

Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico
Alberto Maria Gambino

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa
Vincenzo Di Cataldo
Giusella Finocchiaro
Giorgio Florida
Gianpiero Gamaleri
Alberto M. Gambino
Gustavo Ghidini
Andrea Guaccero
Mario Libertini
Francesco Macario
Roberto Mastroianni
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli
Enrico Moscati
Alberto Musso
Luca Nivarra
Gustavo Olivieri
Cristoforo Osti
Roberto Pardolesi
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Sena
Salvatore Sica
Vincenzo Zeno-Zencovich
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Numero 1
Anno IV
Gennaio/Marzo 2014

CON CONTRIBUTI DI:

Giulia Arangüena, Vincenzo Lino, Gilberto Nava, Giulio Pascali, Giorgio Santoro.

SOMMARIO

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazione elettronica (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70)

di Giorgio Santoro

p. 7

Mercato, concorrenza e regolazione

Bitcoin: una sfida per *policymakers* e regolatori

di Giulia Arangüena

p. 19

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?

di Gilberto Nava

p. 44

**Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM...o forse no?
Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs.n.21/2014**

di Giulio Pascali

p. 76

Diritti della persona e responsabilità in rete

Gli enti *non-profit* nello Stato, nella Società Civile e nel Mercato. Dal liberismo al liberalismo sociale.

di Vincenzo Lino

p. 87

Rubrica "Diverso Avviso" a cura di Gustavo Ghidini:

Opere dell'ingegno: più libertà per i "derivati culturali"

p. 99

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 Guaccero
- 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 Trequatrin
- 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 Maria 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

Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazione elettronica (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70)

di
Giorgio Santoro

Abstract

On 31 March 2014, the Regulation in defence of Intellectual Property adopted by the Italian Communication Authority became effective. From an administrative point of view, the Regulation is a landmark provision introducing rules against the so called On line and Broadcast Program Piracy through the implementation of simplified mechanisms of notification in case of Intellectual Property rights' breaches. The Regulation is also aimed at promoting the development of legal offer of digital contents and at cultivating their legal usage.

Il 31 marzo 2014 è entrato in vigore il Regolamento in materia di tutela del Diritto d'autore adottato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il Regolamento è il primo provvedimento in Italia ad introdurre una normativa, dal punto di vista meramente amministrativo, della c.d. pirateria *online* e radiotelevisiva attraverso la predisposizione di meccanismi semplificati di segnalazione delle violazioni. Il Regolamento mira, inoltre, alla promozione dello sviluppo dell'offerta legale delle opere digitali e dell'educazione alla corretta fruizione delle stesse.

Sommario: 1. Le novità introdotte dal Regolamento in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazioni elettroniche. Introduzione - 2. Finalità e ambito di applicazione (art. 2) - 3. Schema del Regolamento e suoi principali elementi (artt. 3 - 14) - 4. Il quadro normativo di riferimento - 5. Le recenti impugnazioni - 6. Conclusioni

1. Le novità introdotte dal Regolamento in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazioni elettroniche. Introduzione.

Il 31 marzo 2014 è entrato in vigore il "Regolamento in materia di tutela del Diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" (di seguito, per brevità, "Regolamento") adottato, all'unanimità, dal Consiglio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM" o "Autorità") nella riunione del 12 dicembre 2013 [1].

Il provvedimento è delineato per regolare in maniera equilibrata i differenti interessi, a volte confliggenti, che emergono nel nuovo contesto tecnologico globalizzato che consente una efficace distribuzione di prodotti e servizi e moltiplica in modo esponenziale la loro fruizione da parte degli utenti finali. La diversa potenzialità di diffusione, però, amplifica l'eventualità della violazione dei diritti, patrimoniali e non, del soggetto

titolare del diritto d'autore (come, ad esempio, la lesione dell'equa remunerazione). D'altro canto, tale diritto va temperato con il diritto di qualsiasi soggetto ad accedere a tutto quanto sia reso disponibile sulle reti. Tale necessità di bilanciamento di interessi è prevista nella stessa Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo che, all'art. 27, riconosce ad ogni individuo il "diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici" (I comma) e, al contempo, afferma il "diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore" (II comma) [2].

L'AGCOM ha ritenuto, dunque, necessario regolare organicamente l'argomento al fine di evitare interventi isolati e non coordinati che avrebbero avuto un'efficacia limitata e non sistematica. Nelle intenzioni dell'Autorità, infatti, il provvedimento è teso a "contribuire all'azione di contrasto svolta dai pubblici poteri nei confronti della pirateria digitale" nonché, tramite una serie di azioni positive, "creare una cultura della legalità nella fruizione dei contenuti" [3].

La necessità di temperare differenti interessi e diritti, anche di natura costituzionale, ha imposto, prima di adottare il Regolamento, di condividere il testo predisposto per confrontarsi con gli operatori del settore e i soggetti interessati. Si è proceduto, quindi, a tre diverse procedure di consultazione [4] che hanno visto, di volta in volta, un'ampia partecipazione, tramite l'invio di contributi o la richiesta di audizioni in merito alle definizioni, al campo di applicazione nonché ai profili procedurali di cui all'adottando Regolamento [5]. Tra le osservazioni pervenute anche quelle della Commissione europea, ai sensi dell'articolo 8 della Direttiva 98/34/CE, in risposta alla notifica AGCOM del 2 agosto 2011 [6].

Il Regolamento è il primo provvedimento che tenda ad introdurre una normativa, dal punto di vista meramente amministrativo, della c.d. pirateria *online* e radiotelevisiva, ovvero la circolazione in rete messa di opere digitali in violazione del diritto d'autore dei titolari. Nel nostro ordinamento, fino ad oggi, era stata adottata una politica di repressione del fenomeno basata sull'introduzione di fattispecie di natura penale (ad esempio, da ultimo con il c.d. decreto Urbani) [7] oppure modificando le norme processuali sul diritto d'autore con l'introduzione di strumenti cautelari nel processo civile di fronte alle sezioni specializzate per la proprietà intellettuale del Tribunale [8].

2. Finalità e ambito di applicazione (art. 2).

L'art. 2, I comma, del Regolamento indica espressamente le attività dell'Autorità "in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" [9] ovvero:

- la promozione dello "sviluppo dell'offerta legale di opere digitali e l'educazione alla corretta fruizione delle stesse", nonché

- la predisposizione di “procedure volte all’accertamento e alla cessazione delle violazioni del diritto d’autore e dei diritti connessi, comunque realizzati, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica”.

L’ambito di applicazione è definito nel secondo comma che precisa che “non si riferisce agli utenti finali che fruiscono di opere digitali in modalità downloading o streaming, nonché alle applicazioni e ai programmi per elaboratore attraverso i quali si realizza la condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica”.

L’attuale definizione di opere digitali [10] impedisce di considerare incluse nell’oggetto delle tutele “il design di siti web e piattaforme, le opere derivate, i siti internet approntati da blogger e creativi; tutto questo scenario, fatto di opere protette dal diritto d’autore e che sono la maggiore espressione delle potenzialità del mezzo Internet, resta fuori perché l’intento è individuare un meccanismo di tutela che miri *in primis* a ripristinare una differenza di velocità tra il mondo delle cose concrete e il mondo dell’*online*. Internet ha cambiato lo scenario della diffusione e della distribuzione di ciò che prima trovava un punto di equilibrio nel sostrato materiale” [11].

Destinatari dei provvedimenti dell’AGCOM possono essere solo i prestatori dei servizi di memorizzazione di dati ed informazioni (c.d. *hosting*), di connessione alla rete (c.d. *mere conduit*) e i fornitori di servizi di *media* audiovisivi [12]. L’attuale ambito soggettivo di applicazione del Regolamento ha recepito le istanze pervenute in fase di consultazioni pubbliche. L’Autorità ha, infatti, eliminato la precedente quanto generica definizione di prestatore di servizi “intermediari” al fine “di maggiore chiarezza”.

3. Schema del Regolamento (artt. 3 - 14).

Nella prima parte del Regolamento, [13] l’AGCOM promuove l’educazione degli utenti alla legalità e la diffusione dell’offerta legale di opere digitali, attraverso l’istituzione del Comitato per lo sviluppo e la tutela dell’offerta legale di opere digitali (“Comitato”) che vede la partecipazione di rappresentanti delle differenti categorie portatrici di interessi nel settore [14]. Si evidenzia, *inter alia*, la volontà dell’AGCOM di incoraggiare il raggiungimento di intese tra le differenti categorie al fine di incentivare l’accesso alle opere digitali mediante la semplificazione della filiera di distribuzione “attraverso strumenti quali le finestre di distribuzione e gli accordi di licenza sviluppati ad hoc per la diffusione di opere digitali” e l’adozione di codici di condotta da parte dei prestatori di servizi della società dell’informazione anche con riferimento a strumenti di contrasto, elaborati in collaborazione con i prestatori di servizi di pagamento, fondati sull’analisi delle transazioni economiche e dei modelli di *business* connessi all’offerta di contenuti in violazione del diritto d’autore (c.d. *follow the money*) [15].

Nella seconda parte, [16] si prevedono due procedure, tra loro abbastanza simili, contro la violazione del diritto d'autore, a seconda che questa venga commessa su una pagina internet o su servizi di *media*. In entrambi i casi, il procedimento viene avviato attraverso l'invio di un'istanza all'AGCOM [17]. L'art. 5 dispone espressamente che "l'Autorità interviene su istanza di parte" [18]. Possono presentare l'istanza:

- il soggetto titolare o licenziatario del diritto d'autore o dei diritti connessi con riferimento all'opera digitale o al servizio di *media*; oppure
- il soggetto (per esempio associazioni di gestione collettiva o di categoria) con mandato conferito dal titolare o dal licenziatario del diritto.

In entrambe le procedure, l'AGCOM verifica preliminarmente che l'istanza non sia irricevibile [19], inammissibile [20], improcedibile [21] o manifestamente infondata. Qualora l'Ufficio diritti digitali della Direzione servizi *media* ("Direzione") non ne disponga l'archiviazione entro 7 giorni, il procedimento viene avviato.

Per i soli procedimenti relativi a violazioni su una pagina internet, l'AGCOM comunica l'avvio del procedimento ai prestatori di servizi nonché, ove rintracciabili, all'*uploader* e ai gestori della pagina e del sito internet, e li invita a adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante. Se questi non si adeguano, viene valutata la sussistenza dell'illecito e, a seconda che lo si ritenga sussistente o meno, vengono adottati i provvedimenti previsti o è disposta l'archiviazione della pratica. L'Autorità può adottare diversi provvedimenti:

- a. se il *server* in cui si trovano le opere in violazione è situato in Italia, ordina di norma al fornitore di servizi di *hosting* la rimozione selettiva delle opere o la disabilitazione dell'accesso alle opere medesime;
- b. se il *server* è all'estero ordina al fornitore di servizi di *mere conduit* di disabilitare l'accesso al sito contenente le opere in violazione;
- c. in aggiunta rispetto ai provvedimenti **a.** e **b.**, il re-indirizzamento a una pagina internet il cui contenuto sarà determinato dall'AGCOM (presumibilmente contenente il provvedimento della stessa autorità) delle richieste di accesso alle pagine web contenenti le opere in violazione.

In caso, invece, di procedimenti relativi a violazioni sui servizi di *media*, l'AGCOM, dopo aver comunicato l'avvio del procedimento al fornitore di servizi, valutata la sussistenza dell'illecito, può disporre l'archiviazione oppure:

- a. diffidare i fornitori di servizi di *media* lineari dal trasmettere programmi in violazione della Legge sul diritto d'autore; ovvero
- b. ordinare ai fornitori di servizi di *media* non lineari, cc.dd. "a richiesta", di rimuovere dal catalogo, entro tre giorni dalla notifica dell'ordine, i programmi messi a disposizione in violazione delle norme sul diritto d'autore.

In entrambe le procedure, la Commissione servizi e prodotti ("CSP") adotta i relativi provvedimenti entro il termine di 35 giorni dalla ricezione

dell'istanza [22]. In caso di inottemperanza alle diffide o agli ordini, l'AGCOM irroga le sanzioni previste dalla Legge n. 249 del 31 luglio 1997 che vanno da 10mila a 250mila euro [23].

Una volta conclusosi il procedimento, ex art. 17, è ammesso il ricorso avverso il provvedimento dell'Autorità dinanzi al giudice amministrativo.

Laddove venga instaurato dinanzi l'Autorità giudiziaria un procedimento avente lo stesso oggetto e pendente tra le stesse parti, il procedimento amministrativo deve essere sospeso [24]. Ed ancora, nella fase immediatamente successiva all'avvio del procedimento, l'art. 7, VII comma, e l'art. 11, IV comma, dispongono l'obbligo per il soggetto istante di informare la Direzione "qualora adisca l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto" così da consentirne l'archiviazione. Tale scelta potrebbe comportare delle strumentalizzazioni quali, ad esempio, la scelta di instaurare un procedimento ordinario, una volta ricevuto l'avviso relativo alla presentazione dell'istanza, al solo fine di interrompere il veloce procedimento dinanzi all'AGCOM [25]. Alcuni contributi pervenuti nell'ultima consultazione pubblica, infatti, manifestavano le proprie perplessità su tali aspetti. Un contributo invitava l'Autorità a specificare che "la pendenza di un procedimento penale [...] non comporta l'archiviazione del procedimento amministrativo". In generale, altri soggetti hanno manifestato la non opportunità della "sospensione del procedimento" Tali sottolineature non sono state prese in considerazione dall'Autorità nelle sue osservazioni [26].

4. Il quadro normativo di riferimento.

Uno dei principali argomenti utilizzati per porre in discussione il Regolamento è l'attribuzione alle Autorità indipendenti di un potere di tipo normativo: l'attribuzione di un potere positivo dovrebbe non soltanto tracciare il quadro dei principi entro cui alle Autorità indipendenti sia consentito muoversi, ma anche conferire espressamente alle medesime l'esercizio della potestà normativa [27].

Recentemente, il Consiglio di Stato ha affermato che "l'attribuzione alle Autorità di settore di ampi poteri regolamentari impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari". La condotta dell'Autorità nel caso di specie, sembra aver aderito a tale orientamento [28].

Se, in linea generale, l'applicazione rigorosa del principio di legalità esigerebbe che la potestà regolamentare fosse attribuita espressamente alle Autorità indipendenti è pur vero che talvolta il fondamento di detti poteri è stato desunto in modo implicito da disposizioni legislative volte a definire in maniera alquanto generica i compiti delle Autorità, senza specificare la natura regolamentare degli atti con rilevanza esterna [29]. Il Consiglio di Stato, ha rinvenuto il fondamento della potestà normativa nel "generale

potere dell'Autorità di dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti". Nell'emanazione delle direttive che rientrano nella sua potestà regolatrice, l'Autorità non può limitarsi esclusivamente a comportamenti già individuati dal legislatore, perché in tal modo si finirebbe per rendere evanescente quella funzione di "regolazione e controllo", affidata ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione [30].

Nel caso di specie, l'AGCOM ha fondato la propria competenza sulla base di diverse disposizioni legislative statali, attributive di una generale competenza all'Autorità in materia di diritto d'autore.

In primis, va posto in evidenza l'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941, "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", introdotto dall'art. 11 della legge n. 248 del 2000, "Nuove norme di tutela del diritto d'autore". L'attribuzione all'Autorità di compiti di prevenzione e accertamento delle violazioni alla normativa sul diritto d'autore, in coordinamento con la Società Italiana degli Autori e degli Editori ("SIAE") "nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge", rappresenta la prima conferma normativa della competenza in tale ambito, e particolarmente in quello del diritto d'autore veicolato sulle reti di comunicazione elettronica. Sul punto, è stato affermato che "da una lettura dell'art. 182 *bis* nella direzione di un rafforzamento di competenze già rinvenibili nella legge istitutiva del 1997, [...], è possibile desumere non già un'arbitraria espansione di poteri, bensì un'evoluzione rafforzativa di un ruolo già affidato all' AGCom, adesso però nell'ottica di una collaborazione istituzionale tra apparati amministrativi" [31].

In secondo luogo, rileva il D. Lgs. n. 70 del 2003 (con cui è stata recepita la Direttiva n. 2000/31/CE c.d. "sul commercio elettronico") [32], ed in particolar modo gli artt. 14, III comma, 15, II comma e 16, III comma, che prevedono la possibilità per l'AGCOM (oltre che naturalmente per l'Autorità giudiziaria) di esigere, anche in via d'urgenza, dal prestatore di servizi l'impedimento o la fine delle violazioni commesse, da cui discende la legittimazione di un potere d'intervento in capo all'Autorità, fermo restando l'intervento dell'Autorità giudiziaria.

Infine, con specifico riferimento al settore audiovisivo, nell'articolo 32 *bis* del D.Lgs. n. 177 del 31 luglio 2005 (c.d. "Testo unico della radiotelevisione") [33] che, nell'imporre ai fornitori di servizi di *media* il rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi nell'esercizio della propria attività, ha affiancato al generale potere di vigilanza e di ispezione dell'Autorità il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti previsti dalla norma [34]. In tale ambito, nel valutare le disposizioni di cui al Decreto Romani, le Commissioni Parlamentari Riunite (VII e IX) hanno espresso parere favorevole all'introduzione di un richiamo esplicito al decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 68 recante attuazione della Direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del Diritto d'Autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della Direttiva 2004/48/CE, sul rispetto

dei diritti di proprietà intellettuale. “I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 633 del 22 aprile 1941 e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi” [35].

5. Le recenti impugnazioni.

Sulla base delle informazioni attualmente disponibili, risultano due ricorsi pendenti dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (“TAR Lazio”) al fine di ottenere l’annullamento del Regolamento, presentati rispettivamente da:

- Associazione nazionale stampa *online*, Federazione Media digitali indipendenti e *Open Media Coalition*; e
- Altroconsumo, Movimento Difesa del Cittadino, Assoprovider-Confcommercio e Assintel.

Relativamente a quest’ultimo, il 9 aprile 2014, si è svolta la prima udienza dinanzi al TAR Lazio. Il Giudice amministrativo, non adottando alcun provvedimento cautelare, ha rinviato la decisione sul merito al prossimo 25 giugno 2014.

Risulterebbe, parimenti, un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rivolto dall’emittente satellitare Sky, per l’eccesso di delega con cui AGCOM avrebbe adottato il Regolamento [36].

6. Conclusioni.

Al 16 maggio 2014, e, dunque, 46 giorni dopo la sua entrata in vigore, risultano 22 segnalazioni di violazione del diritto d’autore di cui 3 in ambito musicale, 9 relative a materiale fotografico; 2 relative a libri elettronici; e 8 relative a diritti audiovisivi [37].

Al 6 giugno 2014, l’AGCOM ha pubblicato 18 provvedimenti di avvio del procedimento istruttorio, 7 di termine di archiviazione (di cui 1 per manifesta infondatezza, 2 per irricevibilità dell’istanza, 2 per inammissibilità dell’istanza, 1 per ritiro dell’istanza ed 1 in quanto pendente dinanzi all’Autorità giudiziaria) e 5 provvedimenti applicativi del Regolamento [38].

Per meglio comprendere i meccanismi contenuti nel Regolamento, e le relative implicazioni applicative, sarà necessario attendere l’implementazione dello stesso attraverso l’adozione di un numero più elevato di provvedimenti nonché le eventuali opposizioni agli stessi dinanzi al giudice amministrativo da parte dei soggetti destinatari del provvedimento (c.d. *regulation by litigation*) [39].

Sarà interessante vedere in che modo l’Autorità regolerà i casi in cui vi siano più titolari dei diritti su di un’opera digitale: sarà sufficiente l’istanza presentata da un singolo? Servirà un’istanza firmata congiuntamente da tutti i titolari del medesimo diritto?

Sarà parimenti interessante comprendere in che modo l'Autorità terrà in considerazione i principi di adeguatezza, gradualità e proporzionalità nell'emanazione dei propri provvedimenti inibitori e nella scelta del ordine maggiormente idoneo a conseguire il risultato prefissato.

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] Sul punto si veda Delibera AGCOM n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013 (consultabile all'indirizzo www.agcom.it/documents/10179/0/Documento/b0410f3a-0586-449a-aa99-09ac8824c945).

[2] Sul punto si vedano i risultati dell'Indagine conoscitiva realizzata dall'AGCOM "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" del 12 febbraio 2010, pagg. 7 e ss. (www.agcom.it/default.aspx?DocID=3790). Sull'art 27 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, v., in generale, [G. CONTALDI](#), La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale, Giuffrè, 2009, 6 ss.

[3] Sul punto si veda Comunicato Stampa AGCOM del dicembre 2013 (www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=12174).

[4] Sul punto si vedano i documenti in consultazione pubblica di cui alle Delibere AGCOM n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011 e n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013. Sulla Delibera 668/10 CONS, si è espressa M. CAPPELLO rilevando come si trattasse di una consultazione atipica in quanto fondata non su un testo di articolato bensì sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità. Gli interventi dell'AGCOM in materia di diritto d'autore e contenuti digitali, relazione tenuta al convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", Roma, 23 maggio 2011.

[5] Hanno partecipato alla consultazione pubblica, *inter alia*, Associazione Italiana Editori (AIE), Associazione Italiana Internet Provider (AIIP), Confindustria Cultura Italia, Facebook, Federazione Italiana Editori Giornali, Federazione Industria Musicale Italiana, Google Italy S.r.l., MTV Italia e i principali operatori di telefonia fissa o mobile.

[6] Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche in G.U.C.E. n. L204 del 21 luglio 1998, pag. 0037 - 0048.

[7] Decreto legge n. 72 del 22 marzo 2004 "Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo", convertito con modifiche con Legge n. 128 del 21 maggio 2004 con cui sono state previste misure sanzionatorie mirate a rendere effettiva la tutela dei diritti d'autore, che colpiscano penalmente la condotta di coloro che, per fini commerciali,

scambiano *file* protetti dal *copyright*, riservando la sola sanzione amministrativa a chi scarica i *file* per uso personale. Per un primo commento su tale normativa v., [N. LUCCHI](#), I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà, Springer, 2009, 141 ss.; Codice penale e leggi complementari a cura di D'Angelo, Maggioli, 2008, 588 ss.; C. SARZANA di S. IPPOLITO, Informatica, Internet e diritto penale, Giuffrè, 2010, *passim*; A. SIROTTI GAUDENZI, Il nuovo diritto d'autore, Maggioli, 2009, 164 ss.

[8] Con la definitiva emanazione dell'art. 2 del Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", il nostro legislatore ha apportato novità significative al Decreto Legislativo n. 168 del 27 giugno 2003, introducendo il Tribunale delle Imprese, con l'obiettivo di ampliare la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale tra cui, appunto, le controversie in materia di diritto d'autore. Sul punto, *inter alia*, F.VERDE, Il Tribunale delle imprese, Cacucci, 2012.

[9] Secondo l'art. 1, I comma del Decreto legislativo n. 259 del 1° agosto 2003, c.d. "Codice delle comunicazioni elettroniche" "*i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato*" (www2.agcom.it/l_naz/cod_comunicaz_dl259_03.htm).

[10] Secondo la definizione di cui alla lett. *p*) del Regolamento, per opera digitale si intende "*un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica*".

[11] Sul punto A. GAMBINO, intervento nel seminario di studi "[Il Regolamento Agcom sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica](#)", Roma, 18 febbraio 2014.

[12] Secondo la definizione di cui agli artt. 14 "Responsabilità nell'attività di semplice trasporto - *Mere conduit*" e 16 "Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni - *Hosting*" del Decreto Legislativo n. 70 del 9 aprile 2003.

[13] "Misure per favorire lo sviluppo e la tutela delle opere digitali" (Capo II, artt. 3 e 4), dedicata alle misure per favorire l'offerta legale e la promozione effettiva dell'accesso ai contenuti digitali.

[14] Con comunicazione del 26 febbraio 2014, l'Autorità ha invitato le associazioni rappresentative dei consumatori, autori, editori, produttori, distributori, fornitori di servizi di media e prestatori di servizi della società dell'informazione a manifestare il proprio interesse alla partecipazione al Comitato.

[15] Tale obiettivo nasce da una proposta di Google che ha avviato accordi con i principali processori di pagamento (Visa, Mastercard e PayPal per i micro pagamenti) al fine di bloccare i flussi di denaro dei siti che negoziano materiale piratato ed impedire una loro monetizzazione senza remunerare i creatori dei contenuti.

www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/mediatechnologyandtelecoms/9875339/Google-looks-to-cut-funds-to-illegal-sites.html.

[16] Contenente le misure a tutela del diritto d'autore, articolata a sua volta in "Procedure a tutela del diritto d'autore ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" (Capo III, artt. 5 - 9) e "Disposizioni relative alla tutela del diritto d'autore sui servizi di media" (Capo IV, artt. 10 - 14).

[17] L'Autorità ha inaugurato il sito www.ddaonline.it in cui è possibile consultare tutta la normativa e la documentazione di interesse nonché scaricare tutta la modulistica necessaria all'invio delle istanze.

[18] Tale scelta di escludere qualsiasi intervento autonomo da parte dell'Autorità, ha suscitato alcune perplessità in alcuni Autori in quanto l'azione dell'Autorità non è finalizzata alla tutela degli interessi dei privati ma alla promozione ed alla salvaguardia della creatività, come fattore di promozione della cultura. Si veda, ad esempio, S. PREVITI, Il nuovo regolamento AGCOM per la tutela del diritto d'autore. Tutela del diritto d'autore, arriva il nuovo regolamento AGCOM (www.leggioggi.it/2013/12/27/il-nuovo-regolamento-agcom-per-la-tutela-del-diritto-dautore).

[19] Qualora l'istanza non sia stata trasmessa utilizzando l'apposito modello o per difetto di informazioni essenziali (artt. 6, IV comma, let. *a*) e 11, V comma, let. *a*) del Regolamento).

[20] Qualora l'istanza non sia riconducibile all'ambito di applicazione del Regolamento (artt. 6, IV comma, let. *c*) e 11, V comma, let. *c*) del Regolamento).

[21] Qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria (artt. 6, IV comma, let. *b*) e 11, V comma, let. *b*) del Regolamento).

[22] Laddove, invece, ricorra un'ipotesi di violazione di carattere massivo, l'art. 9, relativo al solo procedimento relativo alle violazioni sulle reti di comunicazione elettronica, dispone un termine abbreviato di 12 giorni. La previsione suscita alcune perplessità in ragione della mancata puntuale definizione di "violazione di carattere massivo".

[23] Legge n. 249 del 31 luglio 1997 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo".

[24] Così come disposto dagli artt. 6 e 11 del Regolamento, sin dal deposito dell'istanza, il procedimento non può "essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria".

[25] Sul punto si leggano le osservazioni di L. ATTOLICO, disponibili all'indirizzo www.01net.it/diritto-d-autore-tutte-le-perplessita-sul-regolamento-agcom/0,1254,0_ART_157882,00.html

[26] Sul punto si vedano i parr. 156, 157, 169-171 della Delibera n. 680/13/CONS.

[27] Sul punto si veda A. PIROZZOLI, L'iniziativa dell'AGCOM sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2011, 2. (www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Pirozzoli_0.pdf)

. In generale v., tra gli altri, FOA', I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti, Torino, 2002, *passim*; NICODEMO, Le Autorità indipendenti dopo la riforma del titolo V, in Quad. cost., 2002, 607 ss.

[28] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2521 del 2 maggio 2012 in Foro amm. CDS 2012, 5, 1284.

[29] Su questi aspetti v., per tutti, M. CUNIBERTI, Autorità indipendenti e libertà costituzionali, Giuffrè, 2007, 504 ss.

[30] Sul punto si veda G. COZZOLINO, La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS dell'Agcom in Rivista Amministrazione In Cammino, a cura di G. DI GASPARE, consultabile all'indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it ed il relativo commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2987 del 29 maggio 2002 in Cons. Stato, 2002, I, 1229 e in Giornale Dir. Amm., 2002, 8, 881.

[31] Sul punto si veda A. PIROZZOLI, op.cit.; G. COZZOLINO, op.cit. ; L. NIVARRA, Itinerari del diritto d'autore, Giuffrè, 2001, pagg. 17 e ss.; [F. BRUNO](#) e G. NAVA, Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria, Giuffrè, 2006, 215 ss.; M. FRATINI, Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti, Giuffrè, 2011, 896 ss.

[32] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno in G.U.C.E. L178 , 17/07/2000, P. 0001 - 0016.

[33] Così come introdotto dal Decreto Legislativo 15 marzo 2010, n. 44 (cd. decreto Romani) con cui è stata recepita la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2007/65/CE che modifica la Direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive in G.U.U.E. L 332, 18/12/2007, p. 27-45.

[34] [A. DI AMATO](#), [N. GAVIANO](#) e [M. MENSÌ](#), MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione, CCE, 2010, 14 ss.; F. PIZZETTI, I diritti nella «rete» della rete. Il caso del diritto di autore, Giappichelli, 2011, 130 ss.

[35] Sul punto si veda L. DAFFARRA, Diritto d'autore: la consultazione pubblica dell'Agcom relativa alle competenze dell'Authority (www.key4biz.it/News/2011/01/18/Policy/agcom_diritto_d_autore_comunicazioni_elettroniche_proprieta_intellettuale_editoria_radiodiffusione_200803.html).

[36] Fonte:
www.repubblica.it/tecnologia/2014/04/11/news/pirateria_sky_fa_ricorso_contro_regole_agcom_anticostituzionali-83361929/.

[37] Fonte: www.key4biz.it/News/2014/05/16/Policy/Regolamento_Agcom_ddaonline_diritto_d_autore_GdF_paolo_occhipinti_224957.html .

[38] Fonte: www.ddaonline.it/interventi.html

[39] Sul meccanismo, consueto nell'ordinamento di *common law*, B. YANDLE, A. DORCHAK e P.MORRISS, *Regulation by litigation. Regulation & Governance*, Wiley online Library, 2011, 241 ss.; G. DELLA CANANEA, [La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali](#), in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 833 ss.

Bitcoin: una sfida per *policymakers* e regolatori

di

Giulia Arangüena

Abstract

Bitcoin is a fact of great interest not only from a purely technological point of view but also for law and economics aspects, given the complex of legal implications still unexplored and partially unknown underlying this phenomenon increasingly widespread.

On international journals and in the press there already are many studies about the economic potential of Bitcoin and many other legal studies are now developing the sector abroad (i.e. in USA) helping the institutions at the same time: (i) to understand the nature of new form of technological and digital crypto-currency, (ii) to define its operational aspects and (iii) to ensure that it is also somehow regulated and taxed.

Starting from some academic sources from various legal and economic research institutions, this paper seeks to restore, without any claim to completeness, a unified picture of the phenomenon of Bitcoin, offering an easy vision of it as an heavy challenge probably inevitable for all State authorities who wish to develop its legal use and economic potential.

Il Bitcoin è una realtà di sicuro interesse non solo dal punto di vista meramente tecnologico ma anche economico e giuridico, stante le complesse implicazioni di diritto ancora inesplorate e parzialmente sconosciute sottese a questo fenomeno, ormai sempre più diffuso.

Esistono sulle riviste specializzate internazionali e sulla stampa già molte analisi sulle potenzialità economiche del Bitcoin, e diversi sono anche gli studi giuridici che, all'estero (specie USA), stanno sviluppando il settore aiutando, nel contempo, le istituzioni a comprendere la natura della nuova forma tecnologica delle criptovalute, per inquadrarne il funzionamento e provvedere ad una sua regolamentazione anche relativamente agli aspetti fiscali.

Questo scritto, partendo da alcune autorevoli fonti accademiche di diversi enti di ricerca giuridica ed economica, cerca di ricomporre, senza alcuna pretesa di completezza, un quadro unitario del fenomeno del Bitcoin, proponendo una visione di esso quale sfida difficile, e probabilmente inevitabile, per tutti quegli ordinamenti statali che intendano svilupparne l'uso e le diverse potenzialità economiche.

Sommario: 1. Premesse e definizione comune del Bitcoin. – 2. Operatività e *background* tecnico. – 3. Panoramica sul fenomeno e sull'economia Bitcoin. – 4. Aspetti competitivi ed opportunità di una regolamentazione. 5. Aspetti legali e di mercato. – 5.1. Il Bitcoin come moneta. – 5.2. La moneta complementare. – 5.3. Il Bitcoin come strumento di facilitazione del commercio elettronico. – 5.4. Il Bitcoin come *security*. – 6. Sistema multifunzionale di scambi e matura giuridica variabile o ibrida. – 6.1. Il

Bitcoin come *smart contract* basato sulla crittografia finanziaria. 7. Approccio pragmatico e possibile definizione giuridica del Bitcoin: esclusione della nozione di *property*. - 8. Conclusioni.

1. Premesse e definizione comune del Bitcoin.

Partendo da alcuni concetti largamente diffusi [1], il Bitcoin viene accreditato come una moneta virtuale [2]:

- parzialmente anonima [3];
- decentralizzata e basata su un network c.d. *peer-to-peer*;
- generata da un software *open source*;
- scambiata attraverso l'applicazione tecnologica della crittografia;
- non sostenuta da alcun governo né autorità statale e/o bancaria (c.d. *not backed*);
- non soggetta al controllo o alla garanzia di alcun altro tipo di soggetto giuridico;
- non rimborsabile per oro o altro tipo di merce (c.d. *not redeemable*).

