuni lavoratori la possibilità di sottrarli all'applicazione delle norme UE, in particolare quelle del mercato. Qualora si tratti di un'occupazione che esprime esigenze proprie ed infungibili dello Stato si ritiene giustificato concedere l'esclusività di queste cariche ai cittadini di quel medesimo Stato. La Corte di giustizia ha, come accennato, espressamente escluso che la funzione notarile goda di tale deroga - avvalendosi di un'interpretazione di certo restrittiva dell'art. 51 TFUE (già art. 45 TCE) [14] - confermando così l'inclusione di tale ufficio tra le tante professioni liberali in cerca di una disciplina di armonizzazione, essendo esso esercitabile da tutti i cittadini UE in qualsiasi Stato membro [15]. Nell'affermare l'illegittimità di tutte le discipline nazionali che impongono il requisito della cittadinanza per l'accesso alla professione notarile, la Corte ha escluso che le diverse mansioni attribuite ai notai dalla legge nazionale potessero in alcun modo attuare l'esercizio di pubblici poteri [16]. Tuttavia, la medesima giurisprudenza ricorda come, nel caso in questione, è pur vero «che gli onorari dei notai sono fissati dalla legge» [17] ma resta la possibilità per il cliente di scegliere il singolo professionista a seconda della qualità del servizio prestato. Implicitamente la Corte conferma in tal modo che la fissazione delle tariffe non esclude che questa attività si svolga in regime di concorrenza. Di conseguenza i notai, seppure non partecipino dei pubblici poteri e siano - in qualità di imprese - soggetti alle norme della concorrenza, nondimeno possono veder regolamentati taluni aspetti della loro professione [18].

Occorre uscire dall'equivoco per cui concorrenza e mercato siano sinonimi di libertà assolute, prive di limiti od eccezioni. Per quel che concerne le norme sul mercato, l'art. 51 TFUE ne è un esempio che, seppur non abbia trovato applicazione nel caso di specie, invita a riflettere sul dato che lo stesso Trattato contempla delle deroghe, quantunque esse vadano poi verificate nelle singole fattispecie.

Nel caso della professione notarile va poi osservato come essa - benché lasciata fuori dall'art. 51 TFUE - risulta però inclusa tra le possibili eccezioni che gli Stati possono individuare nell'ambito della direttiva cd. "servizi" [19]. Non a caso il decreto legislativo del 26 marzo 2010, n. 59 [20], con il quale l'Italia ha dato attuazione alla summenzionata direttiva, prevede, all'art. 7, tra i "servizi esclusi" dall'applicazione della disciplina generale i servizi forniti dai notai e, a fortiori, all'art. 12, riconosce la possibilità «nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale» che l'esercizio di una attività di servizio possa, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinato al rispetto di alcuni requisiti tra cui le tariffe obbligatorie.

Aprirsi al mercato comune non significa ignorare gli interessi generali prevalenti, ma, piuttosto, consentire una miglior qualità delle prestazioni

per tutti gli attori economici, ciò che può realizzarsi solo nel rispetto delle istanze altresì sociali che il mercato unico oggi pure rappresenta.

In quest'ottica va letto anche il rapporto della Commissione sui progressi compiuti dagli Stati membri per l'eliminazione delle restrizioni alla concorrenza nel settore dei servizi professionali [21]. Rispetto alla questione delle tariffe lo studio rileva che ancora parecchi Stati membri, soprattutto nell'ambito della professione legale e notarile, mantengono la pratica di fissare le tariffe, sull'assunto che esse sono necessarie per evitare al consumatore prezzi eccessivi e assicurare altresì il prestigio e l'indipendenza di queste professioni che sarebbero altrimenti sacrificati sull'altare della scarsa qualità delle prestazioni. Sul punto la Commissione, proprio rispetto al notariato latino, riconosce che esso è attualmente caratterizzato da una elevata regolamentazione di molti aspetti della professione e che, in siffatto contesto, la regolamentazione anche delle tariffe può risultare necessaria per proteggere i consumatori [22]. Tuttavia, la Commissione non considera impossibile una rimozione delle stesse ove, però, affiancata da ulteriori interventi di deregolamentazione su altri aspetti della professione (come le barriere all'accesso o taluni monopoli) [23].

In definitiva, nel notariato non appare opportuno risolvere il problema delle tariffe isolandolo, senza tener in conto contemporaneamente delle altre barriere che possono minare lo svolgimento di quest'attività in un contesto effettivamente concorrenziale, ma, al contempo, rispettoso degli interessi generali. Quantunque nelle sue relazioni la Commissione sembri propendere per una progressiva abolizione dei sistemi di tariffazione, una lettura di questi reports più ampia e, soprattutto, coordinata con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di servizi legali [24], sembra suggerire sul punto un approccio certamente più cauto. Sull'assunto che regolazione e concorrenza non sono due aspetti inconciliabili ma, anzi, in taluni casi complementari al raggiungimento di un mercato competitivo [25], l'abolizione tout court delle tariffe professionali non appare sempre in linea con i precetti comunitari [26].

4. La normativa rilevante: il divieto di intese restrittive.

Conferma di quanto testé affermato sembrano essere gli orientamenti politici che connotano più di recente l'applicazione delle norme antitrust a livello comunitario.

Come noto, il diritto della concorrenza dell'Unione Europea - così come le corrispondenti norme nazionali che ad esso si uniformano [27] - contempla una serie di divieti il cui contenuto sostanziale è rimasto immutato sin dall'origine dei Trattati, in particolare gli artt. da 101 a 108 del TFUE. Modificatesi negli anni sono invece le norme relative all'applicazione e

all'approccio da adottare rispetto ai suddetti divieti [28]. Nella specie qui in esame rileva l'art. 101 TFUE che proibisce alle imprese di costituire intese atte a falsare il libero gioco della concorrenza, comprendendo tra queste le decisioni di associazioni di imprese. Nella misura in cui i notai sono imprese è pacifico annoverare le decisioni dei relativi ordini professionali – in particolare quelle aventi ad oggetto limiti tariffari - tra le intese potenzialmente vietate dal disposto dell'art. 101 TFUE e dal corrispondente art. 2, comma 2, della l. 287/90 [29].

Orbene, partendo dal dato pressoché incontestabile che le delibere con le quali i Consigli notarili distrettuali invitano i consociati ad adeguarsi ai tariffari costituiscono intese vietate dal diritto antitrust, è necessario indagare se tale divieto ammetta nella specie deroghe ed, eventualmente, quali.

E' fondamentale chiarire preliminarmente che, soprattutto negli ultimi anni, il diritto della concorrenza UE nella sua applicazione rifugge qualsiasi approccio cd. "per sé" a favore di un'impostazione improntata alla cd. regola della ragionevolezza [30]. In altri termini qualsiasi divieto antitrust deve essere sempre applicato nel rispetto degli ulteriori interessi ed istanze, non solo economiche ma anche sociali, che possono risentire dell'applicazione delle norme in esame. Nel caso del divieto di intese ricordiamo che addirittura è la stessa disposizione che ne prevede l'inapplicabilità qualora sussistono particolari condizioni.

Invero le tariffe stabilite dagli ordini professionali, in particolare dai collegi notarili distrettuali, non appaiono giustificabili alla luce delle condizioni prescritte dalla norma secondo cui il divieto non si applica per le intese che "contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi" [31].

Eppure il divieto di intese contemplato dall'art. 101 TFUE può conoscere ulteriori limiti laddove esigenze superiori di natura pubblica si impongono [32], ovvero nelle circostanze specifiche previste dal Trattato all'art. 106, comma 2 [33], per le imprese esercenti servizi economici generali.

Rispetto alla professione notarile, ci sembra che quest'ultima deroga potrebbe trovare compiuta applicazione o, quantomeno, meriti di essere indagata, assumendo che il divieto di intese tariffarie senz'altro qui si scontra con lo svolgimento di una funzione di interesse generale.

5. La deroga concessa dall'art. 106, comma 2, TFUE alle imprese esercenti servizi di interesse economico generale.

In generale l'art. 106 TFUE, così come interpretato ed applicato dalla Corte di giustizia [34], ha costituito e, evidentemente, continua a rappresentare un momento fondamentale dello sviluppo dei processi di liberalizzazione avvenuti nel mercato unico.

Infatti, sebbene al comma 1 dell'art. 106 TFUE sia previsto che « gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi», il comma successivo prevede che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

In virtù di questa disposizione, dunque, gli Stati membri restano liberi di indirizzare le loro politiche economiche e sociali attraverso l'attribuzione di diritti speciali od esclusivi, nondimeno, qualora questo avvenga al fine di perseguire scopi di carattere generale, le medesime imprese possono sottrarsi all'applicazione delle norme UE, specie quelle della concorrenza.

Ne discende che qualora si consideri il notaio come un «soggetto erogatore di un servizio universale di natura pubblicistica (...) essendo la funzione notarile preordinata al soddisfacimento di un interesse pubblico (correlato anzitutto alla certezza dei rapporti negoziali e alla legalità dei traffici giuridici)» [35], l'art. 106, comma 2, potrebbe trovare applicazione [36].

Inoltre, secondo la Corte «occorre ricordare poi che non è necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. (106) n. 2, del Trattato, che risultino minacciati l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, quali precisate dagli obblighi e dai vincoli imposti, o che il mantenimento dei diritti di cui trattasi sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili» [37].

All'interno di questo quadro normativo un sistema di regolamentazione delle tariffe non risulterebbe necessariamente vietato, anzi potrebbe trovare la sua ratio nella necessità che alcune funzioni obbligatoriamente svolte dai notai siano in tal modo garantite attraverso adeguati schemi di compensazione [38]. Si realizzerebbe così quel sistema di “sovvenzioni incrociate” sovente richiamato al fine del buon funzionamento dei servizi di interesse economico generale [39].

6. L'assetto giuridico nazionale.

Più complessa diventa la situazione se, invece, è lo Stato medesimo ad imporre alle imprese, cui pure riconosce diritti speciali (evidentemente consapevole del ruolo da esse ricoperto), una disciplina che sostanzialmente può impedire loro di svolgere la particolare missione loro affidata.

Questo è quanto sembra stia avvenendo nell'ordinamento italiano a seguito della legge n. 27/2012 [40] (di conversione del decreto legge n. 1/2012, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), in particolare del relativo art. 9 che abolisce le tariffe per tutti gli ordini professionali, senza alcun distinguo delle prerogative dei singoli professionisti [41]. Invero, tale norma si colloca nel solco di una tendenza riformatrice che muove dal cd. "decreto Bersani"[42] che per primo ha introdotto - nel quadro di un più ampio processo di liberalizzazione - il principio della libera determinazione dei compensi, prevedendo la derogabilità delle tariffe fisse e minime per tutte le attività di servizi [43].

L'applicabilità di questa complessiva riforma ai servizi notarili è stata però contestata [44], affermandosi solo di recente a seguito della sentenza 3715/13 [45] della Suprema Corte di Cassazione.

In questa pronuncia si ricorda dapprima il passato orientamento giurisprudenziale secondo cui la compatibilità dell'inderogabilità delle tariffe notarili con i principi dell'ordinamento comunitario era giustificata in forza delle caratteristiche proprie della funzione notarile [46], per poi subito rivisitarlo [47]. Indubbiamente, questo precedente indirizzo andava riformato ove esso non riconosceva nemmeno come "ipotizzabile" che questa professione potesse essere prestata come servizio e in regime di concorrenza da parte di altri liberi professionisti dell'UE. Nella sentenza n. 3715/13 la Corte - accogliendo i motivi di un notaio che contestava le tariffe imposte dal consiglio notarile del suo distretto di appartenenza - ha applicato la normativa nazionale affermando che l'abrogazione delle tariffe obbligatorie si applica a tutte le professioni, senza alcuna eccezione, senza tener conto delle specificità dell'attività notarile [48]. La pronuncia, infatti, rigetta la posizione del giudice d'appello secondo cui rispetto alla professione notarile l'abrogazione del sistema delle tariffe «costituirebbe un vulnus dell'ordine pubblico economico in quanto riguarderebbe prestazioni effettuate nell'esercizio di una funzione pubblica, in relazione alla quale non sarebbe ipotizzabile il regime di libera concorrenza» [49]. A tal fine essa richiama la innanzi esaminata giurisprudenza comunitaria che, viceversa, attesta a chiare lettere la non partecipazione di quest'attività all'esercizio dei pubblici poteri, nonché lo svolgimento di tale funzione in un contesto concorrenziale [50]. In ultimo, la sentenza richiama la legge n.

27 del 2012 spiegandola in termini di naturale evoluzione normativa della strada riformatrice avviata dal decreto Bersani.

E' da segnalare, però, che in aggiunta al ragionamento condotto sulla questione delle tariffe, tale pronuncia ribadisce in capo ai consigli notarili il controllo relativamente alle altre regole deontologiche che devono caratterizzare la condotta dei notai. In questo modo la Suprema Corte riconosce le «peculiari caratteristiche tecniche della professione notarile», ricordando come essi siano giuristi di «alta qualificazione» accedendovi solo all'esito di un severo concorso. La sentenza rammenta altresì i doveri e gli obblighi incombenti su tale categoria, nonché la funzione di pubblico ufficiale da essa svolta al fine, tra l'altro, di garantire la certezza dei traffici giuridici e di deflazionare il contenzioso giudiziario, elementi fondamentali per una sana amministrazione della giustizia. In altri termini, anche la Cassazione identifica quei tratti specifici della professione notarile come sopra descritti [51], seppure il loro riconoscimento diventi funzionale segnatamente alla giustificazione dei poteri disciplinari dei consigli distrettuali.

Medesima posizione in merito al divieto di fissazione delle tariffe notarili pare aver adottato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) che, con una decisione di poco successiva alla summenzionata pronuncia della Cassazione, ha sanzionato il Consiglio Notarile di Lucca (CNL), ai sensi dell'art. 2 della l. 287/90, per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza consistente, per l'appunto, in una delibera del Consiglio in cui venivano approvati specifici tariffari [52]. Vero è che in questo provvedimento l'AGCM richiama largamente la citata sentenza della Cassazione (sebbene nessun richiamo è operato in relazione ai poteri disciplinari dei consigli distrettuali), senza offrire nuovi e diversi spunti per la soluzione della questione qui in esame [53].

Sicuramente più approfondite sono, invece, le recentissime decisioni dell'AGCM nei confronti dei Consigli Notarili - rispettivamente - di Milano (CNM), Bari (CNB) e Verona (CNV), con le quali l'Autorità ha sanzionato i predetti Consigli per aver violato il divieto di intese restrittive [54]. Analogamente ai colleghi lucchesi, anche in queste ipotesi le condotte che hanno dato luogo ai diversi procedimenti consistono in delibere, ac similia, in cui i presidenti dei rispettivi consigli richiamano la questione delle tariffe.

I singoli procedimenti, sebbene nel doveroso rispetto delle loro peculiarità [55], sono stati di fatto trattati unitamente dall'Autorità. Questo pare confermato, non solo dalla coincidenza temporale per cui essi sono stati emanati tutte il medesimo giorno, ma altresì dalla presenza di periodi linguistici identici per tutti i provvedimenti. In altri termini, essi vanno letti dall'interprete in maniera congiunta.

Per questo, nell'accertamento dell'assoggettabilità dell'attività notarile alla legge antitrust possiamo affermare che l'AGCM nega ogni possibilità di

deroga. Infatti, nel provvedimento avverso il CNM sostiene che sia «irrilevante il fatto che i notai agiscano perseguendo un interesse generale giacché (...) tale caratteristica non è unicamente prerogativa della professione notarile, ma è propria di numerose attività svolte nell'ambito delle professioni regolamentate». Tuttavia, tale assimilazione non pare poi valere ai fini dell'applicazione della deroga "Wouters", per cui si esclude la natura di imprese per gli ordini degli avvocati quando essi adottano regolamenti volti a garantire la funzione sociale da essi svolta. Infatti, secondo l'AGCM, nel caso in questione trattasi unicamente di atti volti ad influenzare le condotte economiche dei notai, senza alcun rilievo per la missione di carattere generale o l'esercizio di prerogative tipiche dei pubblici poteri [56].

Allo stesso modo l'Autorità esclude espressamente anche l'eccezione da noi sostenuta, relativa all'applicazione dell'art. 106, comma 2, TFUE, ovvero dell'art. 8, comma 2, legge 287/90. Sia nel provvedimento avverso il CNB che in quello contro il CNV si nega l'applicabilità di questa deroga sul presupposto che la Cassazione ha inserito questa professione nell'ambito delle professioni intellettuali e che, inoltre - sempre richiamando la Suprema Corte - la circostanza che i notai perseguono obiettivi di interesse generale non è sufficiente a far rientrare la loro attività come una «partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri» tale da sottrarli dalle maglie dell'antitrust [57].

Le motivazioni addotte dall'ACGM sul punto appaiono esigue e, senz'altro, poco confacenti alla ratio della deroga dell'art. 106, comma 2, TFUE. L'applicabilità di questa disposizione non è, infatti, legata all'esercizio dei pubblici poteri o allo svolgimento di mansioni intellettuali. Ancora, non è rilevante il dato che tale attività sia - in linea generale - soggetta alle norme della concorrenza, anzi. Vero è che la deroga a favore delle imprese esercenti cd. servizio pubblico nasce proprio per opporsi alla regola per cui esse sono generalmente soggette alle norme antitrust, ponendosi appunto come eccezione da richiamare in casi peculiari. Per cui il dato che i notai sono imprese soggette alle regole di concorrenza non escluderebbe ma, a contrario, confermerebbe l'applicabilità di tale eccezione.

Volendo respingere questa tesi l'AGCM avrebbe, piuttosto, dovuto provare che l'apertura del regime tariffario in nessun modo incide sullo svolgimento delle funzioni pubbliche di interesse generale affidate, per legge, ai notai.

Ad ogni modo, allo stato delle decisioni e della giurisprudenza più recente, pare che - prescindendo dai possibili rilievi critici - il panorama giuridico italiano si presenti piuttosto uniforme: nell'applicazione delle regole della concorrenza - avvenga essa in un contesto di private ovvero di public enforcement - le tariffe notarili sono de iure condito considerate illegittime, senza possibilità di deroga.

7. Rilievi critici.

Alla luce del complessivo scenario normativo e giurisprudenziale sin qui tratteggiato alcune riflessioni si impongono. In particolare conviene interrogarsi, in primis, sulla conformità della normativa italiana ai dettami comunitari ed, in secondo luogo, in caso di esito negativo, sul ruolo che il giudice nazionale e l'AGCM possono eventualmente ricoprire quali interpreti privilegiati delle norme antitrust.

Sul primo punto, una lettura comunitariamente orientata del tema delle tariffe conduce a considerare l'art. 9 della legge n. 27 del 2012 come una norma che, seppure sospinta dall'intento di liberalizzazione, non ha tenuto del pari conto delle indicazioni della Corte di giustizia.

Si pensi, per citare solo la più recente, alla sentenza Commissione c. Italia [58] con la quale la Corte ha respinto il ricorso della Commissione giudicando la normativa italiana che fissava tariffe massime per gli avvocati non contraria alle norme del mercato. In effetti in questo caso sotto scrutinio erano le tariffe massime stabilite per legge, le norme sulla libera circolazione dei servizi e non della concorrenza e, soprattutto, la categoria sotto indagine era quella degli avvocati, eppure questa sentenza è strumentale ai nostri fini. Essa, infatti, sembra allinearsi e, dunque, confermare la giurisprudenza che, partendo dal caso Arduino, passando per la sentenza Cipolla e l'ordinanza Hospital Holding, con diversi argomenti giunge sempre e comunque a "salvare" le tariffe, sia minime che massime, qualora esse siano funzionali all'assolvimento di ragioni imperative di interesse pubblico [59].

Se questa è la posizione assunta dalla Corte di giustizia rispetto all'avvocatura, a fortiori tali considerazioni appaiono applicabili alla professione notarile, la cui funzione pubblicistica costituisce aspetto tipico e costante [60]. Ma al momento tali indicazioni, come sopra illustrato, non sembrano essere state colte dal legislatore italiano.

Vi è, inoltre, da precisare che, seppure non vi sia specifica e diretta giurisprudenza comunitaria sulla questione delle tariffe notarili [61], a differenza della giurisprudenza in materia di professioni legali, nel caso del notariato inquadrare la fattispecie tra le regole di concorrenza anziché dei servizi sembra una scelta pressoché obbligata. Per i notai, infatti, la libertà di servizi può rilevare solo nel momento di accesso alla professione - così come statuito nelle sentenze del maggio 2011 - ma non certo come possibilità di svolgere la professione in un altro Stato membro, vigendo per quest'ordine, in tutti i paesi di notariato latino, il principio di territorialità [62]. Ne consegue che la fissazione delle tariffe può essere sindacata solo sotto il profilo antitrust, non incidendo in alcun modo sulla possibilità di notai abilitati in altri Stati membri di prestare servizio in Italia, essendo tale evenienza esclusa de facto.

Rispetto all'attuale assetto legislativo il giudice nazionale non gode certo di un gran margine di manovra e, in questo senso, comprensibile è la posizione assunta dalla Cassazione nella citata sentenza n. 3715/13. Malgrado ciò, ci sembra che tale pronuncia contribuisca a fomentare una serie di fraintendimenti, che sarebbe comunque auspicabile chiarire.

In particolare la Corte supera l'argomento del giudice di merito per il quale il notaio svolge funzione pubblica e, pertanto, non è assoggettabile alle norme antitrust, richiamando la nota giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi dei notai del maggio 2011, riferimento non perfettamente pertinente e, comunque, insufficiente. Come sopra illustrato, quelle sentenze escludono che la funzione notarile partecipi dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 51 TFUE e la assoggettano alle regole antitrust, ma di certo non negano che essa svolga funzione pubblica che, è d'uopo ribadire, è un aspetto diverso dalla "partecipazione ai pubblici poteri". Sono tante, infatti, le imprese che operano nel mercato in regime di concorrenza e, nondimeno, svolgono funzioni pubblicistiche. Si pensi a tutti i settori in cui sono presenti le cd. "infrastrutture essenziali" (poste, ferrovie, telecomunicazioni, etc.); è evidente che esse non partecipano dei pubblici poteri, ma è altrettanto chiaro che esse svolgono anche attività di interesse generale [63].

E' necessario non confondere il profilo collegato alla libera circolazione dei servizi da quello inerente alla concorrenza, trattandosi di due aspetti complementari ed entrambi funzionali al mercato comune pur nelle loro specificità. Se non esiste ampia possibilità di deroga per la libera circolazione dei servizi notarili [64], dei margini di derogabilità paiono sussistere per l'applicazione delle norme antitrust allorché un regime di piena concorrenza impedisca a questa categoria lo svolgimento del servizio di interesse generale di cui sono incaricati, conformemente all'art. 106, comma 2, TFUE.

Invero - come innanzi precisato - la stessa Cassazione ammette che, ad esclusione dell'abbassamento delle tariffe, sotto il profilo disciplinare continuino ad essere sanzionabili, ai sensi dell'art. 147, comma 1 lettera c, L. N., le condotte dei notai che portano ad illecita concorrenza mediante attività non confacenti al decoro e al prestigio della categoria. A tal fine, come innanzi esaminato, la sentenza 3715/13 spiega l'attività notarile in chiave pubblicistica, facendo riferimento espresso alla funzione di interesse generale da essa esercitata. In questo senso, la Corte Suprema sembrerebbe - seppure in modo indiretto - consentire all'interprete una lettura che prospetti delle possibilità di apertura verso la soluzione da noi presentata rispetto all'applicazione della deroga di cui all'art. 106, comma 2, TFUE. Tuttavia, la eventualità di convertire o, meglio, interpretare i poteri disciplinari ancora riconosciuti ai consigli notarili distrettuali come mezzi per garantire lo svolgimento della funzione pubblicistica del ministero notarile è una strada non facilmente percorribile.

È vero che l'illecita concorrenza può avvenire e, spesso, si realizza anche con strumenti diversi dalla fissazione delle tariffe (si pensi all'acquisizione di clientela tramite procacciatori). Il legislatore nazionale - come confermato dalla Cassazione - continua, dunque, ad assicurare, tramite il riconoscimento dei poteri disciplinari dei consigli, gli strumenti necessari ad avversare questo tipo di condotte. Tuttavia, ci sembra che tali rimedi rimangano nel campo della tutela privatistica, nel senso che possono aiutare il singolo notaio che si trovi in difficoltà a motivo dei comportamenti scorretti del collega, ma non certo a ricomporre in termini generali l'equilibrio tra lo svolgimento di un'attività di impresa svolta in regime di concorrenza e gli oneri di servizio pubblico da essa sopportati. Con questo non si intende sostenere che l'esistenza di un sistema di tariffazione, e il relativo controllo da parte dei consigli notarili, siano l'unica soluzione al problema qui posto, ma di certo l'esistenza di tariffe, quantunque flessibili, e il relativo controllo da parte dei consigli distrettuali, pare riuscire a svolgere una funzione pure pubblicistica, dotando il sistema ordinamentale di un parametro più solido per il riequilibrio delle istanze sociali del mercato.

A conferma di quanto testé affermato, si ricorda che, da un'analisi comparata della legislazione dei 21 Stati membri dell'UE che adottano il modello di notariato latino, solo l'Italia e l'Olanda hanno sinora abolito totalmente le tariffe [65].

Forse è proprio quest'ultima annotazione che palesa il vero punto debole dell'art. 106 TFUE, laddove i Padri fondatori - pur riconoscendo l'importanza dei servizi di interesse economico generale - hanno rimesso la disciplina di tali fattispecie ai legislatori nazionali, con chiaro nocumento per l'uniformità di disciplina nel mercato comune.

In tal modo il sistema comunitario, con l'art. 106 TFUE - oggi coordinato con l'art. 14 TFUE - se da un lato offre ampi ed importanti spunti per la soluzione del problema in esame, d'altra parte concede agli Stati totale autonomia. Da qui la possibilità di aporie non solo tra gli Stati membri e, quindi, nel mercato comune, ma anche all'interno dello stesso Stato, come il caso italiano pare dimostrare. Il legislatore nazionale, ad esempio, pur avendo abolito tout court le tariffe in un provvedimento di portata generale, ad altri fini si trova a far ricorso ad esse [66]. Si guardi, da ultimo, al decreto legge 8 aprile 2013 [67], che all'art. 8 disciplina la "Semplificazione e detassazione della cessione dei crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni". Segnatamente, secondo tale disposizione, nel caso in cui l'autenticazione delle sottoscrizioni degli atti di cessione dei crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni sia effettuata da un notaio «gli onorari sono comunque ridotti alla metà». Resta beninteso ardua l'applicazione di una norma siffatta in un ordinamento che al contempo non prevede l'applicazione di tariffe per la quantificazione delle prestazioni.

Il quadro normativo nazionale si presenta, dunque, contraddittorio e disomogeneo e, nonostante, il giudice nazionale cerchi di stabilire un ordine nelle singole fattispecie, è chiaro che tale compito di carattere generale spetta al legislatore.

Rispetto a tali incongruenze normative e alla proposizione di possibili soluzioni, l'AGCM - quale soggetto preposto al controllo pubblicistico delle norme antitrust - pare meglio titolato a sollevare quantomeno qualche interrogativo. In altri contesti, come ad esempio in occasione del parere da presentare al Parlamento per la promulgazione della legge annuale sulla concorrenza [68], sarebbe auspicabile da parte della nostra Autorità qualche riflessione in merito all'applicazione della legge n. 27/2012 alla professione notarile e alla conformità dell'attuale assetto con l'art. 106 TFUE, o meglio al corrispondente art. 8 della l. 287/09.

All'evidenza i dati attualmente disponibili sembrano indicare che l'andamento sia rivolto verso tutt'altra direzione [69], e difficili appaiono dei ripensamenti tali da incoraggiare il legislatore verso la soluzione da noi segnalata [70].

8. Conclusioni.

In conclusione, dallo scenario complessivo sin qui rappresentato, sembra lecito asserire che le indicazioni in materia antitrust provenienti dall'ordinamento comunitario non siano state esattamente recepite dall'ordinamento interno [71], che appare intento a procedere verso un percorso di liberalizzazione sfrenato e, talvolta, irrispettoso delle peculiarità di alcune categorie coinvolte, come il caso della professione notarile pare dimostrare.

Di certo è l'ordinamento UE ad aver impresso in tutti gli Stati membri e, quindi, anche nel sistema italiano, la necessità di aprire i mercati alla concorrenza, ma questo dovrebbe avvenire anche a livello interno con la stessa ponderatezza che abbiamo visto connotare i Trattati e la giurisprudenza comunitaria.

Leggendo le citate "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013" [72] colpisce il ricorrente richiamo dell'AGCM all' "economia capitalista" per spiegare la necessità delle riforme connesse all'apertura del mercato. Ebbene questo riferimento, ad avviso di chi scrive, rappresenta un ulteriore dato non perfettamente coerente con i precetti UE. In particolare nel Trattato di Lisbona l'obiettivo della concorrenza non è più spiegato in termini di liberismo incondizionato, bensì, ai sensi dell'art. 3, par. 3, del TUE, è stato contestualizzato all'interno di un' «economia sociale di mercato fortemente competitiva». In definitiva, per l'UE le ragioni della concorrenza non possono essere realizzate col sacrificio di altri valori pur meritevoli di

tutela secondo l'ordinamento giuridico comunitario. Probabilmente, cogliendo al giusto questa premessa ideologica abbracciata dall'Unione Europea, de iure condendo, talune problematiche interne come quelle sin qui delineate riuscirebbero a trovare una soluzione diversa atta a soddisfare tutte le istanze ivi rappresentate.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Ex multiis, B. Nascimbene, Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale, in *Contr. Impres./Europa*, 1997, p. 482; A. Berlinguer, Sulla vexata quaestio delle tariffe professionali forensi, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2011, p. 65; L. Minervini, La lunga agonia delle tariffe professionali: tra spinte nazionali di liberalizzazione e giurisprudenza della corte di Giustizia, in *Foro amm. CDS*, 2012, 9, p. 2197.

[2] Per questa v. E. Marmocchi, La funzione del notaio per l'Italia unita, in *Riv. Notariato*, 2012,4, p. 755; G. Laurini, L'Evoluzione della funzione notarile dopo la legge n. 89/1913, in *Riv. Notariato*, 2013, 2, p. 134; Sinisi, Prima della L. n. 89/1913: il lungo cammino del notariato italiano dall'età napoleonica all'unificazione nazionale, in *Riv. Notariato*, 2013, 2, p. 129.

[3] N. Raiti, Il notaio: da pubblico ufficiale a consulente d'impresa, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2005, p. 193.

[4] Cfr. S. Romano, La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile), in *Riv. Notariato*, 1963, p. 3; M. Nigro, Il notaio nel diritto pubblico, in *Riv. Notariato*, 1979, p. 1160.

[5] M. Catricalà, Professione notarile e funzione pubblica, in *Foro amm. CDS*, 2011,11,p. 3285.

[6] L. N. n. 89 del 16 febbraio 1913.

[7] « Il numero e la residenza dei notai per ciascun distretto è determinato con decreto del Ministro della giustizia emanato, uditi i Consigli notarili e le Corti d'appello, tenendo conto della popolazione, della quantità degli affari, della estensione del territorio e dei mezzi di comunicazione, e procurando che di regola ad ogni posto notarile corrispondano una popolazione di almeno 7. 000 abitanti ed un reddito annuo, determinato sulla media degli ultimi tre anni, di almeno 50. 000 euro di onorari professionali repertoriali. La tabella che determina il numero e la residenza dei notai dovrà, udite le Corti d'appello e i Consigli notarili, essere rivista ogni tre anni, e potrà essere modificata parzialmente anche entro un termine più breve, quando ne sia dimostrata l'opportunità » (art. 4 L. N.).

[8] Tra gli obblighi imposti ex lege, si pensi, da ultimo, alla costituzione delle S. r. l per le persone fisiche che non abbiano compiuto il 35° anno di età al momento della costituzione (disciplinato dall'art. 2463 bis del Codice civile, introdotto dall'art. 3 del D. L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con la Legge n. 27/2012) per le quali è previsto, tra l'altro, che l'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese sono esenti da diritto di bollo e di segreteria e non sono dovuti onorari notarili (mentre deve essere versata l'imposta di registro).

[9] Come esempio, si guardi agli Uffici del Territorio di Pubblicità Immobiliare dove il preventivo controllo notarile consente di evitare al cittadino che consulta i pubblici registri incertezze e dubbi circa la provenienza, la paternità e la legittimità di un atto di trasferimento, assicurando un servizio di consultazione rapido e sicuro.

[10] E' noto che il codice civile italiano all'art. 2082 contempla invero la nozione di imprenditore.

[11] V. Corte di giust. , Commissione c. Italia (spedizionieri doganali), C-35/96, sent. 18 giugno 1998, Racc. p. 3851; Pavlov, C-180 e 184/98, sent. 12 settembre 2000, Racc. p. I-6451; Wouters, C-309/99, sent. 19 febbraio 2002, Racc. p. I-1577; Arduino, C-35/99, sent. 19 febbraio 2002, Racc. I-1529. Più di recente v. Corte di giust. , sent. 12 luglio 2012, Compass - Datenbank, C-138/11 e sent. 28 febbraio 2013 , Ordem dos Tècnicos oficiais de Contas, C- 1/12.

[12] Cfr. C. Townley, The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation - a discussion of agency, employees and subsidiaries, in Amato, G. , and Ehlermann, C-D. (eds.), EC Competition Law: a critical assessment, 2007, Hart Publishing, Oxford.

[13] Corte di giust. , sentenze 24 maggio 2011, Commissione c. Belgio, C-47/08, Commissione c. Francia, C-50/08, Commissione c. Lussemburgo, C-51/08, Commissione c. Portogallo, C-52/08, Commissione c. Austria, C-53/08, Commissione c. Germania, C-54/08, Commissione c. Grecia, C-61/08. Per un commento a queste sentenze v. F. Ferraro, L'applicazione del diritto dell'Unione alla professione notarile: il diritto di stabilimento dei notai alla luce delle sentenze della Corte di giustizia del 24 maggio 2011, in Aspetti d'interesse notarile nel diritto dell'Unione europea, Studio Immigrazione, 2012; F. Spagnuolo, La nozione europea di pubblici poteri, in Giornale di diritto amministrativo, 2011, p. 1289; V. Michel, Profession notariale, Europe, 2011, p. 353.

[14] Si ricorda che ai sensi dell'art. 51 TFUE «Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri».

[15] Cfr. A. Barone, L'attività notarile nel quadro del riordino della disciplina comunitaria delle professioni: brevi spunti di riflessione fra evoluzione normativa e sviluppi giurisprudenziali, in Riv. Notariato, 4,

2004, p. 851; S. M. Carbone, Il notaio tra regole nazionali ed europee: diritto societario e professioni regolamentate alla prova delle libertà comunitarie, *Dir. Un. Eur.*, 2003, 04, p. 689.

[16] Cfr. da par. 96 a par. 123 Corte di giust., sentenze 24 maggio 2011, Commissione c. Belgio, cit.

[17] Par. 117, cit. supra.

[18] V. C. Licini, Riflessioni sulla qualificazione della professione notarile alla luce delle norme comunitarie a tutela della concorrenza, in *Notariato*, 1, 2010, p. 62.

[19] Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376 del 27. 12. 2006. Sulla deroga cfr. A. Arena, La nozione di “servizio pubblico” nel diritto dell’integrazione economica, Napoli, 2011, p. 96 ss.

[20] In *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75.

[21] V. Commission Staff working document, SEC(2005) 1064 (05. 09. 2005) e Comunicazione della Commissione, I servizi professionali – Proseguire la riforma 5. 9. 2005, COM (2005) 405 final, che a sua volta rinvia alla comunicazione della Commissione, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, Bruxelles, 9 febbraio 2004, COM (2004)83.

[22] Sul punto v. A. Andreangeli, Editorial Comment: Between the Public Interest and the Free Market: Would the Liberalisation of the Legal profession Bring Benefit to the Client – And to the Market?, in *European Business Law Review*, 2008, p. 1051.

[23] Cit. par. 71.

[24] V. sentenze Corte giust. 19 febbraio 2002, causa C 35/99, Arduino, Racc. I- 1529; 5 dicembre 2006, cause riunite C 94/04 e C 202/04, Cipolla, Racc. I-11421; ordinanza 5 maggio 2008, causa C 386/07, Hospital Consulting, Racc. I-00067.

[25] Per un’ampia disamina in merito v. J. Jordana-D. Levi-Faur The politics of regulation in the age of governance, J. Jordana-D. Levi-Faur (eds), *The Politics of Regulation*, EE, 2004. Con specifico riguardo al mercato comune v. M. Monti, Concorrenza e regolazione nell’Unione Europea, in G. Tesaurò-M. D’Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 75.

[26] V. A. Andreangeli, Editorial Comment: Between the Public Interest and the Free Market: Would the Liberalisation of the Legal Profession Bring Benefits to the Client – And to the Market?, *EBLR*, 2008, p. 1051.

[27] Legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

[28] Cfr. reg. 1/2003, del 16 dicembre 2002, in *GUUE* 4 gennaio 2003; Commissione, DG Competition discussio paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, 2005, disponibile on-line all’indirizzo: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

[29] V. Da ultimo, v. Decisione AGCM del 13 marzo 2013, provvedimento n. 24275, Consiglio notarile di Lucca e Corte di cassazione, sez. II, n. 3715 del 14 febbraio 2013.

[30] Sulla questione amplius ci permettiamo di rinviare a V. Capuano, *Abuso di posizione dominante e diritti di proprietà intellettuale nel diritto dell'UE*, Napoli, 2012, p. 149 e ss. , e la bibliografia ivi indicata

[31] Art. 101, comma 3.

[32] Cfr. Sentenza Wouters, cit. *Amplius v. C. Townley, Article 81 EC and Public Policy*, 2009, Hart Publishing.

[33] Ripreso nella legge 287/90 all'art. 8, comma 2, che recita: «Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati».

[34] V. Corte giust. , sentenze 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. I-2533, e 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, Racc. I-5751.

[35] A. Barone, op. cit. , p. 853.

[36] T. Karayigit, *The Notion of Services of General Economic Interest Revisited*, in *European Public law*, 2009, 15, p. 575.

[37] Corte di giust. 21 settembre 1999, Albany, causa C-67/96, cit. , par. 107.

[38] V. la costituzione gratuita delle Srl, supra nota 8.

[39] Sul punto v. M. Libertini, *Rapporto ZERP, Antitrust e destino del notariato "latino"*, in *Notariato*, 2008,5, p. 485, in particolare p. 487.

[40] SO n. 53 alla G. U. 24 marzo 2012 n. 53, cd. "Decreto Cresci Italia".

[41] «Art. 9 (Disposizioni sulle professioni regolamentate). - 1. Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. (...)4. Il compenso per le prestazioni professionali e' pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso e' previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi».

[42] Decreto legge n. 223/06 convertito in legge n. 248/2006

[43] V. G. Petrelli, *Brevi note sull'inderogabilità della tariffa notarile dopo il d. l. n. 223/2006*, in *Riv. Not.*, 2006, 6, p. 1611.

[44] Cfr. Cass. , Sez. III, 15 aprile 2008, n. 9878, ma v. anche *L'indagine conoscitiva nei settori professionali*, IC34 conclusa il 15 gennaio 2009 con provvedimento n. 19435.

[45] Cit.

[46] Cass. , Sez. III, 25 aprile 2008, n. 9878.

- [47] Par. 2. 3 sentenza n. 3715/13.
- [48] Par. 2. 4.
- [49] Par. 2. 4.
- [50] Corte di giust. , sentenze 24 maggio 2011, cit.
- [51] V. par. 2.
- [52] Cit. nota 29.
- [53] Pur vero è che, alla luce della comunicazione sulle risultanze istruttorie relativa al caso, le scarse e deboli argomentazioni difensive avanzate dal Collegio Notarile di Lucca hanno di certo favorito l'adozione di questo tipo di decisione, avendo avuto gioco facile nella prova dell'intesa.
- [54] V. Provvedimenti nn. 24377, 24378, 24379, in Bollettino settimanale Anno XXIII - n. 23, 17 giugno 2013, pubblicato sul sito [www. agcm. it](http://www.agcm.it) .
- [55] A conferma si veda il diverso peso delle sanzioni irrogate.
- [56] Provvedimento n. 24377 - CNM, in Bollettino AGCM, cit. , p. 17.
- [57] V. Provvedimento n. 24378 - CNB, cit. , p. 37 e provvedimento n. 24379 - CNV, cit. , p. 56.
- [58] Corte di Giustizia sentenza del 29 marzo 2011, causa C-565/08. In dottrina v. L. Minervini, cit. , supra; B. Nascimbene, Tariffe degli avvocati e Corte di Giustizia: un conflitto risolto?, in *Il corriere giuridico*, 8/2011, p. 1014, F. Wally, La Corte di giustizia salva le tariffe massime, in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2011, 3, p. 64.
- [59] A. Jones, Regulating the legal profession: Art. 81, the Public Interest and the ECJ's Judgement in Wouters, in *European Business Law Review*, 2008, p. 1079.
- [60] V. Corte di Giustizia sentenza del 21 settembre 2000, causa C-19/99, *Modelo Continente*.
- [61] Nel caso *Modelo Continente*, cit. supra, gli onorari dei notai portoghesi vengono esaminati, ma solo incidentalmente, al fine di interpretare la direttiva 69/335/CEE concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali.
- [62] V. Studi del Consiglio dei Notariati dell'UE, reperibili all'indirizzo web [http://www. notaries-of-europe. eu](http://www.notaries-of-europe.eu).
- [63] In dottrina v. G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.
- [64] Meglio per l'accesso alla professione notarile, v. inoltre supra nota 19. Inoltre, dato il vincolo di territorialità, abbiamo visto, che voler risolvere il problema delle tariffe notarili attraverso l'inquadramento nelle norme sui servizi è, ad ogni modo, improprio.
- [65] Studi del Consiglio dei Notariati dell'UE, reperibili all'indirizzo web [http://www. notaries-of-europe. eu](http://www.notaries-of-europe.eu) .
- [66] Si pensi alla tassa per l'archivio notarile che continua ad essere parametrata in percentuale alle tariffe, come confermato dal decreto del 27 novembre 2012, n. 265 - Regolamento recante la determinazione dei

parametri per oneri e contribuzioni dovuti alle Casse professionali e agli Archivi a norma dell'articolo 9, comma 2, secondo e terzo periodo, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. (13G00041) (GU n. 51 del 1-3-2013).

[67] Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali. GURI 8 aprile 2013, n. 82.

[68] La legge 23 luglio 2009, n. 99 «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia» (pubblicata in GU n. 176 del 31 luglio 2009) ha, infatti, disposto l'introduzione nell'ordinamento italiano dell' istituto della «legge annuale per il mercato e la concorrenza». Per un approfondimento dei poteri da essa attribuiti e delle relative problematiche v. F. Florà, La nascita della legge annuale per il mercato e la concorrenza, in Mercato concorrenza regole, n. 3, 2009, p. 609.

[69] V. AS988 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, reperibile all'indirizzo [www. agcm. it](http://www.agcm.it) .

[70] In particolare si veda L'indagine conoscitiva nei settori professionali, IC34 conclusa il 15 gennaio 2009 con provvedimento n. 19435; la Relazione annuale 2012 sull'attività svolta nel 2011; LA POLITICA DI CONCORRENZA NELL'ECONOMIA ITALIANA. PROFILI GENERALI E LINEE DI INTERVENTO, tutto reperibile all'indirizzo [www. agcm. it](http://www.agcm.it).

[71] Da ultimo si veda anche la sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani, Tarantino and others v. Italy, del 2 aprile 2013, (reperibile all'indirizzo web [http://www. echr. coe. int/](http://www.echr.coe.int/)) che in materia di accesso a numerosi chiuso ai corsi universitari - anche in forza delle norme dell'UE - smentisce sostanzialmente la posizione dell'AGCM espressa nel documento- Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013, cit.

[72] V. para 1, supra nota 61.

*Il riparto di competenza tra Agcm e Agcom
in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo
"stato dell'arte" e i possibili sviluppi*

di

Valerio Mosca

Abstract: *The purpose of this contribution is the assessment of the past developments and possible future evolutions of the jurisdictional aspects concerning the public enforcement of the consumer protection in Italy after the judgments of the Administrative Supreme Court ("Consiglio di Stato") of 11 May 2012 that have declared the lack of jurisdiction of the Italian Antitrust Authority (Agcm) in the application of unfair commercial practices regulation in the communication sectors. In particular, according to the Administrative Supreme Court, the sole jurisdiction in the consumer protection in the communications sector can be exercised by the Italian Communications Authority (Agcom) due, in essence, to its more specific regulation. The reaction of Agcom and Agcm to these judgments has been very different: while the Agcom has claimed its sole jurisdiction in the consumer protection, the Agcm has continued to carry out the enforcement of the unfair commercial practices regulation also in the communication sector. Following the publication of other judgments of the administrative courts that have reaffirmed the sole jurisdiction of the Agcom, the Agcm has modified its position and has stated to refrain from initiating new proceedings for consumer protection in the communication sector. However, in such a context, the jurisdictional framework of the public enforcement in the consumer protection in Italy requires a further and clearer consolidation; the possible developments, both at the legislative and judicial level, will be examined.*

A partire dall'11 maggio 2012, una delle principali questioni che si è imposta nell'applicazione delle norme a tutela del consumatore nei settori regolamentati è stata, come noto, quella della competenza: in quella data, infatti, sono state pubblicate le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. da 11 a 16/2013 con le quali è stata riconosciuta l'incompetenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 21 e ss. Codice del Consumo) nei settori in cui la tutela del consumatore è attribuita ad un'autorità regolamentare[1].

Dopo quasi un anno e mezzo da quelle sentenze, la pubblicazione sul Bollettino Agcm del 30 settembre 2013 del provvedimento n. 24467 recante “Adeguamento a giurisprudenza Tar su competenza Agcom” offre lo spunto per svolgere un breve excursus sulla recente evoluzione del *public enforcement* in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni, analizzando le questioni aperte e i possibili sviluppi futuri[2].

Come detto, l’elemento di “rottura” rispetto al passato è stato rappresentato dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria dell’11 maggio 2012. Queste ultime, in accoglimento dei ricorsi presentati da alcuni operatori di telefonia, hanno individuato nel principio di specialità il criterio di riparto della competenza in materia di tutela del consumatore, precisando che, ai sensi dell’art. 19, comma 3, del Codice del Consumo: in presenza di una sovrapposizione tra diverse normative finalizzate a perseguire l’obiettivo di tutelare il consumatore, prevale la disciplina che presenti maggiori elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta[3]. Nel caso delle comunicazioni, la normativa speciale prevalente è stata identificata in quella applicata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), caratterizzata da esaustività e completezza[4] anche dal punto di vista dell’apparato sanzionatorio[5].

L’intervento del Consiglio di Stato è stato accolto in maniera diametralmente opposta dalle autorità interessate: mentre l’Agcom pubblicava sul proprio sito internet un estratto delle sentenze sottolineando come esse le avessero riconosciuto un’ampia ed esclusiva competenza in materia di tutela del consumatore[6], l’Agcm ha sostanzialmente continuato a condurre la propria attività di *enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolamentati, compreso quello delle comunicazioni[7].

Il legislatore ha quindi ritenuto opportuno intervenire sulla questione con una norma primaria che, nelle sue intenzioni, avrebbe dovuto risolvere dubbi e ambiguità interpretative. In realtà, l’art. 23, comma 12-quinquiesdecies, D.L. 95/2012 (conv. Legge 135/2012) si è sostanzialmente limitato a fissare a livello normativo i criteri di riparto già identificati dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria, circoscrivendo il perimetro di competenza dell’Agcm “escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano 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 agli aspetti regolati”.

Successivamente all’Adunanza Plenaria, la questione della competenza in materia di tutela del consumatore è stata affrontata anche dal Tar Lazio che, in coerenza con il dettato delle sentenze dell’11 maggio 2012, ha annullato una serie di provvedimenti sanzionatori dell’Agcm adottati nei confronti di operatori attivi sia nel settore delle comunicazioni[8], sia in

altri settori regolamentati[9]. Tale costante indirizzo della sezione prima del Tar Lazio è stato caratterizzato, da un lato, dalla rigorosa e coerente considerazione dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria e, dall'altro, dalla concreta applicazione degli stessi alla singola fattispecie al fine di individuare l'autorità competente. Il Tar Lazio, inoltre, ha più volte sottolineato come il giudizio di incompetenza dell'Agcm fondato sulle statuizioni dell'Adunanza Plenaria restasse fermo anche alla luce della modifica legislativa di cui all'art. 23 D.L. 95/2012[10].

Successivi contatti e incontri intercorsi tra Agcm e Agcom non sono stati risolutivi al fine di individuare un possibile punto di incontro condiviso sulle modalità e sui perimetri dei rispettivi interventi in materia di tutela del consumatore. Da questo punto di vista, il protocollo d'intesa firmato dalle due autorità il 22 maggio 2013, se da un lato ha rafforzato i profili di collaborazione tra esse, dall'altro nulla ha previsto sulla questione del riparto di competenza in esame.

Ancora fino a luglio 2013 l'Agcm ha continuato a sanzionare società attive nel settore delle comunicazioni per presunte condotte ingannevoli sulle quali anche l'Agcom vantava (ed esercitava in concreto) la propria competenza[11]. In questi procedimenti, a dimostrazione dei persistenti difficili rapporti tra le due autorità, l'Agcom si è sempre rifiutata di rendere all'Agcm il parere obbligatorio previsto dall'art. 27, comma 6, Codice del Consumo poiché "richiamando le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito all'actio finium regundorum tra Agcom e Antitrust, ha ravvisato l'impossibilità di rendere il parere richiesto".

Solo con il provvedimento n. 24467 approvato il 24 luglio 2013 l'Agcm, facendo riferimento ad alcune ulteriori sentenze del Tar Lazio pronunciate solo pochi giorni prima[12], ha modificato la propria posizione e, in particolare, ha deliberato di:

- non procedere all'avvio di istruttorie in casi che ricadono nella competenza dell'Agcom sulla base dei principi contenuti sentenze del giudice amministrativo;
- trasmettere all'Agcm gli atti dei fascicoli archiviati o in corso, relativi a pratiche che, sulla base dell'attuale giurisprudenza, ricadono nella competenza dell'Agcom;
- trasmettere all'Agcom copia delle richieste di intervento, pervenute dal 1° marzo 2013, da ricondurre alla competenza dell'Agcom sulla base della citata giurisprudenza;
- dare adeguata informazione a segnalanti, imprese ed associazioni dei consumatori di quanto sopra.

Nella medesima delibera, l'Agcm si è comunque riservata di proporre appello avverso le sentenze del Tar Lazio che ne avevano riconosciuto l'incompetenza.

Quest'ultima delibera dell'Agcm è da accogliersi positivamente poiché va nella direzione più auspicabile, ossia quella della chiarezza

nell'identificazione delle sfere di intervento delle autorità e della leale collaborazione tra esse. Da questo punto di vista - pur senza entrare in questa sede nel merito delle statuizioni dei giudici amministrativi -, non si può fare a meno di riconoscere come la costante giurisprudenza sia chiara nell'affermare la competenza esclusiva dell'Agcom nella tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni. Dunque, se da un lato non vi sono dubbi sulla legittimità della stessa Agcm a sostenere in sede giurisdizionale le proprie ragioni contrarie, dall'altro non si può prescindere dall'ottemperanza al dictum dei giudici amministrativi.

Va inoltre sottolineato come non sia accettabile nell'ordinamento che, su una medesima condotta posta in essere da un'impresa, per quanto illecita o ingannevole, intervengano due diverse autorità, entrambe ai fini di tutela del consumatore, sottoponendo l'impresa ad un duplice procedimento, con l'evidente rischio di una duplicazione delle sanzioni e conseguente violazione del fondamentale principio del ne bis in idem. Tale paradossale scenario è esattamente quello a cui le sentenze dell'Adunanza Plenaria avevano inteso porre rimedio, individuando un preciso criterio di riparto di competenza che consentisse di evitare "di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti", di determinare una "situazione di possibile disorientamento [del mercato], con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi dei riguardi degli utenti/consumatori" e di impedire la "evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità".

Allo stesso tempo, in caso di contestuale intervento di due amministrazioni su una medesima fattispecie a tutela del consumatore, anche i principi costituzionali di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione non possono certamente dirsi rispettati. In particolare, la duplicazione degli oneri derivanti da un procedimento sanzionatorio e dalla relativa fase istruttoria (soprattutto in termini delle risorse umane e finanziarie) sono tanto più ingiustificati alla luce della semplice considerazione che l'attività di una delle due autorità è destinata ad una probabile caducazione ad opera del giudice amministrativo, in applicazione dei principi già illustrati.