Il Bitcoin, allo stato attuale, in quasi tutti i paesi del mondo in cui se ne è sviluppato l'uso, è liberamente trasferibile sia in forma digitale che in forma fisica, ed è negoziabile su taluni mercati in cambio di valute aventi corso legale [4].

2. Operatività e *background* tecnico.

Il concetto di una moneta *online* e decentralizzata esiste da quando si è approdati ad una visione di Internet come una risorsa pubblica e diversi sono stati i tentativi di creare una moneta *online* [5].

Il Bitcoin nasce nel 2009 e si basa su due idee fondamentali, cioè:

- che la moneta è ogni oggetto che sia accettato come pagamento e che, pertanto, tale oggetto può essere costituito anche da dati informatici; e
- che l'uso della crittografia per controllare la creazione e il trasferimento del denaro possa sostituire le autorità centrali.

Il Bitcoin non esiste come moneta di carta e metallo, ma come successione di bit; cioè come algoritmi crittografici che li definiscono e che danno alla valuta digitale la sua "materialità".

I Bitcoin sono dei file criptati creati da qualsiasi computer connesso alla rete su cui giri un software *open source* [6], e sono generati ed ottenuti sotto forma di "ricompensa" attraverso l'esecuzione di un processo chiamato "*mining*", cioè c.d. estrazione.

Il *mining*, su basi individuali, richiede un computer sul quale installare il software apposito ed una connessione alla rete *peer-to-peer* [7]. Una volta connesso, un determinato computer comincia ad utilizzare la propria potenza computazionale per decifrare e ricostruire in maniera appropriata un determinato blocco di calcolo [8].

La difficoltà del problema informatico posto per la validazione di nuovi blocchi aumenta di complessità con la quantità di sforzo computazionale che occorre a tutta la rete *peer-to-peer* per continuare ad “estrarre” la moneta stessa; e ciò determina il ritmo con cui nuovi Bitcoin vengono “conciati” ed aggiunti al sistema, riducendo nel contempo la probabilità che un qualsiasi minatore o gruppo di minatori tra loro consorziati (c.d. *Mining Pool*) prendano il controllo della c.d. *block chain* [9], il file pubblico contenente lo storico di tutte le operazioni e le transazioni effettuate in Bitcoin.

Una volta estratti, i Bitcoin (e le loro frazioni) vengono scambiati tra gli utenti, utilizzati come mezzi di pagamento e negoziati in cambio di moneta avente corso legale attraverso transazioni basate sull'applicazione della crittografia [10].

3. Overview sul fenomeno e sull'economia Bitcoin.

Salvo alcune eccezioni, come ad esempio gli USA e la Germania [11], nessun ordinamento ha sinora provveduto ad un inquadramento legale sistematico, a parte alcuni interventi per limitate finalità di natura regolatoria fiscale [12], né tantomeno ha riconosciuto lo *status* giuridico monetario del Bitcoin e delle altre valute virtuali basate sulla crittografia [13].

Ciò nondimeno, occorre prendere definitivamente atto del fenomeno e della sua continua espansione.

Peraltro, quello del Bitcoin sembra un fenomeno sociale ed economico sempre più globale e di massa; e ciò, secondo noi, viste anche le sue caratteristiche, principalmente per due ordini di ragioni:

- cause di tipo infrastrutturale: i.e. il facile accesso alla tecnologia che ne sta alla base (c.d. *block chain*), la diffusione della comunicazione elettronica sulla rete Internet, e l'utilizzo ormai generale dei c.d. social media; e
- cause di tipo ideologico e culturale degli ambienti *hacker* in cui si è inizialmente diffuso, che, sulla base dell'architettura decentralizzata della rete su cui si muove, tendono a saldare al Bitcoin spinte antipolitiche ed antistatali, ovvero movimenti di pensiero volti al superamento dell'Euro e delle monete nazionali a favore di rivendicazioni libertarie ed anticentraliste, oggi piuttosto presenti nel dibattito politico [14].

Dal 2009 ad oggi, si è diffuso enormemente l'utilizzo del Bitcoin in molte aree del mondo. Infatti, è sorto un ecosistema molto articolato ed in continua crescita, e numerose sono, anche in Italia, le transazioni effettuate attraverso la moneta digitale.

L'ecosistema è decisamente complesso, e, quasi assumendo una vera e propria fisionomia di filiera, comprende:

- (i) piattaforme di *exchange* che operano l'acquisto o la vendita *online* di Bitcoin in cambio di monete nazionali ufficiali;
- (ii) società che forniscono servizi per facilitare le transazioni;

- (iii) entità che danno informazioni economiche, analisi dei dati, indici di cambio, e metriche di varia tipologia;
- (iv) agenti che forniscono conti di garanzia o escrow;
- (v) consorzi (c.d. pool) di “estrazione” (c.d. mining), cioè raggruppamenti di soggetti che si dedicano alla risoluzione delle crescenti difficoltà crittografiche poste dal sistema per l’ottenimento di nuova potenza di calcolo per l’intero *network*;
- (vi) società c.d. di “Bitcoin Block Explorer” che consentono la ricerca individuale per indirizzo di portafoglio;
- (vii) siti c.d. Faucet, cioè portali dedicati alla distribuzione gratuita di piccole somme di criptovaluta al pubblico in cambio di prestazioni a scarso valore aggiunto (i.e. soluzioni di piccoli test, o captcha, ecc);
- (viii) blog e numerose società di publishing che forniscono notizie di vario tipo sul mondo Bitcoin, in costante aggiornamento;
- (ix) società che costruiscono e vendono apparecchiature automatiche di distribuzione di Bitcoin anche incorporati in supporti fisici di vario tipo;
- (x) società per la vendita di apparecchiature per consentire il pagamento in Bitcoin attraverso il trasferimento elettronico di fondi (anche in modalità mobile);
- (xi) società produttrici dell’hardware e del software necessario per avviare le attività economiche della filiera;
- (xii) piattaforme che mettono a disposizione le loro applicazioni, sia proprietarie che open source, per stampare banconote di Bitcoin o coniarne in forma monetaria;
- (xiii) società che offrono servizi di sicurezza per i depositi di Bitcoin; ecc..

Attualmente, sono sempre più numerosi i *merchant* che accettano pagamenti in Bitcoin, come risulta dai dati rilevabili attraverso www.coinmap.org, una piattaforma con cui è possibile localizzare in tutto il mondo le attività commerciali, i professionisti, e le aziende che accettano per i loro prodotti e/o servizi pagamenti in criptovaluta.

Quanto ai valori dimensionali dell’economia complessivamente creata dal Bitcoin, sottolineando la recente flessione avutasi in concomitanza con gli avvenimenti che hanno poi condotto al [crack di MtGox](#), la principale piazza telematica di *trading online* del Bitcoin con sede in Giappone, si devono segnalare livelli ancora di nicchia ma, comunque, di comprovata rilevanza e vivacità.

Il valore di capitalizzazione complessiva del settore, dopo le perdite dovute all’avvenimento sopra citato, è sceso, tra i 7 e i 6 miliardi di dollari; non un valore enorme, se si pensa al livello di capitalizzazione delle maggiori banche al mondo.

Ma di tale valore complessivo deve apprezzarsi la capacità di tenuta e di crescita, atteso che fino al maggio del 2013, come rilevabile dalle informazioni finanziarie reperibili sul sito www.bitcoincharts.com, la

capitalizzazione dell'intero mercato Bitcoin ammontava a soli 1,5 miliardi di dollari.

Inoltre, quel che più colpisce è il numero delle transazioni che, allo stato delle rilevazioni, oscilla quotidianamente, nelle aree a maggiore diffusione del Bitcoin, in 70.000/80.000 giornaliere, come evidente dalle elaborazioni su fonte www.blockchain.info

Per quanto riguarda l'Italia, non esistono purtroppo rilevazioni e dati ufficiali, né vi sono portali che consentono l'accesso e/o l'elaborazione delle relative informazioni.

Tuttavia, dalle notizie di stampa e da Internet, si evince che cominciano ad esservi anche in Italia sia esercizi commerciali che accettano Bitcoin in pagamento, sia iniziative economiche - per lo più sussidiarie rispetto a quelle internazionali - connesse a taluni servizi a valore aggiunto come, ad esempio, il prelievo di Bitcoin attraverso apparecchiature A.T.M.

4. Aspetti competitivi del Bitcoin ed opportunità di una regolamentazione.

Attualmente, il Bitcoin viene utilizzato quale mezzo di scambio e investimento alternativo grazie al facile accesso alle piattaforme di *trading*, e viene altresì impiegato sempre di più per pagamenti e micro-pagamenti elettronici via Internet.

Sicché, molti ordinamenti, a causa del crescente utilizzo del Bitcoin, sono chiamati a dare delle risposte normative e di tipo regolatorio [15].

Del resto, l'assenza di certezza del diritto e di un quadro di riferimento unitario in cui collocare il fenomeno ha consentito, fino ad ora, la proliferazione di un sistema parallelo, nato dal libero gioco delle forze di mercato e dominato da ampia ed incontrastata *deregulation* e livelli quasi assenti di *compliance* soprattutto con riferimento, ad esempio, ai diritti dei consumatori e/o investitori [16].

Per l'assenza di un quadro certo di norme, come è stato osservato [17], il Bitcoin ha quindi cominciato a competere direttamente, ma senza osservare alcuna regola di settore, almeno con due classi di beni:

(i) le valute; e

(ii) i sistemi di pagamento e prodotti che facilitano l'e-commerce.

E, a tale ultimo riguardo, si nota, ad esempio, come il Bitcoin abbia aperto il mercato a (moltissimi) prestatori di servizi di pagamento, i quali, in assenza di vincoli normativi, riescono ad alleggerirsi di maggiori costi operativi e ad offrire trasferimenti di fondi a prezzi più bassi. Tant'è, probabilmente, che anche per tale ragione (oltre che per motivi legati alla natura intrinseca della criptovaluta), il Bitcoin si è ormai attestato tra i primi 10 network di *e-payment* al mondo, dopo Visa, Mastercard, Paypal, ecc., così come rilevabile attraverso l'accesso ai servizi informativi e finanziari di www.coinmetrics.com.

Inoltre, al di là delle diverse zone d'ombra, non mancano studi di alcuni prestigiosi centri universitari ed istituti di ricerca, che auspicano un rapido

inquadramento normativo e regolamentare del Bitcoin, ovvero l'avvio di un processo di "inserimento" della criptovaluta all'interno di *framework* legali [18]. E fra queste analisi, ad esempio, non mancano spunti per i c.d. *policymakers*, atteso che, come è stato autorevolmente posto in luce [19], il Bitcoin, sotto alcuni aspetti, può utilmente essere impiegato come:

- a) un incentivo all'abbattimento dei costi delle transazioni;
- b) uno stimolo per l'innovazione finanziaria; e
- c) un potenziale per sviluppare una maggiore inclusione economica di persone fino ad ora tagliate fuori dai servizi finanziari tradizionali.

Giova osservare che l'incidenza dell'utilizzo sempre più diffuso della criptovaluta rispetto al sistema finanziario globale è legata ad una estesa penetrazione del Bitcoin nei sistemi economici che si determina proprio grazie allo schema bi-direzionale della moneta virtuale, rilevato dalla stessa BCE ad ottobre del 2012 [20], in virtù del quale, ormai, ingenti flussi elettronici monetari entrano ed escono dall'economia "esterna" e "reale", rinforzando la cripto-economia ed alimentando una comunità Bitcoin che sta raccogliendo sempre più simpatizzanti anche grazie all'uso dei *social network*.

Ed è proprio tale elevato grado di penetrazione nell'economia reale di una valuta virtuale come il Bitcoin - in assenza di un chiaro ed unitario contesto legale - a destare le preoccupazioni del sistema ufficiale, potendo determinare, secondo noi, la spinta decisiva per colmare il "*lack of regulation*" di cui si parla nel [documento](#) di indirizzo dell'UE dell'ottobre del 2012, predisposto dalla BCE.

5. Aspetti legali e di mercato.

5.1. Il Bitcoin come moneta.

Come già precisato, il Bitcoin, secondo una sorta di autodefinizione, è una valuta digitale, e come moneta virtuale è stato originariamente progettato, si è diffuso e viene utilizzato [21].

Sotto certi aspetti, il Bitcoin si comporta come se fosse denaro ma non ha tutte le caratteristiche della moneta, assolvendo solo parzialmente alle tipiche funzioni monetarie [22]. Tant'è che l'Internal Revenue Service degli Stati Uniti - IRS, il 25 marzo 2014, ha stabilito che la moneta virtuale è solo una "*digital representation of value that functions as a medium of exchange, a unit of account, and/or a store of value. In some environments, it operates like "real" currency (omissis), but it does not have legal tender status in any jurisdiction*" [23].

Pertanto, sebbene si comporti come un mezzo di scambio, il Bitcoin non ricade perfettamente nella nozione di moneta. E ciò per gli insormontabili limiti costituzionali della definizione giuridica della totalità delle monete legali esistenti nel mondo, intese come emanazione monopolistica del potere sovrano degli Stati (o delle Federazioni, ovvero Unioni di Stati

membri) [24], sostenuto dalle rispettive capacità (e organizzazioni) di raccogliere i tributi dai cittadini.

Conseguentemente, la prima e più ovvia strada che riconduce il Bitcoin alla categoria giuridica della moneta, a causa anche di una identificazione (a nostro dire, marcatamente tautologica) tra moneta e moneta legale, pare non potersi percorrere per inquadrare il fenomeno, dato che, tecnicamente, il denaro è solo quell'insieme di banconote e monete a corso forzoso, che viene emesso, o autorizzato dalle banche centrali per conto degli Stati e che da essi riceve valore legale [25].

Ma, non esiste solo la valuta "pubblica", emessa, sostenuta e garantita dalle autorità statali, dalle banche centrali e dal sistema finanziario generale, e su questo occorrerebbe accendere un confronto.

5.2. La moneta complementare

Nell'esperienza giuridica di moltissimi ordinamenti esiste anche la c.d. valuta privata, o moneta complementare, emessa ed accettata su basi contrattuali dalle persone che fanno parte di un determinato circuito [26].

Questo tipo di moneta ha tutte le funzioni di una moneta normale, ma non è emessa né supportata da alcuna entità governativa ed è svincolata dal monopolio delle autorità centrali di controllo. E poiché queste monete convivono al fianco della valuta a corso legale, esse hanno assunto la denominazione di "[valuta complementare](#)".

Essenzialmente una valuta complementare si comporta come un mezzo di scambio e viene impiegata in maniera parallela alla moneta nazionale di riferimento. Ma, non avendo corso legale, le monete complementari possono non essere accettate per ripagare un debito [27], o per pagare le tasse.

La moneta complementare è dunque uno strumento di scambio che affianca la moneta a corso legale e risponde sostanzialmente, seppur su basi contrattuali e consensuali tra gli utilizzatori, alle stesse leggi e principi della c.d. moneta-merce e del baratto, rappresentandone una versione più moderna.

Nello schema giuridico della valuta complementare, le parti sono mutualmente d'accordo nel loro utilizzo [28], e talvolta può avvenire anche che il loro possesso venga computato come reddito per scopi fiscali. Inoltre, salvo eccezioni, nessun ordinamento occidentale pone limiti che fanno divieto ai privati di emettere moneta su basi contrattuali, e le valute complementari non sono illegali, almeno fintantoché uno Stato, munito di politiche anti-concorrenziali precise con la propria moneta, non decida di dichiararne l'illegalità [29].

Ci sono molti esempi di monete complementari al mondo [30], e solo negli Stati Uniti ce ne sono decine di tipologie, tra cui alcuni molto noti, come i *traveller's cheque* o [assegni di viaggio](#) che consentono di acquistare titoli prepagati liberamente spendibili e totalmente rimborsabili.

Tant'è che negli Stati Uniti la moneta privata, grazie ad alcune decisioni giurisprudenziali in cui è venuta in rilievo, può considerarsi regolamentata e, ad esempio:

- (i) la sua massa totale non deve superare quella del Dollaro;
- (ii) ogni reddito tratto con la valuta complementare deve essere denunciato;
- (iii) non vi deve essere somiglianza e confondibilità con la valuta ufficiale;
- (iv) può essere riscattabile solo in merci [31].

Il funzionamento della valuta complementare è in genere deciso dall'emittente e il valore può essere ancorato o meno alla valuta nazionale di riferimento.

Spesso le valute complementari vengono adottate all'interno di comunità territoriali o di scopo, e in quei casi il termine "valuta locale" viene talvolta impiegato come sinonimo.

Ma questa non è una condizione obbligata, potendosi ben dare, anche grazie a Internet, monete complementari e private su scala potenzialmente più globale. E non deve escludersi che il Bitcoin possa essere considerato tale, seppur in senso lato, tenuto conto che esso, pur essendo rappresentato solo da un codice crittografico e non avendo alcuna materialità, è anch'esso più vicino al denaro-merce di quanto non lo sia il denaro *“cosiddetto fiduciario o fiat delle banche centrali: infatti, a differenza di questo, e proprio come oro e argento, ha valore non perché il suo uso sia imposto da una banca centrale, ma perché e fintantoché le persone e le aziende sul mercato decidono liberamente di attribuirgli valore”* [32].

5.3. Strumento di facilitazione per il commercio elettronico.

La nascita e lo sviluppo di Internet hanno creato e fatto crescere una domanda di sistemi di pagamento elettronico, in costante crescita [33].

PayPal si è posta a dominio del relativo mercato, consentendo ai suoi utenti di procedere ad accrediti attraverso l'utilizzo della carta di credito o mediante trasferimenti di tipo bancario.

Altre società hanno invece scelto un approccio alternativo, creando una determinata moneta digitale che fosse convertibile con una valuta avente corso legale; ed esempi di tale modalità si rintracciano in DigiCash, GoldMoney, Web-Money, che però non hanno avuto la fortuna che sta incontrando il Bitcoin.

Il Bitcoin non è ancora particolarmente competitivo nel commercio elettronico tradizionale, in quanto moltissimi consumatori non sono attratti dalle caratteristiche di semianonimato garantite dalle criptovalute, o dalla struttura centralizzata o decentralizzata di un sistema di pagamento; talché non hanno particolare motivazione ad avvicinarsi a servizi di pagamento elettronico come quelli offerti dalle criptovalute. Ma è ormai un dato incontrovertibile che il Bitcoin e le altre monete digitali propongano – nel

loro utilizzo – costi di transazione più bassi rispetto ai servizi di pagamento tradizionali, potendo, per tale motivo, spingere gli attuali *market leader* ad una riduzione dei prezzi sotto la pressione concorrenziale [34].

Infatti, la sicurezza garantita dalla crittografia senza alcun tipo di investimento particolare, e l'assenza di soggetti terzi per l'intermediazione del pagamento rendono le transazioni in Bitcoin sostanzialmente più economiche e più veloci rispetto ai circuiti di pagamento elettronico tradizionali [35], aprendo il mercato dei micropagamenti e garantendo per le rimesse internazionali un nuovo strumento di riduzione dei costi [36], idoneo tecnicamente ad integrarsi con gli altri sistemi di pagamento elettronico [37].

Peraltro, come è già stato notato, il Bitcoin ha aperto il mercato dell'*e-payment* a nuovi prestatori dei relativi servizi non soggetti a specifica regolamentazione, i quali, in assenza di precisi vincoli normativi e regolatori riescono ad offrire movimenti finanziari elettronici a prezzi ancora più bassi, andando a competere direttamente con i circuiti di pagamento del calibro di Visa e Paypal. E non è un caso, quindi, che persino operatori come Western Union e di MoneyGram stiano contemplando la prospettiva di integrare il Bitcoin nei loro servizi [38], o che dietro il servizio di pagamento in Bitcoin più accreditato e solido al mondo, Bitpay, vi sia il fondo di venture capital (Fouders Fund) che ha co-fondato PayPal e contribuito ai primi investimenti per la quotazione in borsa di Facebook.

5.4. Il Bitcoin come *security*.

Tra gli impieghi del Bitcoin non ci sono soltanto quelli sopra descritti di moneta digitale e di sistema di pagamento.

Come già detto, all'interno dell'ecosistema della criptovaluta sono numerose le piattaforme di *exchange*, attraverso le quali gli utenti possono effettuare *trading online* facendo eseguire ordini di acquisto o vendita di Bitcoin contro valuta ufficiale (Euro, Dollaro, Yen, e molte altre ancora) e speculando sui differenziali di cambio.

Sulla natura finanziaria del Bitcoin, è interessante segnalare che, nell'agosto del 2013, un Tribunale degli Stati Uniti - nel caso *Securities and Exchange Commission (SEC) contro Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust (BTCST)* - [39], ha emesso un provvedimento nel quale, per la prima volta da parte di un giudice, il Bitcoin è stato equiparato alla moneta tradizionale, e gli investimenti in Bitcoin, seppur non effettuati in valuta tradizionale, sono stati equiparati ad investimenti finanziari soggetti, ad esempio, alle normative applicabili in materia di frode finanziaria e di antiriciclaggio [40]. Comunque, che siano assimilabili a titoli o ad altro tipo di strumento finanziario, i Bitcoin, per il fatto di essere negoziati attraverso il facile accesso ai servizi di *trading*, sono considerati veicoli alternativi di investimento e un gran numero di persone, anche in Italia, acquistano la criptovaluta per diversificare i loro portafogli e speculare sui cambi.

6. Sistema multifunzionale di scambi e natura giuridica variabile o ibrida.

Le criptovalute, di cui il Bitcoin è la più nota, oltre che come strumento monetario, sistema alternativo di pagamento da impiegare nell'*e-commerce*, e investimento finanziario, possono essere largamente fruibili per una molteplicità di impieghi, diversi ed ulteriori rispetto agli attuali utilizzi concreti sopra brevemente illustrati.

Da qui, secondo noi, la difficoltà di fissare la natura giuridica della criptovaluta.

Il Bitcoin, essendo in realtà un protocollo di comunicazione fondato sulla crittografia [41], rappresenta un sistema multifunzionale di scambio con tante possibilità applicative e, secondo noi, anche con natura giuridica variabile a seconda degli utilizzi e delle attività economiche compiute con il suo impiego; e di ciò dovrà tenersi conto qualora si addivenisse ad un processo normativo di disciplina del fenomeno.

Alcune delle proposte applicative, per esempio, riguardano la possibilità di utilizzare la tecnologia della *block chain* che è alla base del Bitcoin in maniera quasi "multilivello", per registrare cioè non solo le transazioni di criptovaluta, ma anche gli stessi contratti che rappresentano la causa giuridica dell'attribuzione patrimoniale che ne consegue, alla stregua di un c.d. *smart contract*, o "contratto intelligente".

6.1. Il Bitcoin come *smart contract* basato sulla crittografia finanziaria.

Secondo i teorici degli *smart contracts*, o anche della c.d. *smart property* [42], con tali particolari ed innovativi strumenti giuridici si consentirebbe di eliminare dalla fenomenologia dello scambio commerciale, come l'abbiamo fino ad ora conosciuta, numerosi costi transattivi legati, ad esempio: (1) al rinvenimento di una controparte; (2) all'asimmetria informativa tra i contraenti; (3) alle spese di intermediazione; e (4) ai possibili comportamenti opportunistici di una delle parti [43].

Precursore degli *smart contracts* può considerarsi, senza dubbio, il distributore automatico, tant'è che quando l'utente interagisce con tale macchina l'intera transazione è disciplinata ed eseguita dalla stessa infrastruttura tecnica del distributore.

Il concetto fondamentale su cui ci si basa con gli *smart contracts*, o "contratti intelligenti", è che molte delle clausole negoziali necessarie ad una determinata transazione vengono direttamente integrate ed incorporate nell'hardware o software utilizzato per dare esecuzione all'accordo, ovvero che rappresenta l'oggetto stesso del contratto [44]. E tecnicamente è possibile integrare contratti in qualunque tipo di bene il cui funzionamento risulti collegato al riconoscimento crittografico del proprietario/possessore, in modo tale che il bene oggetto dello scambio negoziale sia in grado di identificare il soggetto legittimato al suo utilizzo, ovvero serva da garanzia per qualunque tipo di transazione.

Per capire meglio, possiamo facilmente immaginare la compravendita di un'automobile, di uno smartphone o di qualsiasi altro bene il cui funzionamento possa essere facilmente legato al riconoscimento crittografico del proprietario.

Attraverso l'utilizzo delle chiavi asimmetriche del sistema crittografico del Bitcoin, sarebbe possibile utilizzare lo stesso bene oggetto di vendita per identificare automaticamente il nuovo proprietario nel medesimo istante in cui si compie l'operazione d'acquisto e il trasferimento di criptovaluta viene annotato sulla *block chain*; cioè viene validato sul database (o *ledger*: libro mastro) liberamente accessibile senza limiti a tutti nel quale si sostanzia il nuovo sistema di registrazione contabile, universale, pubblico e decentralizzato a base del protocollo Bitcoin [45].

Un eventuale impiego di tipo finanziario della *block chain* potrebbe essere ancora, per esempio, l'accesso automatico a sistemi di c.d. collateralizzazione [46], utilizzabile per snellire la concessione di prestiti tra privati sganciandoli dalla previa instaurazione di un rapporto di fiducia, e, quindi, dagli oneri (tempi e rischi) della negoziazione preventiva delle condizioni al cui verificarsi un determinato trasferimento di quantità di valuta digitale diventa efficace tra le parti, facendo ricorso ad un c.d. *escrow*, o acconto di garanzia in Bitcoin.

Per tale motivo, da più parti, si comunica ad identificare il Bitcoin, più che come valuta di Internet, come una tra le più note applicazioni di un innovativo sistema di crittografia finanziaria in grado di abbattere i costi di sviluppo, tutela e sicurezza dei legami fiduciari necessari anche nei nuovi scambi commerciali del mondo globalizzato e "connesso", attraverso l'impiego di strumenti contrattuali "intelligenti che identificano automaticamente titolarità, legittimazione e solvibilità di un determinato soggetto, divenuto ormai troppo dispendioso conoscere direttamente o tramite altro intermediario di "fiducia".

7. Approccio pragmatico e possibile definizione giuridica del Bitcoin: esclusione della nozione di *property*.

Comunque al di là dei diversi impieghi possibili, già gli attuali utilizzi come valuta digitale, sistema di pagamento o strumento finanziario fanno del Bitcoin un *quid* di estremamente versatile e multiforme, difficilmente classificabile; e ciò dovrebbe riflettersi su qualsiasi, eventuale tentativo politico e normativo di inquadrare unitariamente il fenomeno [47].

A parer nostro, dunque, se si dovesse andare verso un assetto giuridico delle criptovalute, non si potrà procedere che con un approccio pragmatico volto non tanto a dare una definizione sistematica e omnicomprensiva del Bitcoin - di per sé sfuggente per ciò che complessivamente rappresenta -, quanto piuttosto a regolare alcuni aspetti dei suoi innumerevoli impieghi e delle diverse attività economiche effettuabili attraverso l'impiego della tecnologia che ne è alla base.

Il fatto è che il Bitcoin soddisfa, per certi versi, alcuni degli elementi che tecnicamente qualificano la nozione giuridica ed economica della moneta o del mezzo di pagamento (per ostacoli normativi esistenti nel nostro ordinamento), e presenta solo alcuni tratti caratteristici degli strumenti finanziari tradizionalmente intesi. E qualsiasi definizione che cristallizzi nel nostro sistema giuridico una determinata nozione del Bitcoin potrebbe essere inadeguata e rischiare di produrre effetti negativi sul suo eventuale sviluppo successivo, deprimendo il valore innovativo che complessivamente racchiude quale *smart contract* di esecuzione del protocollo di comunicazione crittografica di stampo finanziario che ne è alla base (è innegabile, per esempio, che la valorizzazione della sola natura di mezzo di scambio, ancorché di tipo complementare e privato, possa incontrare i complessi limiti normativi e regolatori posti dagli ordinamenti statali a tutela della funzione monetaria pubblica).

Per tale ragione, addivenire ad un inquadramento unitario del Bitcoin - specie in assenza di un confronto sovranazionale nel rispetto della natura globale del fenomeno - scegliendo eventualmente una traiettoria regolamentare che privilegi la sua innegabile natura finanziaria, non sarebbe esente da aspetti di criticità, per quanto sia preferibile e normativamente più agevole che nella prospettiva monetaria [48].

Giova allora ricordare che il Bitcoin, da un punto di vista “statico”, così come peraltro afferma lo stesso documento fondamentale elaborato dal suo primo sviluppatore nel 2009 [49], è una sorta di catena di firme digitali che serve da *tool* per gli scambi di denaro o beni/servizi tra soggetti che non si conoscono e non hanno un preesistente legame fiduciario tra loro.

Ciò è possibile attraverso il semplice invio per mail o sms di una stringa alfanumerica che funge da codice crittografico in grado di essere decifrato solo dai soggetti che sono parte di quella determinata transazione: il mittente di quel codice non ha bisogno di conoscere il destinatario o di fidarsi di lui e viceversa, con tutte le ovvie conseguenze sulla facilitazione e l’automazione delle negoziazioni e degli scambi soprattutto di tipo internazionale, anche e soprattutto in ragione del risparmio di costi.

Prima del Bitcoin non esisteva nulla che consentisse una cosa simile in forma digitale; ecco perché diventa difficile tratteggiare la natura giuridica del Bitcoin che prescinda e sia autonoma dai suoi diversi modi di impiego.

Tuttavia, volendo focalizzarsi su una nozione “statica” del Bitcoin, avulsa cioè dalle sue diverse forme di impiego e in grado di sganciarlo dalle sue molteplici modalità di sfruttamento economico, le strade percorribili, a parere di chi scrive, potrebbero essere due:

- 1) quella della configurazione generale di bene giuridico meritevole di tutela per gli interessi economici che sottende, e cioè di bene o *res* (materiale o immateriale) che può essere fatto oggetto di diritti, come stabilito nell’ampia nozione dell’art. 810 c.c.; oppure
- 2) quella del documento informatico, cioè di rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, così come definito nel nostro ordinamento dal d.lgs., 7 marzo 2005, n. 82, c.d. Codice dell’Amministrazione Digitale o CAD.

La prima proposta ricostruttiva che, in definitiva, assimila il Bitcoin ad una *res* immateriale non lontana dal concetto giuridico della c.d. *new property*, per quanto possa confortare per l'ampiezza e la coerenza "libertaria" con certe impostazioni ideologiche, non manca tuttavia, secondo noi, di manifestare alcuni aspetti di debolezza.

Sul tema, sono noti, infatti, i limiti del nostro ordinamento, ancora troppo legato ad una nozione di cosa corporale e di bene materiale; e ciò, a nostro parere, rischia di non consentire una sicura e piena inclusione del Bitcoin nella sfera del diritto proprietario a causa della sua intrinseca natura, talmente immateriale da rimanere, addirittura, "diffusa" all'interno di una rete di comunicazione elettronica ad architettura distribuita [50].

Infatti, senza scendere nello specifico del dibattito che, al riguardo, ci porterebbe assai lontano [51], basti rilevare che, ad esempio, i nomi a dominio, a partire dal loro ingresso nella Rete, sono stati ricondotti negli Stati Uniti alla nozione di *propriety* [52], intesa quest'ultima come *bundles of right* [53], ossia come insieme di facoltà e diritti eterogenei ed autonomi in grado di essere esercitati anche separatamente da soggetti diversi (tra i quali, il possesso, l'uso o l'alienazione); e che, in Italia tale elaborazione è stata assai lunga e tortuosa per la differente concezione del diritto di proprietà legata al rigido dettato dell'art. 810 c.c. ed alla nostra tradizionale visione marcatamente materiale di bene giuridico oggetto delle relative facoltà.

Ciò nondimeno, il nostro ordinamento è riuscito faticosamente ad attribuire ai beni immateriali la capacità di essere riconosciuti come beni giuridici e, in taluni casi, proprio come quello dei nomi a dominio già citati, ha riconosciuto loro una apposita disciplina.

Ma, in via generale, al di là cioè di specifiche discipline normative, la tutela attribuita ai beni immateriali, in quanto beni sganciati dalla corporalità, nel nostro ordinamento, si fonda per lo più sul concetto troppo labile ed affidato ad una valutazione *ex post* e caso per caso circa la c.d. "rilevanza giuridica" e la meritevolezza degli interessi e dei bisogni che soddisfano [54].

Dunque, per la debolezza intrinseca della forma di tutela garantita da un'assimilazione *de facto* del Bitcoin ad una *property* ai sensi dell'art. 810 c.c., personalmente, propendiamo per la seconda ipotesi ricostruttiva che qualifica la criptovaluta in termini di documento informatico.

In tale cornice, stante le caratteristiche della tecnologia utilizzata dalla *block chain*, il Bitcoin potrebbe essere quindi agevolmente inquadrato alla stessa stregua di un documento informatico - ormai provvisto di un suo valore d'uso e di scambio per effetto del diffuso consenso sociale all'accettazione quale mezzo di pagamento -, recante dati ed informazioni giuridicamente rilevanti e sottoscritto da una progressione di firme elettroniche attestanti, con una sorta di "catena dei diritti", l'avvenuta validazione della propria o dell'altrui legittimazione al perfezionamento di una certa transazione (cioè, a seconda dei casi, a possedere, avere, spendere, trasferire, acquistare e vendere un determinato bene o servizio, ovvero una determinata quantità di essi).