La situazione che si sta venendo a creare a seguito della posizione espressa dall'Agcm nel provvedimento del 24 luglio 2013 (ossia l'esercizio delle funzioni a tutela del consumatore da parte della sola Agcom) potrebbe ulteriormente "stabilizzarsi" nel caso in cui i diversi giudizi di appello pendenti al Consiglio di Stato confermino le sentenze del Tar Lazio pronunciate successivamente al maggio 2012. Tuttavia, anche un tale scenario non eviterebbe del tutto residuali incertezze in merito all'applicazione dei criteri di riparto stabiliti dalla giurisprudenza e dal D.L. 95/2012, dal momento che essi, per quanto di per sé chiari, richiedono pur sempre un'applicazione concreta a fattispecie non sempre omogenee tra

loro. A questo proposito, basti ricordare che le statuizioni dell'Adunanza Plenaria, nonché il successivo art. 23 D.L. 95/2012, riguardano non solo il settore delle comunicazioni, ma anche qualsiasi ambito economico nel quale un'autorità settoriale eserciti competenze speciali a tutela del consumatore (credito, assicurazioni, energia e gas, etc.). D'altra parte, la citata delibera Agcm del 24 luglio 2013 riguarda solo il settore delle comunicazioni, persistendo quindi una incertezza sui futuri comportamenti dell'Agcm stessa e delle autorità regolamentari in questi ulteriori settori economici.

In tale contesto, restano per il momento sullo sfondo due soggetti che, con il loro intervento, potrebbero risolvere (almeno potenzialmente) ambiguità e dubbi sul riparto di competenze nella tutela del consumatore: il legislatore nazionale e l'Unione Europea.

Per quanto riguarda un possibile intervento legislativo, si ritiene che questo debba essere effettuato in maniera differente rispetto a quello – per la verità poco chiaro nelle sue finalità – di cui all'art. 23 D.L. 95/2012, ossia in maniera tale da evitare che spazi interpretativi troppo ampi pregiudichino, di fatto, la risoluzione chiara e non ambigua delle questioni in esame. Senza svolgere in questa sede valutazioni di merito sul contenuto di una possibile norma di legge, ci si limita ad evidenziare che essa potrebbe “ri-attribuire” all'Agcm le competenze in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolamentati (e non sono mancate proposte in questo senso[13]) oppure circoscrivere con precisione i settori economici o le discipline legislative in cui la tutela del consumatore sia attribuita alle autorità regolamentari.

Per quanto riguarda il ruolo dell'Unione Europea, risulta che, fino ad oggi, la Commissione Europea si sia limitata a esaminare gli sviluppi conseguenti alle sentenze dell'Adunanza Plenaria, in particolare per verificare il rispetto della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (implementata in Italia dagli artt. 21 e ss. Codice del Consumo). A questo scopo è stata formulata anche una richiesta di informazioni all'Italia, ma ciò non ha portato all'apertura di alcun procedimento di infrazione. D'altra parte, la questione del riparto di competenze non è stata neanche sottoposta alla Corte di Giustizia, dal momento che le diverse istanze di rinvio pregiudiziale presentate dall'Agcm nell'ambito dei giudizi al Tar Lazio non sono state accolte.

In ogni caso, alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che la questione del riparto di competenza in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni (e negli ulteriori settori regolamentati) non possa prescindere da un ulteriore consolidamento, a livello normativo o giurisprudenziale. In particolare, questo consolidamento dovrebbe essere destinato innanzitutto a tracciare con quanta più chiarezza possibile la linea di ripartizione delle competenze (pur alla luce delle innumerevoli fattispecie astrattamente regolabili), soprattutto al fine di evitare il

contestuale intervento di due autorità nei confronti della medesima fattispecie e superare uno scenario nel quale l'unica sede per superare e risolvere le incertezze interpretative è quella contenziosa dinanzi al giudice amministrativo.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Per un approfondimento sul contenuto delle sentenze dell'Adunanza Plenaria dell'11 maggio 2012, si rinvia a R. Caponigro, L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti, relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", Napoli, 22 marzo 2013; R. Garofoli, Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità, in Libro dell'anno del Diritto 2013, Treccani, 2013. Sulla questione si è inoltre svolto il convegno "La competenza in materia di tutela dei consumatori: evoluzione alla luce dei recenti indirizzi del Consiglio di Stato" - CNEL, Roma, 12 luglio 2012.

[2] Nel presente contributo non verranno invece esaminate le questioni sostanziali oggetto, in particolare, della recente giurisprudenza che si è sviluppata sulla questione del riparto di competenze in materia di tutela del consumatore.

[3] "[...] la voluntas legis appare essere quella di evitare una sovrapposizione di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione". In termini analoghi, peraltro, lo stesso Consiglio di Stato si era espresso nel parere n. 3999 del 2008, relativo al riparto di competenza nella tutela del consumatore nel settore dei servizi finanziari, giungendo alla conclusione che "non sussiste la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, mentre sussiste quella della Commissione nazionale per le società e la borsa ad intervenire riguardo alla scorrettezza delle condotte degli operatori del settore finanziario e ad irrogare le inerenti sanzioni".

[4] "[...] non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo [i.e. Codice delle comunicazioni elettroniche e provvedimenti attuativi/integrativi adottati da Agcom], presenti proprio quei requisiti di specificità rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame. Ma ciò evidentemente non basta: per escludere la possibilità di un residuo campo di intervento di Antitrust

occorre anche verificare la esaustività e la completezza della normativa di settore”.

[5] “[...] occorre evidenziare che le sanzioni edittali attribuite alla competenza di Antitrust non sono superiori a quelle irrogabili da AGCOM. Inoltre, a quest’ultima Autorità, quale istituzione preposta all’intero settore delle comunicazioni elettroniche, spettano poteri inibitori e conformativi, tra l’altro in fatto già più volte esercitati, che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust”.

[6] Si veda il comunicato pubblicato su www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=648 (“la presenza di un’articolata normativa di ordine speciale, con relativi poteri sanzionatori in capo ad AGCom, esclude, in ossequio al principio di specialità, la contemporanea applicazione, da parte di AGCM, della disciplina generale relativa alle pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del consumo. In definitiva, la disciplina comunitaria e nazionale sulle comunicazioni elettroniche configura un vero e proprio ordinamento settoriale, con attribuzione in via esclusiva ad AGCom non solo dei poteri di vigilanza e regolazione, ma anche inibitori e sanzionatori”).

[7] Cfr. provvedimenti Agcm del 20 marzo 2013 (PS8355 - Tim-Promozione Carta Vacanze) e del 15 maggio 2013 (PS8287 - Postemobile-Piani Tariffari Zero Pensieri).

[8] Cfr. sentenze Tar Lazio, sez. I, 18 febbraio 2013, nn. 1742-1752-1754.

[9] Cfr. sentenze Tar Lazio, sez. I, 25 luglio 2012, n. 6962 (che ha riconosciuto la competenza del Ministero della Salute con riferimento alla commercializzazione di integratori) e Tar Lazio, sez. I, 17 gennaio 2013, n. 535 (che ha riconosciuto la competenza dell’IVASS nel settore assicurativo).

[10] Cfr. sentenza Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2013, n. 7442, relativa ai servizi di telefonia mobile a sovrapprezzo: “A una siffatta conclusione non osta la recente disposizione, di cui all’art. 23, comma 12-quinquiesdecies del D.L. n. 95/12 (convertito dalla legge n. 135/12), secondo la quale, la competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ad accertare e sanzionare le violazioni delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette è esclusa unicamente nel caso in cui “le pratiche commerciali scorrette siano 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 agli aspetti regolati”. Invero, tutte le tre condizioni elencate nella citata previsione risultano soddisfatte dalla descritta disciplina dei cd. servizi a sovrapprezzo, essendo tale disciplina settoriale di diretta derivazione europea, orientata alla tutela dei consumatori, e affidata nella concreta applicazione all’AgCom, dotata di poteri inibitori e sanzionatori”.

[11] Cfr. provvedimenti Agcm del 10 luglio 2013 (PS8055 - Okwit-Tekka/Servizi Premium non richiesti) e del 3 luglio 2013 (PS6783 - Noatel-Servizi Premium non richiesti via Sms, 3 luglio 2013).

[12] Sentenze Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2013, nn. 7273 e 7275, nonché sentenze Tar Lazio, sez. I, 22 luglio 2013, nn. 7442 e 7464.

[13] Si vedano gli emendamenti (non approvati) 4.3 e 4.5 presentati alla Camera dei Deputati in sede di conversione del Decreto Legge 69/2013 (“Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia”), i quali proponevano di inserire il seguente comma 14-bis all’art. 27 Codice del Consumo: “nei settori regolati, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta spetta in via esclusiva all’Autorità, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, sentita l’Autorità di regolazione competente”.

L'evoluzione della regolamentazione ex ante nelle comunicazioni elettroniche: il ruolo della Commissione e dei Regolatori nazionali tra diritto della concorrenza e politica industriale

di
Gilberto Nava

Sommario: 1. L'evoluzione del quadro regolamentare: dalle direttive di liberalizzazione al nuovo quadro regolamentare. - 1.1. Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002. - 2. Strumenti e prassi della regolamentazione. - 2.1. Il diritto di veto della Commissione. - 2.2. I rimedi regolamentari. - 2.3. Le Raccomandazioni. - 2.4. Le lettere di commento ex art. 7 Direttiva Quadro. - 2.5 Il principio di separazione strutturale tra le attività di gestione o di controllo di operatori di comunicazioni e le attività di regolamentazione. - 3. Il processo di riforma del quadro regolamentare. - 4. Il terzo pacchetto di direttive. - 4.1. Genesi, poteri ed evoluzione dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) - 4.2. L'applicazione dell'art. 7 della Direttiva Quadro. - 4.3. Il principio dell'indipendenza delle ANR. - 4.4. Nuovi obiettivi generali e principi dell'attività di regolamentazione della Direttiva *Better Regulation*. - 5. L'intervento dei giudici nazionali. - 5.1. Il giudice olandese. - 5.2. Il giudice irlandese. - 6. L'evoluzione della regolamentazione comunitaria. - 6.1. La Raccomandazione. - 6.2. La proposta di Regolamento. - 7. Conclusioni.

1. L'evoluzione del quadro regolamentare: dalle direttive di liberalizzazione al nuovo quadro regolamentare.

Nel presente contributo esaminiamo l'evoluzione della regolamentazione dei servizi di comunicazione elettronica, con particolare riferimento al mercato dell'accesso (mercati n. 4 e n. 5 della Raccomandazione 2007/879/CE), ed approfondiamo come siano stati declinati dalla Commissione, dalle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR)[1] e dai giudici nazionali alcuni principi che presidiano l'azione regolamentare definiti dal nuovo quadro regolamentare del 2002[2]. Inoltre analizziamo le modifiche introdotte con la riforma del quadro normativo comunitario del 2009 con lo scopo di superare la frammentazione normativa e le discrepanze rilevate tra l'operatività delle diverse ANR nella prospettiva del consolidamento di un mercato interno delle comunicazioni elettroniche[3]. L'esame degli strumenti a disposizione della Commissione, della loro prassi applicativa e la valutazione della loro rilevanza nella prospettiva del vaglio dei giudici nazionali ci consentono anche di comprendere quali siano

i vincoli ed i limiti procedurali e sostanziali che AGCom dovrà affrontare per completare efficacemente i propri procedimenti di analisi dei mercati rilevanti e di definizione dei rimedi anche nell'ipotesi in cui Telecom Italia adottasse una scelta definitiva di separazione volontaria della rete di accesso *ex art. 50-ter* del Codice delle comunicazioni elettroniche (CCE)[4][5].

1.1. Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002.

Dopo una prima fase del processo di liberalizzazione e regolazione dei mercati nazionali delle telecomunicazioni (collocabile negli anni '90)[6] con l'adozione delle direttive di liberalizzazione[7] e di armonizzazione[8], che aveva visto strategie e politiche industriali e regolatorie in alcuni casi profondamente diverse tra la Commissione e gli Stati membri[9], con il nuovo quadro regolamentare del 2002 il legislatore comunitario aveva impostato un modello finalizzato ad armonizzare l'evoluzione della regolamentazione nei diversi Stati membri[10] adottando per la qualificazione dell'operatore avente significativo potere di mercato e della concorrenzialità del mercato la consolidata "cassetta degli attrezzi" del diritto della concorrenza, e prevedendo la definizione da parte della Commissione, mediante raccomandazioni[11], di quali fossero i mercati rilevanti ritenuti meritevoli di una regolamentazione *ex ante* nonché quali fossero i criteri per poter valutare la carenza di una effettiva competitività di un mercato (c.d. *triple test*)[12]. Perciò alle ANR era dato il compito di effettuare, prioritariamente tra i mercati già qualificati come meritevoli di regolamentazione *ex ante*, un'analisi di mercato con gli strumenti del diritto della concorrenza, che ne valutasse l'effettiva competitività in una logica prospettica del mercato, individuasse uno o più soggetti che (eventualmente) detenessero un significativo potere di mercato (i.e. una posizione dominante) e applicasse i rimedi analiticamente previsti dagli artt. 46-50 CCE[13] secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza alla luce degli obiettivi dell'art. 13 CCE e in funzione delle circostanze riscontrate nel mercato geografico rilevante.

Dopo che l'analisi preliminare svolta dalla Commissione aveva evidenziato la non ragionevolezza e proporzionalità della costituzione di un'autorità di settore a livello comunitario[14] il legislatore aveva strutturato un processo di formazione del provvedimento sulla base di un modello di interazione tra la Commissione e le ANR nazionali che è stato definito un procedimento comunitario composto [15]. Infatti il legislatore aveva dotato la Commissione di diversi strumenti procedimentali, tra i quali nella prassi si era consolidato l'utilizzo in particolare delle Raccomandazioni e delle lettere di commento e, in misura molto minore, dei veti.

Ultimo ma spesso risolutivo attore del processo di regolazione era (ed è) il giudice amministrativo nazionale che esamina il procedimento adottato dall'ANR secondo le leggi processuali che l'ordinamento interno di ciascun Stato membro identifica per garantire la tutela dei diritti spettanti ai soggetti in virtù delle norme di diritto comunitario, scrutinandolisulla base dei principi di equivalenza e di effettività[16]. alla luce dei principi legislativi e giurisdizionali nazionali, soppesando ai fini della valutazione di legittimità sovente anche i profili di merito emersi nella dialettica tra le due istituzioni[17].

2. Strumenti e prassi della regolamentazione.

2.1. Il diritto di veto della Commissione.

In prima istanza esaminiamo perché il diritto di veto sia stato lo strumento meno utilizzato dalla Commissione: allo scopo di limitare le forze centripete delle ANR nazionali il legislatore comunitario ha innanzitutto definito il “campo da gioco” e “gli strumenti con cui giocare”.

Innanzitutto la Direttiva Quadro (Considerando 27 e art. 15, comma 2) ha previsto che la Commissione pubblicasse degli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato[18] conformi al diritto della concorrenza[19] e che le ANR li tenessero “in massima considerazione” nella definizione dei mercati rilevanti.

Inoltre lo stesso articolo 15, comma 1 della medesima Direttiva prevede l'adozione da parte della Commissione di una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche che abbiano le caratteristiche per giustificare, secondo una analisi paneuropea della Commissione svolta secondo i principi del diritto della concorrenza, l'imposizione degli obblighi regolamentari tipizzati dalle Direttive. In particolare i mercati elencati nell'allegato sono stati individuati sulla base dei tre criteri cumulativi sottodescritti. La presenza o meno di un mercato rilevante nella raccomandazione non pregiudica che le ANR nazionali possano individuare ulteriori mercati rilevanti ed imporre delle misure *ex ante*, così come che i mercati identificati nella raccomandazione possano essere dichiarati competitivi dopo una specifica analisi di mercato, conformemente alla procedura dell'art. 7[20][21].

In sintesi la Raccomandazione prevede che per individuare dei mercati ulteriori rispetto a quelli “pre-esaminati” dalla Raccomandazione che possano essere oggetto di una regolamentazione *ex ante*, sia opportuno applicare tre criteri cumulativi. Il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo, ma che nel corso dell'analisi emerge che

non che possano ragionevolmente essere superati nel corso del periodo di tempo oggetto dell'analisi prospettica. Per questo motivo, il secondo criterio prevede che sia ammissibile l'imposizione di regolamentazione *ex ante* esclusivamente in quei mercati la cui struttura non tenda a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame dello stato concorrenziale al di là della presenza di forti ostacoli all'accesso. Il terzo criterio, infine, prescrive che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti[220].

Perciò, con riferimento all'ipotesi di dare attuazione all'art. 50-ter CCE, l'Autorità dovrebbe effettuare approfondite analisi e motivare in modo particolarmente qualificato la propria richiesta (comunque soggetta al potere di veto della Commissione, come vedremo al successivo § 4.1) qualora, nel corso dell'analisi sulla separazione volontaria, volesse discostarsi dai mercati dell'accesso individuati dalle Raccomandazioni e peraltro già rilevati nel corso delle analisi dei mercati dell'accesso concluse con le delibere 314/09/CONS, 731/09/CONS e 578/10/CONS e attualmente in corso nel procedimento avviato con la delibera 390/12/CONS e posto in consultazione con delibera 238/13/CONS[23].

2.2. I rimedi regolamentari.

Infine i rimedi applicabili agli operatori SMP sono stati identificati dal legislatore comunitario agli articoli 9-13 della Direttiva Accesso[24] e rappresentano gli strumenti regolamentari con cui prevenire, in una prospettiva *ex ante*, la concreta manifestazione delle problematiche concorrenziali che potrebbero essere individuate nel corso delle analisi dei mercati. Le caratteristiche strutturali dei mercati delle comunicazioni hanno portato ad identificare con l'utilizzo degli strumenti concettuali del diritto della concorrenza quattro categorie di problemi competitivi: (i) estensione verticale del potere di mercato; (ii) estensione orizzontale del potere di mercato; (iii) posizione dominante in un singolo mercato; (iv) posizione dominante nel servizio di terminazione con 27 problematiche competitive che potrebbero emergere dai comportamenti degli operatori SMP[25]. I rimedi possono essere qualificati come di natura strutturale (obblighi di non discriminazione e di interconnessione ed accesso) oppure di natura strumentale all'efficace attuazione dei precedenti (obblighi di trasparenza, di separazione contabile e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi) e devono essere applicati sulla base del "problema evidenziato" e "proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi dell'art. 7" della Direttiva Quadro[26].

L'insieme degli elementi descritti (orientamenti per l'analisi di mercato, raccomandazioni sui mercati rilevanti meritevoli di regolamentazione *ex*

ante, definizione dei rimedi per gli operatori SMP)[27] hanno identificato “l’ortodossia comunitaria sui mercati oggetto di regolamentazione *ex ante*”. Ciascuno degli strumenti adottati dalla Commissione (orientamenti, raccomandazioni) non sono, in termini di fonti del diritto comunitario, vincolanti per le ANR; ma la loro espressa previsione nella Direttiva Quadro e il presidio posto dall’art. 7 – che prevedeva il possibile esercizio del potere di veto da parte della Commissione qualora venisse identificato un mercato rilevante diverso da quelli previsti dalla raccomandazione vigente *ratione temporis* oppure sulla designazione di un operatore come SMP, nonché qualora tale misura influenzasse gli scambi tra Stati membri e costituisse una barriera al mercato unico o fosse considerata incompatibile con il diritto comunitario e gli obiettivi dell’art. 8 della Direttiva Quadro – hanno ottenuto lo scopo di garantire una sostanziale armonizzazione dell’applicazione delle regole a livello dei singoli Stati membri, nonostante l’effettiva applicazione del diritto di veto sia stata molto modesta rispetto al cospicuo numero delle notifiche ricevute[28].

Mentre sui rimedi il potere di veto della Commissione si può applicare soltanto qualora l’ANR adotti un rimedio atipico, diverso da quelli definiti negli artt. 9-13 della Direttiva Accesso[29]. Occorre evidenziare che, nella prassi applicativa, il maggior livello di disarmonia nell’introduzione della regolamentazione *ex ante* si è riscontrata ovviamente non nei rimedi imposti, ma nelle modalità con le quali le singole ANR hanno concretamente dato attuazione ai rimedi astrattamente definiti dal legislatore comunitario, nonostante fosse stata elaborata dall’*European Regulators Group* (ERG) già nel 2004, e successivamente integrata nel 2006, una *Common Position on regulatory remedies*[30]. Infine, nel complesso sistema di armonizzazione dell’applicazione del quadro comunitario, nel 2012 il BEREC, nell’esercizio della sua funzione di sviluppo e diffusione tra le ANR delle migliori prassi regolamentari, quali approcci, metodologie o orientamenti comuni sull’attuazione del quadro normativo comunitario ai sensi dell’art. 2 del Regolamento (CE) 1211/2009 (cfr. § 4.1) ha poi adottato ulteriori *common positions* relative all’applicazione dei rimedi in singoli mercati *wholesale*[31].

2.3. Le Raccomandazioni.

Il secondo atto utilizzato dalla Commissione per indirizzare l’attuazione del quadro regolamentare comune è rappresentato dalle Raccomandazioni che sono espressamente previste dall’art. 19, comma 1 della Direttiva Quadro come strumento rivolto agli Stati membri per armonizzare le modalità attuative delle direttive comunitarie. La Direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché le ANR “*tengano nella massima*

considerazione tali raccomandazioni” nell’assolvere gli obblighi e nel perseguire gli obiettivi della regolamentazione dettati dall’art. 8 della Direttiva. La Commissione ha fatto un ampio uso dello strumento della raccomandazione in particolare quando ha rilevato, nel suo ruolo di cooperazione ed indirizzo previsto dall’art. 7 della Direttiva Quadro, significative incoerenze tra le scelte regolamentari dei diversi Stati membri[32] oppure qualora abbia ritenuto di dover esprimere un orientamento non vincolante dell’istituzione comunitaria in merito alle implicazioni regolamentari delle evoluzioni strategiche o tecnologiche delle reti o dei servizi[33].

È pacifico che le raccomandazioni non abbiano efficacia vincolante, ma non significa che esse siano del tutto sprovviste di effetti giuridici: la giurisprudenza ha posto in evidenza come possano avere effetti giuridici poiché il giudice nazionale deve tenerne conto per procedere all’interpretazione di altri atti vincolanti emanati dalle istituzioni comunitarie e dalle norme nazionali[34].

Le raccomandazioni hanno avuto una duplice funzione nell’ambito dei procedimenti per la definizione dei rimedi regolamentari: (i) hanno rappresentato un importante punto di riferimento per le ANR per motivare l’adozione di misure regolamentari che potevano avere un significativo impatto sugli operatori SMP; (ii) nel contempo, in alcune fattispecie, la loro natura di indirizzo per armonizzare le modalità attuative delle direttive ha rappresentato un elemento di distonia rispetto all’indipendenza riconosciuta alle ANR – anche dalla giurisprudenza comunitaria[35] – nel bilanciare gli obiettivi comunitari dell’art. 8 della Direttiva Quadro nonché rispetto al principio secondo cui gli obblighi imposti *“sono basati sulla natura delle questioni oggetto dell’istruttoria, proporzionati e giustificati”* (art. 45, comma 4 CCE).

Limitandoci ai procedimenti nazionali, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE) ha trovato alterna *“considerazione”* dall’AGCom poiché sia nelle delibera 667/08/CONS che nella delibera 621/11/CONS (e nella successiva ottemperanza con la delibera 11/13/CONS) relative alle terminazione sulle reti mobili l’Autorità ha disatteso l’indirizzo della Commissione di superare l’asimmetria tariffaria a beneficio di H3G che, infatti, è stata prolungata ulteriormente fino al 30 giugno 2013, nonostante le numerose lettere di commento negative della Commissione[36].

A questo proposito, il giudice amministrativo ha in un primo momento confermato la posizione assunta dall’AGCom nella delibera 667/08/CONS in merito all’asimmetria tariffaria di H3G (sentenze Tar Lazio n. 1336/2011 e Consiglio di Stato n. 3106/2011), mentre successivamente ha annullato parzialmente la Delibera 621/11/CONS nella parte in cui aveva prolungato

ulteriormente l'asimmetria tariffaria di H3G per carenza di motivazione e ingiustificato contrasto con il contenuto della Raccomandazione 2009/36 e della lettera di osservazioni della Commissione Europea del 23 giugno 2011 (sentenze Tar Lazio 8381-10263-10265/2012). Esito diverso hanno avuto le delibere 179/10/CONS e 229/11/CONS che, con riferimento al servizio di terminazione su rete fissa, avevano mantenuto tariffe asimmetriche tra Telecom Italia e gli OLO. Queste delibere erano state annullate dal Tar Lazio che, con sentenza 9739/2011, le ha ritenute in contraddizione con l'obiettivo stabilito a livello comunitario di giungere ad obblighi di prezzo simmetrici per tutti gli operatori e prive della motivazione rafforzata necessaria per superare i rilievi svolti dalla Commissione[37]. Il Consiglio di Stato, con sentenza 2802/2012, ha invece annullato la sentenza del Tar e confermato la correttezza delle scelte regolamentari dell'AGCom, in quanto l'asimmetria di prezzo tra Telecom Italia e gli OLO sarebbe giustificata dalle diverse caratteristiche delle rispettive infrastrutture, secondo la corretta motivazione fornita dall'AGCom (anche in relazione allo scostamento rispetto alla Raccomandazione della Commissione)[38].

Ai fini dell'analisi sui mercati dell'accesso assumono rilevanza sia la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), che la Raccomandazione della Commissione dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga.

La Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) 2010/572/UE ha, in sintesi, lo scopo di favorire l'installazione di reti di accesso di nuova generazione basate sulla fibra ottica quale elemento di crescita economica e per il conseguimento degli obiettivi in termini di investimenti, creazione di posti di lavoro e ripresa dell'economia nell'UE che il mercato unico delle comunicazioni elettroniche può apportare per il perseguimento degli obiettivi della strategia "Europa 2020".

La Raccomandazione NGA vuole favorire lo sviluppo delle reti NGA attraverso un rafforzamento della certezza della regolamentazione applicabile, anche prospetticamente, e contemperando le esigenze di promuovere gli investimenti in infrastrutture a banda larga e la concorrenza, in particolare nella fase di transizione tra le reti di accesso in rame verso le reti di accesso di nuova generazione. In particolare indica l'ambito di applicazione alle misure regolamentari dei mercati 4 e 5 della Raccomandazione 2007/879/CE la cui applicazione dovrebbe essere caratterizzata da coerenza reciproca, in modo costante per periodi di revisione adeguati e avendo cura di indicare preventivamente quali possano essere le successive modifiche delle misure regolamentari in

conseguenza di probabili cambiamenti di mercato. La Raccomandazione inoltre indirizza la disciplina applicabile alle infrastrutture di ingegneria civile (e.g. condotti, pozzetti, palificazioni) sia in termini di accesso che di orientamento al costo e le modalità di definizione di mercati geografici subnazionali o di misure correttive differenziate in mercati geografici influenzati dall'installazione di reti NGA. Inoltre la Commissione identifica quali possano essere le modalità di accesso sia alle risorse di rete che alle risorse ingegneristiche da parte dei concorrenti in termini di costi (inclusi i rischi supplementari dell'investimento) e prestazioni offerte qualora l'operatore SMP installi una rete FTTH o FTTN[39], tenendo anche conto di modalità di coinvestimento e di contrattualizzazione di accordi di lungo periodo nella definizione dei test di prezzo e delle dinamiche concorrenziali. La Raccomandazione, infine, identifica quali debba essere l'evoluzione delle misure regolamentari e dei prodotti all'ingrosso offerti nel mercato 5 (accesso a banda larga all'ingrosso) in presenza dell'installazione delle reti NGA e dell'avvio dei relativi servizi al dettaglio che consentano l'esercizio di una concorrenza effettiva nonché indirizza gli obblighi dell'operatore SMP in caso di migrazione dalla rete in rame alla rete NGA.

L'analisi della Raccomandazione in esame nella prospettiva della dialettica tra Commissione e ANR si caratterizza, sia nel linguaggio adottato che nei contenuti, in modo coerente con il consolidato orientamento della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato[40] che attribuiscono a tale strumento una natura non vincolante e finalizzata a prospettare la modalità attuativa che appare preferibile adottare in una prospettiva eurocentrica per assicurare l'attuazione del quadro normativo comunitario. Senza valutare in questa sede la fondatezza delle analisi e l'efficacia delle soluzioni regolamentari proposte dalla Commissione per lo sviluppo delle reti di accesso di nuova generazione, emergono alcune prime considerazioni:

- (i) la Raccomandazione NGA ha tratteggiato alcune proposte di applicazione dei principi regolamentari che contemperassero gli obiettivi dell'art. 8 Direttiva Quadro ed in particolare di incentivazione degli investimenti e di tutela della concorrenza differenziate sulla base del diverso livello di installazione delle reti in fibra ottica nella rete di accesso da parte dell'operatore SMP. Tra le diverse opzioni che, in modo flessibile, sono state identificate dalla Commissione e dalle ANR[41], gli operatori dei singoli mercati rilevanti nazionali hanno potuto cominciare ad attuare la propria strategia di investimento sulle reti di accesso di nuova generazione sulla base delle condizioni della domanda e dell'offerta (al dettaglio ed all'ingrosso), delle caratteristiche della rete di accesso dell'operatore SMP e della propria capacità di investire. Nel mercato italiano, in considerazione dei costi e delle difficoltà operative probabilmente insostenibili per una rete FTTH

si è cominciata a implementare uno sviluppo delle reti NGA che configura una concorrenza a livello delle sottoreti di accesso, secondo quanto prospettato dalla Raccomandazione NGA considerando 29-32[42].

- (ii) L'adozione a distanza di meno di tre anni dalla Raccomandazione NGA di una nuova Raccomandazione che, come vedremo di seguito, specifichi ed ampli i casi in cui può non essere necessario applicare il principio dell'orientamento ai costi per l'accesso all'ingrosso a reti NGA a banda larga confligge sostanzialmente con il principio di prevedibilità regolamentare che stabilisce un approccio regolatore coerente nel periodo minimo di revisione delle misure regolamentari adottate che corrisponde a tre anni, ai sensi dell'art. 16, comma 6 Direttiva Quadro, come riformato dalla Direttiva *Better Regulation*, poiché la Commissione modifica ed amplia con la nuova Raccomandazione i propri criteri applicativi dei principi e degli obiettivi regolamentari in un termine inferiore alla metà del periodo che ritiene necessario per "promuovere la prevedibilità regolamentare" (sei anni ai sensi del § 46 della Raccomandazione dell'11 settembre 2013).

Infine la Raccomandazione della Commissione dell'11 settembre 2013 relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga ha, in sintesi, e come vedremo più approfonditamente nel successivo § 6.1, la finalità di promuovere investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture di nuova costruzione, contemperando la necessità di mantenere una concorrenza effettiva, che costituisce un importante incentivo per gli investimenti a lungo termine.

La Commissione nel redigere la Raccomandazione si è perciò posta i seguenti obiettivi:

- i) assicurare parità di condizioni attraverso l'applicazione di principi di non discriminazione più rigidi sotto il profilo tecnico ed economico;
- ii) dare indicazioni stringenti alle ANR affinché determinino prezzi regolamentati stabili e prevedibili per l'accesso all'ingrosso alle reti in rame degli operatori SMP;
- iii) incrementare la certezza negli investitori in merito ai presupposti che determinano la non imposizione di prezzi di accesso all'ingrosso regolamentati per i servizi NGA, stimolando gli investimenti necessari alla realizzazione delle reti NGA nel breve e medio periodo.

In sintesi la Raccomandazione perciò prevede:

- (i) l'identificazione del principio di *equivalence of inputs* (Eoi) come strumento più efficace per garantire l'applicazione del principio di

- non discriminazione[43][44];
- (ii) la definizione delle caratteristiche e degli effetti della replicabilità tecnica delle nuove offerte al dettaglio dell'operatore SMP;
 - (iii) l'identificazione e l'imposizione dei *Key Performance Indicators* nella fornitura di servizi all'ingrosso regolamentati, di accordi sul livello di servizio accompagnati da garanzie sul livello di servizio dei prodotti dell'accesso forniti dagli operatori SMP;
 - (iv) l'individuazione di un rimedio di accesso all'ingrosso orientato ai costi che sia raccomandato, basato sulla metodologia dei costi di tipo *Bottom Up-Long Run Incremental Cost* con maggiorazione per il recupero dei costi comuni (BU-LRIC plus) che garantisca prezzi di accesso all'ingrosso stabili ed efficienti che incentivino gli investimenti ed una *Regulatory Access Base* (RAB) valorizzata a costi correnti per le infrastrutture civili esistenti che siano riutilizzabili;
 - (v) l'applicazione della metodologia dei costi raccomandata, con un periodo di transizione fino al 31 dicembre 2016, fissando una fascia di prezzi entro cui collocare i prezzi medi mensili dell'accesso disaggregato alla rete locale in rame che garantisca la stabilità e la prevedibilità dei prezzi della rete di accesso tradizionale dell'SMP;
 - (vi) l'applicazione di un modello di regolazione per le reti NGA dell'operatore SMP che garantisca gli obblighi di non discriminazione sugli elementi attivi e passivi delle reti NGA mediante l'Eol, gli obblighi di replicabilità tecnica e di replicabilità economica
 - (vii) il monitoraggio degli investimenti destinati alla banda larga NGA a fronte di una non imposizione di prezzi di accesso regolamentati che quindi possano valorizzare la condivisione da parte dei soggetti richiedenti l'accesso di una parte dei costi dell'investimento mediante accordi di durata differenziata e garanzie sui volumi.

Senza entrare - in questa sede - nel merito della valutazione degli impatti strategici degli indirizzi regolamentari espressi dalla Commissione, non si può non evidenziare che le scelte di AGCom di tenere o meno nella "massima considerazione" le citate raccomandazioni nel corso del primo procedimento in Europa per valutare gli impatti sulla regolamentazione della rete d'accesso della separazione volontaria di un operatore integrato saranno attentamente scrutinate dalla Commissione nella lettera di commento e successivamente dal giudice amministrativo e necessiteranno delle motivazioni "massimamente rafforzate" per evidenziare, anche istituzionalmente, il corretto esercizio della propria indipendenza nel bilanciare i diversi obiettivi regolamentari dell'art. 8 della Direttiva Quadro,

sia che aderiscano alle raccomandazioni comunitarie sia che vi si discostino.

2.4. Le lettere di commento *ex art. 7* Direttiva Quadro.

L'ultimo strumento utilizzato dalla Commissione per indirizzare una applicazione omogenea del quadro regolamentare comunitario è rappresentato dalle lettere di commento *ex art. 7* della Direttiva Quadro.

Le lettere di commento possono essere inviate dalla Commissione entro un mese dalla notifica della bozza di provvedimento da parte dell'ANR e, teoricamente, dovrebbero rappresentare una eccezione in quanto, secondo il dettato della norma, la Commissione dovrebbe collaborare con le ANR per il rispetto dei principi del diritto della concorrenza ed in particolare l'attuazione degli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro "*nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno*"[45], a maggior ragione quando l'Autorità dello Stato membro ha rispettato "*l'ortodossia dei mercati rilevanti e degli operatori SMP*" e si limita ad applicare i rimedi standardizzati dalla Direttiva Accesso.

Inoltre, sotto un profilo giuridico, le lettere devono essere tenute nelle "massima considerazione" dalle ANR, ma pacificamente non hanno natura vincolante per le ANR sia ai sensi della giurisprudenza comunitaria[46] che della costante giurisprudenza nazionale che si è limitata a prevedere per AGCom un "*obbligo rafforzato di motivazione*" qualora decida di discostarsi dall'opinione espressa nella lettera di commenti[47].

Al contrario l'intervento della Commissione mediante la lettera di commento risulta molto frequente e spesso invasivo dei poteri discrezionali riconosciuti alle ANR di applicare i rimedi 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 quindi concorrenziale) oppure presso altri mercati europei.

Anche in questa fattispecie possiamo dare una molteplice lettura all'azione della Commissione mediante le lettere *ex art. 7*: (i) in alcune fattispecie la riproposizione di alcuni commenti nel corso delle successive analisi oppure richiamando delle analoghe posizioni espresse rispetto alle analisi sul medesimo mercato da ANR di altri Stati membri rappresenta la manifestazione della linea strategica della Commissione rispetto a diversi approcci applicativi adottati a livello nazionale, replicando alle differenti

motivazioni via via prospettate dalle ANR[48]; (ii) in altri casi le lettere di commenti hanno rappresentato la manifestazione di un indirizzo strategico che successivamente si è formalizzato nell'ambito del dettato di una raccomandazione o di una direttiva[49]; (iii) in altre richiamano le singole ANR ad una coerenza della strategia regolamentare ed agli impegni procedurali proposti nelle precedenti comunicazioni della medesima ANR sottolineando la necessità di una prevedibilità e logicità dell'azione regolamentare che potrà essere sottoposta al vaglio dai giudici[50].

L'esito concreto dell'intervento della Commissione tramite le lettere di commenti come garante non solo dell'armonizzazione dei metodi di analisi dei mercati e delle notifiche (rispetto alle quali ha il potere di esercitare il veto), ma anche dell'ortodossia con la quale le singole ANR avrebbero dovuto disporre dei rimedi regolamentari previsti per "mimare un mercato concorrenziale" e sopperire alle carenze competitive non transitorie riscontrate nel mercato nazionale, ha comportato che le ANR tenessero effettivamente nella massima considerazione i commenti della Commissione e trovassero delle modalità adeguate al contesto nazionale per recepire gli indirizzi comunitari. Occorre però notare come questa azione conformatrice delle lettere di commenti ha avuto più effetti sulle modalità di natura operativa (ad esempio la metodologia contabile da utilizzare per determinare le tariffe dei servizi *wholesale*) piuttosto che sui rimedi che avessero impatti strategici, quali ad esempio la regolamentazione delle reti di nuova generazione, i criteri contabili per la remunerazione delle reti di accesso o i presupposti per il riconoscimento di asimmetrie nelle terminazioni delle reti fisse e mobili[51][52]. Da questa constatazione è sorta, dapprima, la necessità di adottare delle specifiche Raccomandazioni [53] che esplicitassero le problematiche e le relative soluzioni regolamentari emerse nel corso dell'esame sinottico e transnazionale delle proposte nazionali di provvedimenti di imposizione/modifica/revoca di rimedi regolamentari, e di rendere più efficace l'obiettivo di creare il mercato unico delle comunicazioni integrando il nuovo quadro regolamentare con le direttive 136/2009/CE e 140/2009/CE e, da ultimo, con la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "*laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) n. 1211/2009 and (EU) 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 (denominata *Telecommunications Single Market*).

2.5 Il principio di separazione strutturale tra le attività di gestione o di controllo di operatori di comunicazioni e le attività di regolamentazione.

Infine il legislatore comunitario si era focalizzato sulla necessità che gli Stati membri che esercitavano contemporaneamente il ruolo di Stato “padrone” e di Stato “regolatore”, ossia possedevano quote azionarie significative di un operatore nazionale (quasi sempre l'ex monopolista) garantissero una effettiva separazione strutturale (giuridica e funzionale) tra le attività di gestione o di controllo delle imprese di comunicazioni elettroniche e le attività di regolamentazione. In questo modo, grazie alla separazione delle funzioni ed all'obbligo di garantire l'esercizio dei poteri da parte di una Autorità competente e quindi dotata di risorse umane e finanziarie adeguate, si voleva garantire l'indipendenza delle ANR “*in modo da assicurare l'indipendenza delle loro decisioni*”[54][55]. La separazione formale non impedisce, come ovvio, che vi possa essere un indirizzo politico unitario nei confronti sia degli operatori a capitale pubblico che del regolatore che sia indirizzato a perseguire gli obiettivi di politica industriale o finanziaria del governo in carica[56].

3. Il processo di riforma del quadro regolamentare.

Ma parafrasando una suggestiva definizione dell'architettura regolamentare disegnata dal legislatore comunitario nel 2002[57], non tutti gli Stati membri e non tutte le ANR hanno “*suonato armonicamente la medesima melodia*” coerente con il disegno del mercato unico delle comunicazioni, nonostante le modalità di coordinamento orizzontale tra le ANR e verticale con la Commissione prevista dall'art. 7 della Direttiva Quadro[58].

Innanzitutto i diversi modelli nazionali di privatizzazione hanno condotto ad interventi amministrativi o legislativi fortemente sbilanciati a favore dei “campioni nazionali”[59] oppure a meccanismi selettivi per l'attribuzione delle risorse scarse (e.g. frequenze) molto differenziati[60], nonché l'applicazione da parte delle ANR di diverse metodologie, anche contabili, in relazione alla definizione degli obblighi regolamentari[61], ed infine ad esempi di “cattura del regolatore” che hanno implicato l'intervento *ex post* delle Autorità di concorrenza comunitarie e nazionali[62], hanno provocato rilevanti discrepanze tra le condizioni competitive dei diversi mercati nazionali, con un evidente impatto sui consumatori.

I report annuali relativi allo stato dell'implementazione delle Direttive redatti dalla Commissione[63] sono stati una efficace “cartina di tornasole” di come le peculiarità nazionali (di mercato, infrastrutturali e istituzionali) abbiano condotto a condizioni di concorrenza molto differenziate nei

diversi Stati membri, allontanando non solo la percezione negli utenti (consumatori ed imprese) ma anche la concreta attuazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche.

Sulla base di queste evidenze la Commissione ha presentato nel giugno 2006, a valle di una consultazione pubblica che raccolse molti contributi da parte degli stakeholder, una comunicazione sul riesame del quadro normativo dell'Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (COM2006 334) che diede luogo a due processi paralleli, uno inteso a modificare il quadro normativo[64] ed uno ad aggiornare gli "strumenti di lavoro" delle ANR al mutato quadro competitivo. Quest'ultima esigenza dette luogo all'adozione il 13 novembre 2007 di una nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti, che ha ridotto significativamente il numero dei mercati ritenuti meritevoli di regolamentazione *ex ante* focalizzandosi sui mercati all'ingrosso, mentre le proposte di riforma del quadro comunitario si compongono di due proposte di direttiva[65] e di una proposta di regolamento finalizzata ad istituire l'Autorità europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche (ETMA)[66][67].

Non è possibile in questo contributo esaminare il travagliato percorso delle citate proposte di direttive e di regolamento nella dialettica del trilogio (Commissione, Parlamento e Consiglio), ma ci limiteremo ad evidenziare come alcuni rilevanti e caratterizzanti aspetti in termini di *governance* e di competenze previsti nella proposta di Regolamento COM 2007/699 del 13 novembre 2007 abbiano subito significative modifiche prima nella proposta del Parlamento del settembre 2008 che aveva trasformato l'ETMA nel BERT (*Body of European Regulators in Telecommunications*), organismo composto dai regolatori nazionali con funzioni di coordinamento tra le ANR e consultive per la Commissione ma senza potere di richiedere in modo vincolante delle modifiche alle proposte di provvedimento comunicate dalle ANR, e poi nel Regolamento 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

In particolare:

- a) per i profili di *governance* e di competenze: l'ETMA avrebbe dovuto avere personalità giuridica e sarebbe stato strutturato con un *Administrative Board* formato da 12 componenti, scelti al 50% dalla Commissione ed al 50% dal Consiglio, con compiti amministrativi ma anche di scelta dei componenti degli altri organi; un *Board of Regulators* composto dai rappresentanti delle ANR e guidato da un *Director*, scelto dall'*Administrative Board* tra soggetti esterni. Le competenze sarebbero state ampliate fino ad accorpare le competenze in tema di sicurezza delle reti dell'ENISA e avrebbero assunto poteri regolatori, amministrativi e (para)giurisdizionali in materie strategicamente (e politicamente) al centro dell'interesse dei Governi quali le autorizzazioni sui servizi e sull'utilizzo di diritti d'uso delle frequenze e delle numerazioni, le procedure uniche per la selezione comparativa o competitiva e

l'aggiudicazione dei diritti d'uso sulle frequenze (sia le frequenze per servizi mobili che per la televisione digitale terrestre[68]) e le numerazioni nonché poteri derivanti da un meccanismo di ricorsi gerarchici nei confronti delle decisioni dell'Autorità europea. Il combinato disposto della *governance* e degli ampi poteri su tematiche che venivano considerate strategiche dagli Stati membri sia da un punto di vista politico (tenuto conto degli impatti indiretti su temi quali la sicurezza delle reti degli operatori nazionali e il pluralismo informativo) che finanziario (si rammentano le aste che aggiudicarono nel periodo 1999-2000 i diritti d'uso per le frequenze UMTS a valori rilevanti per i bilanci di diversi Stati membri, tra cui l'Italia) ed infine un significativo spostamento in capo alla Commissione dei poteri di controllo ed armonizzazione nei confronti delle ANR (e di conseguenza una loro maggiore autonomia dai Governi nazionali), hanno portato il Consiglio ad ostacolare l'istituzione di una Autorità europea dotata di effettivi poteri sulle tematiche rilevanti nelle comunicazioni. Il compromesso finale tra il trologo rappresenta una duplice sconfitta per la Commissione: (i) nonostante l'iniziale proposta non riuscì ad ampliare i propri poteri vincolanti (*rectius* di veto) sull'applicazione dei rimedi regolamentari da parte delle ANR, eventualmente grazie alla mediazione del potere consultivo di una Autorità europea di settore; (ii) ha introdotto nel coordinamento multilivello un ulteriore attore istituzionale che, come vedremo, ha rapidamente acquisito indipendenza, efficacia di intervento (molto maggiore rispetto all'ERG, grazie anche al meccanismo di votazione a maggioranza ed al supporto dell'Ufficio) e autorevolezza tecnica venendo, di fatto, a rappresentare un ulteriore interlocutore in grado sostanzialmente di contrapporre ai "seri dubbi" di compatibilità all'ordinamento comunitario di un provvedimento nazionale espresso dalla Commissione un qualificato parere contrario che, se formalmente non modifica il ruolo ed i poteri della Commissione, di fatto depotenzia la legittimità sostanziale della sua azione di armonizzazione.

- b) per quanto riguarda l'applicazione dell'armonizzazione comunitaria: con la procedura *ex art. 7* la proposta della Commissione avrebbe attribuito a quest'ultima un potere di veto su una pluralità di tematiche, previo il parere favorevole dell'istituenda Autorità europea. Infatti grazie alla consulenza dell'istituenda Autorità europea, che, come abbiamo precedentemente esaminato, era stata progettata in termini di *governance* per essere eterodiretta dalla Commissione e dal Consiglio (tramite il *Board of Administrators* ed il *Director*), la Commissione avrebbe avuto il potere di veto anche in merito ai rimedi procompetitivi da applicare ai mercati non competitivi ed agli operatori SMP e la possibilità di intervenire anche in materia di sicurezza ed integrità delle reti, rilascio, modifica e revoca dei diritti d'uso delle frequenze, regolazione dei diritti d'uso delle numerazioni e portabilità, accesso ai

servizi televisivi digitali. Anche il Parlamento europeo ha emendato la proposta della Commissione che avrebbe comportato un sostanziale controllo della Commissione, per il tramite della costituenda Autorità europea, sulle ANR.

4. Il terzo pacchetto di direttive.

Dall'esito del processo legislativo del terzo pacchetto di direttive del settore culminato con l'adozione delle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE non possiamo che trarre l'evidenza di come la proposta di attribuzione di un potere vincolante alla Commissione grazie alla possibilità di richiedere modifiche ai provvedimenti delle ANR sia stato un elemento fondamentale della dialettica tra le istituzioni europee. Il mancato accoglimento delle proposte della Commissione e l'esito del processo amministrativo manifestano un chiaro indirizzo su quale debba essere il bilanciamento dei poteri e delle responsabilità attribuite dalla riforma del 2009, rispettivamente alla Commissione ed alle ANR, e ci evidenziano come il modello di regolamentazione multilivello sia stato invece diversamente applicato dalla Commissione e quali ne siano stati gli effetti sia in sede procedimentale che giurisdizionale, a partire dal recepimento della riforma del terzo pacchetto Telecom ai più recenti provvedimenti comunitari.

Fra le numerose modifiche ed integrazioni introdotte dalle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE[69] esamineremo specificamente quelle più rilevanti ai fini della presente analisi:

- Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC);
- Modifiche delle modalità previste all'art. 7 della Direttiva Quadro relative al consolidamento del mercato interno ed alle procedure per la coerente applicazione delle misure correttive;
- Indipendenza delle ANR;
- Nuovi obiettivi generali e principi dell'attività di regolamentazione.

4.1. Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

Il ruolo, le competenze e la *governance* del BEREC sono stati definiti dal Regolamento 1211/2009 del 25 novembre 2009 che chiarisce come il nuovo organismo non abbia natura di agenzia comunitaria né personalità giuridica ma viene affiancato da un Ufficio che fornisce supporto professionale ed amministrativo al BEREC, è dotato di personalità giuridica

in qualità di organo comunitario ai sensi del Regolamento n. 1605/2002 del Consiglio (art. 15) ed ha autonomia giuridica, amministrativa e finanziaria. Gli ambiti di azione ed i compiti del BEREC sono determinati dall'art. 1 del Regolamento e sono definiti dalle stesse Direttive del quadro regolamentare del 2002, come riformate nel 2009. In particolare il BEREC persegue i medesimi obiettivi delle ANR che sono dettati dall'art. 8 della Direttiva Quadro e mira "ad assicurare un'applicazione coerente del quadro normativo dell'Unione europea per le comunicazioni elettroniche", avvalendosi delle competenze disponibili presso le ANR.

Il BEREC si colloca come "organismo di riflessione, dibattito e consulenza per il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione per il settore delle comunicazioni elettroniche" che fornisce relazioni e consulenze alla Commissione e pareri al Parlamento ed al Consiglio, ma nel contempo si pone in una posizione centrale della complessa architettura dedicata allo sviluppo del mercato interno delle reti e dei servizi poiché ha anche il compito di sviluppare e diffondere tra le ANR le "migliori prassi regolamentari", ossia le metodologie e gli orientamenti comuni sull'attuazione del quadro normativo comunitario. Poiché tali prassi sono sviluppate dai gruppi specialistici formati dai rappresentanti delle ANR e sono votate a maggioranza dei due terzi del comitato dei regolatori, dove siedono i componenti politici o direttivi delle medesime ANR nel numero di un membro per ogni Stato membro, è evidente che la condivisione e l'adozione delle buone prassi regolamentari rappresentano un elemento necessario della "serena convivenza" delle ANR in sede di "comitologia" BEREC. Inoltre fornisce pareri su progetti di decisioni, raccomandazioni e orientamenti della Commissione previsti dalle Direttive del 2002, potendo perciò incidere sui vari strumenti attribuiti dal legislatore per indirizzare l'applicazione coerente del Quadro normativo comunitario in tutti gli Stati membri.

Inoltre la centralità del BEREC come organismo in grado di indirizzare l'applicazione coerente della normativa del settore non attraverso strumenti vincolanti, ma attraverso un esercizio tempestivo, trasparente e indipendente dei propri compiti, viene ribadita dal Regolamento che attribuisce all'organismo il dovere, nei confronti delle ANR, di fornire cooperazione, pareri e consulenze sui progetti di misure relative alla definizione dei mercati, alla designazione delle imprese SMP, all'imposizione dei rimedi *ex art. 7 e 7-bis* della Direttiva Quadro, e, a beneficio della Commissione, di fornire pareri su progetti di raccomandazioni e/o orientamenti sulla forma, contenuto e dettaglio delle notifiche, di essere consultato sui progetti di raccomandazioni relative ai mercati rilevanti di servizi e prodotti, di fornire pareri su progetti di decisioni (vincolanti) e raccomandazioni (non vincolanti) adottati dalla Commissione ai fini dell'armonizzazione, ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro nonché sui progetti di decisioni della Commissione che

autorizzano o impediscono ad una ANR di adottare misure eccezionali *ex art. 8 Direttiva Accesso*. Visto l'obbligo per la Commissione di consultare il BEREC per ogni decisione vincolante o non vincolante che possa incidere sull'applicazione coerente del diritto comunitario e sull'azione regolamentare delle ANR, si potrebbe affermare che l'esito della riforma del terzo pacchetto abbia condotto la Commissione ad essere soggetta prima dell'adozione di qualsiasi atto ad uno scrutinio preventivo e sostanziale da parte dell'organismo che rappresenta, quasi come un "sindacato", il centro di coordinamento degli indirizzi strategici e dell'esercizio delle competenze delle ANR. Sicuramente un "sindacato" attento a garantire le prerogative, le competenze e l'autonomia dei suoi membri, ma anche teso a valorizzare un modello di attuazione dei principi regolamentari più aderente al dettato del legislatore comunitario declinato secondo le specificità nazionali (anche ai sensi degli art. 3, comma 3 e 3 bis della Direttiva Quadro come riformata dalla Direttiva 2009/140/CE), soprattutto quando sia messo a confronto con le prospettive politico-strategiche sottese agli interventi della Commissione.