Conseguentemente, il Bitcoin sarebbe idoneo a garantire, seppur su basi pseudonime, la legittimazione e l'adempimento automatico del possessore, in quanto elementi negoziali direttamente incorporati quali dati e rappresentazioni informatiche giuridicamente vincolanti *ex ante*, e non lasciati al solo (mutevole) giudizio *ex post* sulla meritevolezza degli scopi economici conseguibili con il loro utilizzo.

8. Conclusioni.

Non c'è dubbio ormai che il fenomeno delle crittovalute e del Bitcoin sia un argomento di sicuro interesse sia per gli operatori di mercato che per le istituzioni politiche e di regolamento.

Gli aspetti tecnologici del Bitcoin, quale nuovo paradigma e protocollo di comunicazione elettronica, sono davvero complessi e le implicazioni giuridiche, allo stato, sono ancora in buona parte imprevedibili.

Ciò nondimeno, anche se il futuro del Bitcoin è ancora molto incerto, a nostro avviso, la migliore definizione giuridica di esso - qualora si dovesse pervenire all'avvio di un percorso normativo e di "normalizzazione" regolatoria del fenomeno anche in Italia - è e dovrebbe essere quella che ne consenta uno sviluppo.

Per tale ragione, secondo noi, una volta preso atto del fenomeno ed inquadrato come forma particolare del paradigma del documento informatico per lo scambio negoziale, si dovrebbe sottoporre a regolamentazione solo ed esclusivamente taluni e limitati aspetti legali delle attività economiche svolte con l'impiego del Bitcoin e delle altre crittovalute, al solo fine di fornire, in modo inedito ed innovativo, un nucleo concreto di certezza del diritto che aiuti gli operatori a far crescere in modo sano un nuovo ecosistema economico anche in Italia.

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] Cfr WIKIPEDIA, <http://en.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>; S. NAKAMOTO, *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*, 2009, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>; R. GRINBERG, *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, *Hastings Science & Technology Law Journal*, 2011, 4, 159-208, <http://hstlj.org/articles/bitcoin-an-innovative-alternative-digital-currency/2/>; Banca Centrale Europea - BCE, *Virtual currency scheme*, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210_en.pdf, 2012, D. BRYANS, *Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution*, *Indiana Law Journal*, 2014, vol. 89, issue 1, art. 13, <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11100&context=ilj>; G. ARANGÜENA - S. CAROLI (e altri), *Bitcoin: l'altra faccia della moneta*, Firenze, Goware Ed, 2014.

[2] La moneta virtuale o digitale differisce dalla nozione di moneta elettronica, definibile come il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento, *ex art.1, comma 1, lett. h) ter del TUB, Testo Unico Bancario emanato con il [d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385](#), come modificato *ex [d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169](#)*.*

Inoltre, secondo il documento di analisi della BCE, *Virtual currency scheme*, già citato alla nota n.1, è possibile dare la seguente definizione di moneta virtuale: *“a virtual currency is a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community”*.

[3] *Cfr.* T. LOWENTHAL: *Bitcoin : Inside the encrypted, peer-to-peer digital currency*, Ars Technica, 2011, <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/06/bitcoin-inside-the-encrypted-peer-to-peer-currency/>.

Nel caso dei Bitcoin, la c.d. *pseudonymity* si riferisce all'uso della stringa alfanumerica crittografica che rappresenta l'indirizzo o portafoglio di origine o di destinazione di una determinata transazione. Detto indirizzo è comunque sempre collegabile ad uno user, in qualche maniera identificabile attraverso le credenziali di registrazione per l'ottenimento di quel determinato indirizzo Bitcoin o portafoglio (per approfondire, *cfr.* F. REID - M. HARRIGAN, *An analysis of anonymity in the Bitcoin system*, in *Security and Privacy in Social Network*, , New York, Spinger ed., 2013).

[4] Attraverso la navigazione su www.bitlegal.net si può avere un quadro globale ed aggiornato (purtroppo non in maniera del tutto soddisfacente) dello stato della regolazione e della disciplina legale relativa al Bitcoin nei diversi ordinamenti.

[5] B. WALLACE, *The rise and fall of Bitcoin* , Wired Magazine, 23 Nov. 2011, http://www.wired.com/2011/11/mf_bitcoin/, che illustra i casi di “eCash” e “bMoney”.

[6] Il *software* Bitcoin è *open source* e non proprietario. Esso è stato sviluppato e continua ad evolversi grazie ad una comunità di volontari che collaborano con il capo degli sviluppatori della moneta digitale, che attualmente è [Gavin Andresen](#).

[7] Il progetto del Bitcoin, come spiegato dal suo primo sviluppatore, Satoshi Nakamoto, nel suo [scritto del 2009](#), trae origine dall'architettura informatica *peer-to-peer* (c.d. P2P), studiata per applicazioni che richiedono una velocità di trasmissione dei dati molto elevata consentendone la condivisione tra più utenti (nodi) della stessa rete. Il termine P2P indica un'architettura logica di rete in cui i nodi non sono organizzati gerarchicamente e unicamente come nell'architettura *client-server*, ma sono strutturati come nodi equivalenti e paritari. In altri termini, possono svolgere le funzioni sia di *client* che di *server* allo stesso tempo e verso gli altri nodi della rete. Nella struttura P2P, gli utenti (*client*) fruiscono in modo paritetico delle stesse risorse informative, condividendo gli stessi dati a velocità superiori a quelle di un sistema di tipo *client-server*, nel quale il computer che offre i propri servizi (*server*) - essendo dedicato a soddisfare

le richieste di più *client* connessi - rischia di rallentare la velocità di trasmissione dei dati medesimi. Così per il sistema Bitcoin, il *network* - anziché scambiare file o telefonate (come avviene, ad esempio, su eMule o Skype) - scambia con velocità valuta digitale; e precisamente, si scambia soprattutto codici di crittografia che autorizzano le transazioni di denaro digitale.

Il database che contiene le informazioni rilevanti per creare e scambiare Bitcoin è distribuito tra i nodi della rete-Bitcoin e si occupa anche della conferma delle transazioni e di impedire che si possano spendere due volte le stesse monete. Chiunque può dotarsi dello specifico *software* senza alcun costo, scaricandolo direttamente da Internet, in modo che ciascun *client* del sistema Bitcoin possa interagire e compiere transazioni direttamente con qualunque altro utente del *network*. Quindi si scarica il software, disponibile gratuitamente per tutti, si crea un *account* su uno dei tanti siti che fanno da interfaccia, si crea sul proprio computer (o sul sito stesso) un c.d. *wallet* o portafogli elettronico in cui conservare la propria valuta digitale, e si comincia a scambiare la moneta digitale con divise tradizionali, si compiono acquisti, si fa *trading*.

[8] P.H. FARMER Jr., *Speculative tech: the Bitcoin legal quagmire & the need for legal innovation*, Journal of Business & Technology Law, 2014, <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1219&context=jbt>

[9] P. MURK, Presidente della Fondazione Bitcoin, nella [relazione](#) alla Commissione sulla Sicurezza Nazionale e Affari Governativi del Senato USA, nella audizione tenutasi in data 18 Novembre 2013, già cit., scrive: “*The difficulty of the math problem increases with the amount of effort going into mining across the network. This controls the pace at which new Bitcoins are added to the system, and it reduces the chance that any one miner or group will take control of the block chain. The amount of Bitcoin created by mining will drop over time until it ceases altogether in 2140 at just fewer than 21 million bitcoins in existence. In the meantime, mining will increasingly be rewarded by transaction fees*”.

[10] Il Bitcoin si basa su due concetti crittografici. Il primo è il concetto di [crittografia a chiave pubblica](#), che - applicata alle transazioni in valuta digitale - serve a spiegare come mai un determinato “indirizzo-Bitcoin”, account o c.d. portafoglio (*wallet*) è nostro e non di altri. Il secondo è il concetto di [hash crittografico](#), che serve (grazie ad un protocollo abbastanza elaborato) a spiegare come mai un possessore di Bitcoin non possa spendere due volte lo stesso *cybercoin*, o meglio come mai la rete che governa il Bitcoin impedisca e renda impossibile qualsiasi impropria duplicazione di soldi.

[11] Negli USA, il Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti, a marzo del 2013, ha pubblicato un report sulle monete virtuali centralizzate e decentralizzate, stabilendo che il Bitcoin “*operates like a currency in some environments, but does not have all the attributes of real currency. In particular, virtual currency does not have tender status in any jurisdiction*” [cfr: *Guidance on the Application*

of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (FIN-2013-G001, March 18, 2013 http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/pdf/FIN-2013-G001.pdf).

Successivamente, per finalità esclusivamente fiscali, l'Internal Revenue Service (IRS) americana, ha stabilito il 25 marzo 2014 che la natura giuridica del Bitcoin, esclusa una sua definizione in termini di moneta, sia assimilabile a quella della "property", cioè a quello che nel nostro ordinamento, in maniera assai generale, può definirsi con il concetto di bene ai sensi dell'art. 810 c.c.. All'esito di tali determinazioni, non è mancato qualche commento che ha intravisto una grave contraddizione tra le due autorità statunitensi (cfr: <http://www.forbes.com/sites/perianneboring/2014/02/22/bitcoin-basics-for-the-76-percenters-who-dont-have-a-clue-what-it-is/>).

Inoltre, si segnala che anche in Germania si è dato luogo ad un principio di regolamentazione da parte della Bundesanstalt Für Finanzdienstleistungsaufsich - BaFin, l'autorità federale per la supervisione del settore finanziario, sotto la vigilanza del Ministero Federale delle Finanze, che ha stabilito che il Bitcoin è una unità di conto (*unit of account*) rientrante tra gli strumenti finanziari quale "moneta sostitutiva" il cui impiego commerciale necessita di un'autorizzazione a norma della legge bancaria tedesca (cfr: G. ARANGÜENA, *Bitcoin: alla Germania il primato della regolamentazione*, 13 febbraio 2014, in Key4Biz, http://www.key4biz.it/News/2014/02/13/Net_economy/bitcoin_germania_bafin_223018.html).

[12] Il 14.10.2013, la Skatterättsnämnden, cioè la commissione svedese competente per il c.d. *Tax Ruling*, dipendente dal Ministero delle Finanze, ha affrontato la problematica, con la Decisione 46 (ref. 32-12./I in <http://skatterattsnamnden.se/skatterattsnamnden/forhandsbesked/2013/forhandsbesked2013/mervardesskatthandelmedbitcoins.5.46ae6b26141980f1e2d29d9.html>), concernente l'attività commerciale compiuta con le operazioni di cambio di Bitcoin da e verso la Corona svedese (*Mervärdesskatt: Handel med bitcoins*), al fine di risolvere una contestazione insorta tra un soggetto e l'autorità di vigilanza finanziaria. In particolare, l'oggetto dell'interpello sottoposto all'autorità tributaria consisteva nella richiesta se l'acquisto e vendita di Bitcoin fossero operazioni soggette ad i.v.a, come ritenuto dall'autorità di vigilanza, oppure esenti da tale tassazione, in quanto non implicanti "consumo", cioè il pagamento di una remunerazione per il servizio di scambio, come ritenuto dal contribuente. La commissione del ruling ha ritenuto, alla luce della direttiva i.v.a. n. 2006/112/CE, che tali attività fossero esenti, in quanto il bitcoin può essere assimilato al concetto di divisa - estraneo ad una valutazione del corso legale - preso in considerazione, ai fini dell'esenzione, dall'art. 135, lett. e) della predetta direttiva (cfr: S. CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Padova, 2014, XI - N. 1, p. 48).

Si segnala, inoltre, che l'Agenzia Tributaria del Regno Unito (HMRC - *Her Majesty Revenue & Customs*), con il *Brief* 09/14 del 3.3.2014 (<http://www.hmrc.gov.uk/briefs/vat/brief0914.htm>), ha rilasciato un chiarimento provvisorio sul trattamento di alcune attività espletate con Bitcoin, ai soli e limitati fini del trattamento fiscale e con espressa esclusione di altri scopi regolamentari, nella consapevolezza della necessità di una successiva emanazione di linee guida coerenti con la "natura evolutiva" delle criptomonete.

Secondo una dichiarazione del febbraio 2014, l'Australian Taxation Office (ATO) rilasciata al Financial Review (http://www.afr.com/p/business/sunday/ato_mulls_bitcoin_rules_L3OCwRm31Mu4MdyElzSMHK), i contribuenti australiani, entro il 30 giugno, avranno a disposizione una guida ufficiale completa su come Bitcoin sarà tassato in tutte le sue diverse forme di impiego.

[13] Esistono diverse criptomonete attualmente in circolazione, di cui il Bitcoin è la più affermata. Ad esempio, tra le più popolari, si segnalano il PPcoin (PPC) e il Litecoin (LTC). Il PPcoin ed il Litecoin sono valute digitali sempre su basi crittografiche e *peer-to-peer* la cui architettura è derivata dai Bitcoin.

[14] In proposito, si segnala che tra le innumerevoli organizzazioni attive nel *fundrasing* in criptovaluta (*cfr.* [Bitcoin 100](#), [Bitcoin Foundation](#), [BitcoinFunding.com](#), [BitGiveFoundation](#)), ve ne sono diverse che effettuano donazioni a diversi gruppi politici di ispirazione ultra-libertaria, tra cui figura il Libertarian Party statunitense, e il Partito Pirata (per un approfondimento, *cfr.* G. ARANGÜENA - S. CAROLI (e altri), *Bitcoin: l'altra faccia della moneta*, già cit. alla nota n. 1).

Si consideri, inoltre, che il Bitcoin, sviluppato in concomitanza con il manifestarsi della crisi del sistema finanziario internazionale tra il 2008 ed il 2009, è una criptovaluta totalmente sganciata dal controllo statale e/o bancario, e che, pertanto, sollecita in maniera "naturale" le ideologie di tutte quelle persone, definibili come "*gold bugs*" o "*perna bears*", interessate ai fenomeni delle monete "alternative" (concetto notevolmente differente rispetto alla nozione giuridica della moneta complementare), a causa della loro visione critica sull'abolizione del sistema c.d. Gold Standard, e della creazione della moneta c.d. Fiat; non più basata sulle riserve aurifere bensì sulla fiducia nelle autorità centrali, e sul potere degli Stati di creare inflazione emettendo nuova moneta (*cfr.* R. GRINBERG, *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla nota n. 1), e sulla sua autorevolezza nel riscuotere i tributi.

[15] V. nota n 4.

[16] Tra le Bitcoin *industries*, sebbene in maniera ancora del tutto embrionale, è stato creato un comitato per la promozione di forme di auto-regolamentazione, chiamato Digital Asset Transfer Authority - DATA, pensato per incoraggiare un dialogo con le istituzioni e per porsi come autorità di autoregolamentazione del settore dei trasferimenti elettronici di "beni digitali". Stante l'attuale situazione di sostanziale *deregulation*, le forme di auto-regolamentazione sono senza dubbio da sviluppare anche a

presidio del problema reputazionale del settore, ancora immaturo, sconosciuto ai più, facilmente identificabile con attività illecite e comunque ancora quasi del tutto al di fuori da un opportuno controllo.

[17] R. GRINBERG, (2011), *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla n. 1, p. 168.

[18] Vedi, ad esempio: J. BRITO - A. CASTILLO, *Bitcoin A primer for policymakers*, Mercatus Center - George Mason University, 2013, http://mercatus.org/sites/default/files/Brito_BitcoinPrimer_embargoed.pdf; M. BRIERE - K. OOSTERLINK - A. SZAFARZ, *Virtual currency, tangible return: portfolio diversification with Bitcoins*, Solvay Brussels School, Economics & management, 2013, <http://www.solvay.edu/working-papers>; P. L. BURLONE - R. DE CARIA, *Bitcoin e le altre criptomonete. Inquadramento giuridico e fiscale*, Istituto Bruno Leoni, aprile 2014, http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_234-De_Caria_Burlone.pdf.

[19] Cfr. J. BRITO - A. CASTILO, *Bitcoin A primer for policymakers*, già cit..

[20] Vedi nota n 1.

[21] “*Bitcoin is a fiduciary currency - it has no intrinsic value and what value it has from the belief that others will accept it*”, così F.R. VELDE, *Bitcoin: a primer*, Chicago Fed Letter - The Federal Bank of Chicago, 2013, 317,

http://www.chicagofed.org/digital_assets/publications/chicago_fed_letter/2013/cfldecember2013_317.pdf.

[22] A causa della pluralità di forme assunte dalla moneta nel corso della storia, gli economisti, tradizionalmente, hanno cercato di classificarla in base alle sue tipiche funzioni, creando così la nota formula della funzione monetaria tripartita di: 1) mezzo di scambio; 2) unità di conto; e 3) riserva di valore (Per approfondimenti, *inter alia*: B.T. MCCALLUM, *Monetary Economics: Theory and Policy*, MacMillian Publishing Company, 1989, New York).

[23] Vedi il chiarimento dell'IRS 2014-21, già citata alla nota n. 11, <http://www.irs.gov/uac/Newsroom/IRS-Virtual-Currency-Guidance>.

[24] Negli USA il potere di coniare moneta è conferito al Congresso (con esclusione e divieto a tutti gli altri Stati della Federazione), e il potere di vigilare sulla sua stabilità è in capo alla Federal Reserve (US Cost - art I, §8, 10). In UE, l'art. 105 del TUE ha attribuito alla BCE il potere di emettere nuova moneta (ora vedi art. 127 TFUE).

[25] Cfr. P.L. BURLONE - R. DE CARIA, *Bitcoin e le altre criptomonete*, già cit. alla nota 16.

[26] Sul tema, vedi, ad esempio, J. BLANC, *Exclusion et liens financiers: Monnaies sociales*. Rapport 2005-2006, Paris: Economica; L. FANTACCI - M. AMATO, *Monete complementari per i DES. Rapporto di ricerca sulla possibilità di utilizzare sistemi di moneta complementare per costituire e rafforzare i rapporti economici e sociali all'interno dei distretti di economia solidali*, 2007, scritto reperibile [qui](#). Ibidem, *Moneta complementare, sai cos'è?*, Milano-Torino, 2013.

[27] Nel nostro ordinamento esiste l'art. 1277 c.c. che attribuisce potere solutorio ai soli pagamenti effettuati con moneta avente corso legale. Peraltro, proprio la presenza di tale norma nel nostro ordinamento (c.d. principio nominalistico) rende complesso il ragionamento anche per considerare l'idoneità giuridica della moneta elettronica agli effetti solutori. Per una panoramica del dibattito su tale specifico punto, si vedano: A. SERRA, *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, in *Contratto telematico e pagamenti elettronici*, (a cura di) V. RICCIUTO, Padova, 2004, p. 66 ss.; B. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in *La natura giuridica della moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, (a cura di) S. SICA - P. STANZIONE - V. Z. ZENCOVICH, Milano, 2006, p. 24; G. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, I, p. 814 ss..

[28] La base fondamentale della moneta complementare non è la dimensione pubblica e legale della moneta, ma quella più propriamente contrattuale degli accordi anche di tipo associativo, a sostegno della sua emissione e accettazione come mezzo di pagamento.

[29] *Cfr.*: R. GRINBERG, *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla n. 1, p. 190 e ss, sulla ricostruzione della vicenda del Liberty Dollar, stampato e distribuito a partire dal 1998 (caso United States vs Nothaus, CR 27, WDNC, May 19, 2009).

[30] *Cfr.*: R. GRINBERG, *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla n. 1, p. 190 e ss, sulla ricostruzione della vicenda del Liberty Dollar, stampato e distribuito a partire dal 1998 (caso United States vs. Nothaus, CR 27, WDNC, May 19, 2009).

Giusto per avere un'idea del numero e dell'eterogeneità dei tipi di moneta complementare, come indicato da un breve introduzione reperibile su Investopedia

(<http://www.investopedia.com/articles/economics/11/introduction-complementary-currencies.asp>), eccone di seguito alcuni degli esempi più noti: 1) Lets (*Local Exchange Trading System*) è un sistema di commercio locale che facilita e registra gli scambi all'interno di una comunità, attraverso l'impiego di una valuta appositamente creata, il Credito Lets; 2) Wir (*Wirtschaftsring*) è una valuta complementare svizzera interamente digitale, basata su un sistema di compensazione tra crediti delle imprese introdotto in Svizzera nel 1934, quando la crisi economica mondiale iniziata nel 1929 negli Stati Uniti raggiunse il suo apice nella Confederazione Elvetica; 3) Ithaca Hours: è una valuta complementare a tempo.

[31] *Cfr.*: R. GRINBERG, (2011), *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla n. 1, p. 185.

[32] P.L. BURLONE - R. DE CARIA, *Bitcoin e le altre cripto monete*, già cit, nota 16, p. 4.

[33] C. KAMINSKI, *Online peer-to-peer payments: Paypal primes the pump, will bank follow?* 7 NC Banking Inst, 375 (2003).

[34] *Cfr.*: R. GRINBERG, (2011), *Bitcoin: an innovative alternative digital currency*, già cit. alla n. 1, p. 169-170; B. ZIELKE, *Why credit cards are not*

the future of online payment, Mashable, (2011), <http://mashable.com/2011/03/02/credit-card-decline/>.

[35] Le *transaction fees* attraverso il network Bitcoin tendono ad essere al massimo pari all'1% del valore complessivo della transazione stessa (vedi Bitcoin Wiki, transaction fees, https://en.bitcoin.it/wiki/Transaction_fees, ultimo aggiornamento al 28 marzo 2014).

[36] Così: J. BRITO – A. CASTILLO, *Bitcoin A primer for policymakers*, già cit. alla nota n 16. Si legge in tale documento: “*Credit cards have greatly expanded the ease of transacting, but their use comes with considerable costs to merchants. Business that wish to offer the option of credit card payment to their customers must first pay for a merchant account with each credit card company. Depending on the terms of agreement with each credit card company, businesses must then pay a variety of authorization fees, transaction fees, statement fees, interchange fees and customer-service fees, among other charges*” (p. 10). Inoltre, “*as an inexpensive funds-transfer system, Bitcoin also hold promise for the future of low-cost remittances*” (p. 13).

[37] Dal punto di vista legale, l'integrazione dei diversi servizi di pagamento, a livello europeo, si fonda sul documento della Commissione dell'11.1.2012, Libro Verde verso un mercato europeo integrato per la carta, internet e telefono mobile COM 2011-941, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0941_/com_com\(2011\)0941_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0941_/com_com(2011)0941_it.pdf).

Con tale documento, la Commissione prende atto esplicitamente delle criticità dal punto di vista concorrenziale e di accesso al mercato dei pagamenti elettronici di soggetti non-bancari. Successivamente, la Commissione ha presentato nel luglio del 2013 un pacchetto legislativo complesso per la revisione della direttiva 2007/64/CE (c.d. PSD).

[38] A. R. JOHNSON, *Money transfer in Bitcoins? Western Union, Moneygram weigh the option*, Wall Street Journal, 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324493704578431000719258048>.

[39] *Cfr*: Case 4:13-cv-00416-RC-ALM, Doc. 23 Filed 08/06/13, reperibile in <http://www.scribd.com/doc/158693058/Texas-Bitcoin-Decision-Re-SEC>.

[40] La questione da stabilire era se il fondo gestito dal Sig. Shavers producesse “*titoli finanziari come definiti dalle leggi federali in materia*”, o meno. Il giudice statunitense, a questo proposito, ha affermato che “*è chiaro che il Bitcoin può essere usato come una moneta. Può essere usato per comprare beni e servizi e, come lo stesso Shavers ha affermato, oltre che usato per pagare spese vive individuali*”. In più “*può essere scambiato per valuta tradizionale, come Dollari, Euro, Yen e Yuan. Quindi, il Bitcoin è una valuta o una forma di moneta, e un investitore che desidera investire in BTCST realizza un investimento in denaro*” anche se sono stati utilizzati Bitcoin.

[41] P. MURK, Presidente della Fondazione Bitcoin, nella [relazione](#) alla Commissione sulla Sicurezza Nazionale e Affari Governativi del Senato USA, nella audizione tenutasi in data 18 Novembre 2013, già cit alla nota n. 8,

scrive: “Administering a payment or money system is not the only use of a universal public ledger. The Bitcoin protocol may expand over time to facilitate many advanced services such as deposits, escrows, and potentially even distributed stock trading. And the Bitcoin protocol may find many uses beyond payments and money, including proving the existence of documents, establishing and verifying human identities, Internet naming and numbering, and many more. Bitcoin is a protocol. It is like TCP/IP, which enables all the different uses people around the globe invented for the Internet. And it is like HTML, which enables all the different uses people invented for the World Wide Web without having to ask anyone’s permission. We envision Bitcoin as a driver of global change that rivals these other protocols in terms of the benefits it delivers to humankind across the globe”.

[42] Vedi: Bitcoin Wiki, *Smart Property*, https://en.bitcoin.it/wiki/Smart_Property, aggiornamento al 3 febbraio 2014.

Il primo teorico dei c.d. *smart contracts* è stato Nick SZABO sin dagli anni '90, <http://szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Con tale definizione, l’A. si riferisce ai c.d. contratti “intelligenti”, in quanto incorporati direttamente nei software o nell’hardware necessari al funzionamento di talune applicazioni, al fine di consentire una loro esecuzione automatizzata e correlata alla stessa tecnologia impiegata, abbattendo i rischi legali della transazione e costi di sicurezza e fiducia nelle capacità di adempimento del contraente. In tale prospettiva, lo strumento dei contratti intelligenti consente di automatizzare, rendendole più efficienti, tanto le fasi precedenti la formazione dell’accordo (costruzione di fiducia reciproca e trattative) a base di una transazione di qualunque tipo, e il procedimento di formalizzazione dell’accordo stesso, quanto infine le fasi di esecuzione o di garanzia di adempimento degli impegni presi.

Un esempio di *smart contract* può essere rintracciato all’interno delle c.d. DRM, *Digital rights management*, cioè nei sistemi di protezione elettronica incorporati in alcuni dispositivi di lettura di file recanti opere di ingegno e contenuti soggetti alle limitazioni del diritto d’autore, a protezione dei titolari dei diritti (cfr N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*. First Monday, 1997, in <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>). Oltre ai DRM, nella realtà attuale esistono ulteriori strumenti automatizzati che vengono utilizzati per eliminare molti dei costi transattivi, ad esempio: i bracci meccanici all’uscita dai parcheggi o ai caselli autostradali, la disconnessione automatica dalla fornitura di servizi offerti dalle industrie a rete, i tassametri montati sui taxi, ecc.. Inoltre, in taluni servizi online, vengono già utilizzate alcune tecniche per dissuadere indirettamente le parti dal mancato rispetto degli impegni assunti, prevalentemente sulla base di meccanismi di discredito c.d. reputazionale (vedi, ad esempio, le recensioni su eBay o Tripadvisor), che, tuttavia, non rimangono del tutto esenti da critiche per l’abuso che, in taluni casi, può esserne fatto.

[43] Secondo N. SZABO, op. ult. cit., infatti, la base dell'economia è costituita dalle transazioni commerciali e, al riguardo, l'evoluzione storica ha comportato progressive rivoluzioni nei costi degli affari, che, progressivamente, con l'innovazione, sono diminuiti a partire dal trasporto fino alla produzione di beni e servizi e, ora, alla comunicazione. Ciò nondimeno, esistono ancora notevoli barriere al pieno dispiegarsi delle attività commerciali internazionali, soprattutto con riferimento alle questioni giuridiche, alla sicurezza dei rapporti ed alla fiducia; e ancora notevoli e troppo elevati sono i costi di sviluppo, mantenimento e protezione dei rapporti commerciali su scala globale.

La ragione di ciò, scrive questo A. (qui tradotto), si rinviene nel fatto che, nonostante il recente aumento delle reti informatiche globali, le istituzioni e le strutture economiche ancora *“danno per scontato che viviamo in un mondo di carta. Noi formalizziamo i nostri rapporti con contratti scritti, leggi scritte e forme studiate per un sistema fondato sulla carta. I nostri atteggiamenti e le leggi in materia di proprietà intellettuale e privacy, ad esempio, hanno assunto l'essenza del mondo di carta, costoso da mantenere e riprodurre. Ma, ormai sempre più spesso, non possiamo più dare per scontate ed immutabili queste forme profondamente radicate, ed evolute secondo un protocollo di comunicazione cartacea. Stiamo entrando in un periodo in cui la civiltà deve tornare ad adattarsi fortemente anche dal punto di vista economico ad un nuovo media di supporto della comunicazione”*.

[44] I contratti “intelligenti” sono *self-enforceable*: il codice di programmazione definisce preventivamente e pubblicamente tanto le condizioni contrattuali quanto le procedure necessarie per finalizzare una transazione in esecuzione del contratto medesimo. Una volta prestato il consenso non è più possibile rinegoziare o scegliere di non dare esecuzione al contratto, a meno di non modificare il codice di programmazione i contratti tradizionali sono giuridicamente vincolanti, gli SC sono tecnologicamente vincolanti. In tale prospettiva, mentre i contratti tradizionali appaiono giuridicamente vincolanti tra le parti, gli *smart contract* sono tecnicamente vincolanti, assumono cioè forza tra le parti in ragione di determinate caratteristiche tecnologiche predeterminate (per un approfondimento, cfr. T. SWANSON, *Great Chain of Numbers, a guide to smart contracts, smart property and trustless asset management*, 2013, disponibile su <http://www.scribd.com/doc/210537698/Great-Chain-of-Numbers-a-Guide-to-Smart-Contracts-Smart-Property-and-Trustless-Asset-Management-Tim-Swanson>).

[45] Cfr. J. KIRK, *Could the Bitcoin network be used as an ultrasecure notary service?* 2013, <http://news.techworld.com/security/3449015/could-the-bitcoin-network-be-used-as-an-ultrasecure-notary-service/>.

[46] Nel Glossario della Borsa Italiana, la collateralizzazione, è la costituzione di un *collateral*, cioè l'operazione contrattuale che effettua un soggetto obbligato ad eseguire una certa prestazione al fine di garantirla. L'operazione contrattuale consiste nel sottoporre a vincolo uno specifico

bene o asset (collateral) che può essere venduto in danno del debitore se questi non esegue la propria obbligazione.

[47] Così P.H. FARMER Jr., *Speculative tech: the Bitcoin legal quagmire & the need for legal innovation*, già cit. nota n. 8, p. 104.

[48] A tale scopo, quanto alla nozione di strumento finanziario, potrebbe tenersi conto che la nostra esperienza giuridica già conosce il concetto di c.d. dematerializzazione dei titoli (seppur nell'ambito di una visione centralizzata della relativa gestione). Infatti, gli artt. 83 *bis* e ss. del T.U.F., di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, prevedono che: i *titoli di stato e gli strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati*, nonché gli ulteriori strumenti finanziari individuati dalla CONSOB, *non possono essere rappresentati da titoli*. In questi casi, non circola alcun documento rappresentativo degli strumenti in questione (contratti), ma esistono unicamente delle risultanze dei conti nei quali sono registrati. Ed esiste poi la possibilità anche di optare per la dematerializzazione facoltativa, prevista dal 3° co. dell'art. 83 *bis* T.U.F. In tutte tali ipotesi, per consentire allo strumento dematerializzato di circolare tanto l'emittente dello strumento finanziario, quanto ciascun intermediario, devono aprire un conto presso la società di gestione accentrata; sicché, in virtù della registrazione nel conto acceso, al titolare di esso viene riconosciuta la *legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari* (art. 83 *quinquies* T.U.F.), cui ci si riferisce. Secondo tale prospettiva, quindi, gli strumenti finanziari hanno consistenza meramente scritturale e le risultanze e l'intestazione del conto aperto presso l'intermediario consentono di riprodurre quel grado di certezza sulla posizione di esclusività che nei titoli di credito è assicurata dal possesso del documento (*cf.* C. Angelici e G.B. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, XIII ed., Milano, 2010, p. 897), e nei beni mobili (non registrati) è dato dal possesso materiale di esso.

[49] S. NAKAMOTO, *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*, 2009, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, già cit. alla nota n. 1.

[50] Il concetto di nuovi beni o c.d. *New Properties* e la loro prima elencazione originano da un celebre saggio di C. REICH, "The New Property", pubblicato in *The Yale Law Journal*, nell'aprile 1964 (Vol. 73, No. 5, pp. 733-787). Alla base della proposta dell'A., vi è la constatazione che un numero crescente di individui fonda il proprio benessere su sussidi, sgravi fiscali, incentivi, contratti pubblici, licenze di commercio, abilitazioni all'esercizio di professioni, autorizzazioni all'utilizzo di risorse pubbliche; e che tali elargizioni (*largess*) sono diretta emanazione dello Stato, in relazione alle quali non vi è una effettività di garanzie giuridiche a tutela dei soggetti privati a cui tali utilità vengono attribuite. All'esito di queste considerazioni, la proposta è quella di riconoscere a tali utilità lo *status* di *new properties*, di nuove proprietà, o, forse più correttamente da un punto di vista definitorio, di nuovi beni dotati di valore economico sebbene non tangibili. A partire da tali importanti riflessioni, il dibattito sul sistema proprietario dei beni intangibili si è acceso anche in Italia.