Il Regolamento inoltre sottolinea, in coerenza con il principio di indipendenza introdotto all'art. 3 e 3, comma 3 della Direttiva Quadro dalla direttiva 2009/140/CE, che né i membri del Comitato dei regolatori né il suo Presidente (nominato annualmente all'interno dei suoi componenti, quindi espressione diretta del vertice di una ANR), né il direttore amministrativo (scelto tramite concorso pubblico e responsabile della direzione dell'Ufficio) possano sollecitare o accettare istruzioni da alcuno Stato membro, così come da alcuna ANR o dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato[70].

Il BEREC si caratterizza per una struttura piuttosto "snella" poiché la gran parte delle attività vengono svolte da gruppi di lavoro composti da rappresentanti delle ANR e da una programmazione per obiettivi. Il *Board of Regulators* è composto da un componente per ciascuno Stato membro che deve essere un rappresentante del vertice (politico o amministrativo) dell'ANR. Il Board è assistito da un gruppo di lavoro (contact Network) incaricato di preparare le decisioni che devono essere adottate dal Board. La Commissione e i rappresentanti dei paesi che hanno chiesto l'ammissione all'UE possono partecipare come osservatori. Il Presidente viene eletto per la durata di un anno e l'anno precedente e successivo alla sua carica svolge la funzione di vice presidente per preparare la propria presidenza e, successivamente, per supportare il nuovo presidente. Il regolamento procedurale dedica particolare attenzione all'efficacia dei procedimenti decisionali del Board prevedendo forme di voto elettronico e meccanismi di approvazione non bloccanti, con un minimo di partecipazione pari ai 2/3 dei membri e l'approvazione con voto a maggioranza dei membri (a differenza dell'ERG che prevedeva l'unanimità). Il lavoro di esame delle comunicazioni delle ANR *ex art. 7*, delle lettere di

commenti con “seri dubbi” della Commissione, di redazione delle *BEREC Common position* viene predisposto dai Gruppi di lavoro che sono composti dai rappresentanti messi a disposizione dalle singole ANR. La presenza e l’attività presso i gruppi di lavoro è condizione per le singole ANR per poter monitorare e condividere i pareri espressi dai gruppi di lavoro e dal Board su ciascuna notifica dei rimedi *ex art. 7* direttiva Quadro nonché per poter indirizzare le *Common position* elaborate, ad esempio, sulle *best practice* da applicare ai rimedi nei mercati rilevanti. Inoltre il BEREC elabora un programma di lavoro per ciascun anno, coerente con il *BEREC’s medium term Strategy document* e lo sottopone a consultazione pubblica[71].

L’evoluzione del ruolo del BEREC non può essere del tutto compresa senza descrivere le attività che è chiamato a svolgere nella procedura multilivello introdotta con la nuova procedura *ex art. 7* della Direttiva Quadro. La Direttiva 2009/140/CE introduce, accanto al coordinamento orizzontale tra le ANR e verticale tra la singola ANR e la Commissione, un nuovo attore del processo reticolare di regolamentazione, ossia il BEREC che progressivamente sta acquistando un ruolo crescente nel modello frutto del compromesso all’interno del trilogio poiché, come abbiamo visto, è previsto che tutti gli atti aventi natura regolamentare devono essere trasmessi a questo nuovo organismo sia dalle ANR che dalla Commissione. Focalizzando la nostra analisi sulla nuova procedura dell’art. 7 e ss., è previsto un diverso ruolo formale e sostanziale del BEREC qualora le notifiche delle ANR abbiano ad oggetto l’identificazione dei mercati rilevanti e della posizione dominante di uno o più operatori oppure prevedano l’imposizione, la modifica o la revoca degli obblighi regolamentari imposti ad un operatore avente un significativo potere in un mercato rilevante.

Nella prima fattispecie, qualora una ANR identifichi un nuovo mercato, diverso da quelli oggetto di un preventivo esame da parte della Commissione e già inseriti tra i mercati per i quali la Raccomandazione vigente *rationis temporis* ha già individuato la necessità di una regolamentazione *ex ante*, oppure imponga, revochi o modifichi i rimedi regolamentari ad uno o più operatori SMP, nell’ipotesi in cui la Commissione ritenga tale proposta incompatibile con il diritto comunitario, non può essere adottata per i successivi due mesi durante i quali la Commissione può chiedere all’ANR di ritirare il progetto di provvedimento o di presentare modifiche che lo rendano conforme al diritto comunitario oppure può sciogliere le sue riserve sulla proposta. Durante questo periodo di sospensione del procedimento il BEREC esprime un parere che non è vincolante per la Commissione ma il cui contenuto deve essere “tenuto nella massima considerazione” e che se decide di discostarsene impone alla Commissione una specifica e giustificata motivazione. Qualora la Commissione chieda di ritirare il progetto di provvedimento l’ANR può ritirarlo oppure modificarlo nel termine di sei mesi, fermo restando che il

provvedimento modificato deve essere nuovamente sottoposto a consultazione.

Qualora il progetto notificato abbia ad oggetto l'imposizione, la revoca o la modifica di un obbligo regolamentare, la Commissione può inviare entro termine di un mese all'ANR una lettera di commenti con la quale segnala che "dubita seriamente della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario" e chiede l'avvio della c.d. Fase II. L'avvio di questa ulteriore fase procedimentale impone la sospensione per tre mesi della possibilità di adottare il provvedimento notificato (periodo di *stand-still*) durante i quali la Commissione, l'ANR e il BEREC collaborano per trovare una soluzione. Entro sei settimane dall'avvio della Fase II il BEREC adotta un parere elaborato secondo le procedure di istituzione/funzionamento/reportistica degli Expert Working Groups dell'art. 13 del Regolamento[72] e votato dalla maggioranza dei suoi membri *ex art.* 10 sulla comunicazione recante i seri dubbi presentata dalla Commissione. Nell'ipotesi in cui li condivide, propone delle specifiche soluzioni per superarli individuando un rimedio che ritenga più adeguato, proporzionato ed efficace per risolvere la problematica regolamentare rilevata[73]. Qualora il BEREC non si esprima nel citato termine (eventualmente anche per l'impossibilità di trovare una posizione condivisa al suo interno) oppure non condivide i "seri dubbi" della Commissione, quest'ultima entro due mesi dall'avvio della fase II può formulare una raccomandazione (non vincolante) all'ANR ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro oppure revocare i propri dubbi sul rimedio proposto[74]. Nel corso dell'ultimo mese la ANR ha l'onere di comunicare alla Commissione e al BEREC quale sia la misura adottata, ossia se ritiene di confermare la proposta originale[75] oppure di apportare modifiche [76].

In entrambi i casi l'esito della riforma della procedura dell'art. 7 comporta un indebolimento della posizione della Commissione nell'interlocuzione multilivello con le ANR poichè, nella prima fattispecie, viene affiancata da un organismo che, qualora esprima un parere contrario, ne depaupera non proceduralmente ma sostanzialmente la fondatezza della richiesta di ritirare la proposta di provvedimento. Infatti anche se la Commissione ha soltanto un obbligo di motivare adeguatamente la reiterazione della richiesta di ritirare il provvedimento notificato, un parere contrario di un organismo tecnicamente qualificato e obbligato, ai sensi del regolamento istitutivo, a perseguire i medesimi obiettivi regolamentari dettati dal legislatore comunitario, limita di fatto il potere di intervento della Commissione. Nella seconda fattispecie il potere dell'ANR di adottare la propria proposta di delibera senza alcuna modifica, al termine del periodo trimestrale avviato a seguito della manifestazione dei seri dubbi della Commissione, da un lato non viene proceduralmente intaccato anche nel caso in cui il BEREC condivide i seri dubbi della Commissione, dall'altro viene sostanzialmente rafforzato, anche nei confronti del successivo controllo da parte del giudice nazionale, da un parere del BEREC che non

condivida le osservazioni della Commissione. In altri termini, l'inserimento del BEREC nel tessuto reticolare di verifica preliminare all'adozione di un provvedimento regolamentare interpone un altro soggetto nel rapporto verticale Commissione-ANR che svolge, di fatto, una sorta di "giudizio di appello" sulla bozza di provvedimento notificata rispetto ai "seri dubbi" contestati dalla Commissione. La riforma della Direttiva Quadro all'art. 19 comma 3 esclude anche che la Commissione possa adottare una raccomandazione vincolante per imporre "la definizione di un approccio armonizzato e coordinato" in presenza di "notifiche specifiche emesse dalle autorità nazionali di regolamentazione a norma dell'art. 7-bis". Perciò l'unico strumento di intervento consentito alla Commissione (e finora soltanto paventato) è quello dell'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto comunitario[77].

L'unica eccezione è rappresentata dalla modifica introdotta dall'art. 2, comma 6 della Direttiva 2009/140/CE all'art. 8, comma 3 ii) della Direttiva Accesso con la quale si prevede che se l'ANR "*intende imporre agli operatori aventi notevole forza di mercato obblighi in materia di accesso ed interconnessione diversi da quelli di cui agli articoli da 9 a 13*" della Direttiva Accesso (ossia gli obblighi identificati agli articoli 46-50 CCE) ne fa richiesta alla Commissione che, tenendo nella massima considerazione il parere del BEREC, adotta una decisione che autorizza o impedisce all'ANR di adottare tale misura. Quest'ultima norma, sebbene rilevante nel caso in esame, non modifica il quadro regolamentare previgente, ma si limita ad individuare un processo che può rendere flessibile alle esigenze nazionali l'elenco tassativo dei rimedi regolamentari definito nelle Direttive del 2002 affinché possa essere integrato alla luce delle evoluzioni tecnologiche e di mercato, ma la cui coerenza con gli obiettivi regolamentari e con un approccio comunitario armonizzato sia garantito mediante l'adozione di un provvedimento specifico e motivato della Commissione, previo parere del BEREC. L'adozione di un provvedimento espresso e il parere obbligatorio richiesto al BEREC ha anche lo scopo di coinvolgere le altre ANR nel processo di valutazione della legittimità comunitaria e della proporzionalità della nuova misura affinché sia approfondita e ponderata preliminarmente anche in caso di successiva richiesta di applicazione in mercati diversi per prodotto o geografici.

Inoltre la Commissione ha utilizzato, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento 1211/2009, il BEREC per il suo ruolo di sviluppare e diffondere "*tra le ANR le migliori prassi regolamentari, quali approcci, metodologie o orientamenti comuni sull'attuazione del quadro normativo dell'Unione europea*". Per chiarire quale possa essere l'ampiezza del ruolo di indirizzo nell'azione regolamentare da parte del BEREC[78], la Commissione ha chiesto al BEREC la predisposizione di un report [79] relativo ai criteri di valutazione sul livello di qualità del servizio analizzato nella prospettiva

della neutralità della rete, che forniva anche una procedura comune e condivisa che avrebbe potuto consentire alle ANR di dare attuazione al complesso obiettivo di imporre agli operatori dei livelli di qualità minima del servizio, prevista dall'art. 22, comma 3 della Direttiva Servizio Universale[80] qualora la dinamica competitiva non avesse consentito di offrire un livello di accesso alla *open Internet* adeguato e che possa essere fruito dall'utente a condizioni trasparenti e consapevoli[81]. L'attività reportistica del BEREC ha fornito i presupposti per una consultazione pubblica conclusa nell'ottobre 2012 [82] e sono poi stati tradotti parzialmente, per i profili di *traffic management*, qualità del servizio e trasparenza delle informazioni e dell'offerta contrattuale, nella bozza di Regolamento *on the Telecommunications Single Market* presentata dalla Commissione l'11 settembre 2013 (artt. 21- 26).

4.2. L'applicazione dell'art. 7 della Direttiva Quadro.

Esaminiamo ora come la Commissione, che aveva sottoposto al Parlamento ed al Consiglio con la proposta di direttiva COM(2007)697 un modello di centralizzazione in via legislativa del meccanismo di verifica dell'implementazione del quadro regolamentare negli Stati membri ed ha visto il fallimento della dialettica con Parlamento e Consiglio[83] abbia cercato e stia cercando nell'ambito dell'applicazione della procedura dell'art. 7 e ss., di ottenere un pieno coordinamento delle politiche regolamentari in via procedimentale mediante l'adozione di numerose Fasi II e, soprattutto nella parte conclusiva del mandato quinquennale, utilizzi gli strumenti delle raccomandazioni[84] e dei regolamenti[85][86].

Da un'analisi sinottica dell'attività della Commissione in applicazione dell'art. 7 ss. della Direttiva Quadro nei 27 Stati membri emerge che nel 2011 sono stati notificati dalle ANR 115 casi *ex art. 7*, di cui soltanto per sei è stata avviata la c.d. Fase II (peraltro tutti relativi alle misure regolamentari adottate dal regolatore polacco in materia di terminazione mobile).

Nel 2012, invece, sono stati notificati alla Commissione 1297 casi di cui in 15 procedimenti la Commissione ha avviato la successiva Fase II.

Nel 2013 (sino ad ottobre) sono stati notificati alla Commissione dalle ANR 106 casi *ex art. 7* di cui in ben 14 procedimenti la Commissione ha comunicato all'ANR competente ed al BEREC l'avvio della Fase II.

Ai fini di approfondire la nostra analisi sulla strategia di armonizzazione della Commissione abbiamo esaminato l'attività procedimentale della Commissione nei mercati rilevanti dell'accesso oggetto della nostra analisi (mercati 4 e 5 della Raccomandazione 2007/879[87]). Nei dodici mesi dell'analisi (fine luglio 2012-luglio 2013) sono stati notificati alla Commissione 30 procedimenti relativi ai mercati 4 e 5 e sono stati avviate

cinque Fasi II, di cui tre relative ai rimedi[88] e due alle analisi dei mercati[89].

Si può perciò sottolineare un incremento quantitativo della politica “interventista” della Commissione attuata mediante l’avvio della c.d. Fase due a seguito della notifica delle comunicazioni di seri dubbi sulla sua “compatibilità con il diritto comunitario”[90].

Da ultimo esaminiamo due ulteriori modifiche dei principi del quadro regolamentare europeo che, ad avviso di chi scrive, rappresentano elementi rilevanti per l’operare dell’AGCom nell’ambito delle analisi dei mercati rilevanti e, di conseguenza, in un eventuale procedimento di separazione volontaria della rete di accesso *ex art. 50 CCE*.

4.3. Il principio dell’indipendenza delle ANR.

Il legislatore comunitario nell’ambito della riforma del 2009 ha (finalmente) affrontato, seppure in modo parziale, il tema della separazione funzionale del soggetto che esercita le funzioni di regolazione non solo dalle imprese ma anche dall’amministrazione pubblica e dagli organi di indirizzo politico[91]. Preso atto della varietà della collocazione istituzionale delle ANR nei diversi Stati membri, il legislatore ha voluto “rafforzare” (*rectius* introdurre) il principio dell’indipendenza delle ANR dagli organi di indirizzo politico nell’esercizio delle proprie funzioni che si affianca ai necessari presupposti di imparzialità, trasparenza ed competenza dell’azione regolamentare[92]. La norma appare peraltro più formale che sostanziale poiché, se richiede una previsione normativa esplicita che garantisca l’ANR dagli interventi esterni, anche di natura politica, che possano ledere la sua imparzialità di giudizio sulle rilevanti questioni che è chiamata a risolvere (e.g. la separazione volontaria della rete di accesso) nonché che impediscano di rimuovere indiscriminatamente il vertice dell’ANR (ad esempio in occasione della modifica della maggioranza di governo), non appare voler (*rectius* avere la forza politica di) affrontare il nodo cruciale dell’indipendenza dell’ANR, ossia i criteri ed i requisiti di nomina dei componenti[93]. In assenza di regole comuni che “certifichino” un minimo comune denominatore di indipendenza delle ANR dei singoli Stati membri dagli organi politici, ciascuna Autorità dovrà perciò farsi carico di dimostrare giorno per giorno, in ogni decisione, “la neutralità” e “la sua impermeabilità ai fattori esterni”[94].

Infine la Direttiva 2009/140/CE ribadisce anche “la libertà discrezionale delle autorità nazionali di regolamentazione” che, nell’ambito dei vincoli procedurali sopracitati e dei principi di politica industriale (richiamati come principi dell’azione regolamentare) che vengono rafforzati dalla citata Direttiva[95], rappresenta un bilanciamento rispetto al dichiarato indirizzo della Commissione di maggiore accentramento e più intenso

coordinamento e monitoraggio centripeto che caratterizza l'esigenza di una maggiore armonizzazione nell'applicazione della regolamentazione *ex ante*[96].

4.4. Nuovi obiettivi generali e principi dell'attività di regolamentazione della Direttiva *Better Regulation*.

La Direttiva Better Regulation introduce nel panorama degli obiettivi e dei principi a cui si devono conformare la Commissione, le ANR ed il BEREC nella rispettiva (e strettamente interconnessa) attività di regolamentazione alcuni elementi che modificano le priorità sino ad allora essenzialmente indirizzate ad una evoluzione procompetitiva dei mercati rilevanti.

In particolare esaminiamo quanto riguarda l'analisi dei mercati rilevanti e l'imposizione dei rimedi agli operatori SMP:

- (i) nel perseguire le finalità programmatiche di natura sociale e di mercato dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 8 della Direttiva Quadro le ANR debbono promuovere anche la prevedibilità regolamentare mediante un approccio coerente nell'arco temporale dei periodi di revisione. Questa previsione di principio si completa con l'identificazione di un termine congruo per le analisi di mercato che consenta di offrire agli operatori delle adeguate certezze di stabilità del dettato regolamentare e nel contempo sia ragionevole rispetto all'evoluzione della dinamica competitiva e tecnologica dei mercati rilevanti[97]. Il legislatore del 2002 aveva fissato in diciotto mesi la scadenza periodica per le analisi di mercato, termine che si è rilevato irragionevole anche in considerazione della complessità delle analisi e delle procedure di consultazione multilivello (consultazioni del mercato, di AGCM e della Commissione). La Direttiva 2009/140/CE espressamente prevede, modificando l'art. 16, comma 6 della Direttiva Quadro, che entro tre anni, per i mercati già oggetto di precedenti misure regolamentari, ed entro due anni dall'adozione di una raccomandazione della Commissione sui mercati rilevanti per i mercati non precedentemente notificati, debbano essere esaminati i mercati e notificate eventuali misure, salvo casi eccezionali in cui sia richiesta motivatamente dalla ANR una proroga di ulteriori tre anni. Il rispetto della scadenza periodica viene ritenuto tanto importante da "compromettere il mercato interno" e che rischia di non essere tempestivamente adottata a seguito dell'adozione dei "normali procedimenti di infrazione" da prevedere l'ipotesi di una assistenza (*rectius* supplenza) all'ANR "ritardataria" da parte del BEREC mediante una *task force* dedicata composta da rappresentanti delle altre ANR[98]. In tal caso il

termine per la notifica del progetto di misura regolamentare non eccede i sei mesi dall'avvio dell'assistenza.

- (ii) Come ulteriore fattore che può consentire di perseguire gli obiettivi regolamentari di benessere sociale e promozione di una concorrenza sostenibile basata sulle infrastrutture è stata inserita l'individuazione di incentivi regolamentari adeguati agli investimenti in reti ad alta velocità che rappresentano il presupposto per lo sviluppo di servizi Internet ed il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda di Lisbona[99]. Il modello di incentivazione ha inteso attribuire agli operatori che abbiano investito in infrastrutture innovative un riconoscimento in sede di imposizione di obblighi di accesso, in particolare consentendo forme di cooperazione tra investitori e richiedenti l'accesso che consentano di diversificare e condividere il rischio dell'investimento (art. 8, comma 5 d).

5. L'intervento dei giudici nazionali.

Per completare l'esame della complessa interazione tra l'azione armonizzante della Commissione tramite gli strumenti di *hard* e *soft law* attribuiti dalle Direttive ed i poteri costituzionalmente previsti negli ordinamenti nazionali dobbiamo brevemente esaminare due fattispecie nelle quali i giudici nazionali, competenti ai sensi degli ordinamenti processuali nazionali a valutare la legittimità (e/o il merito) delle decisioni delle ANR secondo i principi di effettività ed equivalenza richiamati dalla giurisprudenza comunitaria[100], hanno motivatamente inficiato il meccanismo comunitario di intervento mediante strumenti di *soft-law*.

5.1. Il giudice olandese.

La Corte d'appello competente (*Trade and Industry Appeals Tribunal*) a giudicare i provvedimenti del regolatore olandese (OPTA) ha annullato nel settembre 2011 la decisione dell'ANR di adottare un modello di contabilità "*pure bottom-up long run incremental cost*" (*pure BULRIC*) nella definizione delle tariffe di terminazione mobile ritenendolo non compatibile con la normativa nazionale, sebbene fosse stato indicato all'art. 2 della citata Raccomandazione 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili come il modello di costo preferibile per definire le tariffe di terminazione. La Corte d'appello ha stabilito che il modello contabile da utilizzare nella definizione della tariffa di terminazione fosse individuabile come un BULRIC - PLUS, ossia che tenesse in considerazione anche costi non direttamente collegati con tale servizio

wholesale, sebbene l'adozione di questo modello comportasse costi all'ingrosso maggiori che si sarebbero riversati direttamente sui concorrenti ed indirettamente sui consumatori[101]. Nel giugno 2012 la Commissione ha adottato per la prima volta, con il supporto del BEREC, una Raccomandazione ai sensi dell'art. 7 a, comma 5, lett. a, della Direttiva Quadro, come riformata, con la quale si chiede all'OPTA di modificare le condizioni di terminazione proposte a valle della sentenza della Corte d'appello.

L'OPTA ha confermato alla Commissione la propria condivisione sulla necessità di una riduzione delle tariffe di terminazione, ma che il suo operato, in qualità di ANR, era vincolato secondo il diritto olandese dalle decisioni di un giudice nazionale non più appellabile che prevalevano sugli indirizzi applicativi elaborati con le modalità di *soft-law* previste nella normativa comunitaria. Coerentemente nel luglio 2012, nonostante la Raccomandazione *ex art. 7a*, OPTA ha adottato le tariffe di terminazione fisse e mobili basate sul modello contabile definito dal giudice nazionale.

A fronte dei chiari vincoli imposti alle ANR dall'architettura dei controlli giurisdizionali di ciascuno Stato membro, il percorso della Commissione per indirizzare le ANR verso il perseguimento degli obiettivi di politica regolamentare previsti dalle Direttive del 2002 ed integrati dalla *Better Regulation* del 2009, si trova di fronte a diverse opzioni: (i) auspicare che il giudice nazionale, azionato da operatori controinteressati al modello di contabilità dei costi introdotto in via giurisprudenziale (tipicamente operatori di rete fissa, in quanto gli operatori mobili sono i maggiori beneficiari degli incrementi delle tariffe di terminazione) modifichi il proprio orientamento; (ii) auspicare che il giudice nazionale sottoponga alla Corte di Giustizia europea una questione pregiudiziale *ex art. 267 TFEU* allo scopo di definire quali siano gli effetti giuridici specifici delle raccomandazioni nel composito quadro normativo delle Direttive del 2002, emendate ed integrate nel 2009, che si è posto l'obiettivo di adottare degli strumenti di *soft-law*, rispettosi delle autonomie nazionali, per perseguire gli obiettivi di un mercato unico delle comunicazioni anche attraverso il ruolo svolto dalle raccomandazioni di linea-guida per l'interpretazione da parte del giudice nazionale, secondo l'indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia[102]; (iii) avviare una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro ai sensi dell'art. 258 TFUE; (iv) adottare, a valle dell'espletamento negativo dei rimedi giurisdizionali nazionali, una decisione vincolante sull'applicazione armonizzata delle disposizioni delle direttive allo scopo di perseguire gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro ai sensi dell'art. 19 della stessa Direttiva.

Quest'ultimo strumento è sottoposto, per la sua incisività sulla discrezionalità delle ANR, ad una pluralità di condizioni: (i) che le divergenze attuative da parte delle ANR possano creare un ostacolo al mercato interno; (ii) può essere utilizzato soltanto dopo almeno due anni

dall'adozione della Raccomandazione che indirizza la medesima tematica (poiché, evidentemente, questo periodo viene considerato il tempo minimo di "rodaggio" per consentire una corretta comprensione ed attuazione dei suoi indirizzi a livello nazionale); (iii) deve comunque tenere nella massima considerazione il parere preventivo del BEREC sull'adozione di tale decisione; (iv) deve riguardare l'incorrente applicazione dei principi generali in materia di disciplina dei mercati delle comunicazioni, come previsti dagli artt. 15 e 16 della Direttiva Quadro; (v) non può essere relativo a notifiche di provvedimenti adottati dalle ANR sulla base dell'art. 7-*bis*[103].

Finora non è stato necessario utilizzare questo strumento destinato a rappresentare una *extrema ratio*, la cui adozione peraltro prevede sostanzialmente la condivisione della sua necessità da parte delle "ANR sorelle" (che devono esprimersi a maggioranza attraverso lo strumento del parere del BEREC oppure, in casi estremi, arrivare a consigliare, di propria iniziativa, la Commissione ad adottare tale provvedimento) e può costituire un meccanismo per obbligare una ANR ad adottare una modalità attuativa di una Raccomandazione superando i vincoli del controllo giurisdizionale nazionale. Ovviamente anche questa decisione potrebbe essere oggetto di sindacato giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia[104] secondo le modalità di rinvio previste dai diversi ordinamenti nazionali e potrebbe essere sottoposto a scrutinio giurisdizionale quale sia il limite dell'adozione di strumenti di *soft-law* particolarmente dettagliati e qualificati come le raccomandazioni della Commissione nel settore delle comunicazioni elettroniche, ed in particolare se debba prevalere la esplicita scelta del legislatore di adottare uno strumento non vincolante rispetto all'obiettivo di perseguire gli obiettivi regolamentari delle Direttive. In altri termini dovrebbe valutare se l'adozione di una decisione vincolante *ex art.* 19 non commuti uno strumento di *soft-law* non vincolante in una misura discrezionale dal perimetro non determinabile a priori che consente di riportare sotto il controllo della Commissione delle tematiche e dei poteri che erano stati espressamente esclusi applicando il principio di sussidiarietà [105]. Ed inoltre il giudice comunitario dovrà verificare quale sia il limite tra l'ortodossia espressa dalle Raccomandazioni e la specificità del singolo mercato rilevante, ossia se non risponda maggiormente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza e non persegua più efficacemente gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro l'adozione da parte dell'ANR di un rimedio che si discosti dalle raccomandazioni comunitarie.

Da ultimo una Corte olandese ha nuovamente deciso il 27 agosto 2013, in via cautelare, che, nel calcolare le tariffe di terminazione il regolatore olandese dovesse includere nella valutazione dell'orientamento ai costi dei valori che non fossero esclusivamente connessi ai servizi di terminazione, adottando quindi un modello di contabilità denominato LRIC[106] plus, che perpetuava il contrasto con il modello di contabilità denominato "Pure

LRIC” identificato dalla Commissione nella citata Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili. Si pone ora la necessità per la Commissione di adottare la scelta tra quelle sopraccitate che più efficacemente garantisca nel medio periodo la finalità dell’armonizzazione degli strumenti adottati dalle singole ANR nel perseguire gli obiettivi dell’art. 8 della Direttiva Quadro.

Non appare, invero, percorribile l’ipotesi di attendere l’entrata in vigore del Regolamento “Single Market” in quanto la sua adozione appare, allo stato, incerta nell’*an* e nel *quomodo* e, in ogni caso si applicherebbe, in ipotesi, soltanto con riferimento ad un successivo ciclo di analisi dei mercati.

5.2. Il giudice irlandese.

Infine l’High Court Commercial irlandese, su istanza di Vodafone Ireland Ltd, ha adottato il 14 agosto 2013 una sentenza con la quale ha annullato un provvedimento della *Commission for Communications Regulation* (ComReg) relativo alla determinazione delle tariffe di terminazione applicate dagli operatori mobili con delle motivazioni che potrebbero creare un significativo *vulnus* al modello utilizzato dalla Commissione per indirizzare l’adozione di una regolamentazione armonizzata con strumenti di *soft-law*. La decisione adottata da ComReg nel novembre 2012 di notificare i sei operatori mobili irlandesi come aventi un significativo potere di mercato e di imporre una serie di rimedi, tra cui l’orientamento al costo, è stata implementata basandosi su un prezzo medio di terminazione all’ingrosso di 2,60 eurocent/minuto per il periodo 1° gennaio/30 giugno 2013 e un prezzo massimo di terminazione wholesale non superiore a 1.04 eurocent/minuto dal 1° luglio 2013 in poi[107]. La definizione della tariffa di terminazione massima a partire da luglio 2013 era stata basata sul modello del *benchmark*, ossia del confronto con le tariffe di terminazione adottate nei sette Stati membri nei quali un modello di contabilità basata sui costi incrementali di lungo periodo (LRIC) era già stato adottato. Tale modalità di attuare l’obbligo di orientamento al costo aveva natura transitoria, in attesa che ComReg adottasse uno specifico modello di costo basato sui LRIC effettivi degli operatori irlandesi. L’adozione del modello transitorio di contabilità su base benchmark è stata adottata da ComReg sulla base di una specifica previsione contenuta nella citata Raccomandazione della Commissione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE [108] che prevedeva espressamente la possibilità per le ANR che non fossero riuscite, a causa di risorse limitate, a mettere a punto entro il 31 dicembre 2012 il modello del calcolo dei costi raccomandato, di adottare dei metodi alternativi, tra i quali uno dei più semplici da implementare è il *benchmarking*, a condizione che i risultati derivanti dall’applicazione del

metodo alternativo non differissero dalla media del valore di terminazione adottato dalle ANR che avevano implementato il modello di costi LRIC[109]. Il giudice irlandese ha rilevato, innanzitutto, che le modalità utilizzate da ComReg per formulare il *benchmark* (e.g. scelta degli Stati membri, errori nell'utilizzo delle tariffe di terminazione effettive e in vigore) non risultano sufficientemente motivate e prive di incertezze da rappresentare il fondamento per distaccarsi dalle metodologie di costo previste all'art. 13 della Direttiva Accesso, inclusa la possibilità di usare prezzi comparabili *ex art. 13, comma 2*. Ma ha confutato, in particolare, la legittimità, alla luce dei principi del diritto comunitario, del *modus operandi* della Commissione tramite l'adozione delle Raccomandazioni e la fondatezza dei presupposti della decisione del ComReg basati sul §12 della citata Raccomandazione sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione. Infatti il giudice irlandese ha rilevato che l'utilizzo della metodologia del *benchmarking* non può essere adottata per implementare un obbligo di controllo dei prezzi e di orientamento al costo, seppure sia richiamata dalla Commissione nella citata Raccomandazione, poiché il legislatore comunitario ha chiaramente stabilito nella Direttiva Accesso che l'imposizione di questi rimedi debba essere effettuata sulla base di una specifica analisi sui costi degli operatori presenti nel mercato geografico rilevante, come previsto dall'art. 13 della Direttiva Accesso. Come già esaminato, anche il Giudice Irlandese ha evidenziato che le scelte del legislatore comunitario nelle direttive del 2002, come integrate nel 2009, hanno deliberatamente definito un chiaro bilanciamento tra l'allocatione dei poteri e delle responsabilità, ossia, dal lato delle ANR di implementare operativamente le previsioni regolamentari e dall'altro della Commissione di effettuare una supervisione sui processi amministrativi svolti dalle ANR mediante i poteri di vietare, di commentare e di raccomandare. Questo bilanciamento dei poteri e dei ruoli è stato trasposto nelle complesse e dettagliate procedure dell'art. 7 e ss. della Direttiva Quadro e nei poteri attribuiti alla Commissione di adottare una decisione (vincolante) o di emanare una raccomandazione (non vincolante), differenziati per materia, come previsti all'art. 19 della medesima Direttiva Quadro descritto al precedente § 5.1.

La Corte irlandese sottolinea perciò che la differenziazione dei poteri *ratione materiae* sottende un fondamentale principio dell'art. 288 TFUE, secondo il quale "Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti". Di conseguenza, esaminando i principi comunitari, la funzione attribuita alla Commissione nei confronti dei poteri delle ANR di armonizzare le misure regolamentari (tra cui, nel caso in esame, il controllo dei prezzi) può essere esercitata soltanto mediante le forme della Raccomandazione e pertanto, ai sensi del Trattato, può avere soltanto una finalità di indirizzo. Questo non significa che l'ANR si possa discostare dalle indicazioni della Commissione adottando dei modelli contabili diversi da quelli indicati nella Raccomandazione, se non motivando adeguatamente la differenziazione

dei rimedi adottati, ma che l'ANR non può (e non deve) adottare degli strumenti regolamentari (quali le metodologie contabili) che non siano previsti nel (o che contraddicano il) quadro legislativo comunitario. Perciò l'ANR non può avvalersi delle previsioni di una Raccomandazione, intrinsecamente non vincolante, per affermare il proprio potere di adottare dei rimedi regolamentari che siano contrari alle norme comunitario perché violerebbe il principio, proprio di uno Stato di diritto, di sottoposizione soltanto alle leggi previsto dall'art. 2 TEU[110]. Perciò, ritornando alla fattispecie oggetto del giudizio, la Commissione non ha il potere di "autorizzare" mediante le previsioni di una Raccomandazione una ANR ad adottare delle misure (come un controllo delle tariffe di terminazione mediante *benchmarking*) che si discostino dai requisiti imposti dalla legge[111]. A complemento di quanto osservato, la sentenza della High Court irlandese indica anche alla Commissione che, nelle materie (quali i rimedi) su cui può intervenire soltanto con le forme della Raccomandazione, il suo ruolo di indirizzo e di armonizzazione può legittimamente trovare attuazione nei limiti dei principi stabiliti dal legislatore comunitario senza che sia attuabili soluzioni, anche in forma transitoria (quali l'utilizzo del benchmarking per le ANR che non abbiano implementato tempestivamente i modelli contabili LRIC) che possono anche essere ragionevoli e proporzionate per il raggiungimento degli obiettivi regolamentari dell'art. 8 della Direttiva Quadro, ma che confliggono con il dettato normativo[112].

Sebbene il richiamo ai principi fondamentali del Trattato ed a come questi si riverberano sui ruoli e sulle competenze dei diversi attori del processo regolamentare appare condivisibile, una applicazione estensiva di tale precedente che sottoponga allo scrutinio del giudice nazionale la coerenza ai presupposti normativi di ogni declinazione attuativa indirizzata dalle Raccomandazioni comunitarie può portare i diversi Stati membri ad una disarmonica applicazione del diritto comunitario, ossia al fallimento dell'obiettivo di armonizzazione per il quale è stata adottata la complessa architettura policentrica composta da Commissione, BEREC e ANR e dai rispettivi poteri.

Infatti non possiamo escludere che i diversi giudici nazionali possano interpretare in modo divergente le previsioni delle Raccomandazioni, progressivamente più complesse ed articolate anche in relazione allo sviluppo delle tecnologie delle reti e dei servizi ed alla conseguente evoluzione regolamentare, arrivando a concludere in modo divergente rispetto alla coerenza della previsione della Raccomandazione rispetto al principio regolamentare adottato nelle Direttive e nei Regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio e conseguentemente ritenendo legittimo o meno il provvedimento della ANR che si sia adeguato agli indirizzi applicativi della norma regolamentare che siano previsti nelle Raccomandazioni.

6. L'evoluzione della regolamentazione comunitaria.

6.1. La Raccomandazione.

Esaminiamo la Raccomandazione adottata l'11 settembre 2013 dalla Commissione e che ha sollevato ampie discussioni nel corso del lungo processo di consultazione avviato il 3 novembre 2011 con due consultazioni, una sulle metodologie dei costi per i prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso e una sull'applicazione degli obblighi di non discriminazione.

La Raccomandazione definisce quali debbano essere gli approcci delle ANR quando devono imporre ad operatori SMP degli obblighi di non discriminazione ed applicare delle metodologie di determinazione dei costi. L'adozione della Raccomandazione trova fondamento nelle significative differenze riscontrate dalla Commissione nel corso delle procedure *ex art. 7* della Direttiva Quadro tra le condizioni imposte dalle ANR per dare attuazione ai citati rimedi nei confronti degli operatori SMP. Ovviamente tali differenze sono basate su diverse strutture e topologie delle reti, densità della popolazione, costi finanziari e del lavoro, evoluzione dei mercati nazionali e tipologia dei servizi offerti, ma sono correlate anche ad un ampio livello di discrezionalità delle ANR sui profili metodologici[113] nonché sugli strumenti di applicazione del principio di non discriminazione connessi ai comportamenti riscontrati da parte dell'operatore SMP (e.g. discriminazione sulla qualità dei servizi wholesale, sull'accesso alle informazioni ed ai database, comportamenti dilatori, incremento abusivo dei guasti, ritardi o difficoltà di accesso ai sistemi di provisioning o di manutenzione).

Il presupposto dell'ulteriore intervento della Commissione sarebbero le barriere riscontrate allo sviluppo del mercato unico delle comunicazioni elettroniche ed in particolare: (i) l'incertezza regolamentare (*rectius* la scarsa prevedibilità) che renderebbe i mercati europei meno attraenti per i potenziali operatori interessati ad investire (e per i relativi finanziatori) che sarebbero perciò meno incentivati per l'indeterminatezza sul ritorno degli investimenti legata alla scarsa stabilità delle misure regolamentari; (ii) l'eterogeneità delle soluzioni tecnologiche e regolamentari adottate che limiterebbe gli operatori multinazionali costringendoli a duplicare i costi ed a non poter realizzare delle potenziali economie di scala; (iii) le "specificità nazionali" che comportano l'assenza di offerte wholesale standardizzate che potrebbero limitare i costi operativi degli operatori multinazionali. La molteplicità delle soluzioni regolamentari nazionali comporterebbe, in particolare, una incertezza nella tempistica di transizione dalle attuali reti in rame alle reti di nuova generazione e quindi una riduzione degli investimenti da parte degli operatori transnazionali nella prospettiva di realizzare delle reti innovative. L'assunto dell'analisi della Commissione è

rappresentato da un visione del mercato europeo che, nel breve/medio periodo, dovrebbe caratterizzarsi da una forte concentrazione degli operatori e che le imprese multinazionali sarebbero, a breve, gli unici attori in grado di investire nelle nuove reti ed a competere efficacemente nel mercato europeo (oppure, in una visione eurocentrica, in grado di resistere all' "invasione" dei grandi player globali). Appare controverso che la standardizzazione delle soluzioni tecniche e regolamentari (peraltro complessa in reti fisse realizzate e tuttora sviluppate come eredità degli operatori monopolisti nazionali) sia effettivamente, nel medio periodo, il presupposto e lo stimolo per l'innovazione e non soltanto uno strumento di efficienza in termini di contenimento dei costi [114]. Anche il richiamo ai principi della sussidiarietà e della proporzionalità dell'azione della Commissione, principi guida dell'azione di ciascun organismo comunitario[115], appare non completamente fondato. Infatti, se è condivisibile che l'azione delle ANR di ciascuno Stato membro non possa eccedere la propria giurisdizione e l'effetto comporti una segmentazione delle regole applicate nei diversi mercati che può ostacolare lo sviluppo del mercato unico e costringere i consumatori europei a subire gli effetti di condizioni regolamentari differenti, di converso le proposte della Commissione appaiono (voler) rimuovere il dato normativo, ossia che la Direttiva Better Regulation e il Regolamento 1211/2009 hanno voluto rispondere all'esigenza di armonizzare la regolamentazione degli Stati membri nel rispetto del principio di sussidiarietà con l'istituzione e l'attribuzione di una pluralità di compiti al BEREC, tra cui lo sviluppo e la diffusione tra le ANR delle "migliori prassi regolamentari" che vengono elaborate ed approvate da gruppi specialistici formati da rappresentanti delle stesse ANR, nonché il riconoscimento di un ruolo centrale nel processo di definizione degli obblighi regolamentari *ex art. 7 ss.* e nella consulenza alla Commissione per ogni provvedimento, di natura vincolante o non vincolante, che possa incidere sull'applicazione coerente del diritto comunitario. L'aver avviato a meno di due anni dall'istituzione (formale) del BEREC un processo di consultazione che sostanzialmente negasse l'importante ruolo di supporto all'applicazione armonizzata del diritto comunitario (ed in particolare dell'art. 8 della Direttiva Quadro) svolto in modo crescente dal BEREC appare addirittura contrario al principio di proporzionalità ed ai principi del diritto amministrativo comunitario, tra cui il diritto alla buona amministrazione[116]. In sintesi la proposta di Raccomandazione prevede: (i) l'identificazione del principio di *equivalence of inputs* come strumento più efficace per garantire l'applicazione del principio di non discriminazione[117][118]; (ii) la definizione delle caratteristiche e degli effetti della replicabilità tecnica delle nuove offerte al dettaglio dell'operatore SMP; (iii) l'identificazione ed imposizione dei *Key Performance Indicators* (KPI) nella fornitura di servizi all'ingrosso regolamentati, di accordi sul livello di servizio accompagnati da garanzie

sul livello di servizio dei prodotti dell'accesso forniti dagli operatori SMP; (iv) l'individuazione di un rimedio applicabile all'accesso all'ingrosso orientato ai costi che sia raccomandato, basato sulla metodologia dei costi di tipo Bottom Up-Long Run Incremental Cost con maggiorazione per il recupero dei costi comuni (BU-LRIC plus) che garantisca prezzi di accesso all'ingrosso stabili ed efficienti che incentivino gli investimenti ed una Regulatory Access Base (RAB) valorizzata a costi correnti per le infrastrutture civili esistenti che siano riutilizzabili; (v) l'applicazione della metodologia dei costi raccomandata, con un periodo di transizione fino al 31 dicembre 2016, fissando una fascia di prezzi entro cui collocare i prezzi medi mensili dell'accesso disaggregato alla rete locale in rame che garantisca la stabilità e la prevedibilità dei prezzi di accesso al rame; (vi) l'applicazione di un modello di regolazione per le reti NGA dell'operatore SMP che garantisca gli obblighi di non discriminazione sugli elementi attivi e passivi delle reti NGA mediante l'equivalence of inputs, gli obblighi di replicabilità tecnica e di replicabilità economica ed infine il monitoraggio degli investimenti destinati alla banda larga NGA a fronte di una non imposizione di prezzi di accesso regolamentati che possano valorizzare la condivisione da parte dei soggetti richiedenti l'accesso di una parte dei costi dell'investimento mediante accordi di durata differenziata e garanzie sui volumi.

Ci soffermiamo a valutare se alcuni elementi della Raccomandazione siano effettivamente coerenti con i principi del quadro regolamentare comunitario. I principi della stabilità e della prevedibilità dei prezzi di accesso al rame (art. 8 comma 5 della Direttiva Quadro, come modificata dalla Direttiva *Better Regulation*) devono essere attuati sia nella prospettiva della necessità di tenere in debita considerazione le "diverse situazioni nazionali" ed il corretto grado di flessibilità che ciascuna ANR deve esercitare per definire il prezzo della rete storica ed il modello per lo sviluppo nell'ambito della sua giurisdizione, sia il principio di proporzionalità che impone di adottare rimedi che siano, nel merito e nella quantificazione, coerenti con il problema competitivo rilevato che si vuole risolvere. In altri termini anche la Raccomandazione in esame ha lo scopo di definire modelli e metodologie relativi all'obiettivo dell'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza

Inoltre i principi di stabilità e di prevedibilità dei prezzi di accesso richiamano le ANR ad identificare dei prezzi per i servizi regolati che siano prevedibili, ossia che l'approccio regolamentare sia coerente nell'arco dei periodi di revisione previsti dalla norma. Ma la prevedibilità è un principio che si fonda su una propria coerenza interna, ossia che deve rispondere in modo stabile e prevedibile nel tempo alle proprie specificità nazionali e non implica necessariamente una omogeneità dei valori ai medesimi livelli per tutti i 28 Stati membri, dal Portogallo alla Finlandia. Perciò la

definizione di un range di canoni medi mensili di accesso disaggregato alla rete locale in rame tra 8 e 10 euro (prezzi 2012) che sia il parametro della corretta applicazione della metodologia raccomandata appare, a giudizio di chi scrive, uno strumento ultroneo (oltre che dal sapore colbertiano) rispetto all'architettura dei principi regolamentari ed al ruolo delle Raccomandazioni ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro, che devono dare gli strumenti per raggiungere in modo armonizzato gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva quadro ma non definire le soluzioni.

Peraltro la volontà della Commissione di andare oltre la promozione di una corretta prevedibilità regolamentare e di una garanzia di un approccio regolatore coerente secondo i principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità prevedendo una "stabilità delle soluzioni" anziché dei modelli regolamentari e dei rimedi appare in contrasto anche con l'art. 13, comma 2 della Direttiva Accesso che impone alle ANR di provvedere "*affinché tutti i meccanismi di recupero dei costi o metodi di determinazione dei prezzi resi obbligatori servano a promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizzino i vantaggi per i consumatori*". In altri termini la prevedibilità e la stabilità dei modelli regolamentari può (*rectius* deve) essere raggiunta e garantita a beneficio degli operatori e degli investitori in ciascuno Stato membro, sulla base delle condizioni infrastrutturali e concorrenziali rilevate senza che possa essere imposta una omogeneità quantitativa delle soluzioni decisa "a tavolino" negli uffici della Commissione e contraria intrinsecamente ai principi di proporzionalità, orientamento al costo, efficienza e sviluppo della concorrenza sostenibile.

Oltre all'utilizzo improprio dello strumento della Raccomandazione si rileva anche l'incoerenza con l'equilibrio delle funzioni e dei poteri dettato dalle Direttive (e confermato dalla riforma del 2009) tra potere armonizzante della Commissione e garanzia delle specificità nazionali, rafforzate dall'indipendenza dettata dall'art. 3, comma 3 e sublimata nel crescente ruolo attribuito al BEREC anche al fine di garantire la "*promozione di ... una coerenza normativa maggiore*" (art. 3, comma 3 ter). Nel merito i principi introdotti all'art. 5, comma 1 della Direttiva Accesso, ossia l'obbligo per le ANR di garantire un adeguato accesso, un'adeguata interconnessione ed interoperatività dei servizi esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l'efficienza economica, una concorrenza sostenibile, investimenti efficienti e l'innovazione appaiono applicati con modalità poco proporzionate poiché la rimozione degli obblighi di imposizione dei prezzi di accesso all'ingrosso regolamentati per gli input attivi sulle NGA risultano virtualmente affiancati da obblighi in materia di replicabilità tecnica ed economica, introduzione di modelli di EoI che risultano però oggetto di una *roadmap* con l'operatore SMP, soggetti a misure prospettiche di monitoraggio sulle condizioni di concorrenza e sul livello di investimenti

destinati alle reti NGA, a verifiche di replicabilità *ex post* che possono irrimediabilmente danneggiare le dinamiche competitive.

Poiché la stabilità e la prevedibilità dell'azione regolamentare è un principio che non si deve applicare soltanto al fattore economico, il presupposto di modelli che siano premianti per gli investimenti e limitino gli oneri regolamentari per le NGA deve fondarsi su modelli di replicabilità tecnica, operativa ed economica testati e adeguatamente presidiati con strumenti di salvaguardia che non consentano comportamenti abusivi difficilmente sanabili *ex post*.

Analogamente la prospettata definizione di quanto debba essere il tempo minimo necessario per promuovere la prevedibilità regolamentare (pari ad almeno due periodi di analisi di tre anni ciascuno) se risponde in modo standardizzato al principio di "prevedibilità regolamentare" dettato dall'art. 8, comma 5 lettera a) Direttiva Quadro ripropone il medesimo rischio di violare il principio di orientamento al costo, a garanzia di una concorrenza efficiente promossa dalla Direttiva Accesso che costituisce il presupposto della promozione della concorrenza e della garanzia dell'assenza di distorsioni e restrizioni della concorrenza che sono analogamente tra gli obiettivi generali del medesimo art. 8 ed il cui presidio è affidato alle ANR secondo la procedura dell'art. 7 ss.

La qualificazione del periodo di sei anni (due periodi di analisi di tre anni) come periodo "suggerito" per poter garantire una adeguata prevedibilità regolamentare confligge con la natura espressamente "eccezionale" della proroga "fino ad un massimo di altri tre anni" prevista dall'art. 16, comma 6 della Direttiva Quadro rispetto alla scadenza triennale dell'obbligo di effettuare le analisi di mercato.

Alla luce dell'analisi effettuata dei poteri (e dei contropoteri) stabiliti dal quadro regolamentare comunitario e dal ruolo crescente in termini di sindacato giurisdizionale sui principi, sulle procedure e sul merito dell'azione regolamentare che stanno rivendicando i giudici nazionali occorrerà verificare se le decisioni delle ANR che troveranno fondamento non nella motivata e dimostrabile attuazione delle metodologie indicate dalla Commissione, ma invece dalla (presunta) necessità di non esorbitare dai *range* di prezzo indicati dalla Raccomandazione, ad avviso di chi scrive dovranno essere oggetto di una approfondita verifica in sede giurisdizionale per valutare il rispetto e la corretta attuazione dei principi e degli obiettivi dell'azione regolamentare definiti nel quadro regolamentare comunitario riformato dalla *Better Regulation*.

6.2. La proposta di Regolamento.

Infine esaminiamo la bozza di Regolamento proposta dalla Commissione in data 11 settembre 2013 limitatamente ai profili oggetto del presente

approfondimento con la premessa che, da un lato, l'attuale bozza tratteggia gli obiettivi auspicati dalla Commissione nella ripartizione dei poteri rispetto alle ANR ed al BEREC e nell'attuazione delle finalità della regolamentazione *ex ante* nei mercati rilevanti, dall'altro che non appare scontata l'approvazione da parte del Parlamento europeo prima delle elezioni previste per i giorni 22-25 maggio 2014.

La bozza di Regolamento prevede, in sintesi, alcune importanti novità nel panorama regolamentare europeo e diverse modifiche ed integrazioni all'attuale quadro normativo e, specificamente, alle Direttive 2002/20/CE (Direttiva Autorizzazioni) 2002/21/CE (Direttiva Quadro) e 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale) ed ai regolamenti n. 1211/2009 che ha istituito il BEREC e 531/2012 relativo al *Roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, ed in particolare:

- (i) l'introduzione dell'autorizzazione unica per gli operatori che operano in diversi Stati membri basata sul regime autorizzativo dello Stato membro che si identifica come la sede aziendale collocata in uno Stato membro ove hanno luogo le principali decisioni aziendali in merito agli investimenti ed alla gestione dei servizi e delle reti (artt. 3-7);
- (ii) la definizione di principi regolamentari comuni applicabili agli Stati membri quando disciplinano l'utilizzo dello spettro radio per le comunicazioni *wireless* a banda larga nonché l'attribuzione alla Commissione di un potere finalizzato innanzitutto ad armonizzare le condizioni di assegnazione o di riassegnazione dei diritti d'uso. La bozza di Regolamento si propone di definire una tempistica coordinata a livello dell'Unione per l'assegnazione di diritti d'uso per bande di frequenze armonizzate, la durata dell'assegnazione e la relativa cessazione o rinnovo, ma in particolare a sottoporre le condizioni di autorizzazione e d'uso di ciascun Stato membro ad una approfondita procedura di consultazione con la Commissione e le altre competenti autorità nazionali in materia di radiofrequenze della durata di due mesi che può concludersi con l'adozione da parte della Commissione di una decisione indirizzata al competente organismo nazionale che richiede il ritiro della proposta di procedura di autorizzazione o di provvedimento per l'attribuzione di diritti d'uso (artt. 8 - 16).
- (iii) La definizione di rimedi regolamentari all'ingrosso comuni, identificati da caratteristiche tecniche specifiche, da imporre agli operatori SMP in tutti i mercati nazionali e, conseguentemente, valutarne gli impatti sulla proporzionalità e adeguatezza dell'adozione di diversi rimedi *wholesale* sulle reti NGA degli operatori SMP, tra cui il servizio VLAN. Inoltre la Commissione propone di introdurre anche un obbligo per tutti gli operatori di offrire un prodotto di connettività *end-to-end* ad alta qualità che

presenti una qualità del servizio garantita ed armonizzata nelle diverse reti secondo parametri tecnici e prestazionali minimi definiti in allegato al Regolamento (art. 17 - 20) .

- (iv) L'adozione di norme relative alla tutela degli utenti finali che possiamo dividere in due categorie:
- a. norme informative e contrattuali che impongono agli operatori la pubblicazione di informazioni trasparenti, adeguate e aggiornate su prezzi, costi aggiuntivi, qualità del servizio, limiti di utilizzo (in termini temporali o di uso minimo), condizioni contrattuali, utilizzo da parte di soggetti disabili, modalità di pagamento (artt. 25 - 26), nonché gli obblighi in capo agli operatori per il controllo del consumo con obbligo di notifica al raggiungimento di soglie predeterminate (art. 27), i vincoli di natura contrattuale applicabili agli utenti in caso di risoluzione (art. 28) i diritti alla portabilità dei numeri ed all'inoltro temporaneo ad un nuovo indirizzo di posta elettronica qualora l'uso di un indirizzo sia subordinato alla prosecuzione di un rapporto contrattuale con un fornitore di servizi di comunicazione elettronica (art. 30).
 - b. Norme attinenti alle modalità di fornitura del servizio che impongono un prezzo massimo per le comunicazioni intraeuropee di rete fissa e mobile[119] nonché alla possibilità sia per gli utenti finali che per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, contenuti ed applicazioni di stipulare accordi per la trasmissione di dati o traffico con livelli specifici di qualità del servizio o capacità dedicate, senza che abbia impatti sulla qualità standard dei servizi di accesso ad Internet. Il Regolamento prevede che non possano essere adottate misure di *traffic management* che discriminino, degradino o blocchino contenuti, servizi o applicazioni con modalità che non siano ragionevoli, trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e necessarie (artt. 21 - 23).
- (v) Infine la Commissione ha voluto proporre una modifica del Regolamento 531/2012 introducendo, dopo soltanto 15 mesi dall'adozione del citato Regolamento (c.d. *Roaming III Regulation*), un meccanismo che incentivi gli operatori, mediante un modello che prevede la sottoscrizione volontaria da parte degli operatori mobili di accordi bilaterali o multilaterali di *roaming*, a fornire gradualmente servizi di *roaming* al medesimo prezzo dei servizi mobili offerti nel territorio nazionale (c.d. *roam like at home*).

La bozza di regolamento presentata dalla Commissione si propone di disciplinare numerosi temi rilevanti, dalla *net neutrality*[120] alle nuove tariffe di *roaming*[121], alla gestione delle autorizzazioni e procedure di assegnazione dello spettro radio[122], ma in questo contributo ci

limiteremo ad esaminare alla luce dei principi di proporzionalità, adeguatezza, sussidiarietà e non discriminazione le proposte che incidono sulla regolamentazione *ex ante* e sull'evoluzione in una prospettiva centralizzata e di politica industriale dei principi e degli obiettivi della regolamentazione.

La proposta di introduzione dell'autorizzazione unica per gli operatori che operano in diversi Stati membri presenta diverse criticità: innanzitutto la frammentazione dei regimi autorizzatori a livello degli Stati membri è marginale poiché dall'entrata in vigore della Direttiva 2002/21/CE e dal recepimento del modello che prevede la comunicazione di inizio attività (nell'ordinamento italiano una SCIA) e una analitica descrizione dei limiti contenuti della domanda di autorizzazione, le differenziazioni tra gli Stati membri e le difficoltà connesse a fattori amministrativo/burocratici ad acquisire il titolo sono minime. Quindi identificare l'adozione di una autorizzazione unica come un fattore incentivante dell'obiettivo del Single Market è ingiustificato in quanto l'attuale regime rappresenta un onere amministrativo ed un costo marginale per gli operatori e quindi non rappresenta una effettiva barriera all'accesso nei diversi Stati membri. Inoltre la necessità dell'ANR del c.d. Stato membro *host* (dove è presente l'operatore) di comunicare all'ANR del c.d. Stato membro *home* (ossia dove ha sede l'operatore) delle informazioni relative all'operatore autorizzato al fine di dare esecuzione agli obblighi ed alle condizioni della fornitura del servizio nel suo territorio minerebbe l'efficacia dell'azione di vigilanza e renderebbe più onerosa e farraginoso l'attività delle ANR violando il principio di proporzionalità. A questo si aggiunga che questo approccio 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*)[123]. Infine la proposta di modificare l'art. 7, comma 5 della Direttiva Quadro attribuendo alla Commissione, in caso di un rimedio che debba essere imposto ad un *European electronic communications provider*, il potere di adottare una decisione che richieda alla ANR di ritirare la misura, rappresenta una misura ingiustificata e discriminatoria poiché collega l'esercizio di un potere centralizzato ad una qualificazione soggettiva senza che vi sia una adeguata motivazione, sottraendo arbitrariamente una significativa parte degli operatori (quelli di dimensioni sovranazionali) alla competenza delle ANR. Inoltre pone in discussione l'equilibrio nel bilanciamento tra poteri centralizzati ed esercitati sussidiariamente dalle ANR sulla base di un requisito autorizzativo privo di rilevanza nel meccanismo di definizione dei rimedi *ex artt.* 5 e 9-13 della Direttiva Accesso e non contemplato tra i principi dell'art. 8 Direttiva Quadro.

In altri termini si attribuisce surrettiziamente agli operatori presenti in più Stati membri, quindi tendenzialmente a quelli di maggiori dimensioni, un “arbitro” diverso che valuta, secondo criteri centralizzati e non necessariamente connessi alle esigenze competitive emerse nel mercato rilevante, la proporzionalità e l’adeguatezza dei rimedi da adottare.

Inoltre la definizione di rimedi regolamentari all’ingrosso comuni da imporre agli operatori SMP in tutti i mercati nazionali, identificati da caratteristiche tecniche allegate al Regolamento e la necessità di collegarvi delle valutazioni sugli impatti in termini di proporzionalità e adeguatezza dell’adozione di diversi rimedi wholesale sulle reti NGA degli operatori SMP presenta criticità sia in termini di bilanciamento istituzionale dei poteri tra Commissione e ANR che sostanziali.

In primis, la scelta di identificare l’*European virtual broadband access product* con un accesso VLAN, ossia con un prodotto di accesso virtuale e non con un prodotto fisico, già rappresenta una scelta distonica e non giustificata rispetto ad una politica di incentivazione della competizione basata sulle infrastrutture che fino ad ora è stata perseguita ai sensi dei principi dell’art. 8, comma 5 della Direttiva Quadro. 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 europee costituisce un duplice problema: innanzitutto fissare in un Regolamento (sebbene mitigato dal potere di adottare atti delegati previsto dall’art. 32 al fine di adattare l’allegato agli sviluppi di mercato e tecnologici) le specifiche tecniche di un prodotto dell’accesso wholesale sminuisce il ruolo che le ANR ed il BEREC possono svolgere in modo più tempestivo ed efficace per adattare i rimedi regolamentari alle esigenze che progressivamente emergono nei singoli mercati rilevanti 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 rapidamente inadeguato tecnologicamente rispetto alle peculiarità delle 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 motivare e discutere perché l’*European virtual broadband access product* sia inadeguato rispetto ad altri rimedi regolamentari (come prevede la bozza di Regolamento in caso di proposta di un diverso rimedio wholesale), la Commissione sembra preferire la scelta (politica) di imporre un approccio centralizzato all’evoluzione regolamentare sulle reti NGA che, ad avviso di chi scrive, non trova giustificazioni né alla luce dei principi di sussidiarietà né di adeguatezza e proporzionalità.

Anche la successiva modifica dell’art. 15 della Direttiva Quadro, che stabilisce la procedura ed i criteri per l’individuazione e la definizione dei mercati, appare finalizzato ad ampliare i criteri ed i parametri di valutazione che la Commissione può adottare per definire se un mercato

abbia le caratteristiche per giustificare l'imposizione di obblighi regolamentari *ex ante*. In particolare introduce un nuovo obiettivo dell'azione regolamentare, ossia la promozione della "*global competitiveness of the Union economy*" e introduce come limiti competitivi da tenere in considerazione anche servizi sinora non valutati e in alcuni casi estranei ai mercati dei servizi di comunicazione elettronica, ma che sono percepiti come prodotti sostitutivi dai consumatori, quali i servizi offerti dagli operatori "*over the top*"[124]. E' evidente che il nuovo obiettivo dell'azione regolamentare e il richiamo a soggetti sinora estranei alle analisi nei mercati rilevanti rispondono alla medesima finalità: infatti la competitività dell'economia europea, ed in particolare dei mercati delle comunicazioni europee, ha mostrato la sua inferiorità in termini di capacità di innovazione, quindi non può prescindere dal confronto competitivo con realtà industriali extra-europee che stanno fortemente condizionando lo sviluppo dei servizi di banda larga fissa e mobile. In altri termini la capacità di competere degli operatori europei deve tenere in conto la supremazia degli OTT nell'offrire e nell'integrare nuovi servizi e contenuti.

Vediamo ora quali possano essere gli impatti sull'applicazione della regolamentazione *ex ante*: il richiamo alla competitività globale dell'economia europea sembra richiamare la possibilità che la regolamentazione possa essere strumento di politica economica, in particolare che possano essere individuati in una diversa prospettiva alcuni mercati dei servizi e dei prodotti che consentano agli operatori europei di giocare un ruolo più significativo nella competizione globale, ossia che non ostacolino lo sviluppo degli operatori maggiori ed un processo di consolidamento a livello continentale; nel contempo il richiamo alla presenza sul mercato di servizi offerti da soggetti esterni ai meccanismi del mercato regolato in competizione con gli operatori di comunicazione elettronica (si pensi, ad esempio, ai servizi SMS che stanno subendo una progressiva erosione dall'utilizzo delle email dagli apparati mobili come tablet e smartphone e da servizi come WhatsApp, Viber, Skype, Messenger [125]) può rappresentare un fattore rilevante nel valutare che siano soddisfatti i requisiti dei tre criteri attualmente definiti nella Raccomandazione sui mercati rilevanti del 2007.

Se l'analisi è condivisibile, lo strumento regolamentare proposto dalla Commissione non persegue efficacemente l'obiettivo: una raccomandazione sui mercati rilevanti è stata adottata, in prima istanza, con la Raccomandazione 2003/311/CE del febbraio 2003 che ha individuato diciotto mercati rilevanti da sottoporre a regolamentazione *ex ante*, poi riformata con la Raccomandazione 2007/879/CE del 2007 e che soltanto nel 2014 verrà rivista dalla Commissione[126]. È evidente che dei mercati con un tasso di evoluzione tecnologica e di innovazione così rapida non possono essere soggetti ad una verifica con strumenti come le raccomandazioni che sono elaborati con scadenze così ampie poiché non

sono in grado di cogliere tempestivamente le evoluzioni che si manifestano nei mercati. Un soluzione adeguata potrebbe essere l'adozione da parte della Commissione di una raccomandazione che evidenzi soltanto le principali modalità attuative dei tre criteri cumulativi atti a identificare la competitività dei mercati e poi delegare alla dialettica tra ANR, BEREC e Commissione l'individuazione e la definizione concreta dei mercati rilevanti, in ultima istanza presidiate dal potere di veto della Commissione. Comunque l'introduzione di nuovi obiettivi e criteri di valutazione, indipendentemente dal modello di individuazione dei mercati rilevanti, in virtù della loro indeterminatezza potrebbero dare luogo ad una maggiore sindacabilità dei criteri da parte dei giudici nazionali, chiamati a valutare i provvedimenti delle ANR secondo le procedure ed i principi nazionali, e quindi ad una maggiore incertezza dell'azione regolamentare.

Da ultimo esaminiamo alcuni elementi della proposta di regolamento della Commissione che evidenziano ulteriormente la volontà di rafforzare significativamente la centralità del ruolo della Commissione rispetto al "contropotere" del BEREC ed all'indipendenza riconosciuta alle ANR anche dalla riforma della *Better Regulation*.

Con riferimento all'aggiornamento rispetto alle evoluzioni di mercato e tecnologiche dell'Annex I del Regolamento, che disciplina i parametri minimi per le offerte dei *European virtual broadband access products* (art. 17, comma 2), e dell'Annex II che definisce i requisiti minimi dell'*European ASQ connectivity product* (art. 19, comma 5) la Commissione propone al Parlamento ed al Consiglio di farsi attribuire un potere delegato a tempo indeterminato, sottoposto a comunicazione preventiva in fase di esercizio e alla revoca.

La proposta della Commissione di farsi attribuire il potere di aggiornare i requisiti dei prodotti che ha ritenuto di identificare a livello centrale come i prodotti armonizzati a livello comunitario (artt. 17 e 19 della proposta di regolamento) rafforza il progetto di centralizzare presso la Commissione non solo il rispetto dell' "ortodossia dei mercati rilevanti e degli operatori SMP" ma di occupare (per fatti concludenti) le funzioni sostanziali ed i poteri attribuiti dalla riforma della *Better Regulation* alle ANR ed al BEREC, modificando i rispettivi ruoli e l'equilibrio dei poteri. In altre parole la Commissione, non essendo riuscita ad ottenere con la riforma del 2009 il potere di veto sui rimedi regolamentari che sono definiti dalle ANR, con questa proposta vuole definire il rimedio *wholesale* armonizzato per tutte le fattispecie che necessitano una regolamentazione *ex ante* negli Stati membri e, invertendo logicamente l'onere della prova, obbligare le ANR a motivare una eventuale adozione di un rimedio *wholesale* differente.

Ad avviso di chi scrive l'approccio proposto dalla Commissione non risponde adeguatamente alle molteplici motivazioni (finanziarie, del mercato *retail* dei servizi, strategiche) che stanno rallentando lo sviluppo delle reti NGA in Europa e gli strumenti *wholesale* "armonizzati" che la

Commissione propone, autoattribuendosi il ruolo di autorità tecnica di regolamentazione sovranazionale, risulterebbero inadeguati e sproporzionati a risolvere le molteplici sfaccettature tecnologiche e di mercato che emergono, anche a livello sub-nazionale, dalle analisi svolte dalle ANR. Inoltre il meccanismo proposto genererebbero contrasti sull'efficacia dei diversi rimedi *wholesale* tra la Commissione, il BEREC e le ANR implicando ritardi nell'implementazione delle misure regolamentari e ulteriore incertezza nel sindacato giurisdizionale, ossia acuirebbe l'imprevedibilità regolamentare ed i ritardi nel perseguimento degli obiettivi strategici.

L'approccio istituzionale più efficace e più rispettoso dei principi del Trattato potrebbe essere raggiunto con la Commissione che torna ad assumere il ruolo di organo esecutivo dell'Unione che fissa gli obiettivi strategici e le priorità d'azione, nel contempo vigilando, insieme alla Corte di Giustizia, sulla corretta applicazione dei principi del Trattato e del diritto europeo. L'obiettivo di contribuire allo sviluppo del mercato interno, coerentemente con l'art. 7 della Direttiva Quadro, rimane in capo alle ANR a cui si affianca il BEREC con un ruolo operativo di coordinamento (eventualmente rafforzato prevedendo poteri vincolanti nei confronti delle ANR con voto a maggioranza) nello sviluppare in modo flessibile le migliori prassi regolamentari (approcci, metodologie contabili, orientamenti comuni nell'imposizione di rimedi regolamentari) che sono il presupposto per la corretta e tempestiva attuazione del quadro normativo europeo e degli indirizzi strategici della Commissione.

Infine la Commissione ha proposto nel regolamento presentato l'11 settembre 2013 di modificare la composizione del *Board of Regulators* del BEREC (art. 4 del Regolamento n. 1211/2009) prevedendo che il ruolo di presidente venga assunto da soggetto esterno rispetto ai rappresentanti della ANR, che lo svolga con modalità *full-time* con un mandato triennale ed un incarico in qualità di agente dell'Ufficio. Il Presidente verrebbe selezionato sulla base di una procedura pubblica e nominato dal *Board of Regulators*, previa approvazione del *Management Committee*. La nuova figura di un presidente *full-time* servirebbe per garantire maggiore stabilità e rappresentatività al BEREC e sostituirebbe l'attuale modello della troika che prevede un presidente e due vicepresidenti scelti tra i vertici delle ANR con incarico annuale.

È evidente che la somma delle modifiche proposte dalla Commissione all'attuale regime, ossia la nomina di un presidente estraneo ai vertici delle ANR, scelto in prima istanza all'interno di una short-list redatta da Commissione, sottoposto al parere preventivo del *Management Committee* (art. 7 del Regolamento 1211/2009) dove accanto ad un rappresentante per ciascuna ANR siede anche un rappresentante della Commissione ed, infine, la collocazione del nuovo presidente come dipendente a tempo determinato dell'Ufficio del BEREC, organo comunitario dotato di

personalità giuridica (art. 6 del citato Regolamento), rappresentano una significativa limitazione dell'indipendenza che è stata riconosciuta al BEREC in fase di istituzione, frutto del difficoltoso equilibrio raggiunto al termine del complesso confronto istituzionale avvenuto nel trilogico comunitario (cfr. § 3).

Probabilmente anche il BEREC potrà avere necessità di una revisione della propria organizzazione allo scopo di sviluppare ulteriormente e diffondere gli importanti orientamenti regolamentari e le proposte metodologiche sviluppate dai *Working groups*, ma il percorso evolutivo istituzionalmente più corretto per valutare l'operato ed i metodi di lavoro del BEREC (e quindi l'eventuale necessità di modifiche nell'organizzazione e nel *modus operandi*) è già previsto nel Regolamento istitutivo (art. 25) che prevede una valutazione del BEREC e dell'Ufficio alla luce degli obiettivi, dei mandati e dei compiti definiti nel Regolamento stesso e nei programmi di lavoro da parte della Commissione, da sottoporre al Parlamento europeo ed al Consiglio ed un parere finale del Parlamento sulla relazione valutativa[127].

7. Conclusioni.

Dalla complessiva analisi svolta del quadro regolamentare comunitario (integrato nel 2009 dalle direttive *Better Regulation* e *Citizens' Rights* e dalla recente Raccomandazione), dell'approccio procedimentale della Commissione ai sensi dell'art. 7 e della proposta di Regolamento che la Commissione ha presentato, nonché dall'evoluzione che hanno avuto il ruolo e le competenze delle ANR e del BEREC (anche alla luce degli indirizzi giurisprudenziali), emerge un quadro sicuramente frammentato, nel quale appare difficoltoso individuare un percorso regolamentare, in particolare per lo sviluppo delle reti di nuova generazione, che sia coerente con gli obiettivi di Europa 2020[128] e con la Digital Agenda comunitaria[129].

Sicuramente lo scontro in atto, da un lato, tra la strategia della Commissione che non lesina l'utilizzo, anche strumentale, dei meccanismi di *soft-law* per indirizzare l'armonizzazione non solo delle analisi dei mercati, ma anche dei rimedi regolamentari applicati rispetto alle ANR ed al BEREC, dall'altro delle ANR e del BEREC che sottolineano, anche con "strappi" istituzionali inusuali, l'importanza essenziale dell'esercizio dell'indipendenza e della discrezionalità nella definizione dei rimedi non rappresenta il presupposto per il raggiungimento di un nuovo e stabile contesto regolamentare per lo sviluppo della banda larga e per il rapido raggiungimento dell'obiettivo di un mercato unico delle telecomunicazioni. Ma dobbiamo chiederci se effettivamente il modello sotteso al progetto di un "Single Market", ossia una forte concentrazione tra gli operatori presenti nel mercato (sul modello di quanto accaduto negli USA) e delle condizioni regolamentari omogenee in termini di prezzi e di prodotti *wholesale* che (si

presume) incentivino gli investimenti nelle reti di nuova generazione sia effettivamente efficace in un territorio che spazia dal Portogallo ai Paesi Baltici, caratterizzato da una differenziazione estrema in termini di condizioni oro-geografiche, di popolazione e sua densità, reddito procapite, tecnologie utilizzate per l'accesso, topologia della rete e delle infrastrutture civili, costo del lavoro e del capitale, condizioni concorrenziali e sostituibilità con altre infrastrutture fisse (e.g. reti cavo) e mobili.

E dal lato dell'offerta se vi siano effettivamente operatori che ipotizzino di espandersi fino a diventare un attore paneuropeo nelle reti fisse di nuova generazione in un contesto culturalmente, politicamente, socialmente e di mercato così frammentato da necessitare significativi costi infrastrutturali e gestionali per essere presente nelle diverse realtà nazionali, peraltro presidiate da operatori consolidati, e nel quale la barriera all'accesso non è, grazie all'intensa ed evoluta azione regolamentare delle ANR a partire dal Regolamento 2887/2000, la disponibilità di un adeguato servizio di accesso all'ingrosso, ma gli investimenti per realizzare una rete sufficientemente capillare per poter accedere a tali offerte *wholesale* ed essere competitivo nell'offerta di servizi a banda larga grazie alle economie di scala.

Una valutazione sulla correttezza della strategia di evoluzione della regolamentazione comunitaria proposta dalla Commissione per rispondere agli obiettivi della strategia Europa 2020 sarà istituzionalmente demandata al Parlamento ed al Consiglio nel corso dell'esame della proposta di Regolamento presentata dalla Commissione, ma avere aggregato nella bozza di Regolamento elementi disomogenei e con diversi gradi di urgenza e di rilevanza potrebbe non aiutare il percorso di approvazione delle attuali proposte.

In questo contributo ci limitiamo ad ipotizzare quali possano essere gli effetti della strategia di armonizzazione sinora condotta dalla Commissione e dall'eventuale accoglimento da parte del Parlamento e del Consiglio della proposta di Regolamento in merito al:

- (i) ruolo del diritto della concorrenza nella prospettiva di una regolamentazione che soggiace alle finalità di politica industriale comunitaria;
- (ii) ruolo e natura delle Autorità nazionali di regolamentazione nell'attuale contesto economico.

Esaminiamo innanzitutto quali possano essere gli impatti della trasformazione dei presupposti dell'azione regolamentare sulle ANR.

Come evidenziato ai precedenti § 4.3 e 4.4, le ANR sono sorte inizialmente per rappresentare una cesura al ruolo dello Stato padrone rispetto alle funzioni dello Stato regolatore e sin dal Quadro regolamentare del 2002 è stata espressamente indicata la necessità di una separazione tra le Autorità che svolgevano le funzioni regolatorie ed i soggetti regolati (in particolare

gli operatori ex monopolisti, spesso partecipati dallo Stato membro), al fine di rafforzarne l'autonomia organizzativa e l'indipendenza di giudizio. Con la riforma del 2009 il legislatore comunitario ha sottolineato l'esigenza di una indipendenza dagli indirizzi degli organi di Governo e la necessità di una autonomia finanziaria che ne rafforzasse la capacità operativa e, quindi la professionalità e l'autorevolezza. Nell'ordinamento italiano le Autorità indipendenti hanno avuto una controversa collocazione nel panorama istituzionale[130] ed in particolare per AGCom l'"ombrello comunitario" ha rappresentato un importante fattore di salvaguardia delle funzioni[131] e di garanzia di indipendenza.

Inoltre l'espresso richiamo del diritto della concorrenza quale fondamento delle analisi di mercato e delle valutazioni sugli operatori SMP ha rappresentato non solo un importante legame con i principi comunitari e costituzionali ma anche un apparato normativo e giurisprudenziale consolidato a cui ancorare la legittimità sostanziale e formale delle proprie decisioni.

L'evoluzione prospettata dalla Commissione che trasformerebbe le ANR, almeno per le attività di analisi dei mercati e definizione dei rimedi regolamentari, in:

- (i) un organo strumentale della Commissione, incaricato della raccolta di dati ed informazioni e di analisi di mercato e contabili, ma privo di un autonomo potere discrezionale che possa incidere sui mercati rilevanti poiché condizionato dalle metodologie, dai *range* di prezzo e dai servizi *wholesale* armonizzati determinati dalla Commissione a livello paneuropeo e da una applicazione estensiva del potere di veto;
- (ii) una istituzione che perderebbe la natura di organo tecnico, titolare del potere di applicare il corpus delle norme concorrenziali in una prospettiva di regolazione *ex ante*, ma diventerebbe il soggetto incaricato di dare attuazione in Italia alla politica industriale dettata in materia di mercato delle comunicazioni e dei servizi digitali dal legislatore comunitario e indirizzata dalla Commissione. Nel momento in cui la missione primigenia delle ANR venisse snaturata, ossia di essere un'Autorità indipendente e non una pubblica amministrazione servente all'azione di indirizzo politico del Governo in carica, ma divenisse organismo esecutivo dell'azione di indirizzo politico della Commissione europea in carica, tutti gli elementi che dovrebbero essere caratterizzanti un'autorità indipendente e che non siano specificamente definiti a livello comunitario (e g. durata del mandato, criteri di nomina, collocazione istituzionale, modalità di finanziamento) verrebbero probabilmente modificati per trasformare l'ANR in una qualificata pubblica amministrazione dedicata a dare attuazione tecnica anche alle esigenze di politica industriale della maggioranza di

Governo al potere. Se, in questa prospettiva, AGCom diventasse il “braccio armato” del Governo nell’ambito di una operazione di separazione funzionale imposta *ex art. 50-bis* CCE o volontaria *ex art. 50-ter* CCE nei confronti di un operatore SMP, possiamo presumere che le finalità sottese alle scelte di imporre o accettare determinate modalità di separazione della rete (soprattutto in termini di perimetro dello scorporo e di *governance*) sarebbe indirizzate da esigenze politiche e sociali e non dai paradigmi regolamentari e concorrenziali oggi previsti dall’art. 50 CCE.

Risulta sicuramente parziale esaminare gli esiti dell’inapplicabilità dell’attuale modello di coesistenza tra la Commissione, il BEREC e le ANR nella limitata prospettiva delle dinamiche conflittuali che stanno emergendo sia nei singoli procedimenti di adozione dei rimedi che nella dialettica istituzionale relativa alle recenti proposte della Commissione ma andrebbe invece inquadrato in un contesto più ampio a livello continentale che, senza presunzione di completezza, proviamo a tratteggiare.

Innanzitutto l’impasse che si rileva nell’individuare un modello di vigilanza e regolamentazione multicentrico e multilivello efficace e rispondente alle esigenze del mercato trova le sue radici nel sostanziale fallimento di diversi modelli di regolamentazione che la Commissione ha provato ad indirizzare negli ultimi 15 anni: era naufragato all’inizio del nuovo millennio, anche a causa della crisi finanziaria delle web company, innanzitutto il modello *service-based*, su cui si era fondato l’iniziale processo di liberalizzazione nel mercato della rete fissa, il quale, rispetto all’evoluzione *network based* su cui era strutturato sin dall’inizio il mercato mobile, era invece condizionato dalla necessità di far crescere degli operatori fortemente dipendenti dalla presenza storica di un operatore storico ex monopolista legale.

Anche il modello di una competizione che si basasse su una concorrenza sostenibile, avviata con il Regolamento 2887/2000 che aveva introdotto l’obbligo della fornitura dell’accesso disaggregato alla rete locale e che auspicava la progressiva realizzazione in concorrenza di reti di accesso FTTH o almeno FTTC, ha trovato un significativo ostacolo negli insostenibili costi e tempi per la duplicazione delle reti di accesso in presenza di un mercato caratterizzato da domanda insufficiente e scarsamente propenso a premiare i servizi innovativi e perciò si sta evolvendo più lentamente di quanto auspicato e utilizzando una varietà di soluzioni tecnologiche e regolamentari sulla base delle diverse esigenze infrastrutturali e di mercato. L’attuale difficoltà di individuare una strategia regolamentare condivisa si colloca anche nel contesto storico di una profonda crisi che ha colpito l’Unione europea che ha avuto dapprima radici finanziarie e successivamente gravi ripercussioni industriali. Nel contempo le istituzioni comunitarie hanno sofferto di una grave crisi di identità politica che deve avere come esito la definizione di nuovo modello di sviluppo economico e

di regole di convivenza sociale (si pensi alla mancata approvazione della Costituzione europea ed al sorgere di movimenti e spinte sociali antieuropeiste).

Gli aspetti richiamati, che possono apparire estranei alle tematiche trattate, hanno avuto significative declinazioni anche nel mercato delle comunicazioni elettroniche:

- (i) il mercato europeo degli operatori di comunicazione, così come dei produttori di apparati, è stato ed è oggetto di profondo processo di consolidamento;
- (ii) anche gli *incumbent* europei consolidati quali Orange, Telefonica, KPN e, da ultimo, Telecom Italia hanno subito importanti flessioni nei loro ricavi e subito gli effetti di politiche competitive su base del prezzo (e.g. l'ingresso nel mercato mobile francese dell'operatore Free del gruppo Iliad);
- (iii) il modello comunitario di sviluppo del mercato comune delle comunicazioni ha sopportato rilevanti "attacchi": innanzitutto dall'introduzione nella legge 22 giugno 2004 sulle telecomunicazioni (TKG) della Repubblica Federale di Germania di nuove disposizioni con la legge 18 febbraio 2007 che prevedevano una "*regulatory holiday*" nei nuovi mercati con "l'obiettivo di promuovere investimenti efficienti in materia di infrastrutture e incoraggiare l'innovazione", poi censurata dalla Corte di Giustizia per violazione degli artt. 8 comma 4 della Direttiva Accesso, 6, 7, 8 comma 1 e 2, 15 comma 3, 16 della Direttiva Quadro e 17, comma 2 della Direttiva Servizio Universale[132]. Inoltre è stata rilevante l'adozione in alcuni Stati membri di misure di separazione funzionale che non ricadevano nell'alveo delle misure e del modello regolamentare previsto nel nel quadro regolamentare comunitario (i.e. il modello di EoI adottato da British Telecom con OpenReach[133], la separazione funzionale in due divisioni delle attività della telefonia fissa (retail e gestione della rete/wholesale) di Telekomunikacja Polska adottata dal regolatore polacco UKE e la separazione funzionale con l'adozione di un modello di EoO mediante la creazione della divisione Open Access da parte di Telecom Italia[134]).

Al fine di raggiungere gli sfidanti obiettivi dell'Agenda digitale europea gli attori del quadro comunitario (Commissione, BEREC, ANR) devono innanzitutto ripensare un nuovo modello che trovi un equilibrio tra le esigenze di armonizzazione nella prospettiva del mercato comune e il principio (*rectius* la necessità) della sussidiarietà, ossia di una applicazione che tenga in "debito conto la varietà delle condizioni attinenti alla concorrenza e al consumo nelle diverse aree geografiche". Come abbiamo esaminato la Commissione aveva proposto con la riforma del Terzo

Pacchetto Telecom un modello di centralizzazione in via legislativa progettando una revisione del quadro regolamentare con l'introduzione di una Autorità europea (ETMA) quale presupposto dell'ampliamento del suo potere di armonizzazione, ma ha riscontrato il fallimento della dialettica con il Parlamento europeo ed il Consiglio (cfr. § 3). A valle dell'entrata in vigore della Direttiva *Better Regulation* la Commissione sta cercando di ottenere un pieno coordinamento delle politiche regolamentari in via procedimentale mediante l'adozione di numerose Fasi II invocando i seri dubbi sulla compatibilità con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 7 e, in caso di mancato raggiungimento di una misura condivisa, formulando una raccomandazione nei confronti dell'ANR interessata.

Il modello di mediazione informale auspicato dalla più attenta dottrina^[135] alla luce dell'art. 7-*bis* sta fallendo poiché, a fronte delle spinte centraliste della Commissione, il BEREC, reso molto più efficace e produttivo rispetto all'ERG dall'affiancamento dell'Ufficio che lo supporta nei propri compiti istituzionali, sta acquisendo crescente autorevolezza e diventando un contropotere di stampo "tecnico" rispetto alla Commissione supportando in modalità quasi "sindacali" e in modo coerente con il bilanciamento dei poteri previsti dalla *Better Regulation*, le istanze di indipendenza delle ANR nella determinazione dei rimedi regolamentari ex ante. In merito alla coerenza con i principi regolamentari della Raccomandazione della Commissione adottata l'11 settembre 2013 abbiamo già espresso alcune perplessità nel precedente § 6.1 e, ad avviso di chi scrive, il percorso intrapreso dalla Commissione non aiuta a trovare un nuovo equilibrio tra armonizzazione centralizzata e valorizzazione delle specificità nazionali.

Un ulteriore, importante effetto nel mercato delle comunicazioni elettroniche della crisi economica e della crisi di ruolo delle istituzioni comunitarie è rappresentato dal prevalenza che ha assunto nell'attività della Commissione il ruolo di stratega della politica industriale del mercato comune rispetto al custode della coerenza con il diritto della concorrenza. La Commissione ha, sin dall'entrata in vigore del nuovo quadro comunitario del 2002, interpretato il proprio ruolo di custode de "*l'ortodossia dei mercati rilevanti e degli operatori SMP*" attraverso le raccomandazioni e le lettere di commento ex art. 7 controllando, per quanto consentito dall'equilibrio delle competenze disegnato dalle Direttive, ogni applicazione decentrata del diritto comunitario.

Il modello ancora ribadito dalla Direttiva 2009/140/CE secondo cui "*Lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano*

imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile.” appare non indirizzare compiutamente il modello di evoluzione regolamentare che, a partire dalla Direttiva *Better Regulation*, il legislatore comunitario ha chiaramente tracciato e che trova ulteriori (eccessivi?) elementi nella Raccomandazione e nel Regolamento recentemente proposto dalla Commissione. Infatti tra i principi e gli obiettivi introdotti nella Direttiva Quadro spiccano la prevedibilità regolamentare e la promozione di investimenti efficienti ed innovazione in infrastrutture nuove e migliorate.

Quindi il modello regolamentare concretamente non lascia che la “mano invisibile del mercato” trovi un suo equilibrio competitivo, anche in termini di dinamica industriale che indirizza l’offerta ad attrezzarsi per far fronte ad una domanda crescente di banda larga e di servizi innovativi, ma indirizza fattivamente quale concorrenza ritiene che sia più adeguata a raggiungere gli obiettivi regolamentati e, in ultima istanza, gli obiettivi di sviluppo di un modello europeo di crescita economica definiti dall’Agenda digitale europea e di “competitività globale dell’economia dell’Unione”[136] Perciò il principio che vedeva una regolamentazione transitoria e recessiva far spazio al diritto della concorrenza non appare, nel medio periodo, uno scenario probabile anche perché la definizione di “*concorrenza effettiva e sostenibile*” prevista dal legislatore comunitaria si sta continuamente evolvendo passando dall’*unbundling* alle reti di nuova generazione.

Si pone perciò il quesito di quale debba essere il ruolo del diritto della concorrenza tra i principi dell’azione regolamentare delle ANR nella prospettiva di una regolamentazione che soggiace alle finalità di politica industriale comunitaria. Deve limitarsi a garantire che le poche reti di nuova generazione oppure l’unica rete di accesso scorporata dall’operatore ex monopolista sia resa accessibile a tutti gli attori del mercato con modalità non discriminatorie? E qualora si trovi a regolare i prezzi all’ingrosso dell’operatore di rete che ha incorporato le reti di accesso in un regime di monopolio quali criteri e quali priorità, anche in termini di neutralità tecnologica, dovrà seguire per contemperare la solidità gestionale dell’operatore monopolista della rete di accesso e la sua capacità di investire per realizzare nuove infrastrutture? Come dovrà regolare la concorrenza che potrebbe svilupparsi grazie ad altre infrastrutture (i.e. le reti wireless)? Ed, inoltre, questo sostegno all’innovazione come si contempera con il benessere del consumatore finale? In altre parole, le esigenze di politica industriale dell’Agenda digitale potranno giustificare una condizione recessiva dei principi della concorrenza? Ed, infine, in un mercato dove la concorrenza potrebbe essere “sacrificata” temporaneamente nella prospettiva di un piano di sviluppo dell’innovazione dei servizi e delle reti necessario alla competitività del Paese, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato potrà svolgere procedimenti su tematiche oggetto della regolazione (come

è pacifico nella giurisprudenza comunitaria e come si è riscontrato nel recente provvedimento A428 concluso con una rilevante sanzione nei confronti di Telecom Italia) oppure si dovranno applicare temporaneamente deroghe analoghe all'art. 25 della L. 287/90 per attuare "rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea"? Oppure l'AGCM potrebbe transitoriamente trasferire le proprie competenze in materia concorrenza sulle tematiche delle comunicazioni elettroniche all'Autorità di regolamentazione affinché un unico soggetto pubblico, in parallelo con la Commissione, svolga il necessario sforzo di coordinamento della regolamentazione in una prospettiva competitiva del settore in attesa che gli obiettivi in tema di innovazione delle infrastrutture e dei servizi ai cittadini, alle imprese ed alla PA siano raggiunti? Potrebbe essere utile porsi preliminarmente queste domande, che appaiono provocatorie, affinché si possano ponderare i costi/benefici delle modalità attuative delle politiche di regolazione del mercato e, a monte, si possano identificare prospettivamente i rischi e le opportunità di scelte politiche di strategie regolatorie che sembrano palesarsi nell'orizzonte comunitario che possono incidere significativamente sull'evoluzione dei mercati delle comunicazioni elettroniche e, in ultima istanza, sul benessere del consumatore.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Come noto in Italia l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con L. 31 luglio 1997 n. 249, è identificata come Autorità nazionale di regolamentazione ai sensi dell'art. 7, comma 2 CCE ed esercita, per i mercati delle comunicazioni elettroniche, le competenze derivanti dalla L. 14 novembre 1995 n. 481, dalla stessa legge istitutiva e dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

[2] Con la definizione di nuovo quadro regolamentare del 2002 si intende un pacchetto di direttive comunitarie adottate al fine di disciplinare le reti di trasmissione ed i servizi correlati frutto della convergenza tecnologica delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. Il quadro normativo è costituito dalla Direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Quadro), la Direttiva 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Autorizzazioni), la Direttiva 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all'interconnessione delle stesse (direttiva Interconnessione) e della

Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva Servizio universale). Tale quadro normativo espressamente non disciplina i contenuti.

[3] Il quadro normativo dell'Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica è stato riformato con la Direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/22/CE, 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personale e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori (c.d. *Citizens' Rights*), nonché con la Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE (c.d. *Better Regulation*) e, infine, con il Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio.

[4] Si riporta di seguito il contenuto integrale dell'art. 50-ter CCE che disciplina la "separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata" nel settore delle comunicazioni elettroniche:

"Le imprese che siano state designate come aventi un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'articolo 19 informano anticipatamente e tempestivamente l'Autorità al fine di consentire alla stessa di valutare l'effetto dell'auspicata transazione, quando intendono trasferire i loro beni relativi alle reti di accesso, o una parte significativa degli stessi, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi, o qualora intendano istituire un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le sue divisioni al dettaglio, prodotti di accesso pienamente equivalenti. Le imprese devono inoltre informare l'Autorità in merito ad eventuali cambiamenti di tale intenzione, nonché del risultato finale del processo di separazione.

2. L'Autorità valuta l'effetto della transazione prevista sugli obblighi normativi esistenti in base al Codice. A tal fine, conduce un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete d'accesso secondo la procedura di cui all'articolo 19 del Codice. Sulla base della sua valutazione impone, mantiene, modifica o revoca gli obblighi conformemente agli articoli 11 e 12 del Codice.

3. L'entità commerciale separata dal punto di vista giuridico o operativo può essere soggetta a uno qualsiasi degli obblighi di cui agli articoli da 46 a 50 in ogni mercato specifico nel quale è stato stabilito che l'entità dispone di un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 19 oppure a qualsiasi altro obbligo autorizzato dalla Commissione conformemente all'articolo 45, comma 3.

4. Qualora intenda cedere tutte le sue attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un'entità giuridica separata appartenente a una proprietà diversa, l'impresa designata conformemente al comma 1 informa preventivamente e tempestivamente l'Autorità per permetterle di valutare l'effetto della transazione prevista sulla fornitura dell'accesso in postazione fissa e sulla fornitura dei servizi telefonici ai sensi dell'articolo 54. L'Autorità può imporre, modificare o revocare gli obblighi specifici conformemente all'articolo 28, comma 2". I profili applicativi del procedimento di separazione volontaria sono stati analizzati dal BEREC, organismo costituito dalle ANR degli Stati membri con funzioni di indirizzo e consultive istituito dal Regolamento 1211/2009 con le linee guida contenute nella "BEREC Guidance on functional separation under Articles 13a and 13b of the revised Access Directive and national experiences", febbraio 2011 (BoR (10) 44 Rev1).

[5] Poiché in merito all'ipotesi presentata da Telecom Italia il 30 maggio 2013 di separazione volontaria *ex art. 50-ter* si è riscontrato un ampio interesse mediatico che ha mescolato (*rectius* confuso) profili regolamentari, strategici, societari, occupazionali e di politica industriale, preliminarmente evidenziamo che il presente contributo si limita ad esaminare i profili regolamentari, comunitari e le implicazioni giurisdizionali dell'analisi dei mercati e dell'imposizione agli operatori SMP di obblighi regolamentari *ex ante*, con particolare attenzione ai mercati dell'accesso ed all'ipotesi di una eventuale separazione volontaria ed art. 50-ter che implicherebbe l'analisi di questi medesimi mercati, mentre non analizza, se non nella misura in cui rappresentano elementi fattuali che incidono sulle valutazioni regolamentari, i seguenti elementi:

- (i) il possibile ingresso nel capitale sociale di Telecom Italia con partecipazioni rilevanti o di controllo di altri operatori presenti nel mercato italiano;
- (ii) le trattative con Cassa Depositi e Prestiti relative al capitale sociale e alla *governance* della nuova società a cui potrebbero essere conferiti gli asset della rete di accesso che, quindi, potrebbero trasformare il modello di separazione da trasferimento ad una entità commerciale soggetta al controllo dell'operatore verticalmente integrato ad un conferimento ad una società con controllo di terzi (vedi art. 50-ter comma 4 CCE);
- (iii) l'eventuale avvio da parte di AGCom di uno o più procedimenti di inottemperanza nei confronti di Telecom Italia per la possibile violazione degli impegni approvati con la delibera 718/08/CONS, alla luce delle risultanze emerse nell'ambito dei procedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato A428 (che ha portato all'irrogazione in capo a Telecom Italia di una sanzione pari a euro 103 milioni per abuso di posizione dominante) e I761

- (ancora in corso, avente ad oggetto una presunta intesa nella fornitura di servizi di manutenzione correttiva per i servizi di accesso alla rete fissa ad opera di imprese di manutenzione tecnica, poi estesa soggettivamente anche a Telecom Italia);
- (iv) l'eventuale conferimento alla costituenda società dell'accesso (denominata OPAC), inizialmente controllata da Telecom Italia, di infrastrutture o di rami d'azienda di altre società operanti nel mercato dell'accesso (e.g. Metroweb), con le relative implicazioni competitive
 - (v) la valutazione delle tempistiche dell'analisi dei profili concentrativi o cooperativi e delle possibili richieste della competente Autorità della concorrenza con riferimento ai precedenti punti (i) , (ii) e (iv) nonché delle eventuali procedure applicabili in materia di aiuti di Stato;
 - (vi) l'evoluzione dell'assetto del settore delle comunicazioni in Italia, incluse l'ipotesi di eventuali concentrazioni di altri operatori nei mercati rilevanti;
 - (vii) l'adozione di uno o più regolamenti *ex art. 17*, comma 1 L. 23 agosto 1988 n. 40 con i quali individuare le reti e gli impianti anche di comunicazioni alle quali applicare i poteri speciali inerenti gli attivi strategici previsti dall'art. 2 del Decreto legge 15 marzo 2012 n. 21, convertito con modificazioni alla L. 11 maggio 2012 n. 56.

[6] In particolare il legislatore comunitario si era focalizzato sull'armonizzazione della disciplina dei procedimenti autorizzativi e dei relativi requisiti, rimuovendo i molteplici regimi concessori ed i diritti speciali ed esclusivi, sulla definizione e sul finanziamento del servizio universale mentre per la qualificazione dell'operatore avente significativo potere di mercato aveva indicato un parametro quantitativo (25% del mercato rilevante, senza ulteriori analisi sulle caratteristiche del mercato) che fosse piuttosto semplice da applicare per le autorità nazionali di regolamentazione di recente costituzione. In dottrina si rinvia a F. Bonelli - S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999; L. Radicati di Brozolo, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999.

[7] Per direttive di liberalizzazione si intendono i provvedimenti adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 86, comma 3 del Trattato CE: 90/388/CE Concorrenza nelle telecomunicazioni; 94/46/CE servizi via satellite; 95/51/CE Uso di reti televisive via cavo; 96/02/CE Servizi mobili; 96/19/CE Full competition.

[8] Le direttive di armonizzazione sono state adottate ai sensi dell'art. 95 del Trattato CE e sono: 90/387/CE su Open Network Provision (ONP), come modificata dalla direttiva 95/51/CE, 92/44/CE su linee affittate; 97/13/CE

su autorizzazioni generali e licenze individuali; 97/33/CE su interconnessione, servizio universale e interoperatività, come modificata dalla direttiva 98/61/CE; 98/10/CE su ONP per la telefonia vocale e servizio universale; 98/61/CE sulla portabilità del numero e la preselezione del vettore.

[9] Cfr., ad esempio, sentenze Corte di Giustizia del 19 marzo 1991, causa C-202/88 Francia c. Commissione, e del 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90 Spagna e a. c. Commissione.

[10] La letteratura sui profili giuridici ed economici sul nuovo quadro regolamentare è molto vasta, si richiamano alcuni contributi: L. Radicati di Brozolo, Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria, in Mercato Concorrenza e Regole, n. 3, 2002, pag. 575; M. Siragusa - S. Ciullo, Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza, *ibidem*, pag. 511 ss.; F. Bassan, Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche, Torino, 2002; G. Morbidelli - F. Donati (a cura di), Comunicazioni: verso il diritto della convergenza? Torino, 2003; E. Pontarollo - A. Oglietti, Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee, Bologna, 2003; M. Clarich - G.F. Cartei (a cura di), Il codice delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2004; R. Perez (a cura di), Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2004; G. Della Cananea, Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche, Torino, 2005; G. Morbidelli - F. Donati (a cura di), L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario, Giappichelli, Torino, 2005; F. Bruno - G. Nava, Il nuovo ordinamento delle comunicazioni, Milano, 2006; F. Donati, L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni, Torino, 2007.

[11] Appare inoltre rilevante l'ampia previsione da parte del legislatore comunitario dell'utilizzo di strumenti di *soft-law*, come la costituzione di un Comitato per le Comunicazioni (CoCom) che ha assorbito le competenze attribuite nel quadro regolamentare Open Network Provision (ONP) al Comitato Licenze ed al Comitato ONP (art. 22 Direttiva Quadro).

[12] Cfr. Raccomandazione 17 dicembre 2007, n. 2007/879/CE, par. 5: *“Per individuare i mercati che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante, è opportuno applicare i seguenti criteri cumulativi. Il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo. Tuttavia, dato il carattere dinamico e il funzionamento dei mercati delle comunicazioni elettroniche, quando si effettua un'analisi prospettiva per individuare i mercati rilevanti che possano eventualmente essere oggetto di regolamentazione ex ante, è opportuno tenere in considerazione anche le possibilità di superare tali ostacoli nell'arco di tempo considerato. Per questo motivo, a norma del secondo criterio sono ammissibili esclusivamente quei mercati la cui struttura non tenda a*

produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame della situazione della concorrenza al di là degli ostacoli all'accesso. Il terzo criterio è che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti". In precedenza, si faceva riferimento alla Raccomandazione 11 febbraio 2003, n. 2003/311/CE, par. 9. A livello nazionale, l'AGCom ha utilizzato il triplo test, ad esempio, con riferimento al mercato della terminazione SMS su reti mobili (delibera 185/13/CONS del 28 febbraio 2013), al mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili (delibera 65/09/CONS del 13 febbraio 2009), al mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (delibera 284/10/CONS) e al mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - c.d. segmenti *trunk* (delibera 2/10/CONS); in tutti questi i casi i suddetti mercati sono stati ritenuti non suscettibili di regolamentazione *ex ante* poiché il triplo test non è stato superato.

[13] L'ANR può imporre: (i) obblighi di trasparenza in relazione all'interconnessione ed accesso *ex art.* 46 CCE prevedendo la pubblicazione di informazioni di natura contabile, tecnica ed economica tra cui un'offerta di riferimento disaggregata soggetta alle modifiche dell'Autorità; (ii) obblighi di non discriminazione in relazione all'interconnessione ed all'accesso *ex art.* 47 CCE; (iii) obblighi di separazione contabile in relazione a specifiche attività nell'ambito dell'interconnessione ed accesso *ex art.* 48 CCE; (iv) obblighi di accesso e di uso di determinate risorse di rete, secondo principi di equità, ragionevolezza e tempestività; (v) obblighi in materia di controllo dei prezzi e contabilità dei costi, tra cui l'obbligo di orientamento ai costi e di disporre un sistema di contabilità dei costi anche indipendente da quella utilizzato dagli operatori e verificato da un organismo indipendente.

[14] Vedi la 1999 *Communications Review*.

[15] Si fa riferimento, in particolare, al contributo di L. Saltari, I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2005, 02, pag. 389.

[16] Poiché non è presente una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi amministrativi che devono garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) vedi le sentenze 17 giugno 2004 Causa C-30/02, Recheio - Cash & Carry, racc. pag. I-6051 punto 17 e

7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05 Van Del Weerd e a., racc. pag. I-4233 punto 28.

[17] Sul tema si rinvia a R. Perna, *The judicial review in the field of telecommunications: case law examples of confirmations of NRA decisions, annulment of NRA decisions*, Workshop on the Implementation of the Law on Electronic Communications in administrative court proceedings, Belgrado, 28-29 gennaio 2013. Con riferimento alla più recente giurisprudenza relative ai limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte regolamentari dell'Agcom, si vedano le sentenze Tar Lazio 21 giugno 2013, n. 6259 (*“la legittimità di un controllo giudiziale forte ed incisivo, orientato ad una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in controversia, puntualizzando che il Giudice amministrativo può, con piena cognizione, accertare i fatti considerati nel procedimento amministrativo nonché il processo valutativo attraverso il quale l'Autorità indipendente è pervenuta all'applicazione della regola giuridica. Il sindacato intrinseco del giudice viene ritenuto comprensivo anche di un riesame delle valutazioni tecniche operate dall'Autorità come pure dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati applicati (Cons. St., VI, 20.2.2008, n. 595; id., 8.2.2007, n. 515) e tale da essere condotto dal giudice facendo ricorso a regole e conoscenze tecniche appartenenti alle stesse discipline applicate dall'Amministrazione, anche con l'aiuto di periti (Cons. St., VI, 23.4.2002, n. 2199)”*) e Consiglio di Stato 28 marzo 2013, n. 1837 (*“Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale [...] sono rette da regole e principi che, per quanto “elastiche” o “opinabili”, sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere. Pertanto, il giudice amministrativo deve poter sempre verificare [...] se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia”*).

[18] Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in GUCE n. C165 dell'11 luglio 2002.

[19] Il testo normativo richiama espressamente l'equivalenza tra i concetti di significativo potere di mercato (SMP), di matrice regolamentare, e la posizione dominante, di stampo concorrenziale (vedi art. 17 comma 2 CCE). Per la definizione di posizione dominante si richiama la tradizionale qualificazione risalente alla sentenza della Corte di Giustizia, caso 85/76,

Hoffmann-La Roche del 13 febbraio 1979 in Racc. 1979, pag. 461 che definisce la posizione dominante: *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*.

[20] La Commissione ha adottato una prima Raccomandazione dei mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi l’11 febbraio 2003 (C2003/497) con la quale sono identificati sei mercati al dettaglio ai sensi dell’art. 17 della Direttiva Servizio Universale, un mercato relativo ad un insieme minimo di linee affittate *ex art.* 16 della Direttiva Servizio Universale e undici mercati all’ingrosso tra cui i servizi di radiodiffusione televisiva per la trasmissione dei contenuti. Successivamente è stata adottata una nuova Raccomandazione in data 17 dicembre 2007 con la quale, grazie all’evoluzione, anche tecnologica, delle caratteristiche dei prodotti e dei servizi, ed ai cambiamenti in termini di sostituzione della domanda e dell’offerta, sono stati significativamente ridotti i mercati rilevanti, in particolare quelli al dettaglio (ridotti ad uno, relativo all’accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali), mentre sono stati rilevati sei mercati all’ingrosso (raccolta delle chiamate nella rete telefonica pubblica in postazione fissa; terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa; accesso all’ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (ivi compreso l’accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa; accesso a banda larga all’ingrosso; fornitura all’ingrosso di segmenti terminali di linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata; terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili). La Raccomandazione adottata nel 2007 è attualmente oggetto di revisione da parte della Commissione per verificare se l’identificazione dei mercati rilevanti sia tuttora coerente con l’evoluzione dei prodotti e dei servizi nonché della domanda e dell’offerta e dovrebbe essere riformata nel 2015.

[21] Per quanto riguarda i mercati di cui all’allegato della previgente Raccomandazione 2003/311/CE, che non figurano nell’elenco di cui all’allegato della vigente Raccomandazione, le autorità nazionali di regolamentazione avrebbero dovuto applicare la prova dei tre criteri per valutare se, sulla base delle circostanze nazionali, un mercato potesse ancora essere oggetto di regolamentazione *ex ante*. Per i mercati elencati nella vigente Raccomandazione, un’autorità nazionale di regolamentazione può comunque scegliere di non effettuare un’analisi di mercato se stabilisce che il mercato in questione non soddisfa i tre criteri. Per i mercati non inclusi nell’elenco della vigente Raccomandazione le autorità nazionali di regolamentazione devono innanzitutto applicare la prova dei tre criteri al mercato interessato ed individuare mercati diversi da quelli inclusi nella

vigente Raccomandazione, purché ciò avvenga conformemente all'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE, ossia definiti sulla base dei principi della concorrenza esposti nella comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini del diritto comunitario della concorrenza (1) ed in conformità agli orientamenti comunitari per l'analisi del mercato e le modalità di valutazione del potere di mercato significativo (2) nonché soddisfare i tre criteri descritti alla nota 12 Occorre sottolineare che la mancata notifica di un progetto di misura che influisce sul commercio fra Stati membri, così come la mancata effettuazione dell'analisi di mercato potrebbe dare luogo all'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione (si veda anche Corte di Giustizia, ordinanza 12 dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España).