Ma le teorie sulla proprietà, soprattutto negli ordinamenti di *civil law*, e nel nostro in particolare, legato alla rigida nozione di bene fissata dall'art. 810 del c.c., sono per lo più improntate sulla nozione di cosa corporale e di bene materiale e mal si adattano a ricomprendere, all'interno del diritto proprietario, le posizioni soggettive di natura economica dotate di un diritto di esclusiva, per cui, oltre le cose corporali, sono considerate beni giuridici tutte le utilità o i valori che trovano un mercato. (Per approfondire, cfr: S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1990; G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in Riv. Trim., 1982, 1137 e ss.; V. Z. ZENCOVICH, voce "Cosa", in Dig. IV, disc. priv., sez. civ., III, 1988, 438 e ss.).

[51] Cfr G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, op. cit., 1137. Secondo tale A., la nozione di *property* così come la conosciamo oggi troverebbe il suo fondamento nella *secunda divisio rerum* - formulata nelle *Institutiones* di Gaio - tra *res corporales* e *incorporales*. Nel sistema di *common law*, a tale bipartizione ha fatto seguito l'aggiunta delle *actiones* che determineranno la scomposizione nelle due categorie della *property* venutesi a creare: la *Real* e la *Personal Property*. La prima per lo più riferita agli immobili e tutelata con l'*actio in rem*, e la seconda riferibile più in generale ai beni mobili, tutelata attraverso l'*actio in personam*, tendente alla condanna di un soggetto specifico al pagamento di una somma di denaro, a titolo di risarcimento. Questa seconda categoria ha avuto ulteriori evoluzioni e vi sono successivamente confluiti tutti i beni incorporali, definiti successivamente come "*choses*" o "*things in action*", essendo beni la cui "visibilità" consisteva nell'azione giudiziaria con cui il titolare poteva ottenere la condanna di chi ne avesse impedito o ostacolato il godimento. Più tardi, sempre nella categoria delle *choses in action* vennero poi ricompresi i *copyrights* (diritti d'autore) e *patents* (brevetti), e infine il *goodwill of a business* (l'avviamento dell'azienda).

[52] Cfr: G. ARANGÜENA, *Nome a dominio e tutela del marchio verso la social property: il cybergrabbing come slealtà commerciale e il nuovo enforcement del diritto della concorrenza e dei consumatori*, Rivista dell'Informazione e dell'Informatica, Milano, 6, 2013, 837 e ss.

[53] La teorizzazione del concetto di *property* come "*bundle of rights*" origina da un celebre saggio di A.M. HONORE', *Ownership*, in A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, 1961.

[54] Una prima definizione di beni immateriali si deve a P. GREGO che li ha qualificati come quei beni che, all'interno di un sistema economico basato sulla produzione, sono a tutti gli effetti strumenti del processo produttivo e, dal punto di vista naturalistico, sono privi del tratto della corporeità (cfr: l'A., *Beni immateriali*, in Noviss. Dig. It., Torino 1958, 356 e ss.), ed appartengono alla categoria delle utilità immateriali che, secondo l'A., ricomprenderebbe tutte le "*entità prive di consistenza fisica, e tuttavia apprezzate dall'uomo per la loro idoneità a soddisfare bisogni ed esigenze della sua vita individuale e sociale*".

Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?

di
Gilberto Nava

Abstract

The Italian Government has intervened, subsequently to infringement proceedings launched by the European Commission, in order to define the division of competences between the Competition Authority and the national authorities responsible for the sectorial regulation in accordance with the principle of specialty required by Directive 2005/29/EC. The article analyzes the consistency of legislative news with EU and constitutional principles, extends issues involved with certain implementing rules and puts forward a new solution by means of legislation.

Il legislatore italiano è intervenuto, in pendenza di una procedura di infrazione della Commissione europea, allo scopo di definire il riparto di competenze tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le Autorità nazionali preposte alla regolamentazione settoriale secondo il principio di specialità previsto dalla direttiva 2005/29/CE. Il contributo analizza la coerenza della novella legislativa con i principi comunitari e costituzionali, approfondisce le problematiche di alcune modalità applicative e propone una nuova soluzione in via legislativa.

Sommario: 1. Il nuovo intervento del legislatore. - 2. La procedura di infrazione. - 3. Il principio di specialità e il ruolo delle Autorità di regolamentazione nella tutela del consumatore/utente. - 4. Il primo intervento del legislatore finalizzato a dirimere il conflitto di competenza. - 5. La novella legislativa sul riparto di competenza. - 6. La proposta *de iure condendo* di un nuovo (e auspicabilmente dirimente) intervento legislativo.

1. Il nuovo intervento del legislatore.

A valle di un lungo ed articolato percorso giurisprudenziale e legislativo che cercheremo di sintetizzare di seguito, il legislatore nazionale è intervenuto cercando di dirimere la problematica relativa al riparto delle competenze tra Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette inserendo un nuovo comma 1-bis dell'articolo 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo) introdotto dal d. lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 recante l'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori[1] [2].

La nuova norma che disciplina il riparto di competenze in materia di pratiche

commerciali scorrette recita come segue:

"anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'autorità di regolamentazione competente. Resta ferma la competenza delle autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolamentazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze."

La modalità adottata dal legislatore nazionale potrebbe rappresentare, più in generale, un approccio per dirimere la più ampia tematica del riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e le autorità di regolamentazione settoriale nella tutela armonizzata del consumatore introdotta dalla direttiva 2011/83/UE, ma tale analisi appare esorbitante l'oggetto del presente contributo.

2. La procedura di infrazione .

La motivazione sottesa all'intervento del legislatore nell'ambito del decreto legislativo che attua la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori viene giustificata in virtù della finalità di superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 che era stata avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, relativamente ai conflitti di competenza e a presunte lacune applicative della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati.

Con la lettera di messa in mora del 17 ottobre 2013 la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano innanzitutto per l'interpretazione adottata dalla giustizia amministrativa, con le citate sentenze dell'Adunanza Plenaria, del principio di specialità e quindi del rapporto di coesistenza tra disciplina generale in tema di pratiche commerciali scorrette dettate dalla direttiva 2005/29/CE e le direttive settoriali che disciplinano, in modo "speciale", anche la tutela dei consumatori, violando, quindi il carattere di armonizzazione piena della direttiva e non garantendo la sua corretta applicazione

In particolare la lettera di messa in mora al Governo Italiano in merito ai citati interventi legislativi e giurisprudenziali sottolinea che l'interpretazione del criterio di specialità seguita dal legislatore nazionale e dalla giurisprudenza amministrativa implicasse una incompleta attuazione della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

Nella lettera di messa in mora la Commissione ha sottolineato che, in base al criterio della *lex specialis* di cui all'art. 3, comma 4, Direttiva 2005/29/CE, le disposizioni settoriali prevalgono sulla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette solo se: "1. posseggono lo status di legislazione

dell'Unione (cioè sono norme nazionali che recepiscono norme dell'Unione); 2. disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; 3. vi è un contrasto tra la [direttiva 2005/29/CE] e norme settoriali specifiche”.

Su quest'ultimo punto, la Commissione Europea ha chiarito che, diversamente da quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria, il termine “contrasto” fa riferimento all'opposizione o all'incompatibilità tra norme e che, quindi, la mera esistenza di una normativa speciale non è sufficiente a escludere la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette in quanto le norme settoriali prevalgono sulla disciplina delle PCS soltanto qualora gli aspetti specifici previsti nella direttiva 2005/29/CE siano incompatibili mentre i requisiti informativi previsti dalla disciplina settoriale, qualora non siano conflittuali, debbono aggiungersi ai requisiti generali imposti ai professionisti. Invero l'interpretazione adottata in questa occasione dalla Commissione esplicita in modo ancora più estensivo quanto affermato dalla stessa Commissione nel primo rapporto della Commissione europea sull'attuazione della Direttiva 2005/29/CE (COM(2013)0139) nel quale la complementarità delle due discipline veniva interpretata non solo come “rete di sicurezza” finalizzata a colmare le lacune nel regime di tutela non disciplinate dalla *lex specialis*. In altri termini la *vis* espansiva della direttiva 2005/29/CE non si limiterebbe a colmare le lacune della normativa speciale, ma si affiancherebbe ponendo ulteriori oneri agli obblighi informativi ritenuti sufficienti dalla regolamentazione settoriale (anch'essa di matrice comunitaria) ed imponendo in capo al professionista un duplice regime informativo, anche qualora l'Autorità di settore, delegata a regolare, vigilare e sanzionare l'operato dei professionisti del settore, abbia legittimamente ritenuto sufficiente un diverso grado o un diverso tipo (non incompatibile) di onere informativo. Secondo questa interpretazione della Commissione, che meriterebbe un vaglio giurisprudenziale, non solo il legislatore comunitario risulterebbe avere un comportamento “strabico” poiché affida a due diversi organismi e a due plessi normativi la “regolazione” (*ex ante* o tramite procedimenti sanzionatori) dei medesimi comportamenti commerciali dei professionisti, ma sottoporrebbe in modo discriminatorio le imprese dei mercati regolati e vigilati da Autorità settoriali ad un doppio regime informativo a tutela dei consumatori, presidiato da diversi obblighi operativi e strumenti inibitori e sanzionatori.

Inoltre, con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, la Commissione ha rilevato che “le norme dell'UE applicabili al settore delle comunicazioni elettroniche, come recepite in Italia, non regolino in modo esaustivo le pratiche commerciali sleali in questo settore” (sebbene contengano norme sul contenuto dei contratti tra consumatori/utenti e professionisti, pongano obblighi di pubblicazione delle informazioni e di trasparenza e vincoli sulla qualità e disponibilità dei servizi offerti al pubblico), con il conseguente rischio di un vuoto di tutela in relazione alle condotte del settore delle comunicazioni elettroniche che non ricadano nell'ambito applicativo delle norme settoriali. Come vedremo esaminando le sentenze dell'Adunanza Plenaria, questo rilievo della Commissione non

risulta privo di fondamento rispetto al principio di “specialità per ordinamento” accolta dal Supremo collegio con le citate sentenze.

La Commissione stigmatizza, inoltre, la mancata attuazione nell’ordinamento italiano dell’art. 2, paragrafo 4 della Direttiva Servizio Universale che prevedeva l’applicabilità residuale delle norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori a causa dell’abrogazione dell’art. 70, comma 6 del Codice delle comunicazioni elettroniche (CCE) da parte del d.lgs. n. 70/2012 che ha recepito le direttive del 2009, modificative del quadro regolamentare comunitario del settore.

La Commissione contesta, infine, l’adozione da parte del legislatore italiano dell’articolo 23, comma 12 *quinquiesdecies* del d.l. n. 95/2012, convertito con la legge n. 135/2012, in quanto avrebbe “legificato” la posizione espressa dal Consiglio di Stato. Sul tema rinviamo all’analisi del successivo § 4.

Esaminando a ritroso le ragioni fondanti dell’attuale novella legislativa, approfondiamo di seguito le sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del maggio 2012.

L’ulteriore aspetto oggetto della procedura di infrazione riguarda l’applicazione da parte del giudice amministrativo nazionale del principio di specialità e, in particolare, il presunto profilo di infrazione trae origine dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 11-16 del maggio 2012[3] con le quali è stata dichiarata l’incompetenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nell’applicazione della 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, in presenza di determinate condizioni.

La questione affrontata dall’Adunanza Plenaria ha riguardato, con l’eccezione della sentenza n. 14 relativa alle competenze di Banca d’Italia, il riparto di competenze tra AGCM e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) in materia di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche. L’AGCM aveva infatti fino ad allora costantemente applicato le proprie competenze in materia di pratiche commerciali scorrette (stabilite dagli artt. 18 e ss. del Codice del Consumo) adottando provvedimenti sanzionatori (e, in concreto, esercitando surrettiziamente un potere regolamentare) anche nei confronti degli operatori di comunicazioni elettroniche che, invece, avevano più volte proposto ricorso in sede di giurisdizione amministrativa chiedendo la declaratoria di incompetenza dell’AGCM a favore di quella dell’AGCOM. Negli ultimi giudizi dinanzi al giudice amministrativo si era costituita anche AGCOM che aveva sostenuto la propria competenza a disciplinare le materie a tutela dei consumatori ai sensi delle specifiche competenze attribuite dalle direttive comunitarie settoriali.

Al riguardo, l’Adunanza Plenaria ha rilevato, innanzitutto, che il legislatore comunitario aveva attribuito all’AGCOM anche un’ampia competenza in materia di tutela del consumatore, che trova la propria base nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche (ed in particolare nei principi generali contenuti all’artt. 4 e 13 nonché nelle previsioni specifiche dell’art. 70 e ss. del d.lgs. n.

259/2003) e, soprattutto, aveva ricevuto concreta attuazione con la Delibera AGCOM n. 664/06/CONS, che aveva declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

Alla luce della compresenza di competenze di entrambe le Autorità in materia di tutela del consumatore, occorre perciò verificare come si dovesse applicare il citato art. 19, comma 3, del Codice del Consumo (analogamente all'art. 3, comma 4, Direttiva 2005/29/CE) che prevedeva che "in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici".

Secondo il Supremo Collegio, il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere tuttavia individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale (il "contrasto" di cui parla la norma citata), ma semplicemente di "diversità di disciplina" anche in presenza di una situazione di specificità della normativa di settore (nel caso di specie, quella di AGCOM) rispetto a quella generale:

"[...] 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, lo stesso Consiglio di Stato si era già espresso in sede consultiva nel parere n. 3999 del 2008, richiesto da AGCM in merito al riparto di competenza nella tutela del consumatore nel settore dei servizi finanziari, giungendo alla conclusione che al fine dell'applicazione del principio di specialità occorre fare riferimento "al tipo di comportamento e soprattutto alla situazione contestuale verso cui l'intervento correttivo o sanzionatorio è diretto; più che al tipo di operatore coinvolto si deve avere riguardo alla materia su cui i due possibili interventi vanno ad incidere, vale a dire - laddove esista un contesto distinto i cui operatori agiscono secondo regole e pratiche di sistema - al settore su cui l'intervento va dispiegato." Da questa applicazione del principio di specialità i supremi giudici amministrativi avevano desunto 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". In entrambi i casi i giudici avevano adottato una interpretazione del concetto di specialità richiamato dalla Direttiva che, da un iniziale riconoscimento della natura di complementarietà della normativa speciale rispetto a quella generale, era pervenuto ad affermare una complementarietà per ordinamenti (detta anche per settori) e non per norme. Il passaggio successivo del ragionamento del Supremo Collegio, al fine di eliminare alla radice i rischi di sovrapposizione dell'azione amministrativa e la reiterazione della violazione del principio cardine del *ne bis in idem*, era stato quello di escludere la competenza generale dell'AGCM dimostrando

l'eshaustività e la completezza della normativa di settore. Nel caso di specie, il comportamento che era contestato all'operatore risultava interamente disciplinato dalle norme di settore (a cui peraltro l'AGCM nei propri diversi provvedimenti impugnati aveva espressamente fatto riferimento): "[...] 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 exhaustività e la completezza della normativa di settore".

Secondo l'Adunanza Plenaria, inoltre, il rischio di lacune o deficit di tutela è inoltre scongiurato dalle clausole generali contemplate dalla disciplina di settore (principi di buona fede e di lealtà della delibera 664/06/CONS) e dalla norme in materia di tutela del consumatore richiamate dall'art. 70, comma 6 CCE. Sebbene la volontà dei giudici di individuare una norma di chiusura del sistema appaia uno sforzo condivisibile, conduce a due esiti entrambi non auspicabili: innanzitutto verrebbe posto a fondamento dell'azione di vigilanza e sanzionatoria del Regolatore un mero rinvio a principi generali e quindi si violerebbe il principio di legalità che rappresenta un presupposto dell'esercizio del potere sanzionatorio ai sensi della l. 689/1981. Poi il richiamo alle norme a tutela del consumatore ha fatto ipotizzare che la stessa Autorità di settore (in questo caso l'AGCOM) potesse applicare le norme del Codice del consumo in assenza di una espressa attribuzione in via legislativa. Infine l'Adunanza Plenaria rileva il fatto che le sanzioni edittali irrogabili da AGCOM non sono inferiori rispetto a quelle dell'AGCM: "[...] 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".

Da ultimo il Consiglio di Stato osserva che la competenza a favore di un'unica Autorità appare maggiormente rispettosa del principio costituzionale del buon andamento della P.A., consentendo indirizzi univoci al mercato ed evitando situazioni di possibile disorientamento da parte delle imprese: "A conclusione delle argomentazioni esposte occorre evidenziare come la soluzione adottata appare più rispettosa del principio costituzionale del "buon andamento" dell'amministrazione. Infatti, in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità (come in pratica è avvenuto). Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità

che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità”.

In estrema sintesi le molto dibattute sentenze dell'Adunanza Plenaria partono dall'individuazione di un problema rilevato in diversi settori regolati, a partire da quello bancario (vedi il parere del Consiglio di Stato n. 3999/2008), per proseguire nei mercati assicurativi, finanziari, energetici, delle comunicazioni, dei trasporti, ossia di evitare che vi siano una pluralità di interventi afferenti alle stesse tematiche (i.e. comportamenti commerciali) da parte di diverse istituzioni, con violazione del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione e rischi di duplicazione di procedimenti sanzionatori in violazione del principio del *bis in idem* nonché affinché sia possibile garantire indirizzi applicativi univoci al mercato, a beneficio dei consumatori e delle imprese. Ma la strumentazione logico argomentativo che si basa sul principio di specialità della direttiva 2005/29/CE negando la complementarietà dell'ordinamento settoriale rispetto alla disciplina generale per affermare l'eshaustività degli ordinamenti settoriali, se può apparire condivisibile per raggiungere gli obiettivi sopra citati, risulta semplicistico nell'assunzione della completezza e autonomia della normativa settoriale - oggettivamente incompleta per molti aspetti che sono invece analiticamente disciplinati dalle PCS - e problematico per i numerosi impatti sistematici che comporta. Come vedremo di seguito la novella legislativa non implica minori problematiche rispetto ai profili di corretta esecuzione delle direttive comunitarie sollevati sulle sentenze dell'Adunanza Plenaria dalla lettera di messa in mora della Commissione del 17 ottobre 2013, perciò una ragionata discussione per applicare l'attuale disciplina in un senso coerente con la lettera e con lo spirito delle direttive non potrà prescindere dai fondamentali principi che i giudici dell'Adunanza Plenaria hanno correttamente utilizzato per raggiungere la soluzione proposta. Inoltre il concetto di diversità di disciplina applicato dall'Adunanza Plenaria come interpretazione di buon senso del concetto di contrasto e quindi criterio di applicabilità del principio di specialità previsto nella Direttiva potrebbe essere sottoposto alla Corte di Giustizia in un eventuale rinvio pregiudiziale.

La relazione illustrativa inviata il 3 dicembre 2013 dal Governo alle Commissioni parlamentari per il necessario parere preliminare all'adozione del d. lgs. 21/2014 afferma anche che la questione da cui origina la procedura di infrazione sarebbe risolta riconoscendo l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole autorità di settore e, nel contempo, la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il codice del consumo, acquisendo però i pareri delle autorità di settore e senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione. Inoltre le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette resterebbero di competenza dell'autorità di settore.

Per usare una metafora, per alcuni anni il legislatore nazionale e la giurisprudenza amministrativa ha “spostato il pendolo” dalla parte delle

autorità di regolazione; adesso il legislatore ha deciso di spostarlo dalla parte dell'AGCM, in entrambi i casi senza trovare un giusto equilibrio, da un lato tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, dall'altro tra le norme generali in materia di pratiche commerciali scorrette e la disciplina settoriale che contemporaneamente il legislatore comunitario sta ampliando in numerosi mercati regolati.

3. Il principio di specialità e il ruolo delle Autorità di regolamentazione nella tutela del consumatore/utente.

Ad avviso di chi scrive per trovare una modalità applicativa che risolva il pluriennale dissidio occorre superare i pregiudizi ideologici sulla primazia dell'uno o dell'altro modello di tutela del consumatore e ritornare ad approfondire la norma comunitaria che già nel 2005 il legislatore aveva introdotto al considerando 10 e all'articolo 3, comma 4 della direttiva 2005/29/CE, poi recepito pedissequamente dall'art. 19, comma 3 cod. cons.: “3. In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici.”

Il testo della norma comunitaria rappresenta perciò il punto di riferimento essenziale alla luce del quale rileggere il complesso e ondivago percorso giurisprudenziale - partire dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria in cui si è trattato nonché risalendo agli antecedenti procedimenti AGCM nei settori regolati aventi una specifica connotazione regolamentare[4] - con l'evidenza che il legislatore comunitario ha voluto consapevolmente identificare il principio di specialità come criterio guida per ripartire la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette tra l'organismo titolare a livello nazionale del potere di vigilare e sanzionare queste ultime (in Italia l'AGCM) e le numerose autorità di regolamentazione settoriale a cui lo stesso legislatore ha voluto attribuire specifici poteri a tutela dei consumatori. Alla luce dei consolidati principi in tema di specialità, sarebbe poi stato onere delle Autorità (o degli organi giurisdizionali, a seconda degli ordinamenti interni) incaricati di applicare le pratiche commerciali scorrette e la disciplina regolamentare in ciascuno Stato membro adottare coerentemente il riparto di competenza dando attuazione ai principi di efficienza, efficacia e buona amministrazione ed evitando di violare il fondamentale principio del *ne bis in idem*. La necessità di definire a priori un principio per ripartire la competenza tra autorità di regolazione e organismi designati ad applicare le PCS sorge dalla natura intrinseca della regolazione e come effetto di un processo di politica industriale che, negli anni '90, ha indotto gli Stati membri (con modalità differenziate tra i diversi settori e tra i vari Stati), ad avviare processi di privatizzazione delle concessionarie pubbliche dei servizi a rete, a partire dalle telecomunicazioni. Perciò lo Stato, che, fino ad allora, aveva svolto il ruolo di “imprenditore” e in questo modo riteneva di contemperare anche le esigenze del cittadino/consumatore, quando ha ceduto il controllo di

importanti monopoli nazionali (ad esempio Telecom Italia) assumendo il ruolo di "Stato regolatore" ha ritenuto che i consumatori dovessero essere tutelati da soggetti (stra)dominanti sul mercato che operavano invece secondo logiche imprenditoriali: la legge n. 481 del 1995 istituiva perciò le prime Autorità indipendenti regolatrici di importanti settori quali l'energia e le telecomunicazioni e fissava le prime regole a tutela dei consumatori[5]. Il progressivo processo di privatizzazione dei mercati si è incrociato con la spinta comunitaria per la liberalizzazione dei mercati dei servizi a rete, a partire dalla telecomunicazioni. Il legislatore comunitario ha correttamente previsto in molti mercati, come le comunicazioni elettroniche, la riduzione al minimo delle barriere amministrative all'accesso al mercato al fine di favorire una rapida evoluzione concorrenziale, ma l'affacciarsi di molti attori sul mercato in competizione per acquisire i clienti e il conseguente svilupparsi di offerte tecnicamente e commercialmente più complesse hanno reso necessario incrementare le regole sulle modalità e la qualità delle offerte e garantire un crescente livello di tutela (e consapevolezza) a beneficio dei consumatori.

Infine, poiché l'esigenza di istituire un'autorità di regolazione di settore dotata di poteri regolamentari, di vigilanza e sanzionatori sorge in contesti che sono caratterizzati da "fallimenti di mercato", sovente legati alla fase di transizione da un regime di monopolio ad una dinamica competitiva, tanto più è efficace l'azione del regolatore a favore della liberalizzazione del mercato rilevante tramite l'introduzione di meccanismi pro-concorrenziali, tanto minore è giustificata nel medio periodo la sua presenza istituzionale e le risorse umane e finanziarie ad essa dedicate (*sunset clause*), ad eccezione dei profili di tutela del consumatore che diventano progressivamente sempre più rilevanti e qualificanti [6]. Perciò i compiti attribuiti da legislatore comunitario alle autorità di settore diventano spesso progressivamente "esistenziali" per le autorità stesse, una volta che i compiti prioritari di natura pro-competitiva sono stati correttamente impostati e prospetticamente risolti.

4. Il primo intervento del legislatore finalizzato a dirimere il conflitto di competenza.

Poco dopo le citate sentenze dell'Adunanza Plenaria il legislatore è intervenuto una prima volta a disciplinare i rapporti tra disciplina generale e normativa speciale attribuita alle autorità di settore in materia di pratiche commerciali scorrette. Con la legge di conversione n. 135/2012 del d.l. n. 95/2012 il legislatore ha introdotto l'articolo 23, comma 12 *quinquiesdecies* che prevedeva che "la competenza ad accertare e sanzionare è dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, 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." Agli interpreti meno

attenti la norma in esame è apparsa una legificazione di quanto stabilito dalle (allora) recentissime sentenze dell'Adunanza plenaria[7].

In realtà il legislatore del 2012 applicava il principio di specialità con modalità che si discostavano in modo abbastanza significativo da quelle dettate dall'Adunanza plenaria: la norma prevedeva la definizione della competenza di tutte le autorità di settore estendendo (in modo condivisibile) il principio di specialità a tutte le amministrazioni, non necessariamente qualificabili come autorità indipendenti, ma operanti in settori nei quali esistesse una regolamentazione di derivazione comunitaria che avesse finalità di tutela del consumatore e fosse munita di rilevanti poteri inibitori e sanzionatori. La norma del 2012 si discostava però dall'indirizzo dell'Adunanza plenaria poiché non escludeva aprioristicamente l'applicazione della normativa generale sul presupposto che la normativa settoriale fosse completa ed esaustiva, ma limitava l'applicazione del principio di specialità agli aspetti regolati. In realtà la norma in esame non si discostava soltanto dalle sentenze dell'Adunanza plenaria, ma anche dalle ordinanze di remissione delle sezioni del Consiglio di Stato ai sensi dell'art 99 c.p.a., perché si limitava a richiedere che le tematiche specifiche oggetto di una pratica commerciale scorretta fossero stati effettivamente regolate da un'autorità di settore, con ciò facendo derivare la possibilità di applicare il principio di specialità dalla presenza della normativa regolamentare anziché "soltanto in caso di verificato contrasto con quella generale e sempre che rechi la disciplina di aspetti specifici delle pratiche commerciali leali, regolando una fattispecie omogenea a quella individuata dalla normativa generale ma da quella distinta per un elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della fattispecie stessa."[8].

La norma del 2012 vuole essere di più immediata applicazione perché libera l'interprete dalla necessità di individuare "l'elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della normativa speciale rispetto alla fattispecie omogenea disciplinata dalla normativa generale e si a richiedere che l'autorità di settore abbia concretamente regolato tale materia, ossia l'abbia fatto oggetto di una normazione secondaria sulla base delle norme primarie di derivazione comunitarie". In realtà il legislatore del 2012 non si è limitato a richiedere che vi fosse un contrasto tra disposizioni contenute in direttive o in normative primarie nazionali, ma ha richiesto anche che le materie oggetto di una disciplina speciale fossero state specificamente regolate dalle autorità di settore, traendone la conseguenza che l'azione del regolatore sostanzialmente conducesse ad una disciplina "specializzata e qualificante" rispetto alla disciplina generale. Come evidenziato[9] la norma in esame, sebbene avesse voluto dare un'interpretazione ragionevole del principio di specialità previsto dalla direttiva 2005/29/CE e consentisse di applicare la disciplina generale in tema di pratiche commerciali scorrette quale "rete di sicurezza" per i consumatori rispetto all'ambito di applicazione delle discipline settoriali di matrice comunitaria, non era scevra di dubbi e di ambiguità interpretative poiché lasciava spazio ad una interpretazione "elastica" della competenza, in quanto rendeva necessaria la presenza di una specifica regolamentazione secondaria di settore la cui assenza avrebbe

giustificato un nuovo ampliamento della competenza generale di AGCM. Non è possibile non sottolineare che, oltre alla problematicità di un ampliamento o restringimento del perimetro della competenza dell'autorità di settore e di AGCM, a seconda della maggiore o minore estensione nel tempo della regolamentazione definita dall'Autorità di settore, l'esistenza di una potenziale ambiguità sul perimetro delle fattispecie effettivamente regolate oppure di diverse interpretazioni (delle diverse Autorità, dei soggetti interessati e, infine, dei giudici) sulla possibilità di ricomprendere una fattispecie concreta all'interno delle ipotesi astrattamente disciplinate dal regolatore, ha fatto sorgere numerosi dubbi sulla possibilità che questa disciplina fosse concretamente attuabile.

La norma approvata del 2012 ha dato luogo ad una applicazione giurisprudenziale molto più estesa dei principi di specialità coinvolgendo non solo Autorità di settore, ma anche le pubbliche amministrazioni titolari di poteri settoriali che comprendono la tutela degli utenti/consumatori [10].

5. La novella legislativa sul riparto di competenza.

Al termine del percorso giurisprudenziale e legislativo e in pendenza della procedura di infrazione comunitaria, il legislatore nazionale è recentemente intervenuto cercando di dirimere la problematica del riparto di competenze inserendo un nuovo comma 1-bis dell'articolo 27 cod. cons. che, come sopra indicato, è stato introdotto nell'ordinamento in occasione dell'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori con il d. lgs. 21 febbraio 2014 n. 21.

La nuova norma che disciplina il riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette viene di seguito richiamata per comodità di lettura:

"anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'autorità di regolamentazione competente. Resta ferma la competenza delle autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolamentazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze."

Esaminiamo di seguito la norma vigente approfondendo diverse modalità applicative della coesistenza dei poteri dell'AGCM e delle autorità di settore e quali possano essere i limiti sistematici e procedurali della nuova normativa alla luce dei principi comunitari e costituzionali.

Analizziamo, innanzitutto, il testo normativo e le sue diverse, possibili interpretazioni, poi applichiamo la norma alle fattispecie concrete delle possibili interazioni tra l'AGCM e le Autorità di settore e, infine, valutiamo se debbano essere applicati gli strumenti previsti dal diritto europeo e nazionale

in presenza di violazioni delle direttive comunitarie. Proporremo, da ultimo, un possibile nuovo intervento legislativo atto a dirimere (auspicabilmente) la *vexata quaestio* nel solco del diritto comunitario e ne valuteremo limiti e opportunità.

Innanzitutto esaminiamo le finalità poste dal legislatore delegato a fondamento della modifica normativa in esame: “l’art. 1, comma 2-bis , ha l’obiettivo di superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 ... relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.”[11]

Perciò la nuova disciplina vorrebbe dare piena attuazione alla norma comunitaria che già nel 2005 il legislatore aveva introdotto al considerando 10 e all'articolo 3, comma 4 della direttiva 2005/29/CE, poi recepito pedissequamente dall’art. 19, comma 3 cod. cons., e disciplinava il caso di contrasto tra norme settoriali e la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette prevedendo l’applicazione del principio di specialità[12]. Come vedremo approfonditamente, potrebbero essere riscontrate nella norma vigente ben più gravi censure alla luce delle norme europee di quelle oggetto della procedura di infrazione comunitaria dell’ottobre 2013[13] . Infatti quando l’art. 1 comma 6 disciplina che “anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'autorità di regolamentazione competente.”, formalmente vorrebbe porsi come norma che attua il principio di specialità previsto all’art. 19 comma 3 cod. cons. per dirimere la competenza tra norme di settore e disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette, ma arriva ad una conclusione opposta all’architettura indicata dal legislatore comunitario. Infatti il legislatore italiano applica in modo davvero “speciale” la “specialità” della norma regolamentare affermando un potere esclusivo di AGCM di applicare, anche nei settori regolati, la disciplina del Codice del Consumo. La norma si limita infatti a stabilire, in modo apodittico e facendo riferimento ad una norma di matrice comunitaria che afferma l’esatto opposto, la primazia del Codice del Consumo, come norma sostanziale, e dell’AGCM, come autorità competente, anche nei mercati oggetto di una regolamentazione settoriale e presidiati da Autorità (in gran parte dei casi e delle materie oggetto di regolazione) di matrice comunitaria. “L’intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore” richiamata dal Governo nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo si risolve in due elementi, l’uno sostanziale, in quanto ribadisce che resta fermo “il rispetto della regolamentazione vigente” e l’altro procedimentale, che prevede l’acquisizione del “parere dell’Autorità di regolazione competente”.

Si è ipotizzato quali possano essere le diverse fattispecie concretamente riscontrabili di interazione tra l’AGCM e l’Autorità di settore, analizzandone i presupposti e gli effetti.

1. L'Autorità di settore riscontra una violazione della propria disciplina settoriale che non configura una pratica commerciale scorretta. In questo caso la stessa norma in esame ribadisce che resta ferma la competenza dell'Autorità di regolazione competente ad applicare i propri poteri, intesi come poteri regolamentari, di vigilanza e sanzionatori. Come vedremo di seguito, non vi sarebbe stata oggettivamente necessità di questa norma se non per ribadire, a contrario, l'esclusione dell'esercizio delle competenze inibitorie e sanzionatorie da parte delle Autorità di regolazione in presenza di comportamenti da parte di professionisti che appaiono integrare anche una pratica commerciale scorretta[14].