[22] Come abbiamo visto tra i principali mercati rilevanti che, a valle della verifica del soddisfacimento dei tre criteri, sono stati ritenuti da AGCom come non rispondenti ai requisiti per una regolamentazione *ex ante* si possono ricordare il mercato della raccolta dei servizi da rete mobile (delibera 65/09/CONS), il mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (284/10/CONS), il mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - c.d. segmenti trunk (delibera 2/10/CONS) e, più recentemente, il mercato della terminazione di servizi SMS su singole reti mobili (delibera 185/13/CONS).

[23] Unico elemento di differenziazione nell'applicazione delle analisi dei mercati geografici rilevanti è la possibilità di segmentare su base geografica sub-nazionale, come previsto dalla Direttiva 140/2009/CE nella riforma dell'art. 8, comma 5 e) e art 15 comma 3 e dalla Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) 2010/572/CE punto 9.

[24] Per comodità di riferimento i citati articoli corrispondono ai citati artt. 46-50 CCE.

[25] Per una attenta analisi economica delle problematiche competitive si rinvia a G. Amendola, L'identificazione degli obblighi per gli operatori, in M. Clarich - G.F. Cartei, cit. pag. 255.

[26] Art. 8 della Direttiva Accesso e art. 45 CCE. Il rinvio effettuato dal legislatore comunitario agli obiettivi che sono stati recepiti dall'art. 13 CCE solleva un quesito di natura sistemica, ossia se l'obiettivo della promozione della concorrenza di cui al comma 4 imponga che i rimedi regolamentari vengano comunque confermati in presenza di elementi strutturali del mercato (presenza di *essential facility* nell'accesso, barriere all'accesso di natura tecnologica e commerciale etc.) che siano indipendenti dai comportamenti degli operatori SMP e dalla natura concorrenziale del mercato esaminato secondo i criteri dell'analisi economica del mercato. Nella prassi dell'AGCom tale impostazione non appare prevalente e il quesito appare invero astratto alla luce dei comportamenti degli operatori

SMP (in particolare in condizioni di crisi economica di sistema e del mercato) e dell'effetto concretamente non disincentivante dell'applicazione *ex post* delle regole di concorrenza, sebbene in tal senso militi il richiamo dell'art 13, comma 5, b) che preveda l'adozione di "una disciplina flessibile dell'accesso e dell'interconnessione, anche mediante la negoziazione tra operatori, compatibilmente con le condizioni competitive del mercato e avendo riguardo alle singole tipologie di servizi di comunicazione elettronica".

[27] Occorre inoltre ricordare la Raccomandazione della Commissione del 15 ottobre 2008 relativa alle notifiche, ai termini e alle consultazioni di cui dall'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2008/850/CE) con la quale la Commissione ha inteso stabilire delle regole comuni per i principali aspetti procedurali delle notifiche *ex art. 7*.

[28] Infatti il potere dissuasivo del potenziale esercizio del potere di veto sulla definizione dei mercati rilevanti e sugli operatori SMP è stato concretamente utilizzato solo nello 0,7% delle notifiche (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 Telecoms Reform*") mentre un ruolo significativo è stato svolto, seppur in assenza di effetti vincolanti, dalle numerose lettere di commenti che, spesso in modo reiterato sullo stesso mercato rilevante e nei confronti della medesima ANR, hanno ribadito le osservazioni della Commissione sulla non corretta applicazione dei rimedi. Si vedano, ad esempio, le lettere di osservazioni inviate all'Agcom in materia di terminazione mobile del 2 agosto 2007, 15 luglio 2008, 7 novembre 2008 e 23 giugno 2011.

[29] Il considerando 14 della Direttiva Accesso chiarisce che gli obblighi previsti "*costituiscono il livello massimo degli obblighi che possono essere imposti alle imprese onde evitare un'eccessiva regolamentazione*".

[30] Il nuovo documento è denominato *Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*.

[31] "*Revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*" (8 dicembre 2012); "*revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market*" (8 dicembre 2012); "*revised BEREC Common Position on best practices in remedies as a consequence of a SMP position in the relevant markets for wholesale leased lines*" (26 novembre 2012); "*revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network*

infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market” (26 novembre 2012); “revised BEREC Common Position on best practice in remedies imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market for wholesale broadband access (WBA)” (26 novembre 2012).

[32] A titolo di esempio, la stessa Commissione dà atto nel considerando 1 della Raccomandazione 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE) che *“nel corso della valutazione di oltre 850 progetti di misure notificati a titolo dell’articolo 7 della direttiva 2002/21/CE è emerso che esistono tuttora incoerenze nella regolamentazione delle tariffe di terminazione delle chiamate vocali”*.

[33] Si vedano, ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE), la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e la Raccomandazione dell’11 settembre 2013, relativa all’applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga. Delle ultime due Raccomandazioni tratteremo successivamente nel documento.

[34] Si veda la sentenza della Corte di Giustizia n. 322/88 del 13 dicembre 1989, Grimaldi. A livello nazionale, il Consiglio di Stato, nella sentenza 2802/2012, ha chiarito che *“le Raccomandazioni emanate dalla Commissione europea costituiscono atti comunitari tipici, non obbligatori, preordinati allo scopo di assicurare il funzionamento e lo sviluppo della Comunità europea mediante la prospettazione della soluzione che appare preferibile adottare nell’ottica comunitaria e, conseguentemente, essendo privi di carattere vincolante nei confronti del legislatore nazionale, il giudice nazionale non è tenuto a disapplicare la norma statale (e/o il provvedimento amministrativo) che, eventualmente, si ponga in contrasto con esse (Cassazione civile, sez. I, 05 dicembre 2003, n. 18620)”*.

[35] Corte di Giustizia, caso C-424/07 Germania c. Commissione del 3 dicembre 2009.

[36] Si vedano le lettere della Commissione Europea all’AGCom del 2 agosto 2007, 15 luglio 2008, 7 novembre 2008 e 23 giugno 2011.

[37] Secondo il Tar Lazio *“rileva la distonia sussistente tra la reiterata attestazione da parte dell’Autorità dell’obiettivo di raggiungere la simmetria tariffaria nel 2010, all’esito dell’analisi di mercato e, di contro, l’assetto concreto scaturito dalla fissazione delle tariffe di terminazione, che sul piano logico ed economico si pone in antitesi con la nozione di simmetria; ad avviso del Collegio, il mantenimento di condizioni obiettivamente disomogenee fra le diverse categorie di operatori confligge insuperabilmente con la finalità regolatoria più volte dichiarata di*

traguardare i livelli massimi dei prezzi di terminazione degli operatori di telefonia fissa fin dal 2010 ad uno stadio di sostanziale allineamento". Inoltre, "il Collegio ritiene nella specie non assolto quell'onere motivazionale rafforzato che pure sarebbe stato imposto dal carattere puntuale e circoscritto della questione sollevata dall'organo europeo, rispetto alle cui osservazioni l'Autorità non ha, di fatto, contrapposto argomenti" (Tar Lazio, sez. III-ter, 9739/2011).

[38] Secondo il Consiglio di Stato *"il sistema di prezzi così delineato è solo apparentemente ingiustificato, discriminatorio ed in contrasto con le prescrizioni della Commissione europea, rispondendo piuttosto al persistere ancora, dopo molti anni dalla liberalizzazione del mercato, di una realtà infrastrutturale differenziata tra Telecom e gli altri operatori, che emerge con chiarezza dall'analisi del mercato compiuta dall'Autorità e dalla motivazione delle delibere nn. 179/10 e 229/011 impugnate, come si dirà nel proseguo". Inoltre "Alla luce dei richiamati suggerimenti della Raccomandazione del 2009, che peraltro contiene un unico vincolo temporale rappresentato dal 1° gennaio 2013, quale data ultima e ottimale di passaggio al sistema normale di tariffe simmetriche, non sembra incompatibile con essa la scelta dell'Autorità di differire "motivatamente" la definizione di tariffe simmetriche e orientate ai costi per tutti gli operatori nell'ambito del procedimento integrativo per la fissazione delle tariffe 2011; e neppure che anche la successiva delibera integrativa n. 229/2011 rinvii ulteriormente all'anno 2012 la fissazione di dette tariffe simmetriche. Soprattutto, sembra circostanza non irrilevante, ai fini della valutazione di compatibilità con la Raccomandazione, il fatto che l'Autorità abbia operato la scelta dilatoria considerando che è in corso il "tavolo tecnico" per la definizione degli interventi regolamentari in merito alla interconnessione IP, avviato dalla delibera n. 11/06/CIR, e che le previsioni di conclusione del tavolo tecnico fanno ipotizzare che le tariffe potranno operare solo nel 2012 e la tariffa di terminazione IP sarà stabilita in maniera da garantire la piena simmetria tariffaria (art. 4 della del. 229/11/CONS)" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 2802/2012).*

[39] Forniamo di seguito alcune sintetiche definizioni relative ai modelli ingegneristici di realizzazione delle reti di accesso di nuova generazione, differenziati sulla base delle installazioni di reti in fibra ottica ai diversi livelli della rete di accesso tra la centrale dell'operatore e la casa/ufficio dell'utente. Non necessariamente le definizioni sono del tutto coerenti con la rete di accesso di Telecom Italia poiché le specifiche evoluzioni delle infrastrutture della rete di accesso sono una legacy delle scelte effettuate in regime di monopolio in considerazione, tra l'altro, delle strutture orogeografiche dei territori e delle città e della densità della popolazione servita: (i) FTTN - *Fiber-to-the-node* (letteralmente 'fibra fino al nodo di rete') o anche *Fiber-to-the-Exchange* (FTTE): il collegamento in fibra ottica arriva fino allo Stadio di Linea della rete telefonica (SL), collocato presso la

centrale dell'operatore mentre il collegamento fino alla residenza dell'utente rimane su filo di rame; (ii) FTTC - *Fiber-to-the-cabinet* or *Fiber-to-the-curb* (letteralmente 'fibra fino all'armadio' o 'fibra fino al cordolo del marciapiede') Il collegamento arriva in una cabina esterna vicina alla sede dell'utente o al successivo armadio distributore, tipicamente nelle città italiane entro 300/400 metri dall'utente; (iii) FTTS - *Fiber-to-the-street* (letteralmente 'fibra fino alla strada') Il collegamento arriva fino ad un livello inferiore della rete, ossia ad un *minidistributore* sito in prossimità delle sedi degli utenti, ad una distanza di circa 200 metri circa dagli edifici da servire; (iv) FTTB - *Fiber-to-the-building* or *Fiber-to-the-basement* (letteralmente 'fibra fino al palazzo' o 'fibra fino alle fondamenta') Il collegamento in fibra ottica raggiunge il limite della costruzione, per esempio sino alla cantina per una o più abitazioni, mentre il collegamento finale con il punto terminale della rete nella sede dell'utente viene normalmente effettuato utilizzando il tradizionale filo di rame;. (v) FTTH - *Fiber-to-the-home* (letteralmente 'fibra fino a casa') Il collegamento in fibra ottica raggiunge il limite esterno della singola unità abitativa/ufficio. È la soluzione che implica maggiori oneri economici e realizzativi (si pensi al cablaggio degli edifici con le implicazioni connesse alla gestione delle implicazioni connesse alla gestione delle problematiche delle parti condominiali, ma che garantisce la massima velocità di trasmissione fino all'utente finale (oltre 100 MBit)

[40] Confronta nota n. 33.

[41] Delibera AGCom n. 1/12/CONS recante "*Individuazione degli obblighi regolamentari relativi ai servizi di accesso alle reti di nuova generazione*".

[42] Ai sensi della regolamentazione del mercato 4 adottata da AGCom la sottorete locale viene qualificata come una rete locale parziale che collega il punto terminale della rete nella sede dell'utente ad un punto di concentrazione o ad un determinato punto di accesso intermedio della rete telefonica pubblica fissa. Nel caso di specie lo sviluppo della rete NGA si può qualificare come l'accesso con una rete in fibra fino al *cabinet* di Telecom Italia collocato a livello stradale che, per la configurazione della rete dell'SMP, si colloca mediamente in ambito urbano a circa 400 metri dal punto terminale presso la sede dell'abbonato. L'evoluzione tecnologica e la distanza mediamente inferiore agli altri paesi tra *cabinet* e sede dell'utente consente di offrire servizi a banda larga tra i 30 ed i 70 MBit utilizzando la rete in rame fino alla sede dell'utente. Perciò sono previsti nell'offerta di riferimento di Telecom Italia i servizi di accesso disaggregato alla sottorete locale", (c.d. *sub-loop unbundling*) qualificato come il servizio di accesso disaggregato che consiste nella fornitura dell'accesso alla sottorete locale dell'operatore notificato che autorizzi l'uso di tutto lo spettro delle frequenze disponibile sulla coppia elicoidale metallica. Un tematica regolamentare rilevante ancora non compiutamente indirizzata da AGCom è rappresentata dalla introduzione o meno di un obbligo per l'operatore

SMP di dare accesso ai concorrenti al proprio *cabinet* oppure se sia pienamente replicabile la realizzazione di un nuovo *cabinet* accanto a quello dell'SMP.

[43] Per «Equivalenza degli Input» («Equivalence of Inputs», Eol) si intende la fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l'accesso agli stessi termini e condizioni, compresi i prezzi e i livelli di qualità del servizio, con le stesse tempistiche, usando gli stessi sistemi e processi e con lo stesso grado di affidabilità e prestazioni. L'Eol si può applicare ai prodotti di accesso e ai servizi associati e accessori necessari per fornire gli input all'ingrosso alle divisioni interne e ai terzi richiedenti l'accesso. In alternativa all'applicazione del principio dell'Eol gli SMP possono essere soggetti all'obbligo di Equivalenza degli Outputs (EoO), come ad esempio Telecom Italia a seguito dell'entrata in vigore degli impegni previsti dalla Delibera 718/08/CONS e dalla struttura cd *Open Access*, che si configura come la fornitura di input all'ingrosso ai richiedenti l'accesso con modalità equiparabili, in termini di funzionalità e prezzo, a quelle che l'operatore SMP applica internamente alle proprie divisioni a valle, sia pure con l'utilizzo di sistemi e processi potenzialmente differenti;

[44] Occorre distinguere concettualmente il principio dell'Eol dalla separazione societaria e dalla separazione proprietaria dell'SMP. Il principio di Eol può trovare applicazione anche in assenza di qualsiasi tipo di separazione ma grazie all'adozione di sistemi e processi che garantiscano all'interno della stessa struttura dell'operatore SMP l'effettivo perseguimento dell'Eol tra fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l'accesso. Sebbene l'implementazione dell'Eol in assenza della separazione almeno societaria sia possibile, l'esperienza dell'*incumbent* inglese British Telecom che ha adottato una forma di Eol con la propria divisione Open Reach ha dimostrato la complessità, in termini di modalità applicative e di tempistiche, dell'introduzione di forme di Eol in assenza di una separazione almeno societaria.

[45] Ricordiamo di seguito gli obiettivi dell'azione regolamentare identificati dall'art. 8 della Direttiva Quadro: "2. *Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; b) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; c) incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione; d) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione.* 3. *Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro: a) rimuovendo gli ostacoli residui che si*

frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; b) incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (end-to-end); c) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; d) collaborando tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari. 4. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro: a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale quale specificato nella direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale); b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; e) prendendo in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili; f) garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche”.

[46] Tribunale UE, ordinanza 12 luglio 2007, caso T-109/06, Vodafone in Raccolta 2007, pag. II 5151, par. 90 e 91: *“it is true, as Article 1(1) of Directive 2002/21 states, that the intervention of the Commission and of other NRAs under the procedure of Article 7 of Directive 2002/21 is 'to ensure the harmonised application of the regulatory framework throughout the Community. However, that does not mean that the Commission's comments under Article 7(3) of Directive 2002/21 produce binding legal effects”*. Analogamente, Tribunale UE, ordinanza 22 febbraio 2008, caso T-295/06, Base, in Raccolta 2008, pag. II 28.

[47] In questo senso si veda espressamente Tar Lazio, sez. III-Ter, 895/2009 (*“L'AGCom, infatti, anche se ex art. 12 del codice deve tenere “in massima considerazione” le osservazioni della commissione, non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni da essa svolte, atteso che non si tratta di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo in questione al programma di razionalizzazione del sistema nel quale è impegnata l'autorità. È ben vero che, come accade ogni qual volta un organo intenda discostarsi da un parere obbligatorio ma non vincolante, sussiste per lui l'obbligo di esplicitare le ragioni che non gli consentono di conformarsi ad esso. In altri termini, l'organo in questione deve dare atto di aver ponderato le ragioni*

esposte da quello consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento”), nonché Consiglio di Stato 1837/2013 (“nel discostarsi da tale rilievo, come pur le era consentito fare per il carattere non vincolante delle osservazioni formulate dalla commissione, avrebbe dovuto comunque AGCom osservare un onere di motivazione rafforzata [...]”). Analogamente, Tar Lazio Sez III-ter 1336/2011, Tar Lazio, sez. I, 9484/2011.

[48] Si vedano, ad esempio, le lettere inviate il 5 marzo 2012, SG-Greffe (2012) D/4105 relativa al caso ES/2012/1291, e il 13 febbraio 2012, SG-Greffe (2012) D/2859 relativa al caso NL/2012/1284, entrambe in materia di tariffe del servizio di terminazione mobile, rispettivamente alle autorità di regolamentazione di Spagna e Olanda.

[49] Si pensi alla segmentazione subnazionale dei mercati geografici che ha poi avuto dignità legislativa all’art. 8, comma 5 e) e 15, comma 3 della Direttiva Quadro come riformata dalla Direttiva 140/2009/CE e, successivamente, di modalità attuativa nella Raccomandazione relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) (considerando 9-11).

[50] *“La correttezza, la coerenza, l’armonia delle regole in concreto utilizzate, il loro impiego da parte dell’Autorità iuxta propria principia, secondo, quindi, un’intrinseca razionalità, pur sul presupposto e nel contesto di scelte ampiamente discrezionali, garantiscono e, insieme, comprovano che quel settore dell’ordinamento non sia sottoposto all’esercizio di un potere “errante” e sconfinante nell’abuso o nell’arbitrio, con conseguenti squilibri, disparità di trattamento, ingiustizie sostanziali, anche e soprattutto nell’applicazione di principi o concetti che, proprio in quanto indeterminati ed elastici, in gran parte reggono, per la loro duttilità, ma condizionano fortemente, per la loro complessità, vasti e rilevanti settori sociali”* (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 1837/2013).

[51] Può rappresentare una evidenza della “tenacia” con la quale AGCom abbia ritenuto di salvaguardare le proprie “specificità nazionali” nella definizione dei prezzi all’ingrosso per la terminazione su reti mobili la decisione di ribadire a favore dell’operatore H3G una asimmetria nella terminazione mobile da ultimo con la delibera 111/13/CONS ad oltre 10 anni dal suo ingresso nel mercato, in palese contrasto con il termine di 4 anni indicato dalla Raccomandazione 2009/396/CE (art. 4). Sul medesimo tema si vedano le citate delibere 667/08/CONS e 621/11/CONS.

[52] In merito all’impatto conformativo della lettera di commento della Commissione si veda il caso della delibera AGCom 349/12/CONS (avente ad oggetto la consultazione pubblica relativa alla realizzazione di un modello di costo per la determinazione dei prezzi dei servizi d’interconnessione in modalità IP su rete fissa), ritirata dall’AGCom a seguito della lettera della Commissione Europea del 7 febbraio 2013 che ne rilevava l’effetto di creare barriere al mercato unico. Sul tema si rinvia a

L. Saltari, I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni, cit., pag. 4, e F. Marini Balestra, The European concert of electronic communications: ten years applying Article 7 procedures, 2013, E.C.L.R., Issue 6, pag. 291.

[53] Ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE).

[54] Si rinvia al considerando 11 ed all'art. 3, comma 2 della Direttiva Quadro.

[55] Si veda anche la lettera di messa in mora inviata in data 19 luglio 2012 dalla Commissione alla Repubblica Italiana in merito alla norma prevista dall'art. 47, comma 2-*quater*, del Decreto Legge 9 febbraio 2012, n. 5 (conv. L. 35/2012), che aveva stabilito che l'Autorità individuasse le misure regolamentari finalizzate (i) ad assicurare l'offerta del servizio ULL in maniera tale da indicare separatamente il costo dell'affitto della linea e quello delle attività accessorie, quali il servizio di attivazione della linea stessa e il servizio di manutenzione correttiva; e (ii) a rendere possibile l'acquisto da parte degli operatori richiedenti di tali servizi accessori anche da imprese terze operanti in regime di concorrenza. La norma sollevava una duplice problematica poiché, innanzitutto, (i) imponeva *ex lege* all'AGCom di individuare ed applicare misure regolamentari ad un mercato che, a seconda delle prospettive di analisi, poteva rappresentare un segmento di servizi contiguo ai mercati rilevanti dell'accesso individuati dalla Raccomandazione 200/879/CE oppure un sotto-segmento dei servizi previsti nel c.d. mercato 4 della medesima Raccomandazione; (ii) predefiniva, ad opera dello stesso legislatore, gli esiti in termini di rimedi delle analisi di mercato affidate all'ANR. I dubbi espressi dalla Commissione con la citata lettera di messa in mora sono stati superati con la modifica introdotta dall'art. 13, comma 1-*bis*, D.L. 69/2013, il quale ha previsto che l'Autorità "può" (e non "deve") adottare le misure regolamentari di cui sopra.

[56] Sul tema si veda anche la sentenza della Corte di Giustizia BASE NV, del 6 ottobre 2010 causa C-389/08 in Racc. 2010, pag. I-9073.

[57] Si fa riferimento alla nota definizione introdotta da S. Cassese, Il concerto regolamentare delle telecomunicazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2002, pag. 690.

[58] In merito si rinvia all'attività conoscitiva avviata dalla Commissione il 26 settembre 2006 con la "*Review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services*", COM(2006)334.

[59] Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee 17 luglio 2008 cause riunite da C-152/07 a C-154/07 Arcor & CoKG vs. Repubblica Federale di Germania in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2009, pag. 379 con commento di L. Saltari e Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07 - Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Federale di Germania

in Giornale di diritto amministrativo 6/2010, pag. 589 con commento di Benedetto Brancoli Busnaghi.

[60] Si fa in particolare riferimento alle aste per le frequenze UMTS e, più di recente, per le frequenze LTE che nei diversi Stati membri hanno applicato criteri di gara e basi d'asta molto differenziati.

[61] Volendo citare soltanto i più evidenti casi italiani si può fare riferimento alla definizione delle condizioni dell'interconnessione reverse per le chiamate verso le reti degli operatori fissi alternativi (tra le altre, delibere 179/10/CONS e 229/11/CONS) e la definizione delle condizioni di terminazione verso le reti degli operatori mobili, in particolare l'asimmetria riconosciuta all'operatore "nuovo entrante" H3G (cfr. ad esempio, delibera 667/08/CONS e lettera della Commissione SG-Greffe (2008) D/206734 del 7 novembre 2008).

[62] Cfr. decisioni della Commissione 4 luglio 2007, procedimento COMP/38.784 - Telefonica S.A. (nonché sentenza Tribunale 29 marzo 2012, T-336/07 Telefónica e Telefónica de España) e 21 maggio 2003, procedimento COMP/37.451 - Price squeeze local loop Germany (nonché sentenze Tribunale 10 aprile 2008, T-271/03 Deutsche Telekom / Commissione, e Corte di Giustizia, 14 ottobre 2010, C-280/08 Deutsche Telekom / Commissione).

[63] Si veda il contenuto dei report al link <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/download-scoreboard-reports>.

[64] Le linee guida del progetto di riforma presentato dalla Commissione si possono esaminare nel documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della valutazione d'impatto (SEC2007 1473) del 13 novembre 2007.

[65] Proposta di direttiva COM(2007)697 del Parlamento e del Consiglio recante modifica delle Direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE e proposta di direttiva COM(2007)698 del Parlamento e del Consiglio finalizzata a emendare la Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale sui diritti d'uso e la direttiva 2002/58/CE concernente il trattamento dei dati personali e la tutela della *privacy* nel settore delle comunicazioni elettroniche.

[66] In merito all'evoluzione della struttura istituzionale e del ruolo di una Autorità europea a partire dai lavori preparatori della Commissione fino all'adozione del Regolamento (CE) n 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) si rinvia all'analitica descrizione in V.M. Sbrescia, L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea, Jovene, 2011, pag. 261 ss.

[67] Sull'analisi dei diversi profili evolutivi proposti dalla Commissione, in particolare relativi ai diritti di passaggio, alla gestione delle frequenze, alla sicurezza delle reti, all'incremento della tutela dei consumatori e, per quanto interessa in questa sede, alle modifiche della procedura per l'adozione dei rimedi regolamentari si invia ai contributi di G. Amendola, C.

Leporelli, P.L. Parcu, A. Perrucci e G.M. Roberti, in AREL Osservatorio comunicazioni Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea, n. 2 2007 e di G. Amendola, A. Camanzi, P. De Chiara, A. De Tommaso, A. Gavosto, F. Gobbo, G. Napolitano, P.L. Parcu, A. Tonetti e R. Viola in AREL Osservatorio comunicazioni, Verso un regolatore europeo delle comunicazioni, elettroniche? n. 3, 2007, G. Morbidelli - A Donati (a cura di), La nuova disciplina delle comunicazioni, Atti del convegno e a M. Orofino, Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello, Milano, 2008,

[68] Ricordiamo che nell'ordinamento italiano il meccanismo di selezione e assegnazione dei diritti d'uso per le frequenze e le numerazioni è suddiviso tra le competenze dell'AGCom e quelle (ri)attribuite al Ministero dello Sviluppo economico ai sensi della L. 66/2001 e la possibile costituzione, per le selezioni competitive o comparative di particolare rilevanza nazionale, di un Comitato dei Ministri incaricato di coordinare la procedura, in particolare per quanto attiene al bando ed al disciplinare di gara (art. 29, comma 7 CCE).

[69] Per una analisi più completa dei contenuti della revisione del quadro regolamentare comunitario del 2009 si rinvia a G.L. Tosato, L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, in Il diritto dell'Unione europea, 2009, pag. 169 ss; F. Bassan (a cura di), Il diritto delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2010; M. Orofino, Il Telecom Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., n. 2, 2010, pag. 514 ss.; I. Chieffi, La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., n. 3-4, 2010, pag. 901 ss, B. Argiolas, Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche, in Giornale di diritto amministrativo, 2/2011, pag. 191

[70] In merito al funzionamento, poteri ed obiettivi del berec si rinvia a M.Orofino, Il Telecom Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, par. 4, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit., 2010, 02, pag. 513 e I. Chieffi, La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche, cap. 7, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunit. 2010, 3-4, pag. 901

[71] Il *modus operandi* del BEREC nel definire preventivamente gli obiettivi del piano di lavoro annuale e pluriennale risulta un interessante stimolo e modello anche per possibili evoluzioni della capacità di programmazione di AGCom, anche in relazione alla contribuzione richiesta per il suo funzionamento agli operatori del settore.

[72] Le attività del BEREC sono disciplinate dal Regolamento istitutivo (1211/2009) e dalle "Rules of procedure of the Board of Regulators" modificate, da ultimo, nel maggio 2011.

[73]. Si veda il caso caso DE/2013/1424 *Voice call termination on individual mobile networks in Germany* rispetto al quale il BEREC ha condiviso i seri dubbi di compatibilità espressa dalla Commissione.

[74] Si vedano le lettere della Commissione Europea del 25 luglio 2013, relativa la caso AT/2013/1475-1476, al regolatore austriaco e del 5 marzo 2012, SG-Grefe (2012) D/4105 relativa al caso ES/2012/1291, al regolatore spagnolo.

[75] Si veda il caso delle misure regolamentari in materia di terminazione mobile, confermate dal regolatore tedesco anche a seguito della raccomandazione della Commissione Europea del 27 giugno 2013 relativa al caso DE/2013/1424.

[76] Nel caso citato dell'ANR tedesca che non ha accolto i seri dubbi sulla compatibilità della sua proposta di rimedi con il diritto comunitario, così come nel procedimento pendente dinanzi ai giudici olandesi in merito al modello contabile da applicare per determinare il costo della terminazione mobile (fattispecie formalmente diversa ma dagli effetti non dissimili cfr. successivo § 5.1) risulterà rilevante verificare quali siano gli strumenti che la Commissione intenderà adottare. Infatti non è possibile per la Commissione adottare una decisione vincolante *ex art. 19* Direttiva Quadro poiché è espressamente vietato in caso di notifiche emanate dalle ANR in attuazione all'art. 7bis, perciò si dovrà verificare se esistono i presupposti giuridici e la volontà politica di avviare una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro.

[77] In merito al potere della Commissione di avviare un procedura di infrazione si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia 3 dicembre 2009, Commissione delle Comunità europee Repubblica Federale di Germania nella quale si ribadisce che *“le speciali procedure di una direttiva (i.e. la procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro) non possono derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell’art. 226 CE”*. Vedi in particolare anche al sentenza 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione contro Paesi Bassi, in Racc. pag. I-157, punto 13.

[78] Appare non del tutto comprensibile come mai un compito di tale rilevanza, non solo in termini di efficacia in termini di implementazione degli obiettivi comunitari, ma anche di sviluppo di una buona prassi comune tra le ANR dei diversi Stati membri sia rimasto tra gli scopi del BEREC e non sia stato declinato anche tra i compiti dell'art. 3 del Regolamento.

[79] Si veda il report pubblicato l'8 dicembre 2011 dal titolo *“A framework for quality of service in the scope of net neutrality”*.

[80] In merito agli obiettivi di natura politico-strategica della Commissione si rinvia alla Comunicazione *“The open Internet and net neutrality in Europe”* del 19 aprile 2011.

[81] Sul tema della net neutrality e di come sia gestita la tutela del consumatore in Europa e negli USA sia consentito fare riferimento al

contributo di G. Nava, Net neutrality, tra tutela del consumatore e della concorrenza, in Diritto dell'Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza. (a cura di G. Cassano- G. Scorza- G. Vaciago), CEDAM 2013, pag. 81.

[82] Consultazione pubblica su "*specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet*".

[83] Per una analitica descrizione dell'evoluzione del processo legislativo e del dialogo tra le istituzioni comunitaria si rinvia a V.M. Sbrescia, L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea, pag. 143 ss; F. Bassan, L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro, in Diritto delle comunicazioni elettroniche, a cura di F. Bassan, Milano 2010 ed in particolare pag. 42.

[84] Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE), la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e la Raccomandazione dell'11 settembre 2013, relativa all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga.

[85] Il legislatore comunitario ha adottato il 27 giugno 2007 il Regolamento 717/2007/CE che ha disciplinato le tariffe all'ingrosso ed al dettaglio per le chiamate in *roaming* internazionale sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità ed e le modalità per garantire la trasparenza dell'offerta ed, infine ha modificato la Direttiva 2002/21/CE. La fondatezza del Regolamento è stata esaminata in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia (sentenza C-58/08), a seguito di un ricorso proposto da Vodafone, che ne ha confermato la validità. Il legislatore comunitario ha successivamente adottato il 18 giugno 2009 il Regolamento n. 544/2009 che ha confermato i poteri già attribuiti alle ANR ed integrativi del quadro regolamentare del 2002 al fine di consentire il corretto funzionamento dei servizi di *roaming* intracomunitario nella duplice prospettiva competitiva e consumeristica. Infine il Parlamento ed il Consiglio hanno adottato il 13 giugno 2012 il Regolamento n. 531/2012 che ha abrogato il citato Regolamento 717/2007 con effetto dal 1 luglio 2012 fino al 30 giugno 2022 e non solo ha definito la regolamentazione delle tariffe all'ingrosso ed al dettaglio per i servizi telefonici, SMS e trasmissione dati in *roaming* e gli obblighi di natura informativa e a favore degli utenti/consumatori, ma prevede anche obblighi per gli operatori di rete mobile di soddisfare richieste di accesso all'ingrosso al servizio di *roaming* l'accesso alla rivendita all'ingrosso di servizi di *roaming*. In merito sia consentito rinviare a G. Nava, Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche, Torino, 2012, pag. 32 ss.

[86] Con riferimento alla proposta della Commissione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “*laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012*” sin dalle prime discussioni preliminari sono emerse tra gli *stakeholder* dubbi sulla coerenza della proposta della Commissione rispetto al principio della prevedibilità dell'azione regolamentazione per le proposte di emendamento del Regolamento 531/2012 (vedi nota precedente) che, a distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore del citato regolamento i cui effetti avrebbero dovuto estendersi fino al 2022, modificano le prospettive strategiche e regolamentari dell'offerta di servizi di *roaming* intracomunitario. L'approvazione della proposta di Regolamento, e quindi la strategia della Commissione rispetto all'*European Single Market*, è comunque subordinata alle tempistiche dell'attività legislativa e alle imminenti elezioni europee che si terranno il 22-25 maggio 2014.

[87] Per comodità di lettura si ricorda che il mercato 4 è relativo all'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (ivi compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa e il mercato 5 l'accesso alla banda larga all'ingrosso.

[88] L'avvio della Fase II da parte della Commissione è stato richiesto sulle proposte di provvedimenti relativi alla modifica dei rimedi regolamentari nei mercati 4 e 5 presentate dall'ANR Estone (lettera EE/2013/1453-1454), dall'ANR Spagnola (ES/2013/1465-1466) e dall'ANR austriaca (AT/2013/1475-1476). Alla data di pubblicazione del presente contributo il procedimento previsto dall'art. 7-*bis* non risulta concluso ma le ANR non risultavano avere ritirato le proposte.

[89] I due provvedimenti proposti dalle ANR della Repubblica Ceca (CZ/2012/1322) e della Polonia (PL/2012/1394) relativi alla fase di analisi di mercato e di identificazione degli operatori SMP si sono conclusi con l'esercizio del potere di veto da parte della Commissione.

[90] Ad avviso di chi scrive un segno tangibile dell'indirizzo “interventista” della Commissione si può rinvenire nella lettera del 12 agosto 2013 relativa ai casi IT/2013/1489/1490 relativa all'avvio della seconda fase di indagine a norma dell'art. 7-*bis* sui dettagli dell'obbligo del controllo dei prezzi nei mercati 4 e 5 della Raccomandazione 2007/879/CE, ed in particolare nei rilievi sull'arbitrarietà nel metodo di fissazione dei prezzi e nella carenza di un approccio regolatore coerente (nonché tempestivo e trasparente) che garantisca la prevedibilità regolamentare prevista dall'art. 8 comma 5 della Direttiva Quadro. Alla data della redazione delle presenti note non risulta ancora pubblicato il parere del BEREC ex art. 7bis, comma 2 sulla citata notifica della Commissione, ma si può facilmente presumere la rilevante dialettica istituzionale che potrà emergere, in particolare sulla

discrezionalità attribuita alle ANR sulle modalità (anche in termini di tempistiche e metodologie) con cui dare attuazione ai diversi rimedi regolamentari previsti dall'ordinamento comunitario al fine di perseguire gli obiettivi dell'art. 8, che sottende la diversa strategia (sostanziale e procedimentale) con cui i diversi organismi ritengono corretto regolare ed indirizzare l'evoluzione industriale e concorrenziale dei mercati delle comunicazioni negli Stati membri (*rectius* il *single telecommunications market*) pur essendo sia la commissione che il BEREC soggetti al dettato normativo delle direttive.

-[91] Peraltro una anomalia si deve ancora riscontrare nell'ordinamento italiano che tuttora, a seguito della modifica delle competenze introdotta dalla L.66/2001, consente all'organo amministrativo che governa la politica industriale, ossia al Ministero dello Sviluppo Economico, di gestire importanti tematiche regolamentari quali il rilascio e la vigilanza delle autorizzazioni generali, la gestione e la vigilanza delle risorse di numerazione, l'assegnazione, anche mediante gare, dei diritti d'uso delle frequenze. Sul tema si rinvia a: M. Libertini, I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pag. 1287; F.M. Salerno, Soggetti, funzioni, e procedure della regolazione, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich - G.F. Cartei, cit., pag. 82 ss.

[92] Inoltre il legislatore comunitario correttamente prevede che le ANR, come ulteriore declinazione del principio di indipendenza, abbiano un proprio bilancio e che gli Stati membri garantiscano le risorse necessarie per dotarsi di personale qualificato. La prassi ha invece dimostrato che gli Stati membri non abbiano voluto garantire alle ANR delle risorse di natura pubblica, stabilite anticipatamente in modo prevedibile in modo da poter programmare le attività di competenza ma abbiano cercato di individuare una pluralità di forme per ridurre i propri contributi e porre l'onere in capo agli operatori del settore, talora in palese violazione dell'art. 12 della direttiva Autorizzazioni. In merito si rinvia alle numerose sentenze della Corte di Giustizia (sentenza 18 settembre 2003, cause riunite C-292/01 e C-293/01, *Albacom e Infostrada* e sentenza 19 settembre 2006, causa C-392/04 *i-21 Germany*). In particolare si sottolinea che il legislatore italiano, nel voler sottrarre alle casse pubbliche gli oneri di sostentamento dell'AGCom ha in realtà violato la sua indipendenza bilancistica creando, con l'art. 2, comma 241, Legge 191/2009, un sistema di raccolta e distribuzione di contributi condivisa con altre Autorità e agenzie (AGCM, Autorità sugli scioperi essenziali e Garante privacy). Sul tema si rinvia alla recente sentenza Corte di Giustizia del 18 luglio 2013 nelle cause riunite C-228/12, C-229/12, C-230/12, C-231/12, C-232/12, C-254/12, C-255/12, C-256/12, C-257/12, C-258/12, resa a seguito del rinvio pregiudiziale del TAR Lazio per una presunta contrarietà alla disciplina comunitaria delle

norme che regolano l'attuale sistema di contribuzione all'AGCom a carico delle imprese (art. 1, commi 65 e 66, Legge 266/2005).

[93] In senso conforme si veda G. Napolitano, La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche, in La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche, 2009, Torino che propone di introdurre regole comuni a livello comunitario per definire i criteri e di requisiti di nomina, che, ad esempio, introducano l'ineleggibilità per chi abbia ricoperto cariche pubbliche in istituzioni politico-rappresentative o incarichi dirigenziali nelle imprese regolate.

[94] Direttiva 2009/140/CE, considerando 13.

[95] *“È pertanto essenziale promuovere investimenti sostenibili nello sviluppo di queste nuove reti, salvaguardando al contempo la concorrenza e ampliando la scelta per il consumatore grazie alla prevedibilità–e alla coerenza regolamentari”* (considerando n. 8 della Direttiva 2009/140/CE).

[96] Sul tema del dibattito sul bilanciamento tra l'indipendenza delle ANR e gli strumenti che avrebbe potuto utilizzare, direttamente o indirettamente, la Commissione per imporre l'armonizzazione dell'applicazione dei principi regolamentari si rinvia alla già citata descrizione dell'accidentato percorso della proposta di riforma del terzo pacchetto descritto in F. Bassan, L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro in Diritto delle comunicazioni, a cura di F. Bassan, cit., pag. 46 e ss. e in V.M. Sbrescia, L'Europa delle comunicazioni elettroniche, cit., pag. 261 ss.

[97] Una efficace definizione dell'esperienza delle ANR nell'applicazione delle analisi dei mercati e dei rimedi regolamentari è stata utilizzata da M. Clarich, R. Cassano in L'imposizione degli obblighi regolamentari *ex ante* nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, in Dir. Informatica 2009, 01, pag. 23 quando usano l'espressione “giostra regolatoria” permanente.

[98] Vedi considerando 48 della Direttiva 2009/140/CE.

[99] Si vedano gli obiettivi dell'Agenda di Lisbona per la definizione della quale si rinvia alle note n. 128 e 129.

[100] Sul rinvio all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro per garantire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali che devono garantire la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario e sui limiti del controllo giurisdizionale in termini di vizi da errore manifesto o da sviamento di potere che dovrebbe applicarsi in presenza di valutazioni economiche complesse, quali quelle relative alla determinazione delle tariffe dei servizi all'ingrosso, si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia 24 aprile 2008, Arcor AG & Co KG vs Repubblica federale di Germania ed alla giurisprudenza ivi richiamata.

[101] I costi di terminazione risultarono perciò pari a 2.4 eurocent anziché 1.2 eurocent come previsto dall'OPTA.

[102] Si ricorda in merito la sentenza della Corte di Giustizia n. 322/88 del 13 dicembre 1989, Grimaldi.

[103] Presupposto procedimentale non essenziale in questa fattispecie poiché la decisione di utilizzare un diverso modello contabile potrebbe derivare direttamente da una sentenza del giudice e non da un provvedimento di OPTA in ottemperanza alla sentenza e perciò soggetto al procedimento di cui all'art. 7 ss. Direttiva Quadro.

[104] Il controllo di legittimità della Corte di Giustizia mediante il ricorso di annullamento *ex artt.* 263 - 264 TFUE può essere esercitato soltanto sugli atti legislativi e comunque sugli atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Con riferimento alla natura degli atti imputabili, l'art. 263 TFUE recita: *“La Corte di Giustizia dell’Unione Europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell’Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”*. Perciò sarebbe oggetto di ricorso *ex art.* 263 TFUE soltanto una decisione adottata *ex art.* 19 della Direttiva Quadro e non una raccomandazione. In tal senso si veda, *ex multis*, sulla natura degli atti sui quali esercitare il controllo le sentenze 31 marzo 1971, Commissione c. Consiglio, causa 22/70, in Racc. 263; 23 aprile 1986, Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo, causa 294/83, in Racc. 1339; 15 marzo 2005, Spagna c. Eurojust, causa C-160/03, in Racc. I-2077.

[105] Inoltre la Commissione dovrà adottare la propria decisione evitando di censurare profili connessi con la natura o le modalità attuative dei rimedi già oggetto della procedura *ex art.* 7-*bis* per non incorrere in una palese violazione dei vincoli sopracitati previsti dalla Direttiva Quadro, ma invocando altri profili di incoerente applicazione degli approcci normativi generali relativi alla disciplina dei mercati, ad esempio afferenti *latu sensu* alla corretta definizione dei mercati rilevanti oppure a rilevanti aspetti di natura procedurale ad essi connessi.

[106] Il modello di costo adottato si basa su criteri di costo incrementale di lungo periodo.

[107] La decisione di designare come SMP i sei operatori mobili irlandesi (Hutchinson H3G Ireland, Lycamobile Ireland, Meteor Mobile Communications, Telefonica Ireland, Tesco Mobile Ireland e Vodafone Ireland) è stata adottata da ComReg con il provvedimento D12/121 del 21 novembre 2012 mentre le modalità di attuazione dell'obbligo di orientamento al costo con la decisione D12/122. La decisione è stata impugnata da Vodafone Ireland e il provvedimento ha natura cautelare, soggetto a decisione finale entro ottobre 2013. In pendenza del giudizio sono rimaste in vigore le tariffe di terminazione previste da ComReg.

[108] Il § 12 della Raccomandazione prevede che *“In circostanze eccezionali, qualora la ANR non riesca a mettere a punto per tempo, in particolare a causa di risorse limitate, il modello di calcolo dei costi raccomandato e possa dimostrare che un metodo diverso dal modello LRIC bottom-up basato sui costi correnti dà risultati conformi alla presente raccomandazione e compatibili, in termini di efficienza, con quelli che si ottengono in un mercato concorrenziale, potrà stabilire prezzi provvisori in base al suddetto metodo fino al 1° luglio 2014. Qualora l'applicazione del metodo di calcolo dei costi raccomandato si riveli sproporzionata per le ANR che dispongono di risorse limitate, esse possono continuare ad applicare un metodo alternativo fino alla data del riesame della presente raccomandazione, a meno che l'organismo istituito per assicurare il coordinamento tra le ANR e con la Commissione, e i relativi gruppi di lavoro, fornisca sostegno e orientamenti pratici per superare i limiti dovuti alla scarsità di risorse e, in particolare, per far fronte ai costi per applicare il metodo raccomandato. Il risultato ottenuto applicando metodi alternativi non dovrebbe determinare il superamento della media delle tariffe di terminazione fissate dalle ANR che applicano il metodo raccomandato per il calcolo dei costi.”* Il metodo utilizzato da ComReg, ossia una tariffa frutto del confronto con le condizioni di terminazione applicate nei sette Stati membri nei quali era stata adottata una contabilità dei costi secondo il modello LRIC, per definizione non poteva superare la media delle tariffe di terminazione adottate dalle ANR che applicano il modello LRIC raccomandato dalla Commissione poiché si tratta di un valore basato sulle tariffe che si desumono dall'applicazione di tale metodologia contabile.

[109] E quale soluzione più semplice avrebbe potuto scegliere il regolatore irlandese se non adottare la media dei valori applicati nei principali Paesi europei nei quali era già stata adottata la contabilità LRIC?

[110] *“L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.”*

[111] Cfr. Art. 13 Direttiva 2002/19/CE: *“1. Ai sensi dell'articolo 8, per determinati tipi di interconnessione e/o di accesso, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimere i prezzi a scapito dell'utenza finale. Per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche*

nelle reti di prossima generazione, le autorità nazionali di regolamentazione tengono conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consentono un ragionevole margine di profitto sul capitale investito, di volume congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete.

2. Le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché tutti i meccanismi di recupero dei costi o metodi di determinazione dei prezzi resi obbligatori servano a promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizzino i vantaggi per i consumatori. Al riguardo le autorità nazionali di regolamentazione possono anche tener conto dei prezzi applicati in mercati concorrenziali comparabili.

3. Qualora un operatore abbia l'obbligo di orientare i propri prezzi ai costi, gli incombe l'onere della prova che il prezzo applicato si basa sui costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli investimenti. Per determinare i costi di un'efficiente fornitura di servizi, le autorità nazionali di regolamentazione possono approntare una contabilità dei costi indipendente da quella usata dagli operatori. Le autorità nazionali di regolamentazione possono esigere che un operatore giustifichi pienamente i propri prezzi e, ove necessario, li adegui.

4. Le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché, qualora sia obbligatorio istituire un sistema di contabilità dei costi a sostegno di una misura di controllo dei prezzi, sia pubblicata una descrizione di tale sistema, che illustri quanto meno le categorie principali di costi e le regole di ripartizione degli stessi. La conformità al sistema di contabilità dei costi è verificata da un organismo indipendente qualificato. È pubblicata annualmente una dichiarazione di conformità al sistema”.

[112] Le motivazioni espresse dalla High Court irlandese riprendono alcuni perplessità già emerse nel corso del processo di approvazione del terzo pacchetto-quadro proposto dalla Commissione, ed in particolare nelle posizioni discusse dal Consiglio e dal Parlamento europeo. Per una efficace sintesi dell'evoluzione del progetto di riforma e della dinamica delle posizioni espresse nell'ambito del “trilogo” (Commissione, Parlamento e Consiglio) si rinvia a F. Bassan, L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro, cit., pag. 46 e ss.

[113] Ad esempio per applicare l'obbligo di orientamento al costo le ANR potrebbero utilizzare diverse modelli di costo (eg Fully distributed Cost oppure Long-run incremental costs) basati su approcci bottom-up oppure top-down e differenti metodi di valutazione degli assets (basati sui costi storici o sui costi correnti).

[114] È stato infatti osservato che la standardizzazione della tecnologia GSM, che negli anni '90 aveva portato gli operatori ed i produttori europei all'avanguardia nelle tecnologie mobili, non ha impedito (insieme a diversi altri fattori industriali e macroeconomici) che successivamente altri paesi

(USA, Corea, Cina) abbiano superato l'Europa in termini di innovazione di prodotti, servizi e infrastrutture, in particolare nell'ambiente web. Appare significativo che dopo l'acquisizione di Nokia da parte di Microsoft non vi sia più alcuna società europea che produca apparati mobili (precedentemente si ricordano Nokia, Siemens, Alcatel, Ericsson)

[115] L'art. 5, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea afferma che *“In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto 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”*.

[116] Il tema del rapporto tra il diritto amministrativo europeo e i diritti nazionali, ed in particolare le funzioni delle autorità indipendenti nelle materie oggetto di normazione comunitaria è stato trattato in numerosi contributi che in questa sede ci limitiamo a citare. Tra i molti contributi si veda, S. Cassese, Il procedimento amministrativo europeo, in Il procedimento amministrativo europeo, Milano, 2004; S. Cassese, La signoria comunitaria sul diritto amministrativo, in Riv. Dir. Pubbl. comunit. 2002, pag. 291 ss; G. Della Cananea, I procedimenti amministrativi composti, in Il procedimento amministrativo europeo, cit.; G. Vesperi, Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali, Milano, 2011; Lo spazio amministrativo europeo, a cura di M. Chiti e A. Natalini, Bologna, 2012.

[117] Come già indicato nel testo richiamiamo per semplicità di lettura la definizione di Equivalenza degli Input («Equivalence of Inputs» Eol) che si definisce come «la fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l'accesso agli stessi termini e condizioni, compresi i prezzi e i livelli di qualità del servizio, con le stesse tempistiche, usando gli stessi sistemi e processi e con lo stesso grado di affidabilità e prestazioni. L'Eol si può applicare ai prodotti di accesso e ai servizi associati e accessori necessari per fornire gli input all'ingrosso alle divisioni interne e ai terzi richiedenti l'accesso. In alternativa all'applicazione del principio dell'Eol gli SMP possono essere soggetti all'obbligo di Equivalenza degli Outputs (EoO), come ad esempio Telecom Italia a seguito dell'entrata in vigore degli impegni previsti dalla Delibera 718/08/CONS e dalla struttura c.d. *Open Access*, che si configura come la fornitura di input all'ingrosso ai richiedenti l'accesso con modalità equiparabili, in termini di funzionalità e prezzo, a quelle che l'operatore SMP applica internamente alle proprie divisioni a valle, sia pure con l'utilizzo di sistemi e processi potenzialmente differenti.

[118] Come già indicato occorre distinguere concettualmente l'applicazione del principio dell'Eol dalla separazione societaria e dalla separazione proprietaria dell'operatore SMP. Il principio di Eol può trovare applicazione anche in assenza di qualsiasi tipo di separazione grazie all'adozione di

sistemi e processi che garantiscano all'interno della stessa struttura dell'SMP l'effettivo perseguimento dell'Eol tra fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l'accesso. Sebbene l'implementazione dell'Eol in assenza della separazione almeno societaria sia possibile, l'esperienza dell'incumbent inglese British Telecom che ha adottato una forma di Eol con la propria divisione Open Reach ha dimostrato la complessità, in termini di modalità applicative e di tempistiche, dell'introduzione di forme di Eol in assenza di una separazione almeno societaria.

[119] La bozza di Regolamento impone un prezzo massimo per le comunicazioni di rete fissa intraeuropee pari ad una chiamata nazionale di lunga distanza e per i servizi mobili ed SMS le euro-tariffe stabilite nel Regolamento 531/2012.

[120] Il tema della neutralità delle reti, nelle sue diverse accezioni in tema di garanzia della qualità minima dell'accesso e di trasparenza nell'informazione alla clientela in caso di limitazioni o vincoli nell'offerta necessita un'analisi approfondita che contemperi compatibilità economica e tutela dei diritti fondamentali. La Commissione appare favorevole affinché gli operatori di rete e i fornitori di contenuti e di applicazioni negozino la fornitura di servizi con qualità garantita o con capacità dedicata a condizione che non incida sulla qualità generale dei servizi di accesso ad Internet

[121] La modifica della regolamentazione dei servizi di roaming, che viene proposta a 15 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento Roaming III presenta numerose difficoltà applicative e il rischio di politiche di arbitraggio ma, soprattutto contraddice il principio di prevedibilità regolamentare e di un approccio coerente nel corso di un adeguato periodo di revisione previsto dalla Direttiva Quadro e posto a fondamento delle recenti politiche di prevedibilità almeno per sei anni in tema di prezzo di servizi all'ingrosso introdotto dalla Raccomandazione dell'11 settembre 2013

[122] La tematica della gestione delle autorizzazioni e delle procedure di assegnazione dello spettro radio appare una tematica centrale dello sviluppo di reti a banda larga nell'Unione, anche alla luce dell'inarrestabile sviluppo dei servizi di banda larga da mobile.

[123] Si immagini, ad esempio, di medesime attività che possono comportare la sospensione del titolo autorizzativo che siano poste in essere contestualmente da un European electronic communications provider e da un operatore presente in un unico Stato membro che saranno esaminate e valutate nell'ambito di due procedimenti, sicuramente con tempistiche diverse ma anche secondo procedure e metri di valutazione diversi.

[124] Per operatori Over the Top (OTT) si intendono genericamente attori come Google, Yahoo, Facebook e Youtube che gestiscono piattaforme e interfaccia utenti.

[125] In merito si rinvia alle analisi descritte nella delibera n. 185/13/CONS relativa al mercato della terminazione di servizi SMS su singole reti mobili.

[126] In tal senso si veda l'*Explanatory memorandum* della proposta della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del regolamento in esame, pag. 3.

[127] Si evidenzia che il documento "Study on the Evaluation of BEREC and the BEREC Office" (A study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology), prodotto da PWC nel 2012 e "Commission Staff Working document on the Evaluation Report of the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and its office" del 23 aprile 2013 hanno rilevato una sostanziale positività dell'attività svolta dal BEREC e dall'Ufficio nella attuale configurazione.

[128] Per comodità di lettura si ricapitola che Europa 2020 è la strategia decennale per la crescita sviluppata dall'Unione europea che mira non soltanto a uscire dalla crisi che continua ad affliggere l'economia di molti Stati membri, ma vuole anche colmare le lacune del modello europeo di crescita e creare le condizioni per un diverso tipo di sviluppo economico, più intelligente, sostenibile e solidale. Per dare maggiore concretezza a questo discorso, l'UE si è data cinque obiettivi da realizzare entro la fine del decennio. Riguardano l'occupazione, l'istruzione, la ricerca e l'innovazione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà, il clima e l'energia. La strategia comporta anche sette iniziative prioritarie che tracciano un quadro entro il quale l'UE e i governi nazionali sostengono reciprocamente i loro sforzi per realizzare le priorità di Europa 2020, quali l'innovazione, l'economia digitale, l'occupazione, i giovani, la politica industriale, la povertà e l'uso efficiente delle risorse.

[129] Per comodità di lettura si richiama la definizione dell'agenda digitale europea, come definita dalla Commissione: "*The Digital Agenda for Europe (DAE) aims to help Europe's citizens and businesses to get the most out of digital technologies. It is the first of seven flagships initiatives under Europe 2020 (vedi nota precedente), the EU's strategy to deliver smart sustainable and inclusive growth. Launched in May 2010, the DAE contains 101 actions, grouped around seven priority areas. The review published on 18th December 2012 identifies 7 key areas for further efforts to stimulate the conditions to create growth and jobs in Europe:*

1. Create a new and stable broadband regulatory environment;
2. New public digital service infrastructures through Connecting Europe Facility loans;
3. Launch Grand Coalition on Digital Skills and Jobs;
4. Propose EU cyber-security strategy and Directive;
5. Update EU's Copyright Framework;
6. Accelerate cloud computing through public sector buying power;
7. Launch new electronics industrial strategy – an "Airbus of Chips"

Full implementation of this updated Digital Agenda would increase European GDP by 5%, or 1500€ per person, over the next eight years, by increasing investment in ICT, improving eSkills levels in the labour force, enabling public sector innovation, and reforming the framework conditions for the internet economy. In terms of jobs, up to one million digital jobs risk going unfilled by 2015 without pan-European action while 1.2 million jobs could be created through infrastructure construction. This would rise to 3.8 million new jobs throughout the economy in the long term. The original Digital Agenda approach and targets will remain valid, and the implementation of the original 101 actions remains a priority. The new key transformative actions complement these, and build on what has been achieved so far.

The Digital Agenda contains 13 specific goals which encapsulate the digital transformation which we want to achieve. Progress against these targets is measured in the annual Digital Agenda Scoreboard.”

[130] I contributi relativi all'analisi della genesi, inquadramento ed evoluzione delle Autorità indipendenti sono molto numerosi e ci limitiamo ad indicarne alcuni rinviando agli ulteriori riferimenti ivi contenuti: I garanti delle regole, a cura di S. Cassese - C. Franchini, Bologna 1996; S. Cassese, Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in Mercato Concorrenza e Regole, 2002, 2, pag. 267; M. Clarich, Autorità indipendenti - Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005; F. Merusi - M. Passaro, Le Autorità indipendenti, Bologna, 2011; A. La Spina, S. Cavatorto, Le Autorità indipendenti, Bologna 2008; P. Bilancia, Autorità amministrative indipendenti nazionali e processo di integrazione europea, in P. Bilancia, F.G. Pizzetti, Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello, Milano, 2004; Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano, a cura di S. Labriola, Milano, 1999

[131] Fatta eccezione per la L. 66 del 2001 che ha riallocato le competenze in materia di rilascio dei titoli autorizzativi e controllo del corretto utilizzo delle numerazioni all'allora Ministero delle comunicazioni. In merito si rinvia al contributo di M. Libertini, I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni, in Giornale di diritto amministrativo, n. 12/2001, pag. 1287.

[132] Sentenza Corte di Giustizia delle Comunità europee 3 dicembre 2009 C-424/07 Commissione vs Repubblica Federale di Germania.

[133] Nella dottrina italiana si rinvia a F. Abbondante, L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna fra continuità e discontinuità, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di) I tre codici della società dell'informazione: amministrazione digitale, comunicazioni elettroniche, contenuti audiovisivi, Torino 2006.

[134] In merito si rinvia alla delibera 718/08/CONS recante Approvazione della proposta di impegni presentata dalla società Telecom Italia S.p.A. ai sensi della legge 248/06 di cui al procedimento avviato con delibera n.

351/08/CONS ed ai commenti di R. Caiazza, L'accesso alla rete. Profili giuridici in Diritto delle comunicazioni elettroniche, a cura di F. Bassan, Milano 2010, pag. 160, M. Orofino, The Italian Road to functional separation of the fixed telecommunication network and the impact of Next generation Networks in Giuripolpapers, 2010, in particolare relativi alla problematiche connesse all'adozione di impegni *ex art. 14-bis* L. 248/06 e alla loro compatibilità con il procedimento per l'adozione di rimedi regolamentari previsto all'art. 7 della Direttiva Quadro.

[135] Si fa riferimento, *ex multis*, a L. Saltari, I procedimenti amministrativi composti: il caso delle telecomunicazioni, cit. per i profili amministrativi e a M. Orofino, Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello, Milano, 2008, per le tematiche costituzionali.

[136] Confronta la proposta di modifica dell'art. 15 della Direttiva Quadro presentata dalla Commissione nella proposta di Regolamento Single Telecommunication Market.

Garanzie del voto e nuove tecnologie: profili problematici.

di
Mario Palma

Abstract: *This essay relates to the compatibility of the new procedures for the exercise of the voting right - which arise from the technological evolution - with the guarantees set forth by article 48 of the Italian Constitution.*

The new possibilities offered by the technological evolution have allowed the use of voting and/or of counting votes procedures by means of mechanical and electronical devices, and even by the use of the Web. However the adoption and the use of the above instruments have to be balanced with the need to ensure the principles of freedom, personality, privacy and equality of the vote. In this regard, from the analysis of the different above mentioned voting procedures by mechanical and/or electronical devices, it results that the latters do not seem always able to comply with the guarantees provided for by article 48 of the Italian Constitution.

Il saggio ha ad oggetto la compatibilità delle nuove modalità di esercizio del diritto di voto che hanno trovato impulso nell'evoluzione tecnologica rispetto alle garanzie poste dall'art. 48 Cost.

Le nuove possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico hanno consentito di adottare modalità di espressione del voto e/ o di scrutinio dei voti mediante strumenti meccanici ed elettronici e finanche attraverso la rete internet. L'adozione e l'utilizzo di tali strumenti deve essere necessariamente mediato dalla necessità di garantire i requisiti di libertà, personalità, segretezza e uguaglianza del voto. Dall'analisi delle diverse modalità di voto meccanizzato e/o informatizzato, emerge un quadro che non sembra in grado di assicurare sempre il rispetto delle garanzie di cui all'art. 48 cost.

Sommario: 1. Le garanzie del voto ai sensi dell'art. 48 Cost. - 2. Le modalità di voto presso postazioni pubbliche: il voto automatizzato. - 3. Il voto a distanza e le nuove tecnologie: il voto via internet. - 4. Conclusioni.

1. Le garanzie del voto ai sensi dell'art. 48 Cost.

I requisiti del voto furono fissati, inizialmente, nella legge elettorale per l'Assemblea costituente di cui al D. Lgs. Lgt. n. 74 del 10 marzo 1946.

L'art. 1, comma 1, della citata legge elettorale del 1946 affermava che: «l'Assemblea Costituente è eletta a suffragio universale con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti».

In dottrina si è rilevato come la legge del 1946 abbia esercitato una decisiva influenza sulle successive elaborazioni normative, anche di rango costituzionale, in materia elettorale.[1]

Nella Costituzione il diritto di voto è stato disciplinato nel Titolo IV, dedicato ai rapporti politici.

In particolare l'art. 48, comma 2, della Costituzione afferma che «il voto è personale ed uguale, libero e segreto»; i caratteri di personalità, uguaglianza, libertà e segretezza rappresentano le garanzie che la Costituzione appresta per l'esercizio democratico del diritto di voto[2].

Il diritto di voto è personale, in quanto nessuno può cedere o delegare l'esercizio di tale diritto ad un terzo soggetto[3] e tutti i cittadini devono, di regola, esprimere di persona il proprio voto.

È, tuttavia, prevista un'eccezione nell'ipotesi in cui, per via di menomazioni fisiche, quali cecità o paralisi, l'elettore richieda la presenza di un accompagnatore al fine di esprimere il proprio voto.[4]

La Costituzione, inoltre, sancisce l'uguaglianza del voto, in quanto espressione del principio di uguaglianza e della parità dei cittadini, ai sensi dell'art. 3 Cost.; da ciò deriva il divieto di voto multiplo e il divieto di voto plurimo[5].

In merito va rilevato come, secondo la Corte Costituzionale, l'uguaglianza del voto, prevista ai sensi dell'art. 48 comma 2 Cost., vada intesa come esercizio del diritto di voto da parte dei cittadini in condizioni di parità[6] ma non anche nel senso che «il risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettorato sia proporzionale al numero dei consensi espressi, dipendendo questo invece dal concreto atteggiarsi delle singole leggi elettorali»[7].

In dottrina, sulla base del suddetto orientamento, si è affermato che dal tenore della disposizione di cui all'art. 48 comma 2 Cost. non può evincersi una indicazione specifica da parte del Costituente per un sistema elettorale di tipo proporzionale [8].

Secondo parte della dottrina, tuttavia, il sistema proporzionale è il più idoneo a garantire l'uguaglianza negli effetti del voto.[9]

Il diritto di voto deve, inoltre, essere esercitato liberamente [10] ; la garanzia della libertà del voto si concretizza, in primo luogo, nella assicurazione per l'elettore, di potere esercitare il diritto di voto senza subire pressioni o minacce, fisiche o psicologiche[11].

In secondo luogo, l'elettore deve potere esprimere un voto consapevole, assicurato da un'informazione il più possibile completa[12] in merito alle proposte politiche in campo[13].

Infine, il voto deve essere segreto[14]; la garanzia della segretezza appare strettamente collegata alla garanzia della libertà del voto in quanto posta a tutela dei singoli rispetto a possibili tentativi di coercizione da parte di terzi.[15]

In dottrina si è affermato che la garanzia della segretezza non opera solo internamente, a tutela dell'elettore[16], ma anche esternamente, a tutela della legittimità delle operazioni elettorali, in quanto è «necessario che tutti gli elettori *siano ragionevolmente certi* della effettiva segretezza del voto espresso di ciascuno. Da qui l'indispensabilità di *postazioni di voto* (o di trasmissione del voto) *pubbliche e sorvegliate*»[17].

Garantendo la segretezza del voto anche esternamente, nel senso di non consentire all'elettore qualsiasi forma di esposizione del voto espresso a terzi, si rendono più difficili fenomeni di corruzione o di scambio elettorale.

In dottrina si è affermato che sia il requisito della segretezza che il requisito della personalità hanno carattere strumentale rispetto alla garanzia della libertà del voto.[18]

L'effettività delle garanzie del voto è diretta conseguenza delle modalità pratiche predisposte per l'esercizio del diritto.

A partire dalle elezioni per l'Assemblea costituente del 1946, si ritenne di rendere effettive le garanzie del voto mediante l'adozione della scheda di Stato[19] e l'indicazione di modalità di espressione dello voto improntate alla segretezza.[20]

A tali modalità di espressione del voto si sono accompagnate nell'ordinamento italiano tecniche di scrutinio che, sebbene si siano distinte per la previsione di adempimenti volti a tutelare la certezza e la correttezza dello spoglio dei voti espressi, si affidavano sempre all'attività manuale degli scrutatori.

Nel corso del tempo, tuttavia, si sono avanzate un certo numero di proposte di legge[21] che hanno suggerito l'adozione di nuove tecniche per lo svolgimento delle operazioni di voto e/o per le operazioni di scrutinio[22].

Tali proposte hanno trovato impulso nell'evoluzione tecnologica[23] che ha favorito, per altro aspetto, l'emersione dei processi di e-government[24], e nelle esperienze maturate in altri paesi.

Le possibili modalità di voto mediante strumenti elettronici sono molte e tra loro molto diversificate, prevedendo sia l'uso di macchinari siti presso i seggi e utilizzati per l'espressione del voto e/o lo scrutinio (in tal caso appare opportuno parlare di voto automatizzato più che di voto elettronico) sia ipotesi in cui si è reso possibile agli elettori esprimere il

proprio voto mediante strumenti di comunicazione a distanza, quali il telefono o la rete internet, senza necessità di recarsi al seggio[25]
Tali proposte, relative all'adozione nell'ordinamento italiano di nuove modalità di svolgimento delle operazioni elettorali, hanno dato adito a più di un dubbio legato alla necessità di rispettare le garanzie di cui all'art. 48 comma 2 Cost.

2. Le modalità di voto presso postazioni pubbliche: il voto automatizzato.

Le modalità di esercizio del diritto di voto sono state divise in dottrina in due categorie: le forme di voto presidiato e le forme di voto non presidiato[26].

Per forme di voto presidiato si intendono modalità di esercizio del diritto presso postazioni pubbliche e soggette a sorveglianza.

Tramite la previsione di seggi presso luoghi pubblici e soggetti a sorveglianza si può assicurare la tutela delle garanzie di personalità-uguaglianza e segretezza-libertà del voto[27].

Le forme di voto non presidiato si caratterizzano, invece, per la mancanza di un luogo pubblico e sorvegliato ove esercitare il diritto di voto; in particolare, il voto per corrispondenza, via telefono o attraverso internet sono forme di voto non presidiato.[28]

Nell'ordinamento italiano l'adozione di forme di voto presso postazioni pubbliche e sorvegliate appaiono prevalenti; tuttavia, esistono alcune eccezioni rappresentate dalla possibilità, offerta agli italiani residenti all'estero, di votare per corrispondenza, la più tradizionale forma di voto a distanza[29].

Le forme di voto presso postazioni pubbliche hanno luogo mediante diverse modalità; in dottrina tali modalità di espressione del voto sono state raggruppate in 5 categorie, che rispecchiano le differenti soluzioni utilizzate negli Stati Uniti d'America; tali sistemi consistono nel voto mediante schede di carta; mediante schede perforate; mediante le c.d. *lever machine*; mediante la lettura ottica ed, infine, mediante sistemi di tipo elettronico(o più precisamente, di tipo automatizzato)[30].

Il sistema di voto elettronico presso postazioni pubbliche presuppone l'utilizzo da parte dell'elettore di un'apposita macchina che ha sede presso il seggio[31].

Le procedure attraverso cui tali macchine registrano la volontà dell'elettore possono essere differenti, potendo prevedere o meno l'utilizzo di una scheda a supporto della macchina elettronica, tuttavia, a prescindere dal procedimento di registrazione dei voti espressi, l'utilizzo di modalità elettroniche per l'espressione del voto si caratterizza per alcuni elementi, sia positivi che negativi.

In primo luogo, l'adozione di modalità elettroniche per l'espressione del voto consente di limitare le ipotesi di annullamento per l'erronea compilazione della scheda elettorale o per la scarsa leggibilità dei segni apposti su di essa[32]

In dottrina si è affermato che «tali “incidenti di percorso” possono essere del tutto eliminati attraverso le procedure informatiche in quanto assistite da idonei *helping-tools* e dalla previsione di “cancelli” obbligati, fino alla definitiva conferma del voto da parte dell'elettore».[33]

È stato osservato in dottrina come sbagliare nell'esprimere il voto mediante apparecchi elettronici non sarebbe possibile, in quanto i programmi elettronici consentono solo di esprimere la propria preferenza, oppure di votare scheda bianca senza inesattezze ed imprecisioni tali da determinarne l'annullamento[34].

Per altro verso, il voto mediante apparecchi elettronici presenta alcuni aspetti problematici in relazione, in particolare, alle modalità di scrutinio[35], che avviene, di regola, sulla base di un procedimento automatizzato[36].

Un simile procedimento, rende difficile la verifica del calcolo dei risultati da parte dell'autorità giudiziaria ove sorgano delle contestazioni, in quanto la mancanza di schede cartacee non consente il riconteggio dei voti[37]; è pur vero che tale problema potrebbe essere superato dalla presenza di sistemi ausiliari di registrazione dei voti ma, nondimeno, la verifica successiva appare di difficile realizzazione.

Inoltre, sono state sollevate perplessità circa la garanzia del requisito della segretezza e circa la possibilità di risalire all'elettore sulla base del voto registrato.

Infine, in dottrina si è rilevato che la garanzia circa il corretto svolgimento delle operazioni di scrutinio si lega all'affidabilità del software utilizzato per il conteggio dei voti; la necessità di garantire l'affidabilità del *software* è sentita nei diversi paesi che utilizzano forme di voto elettronico e, in diversi casi, la soluzione accolta è stata quella di renderne pubblico il codice sorgente[38].

Una simile procedura presenta di per sé alcuni aspetti problematici in quanto tali *software* sono assoggettati al segreto industriale da parte delle società produttrici.

3. Il voto a distanza e le nuove tecnologie: il voto via internet.

Le forme di voto a distanza, si caratterizzano per la circostanza che gli elettori non sono tenuti a presentarsi fisicamente presso il seggio elettorale per esprimere il proprio voto che viene trasmesso mediante mezzi di comunicazione a distanza e, tradizionalmente, sono riferibili all'ipotesi del voto per corrispondenza[39].

Con il progresso dell'evoluzione tecnologica, tuttavia, le forme di voto a distanza si sono ampliate sia all'ipotesi del voto via telefono sia all'ipotesi del voto via internet.

In dottrina è stato rilevato come le disposizioni che consentono l'esercizio di forme di voto a distanza sono il frutto della necessità di mediare tra il diritto dei cittadini di votare e il diritto alla mobilità, inteso come diritto a circolare e risiedere in luoghi che non coincidano con la residenza anagrafica[40].

In relazione all'ipotesi del voto espresso attraverso la rete internet, sussistono una serie di problematiche circa la compatibilità di tale modalità di espressione del voto con le disposizioni dell'ordinamento italiano legate, in particolare, ai dubbi sorti circa la capacità di tale procedimento di assicurare il rispetto dei requisiti del voto previsti dall'art. 48 Cost.

In merito al rispetto del requisito della personalità e uguaglianza del voto le opinioni in dottrina non appaiono concordi.

Parte della dottrina ha osservato come le forme di voto via internet, siano in grado, con le opportune cautele, di garantire la personalità e l'uguaglianza del voto; infatti, in generale, nelle forme di voto a distanza sarebbe possibile porre in essere procedure in grado di garantire, ragionevolmente, l'identificazione del soggetto che esprime il voto[41].

Altra parte della dottrina, invece, ha rilevato come nulla escluda che, nella fase successiva all'identificazione, l'elettore consenta ad un terzo di esprimere il voto al suo posto con questo inficiando il rispetto del requisito della personalità ed uguaglianza[42].

In merito al rispetto del requisito della libertà-segretezza del voto, al contrario, la posizione della dottrina appare unanime.

È stato osservato in dottrina che le forme di voto a distanza, ivi comprese le forme di voto espresse via internet, non appaiano sicure in relazione al requisito della libertà-segretezza[43].

Tale requisito non appare rispettato sia sia sotto il profilo interno, relativo a garantire effettivamente la non riferibilità del voto espresso all'elettore sia intesa sotto il profilo esterno della certezza della legittimità delle operazioni elettorali[44].

Il voto via internet, trasmesso mediante terminali privati non posizionati in luoghi pubblici e non sorvegliati, non garantisce la segretezza del voto poiché non è possibile escludere che l'elettore esprima il proprio voto in presenza di terzi che potrebbero influenzarlo[45].

Si sono, inoltre, avanzati dubbi in relazione alla sicurezza tecnologica di una procedura elettorale attuata mediante internet; la possibilità di influenze esterne finalizzate ad alterare i risultati elettorali non pare potersi escludere in caso di utilizzo delle comuni reti di comunicazione elettronica[46].

Le forme di voto via internet non appaiono in grado di assicurare il rispetto delle garanzie previste dall'art. 48 Cost.

In dottrina si è posto in rilievo come, in linea teorica, essendo previsto nell'ordinamento italiano il voto per corrispondenza per gli italiani all'estero, si potrebbe ritenere legittimo rispetto alle disposizioni costituzionali anche il voto via internet; ciò in quanto il voto per corrispondenza offrirebbe, al pari delle altre forme di voto a distanza le stesse scarse garanzie di personalità, libertà e segretezza del voto[47].

Va inoltre rilevato come, proprio in relazione al voto degli italiani all'estero, il legislatore recentemente, con il d.l. n. 67 del 2012, convertito nella legge n. 118 del 2012, abbia aperto all'adozione di strumenti elettronici per l'elezione dei Comitati degli italiani all'estero e del Consiglio generale degli italiani all'estero di cui alla legge n. 286 del 2003.

In merito, ponendo in rilievo le attuali criticità della legislazione elettorale relativa agli italiani all'estero di cui alla legge n. 459 del 2001, al d.P.R. n. 104 del 2003 ed alla citata legge n. 286 del 2003, la dottrina ha sollevato dubbi circa la costituzionalità delle disposizioni regolanti il voto per corrispondenza in relazione al rispetto delle garanzie di personalità, uguaglianza e segretezza del voto ex art. 48 Cost.[48]

In relazione alla nuova disciplina di cui alla legge 118 del 2012 va rilevato come da tali disposizioni emerge la preoccupazione del legislatore di garantire il rispetto delle disposizioni costituzionali nel quadro dell'applicazione di forme di voto che prevedono l'uso di strumenti informatici al fine di limitare i costi.

Le disposizioni contenute nella legge di conversione n. 118 del 2012 sembrano delineare un quadro che consente al legislatore, in sede di adozione del regolamento attuativo, di scegliere sia una forma di voto che preveda l'istituzione di seggi pubblici e presidiati dotati di strumenti informatici, sia una forma di voto a distanza mediante mezzi di comunicazione elettronica (il c.d. *home voting*), pur con modalità che rispettino le garanzie costituzionali del diritto di voto[49].

4. Conclusioni.

L'introduzione nell'ordinamento italiano di forme di voto che prevedano l'utilizzo di strumenti informatici per l'espressione del voto e/o per lo scrutinio dei voti validi appare di difficile realizzazione allo stato attuale della tecnica.

Gli strumenti informatici non sembrano in grado di fornire quel livello di ragionevole certezza e di sicurezza in relazione alle garanzie che circondano il diritto di voto ex art. 48 Cost.

Il problema di assicurare la personalità uguaglianza, libertà e segretezza del voto si declina differentemente a seconda che si adotti una forma di voto presso postazioni pubbliche o a distanza, pur rimanendo tuttavia presente.

Dei due modelli quello del voto presso postazioni pubbliche mediante strumentazione elettronica appare quello più vicino a garantire il rispetto delle garanzie ex art. 48 Cost..[50]

In relazione a tale forma di voto le maggiori difficoltà sembrano essere : 1) il rispetto della garanzia della segretezza sotto il profilo interno; 2) il grado di affidabilità della strumentazione con particolare riferimento alle operazioni di scrutinio; 3) le modalità di verifica dei risultati ove sorgano contestazioni[51].

Il problema sembra riconducibile alle modalità di verifica della legittimità delle operazioni di voto e di scrutinio[52]; il procedimento elettorale deve essere configurato in modo tale da consentire alle autorità preposte la verifica delle eventuali contestazioni.

Tali problematiche non appaiono insormontabili e potrebbero essere risolte con appositi accorgimenti tecnici quali sistemi di *backup* e la pubblicità dei software che regolano l'espressione e lo scrutinio dei voti, quantomeno garantendo un ambito minimo e ragionevole di tutela.

Maggiormente problematica appare invece l'ipotesi del voto a distanza mediante strumentazione elettronica, il c.d. *home voting*.

Tale forma di voto, che fa affidamento sulle comuni reti di comunicazione e su terminali privati per comunicare il voto espresso dall'elettore, non sembra potere assicurare il rispetto delle garanzie ex art. 48 Cost.

Il problema di assicurare il rispetto dei requisiti di personalità, uguaglianza e, soprattutto, di libertà e segretezza del voto, appare di difficile soluzione nell'ipotesi in cui le modalità di espressione delle preferenze dell'elettore si affidino a terminali privati, siti all'interno delle mura domestiche.

La predisposizione di meccanismi volti a verificare l'identità dell'elettore appare di limitata efficacia in quanto non riesce a garantire l'effettivo esercizio del diritto di voto da parte del titolare del diritto che ben potrebbe farsi sostituire dopo l'identificazione da un altro soggetto.

Inoltre, tali meccanismi trovano un limite nella necessità di non aggravare eccessivamente l'elettore con adempimenti che potrebbero scoraggiare l'esercizio del diritto di voto.

Ancora, la dimensione privata in cui il diritto di voto viene esercitato tipica delle forme di voto a distanza non consente di assicurare il rispetto della garanzia di segretezza e libertà da parte dell'autorità pubblica.

Anche nell'ipotesi del tradizionale voto per corrispondenza il problema di garantire che il voto non sia manipolato non è del tutto risolto; si ritiene che la genuinità del voto sia garantita dalla mancata manomissione del plico postale[53] ma tale scelta del legislatore non è in grado di assicurare effettivamente che il voto dell'elettore non sia stato manipolato da terzi.

Tale problema nell'ipotesi del voto mediante internet assume dimensioni anche maggiori, in quanto la preferenza espressa dall'elettore viene, di regola, trasmessa mediante i comuni strumenti informatici; le eventuali manipolazioni sarebbero, di conseguenza, difficili da evidenziare e

sarebbe, inoltre, molto difficile effettuare verifiche in quanto mancherebbe qualsiasi controprova[54].

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] A. GRATTERI, Il valore del voto, Padova, 2005, p. 78.

[2] Sul carattere universale dell'art. 48 comma 2 v. Corte Cost. n.96/68.

[3] G. CHIARA, Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà e uguaglianza, Milano, 2004, p. 230; S. FURLANI, Elettorato attivo, in Novissimo digesto italiano, vol. VI, Torino, 1960, p. 448 e ss.

[4] Così prevede l'art. 55 del DPR 30 marzo 1957, n. 361. V. in merito E. GROSSO, Art. 48, in R. BIFULCO - M. OLIVETTI - A. CELOTTO, Commentario alla Costituzione, vol. I, Torino, 2006, p. 969 e ss; T. MARTINES, Art. 56-58, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna-Roma, 1984, p. 81; C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, 1975, p. 431; E. BETTINELLI, Diritto di voto, in Digesto delle discipline pubblicistiche, V, Torino, 1990, p. 227.

[5] In merito al divieto di voto multiplo e plurimo v., T. MARTINES, Art. 56-58, cit., p. 82.

[6] V. Corte cost. sentenze n. 173/05, n. 260/02, n. 160/96, n. 107/96, n. 429/95.

[7] V. in merito Corte cost. n. 160/96, n. 107/96, n. 429/95, n. 39/73, n.6/63, n.60/63 e n.168/63 e n.43/1961.

[8] V. in merito E. GROSSO, Art. 48, cit., p. 970 e ss; L. PALADIN, Il principio costituzionale di uguaglianza, Milano, 1965, p. 304 e ss; A. CHIMENTI, Voto (diritto di) in S. CASSESE (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, vol VI, 2006, p. 6209; in senso opposto si esprimono C. LAVAGNA, Il sistema elettorale nella Costituzione italiana, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1952, p. 871 e ss. e M. LUCIANI, Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia, Roma 1991, p. 32.

[9] G. FERRARA, Gli atti costituzionali, Torino, 2000, p. 32; v. anche M. RUOTOLO, Crisi della legalità e forme di governo, in Rivista di diritto costituzionale, 2003, p. 176.

[10] V. sul punto Corte Cost. n. 42/1961; in dottrina sulla garanzia della libertà del voto si rinvia a : C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1975, p.433; L. PALADIN, Diritto Costituzionale, Padova, 1991, p. 292.

[11] V. in merito quanto affermato da F. Lanchester, voto: diritto di (dir. Publ.) in Enciclopedia del diritto, Milano, XLVI, 1993, p. 1126.

[12] In generale sul diritto dei cittadini ad informarsi v. A. LOIODICE, Contributo allo studio sulla libertà d'informazione, Napoli, 1967; ID., Informazione (diritto alla), in Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, 1971; ID., Problematica costituzionale dell'informazione, Bari, 1973.

[13] V. sul punto: F. LANCHESTER La propaganda elettorale e referendaria in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento, in Quaderni costituzionali, 1996, p. 386 e ss.; ID. Voto: diritto di (dir. Pubbl.), cit., p. 1127.

[14] Per un ricostruzione storica dell'introduzione del voto segreto nell'ordinamento italiano v. C. PINELLI, Non sai che il voto è segreto? L'affermazione di un principio costituzionale e delle sue garanzie, in Il Politico, 1991, p. 27 e ss.

[15] In merito, v. F. LANCHESTER, Voto: diritto di (dir. Pubbl.), cit., p. 1127; E. GROSSO, Art. 48, cit., p. 972; S. FURLANI, Elettorato attivo, cit., p. 452; E. BETTINELLI, Diritto di voto, cit., p. 228; M. PRETI, Diritto elettorale politico, Milano, 1957, p. 4; U. PROSPERETTI, L'elettorato politico attivo, Milano, 1954, p. 146.

[16] In merito alla garanzia di segretezza del voto come strumentale per l'esercizio del diritto di voto secondo la propria libera scelta v. T. MARTINES, Art. 56-58, cit., p. 81. V. anche G. FERRARI, Elezioni (teoria generale) in Enciclopedia del diritto, XIV, Milano, 1965 P. 617; l'A. sottolinea come l'elemento della scelta sia fondamentale per la determinazione del concetto tecnico di elezioni.

[17] E. BETTINELLI, La lunga marcia del voto elettronico in Italia, in Quaderni dell'Osservatorio elettorale, 2002, p. 15. Sul punto v. anche G. PITRUZZELLA, Elezioni. Elezioni politiche ed elettorato, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XII, 1989, p. 4; E. BETTINELLI, Diritto di voto, cit., p. 228.

[18] G. CHIARA, Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà e uguaglianza, cit., p. 231-232.

[19] V. in merito A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 76 e ss.

[20] L'art. 44 del D. Lgs. Lgt. n. 74 del 10 marzo 1946 affermava che: «L'elettore deve recarsi ad uno degli appositi tavoli e, senza che sia avvicinato da alcuno, votare tracciando sulla scheda, con la matita, un segno nell'apposita casella a fianco del contrassegno corrispondente alla lista da lui prescelta.....». Il successivo art. 46 precisava inoltre che « Se l'elettore non vota entro la cabina, il presidente dell'ufficio deve ritirare la scheda, dichiarandone la nullità' e l'elettore non è più' ammesso al voto». Tali disposizioni furono successivamente riprese nelle disposizioni elettorali per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica.

[21] Si ricordano in particolare: il progetto di legge n. 1895 del 11 luglio 1984; il progetto di legge n. 1896; il progetto di legge n. 2563 del 16 febbraio 1985; il progetto di legge n. 2668 del 13 marzo 1985; il progetto di legge n. 3101 del 30 luglio 1985; il progetto di legge n. 3392 del 15 gennaio 1986; il progetto di legge n. 1620 del 18 luglio 2002.

[22] In merito : M. SPANU, La gestione elettronica delle operazioni di votazione e di scrutinio, in Nuova rassegna, 1986, p. 353; P. SCARAMOZZINO, Le proposte per il voto elettronico, in Nomos, 1988, p. 77; A.G. OROFINO, Il voto elettronico, in G. CASSANO (a cura di), Il diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet, Milano, 2002, p. 236 ss; V. DI CIOLO, Il voto elettronico. Procedure elettroniche di votazione e verifica dei poteri: qualche riflessione, in Parlamento, 1987, p. 46 e ss; M. SPANU, L'automazione delle procedure di voto e/o di scrutinio: una questione aperta, in Quaderni del Circolo Rosselli, 1991, p. 105; P. ROSSANO, Teledemocrazia: il voto elettronico, in Rassegna parlamentare, 1994, p. 97; L. CUOCOLO, Democrazia rappresentativa e sviluppo tecnologico, in Rassegna parlamentare, 2001, p. 95; L. TRUCCO, Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2009, p. 47 e ss.

[23] Sul rapporto tra democrazia e nuove tecnologie v. P. COSTANZO, Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2011, p. 19 e ss.; ID., La democrazia elettronica, in diritto dell'informazione e dell'informatica, 2003, p. 465 e ss; M. CUNIBERTI, Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia, in M. CUNIBERTI, (a cura di) Nuove tecnologie e libertà della comunicazione, 2008, p. 343 e ss.

[24] V. in particolare, in tale materia, R.G. RODIO, Banche dati e pubblica amministrazione (Profili di diritto italiano e comparato), Bari, 2000.

[25] V. in merito quanto affermato da A. G. OROFINO, L'espressione elettronica del suffragio, in Diritto dell'Internet, 2006, p. 203 e ss.

[26] Sul concetto di voto presidiato e di voto non presidiato v. A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 109.

[27] Sul punto, v. E. BETTINELLI, La lunga marcia del voto elettronico in Italia, cit., p. 13 e ss.

[28] Così A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 111.

[29] V. in merito, L. TRUCCO, Le nuove tecnologie salveranno il voto all'estero degli italiani?, in www.forumcostituzionale.it, 2013, p. 5 e ss; Sul voto per corrispondenza per gli italiani residenti all'estero si rinvia a: F. LANCHESTER (a cura di) Il voto degli italiani all'estero, Roma, 1988; ID., L'innovazione costituzionale dilatoria e il voto degli italiani all'estero, in Quaderni costituzionali, 2000, p. 123 e ss.

[30] Così, A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 114 e ss.

[31] In dottrina si rilevano, tuttavia, casi di c.d. voto presidiato atipico in cui si permette agli elettori di votare nel rispetto dei requisiti di segretezza e personalità senza che ci sia bisogno di recarsi in un luogo predeterminato in un dato momento. Sul punto v. A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 136 e ss.

[32] V. in merito, A. GRATTERI, Il pallottoliere elettronico ovvero la rilevazione informatizzata dello scrutinio, in www.forumcostituzionale.it,

2006.; l'A. sottolinea che «il più importante fra i vantaggi che possono derivare dall'automatizzazione del procedimento elettorale consiste proprio nell'eliminazione di un qualsiasi margine di apprezzamento da parte del personale dell'ufficio elettorale: il voto è tanto più genuino quanto più è immediata la registrazione della volontà dell'elettore. È questo il motivo che suggerisce di ricorrere al voto elettronico: l'elettore compie una scelta necessariamente inequivocabile, rafforzata dalla richiesta di una conferma da parte della macchina prima della registrazione definitiva del voto». Va tuttavia rilevato come le procedure elettroniche a causa di imprevisti malfunzionamenti, abbiano offerto alcune prove negative determinando risultati elettorali gravemente viziati rispetto ai voti espressi, v. in merito: S. PIAZZA, Nuove tecniche di partecipazione elettorale : Intorno a un saggio sul voto elettorale e P. CARLOTTO, Il voto elettronico in Italia: sperimentazioni e difficoltà, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2012, p. 83 e ss.; L. TRUCCO, Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2011, p. 63 e ss.

[33] E. BETTINELLI, La lunga marcia del voto elettronico in Italia, cit., p. 20

[34] A. G. OROFINO, L'e-vote, in F. SARZANA DI S. IPPOLITO (a cura di), E-Government. Profili teorici ed applicazioni pratiche del Governo digitale, Piacenza, 2003, p. 361 e ss.

[35] V. sul punto, S. COSTA, Scrutinio e verbalizzazione. I punti "deboli" del procedimento elettorale, in A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), Elezioni ed Automazione, Milano, 1989, p. 133

[36] A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 120.

[37] Sul punto v. C. FUSARO, Lo scrutinio elettronico:ragioni di una proposta, in A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), Elezioni ed Automazione, cit., p. 146; l'A. sottolinea la necessità di mantenere, accanto ad un'eventuale scrutinio in forma elettronica, le schede cartacee .

[38] V. in merito A. GRATTERI, Il valore del voto, cit., p. 182 e ss.

[39] In generale sul voto per corrispondenza v. , E. BETTINELLI, Diritto di voto, cit., p. 227; F. Lanchester, Voto: diritto di (dir. Pubbl.), cit., p. 1131

[40] Sul punto v. E. BETTINELLI, La lunga marcia del voto elettronico in Italia, cit., p. 25; l'A. Sottolinea come mediante le procedure di voto a distanza E-Poll si voglia evitare il conflitto tra «l'esigenza di allontanarsi dal proprio luogo di residenza in concomitanza con l'apertura dei seggi e la volontà di non rinunciare all'esercizio del suffragio».

[41] E. BETTINELLI, La lunga marcia del voto elettronico in Italia, cit., p. 15.

[42] V. in merito A.G. OROFINO, L'espressione elettronica del suffragio, cit., p. 205.

[43] E. BETTINELLI, Il sistema «e-poll» nello spazio elettorale europeo, in Il politico, 2003, p. 52. Sul mancato rispetto del requisito della libertà-segretezza del voto in ipotesi di voto via internet v. anche A.G. OROFINO, Democrazia telematica e partecipazione democratica. Come la Rete ha

trasformato la politica: dalla campagna elettorale in Internet alle elezioni on line, in *Cyberspazio e diritto*, 2001, p. 90 ss.

[44] In relazione al profilo esterno del requisito della libertà e segretezza del voto, v. E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 15.

[45] A.G. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 205.

[46] V., A. GRATTERI, *Il valore del voto*, cit., p. 190 e ss.

[47] A.G. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 207. L'A. sottolinea come non ritenga tale ipotesi fondata ed avanza dubbi in relazione alla legittimità costituzionale delle disposizioni relative al voto per corrispondenza per gli italiani all'estero.

[48] L. TRUCCO, *Le nuove tecnologie salveranno il voto degli italiani all'estero?*, cit., p. 5-6. In particolare, l'A. pone in rilievo come in sede di dibattito parlamentare relativo alle disposizioni in materia di voto per gli italiani all'estero sia emerso come le garanzie di verifica dell'identità degli elettori siano insufficienti. Sul voto degli italiani all'estero v. anche E. BETTINELLI, *Il voto degli italiani all'estero*, in M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di) *Riforme elettorali*, Bari, 1995, p. 215 ss.

[49] L. TRUCCO, *Le nuove tecnologie salveranno il voto degli italiani all'estero?*, cit., p. 13.

[50] I disegni di legge in materia di automazione dei procedimenti elettorali proposti al Parlamento italiano hanno tutti ad oggetto ipotesi di voto che prevedono l'istituzione di postazioni pubbliche e sorvegliate; sul punto v. G. F. CIAURRO, *Prospettive di ammodernamento dei procedimenti elettorali*, in A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), *Elezioni ed Automazione*, cit., p. 68 e ss.

[51] Va rilevato che sulla necessità di garantire la pubblicità delle operazioni elettorali automatizzate e adeguate procedure per la verifica dei risultati si è espresso il Tribunale costituzionale tedesco (Bundesverfassungsgericht) nella sentenza del 3 marzo 2009 (BverfG, 2 BvC 3/07); in tale sentenza il Tribunale costituzionale ha affermato che, sebbene le disposizioni relative al voto automatizzato della legge elettorale (art. 35 BWG) non siano di per sé incompatibili con la Legge fondamentale tedesca, il regolamento che disciplina il voto elettronico in Germania è incostituzionale in quanto non consentirebbe il pieno controllo pubblico delle procedure. In merito v. A. GRATTERI, *Germania: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; v. anche P. COSTANZO, *La giustizia elettorale*, in *Consulta OnLine*, 2012, p. 6-7.

[52] In dottrina è stato rilevato che la maggioranza dei disegni di legge relativi all'automazione del procedimento elettorale in Italia hanno preso in considerazione l'utilizzo di strumenti informatici solo per la fase dello scrutinio e non anche per la fase di espressione del voto. In merito, v. L. RUSSI, *Voto e scrutinio elettronico: problemi tecnici e organizzativi*, in A.

AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), Elezioni ed Automazione, cit., p. 90.

[53] V. in merito L. TRUCCO, Le nuove tecnologie salveranno il voto degli italiani all'estero?, cit., p. 6.

[54] Sulle problematiche legate alla necessità di assicurare la possibilità di un controllo successivo dei risultati di operazioni elettorali automatizzate v., V. DI CIULO, La verifica dei poteri da parte delle giunte parlamentari e le ipotesi di votazione elettronica, in A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO (a cura di), Elezioni ed Automazione, cit., p. 114-115.

La divulgazione d'informazioni sull'attività professionale attraverso internet

di
Aniello Merone

Abstract: *The author, after describing the Italian and international regulatory framework on publicity and information spreading relating to the legal profession, wonders about the ways in which the use of Internet can condition (or conditions) a correct approach by the lawyer in the information spreading. The topic is also discussed in the light of the law of 31 December 2012, n. 247, on the "New regulations for the organization of the legal profession."*

Sommario: 1. Il diritto dell'avvocato di dare informazioni. – 2. L'evoluzione della disciplina. – 3. Divulgazione d'informazioni attraverso internet. – 4. Le suggestioni della nuova legge professionale.

1. Il diritto dell'avvocato di dare informazioni.

La divulgazione d'informazioni sulla propria attività professionale da parte dell'avvocato e la possibilità di riconoscere in capo al professionista il diritto di procedervi è tema che per essere opportunamente sviluppato deve essere ricondotto al più ampio contesto del *marketing* in ambito legale, inteso come studio descrittivo del mercato e analisi della sua interazione tanto con il professionista quanto con i cittadini a cui è rivolto il servizio legale [1]. L'espressione individua molteplici attività organizzative e strategie promozionali, che possono essere adottate sia al fine di migliorare la performance economica del professionista sia con l'intento d'influenzare le scelte dei potenziali clienti per attrarli alla propria realtà professionale.

Attività quali l'analisi del mercato o l'autodiagnosi dello studio, nella loro veste di strumenti di *marketing* tesi a migliorare i risultati economici del professionista, non generano particolari problemi di carattere deontologico ma, al contrario, aiutano a comprendere quanto possa essere virtuoso l'investimento operato dall'avvocato sull'efficienza: se è indubbio che il professionista vi ricorra anche al fine di aumentare la propria clientela (ambizione di per sé lecita), è parimenti evidente come tale impegno possa tradursi in concreti ausili per il corretto adempimento degli obblighi deontologici, cui lo stesso è chiamato [2].

Il collegamento con il tema che qui ci occupa e l'insorgenza di un potenziale contrasto tra le attività di *marketing* e gli obblighi deontologici va, invece, individuato nella esternalizzazione sul mercato che il professionista intenda fare della propria attività professionale, essendo comunque immutabile il rispetto dovuto agli artt. 17 e 17-bis c.d.f. concernenti le informazioni e i mezzi di informazione consentiti (oltre che all'art. 18 a proposito dei rapporti con la stampa e all'art. 19 per quanto concerne il divieto di accaparramento di clientela).

Il *marketing*, infatti, «si alimenta di un'adeguata informazione» [3] e da essa non può prescindere, ma è necessario garantire che la divulgazione verso l'esterno delle informazioni non trascenda in un'attività propriamente pubblicitaria ovvero, parafrasando l'art. 17, comma 5, « in ogni caso l'informazione non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa » aspirando ad indicare le percentuali di cause vinte, sottolineare la fiducia già concessa da prestigiosi clienti o stabilire paragoni di qualsiasi tipo con altri studi.

In tale contesto, è indubbio l'impatto delle nuove tecnologie informatiche, che hanno enormemente ampliato le possibilità di comunicazione informativa e di ricorso alla pubblicità per quanto concerne l'organizzazione e/o la qualità di qualunque realtà professionale, da un lato, favorendo l'accesso della clientela a dati ed indicazioni sui servizi che un certo legale è in grado di offrire [4] e, dall'altro lato, ampliando la visibilità di tutti i professionisti [5], anche di quelli più giovani o peggio posizionati sul mercato [6].

Tuttavia, anche (o meglio, soprattutto) in un contesto liquido ed immateriale quale quello della rete internet non si potrà prescindere dall'individuare delle regole e/o dei limiti alla naturale tensione del professionista a realizzare, attraverso la pubblicità, un «surrogato o un'integrazione della propria reputazione» [7], che lo aiuti ad espandere il suo *network* e ad innalzare il profilo professionale. Resta, infatti, immutata l'esigenza di tutela dei fruitori del servizio legale e, parallelamente, del pubblico interesse al corretto esercizio della professione forense.

2. L'evoluzione della disciplina.

Ancora oggi, sono pochi gli ordinamenti che consentono agli avvocati di farsi pubblicità con la stessa libertà di cui godono le imprese, laddove è maggiormente diffusa la previsione di limiti, più o meno stringenti, tesi a consentire la sola pubblicità informativa.

Come noto la rilevanza pratica del tema si manifestò negli Stati Uniti già a partire dagli anni 60 [8], per imporsi definitivamente a seguito della nota decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Jhon R. Bates v. State Bar of Arizona* [9], del 1977. Con essa la Corte, accogliendo il ricorso dell'Avv.

Bates [10], affermava il principio secondo cui, essendo il *commercial speech*, come tutte le forme di comunicazione, protetto dal primo emendamento alla Costituzione americana, a sua volta, posto a tutela della libertà di espressione (*freedom of speech*), le norme disciplinari che vietavano la pubblicità dovevano essere dichiarate incostituzionali, aprendo al ricorso alla pubblicità promozionale e commerciale [11].

Peraltro, l'attenzione che il tema ha trovato negli Stati Uniti, tanto dal punto di vista giurisprudenziale [12] quanto normativo, rappresenta un *unicum*, che si segnala anche per la celerità con cui la disciplina della materia ha trovato un equilibrio stabile tra le esigenze d'informazione, gli interessi commerciali e la tutela del pubblico. Infatti, se attraverso il *Model Code* [13], prima regolamentazione della pubblicità in termini espliciti, si decideva di optare per un approccio prudenziale, con specifica indicazione delle informazioni che potevano essere offerte all'esterno e proibizione di tutto ciò che non era espressamente consentito, con le successive *Model Rules* [14] ogni forma di pubblicità trova una propria disciplina secondo precetti generali e l'indicazione di comportamenti modello, dovendosi sempre ritenere ammessa una pubblicità corretta nelle forme e nei contenuti e risultando vietata solo la pubblicità falsa e fuorviante [15].

In Europa i primi paesi a consentire apertamente il ricorso degli avvocati alla pubblicità furono l'Inghilterra [16], che pervenne a tale risultato attraverso un articolato processo di riforme normative sviluppatosi nel corso degli anni ottanta del secolo scorso [17], e la Germania, ove, invece, fu la Corte costituzionale ad intervenire, nel 1987, per dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di pubblicità — ritenendolo incompatibile con la libertà professionale sancita dall'art. 12 della Costituzione tedesca [18] —, formalmente recepita dalla legge federale tedesca sulla professione di avvocato del 1994 [19].

Più lento il processo di riforma negli altri paesi europei, come ad esempio in Francia, se si considera che la legge sulla professione forense adottata nel 1990 [20] si limitava a consentire la diffusione al pubblico delle sole informazioni necessarie, rimettendo ai singoli *Conseil des Barreaux* l'adozione di un regolamento sulla pubblicità che risultasse conforme ai principi normativi generali [21]. Solo nel 1999, verrà introdotta una disciplina comune, grazie al *Règlement intérieur harmonisé des barreaux de France* [22], il cui art. 10 in materia di pubblicità introduce la distinzione tra pubblicità funzionale — sempre ammessa e destinata a far conoscere la professione di avvocato e gli ordini di appartenenza alla collettività — e pubblicità personale, mirante ad offrire al pubblico un'informazione specifica sul singolo professionista, ugualmente ammessa a condizione che sia veritiera, rispettosa del segreto professionale e in ogni caso realizzata salvaguardando la dignità del professionista [23].

Tuttavia, tale processo di riforma è, in quegli stessi anni, inesorabilmente sospinto dalla progressiva emersione delle norme a tutela della libera

prestazione dei servizi [24] e dall'entrata in vigore delle direttive europee sul diritto di stabilimento [25], sul riconoscimento delle qualifiche professionali [26] e sulla liberalizzazione dei servizi professionali [27], che hanno indotto tutti i paesi europei a rivedere, tendenzialmente in maniera più permissiva, la propria disciplina interna in materia di pubblicità.

D'altronde, lo stesso *Code of conduct for the european lawyers*, che nella prima versione approvata a Strasburgo nel 1988, salomonicamente consentiva di far pubblicità «*ove questa non sia vietata*», in seguito alla novella approvata nell'adunanza plenaria di Dublino del 6 dicembre 2002, ha modificato l'art. 2.6., rubricato *personal publicity*, espressamente autorizzando l'avvocato ad informare il pubblico sui servizi offerti anche attraverso la stampa, la radio, la televisione, le comunicazioni commerciali elettroniche e ogni altro mezzo a condizione che «*the information is accurate and not misleading, and respectful of the obligation of confidentiality and other core values of the profession.*» [28].

Guardando al nostro ordinamento, l'esistenza di un diritto di dare informazioni sull'attività professionale può dirsi incontrovertito, per molteplici ragioni: da un lato, la riconducibilità del diritto ai principi costituzionali di libera manifestazione del pensiero (art. 21, Cost.) e libertà di iniziativa economica (art. 41, Cost); dall'altro lato, l'ampio riconoscimento e la tutela del diritto alla concorrenza, intesa come libertà per tutti i fornitori di servizi nei rapporti con i cittadini, le cui restrizioni sono da considerare illegittime, se non sostenute da esigenze di pubblica tutela [29]; inoltre, la possibilità, espressamente prevista [30], per i prestatori di professioni regolamentate di avvalersi di comunicazioni commerciali [31].

Il principio della libertà d'informazione è stato formalmente accolto nel 1999, con la revisione del codice deontologico che ha modificato la rubrica e il testo dell'articolo 17 [32], passando dalla tradizionale enunciazione del « divieto di pubblicità » [33], alla regolamentazione del diritto a fornire « informazioni sull'esercizio professionale » [34] ed anche il testo attualmente in vigore, introdotto nel 2006 [35] e modificato nel 2007 [36], continua a far perno sulla distinzione tra pubblicità e informazione, nel senso che l'informazione riguarda tutto quanto attiene ai servizi professionali offerti ed obbedisce a un criterio conoscitivo, solo indirettamente collegato alla promozione, mentre, al contrario, la pubblicità ne è strumento [37].

In tale ottica, l'informazione lecita risulta sottoposta tanto ad un limite estrinseco, secondo cui l'informazione non può avere un contenuto ed una forma idonei a ledere l'affidamento riposto dalla collettività nella funzione e nel ruolo dell'avvocato mortificandone la percezione sociale (art. 17, comma 2), quanto ad un limite intrinseco, laddove è richiesto che l'informazione sia rispettosa dei principi di verità e correttezza e non

possono essere rese pubbliche notizie riservate, o coperte dal segreto professionale (art. 17, comma 3).

Inoltre l'informazione lecita deve « rispondere a criteri di trasparenza e veridicità » [38], nella misura in cui il messaggio che si veicola all'esterno deve essere riconoscibile come pubblicità, e quindi non essere occulto [39] né subliminale [40], e deve essere veridico, quindi verificabile e non ingannevole [41].

Per quanto concerne, invece, le modalità di divulgazione delle informazioni, la novella del gennaio 2006 ha aggiunto al testo del codice l'art. 17-bis, con l'esplicito obiettivo di disciplinare i “mezzi d'informazione”. Nella sua prima versione la norma optò per una disposizione molto restrittiva — facendosi carico di offrire un elenco puntuale dei mezzi “consentiti” [42] e ponendo al bando tutti gli altri [43] — che non si mancò di definire di retroguardia [44] — molto distante dagli esiti maturati in altre esperienze ove, già da tempo [45] si era pervenuti ad una generica enunciazione di segno opposto [46] — e che fu rapidamente abbandonata.