2. AGCM riscontra comportamenti da parte delle imprese operanti in un settore regolato che configurano delle pratiche commerciali scorrette, ma che non ricadono in tematiche oggetto di regolazione. In questa fattispecie AGCM provvede ad esercitare i propri poteri sanzionatori, fermo restando che appare ragionevole che, in considerazione della labilità dei confini delle materie regolate, in ogni caso AGCM richieda il parere dell'Autorità di regolazione settoriale al fine di escludere la compresenza di specifiche norme regolamentari.

3. La fattispecie più complessa - potenzialmente foriera di conflitti istituzionali e giudiziari - si verifica qualora una fattispecie potenzialmente viola una disposizione regolamentare e, nel contempo, integra una pratica commerciale scorretta. Approfondiamo le diverse soluzioni possibili interpretando i tre elementi di interazione tra le due discipline e le due Autorità che sono previsti dalla norma: il "rispetto della regolamentazione vigente", l'obbligo di richiedere il parere all'Autorità di regolazione e la facoltà (non l'obbligo) per le medesime Autorità di "disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze.". Qualora l'AGCM avvii un procedimento sanzionatorio caratterizzato da una duplicità di ambiti normativi potenzialmente violati, prima dell'adozione del provvedimento finale, vi è l'obbligo di richiedere all'Autorità di settore un parere non vincolante. Sulla natura di questo parere non appare possano esservi dubbi poiché, qualora il parere dell'Autorità di settore fosse vincolante, avrebbe un effetto fortemente condizionante dell'azione di AGCM, tanto da configurare l'azione istruttoria svolta dagli uffici dell'AGCM (sulla base dei propri poteri) e potenzialmente censurata dal parere vincolante dell'altra Autorità come condizionata ad attività di coordinamento e di indirizzo amministrativamente non ammissibile in assenza di alcuna sovraordinazione o collegamento organizzativo o gerarchico[15]. Perciò, qualora pervenga un parere dell'Autorità di settore secondo il quale il comportamento dell'impresa viene ritenuto coerente con la regolamentazione vigente, AGCM dovrebbe qualificare tali condotte come non in violazione della diligenza professionale e quindi non sanzionare l'impresa, quantomeno per questo specifico profilo[16]. Tale ipotesi garantirebbe anche una certezza delle regole applicabili alle imprese per le quali l'adeguamento alle norme applicative previste dal Regolatore sarebbe una garanzia di non violare gli oneri in termini di diligenza professionale previsti dal Codice del consumo. Ma il

procedimento ipotizzato dal legislatore ed il bilanciamento dei rispettivi ruoli solleva molti dubbi: innanzitutto il “rispetto della regolamentazione vigente” previsto dalla norma in esame si limita a dare un rilievo soltanto parziale ai poteri del Regolatore, attribuendo rilevanza giuridica nell’ambito del procedimento avviato da AGCM soltanto all’attività di regolamentazione secondaria posta in essere dall’Autorità di settore. In altri termini, la legge “fotografa” e disciplina in modo incompleto la dicotomia tra del ruolo del Regolatore, preposto ad un intervento di regolazione *ex ante*, e i poteri dell’AGCM che avrebbe un potere di intervento sanzionatorio *ex post*, poiché le leggi istitutive delle Autorità di settore (sovente di diretta derivazione comunitaria) hanno conferito ai regolatori anche la pienezza dei poteri di *enforcement* (ossia di vigilanza, inibizione e sanzione)[17] nei confronti dei soggetti vigilati. La norma vorrebbe, invece, che i poteri di *enforcement* fossero inibiti in tutti quei casi in cui le medesime condotte fossero sottoposte allo scrutinio da parte dell’AGCM per i profili disciplinati dal Codice del Consumo. Questa norma risulta perciò potenzialmente censurabile da parte della Commissione (e della Corte di Giustizia) nella misura in cui non consente di applicare le norme comunitarie e tale vizio si aggrava in quanto dobbiamo moltiplicarlo per tutte le direttive comunitarie di settore che conferiscono poteri di *enforcement* alle Autorità. Proseguendo l’esame della fattispecie di un parere che “assolve” l’impresa in quanto le sue condotte sono coerenti con la regolamentazione vigente, occorre valutare due ulteriori fattispecie: l’ipotesi (non di scuola) che AGCM possa non accogliere nel merito il parere dell’Autorità di settore e quindi non ritenere che la fattispecie comportamentale dell’impresa sia coerente con la regolamentazione astrattamente definita; la seconda ipotesi è che AGCM ritenga la regolamentazione vigente non completa oppure non sufficientemente tutelante il consumatore, nonostante il diverso parere del regolatore di settore, e quindi intervenga sanzionando sulla base dei propri poteri dei comportamenti che, a suo giudizio, avrebbero dovuto essere maggiormente o diversamente regolati. In entrambi i casi la norma appare censurabile sotto il profilo degli strumenti adottati e degli effetti. Per quanto riguarda lo strumento del parere la sua natura meramente obbligatoria ma non vincolante attribuisce ad AGCM la possibilità di adottare una valutazione del tutto scevra di vincoli sull’efficacia e sulla completezza della norma regolamentare (peraltro parametrata alla luce di principi e interessi pubblici tutelati parzialmente divergenti da quelli posti alla base dell’azione dell’Autorità di settore), salvo l’obbligo di una motivazione rafforzata in caso di scostamento, ed eventuale, successiva rilevanza soltanto nell’apprezzamento del giudice amministrativo. L’adozione del parere può divenire a breve, senza l’utilizzo di diversi e più penetranti strumenti di leale collaborazione, un mero onere procedimentale, privo di effetti sostanziali. Per quanto riguarda gli effetti sarebbero molto problematici: la correttezza e la completezza della regolamentazione adottata dall’Autorità di settore (ad esempio di AGCOM) sarebbe scrutinata da AGCM sulla base di poteri che non sarebbero coerenti né con l’inquadramento costituzionale, in quanto tale funzione è demandata istituzionalmente al Parlamento ai sensi della l. n.

249/97 e, in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo né con l'architettura comunitaria che ha espressamente designato la Commissione, come garante del Trattato con le procedure di infrazione ex art.258 TFUE, e la stessa Commissione insieme al BEREC per la corretta attuazione delle direttive settoriali[18]. Al di là delle implicazioni istituzionali, sarebbero poi evidenti gli effetti di incertezza nel mercato dove le regole poste dall'Autorità preposta non rappresenterebbero lo standard di diligenza professionale, implicando problematiche operative ed incrementi di costi per le imprese e quindi per gli utenti/consumatori, già ben evidenziate dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria. Valutiamo invece l'ipotesi che il parere dell'Autorità di settore riscontri nelle condotte delle imprese oggetto del procedimento sanzionatorio dell'AGCM anche la violazione di norme regolamentari. In tal caso la lettera della legge impedirebbe all'Autorità di settore di avviare qualsiasi attività di *enforcement* della propria regolamentazione poiché, in presenza di un procedimento per PCS, i suoi poteri sarebbero ridotti ad un mero ruolo ricognitivo della coerenza (o meno) della condotta concretamente rilevata alla normativa regolamentare vigente, con i possibili effetti sopra descritti. L'interpretazione autorevolmente prospettata secondo cui la previsione della norma "fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente" debba in realtà, in via interpretativa[19], richiamare l'intera "cassetta degli attrezzi" dell'Autorità di regolamentazione, inclusi i poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori, e quindi comporterebbe una *translatio iudicii*[20] da AGCM all'Autorità di settore che renderebbe coerente con il dettato comunitario la norma in esame applicando il principio di specialità previsto dalla direttiva 2005/29/CE[21], si scontra con il combinato disposto della lettera della legge che attribuisce "in via esclusiva" all'AGCM "la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta" e sottolinea la competenza delle Autorità di regolazione ad "esercitare i propri poteri" soltanto qualora tali comportamenti "non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta." La norma, purtroppo, sebbene sia in palese conflitto con il dettato comunitario e sia in contrasto con gli obiettivi della legge delega ("superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano relativa ai conflitti di competenza"), nonché con i principi dell'art. 32 della L. 234/2012, appare difficilmente interpretabile alla luce della lettera e dello spirito della direttiva anche con lo strumento dei protocolli di intesa tra Autorità previsti dallo stesso comma 1-bis dell'art. 27 (come vedremo di seguito). Occorre peraltro sottolineare che, in assenza di una *translatio iudicii* da AGCM all'Autorità di settore, una mera interpretazione che richiami in forma estensiva "l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore" riconoscendo loro anche il potere di inibire e sanzionare i comportamenti in violazione della regolamentazione di settore, confliggerebbe sostanzialmente con il principio dell'ordinamento del *ne bis in idem* che il legislatore comunitario e, in modo incompiuto, le sentenze dell'Adunanza plenaria, hanno cercato di applicare.

4. Un timore relativo al rischio del perpetuarsi dell'inaccettabile consuetudine di casi di *bis in idem* nei settori regolati viene rafforzato dalle prime

applicazioni della norma da parte dell'AGCOM che, in alcune recenti pronunce, (successive all'entrata in vigore dell'art. 27 comma 1-bis a decorrere dal 26 marzo 2014) ha affermato : "Le condotte denunciate dagli utenti, infatti, sono state esaminate <limitatamente agli aspetti regolati> e sono state applicate le sole norme di settore che, anche alla luce dell'orientamento del supremo Collegio, sono idonee a tutelare adeguatamente i consumatori. La fattispecie contestata, in altri termini, è stata qualificata esclusivamente sulla base delle norme di settore, senza introdurre alcun elemento valutativo propriamente utilizzato dall'Autorità antitrust e riconducibile alla nozione di pratica commerciale scorretta contenuta nel Codice del consumo. [...] in ogni caso, la violazione accertata è stata qualificata esclusivamente sulla base delle disposizioni regolamentari vigenti che solo l'Autorità di settore è tenuta ad applicare (ed eventualmente a sanzionare in caso di violazioni) e che non sono mai state messe in discussione, neanche dalla novella legislativa richiamata dalla Società."[22]. Al di là dell'applicabilità del principio di *tempus regit actum* alle violazioni contestate anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 27, comma 1-bis del cod. cons., dalle prime pronunce di AGCOM emerge che l'Autorità di settore non ritiene che l'insieme dei propri poteri regolamentari, inibitori e sanzionatori venga scalfito dalla novella legislativa, né che occorra effettuare alcun coordinamento preventivo con AGCOM o valutazione preventiva di una potenziale violazione del Codice del consumo che, qualora desse luogo ad un procedimento sanzionatorio di AGCOM, inibirebbe, ai sensi della norma in esame, l'azione sanzionatoria dell'Autorità di settore [23]. Si potrebbe in questo caso parlare di complementarietà dell'azione delle due Autorità, ma "impermeabile" alla novella legislativa (almeno sino ad un intervento del giudice amministrativo) e potenzialmente generatrice di procedimenti paralleli sulla medesima fattispecie. Le prime reazioni di AGCOM alla novella legislativa sollevano però alcuni ulteriori dubbi: se, come indicato nelle delibere citate, AGCOM non effettua alcuna valutazione rispetto alla configurabilità di una condotta come pratica commerciale scorretta, qualora un operatore di comunicazioni elettroniche sia oggetto di un procedimento sanzionatorio da parte di AGCOM e poi, successivamente, per la medesima fattispecie, sia sanzionato da AGCOM poiché tale condotta configura anche una pratica commerciale scorretta, allo stato non si potrebbe opporre alcun limite all'esercizio dei poteri di entrambe le Autorità competenti *ratione materiae* (se non, in sede giurisdizionale, la mancata applicazione del principio di *ne bis in idem*); al contempo, però, tale società sarebbe vittima di oneri procedurali e sanzionatori doppi rispetto ad un altro operatore che abbia inizialmente subito un procedimento sanzionatorio da AGCOM e quindi possa far valere, anche in sede cautelare, l'improcedibilità dell'azione sanzionatoria da parte dell'Autorità di settore [24]. I potenziali effetti discriminatori e asimmetrici della norma in esame sono talmente irragionevoli da necessitare una rapida soluzione.

5. Il legislatore ha evidentemente ritenuto che i sopracitati dubbi (e i molti altri che potrebbero emergere dall'applicazione concreta della norma in esame) potessero essere risolti con l'adozione da parte delle Autorità di

protocolli di intesa relativi agli “aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”. In realtà la soluzione appare più complessa: innanzitutto è facoltà delle Autorità l'adozione di protocolli congiunti e, perciò, il raggiungimento di un accordo su uno strumento applicativo e procedimentale non appare scontato qualora vi sia tra le due istituzioni un preventivo disaccordo, ad esempio, su come interpretare l'ampiezza dei poteri dell'Autorità di settore che vengono richiamati dalla frase “fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente”. Inoltre gli accordi di collaborazione dovranno limitarsi a definire gli “aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”, senza poter (ovviamente) incidere sui poteri/doveri attribuiti dalle leggi alle singole Autorità. Né può essere sufficiente che le Autorità si limitino a definire accordi generici sul presupposto di una comune volontà di una “leale collaborazione” poiché la definizione preventiva e trasparente dei criteri di interazione sin dalla fase pre-procedimentale tra le Autorità rappresenta una garanzia finalizzata a offrire certezza di legalità del procedimento, innanzitutto alle Autorità stesse e poi alle imprese ed ai consumatori nell'ambito di procedimento atti ad incidere sotto il profilo economico, oltre che reputazionale, su libertà costituzionalmente garantite. Infine lo stesso modello di leale collaborazione ipotizzato dal legislatore, che si limita a prevedere un parere obbligatorio, appare contrario ai principi di “buona amministrazione” poiché presume che l'AGCM svolga tutte le necessarie attività procedurali e, una volta raccolte le necessarie informazioni e deduzioni, svolte le audizioni ed esaminate le memorie e i documenti delle parti, trasmetta l'intero fascicolo all'Autorità di settore che potrebbe, al termine di mesi di lavoro, affermare che il comportamento del professionista è conforme alla regolamentazione vigente e quindi pienamente aderente alla diligenza professionale del settore e, perciò, non sanzionabile da AGCM neppure ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Appare perciò evidente che è necessario che gli accordi di collaborazione debbano trovare degli strumenti di sostanziale co-gestione grazie ai quali, sin dall'esame pre-procedimentale delle segnalazioni dei consumatori su tematiche regolate (con le conseguenti decisioni in merito alla loro rilevanza o alla improcedibilità/inammissibilità), le due Autorità coinvolte condividano sostanzialmente il perimetro, gli obiettivi e i risultati dell'azione dell'AGCM e i conseguenti impatti sulla regolamentazione vigente, fermi restando i rispettivi poteri e responsabilità, anche procedurali, stabiliti dalle leggi applicabili. Un esito auspicato del protocollo d'intesa tra le due Autorità potrebbero essere degli elenchi che descrivano (a) i comportamenti commerciali degli operatori potenzialmente valutabili ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette che siano già stati regolati dall'Autorità di settore e quindi rispetto ai quali non dovrà essere avviato alcun procedimento sanzionatorio da parte di AGCM, sottoposto a successivo parere del Regolatore; (b) i comportamenti commerciali degli operatori non ancora oggetto di una regolamentazione specifica rispetto ai quali AGCM può procedere in via sanzionatoria senza rischi di “incidenti procedurali”, quali un parere di conformità alla

regolamentazione vigente. Infine non si ritiene che debba esserci un meccanismo di aggiornamento periodico di tali elenchi, rispetto ai quali l'ampliamento continuo dei temi trattati nel primo dovrebbe estendersi a danno del secondo elenco, poiché l'adozione di una specifica regolamentazione che confligge (*rectius* che supera per specificità e specializzazione) con la lettera e l'applicazione giurisprudenziale delle PCS non può avere scadenze prestabilite, ma sarebbe sufficiente che l'adozione di una nuova delibera da parte del Regolatore comprenda una parte che aggiorni, con efficacia contemporanea all'entrata in vigore della delibera stessa, il citato primo elenco. Poiché le molteplici, possibili declinazioni dei comportamenti dei professionisti non sono definibili *ex ante*, l'eventuale adozione di provvedimenti sanzionatori estranei ai due elenchi consentirebbe di individuare nuovi elementi da inserire in uno dei due elenchi, auspicabilmente nel primo se rientrante nel perimetro di competenza del Regolatore. Una così sinergica e rispettosa attuazione dei principi di leale collaborazione probabilmente dovrebbe dare luogo anche all'individualizzazione di modelli più efficaci di condivisione sostanziale delle tematiche (e delle relative soluzioni) tra le due Autorità nel corso del processo di regolamentazione *ex ante*, non allo scopo di subordinare concettualmente l'azione del Regolatore (che comunque risponde ai principi ed agli obiettivi dettati del legislatore comunitario), a quello dell'AGCM, ma di trovare *ex ante* le soluzioni che possano essere più efficaci per tutelare il consumatore. Anche con la consapevolezza che sia preferibile in termini di efficacia del sistema di tutela una regolamentazione *ex ante* dettata a tutto il mercato in modo chiaro e trasparente rispetto all'esercizio *ex post* di una competenza sanzionatoria rispetto alla specifica violazione di un singolo professionista.

Nell'ipotesi in cui non si riesca a trovare una modalità applicativa rispettosa delle diverse normative e competenze che si sovrappongono nella materia delle pratiche commerciali scorrette[25], gli strumenti che possono essere attivati dai diversi soggetti interessati, anche in modo parallelo, possono essere:

- a) sollecitare la Commissione europea a valutare la novella legislativa nell'ambito della procedura di infrazione attualmente pendente per la violazione della direttiva 2005/29/CE o valutare se effettuare una nuova segnalazione alla luce della violazione delle direttive comunitarie di settore[26];
- b) l'impugnazione di un provvedimento sanzionatorio, sia nel caso sia adottato da AGCM su tematiche oggetto anche di regolamentazione settoriale, sia che l'Autorità di settore persegua una condotta in violazione della regolamentazione che possa configurare anche una pratica commerciale scorretta, con richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Un percorso che ritengo sia preferibile, anzi auspicabile nei termini processualmente più rapidi possibili al fine di sottoporre alla Corte di Giustizia la novella legislativa ed ottenere una interpretazione, auspicabilmente chiara e dirimente, in merito a come

applicare nei settori regolati il principio di specialità previsto nella direttiva 2005/29/CE;

- c) la disapplicazione da parte delle Autorità di settore: questa soluzione sarebbe coerente con la conforme giurisprudenza della Corte di Giustizia che impone anche alle amministrazioni nazionali il potere di disapplicare una norma in contrasto con il diritto comunitario[27], ma avrebbe effetti istituzionalmente dannosi e creerebbe una situazione di incertezza più lunga nei mercati che probabilmente sarebbe sanata soltanto da un successivo intervento in via pregiudiziale della Corte di Giustizia, finalizzato a dirimere la controversia dal giudice amministrativo che sarebbe inevitabilmente richiesto di valutare la legittimità della disapplicazione della norma dalle parti del procedimento o dalle stesse Autorità.

Qualunque sia il percorso amministrativo e/o giurisdizionale che dovrà essere adottato a causa della novella legislativa, in assenza della possibilità di individuare un'applicazione della norma in esame che sia coerente con il dettato comunitario, si prefigura potenzialmente una significativa incertezza sulle regole applicabili e sulle istituzioni competenti ad applicarle che avrebbe potuto essere risolto qualora il Consiglio di Stato avesse applicato l'art. 267, terzo comma TFUE che obbliga un organo giurisdizionale di uno Stato membro, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, a rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea qualora in un giudizio pendente sia stata sollevata una questione relativa alla validità ed all'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni.

6. La proposta *de iure condendo* di un nuovo (e auspicabilmente dirimente) intervento legislativo.

Una proposta che potrebbe risolvere la complessa e delicata sovrapposizione di competenze che le direttive comunitarie attribuiscono alle autorità di settore per tutelare i consumatori potrebbe essere l'assegnazione, in via legislativa, a ciascuna Autorità di settore del potere di applicare non solo le proprie competenze settoriali, ma anche la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo, limitatamente ai settori di specifica competenza. Peraltro questa proposta è già avanzata dalla più attenta giurisprudenza in sede di rimessione all'Adunanza Plenaria [28].

Ovviamente sarebbe un processo di affidamento che dovrebbe essere progressivo, a partire dalle Autorità di settore che hanno maturato maggiore esperienza e siano già dotate delle necessarie risorse organizzative e professionali.

Vediamo di esaminare di seguito i vincoli normativi e organizzativi che suggeriscono questa soluzione cercando di approfondire le obiezioni, talvolta meramente ideologiche, che potrebbero sconsigliare una diversa configurazione istituzionale della tutela del consumatore.

Nell'ambito del presente contributo ci limitiamo ad esaminare approfonditamente il settore delle comunicazioni elettroniche (o, se si ritiene, dei media e dell'editoria) per una pluralità di ragioni: innanzitutto sono i mercati (insieme a quelli dell'energia) nei quali si sono riscontrate più sovrapposizioni tra i poteri regolamentari delle rispettive autorità di settore (AGCOM e AEEG) e l'imposizione da parte di AGCM, tramite procedimenti sanzionatori in materia di pratiche commerciali scorrette, di più severi standard di diligenza professionali confliggenti con la regolamentazione *ex ante* [29]. Ma, a priori, la ragione è basata sull'evidenza che il settore delle comunicazioni elettroniche ha rappresentato, dall'inizio degli anni '90, il mercato nel quale, in parallelo ai processi di privatizzazione degli operatori nazionali titolari di concessioni, il legislatore comunitario e la Commissione hanno sperimentato, nel dare un'attuazione sempre più evoluta del percorso di liberalizzazione, i processi e gli strumenti regolamentari che poi avrebbero applicato anche in altri mercati a rete[30].

Esaminando l'evoluzione del contesto normativo, il legislatore comunitario ha chiaramente indicato le caratteristiche ed i poteri delle Autorità nazionali di regolamentazione come un *unicum* istituzionale, titolare di poteri settoriali di regolazione, vigilanza e sanzionatori anche per le tematiche di tutela del consumatore, che sono stati ulteriormente rafforzati dalle direttive del c.d. *Better Regulation* del 2009[31]. Il legislatore ha anche chiaramente rafforzato l'indipendenza organizzativa e finanziaria delle Autorità nazionali di regolazione nei confronti dei Governi nazionali[32] e, al termine di un lungo processo di "gestazione" istituzionale, con il Regolamento 1211/2009[33] ha istituito di un organismo sovranazionale di coordinamento, l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), che ha lo scopo di "assicurare l'applicazione coerente in tutti gli Stati membri del quadro normativo dell'Unione europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica e contribuire in tal modo allo sviluppo del mercato interno." (art. 1, par. 3). Tra i numerosi compiti svolti dal BEREC, anche su incarico della Commissione, per adempiere alle proprie finalità istituzionali, vi è anche la redazione di linee guida e raccomandazioni comuni che rappresentano un fondamentale punto di riferimento per le Autorità nazionali anche in materia di tutela dei consumatori[34]. Il progressivo ampliamento delle competenze specifiche delle Autorità settoriali in materia di tutela dei consumatori e la creazione di un organismo di coordinamento tra i regolatori che detta linee guida e *best practices* sul tema ci conforta nell'affermare che il legislatore comunitario, a meno di non volergli attribuire un incomprensibile strabismo normativo, non ritiene marginale e recessiva l'applicazione del principio di specialità previsto dal considerando 10 e dall'art. 3, comma 4 della direttiva 2005/29/CE (così come dall'art. 3, comma 2 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori), tanto da arrivare a istituire un organismo paneuropeo che ha tra i propri obiettivi quello di definire un livello di "diligenza professionale" a livello comunitario per i servizi di comunicazione elettronica. Gli obiettivi istituzionali definiti dal Regolamento 1211/2009 e il concreto operare del BEREC nel definire le modalità e la qualità dei servizi da offrire ai consumatori e agli utenti europei[35] superano anche l'obiezione

che “il canone di diligenza professionale richiesto al professionista nei settori regolati finirebbe per essere definito a livello nazionale dalle autorità di settore con conseguente creazione di un sistema frammentato e disomogeneo di tutela del consumatore il quale potrebbe godere nei diversi Stati membri di un livello diverso di tutela”[36].

Ovviamente la norma proposta non fa venire meno le diverse distinzioni e qualificazioni nell'applicazione del principio di specialità, come è stato correttamente evidenziato dalla dottrina più attenta. Infatti è stato correttamente osservato che “il principio di specialità può essere riferita ai rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ai rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), e ai rapporti tra autorità preposte all'applicazione delle norme.”[37] La proposta di una modifica legislativa che attribuisca la competenza alle autorità settoriali ad applicare sia la norma generale che la norma speciale implica un'interpretazione dei criteri di specialità che, da un punto di vista formale, riguarda soltanto i rapporti tra le autorità preposte alla concreta attuazione delle norme in esame. Ma nessuno può negare che l'attribuzione ad un'unica autorità di una duplice competenza e quindi di una duplice “cassetta degli attrezzi” renda molto più semplici ed efficienti le attività di coordinamento sulla valutazione della natura dell'infrazione, nonché i profili procedurali in quanto eliminerebbe tutte le necessarie forme di leale collaborazione tra due diverse istituzioni (e le relative tempistiche), sia essa attuata tramite l'intesa piuttosto che tramite un parere obbligatorio, ma non vincolante. In altri termini, l'Autorità settoriale vigilerebbe il comportamento commerciale degli operatori dotata di due apparati sanzionatori, uno connesso alla violazione delle norme regolamentari (rispetto alla quali si sta sviluppando un indirizzo applicativo comune coordinato dal BEREC), ed uno connesso con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette che sarebbe applicato in modo residuale rispetto alla regolamentazione vigente, ma rappresenterebbe un utile complemento ed un efficace strumento di tutela dei consumatori (la c.d. rete di sicurezza) qualora la fattispecie concreta non fosse prevista nella regolamentazione comunitaria oppure, in una diversa interpretazione, non fosse adeguatamente declinata a livello di normazione secondaria.

Non si può, invece, affermare l'esistenza di un analogo vincolo istituzionale per l'applicazione della Direttiva 2005/29/CE: infatti non vi sarebbero ostacoli comunitari all'allocazione delle competenze in materia di pratiche commerciali scorrette in capo a diverse autorità poiché la citata direttiva prevede che ciascuno Stato membro attribuisca il compito e gli strumenti di “combattere le pratiche commerciali sleali” ad un organo amministrativo oppure giurisdizionale, ma lo possa fare secondo i propri modelli istituzionali[38]. E nella Direttiva 2005/29/CE non appare esserci un vincolo alla libertà costituzionale del legislatore nazionale che imponga l'attribuzione ad un'unica autorità amministrativa; al contrario, il legislatore comunitario si limita a qualificare la natura amministrativa o giurisdizionale degli organismi che possono essere incaricati di “combattere le pratiche commerciali sleali” e non la necessità di doverlo attribuire ad un'unica istituzione nazionale. Anzi un modello “policentrico” differenziato sulla base delle caratteristiche

istituzionali nazionali è espressamente disciplinato nel Regolamento CE 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori che si limita a prevedere che, in ciascuno Stato membro, accanto alla coesistenza di una pluralità di organismi pubblici che possano “combattere le pratiche commerciali sleali” anche su base locale, debba soltanto esserci un “ufficio unico di collegamento” a livello nazionale^[39], che in virtù dell’esperienza maturata, potrebbe essere attribuita ad AGCM.

La stessa Commissione europea nella lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013 espressamente smentisce la presunta interpretazione “ortodossa” della necessaria unicità dell’organo competente ad applicare le PCS a livello nazionale ed avalla l’equivalenza delle modalità di ripartizione settoriale o orizzontale delle competenze a livello di Stato membro, purché sia garantita la presenza dei necessari strumenti normativi e l’effettività dell’azione amministrativa: “anche se la Commissione non interferisce con la ripartizione delle competenze tra le autorità amministrative a livello nazionale, ha l’obbligo di assicurare che gli Stati membri conferiscano poteri adeguati ai loro organismi di controllo, siano tali poteri di portata settoriale o orizzontale, e che essi prendano tutte le misure necessarie per garantire che sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive siano imposte per le violazioni delle norme nazionali di recepimento della direttiva.” Anche le osservazioni relative all’efficienza ed alla possibile dispersione di competenze maturate nel “combattere le pratiche commerciali sleali” sarebbero risolvibili senza alcun onere ulteriore per la pubblica amministrazione, poiché le risorse umane e finanziarie attualmente dedicate a ciascun singolo settore potrebbero essere trasferite - a parità di condizioni e di oneri per la P.A. - da AGCM all’Autorità di settore e, da un punto di vista organizzativo, le problematiche di coordinamento tra i due plessi normativi potrebbero essere superate costituendo delle direzioni all’interno delle Autorità di settore che affrontino a tutto tondo, con la pienezza delle competenze *ex ante* e *ex post* e dei relativi principi-guida, la regolamentazione, la vigilanza e il presidio sanzionatorio a tutela dei consumatori. Questa nuova direzione, nel caso di AGCOM, integrerebbe le competenze esistenti e sarebbe messa finalmente nelle condizioni di comprendere e disciplinare tempestivamente, grazie ad una equilibrata gestione di regolamentazione *ex ante* e di procedimenti sanzionatori *ex post* e uno stretto coordinamento con le esperienze che emergono a livello comunitario, un mercato caratterizzato da una incessante evoluzione delle tecnologie, dei servizi, delle esigenze della domanda e dell’offerta e sarebbe in questo modo dotata di tutti gli strumenti per adeguatamente e tempestivamente presidiare gli interessi dei consumatori (anzi della più ampia categoria degli utenti) in tutte le fasi della relazione tra utenti ed imprese. L’implementazione di questa proposta di revisione della “geografia istituzionale” dell’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette comporta, ad avviso di chi scrive, il venire meno di un presupposto che dovrebbe essere superato nell’attuale contesto socio-economico, ossia che “come l’AGCM sia meglio situata per l’esercizio di questa competenza non settoriale in coerenza con il diritto vigente che consente di accentrare in capo ad un’unica amministrazione [...] con ricadute

positive in termini di applicazione uniforme della legislazione, certezza del diritto per le imprese ed efficacia della tutela garantita ai consumatori.”[40] Infatti questa impostazione vuole sovrapporre l’obbligo di armonizzazione massima con l’applicazione del principio del “consumatore medio” come se “l’applicazione uniforme della legislazione” rispondesse ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza senza voler vedere una differenza tra il consumatore evoluto che acquista un prodotto tecnologico oppure un’automobile sportiva e chi acquista un bene di modesto valore per l’uso quotidiano[41]. In realtà un’applicazione uniforme, lontana dalla realtà e astratta della normativa penalizza il consumatore (che non è davvero tutelato, in caso di prodotti/servizi evoluti, oppure iper-garantito dalla tutela pubblicitaria) così come le imprese (che sono sottoposte ad oneri impropri, magari anche inefficaci per la natura del servizio/prodotto) poiché pensa di applicare correttamente la norma omologando le regole per le diverse modalità di comunicazione e di consumo. Appare sempre più evidente come il consumatore sia plurale, ossia da un lato siano fortemente differenziati i propri bisogni di tutela in relazione alle condizioni socio/economiche/culturali, dall’altra che ogni singolo individuo sia “plurale” in relazione ad ogni esigenza di consumo. Perciò un’istituzione è tanto più efficace nell’applicare la norma astratta tanto più conosce davvero le dinamiche specifiche di quel singolo mercato e quali siano gli elementi della proposizione commerciale da analizzare in quanto qualificanti e dirimenti la scelta del cliente. Perciò l’equivalenza tra Autorità non settoriale e trasversale ai vari mercati e garanzia di maggiore tutela per i consumatori risulta ormai un’affermazione inadeguata all’evoluzione dei modelli di consumo e lontana dalla realtà [42].

I rischi di “cattura del regolatore” palesati sia a livello dottrinale che da alcune istituzioni[43] [44] potrebbero essere monitorati con un obbligo di pareristica da richiedere ad AGCM, reciproco a quello attualmente previsto per i settori regolati da AGCOM ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. c, Legge 249/1997. L’obbligo di richiedere un parere non vincolante nell’ambito del procedimento sanzionatorio esercitato da AGCOM ai sensi del Codice del Consumo potrebbe rappresentare uno strumento che consenta di condividere tra le due istituzioni anche le preziose esperienze maturate dall’AGCM in altri settori, nonché un importante punto di riferimento per il giudice amministrativo, sempre competente a valutare la legittimità delle attività delle Autorità. Infine, allo scopo di monitorare questa importante evoluzione istituzionale, si può richiamare l’obbligo per AGCOM - previsto dalla sua legge istitutiva all’art. 1, comma 6, lett. c), n. 12 - di relazionare dettagliatamente al Parlamento in merito alla propria azione, nonché possono essere ulteriormente rafforzati gli strumenti di impulso e di intervento già esistenti al fine di consentire una quotidiana azione di stimolo da parte degli *stakeholder*, *in primis* delle associazioni consumeristiche. E dopo un opportuno periodo di applicazione di questo nuovo modello istituzionale, possiamo immaginare 2/3 anni, il legislatore potrà prevedere l’obbligo di un approfondito e ragionato bilancio sull’efficacia, l’efficienza e la proporzionalità dell’azione di ciascuna Autorità di settore anche

nell'applicazione delle norme del Codice del Consumo ed eventualmente adottare nuove soluzioni istituzionali.