Con la modifica del gennaio 2007, infatti, l'art. 17-bis fu sostanzialmente riscritto, a cominciare dalla sua rubrica, che abbandona la rigida e tassativa indicazione dei mezzi consentiti per dare spazio ad una più ampia visuale, unicamente centrata sulle “modalità dell'informazione” [47], vale a dire il modo in cui l'informazione può attuarsi nel rispetto di valori fondanti la professione [48].

La disposizione tuttora vigente si compone di una doppia elencazione, affiancando ad alcune informazioni necessarie (art.17-bis, comma 1) [49], quale nucleo imprescindibile di dati atti a garantire la soglia minima di conoscenza informativa del cliente, per consentire l'instaurazione di un rapporto ispirato a trasparenza e chiarezza [50], ulteriori informazioni che l'avvocato ha semplicemente la facoltà (e non l'obbligo) d'indicare [51].

3. Divulgazione d'informazioni attraverso internet.

A fronte del tratteggiato quadro normativo è ora necessario accostarci ad uno specifico mezzo di divulgazione dalle potenzialità esponenzialmente maggiori rispetto ai mezzi d'informazione tradizionali, quale è internet, e chiedersi, da un lato, se la descritta cornice possa dirsi sufficiente ad assorbire e contenere tutte le implicazioni che discendono dall'utilizzo del nuovo mezzo e, dall'altro lato, in che modo le potenzialità che esso esprime possono condizionare (o condizionano) il corretto approccio dell'avvocato nella divulgazione delle informazioni.

L'attenzione dell'avvocatura sull'utilizzo di internet, e sulle molteplici implicazioni che accompagnano il ricorso a questa forma di comunicazione a distanza, ha preso corpo da tempo, sin dalla modifica del codice

deontologico operata il 26 ottobre 2002, allorquando il novellato art. 17 ha inserito i «siti internet» tra i mezzi consentiti per la divulgazione delle informazioni [52].

La diffusione e il proliferare di siti *web*, *home page*, *banners* o *pop up* informativi e/o pubblicitari [53] ha da tempo sollevato il dibattito sulle regole di comportamento che gli avvocati debbono seguire in rete, non essendo immaginabile che le norme deontologiche e i canoni di decoro, dignità, riservatezza e segretezza che ispirano la professione, possano essere disattesi in questo diverso contesto.

Il Consiglio Nazionale Forense, ha concentrato il proprio intervento su due profili, vale a dire quelli che maggiormente espongono l'avvocato a forme di pubblicità non consentita: da un lato, la liceità dell'attivazione del sito *web* da parte del professionista e le condizioni del suo utilizzo [54]; dall'altro lato, la liceità, o meno, dell'offerta di servizi per via telematica, in particolare le c.d. consulenze *on line*.

Il 3° co. dell'art. 17-bis conferma che l'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti *web* con domini propri e direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato, o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione al Consiglio dell'ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso.

Ne consegue che il contenuto del sito è rimesso alla potestà decisionale del professionista che deve poterne verificare, in ogni momento, la rispondenza ai principi deontologici e la presenza di tutti i dati obbligatoriamente previsti dal 1° co. dell'art. 17-bis, c.d.f.

L'esigenza perseguita è di massima trasparenza e correttezza, pertanto, l'avvocato dovrà anche assicurare che le informazioni divulgate attraverso il sito siano veritiere ed aggiornate e che i dati minimi ed essenziali siano sempre disponibili.

In questa stessa ottica, nel caso si utilizzino, sul sito *web* dell'avvocato, *link* o altri riferimenti (non necessariamente ipertestuali) a terzi, questi non dovranno essere offensivi per la professione forense o, comunque, incompatibili con i suoi principi informatori [55], dovendosi escludere anche la possibilità di ospitare *link* «promozionali» dell'altrui attività economica (ad es., il motore di ricerca, il sito di aste *on line*) pur se d'interesse per la professione (la casa editrice di pubblicazioni giuridiche, la testata giornalistica specializzata, etc...)

Infine l'avvocato non potrà utilizzare gli spazi *web* forniti gratuitamente (c.d. *hosting*) da portali telematici se essi, come usualmente accade, pongano come condizione la presenza all'interno del sito di pubblicità (*banners*) ad altri siti o *pop-up* di alcun tipo.

Quanto invece all'offerta di servizi attraverso internet, i cui vantaggi sono ampiamente enfatizzati [56], essa rappresenta una semplice dichiarazione di disponibilità del professionista ad essere contattato da nuovi clienti, per offrire loro la propria consulenza; pertanto, se operata nel rispetto dei

principi di correttezza e di decoro professionale e con modalità che consentano di acquisire le informazioni richieste dalla disciplina sul commercio elettronico, senza tradursi in un accaparramento di clientela, essa rappresenta un mezzo in sé indifferente, come l'uso del telefono, del fax o l'invio di una *brochure*.

In altre parole, a rendere illecita l'offerta, sotto il profilo disciplinare, è la presenza di affermazioni suggestive e/o celebrative della qualità della consulenza prestata, di richiami alle percentuali di vittoria conseguite in altre cause, di eventuali (e improvide) garanzie di risultato, e ogni altra violazione di regole deontologiche, chiamate a presiedere alle corrette modalità di utilizzo di questa, come di ogni altra, forma di comunicazione professionale. Ad esempio, il rispetto dovuto all'art. 36, canone I, del c.d.f., costituisce argomento decisivo contro l'ammissibilità dell'offerta di prestazioni di consulenza gratuite a soggetti indeterminati ed indiscriminati, poiché il professionista, anche quando intrattiene una relazione professionale per via telematica [57], deve sempre avere cura di verificare l'identità del cliente [58] e rendere evidente quale sia la natura della consulenza legale prestata [59].

Proprio sul terreno (scivoloso) dell'offerta di servizi e violazione dell'art. 17-bis, 3° comma, si pone la delibera del Consiglio dell'Ordine di Firenze, dei primi giorni del gennaio 2012, con cui ha invitato gli iscritti a non pubblicizzare le loro prestazioni professionali tramite il noto sito *Groupon*, in cui vengono offerti voucher per servizi o merci proposte da altre società e/o soggetti *partner* [60].

La delibera originava dalla presenza di alcune offerte di servizi professionali [61] che, oltre ad apparire per modalità di presentazione e termini economici obiettivamente lesive sia del decoro e della dignità della professione sia del divieto, ex articolo 19 c.d.f., di acquisire nuova clientela tramite agenzie o procacciatori, per quanto qui di maggiore interesse, trovavano divulgazione attraverso siti web con domini evidentemente non riconducibili al professionista e sui quali egli non risulta avere alcun controllo.

Peraltro, è interessante evidenziare come tale soluzione non possa dirsi scontata se è vero che in Germania, una fattispecie del tutto analoga, quale l'offerta di servizi legali su un sito di aste *on-line*, sia stata considerata lecita, dalla Corte Costituzionale tedesca, con sentenza del 29 febbraio 2008 [62]. Argomentando dal tenore del § 43-b [63] della legge professionale tedesca, che vieta l'attività pubblicitaria dell'avvocato solo se finalizzata ad ottenere un incarico professionale in relazione a una situazione specifica, profittando della concreta necessità per un determinato soggetto di rivolgersi a un avvocato, la Consulta germanica ha ritenuto che il fatto di mettere all'asta su internet i propri servizi legali non configura violazione delle norme professionali, proprio perché l'avvocato non si rivolge specificamente a una singola persona, che ha concretamente

bisogno di un legale, ma alla collettività di tutti coloro che possono averne necessità. In altre parole, non si integra il tentativo di approfittare di una situazione di debolezza del cliente per acquisire il “singolo incarico”, a nulla rilevando le modalità di esternalizzazione dell’offerta [64].

Interpretazione questa che rilancia il tema dell’adeguatezza del dato normativo rispetto ad una materia che, per sua stessa natura, è sottoposta a continue sollecitazioni, individuando a più riprese nuovi scenari in cui l’avvocato è chiamato a tradurre in concreto canoni e principi deontologici. Non tarderà a porsi, infatti, l’esigenza di valutare il contegno professionale di quanti decideranno di divulgare informazioni attraverso i nuovi vettori, straordinariamente capillari ed invasivi, rappresentati dai *social network* quali *Facebook*, *Myspace*, *Linkedin*, etc..., che in altri ordinamenti ha già raggiunto l’attenzione degli organi disciplinari con valutazioni sorprendentemente restrittive [65].

Tali siti, è facile osservare, quando vengono utilizzati per pubblicare materiale (foto, commenti, etc...) sono in tutto e per tutto simili a qualsiasi altra pagina *web* o sito su cui si decida di scrivere e caricare delle informazioni e di renderle accessibili al pubblico *on-line*; qualora l’utente avvocato decida di creare un proprio “profilo” dando evidenza del ruolo professionale svolto ed, anzi, decida di avvalersi dell’account sul *social network* quale strumento esclusivo o preferenziale, come già avviene per molte realtà che offrono beni e/o servizi, per la divulgazione delle informazioni concernenti la propria attività professionale sono diversi i problemi deontologici che si possono scorgere.

La principale peculiarità che caratterizza i *social network* è data dalla possibilità per il soggetto iscritto di indicare ed identificare le persone che potranno accedere alla propria pagina, dovendo l’iscritto sempre approvare (o vedere approvata) la richiesta di contatto proveniente da (o inviata a) soggetti terzi, i quali si ritroveranno indirettamente a condividere informazioni, veicolate dall’utente attraverso la possibilità d’impostare differenti livelli di *privacy* in ordine alle informazioni pubblicate.

Se da un lato l’avvocato non ha mai la possibilità di controllare tutti i contenuti della propria pagina, poiché su di essa saranno pubblicati anche i contenuti provenienti dagli altri soggetti che hanno aderito alla richiesta di contatto, e che ben potrebbero non rispettare il decoro e la dignità della professione, dall’altro egli potrebbe sfruttare la capillarità del mezzo [66] per divulgare informazioni sulle proprie specializzazioni ovvero esperienze (e, nel caso, successi) professionali, che oltre ad essere non richieste e non verificabili da chi le riceve, facilmente potranno assumere modalità suggestive se non capziose.

Infine, è evidente come la questione della pubblicità rappresenti solo una parte del più vasto problema connesso con la divulgazione d’informazioni tramite il *web* da parte dell’avvocato, laddove una prospettiva non meno

importante concerne il rispetto delle norme sulla riservatezza e sul segreto professionale [67] ovvero sulla sicurezza e protezione dei dati [68].

Già il 25 novembre 2000 il Consiglio degli ordini forensi dell'Unione europea (CCBE) pubblicò un documento di significativa importanza, intitolato *Communication électronique et Internet* [69], che affronta e propone, senza disdegnare un approccio tecnico [70], regole di condotta concrete per l'uso degli strumenti telematici negli studi professionali, aderenti alle particolarità di *Internet*.

Secondo il citato documento, nella sua versione aggiornata e modificata dal Consiglio forense europeo il 24 ottobre 2008 [71], l'avvocato deve fare un uso consapevole e responsabile delle nuove tecnologie attraverso l'osservanza delle norme, oltre che professionali, specifiche del contesto della comunicazione scritta, quali la disciplina sulla protezione dei dati personali e quella sul diritto d'autore.

In tale ottica, il professionista è tenuto a porre in essere e a sviluppare una strategia di sicurezza diretta a contrastare le intercettazioni volontarie, le intrusioni, i virus e le attività di pirateria informatica, avendo sempre cura di non utilizzare — specie nelle comunicazioni di natura confidenziale — trasmissioni non protette, e nel caso di richiedere previamente e ottenere [72], anche per ragioni di trasparenza, l'espresso consenso del cliente.

Inoltre, è richiamata anche in questa sede, con particolare enfasi, l'esigenza di verificare costantemente l'identità del cliente *on line*, a tutela della fiduciarità del rapporto — ed in particolare quando il professionista si trovi a gestire *on-line* controversie transfrontaliere [73] — procedendo «aux mêmes vérifications et demander les mêmes renseignements que s'ils étaient dans le cadre de relations traditionnelles» — anche se non è detto, nè consigliato, come procedervi in concreto — sottolineando come l'utilizzo della *e-mail* possa agevolare, soprattutto in «certains domaines de la profession, tels que la préparation de testaments et/ou les divorces en ligne», l'integrarsi di condotte quali il furto d'identità e l'abuso d'influenza [74].

Anche sotto questo profilo, pertanto, risulta evidente come il ricorso allo strumento telematico imponga al professionista di relazionarsi in toto con le implicazioni proprie della divulgazione di informazioni senza che queste possano dirsi esaurite nella valutazione del solo momento di esternalizzazione (se del caso) pubblicitaria.

4. Nuova legge professionale e suggestioni per il futuro.

Se dall'*excursus* offerto è possibile osservare come, ancor oggi, nel codice deontologico forense il richiamo alla pubblicità sia presente solo in termini negativi [75], vale la pena domandarsi se e in che misura la legge 31

dicembre 2012, n. 247, recante la “Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense” [76] consentirà di superare tale approccio.

Sul punto, l’art. 10, comma 1, della l. 247/2012 offre un chiaro segno di rottura semantica, laddove qualifica come consentita la « pubblicità informativa » purché abbia ad oggetto la propria attività professionale, l’organizzazione e la struttura dello studio, ovvero le eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti.

La scelta di parlare di pubblicità e non di mere informazioni, o meglio di individuare nella pubblicità il veicolo lecito per la divulgazione delle informazioni aventi ad oggetto la professione, non può essere considerata fortuita [77] e sembra lecito cogliervi la consapevolezza che l’avvocato, come ogni altro professionista, è chiamato a gestire in maniera diversa, rispetto ad un passato non certo remoto, i rapporti con il mercato e con la clientela (acquisita e da acquisire). In altre parole, in un contesto fortemente concorrenziale dove è continuo il moltiplicarsi delle nuove tecnologie che si pongono a servizio e/o a supporto tanto della professione quanto dell’informazione, diventa decisiva la possibilità per l’avvocato di poterne usufruire a pieno, non disdegnandone, ove presente, il carattere e le potenzialità promozionali.

Pur tuttavia, il summenzionato approccio non sembra poter offrire una spinta destinata ad esaurirsi oltre i limiti di un perimetro definito; limiti, che al contrario, restano ben spiegati e noti.

In tale ottica, il 2° comma dell’art. 10, l. 247/2012 è sollecito nel segnalare che: « La pubblicità e tutte le informazioni diffuse pubblicamente con qualunque mezzo, anche informatico: debbono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive ».

Se è vero che saranno le pronunce dei vari consigli dell’ordine [78] e del CNF a meglio definire la portata precettiva del nuovo art. 10, la cui violazione costituisce illecito disciplinare, si può osservare come la norma sembri offrire una cornice definita in continuità e sulla scorta di principi e veti già presenti nel codice deontologico vigente [79], senza contare che ad essi, la stessa Corte di Cassazione ha spesso offerto il proprio avallo. Meglio, proprio le più recenti pronunce della Suprema Corte ci spingono a ricondurre le diverse voci del decalogo offerto dall’art. 10, secondo comma, al primario rispetto del decoro e della dignità professionali [80], riferimenti irrinunciabili anche in ipotesi di ricorso al mezzo pubblicitario, che se non conforme sarà sottoponibile a sanzione [81].

Note:

[*] Il presente lavoro è svolto nell’ambito della ricerca “La regolamentazione giuridica delle Tecnologie dell’Informazione e della Comunicazione (TIC)

quale strumento di potenziamento delle società inclusive, innovative e sicure” finanziata dal Dipartimento di Scienze Umane dell’Università Europea di Roma e dal MIUR (PRIN 2010-2011). Saggio destinato alla pubblicazione su Diritto dell’informazione e dell’informatica.

[1] Ampliamente, sul tema, si veda, PARIGI, *Cos’è il marketing legale*, in *Diritto e Giustizia*, 10 gennaio, 2009, p. 2; STUMPO, *Marketing e qualità per gli studi legali*, Torino, 2006.

[2] Analogamente, PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, Milano, 2011, p. 196, il quale osserva come: «L’adempimento dell’obbligo di diligenza stabilito dall’art. 8 del codice deontologico forense è sicuramente facilitato da una informatizzazione dello studio che consenta in ogni momento il richiamo di date, scadenze, impegni. L’adempimento dell’obbligo di informazione nei confronti del cliente stabilito dall’art. 40 del medesimo codice è altrettanto sicuramente reso più semplice dalla gestione computerizzata delle notizie rilevanti relative al dossier; e così ancora per quanto attiene agli obblighi in materia di antiriciclaggio, o la tenuta di un efficiente archivio clienti anche ai fini della privacy» o ancora l’art. 25 che impone all’avvocato di consentire ai propri collaboratori di migliorare nella preparazione professionale.

[3] PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, op. cit., p. 197.

[4] In questo modo il cliente dovrebbe essere in grado di selezionare il professionista maggiormente adatto a prestare il servizio richiesto, se del caso anche procedendo ad un (autonomo) raffronto delle diverse offerte professionali. Tuttavia, tale obiettivo resta raggiungibile solo se tale funzione informativa sia svolta in maniera veritiera, altrimenti finirebbe per integrare facilmente condotte riconducibili all’accaparramento di clientela.

[5] CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rassegna forense*, 2009, p. 223, osserva come secondo l’indagine 2007 della Commissione sulla Concorrenza dell’O.C.S.E., avente ad oggetto le restrizioni alla concorrenza nel settore legale [DAF/COMP/(2007)39], a far maggior ricorso alla pubblicità sarebbero i legali con minore qualità.

[6] Critici, rispetto alla possibilità di alterare per via pubblicitaria il regime concorrenziale fra avvocati, COLAVITTI, *La pubblicità degli avvocati tra "diritto vivente" della giurisprudenza disciplinare e disciplina della concorrenza*, in *Rassegna forense*, 2004, p. 706 ss.; ID., *Pubblicità degli avvocati e principio di proporzionalità*, in *Rassegna forense*, 2005, p. 1340, nota a Cass., sez. un., 23 marzo 2005, n. 6213, il quale insiste proprio sull’esigenza di trovare un bilanciamento tra diritto della concorrenza e pubblico interesse. Si veda anche, DANOVÌ, *Il punto sulla pubblicità degli avvocati*, in *Previdenza forense*, 2006, p. 214.

[7] HAZARD-DONDI, *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, p. 203.

[8] La prima decisione della Corte Suprema Federale risale al 1963, *NAACP v. R.Y. Button*, con la quale venne dichiarata l’incostituzionalità di uno *statute* dello Stato della Virginia che vietava qualsiasi forma di propaganda

legata alla professione legale. Si veda, più approfonditamente, BERLINGUER, *La pubblicità dell'avvocato negli Stati Uniti: recenti sviluppi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1057, nota 1.

[9] Corte Suprema Federale, 27 giugno 1977, in *Foro It.*, 1978, V, c. 273 ss.

[10] L'avv. *Bates*, titolare di una *Legal Clinic* - cioè di una associazione di avvocati che forniscono principalmente assistenza legale standardizzata per servizi quali divorzio o separazione consensuale, adozione consensuale, cambio di nome) - aveva pubblicato su un giornale locale, l'*Arizona Republic* un annuncio del seguente tenore: "*Do you need a lawyer? Legal services at very reasonable fees*", con a seguire le indicazioni dei prezzi per le varie attività previste. Il comitato di disciplina del *Bar* di *Phoenix* sospendeva l'avv. *Bates* dall'esercizio della professione, per violazione della norma disciplinare (*disciplinary rule*) che proibiva all'avvocato di fare pubblicità attraverso giornali, riviste, radio o televisione. L'avv. *Bates* ricorreva dapprima alla Corte Suprema dell'Arizona, che respingeva il ricorso, e poi alla Corte Suprema federale, la quale lo accoglieva. Si veda BERLINGUER, *La pubblicità dell'avvocato negli Stati Uniti: recenti sviluppi*, op. cit., pp. 1058-1060; MORGAN, *Legal Ethics*, Gilberts Law Summaries, 2005, p. 145; DANOVÌ, *Il Codice deontologico forense*, Milano, 2006, pp. 313-314.

[11] La Corte, distinguendo tra pubblicità informativa, tesa ad informare dell'esistenza di un servizio, e pubblicità promozionale, rivolta a promuoverne la qualità, ammise espressamente il ricorso alla seconda, qualificando l'informazione sul prezzo di un servizio come un'esigenza inderogabile, in un ottica di libero mercato, tanto per chi offre quanto per chi richiede il servizio. Ne consegue che chiunque ha la possibilità di pubblicizzare la propria attività professionale a scopo commerciale, a condizione che le notizie diffuse siano vere, fondate e non atte a produrre equivoci.

[12] Come osserva BERLINGUER, *La pubblicità dell'avvocato negli Stati Uniti: recenti sviluppi*, op. cit., p. 1060, l'orientamento della Corte «pur rimanendo sostanzialmente inalterato viene scandito, affinato, esplicitato attraverso varie pronunce riguardanti la pubblicità diretta, quella indiretta, la sollecitazione della clientela...in cui la Corte rigetta ogni generico divieto alla pubblicità ed afferma con sempre maggior forza la necessità di regolamentare la materia in modo preciso e dettagliato»; si vedano anche i numerosi richiami alle pronunce della Corte federale presenti in nota.

[13] *Model Code of Professional Responsibility*, adottato dall'*American Bar Association* (ABA) nel 1969.

[14] *Model Rules of Professional Conduct*, adottate dall'ABA nel 1983.

[15] Giova evidenziare come le indicazioni offerte dell'ABA debbono essere recepite dalle diverse *Bar Association* operanti nei singoli Stati federali, essendo queste ultime ad avere potestà regolamentare sul territorio, in forza di legge delega o decreto giudiziario.

[16] Intendendosi la giurisdizione separate di Inghilterra e Galles, e non anche quelle di Scozia e Irlanda del Nord. Come noto, infatti, il Regno Unito si distingue in tre giurisdizioni, ognuna delle quali ha un proprio sistema giuridico e riconosce distinte categorie di professionisti operanti in ambito legale (*barrister* e *solicitor*, in Irlanda del Nord, Inghilterra e Galles, *advocate* and *solicitor*, in Scozia). A sua volta, ogni categoria adotta un proprio codice di condotta, che si occupa di determinare le regole che disciplinano il ricorso alla pubblicità ad opera dei propri membri.

[17] Tappe principali di questo percorso sono rappresentate dall'*Administration of Justice Act* del 1985, che sottrasse ai *solicitors* il monopolio sulle *conveyancing* — ad essi riservato fin dal 1804 — ed in risposta al quale la *England and Wales Law Society* annunciò la rimozione di tutte le tradizionali restrizioni per i *solicitors* in materia di pubblicità, con l'unica temporanea eccezione del ricorso al mezzo televisivo, anch'esso consentito a partire dal *Solicitors Publicity Code* del 1987. Si veda ampiamente, HILL, *Publicity Rules of the Legal Professions within the United Kingdom*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2003, p. 323, sp. p. 335 ss; vedi anche NITTI, *La professione forense in Inghilterra*, in BERLINGUER (a cura di), *La professione forense: modelli a confronto*, Milano, 2008, pp. 124-127. Attualmente in Inghilterra la pubblicità professionale è consentita sia ai *barrister*, secondo la sect. 710 del *Code of Conduct* che rinvia alle regole del *British Code of Advertising and Sales Promotion*, sia ai *solicitors*, in forza del *Chapter 8* del *Solicitor's Code of Conduct* del 2011.

[18] Corte Costituzionale Tedesca, 14 luglio 1987, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, p. 191 ss. La Corte riconoscendo il diritto costituzionalmente garantito dell'avvocato a farsi pubblicità ha radicalmente modificato l'approccio al tema, poiché, ora sono gli eventuali limiti posti dal legislatore al suo esercizio a dover essere oggetto del vaglio di legittimità, per comprendere se rispettano il dettato costituzionale. Si veda SANGIOVANNI, *I limiti alla pubblicità dell'avvocato nell'ordinamento tedesco*, in *Rassegna Forense*, 2010, I, p. 824.

[19] Il § 43-b della *Bundesrechtsanwaltsordnung* consente il ricorso alla pubblicità, purché essa informi sull'attività professionale in modo oggettivo e non sia finalizzata al conferimento di un incarico specifico; si veda, ROHLER, *In tema di pubblicità: sviluppi della normativa in Germania*, in *Rassegna Forense*, 2001, 127 ss; SANGIOVANNI, *I limiti alla pubblicità dell'avvocato nell'ordinamento tedesco*, op. cit., p. 821 ss; ID., *La professione forense in Germania*, in BERLINGUER (a cura di), *La professione forense: modelli a confronto*, Milano, 2008, pp. 81-83.

[20] Loi No. 90-1259 del 31 dicembre 1990, *Portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*; si veda SOKOL, *Reforming the French Legal Profession*, INT'L LAW, 26 (1992), p. 1025, sp. 1029-30 .

[21] Come facilmente intuibile il *Reglement Interieur* di maggior impatto fu quello adottato dal *barreaux de Paris* nel 1992, il quale prevedeva la possibilità per l'avvocato di richiedere un'espressa autorizzazione dell'attività pubblicitaria al consiglio dell'ordine di appartenenza, prima della sua pubblicazione e/o divulgazione. A titolo esemplificativo, il *Barreau de Paris* autorizzò nel 1999 lo studio legale Thieffry & Associates, a pubblicare un inserto pubblicitario, contenente l'indicazione del nome, indirizzo e sito web dello studio, su due importanti giornali nazionali quali *Le Monde* e *Les Echos*; cfr. HILL, *Publicity Rules of the Legal Professions*, op. cit., p. 353.

[22] *Décision a caractère normatif n. 1999-001*, adottato dal Consiglio Nazionale forense francese nel marzo 1999.

[23] Restano comunque diffusi i divieti in ambito pubblicitario, non potendo il professionista ricorrere alla sollecitazione al pubblico, alle comunicazioni a distanza e alla pubblicità comparativa, oltre che alla possibilità di menzionare i propri clienti. I successivi art. 10.2 e seguenti, peraltro, offrono una dettagliatissima disciplina delle modalità attraverso cui le forme di pubblicità ammesse potranno realizzarsi, incluso l'art. 10.11 che si occupa espressamente della pubblicità via internet. Si veda, TORIELLO, *La professione forense in Francia*, in BERLINGUER (a cura di), *La professione forense: modelli a confronto*, Milano, 2008, pp. 69-70. Sul punto si veda anche TUCCI, *L'esercizio della professione forense in forma associata nell'ordinamento francese*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2005, p. 101 ss.

[24] Laddove, giova ricordare che la nozione di servizio comprende, ai sensi dell'art. 50 del Trattato CE, le attività commerciali, industriali, artigiane e professionali.

[25] Direttiva 98/5/CE, recepita in Italia con il d.lgs. 96/2001, su cui si veda DANOVÌ, *La libertà di stabilimento e la società di avvocati*, in *Rassegna Forense*, 2001, 2, p. 319 ss; più di recente, e in senso critico, VITALE, *L'esercizio stabile in Europa della professione forense. Quali possibili effetti discriminatori?*, in *Riv. it. Dir. Pubblico Comunitario*, 2007, p. 1289 ss

[26] Il riferimento è innanzitutto alle Direttive 88/48/CEE e 92/51/CEE, recepite in Italia rispettivamente con il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 115 e il d.lgs. 2 maggio 1994, n. 319, su cui si veda FISICHELLA, *Il riconoscimento dei titoli professionali in Europa*, Bari, 1996. Oggi la materia è disciplinata dalla direttiva 2005/36/CE su cui si veda BERLINGUER, *Il punto (e la linea) su servizi legali e diritto comunitario*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2007, p. 934 ss.

[27] La c.d. Direttiva *Bolkstein*, 2006/123/CE, sulla liberalizzazione dei servizi del mercato interno, che all'art. 24, comma 2°, prevede che il messaggio relativo ai servizi professionali debba essere conforme alle regole professionali, cioè all'indipendenza, all'integrità e alla dignità della

professione. Si veda COLAVITTI, *La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rassegna Forense*, 2009, I, p. 481 ss, sp. 512-513. Peraltro già nel 1977, con la Direttiva 77/249/CEE il Consiglio aveva adottato un testo normativo teso a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione dei servizi da parte degli avvocati.

[28] Così l'art. 2.6.1. del *Code of conduct for the european lawyers*, anche nella versione come da ultimo modificata nella sessione plenaria di Oporto del 19 maggio 2006 ed attualmente in vigore. Tale norma, in cui il riferimento alla pubblicità o alla mera informazione appare indistinto, si segnala anche per l'elencazione, non tassativa, dei mezzi consentiti, in cui appaiono menzionati il ricorso alla stampa, alla radio e alla televisione, che viceversa sono considerati strumenti illeciti di informazione per il codice deontologico italiano. Si veda sul tema, PERFETTI, *Il codice deontologico forense italiano ed il suo omologo europeo*, in *Studium iuris*, 2008, p. 976 ss.

[29] Sul punto, CERRI, *Pubblicità e professione forense*, op. cit., p. 224 osserva come «la nozione di pubblico interesse è più ampia della necessità di correggere i difetti del mercato, con la conseguente considerazione che le autorità che vigilano sulla concorrenza non sono sempre le preferibili, a valutare quale sia il pubblico interesse».

[30] In tal senso, l'art. 10, d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 — di attuazione della direttiva 2000/31/CE — relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, su cui si veda TOSI, *Prestatori di servizi della società dell'informazione*, in *La Rivista del Consiglio. Ordine degli Avvocati di Milano*, 2004, p. 85 ss.

[31] Per DANOVÌ, *Il Codice deontologico forense*, op. cit., p. 317, un ulteriore richiamo può essere operato con riferimento all'art. 10 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo, che espressamente declina la libertà di espressione come diritto di ogni individuo che « *comprende la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni e idee senza che vi possa essere ingerenza delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiere*».

[32] L'originaria versione dell'art. 17, introdotto nel 1997 e rubricato "*Divieto di pubblicità*", recitava: «È vietata qualsiasi forma di pubblicità dell'attività professionale. I. È consentita l'indicazione, nei rapporti con i terzi (carta da lettera, rubriche professionali e telefoniche, repertori, banche dati forensi, anche a diffusione internazionale) di propri particolari rami di attività. II. È consentita l'informazione agli assistiti e ai colleghi sulla organizzazione dell'ufficio e sulla attività professionale svolta. III. È consentita l'indicazione del nome di un avvocato defunto, che abbia fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo abbia espressamente previsto o abbia disposto per testamento in tal senso, ovvero vi sia consenso unanime dei suoi eredi. IV. In ogni caso l'attività di

informazione consentita deve essere attuata in modo veritiero e nel rispetto dei doveri di dignità e decoro». A seguito della riforma del 1999, l'art. 17, comma 1, offriva la seguente disposizione: "È consentito all'avvocato dare informazioni sulla propria attività professionale, secondo correttezza e verità, nel rispetto della dignità e del decoro della professione e degli obblighi di segretezza e di riservatezza.

[33] Prima della formulazione del codice non era mai sorto dubbio sul divieto per gli avvocati di fare ricorso alla pubblicità, laddove «*il ripudio dei mezzi pubblicitari di ogni genere costituisce tradizione e vanto dell'avvocatura italiana che nel corso di decenni ha sempre confermato il rifiuto di forme di emulazione diverse da una dignitosa gara di meriti dimostrata attraverso le opere e lo studio*», cfr. CNF, 23 aprile 1991, n. 56. Si veda anche DANOVI, *L'avvocato tra pubblicità ed informazione* in *Foro It.*, 1994, IV, c. 26 ss.

[34] Nella successiva novella del 26 ottobre 2002, rimasta invariata la rubrica dell'art. 17, fu inserita una dettagliata disciplina sulle attività e sui contenuti consentiti e vietati: dal punto di vista sostanziale, fu ampliato il diritto di dare informazioni, che in precedenza era limitato soltanto ai clienti e ai colleghi; dal punto di vista formale, si precisò il modo in cui l'informazione poteva essere fornita – dovendo essere corretta e veritiera, nel rispetto della dignità e del decoro della professione degli obblighi di segretezza e riservatezza – e i mezzi attraverso cui veicolarla. Su di essa, si veda CAPPELLI, *Guida alla conoscenza dell'ordinamento e della deontologia forensi*, Milano, 2005, p. 71 ss.; COLAVITTI, *La pubblicità degli avvocati tra «diritto vivente» della giurisprudenza disciplinare e disciplina della concorrenza*, in *Rassegna Forense*, 2004, p. 703 ss. Quanto al testo normativo, giova evidenziare come, dopo aver ribadito che: «È consentito all'avvocato dare informazioni sulla propria attività professionale, secondo correttezza e verità, nel rispetto della dignità e del decoro della professione e degli obblighi di segretezza e riservatezza.», introduce il primo riferimento esplicito all'utilizzazione della rete internet e del sito web per l'offerta di consulenza da ritenersi consentita «...nel rispetto dei seguenti obblighi: indicazione dei dati anagrafici, Partita Iva e Consiglio dell'Ordine di appartenenza; impegno espressamente dichiarato al rispetto del codice deontologico, con la riproduzione del testo, ovvero con la precisazione dei modi o mezzi per consentirne il reperimento o la consultazione; indicazione della persona responsabile; specificazione degli estremi della eventuale polizza assicurativa, con copertura riferita anche alle prestazioni on-line e indicazione dei massimali; indicazione delle vigenti tariffe professionali per la determinazione dei corrispettivi».

[35] Le modifiche approvate dal Consiglio Nazionale Forense il 27 gennaio 2006 furono, come noto, sollecitate dalla decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 16 novembre 2005, che invitava gli ordini professionali a valorizzare la pubblicità quale strumento

indispensabile per il superamento delle asimmetrie informative degli utenti, con riferimento ad elementi di fatto quali prezzi, caratteristiche e risultati dell'attività professionale.

[36] Le modifiche approvate dal Consiglio Nazionale Forense il 18 gennaio 2007 furono una diretta conseguenza dall'entrata in vigore dell'art. 2, 1° co., lett. b) della legge 248/2006 (cd. legge *Bersani*) che ha abrogato «(...) *le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono (...) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine*», imponendo ai codici deontologici il dovere di uniformarsi entro il 1 gennaio 2007, pena la nullità della norme in contrasto (art. 2, 3° co.). Si veda SACCHETTINI, *Il Codice professionale si allinea al Dl Bersani ma resta lo stop sulla pubblicità comparativa*, in *Guida al Diritto*, 2008, 1, pp. 106 - 109.

[37] Secondo la definizione offerta dall'art. 2 del d.l. 25 gennaio 1992, n. 74, per pubblicità si deve intendere «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di una attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti e obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi».

[38] Inciso aggiunto all'art. 17, 2° comma, dalla delibera del 14 dicembre 2006.

[39] Sul punto, Cass., 6 maggio 2013, n. 1034, ha recentemente individuato un'ipotesi di pubblicità occulta degli avvocati, nell'intervista realizzata a mezzo stampa tesa a dissimulare un vero e proprio spot pubblicitario in favore di un professionista. Secondo la Suprema Corte tale pubblicità risulta svolta «*con modalità lesive della dignità e del decoro della professione*», poiché l'intervista, lungi dal contenere riferimenti alle problematiche tecnico giuridiche sui rapporti commerciali e societari chiamati in causa dal titolo (*Joint ventures e partnership all'estero*), si dilunga, invece, sulla struttura, le competenze e le attività dello studio professionale, arricchita da numerosi contributi fotografici.

[40] Ex art. 5 del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, rubricato «Trasparenza della pubblicità»: «*La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale*».

[41] Come ribadito dall'art. 17, comma 5, secondo cui «è proibita, in ogni caso, la pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa». Sul tenore del divieto si veda DANOVI, *Il Codice deontologico forense*, op. cit., p. 319.

[42] Vale a dire, la carta da lettera, i biglietti da visita e le *brochure* informative; le targhe poste all'ingresso dell'immobile e presso la porta di accesso allo studio; gli annuari professionali, le rubriche telefoniche, le riviste e le pubblicazioni in materie giuridiche; i siti web con domini propri e direttamente riconducibili all'avvocato. La norma, così congegnata, era da

leggere in combinato disposto con l'art. 17, 4° co., CDF — laddove si prevede che «Quanto alla forma e alle modalità l'informazione deve rispettare la dignità e il decoro della professione» — con lo scopo di delimitarne la portata. Cfr., *Ordinamento e deontologia forensi*, op. cit., p. 184.

[43] Non solo il testo originario dell'articolo consentiva di utilizzare «esclusivamente» i mezzi indicati ma dal testo dell'art. 17 spariva, rispetto alla versione dettata nel 2002, l'elencazione dei comportamenti vietati.

[44] Critiche furono espresse anche da DANOVÌ, *Il Codice deontologico forense*, op. cit., p. 330, che osservava come tale formulazione si limitasse «a ripercorrere gli schemi precedenti, ponendo addirittura limitazioni non giustificate».

[45] Si è già detto come, nella esperienza americana si sia rapidamente passati dal *Model Code*, in cui era previsto un elenco tassativo di 26 generi di informazione che un avvocato poteva legittimamente diffondere al pubblico (e tutto ciò che non era consentito era vietato), nelle *Model Rules*, secondo cui tutto ciò che non è vietato deve ritenersi consentito, e si proibiscono soltanto le comunicazioni false o ingannevoli.

[46] In Germania, la Corte costituzionale, 12 dicembre 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, p. 838 ss., ha evidenziato come l'avvocato sia libero di scegliere i mezzi più appropriati per effettuare la propria attività pubblicitaria. La sentenza riveste particolare interesse per diversi motivi, tra cui, l'espressa menzione che la Corte riserva alla possibilità per l'avvocato di avvalersi di internet, quale moderno strumento per farsi conoscere nei confronti del pubblico.

[47] Come correttamente osservato da PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, op. cit., p. 184, tale cambio di prospettiva, ha prodotto anche una diversa valorizzazione della norma dell'art. 17, 4° co., che, attraverso il richiamo al rispetto della «*dignità e il decoro della professione*» svolge ora il ruolo di clausola generale, a cui i diversi Consigli dell'Ordine devono guardare per stabilire quali mezzi e/o modalità di divulgazione delle informazioni possono ritenersi legittimi.

[48] Una minima e ulteriore modifica, approvata dal Consiglio nazionale forense con delibera del 12 giugno 2008, è intervenuta sul comma 2 dell'articolo, stabilendo che la previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine, necessaria per l'utilizzazione di siti web con domini propri e direttamente riconducibili a sé, debba essere «tempestiva».

[49] Il riferimento è alla denominazione dello studio con l'indicazione dei professionisti che lo compongono qualora l'esercizio della professione sia svolto in forma associata o societaria; il Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto ogni componente dello studio; la sede principale di quest'ultimo, le eventuali sedi secondarie ed i recapiti, con indirizzi, numeri di telefono, fax, e-mail, sito web (se attivato); infine, il titolo professionale che permette

all'avvocato straniero l'esercizio in Italia, o all'avvocato italiano quello all'estero.

[50] Scelta che si pone, peraltro, in coincidenza con le disposizioni contenute nella Direttiva Servizi 2006/123/CE che all'art. 22 fa carico agli Stati membri di prevedere che anche gli iscritti in albi professionali facciano conoscere al pubblico notizie essenziali sul fornitore del servizio. Si veda COLAVITTI, *La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi professionali*, in *Rassegna Forense*, 2009, I, p. 481 ss, sp. 516.

[51] Si contemplano: i titoli accademici; i diplomi di specializzazione conseguiti presso gli istituti universitari; l'abilitazione a esercitare avanti alle giurisdizioni superiori; i settori di esercizio dell'attività professionale e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attività prevalente; le lingue conosciute; il logo dello studio; gli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità professionale; l'eventuale certificazione di qualità dello studio (purché abbia depositato presso il Consiglio dell'Ordine il giustificativo della certificazione in corso di validità e l'indicazione completa del certificatore e del campo di applicazione della certificazione).

[52] DANOVÌ, *Il Codice deontologico forense*, op. cit., p. 332

[53] POTO, *Note sui rapporti tra internet e deontologia forense*, in *Diritto e formazione*, 2006, p. 116, osserva come «l'adozione di internet e degli strumenti telematici ha dato vita al primo, e finora unico, esempio di ricorso generalizzato a strumenti di comunicazione di massa da parte della categoria forense».

[54] Già il Consiglio dell'Ordine di Milano si era espresso, con un parere del 20 febbraio 1997, per l'ammissibilità della presenza in rete di uno studio professionale e, con successivo parere del 2 ottobre 2000, aveva stabilito alcune regole di comportamento da seguire in rete: in particolare, il divieto d'indicare i nomi dei clienti, neppure in caso di loro consenso, e il divieto di attribuirsi specializzazioni, diverse da quelle derivanti da titoli di studio o di carriera accademica.

[55] È evidente che sul sito di un avvocato o comunque a costui riferibile, non potrà essere tollerato l'inserimento di un collegamento ipertestuale ad un sito web avente contenuti pornografici, offensivi, razzisti.

[56] È diffusa l'opinione secondo cui la consulenza legale on-line offrirebbe la possibilità di raggiungere un più ampio numero di clienti, ridurre i costi di struttura e godere di un orario di lavoro più flessibile, oltre che snellire e razionalizzare le procedure lavorative.

[57] POTO, *Note sui rapporti tra internet e deontologia forense*, op. cit., p. 119, osserva come il riferimento alla consulenza *on line* sia inteso in senso molto lato, laddove, il significato esatto dovrebbe essere «di comunicazione "dal vivo", di due interlocutori che si parlano nella contestualità di una identica dimensione temporale; mentre per lo più, con consulenza *on line* si intende, più banalmente, alludere all'uso della posta elettronica o alla messa a disposizione di informazioni per via telematica».

[58] Nella misura in cui «L'avvocato, prima di accettare l'incarico, deve accertare l'identità del cliente e dell'eventuale suo rappresentante», non sembra sufficiente che a tal uopo il cliente si firmi con un nome e un cognome utilizzando un account mail non protetto. Si veda anche, più avanti, il richiamo alla *Communication electronique et Internet* del Consiglio degli ordini forensi dell'Unione europea (CCBE).

[59] Anche al fine di prevenire ogni possibile equivoco presso i terzi e scongiurare successive rivendicazioni per pareri poco accurati.

[60] Secondo l'art. 1 delle "Condizioni Generali" del servizio Groupon «...Emittenti del voucher e debitori della fornitura dei servizi o delle merci specificati sui voucher sono esclusivamente i partner ivi indicati, che erogano tali prestazioni in base alle loro condizioni generali di vendita. La stessa Groupon non è debitrice dell'erogazione dei servizi o la consegna delle merci indicate, bensì deve solamente far sì che il voucher garantisca al cliente finale il diritto all'erogazione della prestazione da parte del partner».

[61] Ci si riferisce, in particolare, all'offerta di uno studio di infortunistica, operante a Pistoia, che tramite *Groupon*, proponeva ai clienti l'acquisto di un *voucher* che dava diritto ad «una trattazione di un procedimento stragiudiziale senza ricorrere alle vie legali a 39 euro invece di 500 oppure due procedimenti a 69 euro invece di mille».

[62] Corte costituzionale tedesca, 29 febbraio 2008, in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2008, p. 492 ss.

[63] Vedi nota 45.

[64] Più approfonditamente si veda, SANGIOVANNI, *I limiti alla pubblicità dell'avvocato nell'ordinamento tedesco*, op. cit., p. 828-829.

[65] Il riferimento è, in particolare al parere del Comitato Consultivo per l'Etica Giudiziaria presso la Corte Suprema dello Stato della Florida, del 17 novembre 2009, n. 20, pubblicato su *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 498 ss., con traduzione e commento di SAMMARCO-GUIDOBADI, *L'amicizia tra giudice e avvocato nei social network*. Come chiarito dagli autori, il Comitato Consultivo per l'Etica Giudiziaria, organo di consultazione istituito a supporto delle Corti Statali, è incaricato di rendere pareri in merito alla più corretta interpretazione ed applicazione del Codice di Condotta Giudiziaria adottato dallo Stato della Florida, in relazione a circostanze specifiche che hanno a che fare con giudici e con candidati alla carica di giudice. Nel summenzionato parere, che non ha un valore vincolante né per la parte richiedente, né per la Commissione Disciplinare, né per la magistratura in generale, allorquando un giudice identifichi tra i suoi amici, sulla sua pagina personale di un *social network*, un avvocato abilitato a patrocinare dinanzi a lui, di modo che tutti coloro che accedano al suo profilo personale possano liberamente fruire dell'informazione, egli pone in essere una condotta deontologicamente scorretta e illegittima, in quanto idonea a far sorgere nei soggetti terzi dubbi ra-

gionevoli circa la sua imparzialità nell'esercizio delle funzioni, a causa della plausibili esistenza di un rapporto privilegiato con un potenziale interlocutore portatore di interessi di parte nell'ambito dei procedimenti a lui devoluti.

[66] Anche all'utilizzatore più indolente e pigro, sarà capitato di ricevere richieste di "amicizia" o per "entrare a far parte della rete professionale" di persona incontrate per la prima volta, poche ore prima.

[67] Si pensi ad una comunicazione effettuata per posta elettronica, che ha una specifica invasività nella sfera privata accompagnata ad una evidente debolezza dei sistemi di protezione della riservatezza, e che pone l'avvocato di fronte all'esigenza di assicurarne, comunque, la segretezza e la riservatezza previste dall'art. 9 c.d.f., obbligandolo a non utilizzare trasmissioni non protette (ossia, non cifrate) senza espresso consenso del cliente, previamente reso edotto della natura confidenziale delle informazioni scambiate con il proprio legale.

[68] L'avvocato è tenuto ad un uso consapevole e responsabile delle nuove tecnologie, che dovrebbero indurlo a sviluppare una strategia di sicurezza per la salvaguardia dei dati trattati, difendendoli da intercettazioni deliberate, attività di pirateria informatica, virus e gli altri software insidiosi.

[69] Consultabile su
http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/e_com_frpdf2_1183721758.pdf

[70] Si vedano le ultime due sezioni che dedicano amplissimo spazio alle modalità di archiviazione dei documenti e delle *e-mail* ed alla gestione delle informazioni aggiuntive e "nascoste" presenti nei file e documenti elettronici.

[71] Si veda http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_CCBE_Lignes_dir_2_1231836053.pdf. Il testo si presenta diviso in una serie di sezioni tematiche, per ognuna delle quali vengono enunciati dei principi di condotta e formulati dei consigli da intendersi come *best practices*.

[72] La Sezione II del documento in commento, rubricata "*Correspondance entre l'avocat et son client*" recita al § 1.: « *A cette fin, il est recommandé aux avocats de faire usage des moyens de signature électronique raisonnablement à leur disposition pour garantir l'intégrité et l'imputabilité de leurs communications électroniques. Bien que les communications électroniques soient protégées techniquement et légalement contre les interceptions par des tiers, leur confidentialité peut être mise en péril de diverses manières. Les avocats se doivent dès lors d'apprécier les risques encourus par leur correspondance électronique, en particulier lors de l'utilisation de services de messagerie électronique, de messagerie instantanée ou d'appareils mobiles, et de prendre les dispositions appropriées, telles que le recours à des techniques de cryptage*

en fonction des cas, et à informer correctement leurs clients et correspondants des risques encourus par la correspondance électronique. Les avocats ne devraient en aucun cas s'abstenir de faire usage des moyens de cryptage raisonnablement à leur disposition chaque fois que leur client ou correspondant en fait la demande.»

[73] Giova evidenziare come il documento accoglie il criterio della territorialità dell'ordinamento deontologico (già dettato dall'art. 4 del c.d.f.), con la raccomandazione di concordare le norme applicabili se il cliente risiede in un paese al di fuori dell'Unione europea. Sul tema, si veda VAGLIO, *Deontologia, internet e principio di territorialità*, in *Rassegna forense*, 2005, p. 99 ss.

[74] Si veda la sezione V, rubricata "*Principes d'optimisation de l'utilisation des communications électroniques*", paragrafo 1. Sul tema, come noto, il già richiamato canone I dell'art. 36, c.d.f., su cui si rinvia alla nota 58.

[75] Oltre al citato art. 17, comma 5, si veda anche l'art. 17-bis ultimo comma, ove si afferma che «Il sito non può contenere riferimenti commerciali e/o pubblicitari mediante l'indicazione diretta o tramite banner o pop-up di alcun tipo».

[76] Pubblicata in G.U. n.15 del 18 gennaio 2013 e in vigore dal 2 febbraio 2013, necessita ad oggi di numerosi provvedimenti attuativi che rendano pienamente operative le norme introdotte.

[77] Vale richiamare in questa sede l'osservazione operata da SANGIOVANNI, *I limiti alla pubblicità dell'avvocato nell'ordinamento tedesco*, op. cit., p. 821, a proposito del § 43-b della legge professionale tedesca, disposizione-cardine in materia di pubblicità dell'avvocato, che recita «la pubblicità è consentita all'avvocato solo nella misura in cui essa informa sull'attività professionale in modo oggettivo, sia nella forma sia nel contenuto, e non è indirizzata al conferimento di un incarico in un caso singolo». Come sottolinea l'Autore, l'utilizzo dell'espressione "pubblicità" (*Werbung*) non è irrilevante poiché essa «non va confusa con l'attività meramente informativa. La pubblicità è sì informazione, ma finalizzata a ottenere incarichi professionali».

[78] Sull'ampliamento dei poteri degli ordini operato attraverso la riforma, si veda il commento critico al testo del d.d.l. di riforma (riferibile anche all'articolato del testo di legge definitivo) di SCARSELLI, *Il controllo in Cassazione del disciplinare forense (con postilla sul d.d.l. di riforma della professione)*, nota a Cass. 26 ottobre-18 novembre 2010, n. 23287, in *Foro it.*, 2011, __ c. 452 e 453.

[79] Quanto al divieto di pubblicità ingannevole e comparativa — che il codice deontologico e legge forense non distinguono ne definiscono, limitandosi a vietarle — giova richiamare, oltre alle norme del codice del consumo (artt. da 19 a 32) atte a tutelare «i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale, o professionale, i

consumatori ed in genere gli interessi del pubblico», le norme del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (di attuazione all'art. 14 della Direttiva 2005/29/CE, che modifica la Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole) che ha invece lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa. Quest'ultima disciplina, infatti, non legittima il ricorso alla pubblicità comparativa anche per gli avvocati, che senza dubbio vanno annoverati tra i professionisti, poiché tra le condizioni essenziali che essa pone, la prima e più importante è proprio il confronto oggettivo di «una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili, rappresentative» (art. 4, 1° co., lett. e). Essendo l'esercizio della professione forense e dei servizi legali opere e prodotti dell'intelletto resta immutata, ed immutabile, l'oggettiva constatazione di non comparabilità di due distinte prestazioni, per quanto simili o affini possano sembrare.

[80] Si veda Cass., Sez. Un., 13 gennaio 2006, n. 486, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1421; Cass., Sez. Un., 23 marzo 2005, n. 6213, in *Rassegna forense*, 2005, p. 1340, con nota di COLAVITTI, *Pubblicità degli avvocati e principio di proporzionalità*, cit.; Cass., Sez. Un., 10 dicembre 2003, n. 18838, in *Giur. it.*, 2004, p. 2315.

[81] Si veda Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, notissimo caso, su cui la Corte di legittimità ha avuto modo di intervenire emettendo decisione confermativa di quella assunta dal C.N.F. — che a sua volta confermava la pronuncia del C.d.O. di Brescia — di irrogare sanzione disciplinare ai sensi dell'art. 38, 1° co., c.d.f. in confronto di due professionisti, i quali erano ricorsi all'uso dell'acronimo A.L.T. (Assistenza Legale per Tutti), al fine di rendere pubblicità all'apertura di un ufficio “su strada”, contrassegnato dall'insegna A.L.T. e dall'indicazione, all'ingresso, della gratuità della prima consulenza.

Costa and Pavan v. Italy and the convergence between human rights and biotechnologies.

Commentary on the ECHR decision *Costa and Pavan v. Italy*, No. 54270/10, 28 August 2012.

**by
Grégor Puppinck**

Abstract: In the judgment *Costa and Pavan v. Italy* of 28 August 2012, No. 54270/10, the European Court of Human Rights (the Court) ruled that, by forbidding the recourse of couples carrying a genetic defect to medically assisted procreation and preimplantation screening, whilst simultaneously permitting abortion in cases where the foetus was suffering from such an illness, Italy had, due to this alleged inconsistency, violated Article 8 of the Convention – which guarantees the right to the respect of private and family life. Furthermore, it demonstrates the increasing willingness of the Court to limit the margin of appreciation the States possess in legislative matters, including in the most ethically controversial areas. This decision constitutes an important step in the recognition of a true right to a genetically healthy child; that is to say to eugenics; that the Court calls the “*right [of the applicants] to bring a child into the world who is not affected by the illness that they carry*” (§ 65).

Summary: 1. Introduction. - 2. The contestable admissibility of the request. - 3. The doubts concerning the validity of the request. - 4. Conclusion.

1. Introduction.

In this case, two Italian nationals, Rosetta Costa and Walter Pavan, born in 1977 and 1975 respectively, had learned, at the birth of their first child in 2006, that they were carriers of cystic fibrosis; the child being a sufferer of this condition. When Ms Costa became pregnant again in February 2010, the couple resorted to prenatal diagnosis, which revealed that the foetus was also a sufferer of cystic fibrosis. Ms Costa then had an abortion. Not wanting to commence another pregnancy by natural means, and being of the opinion that the Italian legislation, due to Law No. 40 of 19 February 2004 (hereafter, “Law No. 40/2004”), did not allow them to resort to the techniques of medically assisted procreation (hereafter, “MAP”) and of preimplantation genetic diagnosis (hereafter, “PGD”), the couple submitted before the Court, on 20 September 2010, an action in favour of the condemnation of Italy for violating the European Convention for the

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter “the Convention”), with no prior approach to either the Italian health authorities or its Courts. The combined use of MAP and PGD would permit the artificial conception and then the genetic selection of a human embryo free from cystic fibrosis.

The applicants claimed that the Italian legislation ignored two provisions of the Convention in particular; Article 8 and Article 14. On one hand, they alleged that Law No. 40/2004, which reserves the use of MAP for sterile or infertile couples and forbids all PGD, violated their right to the respect of their private and family life, protected by Article 8 of the Convention, in such a way that the only option open to them to have healthy children was to begin a pregnancy by natural means with the risk that the foetus would be affected by cystic fibrosis and, in the case where this occurred, to resort to an abortion. On the other hand, they claimed that they were subjected to, in violation of Article 14 of the Convention, a discrimination in relation to sterile couples or couples in which the man is the sufferer of a sexually transmitted infection.

Due to the importance of the issue in question, two demands of third-party intervention were presented to the Court; the first coming from the “*European Centre for Law and Justice*”, the association “*Movimento per la vita*” and fifty-two Members of the Italian Parliament; the second from the “*Luca Coscioni*”, “*Amica Cicogna Onlus*”, “*Cerco un bimbo*”, “*L'altra cicogna*” associations, and sixty Members of the Italian and the European Parliaments.

In the judgment of 28 August 2012 [1], the Second Section of the Court ruled partially in favour of the applicants.

The Court firstly rejected the alleged violation of Article 14 of the Convention. It in effect reiterated that a discrimination, in the sense of Article 14, required the existence of a different treatment – except with an objective and reasonable justification – of people in comparable situations. However, the Court noted that in the matter of access to PGD couples of whom the man is infected with a sexually transmitted infection were not treated in a different manner to the applicants; the prohibition of access to the diagnosis in question affected all categories of person.

In contrast, the Court upheld the claim that there had been a violation of Article 8 of the Convention and, for this reason, condemned Italy to pay the applicants a sum of €15,000 in reparations due to the moral prejudice suffered. After having decided that the prohibition which prevented the applicants from resorting to MAP and PGD constituted an interference in the respect of their right to a private and family life, the Court judged that this prohibition, whether pursuing legitimate objectives or not, was disproportionate, “taking account of the inconsistency of the Italian system in relation to PGD”.

Italy demanded, by virtue of Article 43 of the Convention, the referral of the case to the Grand Chamber, being of the opinion that it raises very important questions relating to the interpretation and application of the Convention. However, this demand was rejected following the judgment, by an unjustified decision given by a college of five judges. It is regrettable that the Grand Chamber will not have the possibility to re-examine this affair because the issues it raises remain [2] and are not insignificant, as will be seen. In effect, the position adopted by the Chamber in relation to the admissibility of the request (I) and its validity (II) is open to criticism and raises questions; even reasons for concern [3].

2. The contestable admissibility of the request.

The Second Section of the Court approved the admissibility of the request. However, several arguments have led to serious doubts regarding this admissibility, both in its procedural aspect (A) and *ratione materiae* (B).

A - The procedural aspect of the request's admissibility

The Court's own jurisprudence should have justified the inadmissibility of the request due to the absence of the applicants' quality as victims (1°) and the non-exhaustion of domestic remedies (2°).

1° - Inadmissibility due to the absence of the applicants' quality as victims

In the application of Article 34 of the Convention, only an applicant who is the victim of a violation of the Convention can bring an action before the Court. This provision states that the "victim" is anybody who is affected by a direct act or omission [4] ("direct victim") and exceptionally, anybody who is affected in an indirect manner, such as the spouse of the victim [5], the nephew of the deceased [6], the mother and father of a man who had disappeared [7] ("indirect victim") or who could be affected in the near future, for example by an obligation to change a behaviour under penalty of criminal proceedings [8], or when the applicant is a member of a group of people that risks being directly subjected to the effects of the criticised legislation [9] ("potential victim"). On the contrary, the Convention "*does not, therefore ... permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention.*" [10] In other words, the Convention does not establish an *actio popularis* [11] to the profit of individuals. It is not expected to settle the compatibility of an internal law with the Convention, but to give a judgment on the decisions of national authorities.

Yet, in this case, whilst the Italian Government and certain intervening parties highlighted the question of the applicants' quality as victims, the Court decided on the contrary that "*there can be no doubt that the applicants were directly touched by the measure of prohibition, having as they did a child affected by the condition of which they were carriers and having already once proceeded to an abortion due to the foetus being a sufferer of cystic fibrosis.*" (§ 38).

Nevertheless, the response given by the Court does not remove all doubt over the issue of whether the applicants are truly victims. In effect, although they indicated in their application that they "wanted to resort to PGD", nothing suggests that they took any steps in this sense with the Italian health authorities and that these same authorities would have opposed their plea. Moreover, whilst PGD presupposes the use of MAP, it is not even established whether the applicants would have asked for permission from the said authorities for access to MAP.

Yet, the quality of victim would at least require that they had been expressly refused MAP and PGD, since only this series of events – both time- and cost-efficient – would have given proof of the applicants' intention to have another child.

Thus, having recognised that the applicants were "victims" under Article 34 of the Convention whilst this quality was only hypothetical (the applicants did not show that they had been directly affected by the Italian legislation), the Court has also opened the possibility of the exercise of an *actio popularis*; an action that its caselaw has traditionally dismissed [12].

2° - Inadmissibility due to the non-exhaustion of domestic remedies

Article 35 § 1 of the Convention provides that in effect "*referral to the Court in a given situation may only occur after all domestic remedies have been exhausted according to the generally recognised rules of international law...*". This rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – and with which it presents close similarities – that a country's internal rules offer an effective mode of recourse against the alleged violation. The Court's role is therefore of an exclusively subsidiary nature in relation to national systems which protect human rights [13], and it belongs before all to national tribunals to act on supposed violations of the Convention. In the recent Declaration of Brighton of 19 and 20 April 2012, the Member States reasserted the necessity of a strict application of the admissibility criteria, notably that of the exhaustion of domestic remedies. Yet, in this case, the internal modes of recourse were not exhausted by the applicants; they had not submitted any requests to the Italian Courts, not even at first instance. Moreover, having abstained from applying to the relevant health authorities for access to MAP and PGD, the applicants would

have encountered fundamental problems in any attempt to complain to the Italian Courts that a particular act had caused them any personal wrong. Furthermore, the Court's past decisions show that the exhaustion of domestic remedies is not a principle of absolute character and that the applicants are held to have exhausted the internal modes of recourse only when they are available and effective, whether that be in theory or in practice; that is to say when they are accessible, able to offer the applicants satisfaction in redressing their grievances, and when they present a reasonable chance of success [14].

In this case, the Court ruled that "*the applicants cannot truly be reproached for failing to apply for a measure which, as had been explicitly stated by the [Italian] Government, [was] forbidden in an absolute manner by the law*". It added that if the Tribunal of Salerno had decided to grant such a measure to the couple, who were neither sterile nor infertile, this decision "*pronounced at first instance, would not have been confirmed by an ulterior judgment and would only have constituted an isolated decision*" (§ 38). In other words, for the Court, from the moment that it was certain the applicants could not access PGD in Italy, it was useless for them to make such a demand to the Italian health authorities and to then contest the inescapable rejection of their request before the Italian Courts.

However, it appears difficult to agree with the Court on this point. Even before the introduction of the present request [15], not only the Tribunal of Salerno, as was emphasised in the judgment, but also other Italian tribunals, had ruled on several requests for PGD submitted by couples in similar situations to that of Ms Costa and Mr Pavan, and had decided in their favour (judgments of 22 September 2007 of the Tribunal of Cagliari, 29 June 2009 of the Tribunal of Bologna and 17 December 2007 of the Tribunal of Florence [16]). In its observations before the Court, the Italian Government referred to all of these cases [17]. Thus, in the hypothesis where the applicants would have – which they abstained from doing – applied to the Italian health authorities for access to MAP and PGD, and where such a request would have been rejected, it would have been possible for them to challenge this refusal before the Italian Courts, and the decisions mentioned above demonstrate that domestic remedies have not always been deprived of success.

In conclusion, the manner in which the Court has altered and widened the scope several rules which govern the procedural admissibility of requests (the quality of victim, the exhaustion of domestic remedies) creates a certain degree of unease. In the long term, it is not without danger, since it risks provoking an influx of litigation and the installation of a "*pick and choose*" system where the judge makes a decision not on the basis of objective criteria but according to his personal opinions and priorities when declaring the admissibility of one affair in relation to another [18]. For example, regarding the implementation of the rule of the exhaustion of

domestic remedies, the tolerance the Court has shown in the present case [19] could manifest itself in other cases due to its severity [20].

B - Admissibility *ratione materiae*

The Court judged - which is undoubtedly at the heart of its reasoning - that the request fell within the field of application of Article 8 of the Convention and, therefore, that the aforementioned request was admissible *ratione materiae*. However, objections can be formulated against such a position, both because of the questionable theoretical foundation that underlies it (1°), and the worrying practical consequences that it entails (2°).

1° - A questionable theoretical foundation

As Article 8 § 1 of the Convention provides that “*everyone has the right to respect for his private and family life...*”, the Court was firstly required to establish whether the desire of the applicants to use MAP and PGD fell within the field of application of Article 8 of the Convention. It responded favourably to this question, stating that “*the desire of the applicants to have a child who would not be a sufferer of the genetic defect that they carried and to resort to medically assisted procreation and PGD falls under the protection of Article 8; this choice being a form of the expression of their private and family life*” (§ 57).

In this regard, it is important to emphasise that, traditionally, Article 8 of the Convention essentially has the objective of protecting individuals from arbitrary interferences - from which the public authorities should refrain. In the matter of procreation, this “negative” obligation translates as “*incorporat[ing] the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent (...)*”. [21] Concretely, the State should not exert pressure on the will of the parents, for example by forcing them to use contraception or by implementing sterilisations or abortions. Thus, all interferences by the State which influence the decision of a couple to become or not to become parents should be motivated by truly compelling reasons in order to be compatible with Article 8 § 2. [22]

It is from this perspective of the State’s negative obligation that *Dickson v. United Kingdom* [23] should be considered; a judgment which is often wrongly interpreted as the Court recognising that the Convention provides a positive obligation for the State to give access to MAP [24]. In this case, the British authorities had refused to allow a couple access to artificial insemination, although this was the only method by which they would be able to procreate (the man had been sentenced to a long period of imprisonment). It was the action of the State (its refusal to permit the use of this method due to a legal technicality) which was the clear obstacle to the procreation. In other words, the refusal of the applicants’ request for

access to MAP by the authorities prevented them from becoming (or at least trying to become) parents. The couple did not seek a derogation from the regime of MAP in their favour, but an application to their particular situation. They therefore asked that the Court ensure the State would no longer impede the realisation of their wish to become parents. Therefore, the *Dickson v. United Kingdom* judgment recognised neither a new Conventional right to MAP, nor a new positive obligation to assure access to this technology. Certainly, the Court considered that the applicants' desire to access MAP in order to conceive a child was within the field of Article 8, however it is important to emphasise that the recognition of the applicants' right to resort to it does not derive substantially from Article 8, but from the domestic law governing access to MAP. It is because the domestic law authorised MAP that the British authorities could not deprive the applicants of it.

Yet, with the *Costa and Pavan* judgment, the Court went a step further, since it ruled that the right to respect of private and family life engendered positive obligations in the matter of procreation, and that to assure the effective respect of this right the Italian State should have permitted the applicants to access MAP and PGD. Next, the Court broadened the scope of Article 8 in a decisive manner; ruling that the proven "desire" of a couple who were carriers of cystic fibrosis to resort to this technology in order to avoid having an ill child entered within the field of application of Article 8 [25] by virtue of the Convention, and independently of the fact that the domestic law prohibited this practice.

It is important to note that due to its *purpose*, which was to become parents, the desire to artificially procreate fell within the field of private life, but that it exceeded this field by the *methods* necessary in order to put this into action. Thus, if its purpose fell within the private sphere, the means by which it could be achieved fell within the public sphere. The State should respect the will of couples to become parents, but it cannot remain indifferent to the modes of putting this desire into action when they require material and moral investment from society. This is because public issues, particularly those with an ethical character, linked to MAP and PGD were so important that before the delivery of the *Costa and Pavan* judgment the Court had established that the States had no positive Conventional obligation to legalise them, as though it considered no right to have a child existed. The Court clearly expressed this, saying that it "*would emphasise that there is no obligation on a State to enact legislation of the kind and to allow artificial procreation*" [26] and that "*the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention*" [27].

There is an important difference between the *Dickson* and *Costa-Pavan* cases: in *Dickson*, the couple were prevented from trying to have a child – the desire to have a child being covered by the Convention. In *Costa-*

Pavan, the couple were not prevented from trying to have a child (healthy or ill); they were prevented from using preimplantation genetic diagnosis in order to select a healthy embryo. The obstacle was not related to the ability to conceive a child, but to use genetic screening [28]. The object of the State's interference is different, and it is therefore abusive to use the applicability criteria of Article 8 as determined by *Dickson* in relation to the couple's request in *Costa-Pavan*; however this is what the Section does at paragraph 56. Another major difference: in *Dickson* MAP was legal but inaccessible; in *Costa and Pavan* it was the technology of MAP-PGD that was illegal. Additionally, in *S.H. and Others v. Austria* [29], access to heterologous MAP – the object of the request – was partially legal in Austria [30]. Thus, the *Dickson* and *S.H.* judgments do not imply the existence of an *autonomous* right to MAP in the name of Article 8. It is an undue consequence drawn from these cases in order to assert the contrary, however this interpretative derivation is revelatory of the process which results in the emergence of new rights under the Convention, led by the Court's caselaw. These rights are firstly recognised by the domestic laws of a growing number of countries; the Convention being integrated by way of conditional applicability before the new right is enacted as a national law. This makes it a right directly attached to the Convention and therefore one which is susceptible to being imposed on countries that did not follow the general movement led by the Court [31].

In other words, by ruling that the couples' request in *Costa-Pavan* was authorised by Article 8, the Court declared that the combination of *in vitro* fertilisation and embryonic screening was a substantial and independent element of the field of private and family life guaranteed by the Convention. In both *Dickson* and *S.H.*, MAP was not an autonomous element of Article 8, because access to it was originally granted by the domestic law. Inversely, as the use of MAP-PGD was prohibited by Italian law, it could only fall within the field of Article 8 by virtue of the substance of this provision; that is to say that Article 8 itself gives a right to this form of eugenics. To rule that access to MAP-PGD falls *ratione materiae* under Article 8 is therefore a serious question, which should have merited the intervention of the Grand Chamber.

2° - The worrying practical consequences

Whilst the Italian Government raised concern over the risks of recognising the right to a "healthy child", the Court, in admitting that the "desire" of couples carrying a genetic illness to resort to MAP and PGD constituted a right under Article 8 of the Convention, explicitly excluded the consideration of this perspective. In effect it ruled that "*PGD does not exclude other factors which may compromise the health of the unborn*

child, such as, for example, the existence of other genetic defects or complications coming from the pregnancy or childbirth" (§ 54).

However, this argument is not truly convincing. In effect, the Court expressly affirmed that the applicants in this case had a "*right to bring a child into the world who was not affected by the illness of which they were carriers*" (§ 65). More precisely, *in vitro* fertilisation associated with PGD constitutes a means of avoiding the birth of ill embryos – allowing the couple to have a healthy baby. Does recognising the right not to transmit the defective genes not constitute a right to eugenics, even if the technique does not guarantee the avoidance of all illnesses?

The *Costa and Pavan v. Italy* judgment illustrates the Court's increasing tendency to enlarge the scope of Article 8. In effect, with this decision, Article 8's purpose is no longer to merely protect individuals against arbitrary actions of the State, but also to guarantee their personal autonomy [32], their right to "personal development"[33] or even their right to auto determination [34]. The consequences of this judgment – and of the extension of Article 8 – should be measured in the light of the extraordinary development of biotechnologies, since they offer people and couples the technology which permits this personal development. The effects of these legal and scientific evolutions, particularly in the matters of PMA and prenatal screening for genetic anomalies [35], should not be ignored: by successive decisions, the Court is progressively recognising the right not only to a child but to one who is "healthy". In effect, therefore, whereas on one hand biotechnology makes selective procreation outside of the physical union of a man and a woman possible, on the other access to these methods is protected by Article 8, making it difficult not to see the manner in which the factual and legal components combine to give the right to a child, and moreover the right to a healthy child.

Furthermore, the right to a healthy child which underlies the entire judgment becomes more evident when one contemplates what exactly makes the applicants victims. They complained that they could not access MAP and PGD. However, these procedures are not in themselves an end product: they are methods of giving birth to a child free of genetic defects, without the risk of having to resort to an abortion.

3. The doubts concerning the validity of the request.

Having ruled that the prohibition of MAP and PGD by the Italian legislator was in the pursuit of legitimate objectives (A), the Court nevertheless judged that this double prohibition was disproportionate to these objectives and concluded that Italy had violated Article 8 (B). However, these two stages of reasoning, in particular the second, are unconvincing.

A – The legitimacy of the objectives pursued by the Italian legislation

According to Article 8 § 2 of the Convention, there can only be an interference in the right to respect of a person's private and family life on the condition that it is authorised by law and that it constitutes a measure which, in a democratic society, is necessary, notably for the protection of health or morality, or the protection of the rights and freedoms of others.

In this case, the Court recognised that the prohibition, implemented by Law No. 40/2004, of a couple carrying a genetic defect to resort to MAP and PGD "*can be passed in order to pursue the legitimate objective of the protection of morals and the rights and freedoms of others*". At first sight, the position of the Court should be approved, though the restraint present in the formulation used should be highlighted ("*can be passed in order to pursue...*"). Furthermore, in their request, the applicants themselves did not expressly contest the legitimacy of the objectives pursued by the Italian legislation and preferred to concentrate their claims on the disproportionate character of this legislation.

However, on closer inspection, the position of the Court should be questioned further. What moral does the Court speak of when it states that it is one of the legitimate objectives? What is the nature of the "rights and freedoms" of others, the protection of which is also presented as legitimate? The response to these questions is not simple, and the Court was very cryptic in the formation of its solutions [36].

Concerning the "morals" called into question by the Court in its decisions, it is clear that they should not be composed in an objective sense; like a mass of rules the respect of which is imposed by their very existence, regardless of whether they have been approved by society [37]. In fact, the morality to which the Court refers is a sociological reality and should be considered with reference to the state of public opinion at that particular moment, on a particular subject. The terms used in the *A, B and C v. Ireland* judgment reveal the consultation of this sociological conception of morals; the Court here having judged that Irish restrictions on abortion "*pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect*". Therefore, in this case the judges of the Strasbourg Court did not consider the defence of the unborn child's right to life to be, in itself and at that time, a moral question. They were content to say that, *in Ireland*, in the situation at the moment in question [38], this issue fell under the protection of morality. By way of analogy, in *Costa and Pavan v. Italy*, having accepted that the prohibition of MAP and PGD pursued the legitimate objective of the protection of morals, the Court did not say that, by themselves, these methods raised a serious moral issue. It merely wished to state that, in the country concerned, namely Italy, the legislative system, intending to reflect the views of a majority of the population, forbade these methods in the name of morality, and that taking this

sensitivity into account, this prohibition constituted a legitimate objective capable of justifying an eventual interference in the rights of individuals to the respect of their private and family life.

However, there is a misunderstanding on this point. Although Italy forbade MAP and PGD, it was not in the name of a sociological – and therefore relativist – conception of morality. According to this State, the prohibition of the combined use of MAP and PGD by couples carrying a genetic defect is justified by several more objective reasons which are, in particular, the protection of the embryo – as a subject – and the prohibition of eugenics, but equally the protection of public health and compliance with the prohibition of discrimination on the grounds of genetic heritage.

Above all, the will to protect the human embryo is at the origin of Law No. 40/2004. It is outlined, as a principle in Article 1, that the conceived embryo is a “subject” which has rights in the same way as the other subjects implicated by MAP [39]. Therefore, the Italian legislation recognises indisputably that the conceived embryo is a legal subject. As a whole Law No. 40/2004 and its texts of application are intended to organise MAP whilst respecting the embryo’s rights. The embryo is not a moral value, but a subject; it is a third person, therefore an “other” in the sense of the Convention. It is because it is a subject that its value cannot be relativised, meaning that it possesses the same rights as all of the other subjects implicated.

In this regard, it is relevant to highlight that the Court has never excluded prenatal life from the Convention’s field of application. On the contrary, it has recognised that the foetus belongs to the *human species* [40]. To date, the Court has given a minimal interpretation of this recognition by giving the States, through their margin of appreciation, the freedom to determine the starting point of this protection. However, if the Court has recognised the ability to exclude the embryo from the protection of the Convention, it has not created (and could not create) the obligation to do this. Additionally, in *Vo v. France*, the Court reaffirmed that it was neither desirable nor possible to respond to the question of whether the unborn child was a “person” in the sense of Article 2 of the Convention, in such a way that each State can legitimately decide whether to consider the unborn child as a person whose life should be protected, or to adopt the opposing viewpoint [41]. Consequently, a State can decide to maintain the protection of prenatal life, thus giving Article 2 a maximum interpretation. This position also conforms to Article 53 of the Convention, according to which the States are free to offer a greater degree of human rights protection to their subjects [42]. More closely, Article 27 of the Oviedo Convention indicates that none of its provisions shall be interpreted “*as limiting or otherwise affecting the possibility for a Party to grant a wider measure of protection with regard to the application of biology and medicine than is stipulated in this Convention.*” Italy can therefore

recognise the unborn child as a legal subject and grant it an extended protection; and the Section should have taken this determining factor into account. It preferred to ignore this [43], “*emphasising*” in an excessive manner “*that the notion of a “child” could not be assimilated by that of an “embryo”* (§ 62; underlined by us). This *obiter dictum* is at least questionable: on one hand children and embryos are not abstract “notions” created by our intellect, but real things (it would have been more truthful to say that the embryos are not children); on the other, such an anthropological and biological appreciation certainly does not fall under the competences of the Court.

The prohibition of eugenics constitutes the second reason that justified the adoption by the Italian legislature of Law No. 40/2004. PGD neither heals nor treats. The child selected by PGD is born free from an illness he or she never had, which medicine never cared for nor cured. PGD permits the selection of embryos in order to implant a healthy embryo and to dispose of those who are ill. More precisely, it is eugenics, even if it has become common in Europe [44]. Where eugenics is forbidden, MAP and PGD are also forbidden in order to respect the prohibition of discrimination founded on genetics. In effect, from the moment that Italy began to consider the unborn child as a legal subject, the Government was obliged to respect the prohibition of discrimination for genetic reasons [45]. Finally, Italy cited the motive of the protection of public health, as these medical techniques not only require a great investment of public resources, but also pose risks to the health of the mother and the unborn child.

Therefore, in Italy the essential motives of the prohibition of MAP and PGD are not to be found in morals perceived in a sociological sense such as that which the Court referred to when assessing the legitimate character of the Italian law. The essential object of the Italian legislator was, by adopting Law No. 40/2004, to protect the rights of third parties – the unborn child being a legal subject – and to ban eugenics.

B – The proportionate character of the interference with the applicants’ right to the respect of their private and family life

From the moment it recognised the legitimacy of the objectives pursued by Law No. 40/2004, the Court should have admitted that the prohibition of PGD was necessary in order to achieve these goals. Effectively, MAP coupled with PGD is a procedure which, in itself, infringes on the very substance of the objectives pursued, particularly the protection of the embryo and the prohibition of eugenics. Furthermore, the destruction of embryos carrying genetic defects does not merely constitute a risk of PGD: it is the very purpose of this procedure. Therefore, the only means by which Italy could respect these objectives was the prohibition of MAP-PGD.

However, the Court judged that this interference with the applicants' right was disproportionate and, moreover, that Article 8 of the Convention had been violated. In order to reach this conclusion it *de facto* limited Italy's margin of appreciation in the matter of medically assisted procreation (1°); basing its decision on an alleged inconsistency of Italian law (2°).

1° - The margin of appreciation from which the States benefit

In the judgment of *Evans v. United Kingdom* – the position subsequently taken in *A, B and C v. Ireland* – the Grand Chamber of the Court reiterated the principles which govern the determination of the extent of the Member States' margin of appreciation: “*Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted [...] Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider [...] There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights*” (§ 77). Before the *Evans* judgment, the Court equally recognised that “*the national authorities enjoy a wide margin of appreciation in matters of morals, particularly in an area such as the present which touches on matters of belief concerning the nature of human life*” [46]. Finally, more recently, the Court confirmed that “*the State's wide margin in principle extends both to its decision to intervene in the area [MAP] and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests*” [47]. In such cases, the European judge's power of appreciation is normally limited to verifying that the national legislator's choice was not “manifestly without reasonable foundation” [48].

In this case, as the Court did not expressly indicate the margin of appreciation from which Italy benefitted in the matter of legislation on MAP and PGD, a close reading of the *Costa and Pavan* judgment raises doubts over whether the Court has granted the State a wide margin of appreciation. In effect, the Court emphasised that, “*while recognising that the issue of access to PGD raises sensitive moral and ethical issues, [...], the choice made by the legislator in this matter does not escape the control of the Court*” (§ 69). Finally and above all, the Court noted from documents on comparative law that it consulted that, out of the thirty-two States examined by these reports, only three (Italy, Austria and Switzerland), forbade PGD.

However, the Court should have recognised that Italy had such a margin of appreciation, due to the absence of consensus in Europe on *in vitro* fertilisation and in particular on PGD [49]. In this respect, the reports of

the Council of Europe and the Commission show that, at the date of the facts in question, out of 32 European countries, 12 had not adopted a regulation in relation to PGD, 3 prohibited it and 17 authorised it in order to guarantee the health of the child [50]. However, if the Court had recognised a large margin of appreciation for Italy, it would have been impossible to rule that Law No. 40/2004 was manifestly unreasonable, and contrary to the Convention.

It is important to emphasise that Law No. 40/2004, adopted following Parliamentary procedures which had taken place over the course of several legislatures, originated from a popular initiative which, in 1995, had demanded that the principle of the recognition of the unborn child as a legal subject be introduced as a guiding standard in the material. Moreover, after the adoption of the law, the opposition initiated further debate; making five propositions to modify it by popular referendum. The first proposition, of a general character, was rejected by the Constitutional Court in judgment 45/2005 and the other four, which concerned the annulment of certain provisions of the law, were submitted to a popular vote on 12th and 13 June 2005. These referendums failed: only 25.9% of the electorate voted, meaning the quorum was not reached. In fact, certain individuals urged voters not to vote. Finally, these referendums had the effect of extending the debate on Law No. 40/2004 and of confirming the legislator's choice. Thus, few Italian texts have been discussed as much as Law No. 40/2004; discussions which were conducted in accordance with the European standards set out in Article 28 of the Oviedo Convention [51]. To refer, by analogy, to the terms used by the Court in *A, B and C v. Ireland*, the prohibition of PGD was based, in Italy, on "*profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the [Italian] people*" by the vote of 2004 and the referendums of 2005, and "*which have not been demonstrated to have relevantly changed since then*"[52].

The referral to this notion of consensus, particularly in order to evaluate the margin of appreciation which the States enjoy, reflects an eminently sociological conception of law; a conception according to which human rights only partially structure the evolution of morals and technology so that, on the contrary, the evolution of morals and technology can, by means of a human movement approved by the Court, contribute to the redefinition of human rights. In this regard, the Court can choose, among these social tendencies and evolutions, those from which it feels it should refrain and those which, on the other hand, it feels it can sanction. Thus, the Court is no longer content to passively follow the evolution of morals and ensure, *a posteriori*, their reception through the definition that it gives of human rights. Indeed, being presented as the "*conscience of Europe*" [53] and driven by the ambition to exercise, if anything, a "*function inherently against the majority*" [54], the Court aims to contribute to this

evolution, even if the changes entailed are far from the original spirit and even the letter of the Convention [55]. This permits the Court, in a context often perceived as obsolete by the Council of Europe, to conserve its presence in comparison to the Court of Justice of the European Union, seated in Luxembourg, and to maintain the system of human rights in their progressive perspective despite the legal constraints of treaties which, unlike the Court, enforce the respect of the words and the spirit which were present at the time these international engagements were written.

2° - The alleged inconsistency of the Italian law

To conclude that the prohibition of MAP and PGD had violated the applicants' right to the respect of their private and family life, the Strasbourg judges relied on reasoning that shows they may now proceed in a customary manner [56]; particularly when determining the alleged inconsistency of the actions of the State concerned.

The Court observed that in effect, whilst on one hand Italy had permitted the possibility in practice for couples carrying a genetic defect to proceed to an abortion where it is established that the foetus is sick, on the other this same country prohibited MAP and PGD; two techniques which allow the implantation of embryos which are not affected by the defect of which their parents are carriers. Yet, according to the Court, the consequences of an abortion for the foetus, which is much more developed than an embryo, and for the couple – particularly the woman – would be more serious than the consequences of a MAP coupled with a PGD (§ 62). Thus, in this case, the Court found that the Italian legislation caused a “*state of anguish for the applicant*”, holding that “*the only prospect of maternity was linked to the possibility that the child would be a sufferer of the genetic defect*” (§ 66), and would create a “*suffering which derived from the painful choice to proceed, where needed, to an abortion*” (§ 66).

Such a conclusion however raises certain questions.

In the first place, the existence, as stated by the Court, of an alleged “inconsistency” of the Italian law should be relativised, since the founding principles of the different laws regarding MAP, PGD and abortion, far from contradicting one another, present a clear consistency: Article 1 of Law No. 40/2004 indicates that the law takes account of “*the rights of all the parties implicated in these techniques, including those of the unborn child*”, whilst Article 1 of Law No. 194/1978, reiterated by Law No. 194/2004 on maternity and abortion, recognises “*the social value of maternity and of human life from its beginning*”. Thus, the prohibition, for a couple carrying a genetic defect, of the use of MAP and PGD – a prohibition founded in particular on the principle of the protection of prenatal life and the prohibition of eugenics – is perfectly consistent with the principles of Italian abortion laws.

Though it is true that Italy did not forbid the practice of abortion in an absolute manner, the law only permits it in exceptional cases, and only in the hypothesis where the life or the health of the mother would be in danger from the genetic defect from which the foetus is suffering. It is not, at least in principle, the foetus' state of health which justifies the abortion, but that of the mother. This difference is undoubtedly subtle but it is important from a theoretical point of view because it allows the consistency of the Italian legislation to be understood, the purpose of which is to protect the life of the unborn child and to allow the destruction of its life only when that of its mother is itself threatened. This conception comes from the so-called theory of double effect - a classic theory of moral philosophy - according to which the destruction of the foetus can only occur as a secondary result of the individual's will; coming as an inevitable consequence of the primary intention to preserve the mother's life. Thus, even though the principle which guarantees the inviolable character of the foetus allows some exceptions, it conserves its symbolic value and structures the Italian law relating to procreation. Yet, the Court analysed the Italian law from a purely practical viewpoint, with no regard of the principle that underlies it. No benefit can be gained from the Court comparing a principle - the prohibition of PGD - and an exception to a principle - the exceptional tolerance of abortion, since an exception should always be considered in the context of the principle from which it derogates. If a principle were being judged in the context of the exception, and not the reverse, the domestic law should be reordered to the original transgression, so that the exception can only operate in the specially foreseen event and not inform the law, which is the role of the principle [57].

Secondly, and in any event, the requirement of the national law's consistency does not implicitly fall under the Convention; indeed far from it. This reasoning can, as J. Cornides has highlighted, be broken down as follows: "*when a State, which is not bound by the Convention to grant a right X freely decides to grant it, that State should grant a right Y in the case where the denial of the right Y would be inconsistent with the granting of the right X. If it does not do this, it disrespects the provisions of the Convention, notwithstanding the fact that neither right X nor right Y would be, by themselves, a requirement of the said Convention*" [58]. This requirement of the consistency of national laws has the effect of considerably extending the Court's competences. It permits rulings on the foundation of a right which does not fall under the Convention; if it is determined without any reference to the Convention, it can only be defined in relation to the conviction of the judge. With no link to the Convention, nothing, if not the conviction of the judge, can determine the sense in which an alleged domestic consistency should be analysed: a law which forbids abortion and PGD could therefore be just as consistent as a law

which authorises them. Domestic consistency is, like the principle of non-discrimination [59], a principle which permits the “progression of the law” step by step. Thus, the obligation of consistency can justify the forcing of a State which has legalised the practice of carrier mothers to permit that of artificial uteruses, and so on. Professor Marguénaud concludes that “*in all the other Member States of the Council of Europe, the marriage of the principles of consistency and proportionality noted in Costa and Pavan should have the effect of authorising preimplantation diagnosis in order to detect all genetic defects or sexually transmitted infections, the revelation of which by prenatal examination could justify, regarding the national law, an abortion*” [60].

In *Costa and Pavan v. Austria*, the Court did not consider whether the prohibition of MAP and PGD were, *by themselves*, contrary to the provisions of the Convention. Neither did it indicate that the Convention forms an obligation for States to provide abortion. However, after establishing that Italy allowed the resort to an abortion, the Court judged that the prohibition of MAP and PGD was therefore disproportionate and violated the Convention. It is only because abortion is authorised that the judgment has a basis that allows it to impose, *in fine*, the legalisation of PGD. It is hard to find an objective, substantial and logical foundation from which, when the prohibition of MAP and PGD is not in itself contrary to the Convention, it is reasonable to suggest it becomes incompatible from the simple fact that there is a concurrent tolerance of abortion, except if the ability to resort to abortion creates in domestic law the right to a healthy child which itself falls within the field of application of Article 8 [61].

This is at the heart of the Section’s reasoning; it is not by “editorial clumsiness” [62] that the Court states in paragraph 65 that “*in order to protect their right to bring a child into the world who would not be affected by the genetic defect of which they are carriers, the only manner in which they could benefit from this would be to begin a pregnancy by natural means and then proceed to an abortion should a prenatal examination show that the foetus is ill.*”

The reasoning which underlies *Costa and Pavan* is directed towards the creation of a healthy child: it is in the light of these objectives that the methods can be compared. Abortion, on one hand, and MAP and PGD, on the other, are comparable as alternative means of having a healthy child, by prenatal selection for abortion and by preimplantation selection for MAP. It is this objective which gives Costa-Pavan its consistency, and which would reveal the inconsistency of the Italian legislation if it had been the intention of the legislator to create the right to a healthy child. Yet it is precisely the opposite intention which underlies this legislation. The intentions of the Italian legislator and the majority of the Strasbourg judges are diametrically opposed: the first poses as a principle the protection of the embryo and the unborn child, the second the right of the parents to

dispose of them when they are genetically deficient. According to the adopted approach, is the Italian legislation consistent or not? It is true that it remains consistent from a theoretical point of view, but in practice – which is the real place of morality – the tolerance of therapeutic abortion has also introduced the logic of eugenics of convenience into the Italian system. The Court noted the existence of this contradiction between theory and practice, and ruled in favour of what it believed to be the most liberal solution: the extension of access to MAP and PGD.

4. Conclusion.

Before any attempt to protect the individual against the State; the movement which envisaged human rights and resulted in the creation of national and international instruments, such as the Convention; there was firstly an effort to define man as a being endowed with specific capacities. These capacities (to think, speak, pray, possess, etc.) determine man, distinguishing him from animals, and show (or according to some even constitute) the respect of dignity. The protection of man and his dignity are concretely realised by the protection of his specific capacities, which constitute his inalienable natural rights [63]. Human rights are an attempt to objectively define what in the human race deserves to be protected, and therefore what defines it.

Thus, to determine human rights, it is man himself who is defined in an implicit fashion. Since human rights express a definition of man, changes to the substance of these rights retrospectively modify the anthropology underlying this definition.

Human rights initially envisaged the “inherent” capacities or qualities of man; that is to say those which the individual enjoys from birth. However, technical instruments (such as the media and vehicles) facilitate and extend the exercise of these inherent capacities, and biotechnologies add new capacities to man which are not inherent to him, but which nevertheless contribute to redefining him. The progress of biotechnologies, by changing man, has thus advanced his rights. In return, the law, as a method of representation and social organisation, is able to integrate scientific advances into the contemporary anthropological conception [64]. Man defines human rights, which in return redefine an “increased man” through the evolution of morals and technologies, and so on. This circular and elevatory reasoning can be developed in view of a consistency which by its nature maintains the notions of dignity and human liberty at the foundation of human rights.

It is not only biotechnologies which influence the content of human rights, however the two converge on a common dynamic oriented towards the improvement of the human condition [65]. As human rights only

envisaged natural and inherent capacities, they had an exclusively protective function and manifested themselves through the negative obligation of the State to avoid restricting the exercise of these capacities. But, from the moment that human rights integrates these new, non-inherent capacities, they acquire a function which is no longer to protect, but to improve the human condition, which integrates positive obligations – also a new development – into this logic; requiring the State to facilitate the effective exercise of these capacities and/or rights.

This perspective of improvement, which would even alter the conception of the human condition, is at the heart of the debate on post-humanism [66] and trans-humanism. If these *post* and *trans* humanisms succeed from the humanism that originally underlay human rights, it is natural that this succession would also be observed in the caselaw of the Court, which would evolve the Convention over time. Moreover, the idea of a “new man”; of the regeneration of the human race [67]; is not estranged from the philosophical traditions of the Enlightenment. Furthermore, genetic selection would not be alien to human nature in that it is the mechanism at work behind the theory of evolution. The value which, in classical thought, consists of man following and accomplishing his *nature*, is now confused with evolutionism; with the law of natural selection/evolution. In these conditions, it is evident that the classical and post-Darwinian anthropologies cannot agree on a common conception of human rights.

The convergence unifying medicine and the Welfare State must be added to that between human rights and biotechnology. Human rights developed during the 20 century with the Welfare State; one of the purposes of which was to make medicine and health a public service. Human rights, the Welfare State and medicine all serve a common purpose and are linked. Yet, in the same way human rights are no longer simply to *protect*, but also to *improve*; medicine no longer functions simply to *prevent* and to *treat*, but also to *improve* the human condition. To this end, over the past few decades, the therapeutic purpose of medical acts has been abandoned [68], which prevented it from acts without such a purpose (such as experimentation with no personal therapeutic purpose, MAP for single women, aesthetic surgery, contraceptive sterilisation or abortion) [69]. These acts, much like PGD, do not treat but are permitted as they are the object of the desires of individuals and improve the condition of the said people [70]. Human rights, like non-therapeutic medicine, offer promises that the Welfare State; social and liberal; would be required to recognise and offer to all, provided it had the means to do so.

Finally, going beyond the serious criticisms to be outlined regarding this judgment, this constitutes an important step in the story of the convergence between human rights and biotechnology. The confirmation of the new right that it contains is the result of a powerful and historical movement driven by the ambition to make men the “*masters and*

possessors of nature” [71]. In this sense, the right to a healthy child; the right to eugenics; is a progressive right: it envisages the improvement of the human condition by a greater technological mastery of individual and collective existence.

To conclude with Hannah Arendt: “*The human artifice of the world separates human existence from all mere animal environment, but life itself is outside this artificial world, and through life man remains related to all other living organisms. For some time now, a great many scientific endeavors have been directed toward making life also 'artificial', toward cutting the last tie through which even man belongs among the children of nature*” (...) “*This future man, whom the scientists tell us they will produce in no more than a hundred years, seems to be possessed by a rebellion against human existence as it has been given, a free gift from nowhere (secularly speaking), which he wishes to exchange, as it were, for something he has made himself*” [72].

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] The unusually rapid treatment of this case (less than two years separate the introduction of the request from the announcement of the decision) is undoubtedly explained by the sensitive character of the question. Furthermore, it is notable that the judgment was given by the Second Section of the Court, just before the departure of the President of this Section. The Counsel of the applicants is also familiar with the Section; he represented the applicants in the famous *Lautsi v. Italy* case, GC 18 March 2011, in relation to the presence of the crucifix in classrooms.

[2] Article 43 of the Convention.

[3] See however for commentaries favourable to the decision, C. PICHERAL, “*Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire*” [The careful advances of the European Court of Human Rights in matters of access to preimplantation genetic diagnosis], *Semaine juridique, édition générale*, 2012, No. 43, 1148. Céline BENOS, “*L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne*, Note sous Cour EDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*” [The prohibition of preimplantation genetic diagnosis in the European Spotlight, Note under the European Court of Human Rights, 28 August 2012, *Costa and Pavan v. Italy*], *Revue de droit sanitaire et social* 2013, p. 67.

[4] *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 31.

[5] *McCann and Others v. United Kingdom*, 27 September 1995.

- [6] *Yasa v. Turkey*, 2 September 1998, § 66.
- [7] *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998 and *Cakici v. Turkey* [GC], No. 23657/94, §§ 98-99.
- [8] *Dudgeon v. United Kingdom*, 22 October 1981, §§ 40-41.
- [9] *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 27; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, §§ 43-44.
- [10] *Norris*, cited above, § 31.
- [11] *Sejdic and Finci v. Bosnia-Herzegovina*, [GC], Nos. 27996/06 and 34836/06, decision of 22 December 2009, § 28 and *Burden v. United Kingdom*, cited above, §§ 33-34. “*The Convention does not, therefore, envisage the bringing of an actio popularis for the interpretation of the rights set out therein or permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention. It is, however, open to applicants to contend that a law violates their rights, in the absence of an individual measure of implementation, if they belong to a class of people who risk being directly affected by the legislation or if they are required either to modify their conduct or risk being prosecuted*”.
- [12] *Klass and Others v. Germany*, § 33; *Burden v. United Kingdom* [GC], § 33; *Perez v. France* [GC], No. 47287/99, § 70, CESH 2004-I.
- [13] This has been reasserted by the Member States in the Conferences of Interlaken (February 2010) and Izmir (April 2011).
- [14] *Sejdovic v. Italy* [GC], § 46 ; *Paksas v. Lithuania* [GC], § 75.
- [15] *Baumann v. France*, No. 33592/96, 22 May 2001, § 47.
- [16] Even the Italian Constitutional Court had been questioned about Law No. 40 and declared it partially unconstitutional in Decision No. 151 of 2009.
- [17] Italy had therefore satisfied the rule according to which it is for a Government claiming non-exhaustion of domestic remedies to establish that they were effective and available as much in theory as in practice.
- [18] In the cases of *Vallianos and Others v. Greece*, Nos. 29381/09 and 32684/09, currently pending, the Court will again have to rule on the admissibility of requests submitted without the domestic remedies being exhausted.
- [19] See also the judgment of 16 December 2010, *A, B and C v. Ireland*, No. 25579/05, §§ 145-153.
- [20] See, in particular, the judgment of 28 June 2011, *League of Swiss Muslims and Others v. Switzerland*, No. 66274/09.
- [21] *Evans v United Kingdom* [GC], 1 April 2010, No. 6339/05, § 71.
- [22] See, for example, *Evans*, cited above, § 77; *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, §§ 24 and 27; *Dudgeon*, cited above, § 52; and *Christine Goodwin v. United Kingdom* [GC], No. 28957/95, § 90.
- [23] *Dickson v. United Kingdom* [GC], No. 44362/04, § 66.

[24] See Céline BENOS, “The prohibition of preimplantation genetic diagnosis in the European Spotlight, Note under the European Court of Human Rights, 28 August 2012, *Costa and Pavan v. Italy*”, *Review of Health and Social Law* 2013, p. 67.

[25] It is true that, in *S.H. v. Austria* [GC], the Court had already admitted that “*the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*” (§ 82).

[26] *S.H. v. Austria*, Section Decision, 1 April 2010, § 74.

[27] *Margarita Šijakova and Others v. “the Former Yugoslav Republic of Macedonia”* (Dec) No. 67914/01, 6 March 2003 “*the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention*”. See also *S.H. v. Austria*, No. 57813/00, Decision on admissibility of 15 November 2007, § 4.

[28] This point is also emphasised by Céline Bénos, in “The prohibition of preimplantation genetic diagnosis in the European Spotlight,” cited above.

[29] *S.H. and Others v. Austria* [GC], No. 57813/00, § 82.

[30] And can therefore enter into the field of Article 8 under the conditional admissibility criteria.

[31] On the extension of the scope of Article 8 : C. PICHERAL, “The careful advances of the European Court of Human Rights in matters of access to preimplantation genetic diagnosis”, *Semaine juridique, édition générale*, 2012, n° 43, 1148.

[32] *Goodwin v. United Kingdom*, § 90.

[33] *Bensaïd v. United Kingdom*, No. 44599/98, § 47.

[34] *Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, § 61.

[35] Jean-Yves NAU, “Diagnostic prénatal: le risque de l’eugénisme démocratique” [Prenatal Diagnosis : the risk of democratic eugenics], *Slate.fr*. 29/04/2013, Available at : <http://www.slate.fr/story/71773/diagnostic-prenatal-depistage-eugenisme>

[36] This lack of clear motivation can be found in other cases, particularly in the Grand Chamber’s ruling in *S.H. v. Austria*, § 90.

[37] See Ch. NOWLIN, “The protection of morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”. *Human rights quarterly*, Vol. 24 No. 1 (February 2002), pp. 264-286.

[38] Similarly the Court, in *S.H. v. Austria*, found that placing themselves in the moral context of the time, with more than ten years having passed before the delivery of the judgment, relativised the value of its decision that no infringement had occurred and gave more meaning to its concluding warning concerning the rapidly evolving character of the topic at hand.

[39] Article 1, entitled “Purpose”, of Law No. 40/2004 is so worded in its first paragraph: “*Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.*”

[40] *Vo v. France*, GC 8 July 2004, req. 53924/00, § 84.

[41] See also the judgment *A, B and C v. Ireland*, § 222.

[42] *Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party.*”

[43] In this regard it is significant to take into account that the judgment, in its extensive citation of Law No. 40/2004, has omitted any reproduction of Article 1.

[44] See J. HABERMAS, “L’avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral?” [The Future of Human Nature. Towards Liberal Eugenics?], Coll. Nrfessais, Gallimard, 2002; Jacques TESTARD, “L’œuf transparent” [The Transparent Egg]. Flammarion Coll. Champs, 1986.

[45] This prohibition is notably provided by the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights of UNESCO of 11 November 1997 (Article 6) and in the Oviedo Convention (Article 11).

[46] *Open Door v. Ireland*, No. 14234/88; 14235/88, § 68.

[47] *S. H. v. Austria*, 1 April 2010, § 69.

[48] *Dickson v. United Kingdom*, GC, 4 December 2007, No. 44362/04, § 78.

[49] As was reasserted by the Court in the judgment *S. H. v. Austria*.

[50] Document on preimplantation and prenatal diagnosis published by the Committee on Bioethics (DH-BIO) on 22 November 2010.

[51] Article 28 – Public Debate – *Parties to this Convention shall see to it that the fundamental questions raised by the developments of biology and medicine are the subject of appropriate public discussion in the light, in particular, of relevant medical, social, economic, ethical and legal implications, and that their possible application is made the subject of appropriate consultation.*

[52] *A, B and C v. Ireland* [GC], 16 December 2010, § 226.

[53] See “La conscience de l’Europe : 50 ans de la Cour européenne des droits de l’homme” [The Conscience of Europe: 50 years of the European Court of Human Rights], Johnathan Sharpe (under the direction of), Third Millennium Information Ltd.

[54] Nicolas Hervieu, “Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales.” [A long process towards the recognition of same-sex parent families in Europe] [PDF] in *Lettre “Actualités Droits-Libertés” of CREDOF*, 26 February 2013.

[55] See for example the interpretation of Article 12 in *Goodwin* (cited above) and *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04 of 24 June 2010 and *X and Others v. Austria* [GC], No. 19010/07 of 19 February 2013.

[56] For example, *Goodwin v. United Kingdom* (§ 78), *Tysiack v. Poland* (§ 116). See also, more recently, *X and Others v. Austria*, cited above, § 144.

[57] See Grégor PUPPINCK “Interdiction du diagnostic préimplantatoire : la CEDH censure le législateur italien ” [Prohibition of preimplantation diagnosis: the ECHR censures the Italian legislator], *Droit de la famille*, No. 11, Commentary 170, November 2012.

[58] Dr. Jacob Cornides, „Die Krise des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dargestellt anhand der Entscheidung X. gegen Österreich“ [The crisis of the European Court of Human Rights, illustrated by the decision *X v. Austria*], forthcoming.

[59] See for example the use in *X v. Austria* in the matter of homosexual adoption. See Grégor PUPPINCK, “Affaire X et autres c/ Autriche du 19 février 2013 : la Cour européenne pose les fondements d’un droit à l’adoption par les couples de même sexe” [*X and Others v. Austria* of 19 February 2013: the European Court poses the foundations of a right to adoption for same-sex couples]. *Droit civil*, Lamy, 2013, forthcoming.

[60] Jean-Pierre Marguénaud “Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs” [The right of parents to a child free of the genetic defects they carry], *RTD Civ.* 2012, p. 697.

[61] However, consideration of the ability to access abortion does not at this stage form a part of admissibility *ratione materiae* (therefore fall within the scope of Article 8’s field of application), but of the principle of proportionality.

[62] Nicolas Hervieu, in the Article cited above, thinks that this formation is the fruit of an “editorial clumsiness”. Jean-Pierre Marguénaud on the other hand says that “*in any case, the Court reasons in terms of protecting the right of the parents to bring a child into the world who will not be affected by the genetic defect of which they are carriers*”, in “Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs” [The right of parents to child free of the genetic defects they carry], *RTD Civ.* 2012 p. 697.

[63] Preamble of the Declaration of Rights 1789.

[64] See the interesting reflection of Florence BELLIVIER in “Réflexion au sujet de la nature et de l’artifice dans les lois de bioéthique” [Reflection on the nature and artifice of the laws of bioethics], *LPA*, No. 35, 18 February 2005 p. 10, and BELLIVIER F., BRUNET L. “De la nature humaine à l’identité génétique : nature et artifice dans les lois dites de bioéthique” [On the human nature of genetic identity : nature and artifice in the so-called laws of bioethics], *Espaces et sociétés*, No. 99, 1999, p. 45.

[65] On the “fluid borders between technology and ethics” see Florence CHALTIEL, “La loi italienne sur la procréation médicalement assistée censurée par la Cour européenne des droits de l'Homme” [The Italian law on medically assisted procreation censored by the European Court of Human Rights], *Petites affiches*, 18 December 2012 No. 252, and on the improvement of the human condition: G. PUPPINCK, “*L’auteur de la norme bioéthique*” [The author of the bioethical norm], Doctorate thesis under the direction of Gérard Mémeteau, Poitiers, 2009.

[66] See notably D. LECOURT, “*Humain, post humain : la technique et la vie*”, [Human, Post Human: technology and life], Paris, PUF, 2003. ; C. LABRUSSE-RIOU, “*L’humain en droit, réalité, fiction, utopie ?*” [The human individual in law, reality, fiction, utopia?] in, *Towards the end of man*, (s.d.) Ch. HERVÉ and J.-J. ROZENBERG, Brussels, De Broeck, 2006, pp. 157-171.

[67] See X. MARTIN, “*Régénérer l’espèce humaine, Utopie Médicale et Lumières, 1750-1850,*” [Regenerating the human species, Medical Utopia and the Enlightenment, 1750-1850], Bouère, DMM, 2008.

[68] In France, the Law of 27 July 1999 called into question the requirement of therapeutic cause by substituting the adjective “medical” for “therapeutic” into Article 16-3 of the Code Civil, in order to permit a larger interpretation of the legality of the purpose of an act which attacks physical integrity.

[69] See G. PUPPINCK, Thesis, *cited above*, pages 165 and following.

[70] G. MEMETEAU “Droit médical est-il un droit au bonheur ? Apprendre à douter : Questions de droit, questions sur le droit” [Medical law - is there a right to happiness? Learn to doubt: Questions of law, questions on the law] in *Mélanges en l'honneur de J.-C. LOMBOIS*, Limoges, PULIM., 2004, p.337.

[71] R. DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences* [Speech on the method of rightly conducted reason, and searching for the truth in science], 6 part, 1637. “*Renders ourselves as masters and possessors of nature*”.

[72] H. ARENDT, *The Human Condition*, London, University of Chicago Press, Coll. Charles R. Walgreen Foundation lectures, 1958. pp. 2-3.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA
Numero 3 - 2013
Anno III
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)
ISSN (Online edition): 2239-7442**