L'evoluzione *de iure condendo* dell'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali e, prospetticamente, della normativa a tutela dei consumatori, da parte delle Autorità di settore, che sono per modalità istitutive e funzioni versate a svolgere analisi tecniche e a ponderare finalità e obiettivi in una prospettiva non gerarchicamente dipendente dal potere esecutivo, potrebbe rappresentare il primo passo di un'importante evoluzione, *in primis* culturale, delle pubbliche amministrazioni. Infatti il Parlamento potrebbe valutare se, una volta sperimentata progressivamente l'applicazione delle pratiche commerciali scorrette da parte delle Autorità di settore non sia ipotizzabile una più ampia applicazione di questo modello, che responsabilizzi ulteriormente le amministrazioni competenti ad applicare le molteplici norme settoriali a tutela dei consumatori (che non ricadano nelle previsioni di massima armonizzazione) allo scopo di realizzare ecosistemi settoriali che garantisca pienamente la fruizione consapevole degli utenti/consumatori e consentano di focalizzare le risorse dell'AGCM nei confronti di settori finora meno presidiati, ma non meno rilevanti per i consumatori.

In altri termini, passare da una prima fase, nella quale AGCM ha svolto in modo autorevole ed efficace un ruolo di presidio a livello trasversale della tutela del consumatore imponendo standard crescenti di "contegno esigibile dal professionista diligente", ad una seconda fase nella quale, *in primis*, tutte le Autorità e, prospetticamente, le amministrazioni che regolano e vigilano specifici mercati includano la tutela dei consumatori come un profilo essenziale del corretto e compiuto esercizio della regolazione e del controllo dei mercati.

In questo modo l'obiettivo della tutela dei consumatori passerebbe da essere applicato da poche decine di funzionari pubblici, sebbene molto qualificati, a centinaia di dipendenti pubblici. La sfida delle amministrazioni competenti e del coordinamento nazionale affidato ad AGCM potrebbe diventare quella di garantire la qualità dei procedimenti e "l'efficacia, la proporzionalità e la dissuasività" delle sanzioni applicate da ciascuna amministrazione incaricata di applicare le norme nazionali in materia di pratiche commerciali scorrette.

Infine valutiamo se si rischia di aprire un nuovo fronte di conflitto nel riparto di competenze sulla tutela dei consumatori.

Il d. lgs. 21/14, utilizzato dal legislatore per introdurre la modifica in esame nel riparto di competenza in materia di PCS, ha recepito la direttiva 2011/83/UE relativa ai diritti dei consumatori sostituendo integralmente le sezioni I-IV del capo I, titolo III del Codice del consumo ed attribuendo, ai sensi dell'art. 66, commi 2 e 3, all'AGCM la competenza in materia di *public enforcement* attribuendole poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori analoghi a quelli previsti in materia di PCS. Poiché le norme in materia di tutela dei consumatori, e in particolare la disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, sono caratterizzate da una armonizzazione massima, appare chiaro che potrebbe esservi il rischio di replicare una analoga problematica relativa alla competenza tra le norme a

tutela dei consumatori in vigore dal 13 giugno 2014 e le precedenti regolamentazioni settoriali che disciplinavano le medesime fattispecie[40]. Al fine di gestire le inevitabili sovrapposizioni delle diverse disposizioni l'art. 3, comma 2 della direttiva 2011/83/UE, recepito dall'art.46, comma 2 cod. cons., prevede che "in caso di conflitto tra le disposizioni delle sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici".

Non possiamo non evidenziare che dovranno rapidamente essere definite delle modalità per valutare il residuo ambito applicativo delle norme settoriali di matrice comunitaria che si sovrappongono alla novella del cod. cons.[46], attraverso le diverse forme previste dalle leggi e dalla prassi allo scopo di attuare il principio di leale collaborazione (ad esempio mediante intese), onde evitare che siano i giudici amministrativi, con una decisione necessariamente *ex post* ed incompatibile con le tempistiche del mercato, a valutare la legittimità di un provvedimento inibitorio/sanzionatorio di AGCM o di una Autorità di regolamentazione settoriale, con evidenti danni per la stabilità della effettiva tutela per i consumatori, la certezza del diritto per le imprese e la gestione delle amministrazioni secondo il principio della buona amministrazione[47].

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] Precisamente il legislatore delegato ha inserito tale previsione all'art. 1, comma 6, lett. a) del citato d. lgs. 21/14 in virtù dell'art. 1, comma 1 della legge delega n. 93/2013 che richiama l'art. 32, lett. g) della l. 234/2012 che prevede quanto segue: "quando si verificano sovrapposizioni di competenze di più amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa e la chiara identificazione dei soggetti responsabili." Verificheremo al termine della nostra analisi se i principi richiamati nella legge-delega siano stati rispettati dalla formulazione dell'art. 1, comma 6, lett a).

[2] Occorre inoltre verificare la coerenza della previsione dell'art. 1, comma 6, lett. a) con il divieto del *gold plating* che è stato introdotto dall'art. 15 della legge n. 183/2011 - c.d. legge di stabilità 2012, il quale prevede che "[...] Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse [...]. Costituiscono livelli di regolazione

superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

- a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;
- b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;
- c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive".

[3] Le sentenze dell'Adunanza Plenaria sono state commentate, con prospettive spesso assai differenti, tra gli altri da: Caponigro, *L'actio finium regundorum* tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti, in Giust-Amm, 2013; P. Fusaro, Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nelle recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in Federalismi n. 7/2013; V. Meli, Il Consiglio di Stato e l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito, in Banca, borsa titoli di credito, 2012, 5, pag. 576; I. Nasti, Pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche: *l'actio finium regundorum* del Consiglio di Stato, in Il Corriere giuridico, n. 11/2012; L. Torchia, Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore, Giornale di diritto amministrativo n. 10/2012, p. 953; R. Garofali, Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità, in Treccani, Il libro dell'anno del diritto, 2013, p.233; V. Mosca, Il riparto di competenze tra Agcm e Agcom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'adunanza plenaria: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi, in Diritto, Mercato e Tecnologia, 2013; G. Nava, La competenza in materia di tutela dei consumatori nei servizi di comunicazione elettronica tra normativa comunitaria e principi costituzionali, in Diritto dell'Internet, casi, legislazione, giurisprudenza, Cedam 2013, pag. 107-164; Id., Il conflitto tra istituzioni sulla competenza nella tutela dei consumatori nei mercati regolati: una proposta risolutiva?, in Diritto, Mercato e Tecnologia, 14 gennaio 2014.

[4] Con riferimento al settore elettrico si veda, *ex multis*, Tar Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n.8399, Consiglio di Stato sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720; nel settore delle comunicazioni elettroniche si vedano Tar Lazio, sez. I, 15 giugno 2009, n. 5625 e 5627 (confermate dal Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 853), nn. 5628 e 5629 (confermate da Consiglio di Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5362).

[5] In particolare si veda l'art. 2, comma 2, n. 12, lett. c), d), h) i), l), n) e p). Sulla l. 481/95 la bibliografia è molto ampia, perciò si rinvia, senza obiettivi di completezza a: AA.VV., La legge 14 novembre 1995, n. 481, ne Le nuove leggi civili commentate, n. 2-3, 1998, pag. 228 ss.; AA.VV., I garanti delle regole. Le autorità indipendenti a cura di Cassese S., Franchini C., Bologna, 1996; G. E. Longo, Note sulla cosiddetta indipendenza delle Authorities per i servizi di pubblica utilità, in Rass. Giur. En. El., 1995; G. Napolitano, Autorità indipendenti e tutela degli utenti, in Giornale di Dir. Amm.vo, n. 1/1996; C. Franchini, Proposta di norme sulle Autorità indipendenti, in Giornale di Dir. Amm.vo, n. 5/1996; F. Merloni, Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità

amministrative indipendenti, in Pol. del Dir., n. 4/1997; D. Lanzi, L'istituzione di Autorità di regolazione, in Economia pubblica, n. 1/1998, pag. 5 ss.; G. De Vergottini, L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri, in Rass. Giur. En. El., 1996; G. Amato, Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1997, 3, pp. 645-64; A. Predieri, L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, Firenze 1997; F. Merusi, Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo, Bologna 2000; M. Clarich, Autorità indipendenti Bilancio e prospettive di un modello, Bologna 2005.

[6] Vedi nuovi poteri conferiti alle Autorità nazionali di regolamentazione con la direttiva 2009/136/UE.

[7] Anche la giurisprudenza amministrativa è parsa assimilare il dettato del supremo Collegio amministrativo con la successiva norma di legge, ma in realtà nelle sentenze si evidenzia la compresenza dei requisiti dettati a livello giurisprudenziale con i requisiti previsti dal citato l'articolo 23, comma 12 *quinquiesdecies*. Si veda in tal senso la sentenza Tar Lazio, sez. I, 18 luglio 2013, n. 7442: "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".

[8] Si rinvia all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6522 e al contributo di R. Garofoli, Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità, in Treccani, Il libro dell'anno del diritto, 2013, pag. 233.

[9] Sia consentito rinviare a G. Nava, La competenza in materia di tutela dei consumatori nei servizi di comunicazione elettronica tra normativa comunitaria e principi costituzionali, in Diritto dell'Internet, Manuale operativo, cit., pag. 162.

[10] Tra le diverse sentenze del giudice amministrativo ci si limita a citare, per quanto riguarda il settore delle comunicazioni elettroniche le sentenze Tar Lazio, sez. I, 18 febbraio 2013, nn. 1742-1752-1754, relative alla competenza dell'AGCOM in materia di servizi di telefonia mobile a valore aggiunto), per il mercato degli integratori alimentari la sentenza Tar Lazio, sez. I, 25 luglio 2012, n. 6962, relativa alla competenza del Ministero della Salute in materia di commercializzazione di integratori e, infine, per il mercato delle assicurazioni la sentenza Tar Lazio, sez. I, 17 gennaio 2013, n. 535, relativa alla competenza dell'IVASS nel settore assicurativo.

[11] In merito si rinvia alla relazione illustrativa allegata all'atto del Governo sottoposto a parere parlamentare il 3 dicembre 2013.

[12] Per comodità di lettura si rammenta che la norma prevede che: "3. In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici."

[13] In questo stesso senso V. Carfi, Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo in Rivista della Regolazione dei mercati, 1/2014, pag. 201 e S. La Pergola, Commento all'art. 1, commi 6 e 7, in AA.VV., I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014, a cura di A.M. Gambino e G. Nava, Torino, 2014.

[14] Anche secondo alcuni interpreti questa norma, apparentemente pleonastica, avrebbe soltanto lo scopo di rafforzare la previsione secondo la quale, in presenza di violazioni della regolamentazione che integrino anche una pratica commerciale scorretta, sarebbe in ogni caso esclusa la competenza dell'Autorità di settore ad esercitare i propri poteri di vigilanza e sanzionatori. Vedi S. La Pergola, Commento all'art. 1, commi 6 e 7, cit.

[15] Di converso, come vedremo di seguito, il mero parere obbligatorio e non vincolante che consegna all'istituzione richiedente un parere che la stessa potrà liberamente valutare, salvo l'obbligo di una motivazione rafforzata in caso di scostamento, ed eventuale, successiva rilevanza soltanto nell'apprezzamento del giudice amministrativo, può implicare che divenga a breve un mero onere procedimentale, privo di effetti sostanziali.

[16] Non è infatti escluso che il procedimento sanzionatorio possa essere relativo ad una pluralità di violazioni afferenti a differenti plessi normativi.

[17] Peraltro appare evidente che la previsione di un mero potere di definire una regolamentazione *ex ante* priva dei poteri di *enforcement* nuocerebbe all'efficacia della norma e non sarebbe rispettoso dei basilari principi di efficienza dell'azione amministrativa.

[18] Si vedano le direttive 2009/136/CE considerando nn. 15, 17, 18, 19, 20, 50, 58, artt. 3, 3 bis, 3 ter, 3 quater, 5, 19, 21 bis e 2009/140/CE considerando n. 6 e art. 4 nonché il Regolamento 1211/2009.

[19] Si richiama a tal fine il principio elaborato dalla Corte di Giustizia relativo all'obbligo da parte dei giudici e delle amministrazioni di "interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva" cercando di adottare i metodi di interpretazione che consentano di dare alla disposizione nazionale un significato compatibile con la lettera e le finalità proprie del diritto comunitario.

[20] Il tema della *translatio iudici* tra diversi ordini giurisdizionali e dei relativi effetti processuali è stato affrontato, con un bagaglio argomentativo differente, nelle sentenze 12 marzo 2007, n. 77 della Corte Costituzionale e 4109/2007 della Suprema Corte di Cassazione.

[21] In questo senso si veda S. La Pergola, Commento all'art. 1, commi 6 e 7 del d. lgs. 21/2014 in "I nuovi diritti dei consumatori" cit., integrato da quanto prospettato pubblicamente dal Cons. Luigi Carbone, commissario AEEG.

[22] Si fa riferimento alla delibera AGCOM n. 162/14/CONS del 23 aprile 2014 recante ordinanza di ingiunzione alla società Telecom Italia S.p.a. per la violazione dell'art. 3, comma 3, del Piano di numerazione di cui all'allegato A alla delibera n. 52/12/CIR e alla delibera AGCOM n. 142/14/CONS del 9 aprile 2014 recante ordinanza di ingiunzione per la violazione dell'articolo 2, commi 1 e 4 della delibera 664/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 70 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

[23] L'apparente reticenza dell'AGCOM a valutare la configurabilità di una pratica commerciale scorretta, tranne i casi più evidenti, potrebbe essere fondata su un elemento costitutivo dell'azione delle Autorità settoriali ossia sulla pluralità di principi e di obiettivi che indirizzano l'attività di regolazione dei mercati e necessitano una ponderazione (immaginiamo lo sviluppo tecnologico, la neutralità delle reti, il pluralismo, la stabilità e lo sviluppo del mercato, la sicurezza degli approvvigionamenti e molti altri se esaminiamo le finalità pubbliche perseguite da AEEG, AGCOM, Consob, Banca d'Italia, IVASS, ART) rispetto al solo interesse del consumatore (distinto dall'utente) che viene indirizzato dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette di competenza di AGCM.

[24] L'ipotesi autorevolmente rappresentata di applicare da parte di AGCM due sanzioni distinte (o la somma di due importi a tal fine qualificati) per la lesione dei due diversi beni giuridici (violazione della regolazione e violazione dell'interesse del consumatore) non appare praticabile in questa fattispecie, da un lato, perché la norma esclude che l'Autorità di regolazione possa intervenire nei confronti delle condotte di professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, quindi se non può esercitare il potere sanzionatorio non può essere applicata surrettiziamente l'equivalente sanzione, dall'altro perché sarebbero violati i principi della l. 689/81 preposti a definire i criteri da applicare alla determinazione della sanzione. In merito confronta M. Clarich, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, pag. 705.

[25] Così come probabilmente potrebbe accadere nel rapporto tra le norme regolamentari di matrice comunitaria e il regime di massima armonizzazione introdotto dal d.lgs. 21/14.

[26] Vedi v. Carfi, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo cit.*, pag. 215 che correttamente palesa il rischio che possa essere avviata una nuova e più fondata procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

[27] In merito si rinvia alla nota sentenza 9 settembre 2003, Consorzio Industria Fiammiferi, (C-198/01).

[28] Ordinanza del CdS di rinvio all'Adunanza Plenaria ex art. 99 c.p.a.

[29] In merito a tematiche oggetto di regolazione da parte dell'AEEG si vedano i provvedimenti ENEL PS91 provv. 18829/08 e la sentenza Tar Lazio, sez. I, n. 3722/2009, PS 3224 provv. 20620/09, PS 1874, provv. 19232 e la sentenza Tar Lazio, Sez. I, n. 8399/09. In relazione ai temi oggetto di regolazione da parte di AGCOM i provvedimenti di AGCM sono numerosi e ci si limita a richiamare i procedimenti PS 77, provv. 19254/08 e sentenza Tar

Lazio sez. I, n. 19893/10; PS 24 e le sentenze Tar Lazio sez. I, nn. 5625/2009, 5627/2009, 5628/2009, 5629/2009; PS 973, provv. N. 19446/09 e sentenza Tar Lazio, sez. I, n. 19892/10; PS 2077, provv. 19449/09 PS 3088, provv. 20303/09 In merito si rinvia, ex *multis*, a A. Catricalà - A. Lalli, *L'antitrust in Italia, Il nuovo ordinamento*, Milano 2010; G. Della Cananea, *Complementarietà e competizione tra autorità indipendenti*, in "20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato", Torino, Giappichelli, 2010, a cura da P. Barucci - C. Rabitti Bedogni; V. Minervini, *L'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in Riv. dir. comm., 2010, 1141 ss.

[30] "l'esperienza delle telecomunicazioni è rilevante non solo con riferimento ai contenuti, ma anche per ciò che attiene alla forma e agli strumenti della regolazione. In un contesto di "palestra regolamentare" continua sono stati sviluppati e sperimentati strumenti regolatori avanzati, anche in questo caso in anticipo rispetto agli altri settori regolamentati", C. Calabrò, presentazione del volume AA.VV. *Diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*. A cura di F. Bassan, Milano, 2010.

[31] Direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali 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. Si vedano, in particolare, gli obblighi previsti nella Direttiva 2009/136/CE in materia di forma e contenuti dei contratti (art. 20), di trasparenza, comparabilità, adeguatezza e aggiornamento delle informazioni da pubblicare o da fornire prima della fruizione del servizio (art. 21), di definizione e pubblicazione dei parametri di qualità del servizio (art. 22) nonché le regole per l'accesso alle numerazioni ed ai servizi in ambito comunitario (art. 28).

[32] In particolare su fa riferimento alla Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 28 maggio 2012, n° 70 che ha modificato il Codice delle comunicazioni elettroniche.

[33] Il medesimo Regolamento ha altresì istituito l'Ufficio preposto al BEREC quale organismo comunitario dotato di personalità giuridica ai sensi dell'art. 185 del regolamento finanziario.

[34] Si vedano, ad esempio, il Report sul monitoraggio della qualità dei servizi di accesso ad Internet nel contesto della *net neutrality*; il *BEREC Report on best practises to facilitate consumer switching*; *BEREC Report on*

Transparency and Comparability of international roaming tariffs; BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality; BEREC Guidance paper on article 28(2) Universal Service Directive: a harmonised BEREC cooperation process.

[35] L'adozione di linee-guida e *best practices* a livello pan-europeo consente anche di monitorare ed esaminare i molteplici comportamenti che gli operatori adottano nelle 28 giurisdizioni e quindi di indirizzare le soluzioni di una pluralità di fattispecie concrete. Inoltre l'analisi di una pluralità di mercati, in alcuni casi più evoluti o con dinamiche competitive ancora non riscontrate nel mercato italiano consente di prevenire o indirizzare, sulla base dell'esperienza maturata in altri mercati nazionali, alcuni comportamenti potenzialmente lesivi dell'interesse dei consumatori/utenti.

[36] Vedi S. Perugini, Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni, nota n. 80, in *Giustiziacivile.com*, 21 maggio 2014.

[37] Vedi M. Clarich, Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette, cit., pag. 697/l.

[38] L'esempio più utilizzato per dimostrare la flessibilità consentita dal legislatore comunitario a ciascun Stato membro nelle modalità di attuare le previsioni della direttiva 2005/29/CE è il modello istituzionale adottato in Germania, dove vi è un sistema misto che prevede l'intervento del giudice, dei comitati di conciliazione e dell'autorità amministrativa.

[39] Si rinvia ai compiti previsti in capo all'Ufficio unico di coordinamento dall'art. 3, lett. d) e art. 4, comma 1 del Regolamento CE 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

[40] La citazione riguarda gli obblighi informativi previsti dal d.lgs. 21/14 (vedi S. Perugini, Il recepimento della direttiva 2011/83/UE cit.), ma viene aprioristicamente applicato anche all'adozione di procedimenti sanzionatori relativi alle pratiche commerciali scorrette.

[41] Sul tema si rinvia, *ex multis*, a Saccomanni, Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE, in E. Minervini - L. Rossi Carleo, (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali*, Milano 2007, pag. 144 ss., L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Atti del Convegno AGCM-Luiss-Università degli Studi Roma Tre, Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, Roma, 29 gennaio 2010, in *www.agcm.it*; V. Meli, "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di *de minimis* nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa, in Meli, V.-Marano, P., a cura di, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 1; con un approccio parzialmente difforme si veda Bargelli, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008.

[42] In senso contrario si veda N. Zorzi, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, «CONTRATTO E IMPRESA», 2010, 2, pp. 433 - 476.

[43] Si veda il contributo di L. Torchia, Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore, cit., in particolare pag. 958. Si rinvia anche A. Catricalà, Postfazione al volume Contratto e antitrust a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, pag. 211.

[44] La dottrina economica ha efficacemente studiato le modalità e gli effetti della “cattura del regolatore”, ma non ha ancora approfondito gli impatti che gli auspicati riflessi mediatici delle decisioni in materia di pratiche commerciali scorrette (e più in generale dei procedimenti sanzionatori) possono avere a priori sulla scelta del settore merceologico e dell’impresa (nonché del marchio, più o meno notorio) nei cui confronti interviene l’Autorità, e sul livello di diligenza richiesto e dell’ammontare della sanzione applicata.

[45] Un esempio della possibile applicazione del principio di specialità lo riscontriamo all’art. 71 CCE mentre non ricadono nella disciplina comunitaria che può essere applicata in virtù del principio di specialità anche in presenza di una direttiva di armonizzazione massima le norme nazionali che dettano norme di tutela dei consumatori applicabili ai mercati oggetto di regolamentazione settoriale, come la L. 481/95, la l. 40/2007 (c.d. L. Bersani) oppure il D.M. n. 145/2006 (c.d. decreto Landolfi).

[46] Un importante inquadramento sistematico viene dettato, in una diversa prospettiva, dalla Corte di Giustizia che, con le sentenze Telekomunikacja Polska dell’11 marzo 2010 (C-522/08) e Deutsche Telekom del 5 maggio 2011 (C-543/09), ha ammesso come la Direttiva Quadro 2002/21/CE e la Direttiva Servizio Universale 2002/22/CE non rappresentino una armonizzazione totale degli aspetti relativi alla protezione dei consumatori, e perciò ha ritenuto compatibili con il nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche delle normative nazionali che avessero delle finalità pro-consumeristiche.

[47] Si fa riferimento, in particolare, alle norme settoriali che hanno sinora disciplinato le attività dei professionisti che sono state oggetto di armonizzazione massima con la direttiva 2011/83/UE quali, ad esempio, il Codice di condotta commerciale della vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali che è stato tempestivamente aggiornato da AEEG per contemplare previsioni che garantiscono una tutela equivalente al livello di armonizzazione massima dettato dalla citata direttiva.

***Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM...o forse no?
Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs.n.21/2014***

di
Giulio Pascali

Abstract

Il Governo Italiano ha recentemente introdotto, nel decreto legislativo di recepimento della più recente normativa comunitaria sui diritti dei consumatori nei contratti a distanza (Direttiva 2011/83/UE), una disposizione che restituisce all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza in materia di c.d. “pratiche commerciali scorrette” nei confronti dei consumatori. Il provvedimento adottato, tuttavia, se da una parte sana la discrepanza normativa venutasi a creare a seguito delle pronunce in Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012, dall’altra rischia di aprire un nuovo fronte conflittuale con l’UE, introducendo, per caso o miratamente, una esenzione alla competenza di AGCM dai contenuti impropri e di difficile interpretazione.

Sommario: 1. Premessa. - 2. I principi alla base del D.lgs. n.21/2014. - 3. La struttura dello schema di decreto e quella del provvedimento adottato. - 4. Criticità della clausola dei 50 Euro.

1. Premessa.

Con il D.lgs. n. 21 del 21 febbraio 2014, pubblicato nella G.U. n. 58 del 11 marzo 2014), è stata recepita in Italia la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. La Direttiva introduce a livello comunitario le più recenti innovazioni nell’ambito della tutela del consumatore, con speciale riguardo ai contratti conclusi a distanza e al di fuori dei locali commerciali. L’occasione dell’attuazione della normativa comunitaria è stata altresì sfruttata dal Governo per porre fine alla procedura di infrazione UE n. 2013/2169 [1], avviata a seguito delle statuizioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11, 12, 13, 15 e 16 del 15 maggio 2012[2], riaffermando la competenza esclusiva dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti delle c.d. “pratiche commerciali scorrette”.

La gestazione del provvedimento è stata rapida ed orientata a sanare i vizi segnalati dall’UE; alcune norme apparse in sede di conversione dello schema di decreto legislativo rischiano, tuttavia, di vanificare gli sforzi del legislatore e di aprire un nuovo fronte contenzioso interno e comunitario.

2. I principi alla base del D.lgs. n. 21/2014.

Il decreto in commento, come premesso, nasce quale recezione della Direttiva 2011/83/UE, il cui termine ultimo di attuazione era stabilito per il 13 dicembre 2013 [3].

La normativa comunitaria attuata[4] introduce una serie di obblighi addizionali in capo al professionista nell'esercizio della propria attività, per tutti i contratti sottoscritti con i consumatori: a partire dal 14 giugno 2014, sia per i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, che per i contratti che non rientrano in tali specifiche tipologie, il professionista è tenuto a fornire maggiori e più specifiche informazioni preliminari; cambiano anche le modalità e le tempistiche per l'esercizio del diritto di recesso, ad evidente beneficio dei consumatori. Nulla però stabilisce la direttiva in questione circa l'autorità competente per la tutela del consumatore per ciò che attiene le c.d. pratiche commerciali scorrette.

In effetti, la disciplina di tali situazioni[5] è contenuta nella Direttiva 2005/29/CE (c.d. "direttiva sulle pratiche commerciali sleali" o "direttiva PCS") [6], che prevede la possibilità, per gli Stati Membri, di istituire "*un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi*", e di conferire alla stessa ampi poteri di indagine e sanzione (art. 11-12). La decisione dell'Unione Europea di avviare una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia pone, nello specifico, il problema della prevalenza delle norme comunitarie in materia di pratiche commerciali scorrette rispetto ad ogni altra norma interna in contrasto con le stesse, affermata nella Direttiva PCS[7]. Contrariamente a quanto ritenuto dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria del 15 maggio 2012 [8], insomma, quando in un settore regolato e dotato di propria Autorità competente si verificano comportamenti qualificabili come "pratiche commerciali scorrette" (*rectius*: sleali), e non esiste una disciplina di dettaglio per contrastare le stesse nello specifico settore, secondo l'Unione Europea la normativa antitrust prevale sempre su quella del settore di riferimento, e dunque anche la competenza dell'Autorità Antitrust nazionale prevale su quella di qualsiasi altra Autorità settoriale[9].

A ben vedere, tale principio era già presente, seppure in una formulazione poco chiara, nel nostro ordinamento: a seguito delle pronunce del Consiglio di Stato, infatti, era stata adottata una specifica disposizione (ora abrogata da Decreto Legislativo in commento)[10], secondo la quale "*[...]in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare [...] è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 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[...]*".

Una corretta interpretazione di tale previsione, nel rispetto dei sopra menzionati principi di diritto della Direttiva PCS, non avrebbe necessariamente implicato la violazione delle norme comunitarie: non esistendo, infatti, in Italia una specifica autorità di settore munita di poteri

inibitori e sanzionatori superiori o più specifici di quelli dell'Antitrust, in materia di pratiche commerciali scorrette la competenza sarebbe dovuta rimanere saldamente in capo all'AGCM. Una interpretazione più rigorosa della citata disposizione normativa avrebbe dunque reso non necessario l'intervento normativo in commento. Va però considerato che l'ambigua formulazione della norma ha evidentemente indotto l'UE [11] a ritenerne prevalente un'altra interpretazione, decisamente più contrastante con il diritto comunitario, che escludeva la competenza di AGCM ogni qual volta fosse stata presente altra Autorità in un settore regolato, a prescindere dal contenuto dei poteri detenuti da tale ultima Autorità.

Chiarito, in ogni caso, il principio alla base dell'attuazione proposta dal legislatore italiano, andiamo ad esaminarne brevemente i contenuti.

3. La struttura dello schema di decreto e quella del provvedimento adottato.

Lo schema di Decreto Legislativo licenziato dal Governo nel Consiglio dei Ministri del 3 dicembre 2013 [12], si componeva di due articoli:

- l'art. 1 conteneva:

a) le modifiche che rafforzavano la tutela del consumatore nei contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali, realizzate tramite la sostituzione degli articoli da 45 a 67 del Codice del Consumo (comma 1);

b) l'introduzione, nello stesso Codice del Consumo, di uno schema universale per il modulo di recesso che il professionista deve sempre rendere disponibile al consumatore acquirente (comma 2);

c) la riaffermazione della competenza esclusiva di AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette (comma 2-bis);

d) l'abrogazione della precedente disposizione che disciplinava la prevalenza della normativa antitrust, i cui dubbi interpretativi abbiamo già riassunto nel precedente paragrafo (comma 2-ter, che abroga il comma 12-*quinquiesdecies* dell'art. 23 della legge n. 135/2012);

e) le modifiche numeriche e dei riferimenti presenti nel Codice del Consumo, in conseguenza delle innovazioni introdotte (commi 3 e 4);

- l'art. 2 conteneva invece le disposizioni finali, la più importante delle quali stabiliva che i nuovi articoli sostituiti nel Codice del Consumo avrebbero trovato applicazione ai contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014, data di entrata in vigore delle nuove previsioni normative[13].

Come si è accennato, l'*iter* parlamentare del provvedimento in parola è stato breve: lo schema di decreto è uscito senza modifiche materiali dall'esame delle commissioni permanenti delle due camere, ed ha ricevuto solo generici "inviti" a rafforzare alcune tutele per il consumatore. Nessuna richiesta di modifica ha coinvolto la riaffermata competenza di AGCM, che è stata anzi plaudita dai relatori assegnati delle commissioni di esame come migliore soluzione di garanzia della tutela dei consumatori [14].

Venendo al decreto adottato [15], i contenuti dell'originario schema sono rimasti quasi immutati:

- nella prima parte sono presenti le modifiche al Codice del Consumo già accennate, unitamente all'abrogazione delle disposizioni precedentemente in vigore sul riparto di competenza tra AGCM e le Autorità di settore (art.1);
- nella seconda parte sono presenti le disposizioni finali, ed in specie quella sull'entrata in vigore delle modifiche al Codice del Consumo che riguardano gli obblighi informativi per il professionista, a partire dai contratti stipulati dopo il 13 giugno 2014 (art. 2);

A prima vista, dunque, poco sembra cambiato nel provvedimento finale, rispetto allo schema iniziale. Tuttavia, le pur lievi modifiche che hanno interessato la struttura del provvedimento nella sua versione finale hanno un impatto di estremo rilievo sul riparto di competenza tra AGCM e le altre Autorità di settore. Alla luce del decreto adottato, infatti, si verifica una anomala sovrapposizione di previsioni normative: l'art. 67 del Codice del Consumo, infatti, ora modifica l'art. 27 del Codice stesso, introducendovi la competenza esclusiva di AGCM per le pratiche commerciali scorrette. I commi 6 e 7 dell'articolo in questione recitano:

"6. All'articolo 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: "1-bis. Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze."; [...] 7. Il comma 12-quinquiesdecies dell'articolo 23 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, è abrogato."

Siamo, in sostanza, davanti al peculiare caso di una disposizione di legge che modifica un'altra disposizione presente nello stesso testo di legge![16]

Non è, tuttavia, la mera questione formale della struttura del decreto legislativo o del Codice del Consumo modificato a destare perplessità in chi scrive, quanto piuttosto le implicazioni di diritto sostanziale che tale impropria formulazione porta con sé.

4. Criticità della clausola dei 50 Euro.

Rimandando l'analisi delle innovazioni a tutela del consumatore introdotte dal provvedimento ad una più approfondita trattazione in altra sede, occorre

ora soffermare l'attenzione su una prima, grave criticità, che emerge dalla lettura del provvedimento in commento (e soprattutto dalle modifiche introdotte in sede di conversione, evidenziate alla fine del paragrafo che precede). Questo perché tali modifiche potrebbero compromettere in larga parte lo scopo di rimozione della procedura di infrazione comunitaria, sulla base del quale il decreto legislativo in commento è stato adottato.

Particolari perplessità sorgono, in particolare, relativamente alla introdotta limitazione economica al potere di intervento di AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore dei contratti a distanza o negoziati al di fuori dei locali commerciali. Il testo del nuovo articolo 47 del Codice del Consumo, come introdotto dal decreto legislativo in commento, è, infatti, destinato a creare alcune peculiari perplessità interpretative, se letto in relazione al nuovo art. 67 del Codice stesso.

Nel dettaglio, secondo la norma in esame qualora l'importo singolo o cumulativo corrisposto dal consumatore al professionista sia inferiore a 50 Euro, al rapporto instaurato non si applicano le disposizioni contenute negli articoli da 48 a 67 del Codice del Consumo (tale è infatti l'estensione delle sezioni da I a IV del Capo riformato)[17].

Tale esclusione, forse introdotta per esentare gli acquisti di modico valore dagli obblighi informativi stabiliti per i contratti a distanza o negoziati al di fuori dei locali commerciali, si traduce però in una pericolosa complicazione, considerato il contenuto dei citati commi 6 e 7 dell'art. 67: secondo la ricostruzione appena effettuata, infatti, in caso si verifichi una pratica commerciale scorretta di qualsiasi tipo del valore inferiore a 50 euro, l'AGCM non avrebbe titolo ad intervenire a tutela del consumatore [18].

Una esenzione di tale portata, se può forse apparire funzionale in rapporto a specifici settori merceologici e servizi "tradizionali", è però destinata a creare notevoli complicazioni ed incoerenze[19] se considerata in rapporto a settori più innovativi e digitali, dove gli importi oggetto di contestazione possono essere o meno inferiori a 50 euro: una pratica commerciale scorretta posta in essere nel settore dei servizi c.d. "a sovrapprezzo" [20], ad esempio, potrebbe diventare di volta in volta di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni o dell'Antitrust, a seconda degli importi effettivamente addebitati all'utente-consumatore [21]; la norma, dunque, ha il paradossale effetto di complicare l'individuazione dell'Autorità competente a sanzionare le condotte qualificate come pratiche commerciali scorrette. Se poi si aggiunge a tale obiettiva incertezza sulle tutele anche la naturale possibilità di errori di valutazione da parte delle Autorità coinvolte, nonché la possibilità per il professionista di compiere specifiche azioni per privare, di volta in volta, l'una o l'altra Autorità della rispettiva competenza [22], l'esenzione rischia di creare un sensibile aggravio procedurale ed economico non solo per i consumatori, ma anche per le Autorità coinvolte e per l'amministrazione stessa dello Stato. Se non sarà posto rimedio a questo cortocircuito normativo, è peraltro probabile che l'AGCM entri nuovamente in conflitto con altre Autorità di settore, riproducendo una situazione analoga a quella che nel 2012 ha portato alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Da ultimo, è opportuno considerare anche che l'esenzione per modico valore delle cifre coinvolte in una pratica commerciale non è ipotesi contemplata nella Direttiva 2005/29/CE, e sembra anzi confliggere con lo scopo stesso di tale direttiva, come evidente dal testo della diffida della Commissione Europea all'origine alla procedura di infrazione n. 2013/2169. L'adozione del D.lgs. 21/2014[23] potrebbe dunque costituire motivo per l'apertura di una nuova procedura di infrazione di normativa comunitaria, da parte dell'Unione Europea, o, peggio, di aggravio e prosecuzione di quella già avviata, con passibilità di sanzioni per il nostro paese.

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] La diffida della Commissione UE, pervenuta presso la rappresentanza permanente Italiana a Bruxelles il 18 ottobre 2013, contesta la "*applicazione inadeguata dell'articolo 3, paragrafo 4, e degli articoli da 11 a 13*" della Direttiva 2005/29/CE.

[2] Si veda in proposito l'analisi critica, non limitata al solo settore delle telecomunicazioni, compiuta da R.CAPONIGRO "*L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*", Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", disponibile all'indirizzo http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/caponigro-actio_finium_regundorum.htm, e, più specificamente sul conflitto di attribuzione di poteri tra AGCM ed AGCOM, nonché G.NAVA "*La competenza in materia di tutela dei consumatori nei servizi di comunicazione elettronica tra normativa comunitaria e principi costituzionali*", in *Diritto dell'Internet - manuale operativo*, G.CASSANO/G.SCORZA/G.VACIAGO (a cura di), CEDAM, 2013, 107-164.

[3] Recita, infatti, il paragrafo 1 dell'art. 28 della Direttiva 2011/83/UE: "*Gli Stati membri adottano e pubblicano, entro il 13 dicembre 2013, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva.[...]*" (il testo integrale della Direttiva è reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:IT:PDF>).

[4] Rubricata "*sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*".

[5] E cioè quelle in cui viene a trovarsi un consumatore nei confronti di un professionista che adotti specifiche modalità e/o comportamenti commissivi od omissivi, al solo fine di falsare in maniera apprezzabile il comportamento economico di un consumatore nella media.

La definizione di pratica commerciale scorretta si ricava, a livello normativo, dalla sintesi delle previsioni agli articoli 20 e 21 del D.lgs. n. 205/2006 (Codice del Consumo). L'art. 20, comma 2, stabilisce infatti che *“una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*, mentre secondo l'art. 21, comma 1, del Codice, *“è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso [...]”* Segue, nel medesimo articolo, una lista degli elementi fondamentali per una corretta informativa del consumatore.

Sulla nozione di “consumatore medio”, si veda G.DE CRISTOFARO *“Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale <<sleale>> e i parametri di valutazione della <<slealtà>>”* in *Le <<pratiche commerciali sleali>> tra imprese e consumatori*, G.DE CRISTOFARO (a cura di), Giappichelli, 2007, 119 ss., V.MELI *“Diligenza professionale, consumatore medio e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa”* in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, V.MELI/P.MARANO (a cura di), Giappichelli, 2011, 1 ss.

In materia di pratiche commerciali scorrette, si segnala F.MASSA, voce *“Pratiche commerciali scorrette”* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVI, l'analisi compiuta da E.GUERINONI *“Le pratiche commerciali scorrette – fattispecie e rimedi”*, Giuffrè, 2008, 1 ss., nonché A.GENOVESE (a cura di) *“I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE”*, CEDAM, 2008, p.27 ss.

Sulle nozioni di consumatore e professionista, nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si veda anche A.STAZI *“La nozione di consumatore nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria e nazionale”* in DIMT (<http://www.dimt.it/2011/03/15/la-nozione-di-consumatore-nella-normativa-e-nella-giurisprudenza-comunitaria-e-nazionale/>), e A.STAZI/D.MULA *“Il Consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette”* in *Il Diritto dei Consumatori – profili applicativi e strategie Processuali*, G.CASSANO/M.DI GIANDOMENICO (a cura di), CEDAM, 2010, 117 ss.

[6] La Direttiva è disponibile in versione italiana integrale all'indirizzo: [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:it:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:it:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:it:PDF). Riguardo l'attuazione della Direttiva in Italia, si veda L.G.VIGORITI *“Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”*, in *Europa e Diritto Privato*, 2007, 521 ss., G.DE CRISTOFARO *“Il decreto legislativo n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE”* in *Studium Iuris*,

2007, 11, 1181 ss., C.TUVERI *“Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore”* in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 1830 ss., C.GRANELLI *“Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumatore”* in *Studi in onore di Giorgio Cian*, 2010, I, 1233 ss., e G.HOWELLS *“Unfair Commercial Practices Directive – A missed opportunity?”* in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, S.WEATHERILL/U.BERNITZ (a cura di), Hart, 2007, 103 ss.

[7] L’art. 3, comma 4, della Direttiva PCS recita infatti: *“in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”*. Per una analisi più completa sul riflesso di tale principio sui poteri delle Autorità indipendenti, si rimanda a M.CLARICH *“La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette”* in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, I, 688 ss.

[8] Nella sentenza n.11/2012 (ma il principio è contenuto, *mutatis mutandis*, anche nelle sentenze nn. 12, 13, 15 e 16 del 2012), il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha sostenuto una interpretazione restrittiva delle previsioni di competenza AGCM di cui all’art. 19 del Codice del Consumo, argomentando, in base al considerando 10 della Direttiva 2005/29/CE, che *“la disciplina di carattere generale [e cioè la disciplina antitrust] si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all’art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell’art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell’applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti”*.

Sul punto, si rimanda alle analisi già compiute da V.MOSCA *“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”* in Quaderni di DIMT, Anno III, n.3, 26 ss. (<http://www.dimt.it/2013/10/30/il-riparto-di-competenza-tra-agcm-e-agcom-in-materia-di-tutela-del-consumatore-a-18-mesi-dalladunanza-plenaria-lo-stato-dellarte-e-i-possibili-sviluppi/>), G.NAVA *“Il conflitto tra istituzioni sulla competenza nella tutela dei consumatori nei mercati regolati: una proposta risolutiva?”* in DIMT (<http://www.dimt.it/2014/01/14/il-conflitto-tra-istituzioni-sulla-competenza-nella-tutela-dei-consumatori-nei-mercati-regolati-una-proposta-risolutiva/>) e C.OSTI *“La tutela del consumatore tra concorrenza e pratiche commerciali scorrette”* in *I contratti nella concorrenza*, A.CATRICALÀ/G.GABRIELLI (a cura di),

UTET, 2011, 423 ss. Sulla posizione del Consiglio di Stato, si veda anche M.A.SANDULLI *“Sanzioni amministrative e principio di specialità, riflessioni sull’unitarietà della funzione affittiva”* in www.giustamm.it, Anno IX, n.7/2012.

[9] Nel testo della diffida si legge come la Commissione abbia preliminarmente sentito le autorità italiane in occasione del caso EU-pilot 4261/12/JUST. *“A seguito dell’esame di tali risposte, la Commissione è giunta alla conclusione che l’attuazione della direttiva in Italia non è conforme al diritto dell’Unione. In particolare, le informazioni fornite dalle autorità italiane hanno confermato che il vigente quadro giuridico e la sua applicazione da parte degli organi giurisdizionali sono divenuti incompatibili con le disposizioni della direttiva poiché contrastano con il suo carattere di armonizzazione piena e non garantiscono la sua corretta applicazione”*. Sul concetto di armonizzazione comunitaria nel settore delle pratiche commerciali scorrette, si veda G.DE CRISTOFARO *“La direttiva n. 05/29/CE e l’armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali”*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, 1061 ss.

[10] Art. 23, comma 12-*quiquiesdecies* del D.l. 6 luglio 2012, n.95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

[11] Ma non solo: la stessa AGCM, con delibera n.24467 del 23 luglio 2013, si spogliava di specifici settori di competenza, in favore di AGCOM (si veda, per il dettaglio, il Bollettino n.38/2013 di AGCM, reperibile all’indirizzo http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3829-38-13.html).

[12] Si veda, per il dettaglio, la pagina della Presidenza del Consiglio dei Ministri del Governo Italiano relativa allo schema approvato il 3 dicembre 2013, all’indirizzo <http://governo.it/Governo/Provvedimenti/dettaglio.asp?d=73975>.

[13] Tale previsione è conforme al dettato del paragrafo 2 dell’art. 28 della Direttiva 2011/83/UE, a mente del quale gli Stati Membri *“applicano tali misure a decorrere dal 13 giugno 2014”*.

[14] Si vedano, sul punto, per il dettaglio delle attività di esame dello schema adottando, la pagina web dedicata del Senato della Repubblica (<http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/26391.htm>), nonché il bollettino del 21 dicembre 2013 della Commissione X sulle attività produttive, commercio e turismo della Camera dei Deputati (<http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/html/2013/12/21/10/comunic.htm>) ed il resoconto sommario n. 38 della seduta del 14 gennaio 2014 della Commissione XIV sulle Politiche dell’Unione Europea presso il Senato (<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=734889>);

[15] Reperibile in versione integrale sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, al seguente indirizzo: http://www.gazzettaufficiale.it/do/gazzetta/downloadPdf;jsessionid=fGMhofFqlfEbVBqjdf85Ew__.ntc-as4-guri2b?dataPubblicazioneGazzetta=20140311&numeroGazzetta=58&tipoSeri

e=SG&tipoSupplemento=GU&numeroSupplemento=0&estensione=pdf&edizione=0 .

[16] Si tratta di un vero e proprio errore in sede di conversione, di difficile identificazione ed originato dalla inavvertita mescolanza del contenuto che avrebbe dovuto avere il nuovo articolo 67 del Codice, e le disposizioni di attuazione del Decreto Legislativo. Altrimenti, non si spiegherebbe per quale motivo l'articolo 67 sia dotato di ben *due secondi commi*, e di numerose altre inappropriate aperture e chiusure di apici e paragrafi, che provocano il certamente non voluto risultato che si evidenzia nel presente contributo. Solo da impercettibili indizi si può desumere di essere in presenza di un mero errore. Una constatazione di questo genere non elimina, tuttavia, gli effetti imprevisi che ci si appresta a trattare.

[17] Il comma 2 dell'articolo 47 stabilisce, testualmente, che *“le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non si applicano ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali in base ai quali il corrispettivo che il consumatore deve pagare non è superiore a 50 euro. Tuttavia, si applicano le disposizioni del presente Capo nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale che il consumatore deve pagare, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 50 euro”*.

[18] Non è chiaro a chi scrive se la portata di tale esenzione sia stata mal calcolata dal legislatore, oppure se la situazione venutasi a creare sia il semplice frutto di errori in sede di conversione dello schema di decreto legislativo.

[19] Con ciò nuovamente violando il principio della *lex specialis* sancito dall'articolo 3, paragrafo 4 della Direttiva PCS. Si veda, sul rapporto tra clausole generali e disposizioni di dettaglio, non solo in ambito comunitario, M.LIBERTINI *“Clausola generale e disposizioni particolari”*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette - attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, A.GENOVESE (a cura di), CEDAM, 2008, 27 ss.

[20] Si tratta di servizi di vario contenuto informativo e/o ludico, disciplinati dal D.M. Comunicazioni 2 marzo 2006, n. 145, ed erogati verso telefoni fissi e mobili tramite numerazioni a ciò specificamente adibite dal vigente Piano di Numerazione Nazionale (Delibera 52/12/CIR AGCOM e s.m.i.), che sono direttamente tariffati all'utente con un “sovrapprezzo” sul normale costo di una telefonata; tali servizi, già noti alle cronache dottrinarie e giudiziali, sono soggetti, per espressa previsione di legge, alla obbligatoria vigilanza degli operatori di comunicazione elettronica e del Ministero dello Sviluppo Economico. Il settore ha tuttavia visto l'alternato interesse, negli ultimi anni, anche dell'AGCM e dell'AGCOM, che da ultimo si sono contese la competenza a sanzionare le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai vari soggetti che operano in tale mercato. Per una sintesi sull'evoluzione normativa del settore, si veda G.NAVA *“L'evoluzione della regolamentazione dei servizi a sovrapprezzo sulle reti mobili”* in Quaderni di DIMT, Anno II, n.2-3, 57 ss., disponibile all'indirizzo http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2012/10/DIMT2-3_2012.pdf .

[21] Gli addebiti per i servizi a sovrapprezzo sono soggetti a specifici e stringenti limiti economici settimanali e mensili, che variano a seconda della fornitura degli stessi in abbonamento oppure in singola occasione. Mettendo in relazione tali limiti di prezzo con le previsioni di competenza per pratiche commerciali scorrette di cui al D.lgs. 21/2014, emerge un quadro in base al quale uno stesso servizio, in conseguenza del fatto che il totale delle somme addebitate all'uno o all'altro consumatore superi o meno 50 Euro, potrebbe essere di volta in volta soggetto ad accertamenti e sanzioni non solo da parte del Ministero dello Sviluppo Economico, ma anche, alternativamente, dell'AGCM o dell'AGCOM.

[22] A titolo d'esempio, la politica contrattuale di prezzi alti o bassi adottata da un professionista, potrebbe essere funzionale ad una "scelta" dell'Autorità che potrà legittimamente andare a valutare il suo comportamento nei confronti dei consumatori.

[23] La cui entrata in vigore, per le parti non interessate dalle previsioni di cui all'art. 2, comma 1, era naturalmente prevista nell'ordinario termine di 15 giorni dalla pubblicazione in G.U. e, dunque, per il 26 marzo 2014.

**Gli *enti non-profit* nello Stato, nella Società Civile e nel Mercato.
Dal liberismo al liberalismo sociale.**

di
Vincenzo Lino

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Stato, Mercato e Società Civile: il ruolo degli enti *non-profit*. Dal liberalismo economico al liberalismo del Terzo Settore. - 3. Nozione di *ente non-profit* in senso ampio. Alcune riflessioni sulla riforma degli enti del libro I del codice civile. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il fenomeno del *non-profit* suscita l'interesse di molti per molteplici ragioni. In primo luogo, dal punto di vista politico, si ritiene possa concorrere e, talvolta, supplire a talune funzioni tipicamente statuali in materia di *welfare*, in ragione della sentita inadeguatezza delle politiche sociali al soddisfacimento dei bisogni della collettività. Sul piano economico, il *Terzo Settore*, in forte crescita anche in termini occupazionali, rappresenta il "grimaldello" per la costruzione di un umanesimo della economia, il cui fine è l'uomo e non il profitto.

Nell'evidenziare talune ragioni per le quali è richiesta da più parti un intervento riformatore del legislatore nel Terzo Settore, il presente lavoro mira a sottolineare il ruolo strategico degli enti non lucrativi nella Società Civile, nello Stato e nel Mercato, quali *concorrenti* e non meri supplenti dello Stato nel perseguimento dei bisogni di interesse generale.

2. Stato, Mercato e Società Civile: il ruolo degli enti *non-profit*. Dal liberalismo economico al liberalismo del Terzo Settore.

Storicamente il Terzo Settore è stato concepito dai più come qualcosa di sottordinato allo Stato ed al Mercato; sulla sua identificazione e legittimazione rispetto agli altri due settori citati si è sempre discusso. Si ricordano, a tal riguardo, le impostazioni di Weisbord e di Hansmann nelle cui elaborazioni teoretiche la legittimazione degli enti *non-profit* discende esclusivamente dal fallimento dello Stato e del Mercato, che non sono in grado di rispondere ai bisogni del cittadino e del consumatore. Non mancano, poi, impostazioni teoriche, secondo cui si nega la esistenza stessa del *Terzo Settore*, la cui cittadinanza si potrebbe al più ammettere muovendo da una impostazione ermeneutica di tipo negativa, in forza della quale sarebbe Terzo Settore ciò che non rientra nella sfera statale ed in quella economica. Per tale impostazione, di tipo statico, il Terzo Settore e gli enti *non-profit* non vivrebbero momenti di interconnessione né con lo Stato né con il Mercato, ma sarebbero relegati in una area di mera residualità. I

bisogni della collettività, infatti, vengono perseguiti direttamente dallo Stato con azioni specifiche in favore della Società Civile e del Mercato; si pensi all'attuazione ed al sistema di finanziamento delle politiche dirette di *welfare*, nonché alle forme di intervento diretto dello Stato nel mercato per colmare aree di inefficienza e di ingiustizia sociale. L'intervento diretto dello Stato in economia è occasionato dalla circostanza che il Mercato nel conseguimento del proprio punto di equilibrio (Pareto-efficiente) non è in grado di soddisfare i bisogni di tutti. Tali inefficienze si riscontrano, ad esempio, nel caso dei beni pubblici, qualificati nella letteratura economica come non-rivali e non-escludibili.

A fronte di ciò, tuttavia, il passaggio da un mercato meramente interno ad un mercato integrato, la cui sfera di azione va ben oltre i singoli confini nazionali dello Stato, in ragione di un crescente processo di globalizzazione, ha segnato ineluttabilmente la fine dell'epoca liberale, per la manifesta inadeguatezza del potere pubblico ad agire oltre i propri limiti territoriali, giustificando l'approdo ad una impostazione liberalista, secondo cui il ruolo del potere pubblico non può che essere quello di fissare le regole del gioco e determinare i relativi controlli, senza alcuna ingerenza diretta. Il progressivo ritirarsi della mano pubblica dal Mercato e la inadeguatezza dei sistemi di *welfare*, controbilanciati dalla dirompente presenza degli *enti non-profit* nel sistema paese, impongono una riflessione maggiore sul ruolo degli stessi, quali possibili depositari e attori delle finalità di interesse generale, tradizionalmente perseguite dallo Stato, in maniera esclusiva.

Nello stesso senso sarebbe necessario che al liberalismo economico faccia da *pendant*, sul piano sociale, un liberalismo sociale, in forza del quale sono gli *enti non-profit* a sostenere lo stato di benessere sociale di un Paese. Non si tratta semplicemente di poter ragionare sulla possibilità di delegare al Terzo Settore le politiche di *welfare* né di consentire che la solidarietà degli individui si esprima semplicemente come appendice delle citate politiche, quanto piuttosto di legittimare ed incentivare con un appropriato intervento normativo, un settore in forte crescita, che, conformemente ai principi di sussidiarietà orizzontale, va ben oltre la mera solidarietà, anzi si propone come tessuto connettivo di una società in evoluzione, in cui il rapporto tra la comunità civile e lo Stato non è in relazione di mera alterità. Si pensi all'importante ruolo che svolgono le cooperative, ma anche alla azione quotidianamente intrapresa da certi enti benefici in favore dei settori di interesse generale, quali la promozione di diritti di soggetti svantaggiati, di tutela del patrimonio artistico ed ambientale del paese ovvero ancora la erogazione di servizi assistenziali e socio-sanitari.

La crisi economica iniziata nel 2007 negli Stati Uniti è divenuta in breve tempo una crisi globale ed ha stimolato la necessità di *una nuova e approfondita riflessione sul senso della economia e dei suoi fini*, tra l'altro, in considerazione della fluida trasmigrazione degli effetti negativi dalla finanza all'economia reale sino alla società civile. La mancanza di adeguate regole a livello globale, atte ad impedire l'effetto domino della crisi, ha reso chiara l'idea che l'economia non può essere svincolata dal diritto (*rectius* dalle precise scelte del legislatore nel perseguimento dei propri fini di interesse

generale). Per molto tempo, diritto ed economia non hanno comunicato tra loro, anzi, per la verità, il diritto si è limitato a svolgere un ruolo succedaneo di fissazione delle regole solo dopo il verificarsi di accadimenti traumatici nel mercato, che ha dimostrato (si ricordi il caso Parmalat) di essere chiuso in sé e lontano dalle esigenze della società civile.

La richiamata crisi, a fronte della parcellizzata e tardiva risposta delle politiche statuali, ha denunciato l'incapacità del mercato a soddisfare autonomamente i bisogni della collettività, nonché dello Stato ad arginare gli effetti di quella crisi, favorendo lo sviluppo di una nuova libera iniziativa economica di tipo solidale all'interno del mercato. Il modello di mercato, improntato esclusivamente sull'utilitarismo di impresa ed su un sistema economico indipendente dalla società civile, non sembra più attuale in ragione di un *revirement* culturale, tuttora *in fieri*, che contrappone al "profitto (in sé)" ed all' "interesse personale", valori quali la "cooperazione" e la "sussidiarietà", in considerazione dei quali i costi umani non possono essere considerati dal mercato come una mera esternalità; *i costi umani sono sempre anche costi economici e le disfunzioni economiche comportano sempre anche costi umani*, importanti, se si considera il visibile impatto che la crisi globale ha avuto sui fallimenti delle imprese e sul lavoro.

Da qui, la sentita e necessaria tendenza a ricorrere ad un nuovo rapporto tra *Stato-Mercato-Società Civile* onde approcciare ad un sistema in cui il modello economico, nel rispetto della concorrenza, non sia indifferente ai costi sociali ed in cui possa coesistere un dialogo tra la Società Civile e il Mercato. Ciò richiede un nuovo rapporto tra la politica (delle scelte), l'economia (delle azioni) ed il diritto (delle regole), nonché la necessità di rivisitare il ruolo e le responsabilità dell'agente economico *for profit*, la cui condotta non può non essere socialmente e civilmente responsabile.

Al fine di costruire un'economia che assicuri adeguate condizioni di vita e che non contrasti con la dignità umana (art. 41 Cost.), gli attuali sostenitori di una economia sociale di mercato, anche riprendendo il manifesto della Scuola di Friburgo, auspicano un nuovo rapporto *Stato-Mercato*, in forza del quale il primo fissi le "regole" del secondo, nel rispetto della libera iniziativa economica e della sua utilità sociale, che, per i cattolici, si traduce nella rilevanza della dimensione antropologica.

In particolare, *se è stabilito l'ordine, lo Stato deve provvedere al "mantenimento preciso delle regole di gioco della concorrenza di prestazioni". Le singole <<mosse di gioco>> (nel quadro delle regole del gioco) rimangono però rimesse al libero agire dell'uomo. In questo modo deve essere garantito che i risultati del gioco di mercato corrispondano il più possibile agli scopi ed agli intenti degli individui interessati".*

Difatti, *il mercato, lasciato al solo principio di equivalenza di valore dei beni scambiati, non riesce a produrre quella coesione sociale di cui pure ha bisogno per ben funzionare. Senza forme interne di solidarietà e di fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica. Il mercato, nella prospettiva dell'economia civile, lungi dallo scomparire o dall'essere demonizzato, è interpretato come processo dinamico di reciproca conoscenza, un processo catallattico - ossia il processo*

mediante il quale da nemico si diventa amico e da estraneo si diventa parte di una comunità - rappresentato dall'insieme delle relazioni tra soggetti liberi e responsabili, e non uno spazio da occupare, un luogo da conquistare. Eppure, un sistema *Mercato-Stato* orientato ad una funzione di utilità sociale non può trascurare la società civile ed i suoi componenti, i quali non sono solo il termine ultimo di riferimento delle loro azioni, come consumatori e cittadini, ma divengono parte attiva del sistema, in una ottica di solidarietà e di sussidiarietà. Il <<benessere>> della collettività non può essere preoccupazione solo dello Stato, ma deve essere cura dei singoli cittadini, sia *uti singuli*, sia in forma organizzata!

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà (art. 118 u.c. Cost.).

Da qui, gli enti *non-profit*, quali forme collettive organizzate (meta-individuali), non hanno un ruolo residuale rispetto al primo settore (Stato) ed al secondo settore (Mercato), nel senso di supplire meramente ai fallimenti del primo e del secondo nella offerta di beni (alla collettività); essi sono il motore materiale e immateriale dell'organizzazione, l'opportunità per introdurre nel mercato il principio di reciprocità. Ciò significa, secondo Zamagni, *che le imprese devono trovare i modi di dialogo argomentativo con i governi e la società civile organizzata secondo quel canone di governance introdotto con la riforma del titolo V della Costituzione, noto come sussidiarietà orizzontale*, cui sono chiamati tutti i componenti della comunità, ivi comprese le persone giuridiche, che, pur perseguendo le logiche del profitto in sé, dovranno conformarsi ad un principio di responsabilità sociale. In questa direzione, va, ad esempio, la riconosciuta responsabilità amministrativa degli enti (D. Lgs. 231/2001), in forza della quale l'impresa è chiamata a rispondere in proprio per condotte poste in essere *contra legem* dai propri esponenti in suo favore. Un'impresa non è solo tesa al perseguimento del profitto ma è essa stessa organizzazione che si compone di elementi umani e di relazioni. In tale contesto, si discorre più diffusamente di responsabilità sociale di impresa e di etica di impresa, allorché si riconosce che questa non solo agisce nel mercato quale operatore economico, ma la sua azione produce effetti verso la società civile e verso lo Stato (si pensi agli aspetti occupazionali). Essa, peraltro, è il luogo delle relazioni umane organizzate per il perseguimento di uno scopo che non è solo il profitto, ma anche il sostegno alle attività degli enti *non-profit*, quale *trade union* tra il mercato e i singoli. Così, nell'Enciclica *Centesimus Annus*, n. 35, si ribadisce l'importanza del profitto e lo scopo della sua funzione, nonché la relazione tra impresa e profitto medesimo, allorché si asserisce che *la chiesa riconosce la giusta funzione del profitto, come indicatore del buon andamento dell'azienda: quando una azienda produce profitto, ciò significa che i fattori produttivi sono stati adeguatamente impiegati ed i corrispettivi bisogni umani debitamente soddisfatti. Tuttavia il profitto non è l'unico indice delle condizioni dell'azienda. È possibile che i conti economici siano in ordine ed insieme che gli uomini, che costituiscono il patrimonio più*

prezioso dell'azienda, siano umiliati ed offesi nella loro dignità (...). Scopo della impresa, infatti, non è semplicemente la produzione del profitto, bensì l'esistenza stessa della impresa come comunità di uomini che, in diverso modo, perseguono il soddisfacimento dei loro fondamentali bisogni e costituiscono un particolare gruppo a servizio della società intera.

Dunque, gli enti *non-profit* sono funzionali ad un sistema in cui il rapporto tra Stato ed il Mercato è caratterizzato dal progressivo ritirarsi del primo da ogni forma di intervento diretto in economia; come, infatti, il ruolo dello Stato è quello di fissare le regole per un sistema di mercato composto solo da operatori privati, quantunque in certi casi posseduti dalla mano pubblica, allo stesso modo, si potrebbe asserire che le necessità della collettività potranno essere soddisfatte dalla comunità stessa mediante la azione degli enti *non-profit*.

Ad oggi, tuttavia, il rapporto Stato e Terzo Settore non è sviluppato in maniera equivalente al rapporto Stato-Mercato, nel senso che al liberalismo di quest'ultimo non corrisponde il liberalismo (delle regole) nella prima relazione. Lo Stato, infatti, interviene ancora direttamente nel sociale, senza consentire il pieno sviluppo degli enti non lucrativi; ciò è in parte dovuto ad una mancata regolamentazione del settore che possa garantire la più efficiente destinazione dei risultati delle organizzazioni non lucrative verso la collettività.

Gli enti *non-profit*, operando sia “nel” mercato che “con” il mercato, nel senso che essi possono assumere la veste di operatore economico ovvero attivare collaborazioni con le imprese in favore degli scopi perseguiti, contribuiscono a reinvestire le utilità del mercato nella società civile. Il sistema Stato, Mercato e Società Civile è, dunque, un sistema in movimento, in cui, assunta la funzione regolatrice dello Stato, la molteplicità degli scambi tra Società Civile ed Mercato si realizza attraverso la mediazione degli enti *non-profit*, mediante forme diverse di coinvolgimento tra *profit* e *non-profit*, che vanno dalla mera filantropia alla attuazione della responsabilità sociale di impresa, sul presupposto che l'ente *non-profit* sia da considerarsi come la proiezione della azione dei singoli componenti della società civile nella comunità e nel mercato.

Sulla base delle cose dette, occorre rivisitare il significato del termine ente *non-profit*, onde chiarire che, nel vasto panorama di riferimento, la riforma del legislatore dovrà spingersi essenzialmente in favore di quelle realtà che perseguono direttamente e indirettamente finalità di interesse generale.

3. Nozione di ente *non-profit* in senso ampio. Alcune riflessioni sulla riforma degli enti del libro I del codice civile.

Con il termine “ente *non-profit*” usualmente ci si riferisce ad una pluralità di operatori (sociali ed economici; istituzionalizzati e non; con e senza personalità giuridica; semplici e complessi; di piccole, medie e grandi dimensioni) che sono accomunati da uno scopo non-lucrativo. Questo, tuttavia, costituisce solo uno degli elementi caratterizzanti l'ente *non-profit*

ed è utile indice per collocarlo sistematicamente in un settore distinto dal Mercato e dallo Stato, il c.d. Terzo Settore.

Il tenore letterale della definizione chiarisce solo che l'*ente non-profit*, quale organizzazione privata, è caratterizzata dalla mancata percezione di guadagni diretti da parte dei componenti del sodalizio; la portata del divieto, poi, risulta più attenuata per chi ritiene che gli enti mutualistici e cooperativi possano rientrare nella definizione; per questi ultimi, infatti, sono ammesse limitate forme di remunerazione del capitale.

Giova preliminarmente chiarire che il termine *non-profit* non coincide necessariamente con lo scopo solidaristico, a vocazione solidale diffusa; non tutti gli enti non lucrativi hanno una vocazione aperta, in grado di servire la collettività quali "supplenti ovvero sostituti" dello Stato, né tanto meno sono necessariamente operatori economici. Così, ad esempio, un circolo ricreativo del burraco, teso eminentemente a garantire la pratica del gioco ai suoi componenti, non assumerà la qualifica di o.n.l.u.s. e, come tale, non potrà godere dei relativi benefici perché ha una vocazione associativa 'chiusa' al soddisfacimento degli interessi (non economici, ma egoistici) degli associati, pur avendo finalità *non-lucrative* ed uno scopo possibile, lecito e meritevole di interesse.

Sin dall'ultimo decennio del secolo scorso, all'atto della elaborazione di una classificazione internazionale delle organizzazioni *non-profit*, Salamon e Anheier individuarono talune caratteristiche comuni agli enti *non-profit*. Per i due studiosi, gli enti *non-profit* presentano le seguenti caratteristiche comuni: *organizzazione* (caratterizzata dall'esistenza dell'ente in sé, dal perseguimento di uno scopo e dalla alterità dei membri rispetto al soggetto di diritto); *natura privata* (l'ente è un *aliquid* diverso rispetto allo Stato); *autogoverno* (nel senso che il controllo delle attività è rimesso all'ente stesso e non a soggetti esterni); *base volontaristica* (l'ente coinvolge volontari nell'ambito delle proprie attività e nel management); *non-distribuzione degli utili* (nel senso della mancata remunerazione del capitale investito e del divieto di distribuzione degli utili stessi alla proprietà, agli amministratori e genericamente ai membri del sodalizio). Eppure già nel medesimo studio si fa riferimento alla possibilità di adottare un approccio elastico alla classificazione degli enti *non-profit*, che tenga conto non solo delle dimensioni ma anche dello scopo degli enti stessi (si distingue tra *public-serving* and *member-serving*), così come si afferma la possibilità di considerare le società cooperative e mutualistiche come enti non lucrativi, quantunque non ne rispecchino fedelmente i tratti tipici sopra richiamati. Le società cooperative, le società mutualistiche e le imprese sociali possono rientrare in una definizione allargata di ente *non-profit*, muovendo dal più diffuso concetto di economia sociale, secondo cui le ragioni del mercato non si oppongono al progresso della società.

Un approccio più ampio alla definizione può, quindi, essere adottato anche nel nostro ordinamento, se si chiarisce la rilevanza del vincolo di non-distribuzione degli utili da parte dei paciscenti del sodalizio anche per gli enti del codice civile diversi dalla società, indipendentemente dall'esercizio o meno della attività commerciale. In questo senso, al fine di comprendere la

eterogeneità dei modelli che, nel nostro ordinamento, possono rientrare nella categoria degli enti *non-profit*, si pone la attenzione sul significato dello scopo non-lucrativo, traendo le mosse *a contrario* dallo studio dello *scopo lucrativo*.

Il legislatore del 1942 menziona lo scopo lucrativo, nel libro V dedicato al lavoro, allorché all'art. 2247 cod. civ. stabilisce che lo scopo che i paciscenti intendono perseguire con il contratto di società è quello della *divisione degli utili* (art. 2247 cod. civ.). La dottrina, interrogandosi sul rapporto tra società e scopo "*della divisione degli utili*", riferisce che esso è solo uno degli scopi che le società possono perseguire, accanto allo scopo mutualistico (ed allo scopo consortile). In particolare, lo scopo (della divisione degli utili) da parte dei soci-contrattanti del patto sociale non è requisito indefettibile della *società-istituzione*, nel senso che il fine della *società-istituzione* è neutrale rispetto ad esso. La società, infatti, pur nascendo dalla volontà espressa dai soci nel contratto sociale diviene soggetto distinto da essi (*società-istituzione*) e tende al proprio mantenimento in vita per il perseguimento dello scopo sociale. In quest'ottica, lo scopo di lucro è inteso *in senso soggettivo* ed *in senso oggettivo*.

Per *scopo di lucro in senso soggettivo* si intende la percezione (soggettiva) dell'utile da parte del socio. Tale elemento, se è tipico delle società di persone e delle società di capitali, non ha pari rilevanza nelle società cooperative. In queste ultime, infatti, il legislatore ha previsto sensibili limitazioni alla ripartizioni degli utili (art. 2514 cod. civ.) in considerazione evidentemente del fatto che lo scopo mutualistico consiste nel *procurare ai soci un vantaggio patrimoniale diretto che potrà consistere in un risparmio di spesa o in una maggiore remunerazione del lavoro prestato dai soci nella cooperativa*. Viceversa, per *scopo di lucro oggettivo* si ritiene lo scopo economico di un ente che svolge attività di impresa, la cui tendenza è quella (almeno) di far pareggiare i costi con i ricavi.

Le definizioni appena citate, così come l'accento fatto alla distinzione tra scopo della *società-contratto* e scopo della *società-istituzione* possono tornare utili al fine di condurre a sistema quelle società che, organizzate con i modelli tipici delle società lucrative in senso stretto (s.p.a.; s.r.l.), perseguono finalità sociali, allontanandosi dallo scopo della *divisione degli utili* da parte dei soci. La mente corre speditamente alla normativa speciale dettata in tema di società sportive dilettantistiche nonché al recente decreto legislativo n. 155/2006, che ha introdotto l'impresa sociale, il cui riconoscimento nell'ordinamento ha contribuito a rafforzare il pensiero di chi sosteneva la cittadinanza nel nostro ordinamento delle c.d. *società senza scopo di lucro*, in forza della "neutralità" del modello organizzativo (tipico delle società lucrative) rispetto allo scopo (lucrativo soggettivo). Sul solco del percorso tracciato, la formula coniata di *società non lucrativa* potrà intendersi nel senso di *società senza scopo di lucro soggettivo*, essendo ineliminabile, per l'operatore economico in forma collettiva, il perseguimento delle finalità lucrative in senso oggettivo.

La locuzione *ente non-profit* è, dunque, idonea a ricomprendere modelli organizzativi tra loro profondamente diversi (dalle società alle associazioni),

taluni con finalità di *lucro in senso oggettivo*, per il perseguimento di scopi giuridicamente rilevanti, ma non necessariamente altruistici; rientrano, quindi, nell'alveo della nozione operatori economici che perseguono uno scopo di lucro oggettivo e non solo i corpi morali di cui al libro I del codice civile.

Alla luce di ciò, data la molteplicità dei tipi presenti nella categoria, assunta la sussistenza di una disciplina specifica per l'impresa sociale (peraltro, anch'essa in corso di modificazione) e delle società cooperative e mutualistiche, si ritiene che l'intervento del legislatore dovrà riformare gli enti nel libro I del codice civile con particolare riferimento al ruolo che essi possono avere sia nella società civile che nel mercato.

Per essi, infatti, sarebbe auspicabile che la riforma riguardi esclusivamente gli enti che perseguono finalità di interesse generale e non anche quelli a vocazione chiusa, al fine di poter realizzare il liberalismo del Terzo Settore di cui si è detto in precedenza.

In questo contesto sarebbe utile una riorganizzazione del quadro normativo del Terzo Settore, graduando in funzione della dimensione e dello scopo dell'ente una serie di requisiti di legge atti ad assicurare il perseguimento degli interessi generali e la corretta allocazione delle risorse nella collettività. In questo senso, sarebbe auspicabile una riflessione sulla:

- a) Adozione, per enti non lucrativi di certe dimensioni, di un modello di *governance* partecipata, *ad instar* dei modelli cooperativi e mutualistici, così sottraendo ai soli accordi degli associati la determinazione dei sistemi di amministrazione e controllo, al fine di garantire il coinvolgimento dei *stakeholders* dell'ente, siano essi fornitori, sostenitori, ecc.;
- b) Adozione dell'obbligo di redazione del bilancio sociale, a prescindere dalla presenza o meno di finanziamenti pubblici nel patrimonio dell'ente, al superamento di certe soglie dimensionali, onde poter assicurare trasparenza e pubblicità della gestione;
- c) Adozione di una previsione normativa specifica in materia di *attività commerciale non prevalente* degli enti non lucrativi. A tal proposito, se non si dubita più della possibilità da parte degli enti del libro I cod. civ. di esercitare attività commerciale, si discute sulla applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale, allorquando la attività sia condotta in maniera non prevalente rispetto alla attività istituzionale; il legislatore fiscale non individua chiaramente il punto oltre il quale la attività si considera prevalente, ma detta una serie di criteri, che, nella incertezza di interpretazione che può scaturire nella fattispecie concreta, *rebus sic stantibus*, non consentono agevolmente al settore di utilizzare lo strumento in parola quale mezzo di incremento della raccolta di fondi dell'ente. Difatti, l'articolo 149 primo e secondo comma del TUIR si limita a statuire che *1. Independentemente dalle previsioni statutarie, l'ente perde la qualifica di ente non commerciale qualora eserciti prevalentemente attività commerciale per un intero periodo d'imposta; 2. Ai fini della qualificazione commerciale dell'ente si tiene conto anche dei seguenti parametri: a) prevalenza delle*

immobilizzazioni relative all'attività commerciale, al netto degli ammortamenti, rispetto alle restanti attività; b) prevalenza dei ricavi derivanti da attività commerciali rispetto al valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività istituzionali; c) prevalenza dei redditi derivanti da attività commerciali rispetto alle entrate istituzionali, intendendo per queste ultime i contributi, le sovvenzioni, le liberalità e le quote associative; d) prevalenza delle componenti negative inerenti all'attività commerciale rispetto alle restanti spese.

- d) Adozione di una normativa chiara in materia di raccolta fondi da parte degli enti, volta da un lato a semplificare il reperimento degli stessi, dall'altro, ad assicurare che le attività di *fundraising* si compiano nel rispetto dei diritti dei terzi. Oggi, la disciplina del *fundraising* è rimessa alle *best practices* elaborate dagli stessi operatori del settore in maniera autoreferenziale;
- e) Adozione di un sistema unitario di controlli e vigilanza nel Terzo Settore.

4. Conclusioni.

Il termine *ente non-profit* accomuna tra loro organizzazioni private, tipicamente caratterizzate dalla mancata divisione degli utili da parte dei componenti del sodalizio; rientrano nella definizione: una eterogeneità di soggetti (dalle associazioni alle società cooperative); una eterogeneità di scopi (dalle finalità meramente mutualistiche a quelle ideali, non economiche, ma non necessariamente altruistiche); enti che esercitano tipicamente una attività economica, ma anche corpi morali che, all'occorrenza, svolgono attività economica. Dalla eccessiva frammentazione del sistema discende dai più l'esigenza di riforma, soprattutto degli enti del libro I del codice civile, tenuto conto che essi partecipano costantemente al progresso della società (si pensi, ad esempio, agli enti privati di ricerca scientifica costituiti in forma associativa).

Gli enti *non-profit* non sono solo enti di carità e di beneficenza, ma svolgono una funzione importante all'interno della società civile e del mercato, contribuendo allo *sviluppo umano integrato*, orientando, nel rispetto della libera iniziativa economica, il mercato al bene comune, quali mediatori delle esigenze della collettività.

Da qui, l'importanza di costruire un sistema a tre *Società, Stato e Mercato*, in cui i tre settori siano in connessione tra loro, e di fare in modo che la politica (delle scelte), l'economia (delle azioni) ed il diritto (delle regole) non siano tra loro indifferenti, bensì, con un appropriato coordinamento, siano orientate all'*uomo*, quale motore delle iniziative organizzate della società civile e del mercato, nonché fine ultimo del sistema. Stato, Mercato e Società Civile non sono singole monadi di un sistema statico, piuttosto parte attiva di un sistema in continuo movimento aperto, in cui gli enti *non-profit*, concepiti quale espressione meta-individuale della persona nella comunità, sono in grado di operare efficacemente sia in ambiti a rilevanza pubblica (es. servizi

assistenziali) sia nel mercato, contaminando quest'ultimo dei valori di *fair-trade* e di responsabilità sociale.

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] Nel IX Censimento dell'industria e dei servizi e Censimento delle istituzioni non-profit, ISTAT: *Al 31 dicembre 2011 le istituzioni non-profit attive in Italia sono 301.191, con una crescita pari al 28 per cento rispetto al 2001. Esse rappresentano il 6,4 per cento delle unità giuridico-economiche attive in Italia e il 3,4 per cento degli addetti (dipendenti) in esse impiegati. Indipendentemente dalla loro dimensione occupazionale le istituzioni non-profit costituiscono, in alcuni settori, la principale realtà produttiva del Paese. Nel settore delle attività artistiche, s-portive, di intrattenimento e di divertimento il numero di istituzioni non-profit attive (146.997) è superiore a quello delle imprese (61.527) e delle istituzioni pubbliche (252). Significativo l'apporto delle istituzioni non-profit anche nei settori della sanità e dell'assistenza sociale, con 36.010 istituzioni attive a fronte di 474 istituzioni pubbliche e di 246.770 imprese, costituite quasi interamente da lavoratori autonomi e liberi professionisti che svolgono attività mediche e paramediche indipendenti. Le dimensioni del settore sono rilevanti anche in termini di risorse umane impiegate. Le istituzioni che operano grazie all'apporto di volontari sono 243.482, pari all'80,8 per cento delle unità attive (con un incremento del 10,6 per cento rispetto al 2001) per un numero totale di 4 milioni 759 mila volontari. Le istituzioni che dispongono di lavoratori retribuiti a vario titolo sono 41.744 con addetti (pari al 13,9 per cento delle istituzioni attive), 35.977 con lavoratori esterni (pari al 11,9 per cento) e 1.796 con lavoratori temporanei (0,6 per cento). Le risorse umane retribuite sono costituite da 681 mila dipendenti, 271 mila lavoratori esterni (lavoratori con contratto di collaborazione) e più di 5 mila lavoratori temporanei.*

[2] *Il concetto di Terzo Settore (o settore non-profit) deriva dalla considerazione dell'esistenza nel sistema economico e sociale di un primo settore (lo Stato) e di un secondo (il mercato). In tal senso si identifica usualmente il t. s. con quell'insieme di attività produttive che non rientrano né nella sfera dell'impresa capitalistica tradizionale (poiché non ricercano un profitto), né in quella delle ordinarie amministrazioni pubbliche (in quanto si tratta di attività di proprietà privata).*
[http://www.treccani.it/enciclopedia/terzo-settore_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/terzo-settore_(Enciclopedia-Italiana)/)

[3] P. Alcock, *A strategic unity: defining the third sector in the UK*, Voluntary Sector Review, vol.I, no I, pg 5-24, nel quale si chiarisce la posizione dell'economista statunitense Levitt secondo cui il terzo settore costituisce solo un "*enormus residuum, locatend beyond the private and public sectors*" nonché la posizione di Grotz (2009) secondo cui "*there was an insufficient evidence of an established consensus on the existence of a third sector*".

[4] *Caritas in veritate*, par. 32.

[5] L. Spaventa, *La grande crisi del nuovo secolo*, 2009 Treccani on line. *Sin dal 2008, la crisi finanziaria si è trasmessa all'economia reale: prima negli Stati Uniti, poi nelle altre economie industrializzate, infine nel mondo intero. Il rallentamento della crescita è divenuto recessione: nel 2009, per la prima volta dal secondo dopoguerra, si è verificata una riduzione del prodotto mondiale, con una caduta ancora maggiore della produzione industriale e una caduta a due cifre dei volumi del commercio. Secondo le previsioni del Fondo monetario internazionale, fra il 2007 e il 2010 il tasso di disoccupazione nelle maggiori economie avanzate sarà aumentato di quasi quattro punti. Per intensità e diffusione, questa grande recessione è sinora grave come la fase iniziale della grande depressione degli anni Trenta (Eichengreen, O'Rourke 2009). L'intervento della politica economica, oggi più tempestivo e deciso, probabilmente impedirà che essa si trasformi in una lunga depressione, ma, anche nella migliore delle ipotesi, la ripresa sarà lenta.*

[6] Dall'intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia, F. Saccomani, al XXII Congresso Nazionale delle Fondazioni di Origine Bancaria e delle Casse di Risparmio Spa, tenutosi a Palermo il 7 giugno 2012, secondo cui *“La rapida e continua evoluzione della crisi impone alle Autorità, nazionali ed europee, adattamenti flessibili delle strategie di risposta regolamentare e nell'attività di controllo della stabilità finanziaria”* si crede emerga chiaramente come le istituzioni ed il sistema giuridico-economico non risultavano essere pronti né con regole né con strategie ad affrontare tale crisi, ma si sono trovati a dover rincorrere la stessa.

[7] *Caritas in veritate*, par. 32.

[8] *Quale, dunque, la natura dell'attività dello Stato? Ebbene, la risposta è che lo Stato deve agire sulle forme dell'economia, ma che non deve essere esso stesso a dirigere i processi economici [...]. Pertanto, sì alla pianificazione delle forme, no alla pianificazione e al controllo del processo economico. Essenziale è avere chiara la differenza tra forma e processo, e agire di conseguenza* W. Eucken, *GrundlagenDerNationalokonomie*, 1940 in L. Bonini, *Economia sociale di mercato*, Edizioni Studio Domenicano, 2012 pag. 86.

[9] F. Forte - F. Felice, *Il liberalismo delle regole, genesi ed eredità della economia sociale di mercato*, Rubettino, 2010, pag. 84.

[10] *Caritas in veritate*, part 35.

[11] F. Felice, *L' economia civile*, Centro Studi e Documentazione Tocqueville-Acton, Quaderni di Teoria - Raccolta n. 5/2007.

[12] S. Zamagni, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il mulino, 2013, pg.17.

[13] S. Zamagni, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il mulino, 2013, pg.17.

[14] L'art. 10 d. Lgs. 460/1997 stabilisce che, per espressa volizione del legislatore, che solo talune attività e taluni enti possono assumere la qualità di onlus.

[15] Salamon, Lester M. and Helmut K. Anheier. “The International Classification of Nonprofit Organizations: ICNPO-Revision1, 1996”. Working

Papers of the John Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project no.19. Baltimore: The John Hopkins Institute for Policy Studies, 1996.

[16] G.F.Campobasso, diritto commerciale 2, UTET, 2 ed., pg.21.

[17] G.F.Campobasso, diritto commerciale 2, UTET, 2 ed., pg.22.

[18] Ai sensi dell'art. 1 del citato decreto " *Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4*", così essendo possibile, ad esempio, per una s.p.a. acquisire la qualifica di impresa sociale.

[19] Commentario breve al diritto delle Società, Maffei Alberti, Cedam, seconda ed, 2011, commento art. 2247c.c. : *la proliferazione di speciali ipotesi legali di società riconducibili strutturalmente ai tipi previsti dal Titolo V del libro V del c.c., unitamente alla circostanza che l'art. 2232 non prevede la nullità della s.p.a. in caso di esclusione dello scopo di lucro statutariamente prevista, ha portato a ritenere, anche alla luce della neutralità della articolata struttura organizzativa delle società di capitali, generalmente ammissibili società dichiaratamente senza scopo di lucro.* L'argomento, tuttavia, è oggetto di discussione, nel senso che esiste per converso copiosa letteratura tesa a considerare lo scopo di lucro quale elemento ineliminabile della impresa.

[20] Si parla di modelli organizzativi e non di enti in considerazione del fatto che la ampia genericità della definizione ente non-profit si estenderebbe sino a ricomprendere modelli diversi dagli enti, quale il trust, che può assumere la qualifica di onlus.

[21] *Caritas in veritate*, n. 18, in cui si indica la connotazione essenziale dell'*autentico sviluppo*, che *deve essere integrale, il che vuol dire volto alla promozione di ogni uomo e di tutto l'uomo.*

[22] *Caritas in veritate*, n. 38.

[23] Sono attuali le parole del Santo Padre Benedetto XVI, secondo cui *l'attività economica non può risolvere tutti i problemi sociali mediante l'estensione della logica mercantile. Questa va finalizzata al perseguimento del bene comune, di cui deve farsi carico anche e soprattutto la comunità politica (Caritas in veritate, n. 36, 1-5).*

Opere dell’ingegno: più libertà per i “derivati culturali”

di
Gustavo Ghidini

Introduzione

La protezione contro la utilizzazione non autorizzata delle opere dell’ingegno comprende sia l’appropriazione “diretta” – la vera e propria riproduzione – sia quelle “appropriations indirectes” costituite da “changements, additions ou retranchements, non essentiels, sans présenter d’ailleurs le caractère d’une nouvelle oeuvre originale” (art.10 Conv. Berna, testo del 1886; nella stessa linea sostanziale si esprime l’art.4 LA). Si tratta in sostanza di opportuni e ragionevoli adattamenti “materiali” del divieto di contraffazione.

Ma allorché si realizzino, dell’opera originaria, “elaborazioni di carattere creativo dell’opera stessa” (art 4 LA), si è in presenza di un’opera cd derivata, oggetto di *propria* protezione autoriale “senza pregiudizio dei diritti esistenti sull’opera originaria” (art. cit.).

Si dischiude qui una problematica complessa quanto cruciale, che dai rapporti fra autori di opere derivate, e titolari (autori od editori) dei diritti di sfruttamento delle opere originali si proietta sul piano del perseguimento della missione propulsiva della cultura e dell’informazione dell’istituto che ci occupa. L’importanza del tema merita una specifica riflessione, orientata ad esplorare soluzioni—interpretative ove possibile, altrimenti *de lege ferenda* - idonee a comporre in modo equilibrato i conflitti di interesse fra gli autori ed editori dell’opera originaria (interessi *non*necessariamente coincidenti, come vedremo) ed autori e (potenziali) editori delle opere derivate. In modo equilibrato e sotto l’egida del valore-obiettivo costituzionale della promozione e della diffusione della cultura.

Il cuore della problematica

Analogamente a quanto avviene nel campo scientifico e tecnico, anche in quello delle “opere letterarie e artistiche” il fenomeno delle elaborazioni realizzate ‘lavorando su’ opere precedenti, è di eminente rilievo. Basti pensare alla traduzione, strumento principe della circolazione internazionale della cultura. O alle riduzioni di opere letterarie per l’infanzia, a trasposizioni teatrali e cinematografiche di romanzi, alle “variazioni” musicali etc. Oggi, poi, le tecniche digitali hanno aperto la strada alle trasformazioni cd interattive realizzate da utenti di opere diffuse su reti telematiche: è anche questo un aspetto del fenomeno, di crescente rilievo, del cd *User Generated Content*. Sul piano, insomma, della creatività (e della conseguente diffusione di nuove opere) gli autori di... derivati culturali, a differenza di quelli finanziari, non meritano diffidenza: e proprio per la loro capacità di

contribuire allo sviluppo della cultura. Ovviamente, come poc'anzi accennato, la valorizzazione del loro apporto creativo deve essere bilanciata, in modo 'proporzionato', sia con i diritti dei titolari dell'opera originaria sia con quelli della collettività a fruire delle nuove produzioni culturali.

Ora, che diritto dell'autore sull'opera si estenda in linea di principio alle diverse forme di "sfruttamento derivato" della sua opera (quando vi sia un tale effettivo sfruttamento: sul che v. in appresso) va certo approvato. Tale estensione (art.12 LA) appare congrua con l'obbiettivo di una piena tutela dell'autore rispetto all'ampia varietà dei possibili modi di sfruttamento dell'opera stessa. Ma il punto è che questa estensione non dovrebbe avvenire in modi tali da impedire la circolazione di nuovi contributi culturali, e per ciò stesso quel doveroso equilibrato componimento fra i legittimi interessi dei titolari dell'opera originale e quelli sia degli autori derivati (e loro aventi causa) sia della collettività dei potenziali fruitori.

Il vigente assetto normativo assicura un siffatto virtuoso equilibrio? Se ne può dubitare.

Beninteso: non viene in questione, in linea di principio generale, la piena libertà di *creazione*, e quindi la piena appartenenza originaria all'autore (con la deroga, di dubbia costituzionalità, in materia di *design* e di software: cfr. artt.12 bis e 12 ter LA) di siffatto tipo di opere (lo stesso avviene, sotto il profilo in parola, per l'inventore "dipendente"). Tale piena libertà, già deducibile *a contrariis* dalla citata norma di Berna 1886, è affermata sia dal testo attuale della Convenzione (art.2.3) sia da quello della LA (art.4).

Il punto problematico riguarda (non, appunto, la creazione, bensì) la *pubblicazione* dell'opera derivata. E precisamente, la soggezione dell'autore "derivato" al *placet* (e quindi al...dazio) del titolare dell'opera originaria appunto per poter l'opera - la *sua* .

A tal proposito, sia il testo di Berna sia quello della LA, prospettano una soggezione *tout court*, in termini, a quel *placet*. La lettera delle norme è *tranchante*: "senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria..." (art.4 LA), "senza pregiudizio dei diritti dell'autore dell'opera originale...." (art. 2.3. Convenzione). Nessuna riserva, nessuna eccezione.

La formulazione letterale potrebbe dunque incoraggiare la equiparazione *tout court* del concetto *normativo* di "derivazione" con quello dell'uso linguistico comune, riferito semplicemente ad una riconoscibile evocazione, anche solo tematica, dell'opera originale. Con la conseguenza di confermare la soggezione incondizionata, e a 360°, degli autori di opere derivate al *placet*, e dunque al potere interdittivo dei titolari di quelle originarie, per tutta la lunghissima durata del diritto di questi ultimi.

Ora, è lapalissiano osservare che, al di là del piano dei rapporti economici fra le parti private, l'accoglimento di una soluzione siffatta può direttamente riflettersi in pregiudizio delle dinamiche della creatività e della diffusione della cultura. Ogniquale volta si interdice all'autore 'derivato', o al suo (e/o editore avente causa) di pubblicare la *sua* opera, si priva il pubblico della conoscenza di nuovi contributi culturali e informativi. E se '*tutto*' quel che evoca l'originale, anche — ripeto — sul mero piano tematico e/o concettuale, fosse soggetto a quella interdizione, il rischio per la circolazione di nuove

opere della cultura si farebbe immanente. (Ed è altresì ragionevole opinare che il rischio di interdizione della pubblicazione, e quello...derivato, di imposizione di condizioni gravose per concedere il consenso, possano disincentivare la stessa attività di creazione dell’opera derivata, e – ancor più – la disponibilità di un editore ad acquistarla).

Certo: sul piano dell’interpretazione, non basta *adducere inconveniens* né ripetere, con San Paolo, “littera occidit”. Ma quella indiscriminata, direi bulimica estensione del diritto del titolare dell’opera originale non appare positivamente sostenibile alla luce del fondamentale principio dicotomico che esclude “le idee” dalla protezione autoriale. La coerenza con detto principio consente di mettere a fuoco il concetto *giuridico* di “derivazione”, scremando così ciò che deve da ciò che non deve pagar dazio. E così, di distinguere derivate “dipendenti” da derivate “autonome”.

Cominciamo con l’osservare che elementi quali “il tema”, “la storia”, “il significato” e simili rappresentano intrinsecamente “idee”: le quali, sappiamo, non sono tutelabili dal diritto d’autore. Dunque, l’ “aggancio”, e persino il “furto” tematico, la adozione della stessa “tesi”, pur ove riconoscibilissimi, non bastano a configurare un’opera come derivata in senso giuridico. E’ illuminante il riferimento all’opera derivata musicale contenuto nella prima legislazione del Regno d’Italia nel quale si negava la sussistenza di una violazione del diritto dell’autore dell’opera originaria nei “casi in cui un *motivo* di un’opera originale diventi occasione o tema di una composizione musicale che costituisca una nuova opera” (corsivo originale). Il “motivo”, il *Motif*: cioè l’*idea* musicale...

Il concetto giuridico di “derivazione” va dunque riferito al piano della “espressione”: e quindi all’*iriconoscibile ascendenza di impronta espressiva*, alla comunanza/continuità (percepibile al di là della eventualmente diversa tipologia rappresentativa) di ispirazione stilistica.

In questa prospettiva (che mi pare sostanzialmente abbracciata sia dalla decisione della Corte USA – 2nd Cir. April 25, 2013 in *Cairou v. Prince* - sia da quella di Trib Milano – ord. 14 luglio 2013, in *Fondation Giacometti c. Fondazione Prada*) è quello della parodia il più convincente esempio di “derivata autonoma”: che non deve “chiedere permesso”, né (quindi) pagar dazio anche agli effetti della pubblicazione.

Come statui conobbe il Tribunale di Milano nel noto caso Tamaro/Luttazzi (ord. 29 gennaio 1996, *Tamaro e Baldini & Castodi c. Comix srl e PDE srl*, in *AIDA*, 1996, 669), la stessa ampia riproduzione di brani e sequenze di un’opera altrui (e proprio il genere parodistico impone che la riproduzione sia ampia), se effettuata all’insegna e all’interno di una cifra espressiva tutta diversa, anzi smaccatamente opposta a quella dell’opera originaria, fonda la piena autonomia dell’opera parodistica. La beffarda scurrilità goliardica di “Va dove ti porta il clito” (*sic*) di Daniele Luttazzi è opera autonoma rispetto a quella, ispirata a delicato intimismo, del famoso romanzo di Susanna Tamaro.

Proposte di riforma

Questo, dunque, della radicale autonomia espressiva, è il postulato, e lo spazio, della nozione giuridica di “derivazione indipendente” - analogamente, e con le debite differenze, a quanto avviene in campo brevettuale per le cd invenzioni di nuovo uso (art. 46.4 CPI). Al di là di questo non ravviso, *de lege lata*, ulteriori spazi interpretativi per realizzare un regime che non assoggetti l’opera derivata al placet - e al dazio - del titolare di quella originaria per tutta la durata del copyright (ma rispetto all’interesse alla circolazione di nuove opere culturali è troppo lungo persino il termine ventennale, per di più rinnovabile, del/i contratto/i di edizione).

Da qui l’esigenza di una equilibrata attenuazione dell’assolutezza e semi-perpetuità di quel potere interdittivo. Esigenza che può essere soddisfatta solo da un intervento riformatore.

Allo scopo, e in termini tecnici, si possono concepire tre vie.

Una prima è quella dell’accorciamento del termine dell’esclusiva rispetto a utilizzazioni derivate, sulla falsariga del modello normativo inaugurato dall’Austria nel 1846 e seguito dal Regno d’Italia nel 1865 e dalla Conv di Berna nel 1886 in materia di traduzione, l’opera derivata essenziale per la diffusione internazionale della cultura.

La seconda concepibile via è quella seguita, sempre a proposito della traduzione, dall’*Acte additionel* del 1896 di Berna. E’ la via di un diritto di licenza per “mancata attuazione” della traduzione in una certa lingua entro un determinato (dieci anni, art.1.III *Acte cit.*). La attribuzione di detta licenza - non esclusiva, “fair and non discriminatory” (FRAND) - dovrebbe essere affidata prima al negoziato fra le parti (eventualmente delegato a società di gestione collettiva) con intervento giudiziale solo in caso di mancato accordo. La terza via, che (anche qui) prediligo, è quella del modello istituito dall’art. 99 LA per i progetti di lavori dell’ingegneria e altri lavori analoghi. Il modello, dunque di un accesso libero - *ab initio*, o al massimo dopo due/tre anni dalla creazione originaria - e pagante. In tal modo si compenserebbe/ro il/i titolare/i dell’opera originaria, senza privare il pubblico, per lunghi anni, dal fruire di una nuova (e pur “dipendente”) opera e senza parimenti privare per lunghi anni l’autore di questa di ottenere la *chance* di farla pubblicare, nell’interesse morale suo, e in quello economico suo e del suo editore. Il richiamo, di nuovo, alla traduzione, conforta decisamente la proposta: si pensi, in particolare, alla esigenza di far circolare internazionalmente opere scientifiche che indichino nuove vie per la cura di gravi malattie. O, parimenti, opere letterarie e saggistiche di alto livello culturale.

Analoga riflessione critica, e proposte di riforma, suscita la incondizionata permanenza del potere escludente del titolare del *copyright* anche rispetto alle ristampe (dunque riproduzioni) di opere da tempo non ripubblicate: ormai fuori catalogo, come si dice. Permanenza che può protrarsi per tutta la durata - sino a venti anni, per di più rinnovabile - del/i contratto/i di edizione(licenze, in sostanza) ex art 122 LA - Ovvero addirittura per l’intera durata del diritto se questo fu oggetto di cessione (cfr art. 107 LA).

Anche rispetto a tale ipotesi, infatti, non si vede valida ragione per consentire di bloccare la pubblicazione di un’opera che l’editore originario abbia da anni “abbandonato”, e per la quale eventualmente rinasca un interesse da parte di altri editori. Anche qui, l’evoluzione è stata regressiva: si pensi che la cessazione del *copyright*, in un tale caso, era stata decretata da una Ordinanza danese del 1741.

A proposito della traduzione, è istruttivo ricordare la involuzione protezionistica subita dal relativo regime. Nella citata prima legge autoriale del Regno d’Italia (R.D. 2358/1865) e, poi, nella Convenzione di Berna del 1886, il diritto di fare o autorizzare traduzioni era riservato esclusivamente all’autore per 10 anni (art.5), dopo che i terzi avrebbero potuto liberamente pubblicare le loro traduzioni. Dieci anni dopo, come appena ricordato, l’*Acte additionel* sostituì il regime originario con uno fondato su un diritto dei terzi ad ottenere una a licenza in caso di mancata esecuzione di traduzioni entro il decennio dalla prima pubblicazione dell’opera.

Il regime successivo, e tuttora vigente, introdotto con la Conferenza di Revisione di Berlino del 1908, prevede *tout court* la integrale riconduzione del diritto di tradurre al termine generale di durata del *copyright*, senza più alcuna sanzione dell’inerzia .

Va ricordato che il modello normativo fatto proprio sia dalla citata legge italiana del 1865, sia dal testo del 1886 di Berna, era stato anticipato, ed anzi con ben maggiore “apertura” (*un* solo anno di esclusiva sulle traduzioni) dalla legislazione del 1846 dell’ impero Austro-ungarico. Impero che riuniva numerosi popoli di diversa lingua (22), e favoriva quindi con lungimiranza la traduzione come strumento di coesione delle diverse culture nazionali.

Coraggio - diceva Flaiano - il meglio è passato.

Note:

[1] TU delle leggi 2337 del 1865, 2652 del 1875 e 756 del 1882, promulgato con R.decreto n.1012 del 1882 :ivi, art. 3. co.3)

[2] Per elementare correttezza, informo che nella vertenza milanese fui co-difensore di Daniele Luttazzi.

[3] Riterrei altresì che una siffatta licenza dovrebbe essere ‘incrociabile’(cross-licence) con una analoga a favore dell’*autore* dell’opera originaria, sul modello previsto per le invenzioni dipendenti di alto profilo (art. 71.2 CPI). E ciò in nome della promozione della ‘creatività successiva’ , ossia delle *chances* di sviluppo di nuove elaborazioni creative (...derivate dalle derivate, ‘a catena’) da parte, appunto, dello stesso autore dell’opera originaria.

[4] Sulla discrezionalità del potere dell’editore in tema di ristampe cfr. art. 122 ult.co. LA.

[5] V. il testo in lingua inglese in S. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York,1938, I, 18.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 1 - 2014
Anno IV
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

ISSN (Online edition): 2239-7442

