

Contratti delle comunicazioni elettroniche

# La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche

di Domenico Fauceglia (\*)

Il diffuso accesso, interconnessione e uso dei servizi di telefonia hanno posto l'attenzione sui contratti delle comunicazioni elettroniche. Più specificamente, si tratta di contratti di prestazione di servizi di comunicazione elettronica caratterizzati da una corposa ed intricata regolamentazione costituita da molteplici testi legislativi (il principale è il D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 249, c.d. Codice delle Comunicazioni Elettroniche, C.C.E.) e da una serie di provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom). Lo scritto si sofferma sia sulla disciplina di settore (in particolar modo il codice delle comunicazioni elettroniche) che sulla regolamentazione dell'AGCom, entrambe volte a perseguire una comune finalità - cioè quella di mantenere e conservare un regime di concorrenza del mercato dei servizi telefonici - ed entrambe volte ad incidere sui contratti di comunicazione elettronica.

## I rapporti contrattuali nel settore delle telecomunicazioni. Una introduzione dovuta

I contratti di comunicazione elettronica, sempre più conformati alla regolamentazione dell'AGCom, ci offrono un'immagine - alternativa rispetto a quella tramandata dalla manualistica - di autonomia contrattuale in cui, almeno nei settori sensibili della nostra economia (c.d. domain sensibles (1)), la volontà del soggetto viene apprezzata in via indiretta,

ossia in rapporto tra soggetto - ordinamento giuridico e regolamentazione autoritativa (2). Per chiarire. La possibilità, per i soggetti, di porre in essere contratti trova legittimazione in una scelta del legislatore che riconosce agli stessi il potere di disporre dei propri interessi e ricollega, nella maggior parte dei casi, effetti giuridici tendenzialmente corrispondenti a tali disposizioni (3). L'ordinamento, infatti, lasciando ai privati una sfera di autonomia, non ha certo attribuito loro il potere di dettare norme. Ma, il

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) In ritardo rispetto agli altri ordinamenti; dagli anni Novanta del secolo scorso, il legislatore italiano ha preso consapevolezza che la cura dei settori sensibili dell'economia (c.d. *domain sensibles*, ossia i settori bancari, finanziario, energetico, dei trasporti, delle comunicazioni, ecc.) necessitasse di una regolamentazione tecnicamente qualificata di particolari enti (c.d. Autorità Indipendenti) totalmente autonomi ed estranei al circuito politico amministrativo. La regolamentazione dei mercati da parte delle Autorità indipendenti ha posto l'attenzione sul c.d. contratto amministrato. Più specificamente, posta l'incidenza di tali regolamenti sia sul mercato di riferimento che sui regolamenti contrattuali, si è giunti a valorizzare la particolare relazione di interdipendenza funzionale tra contratto e mercato per cui le vicende dell'uno si traducono nelle vicende dell'altro, o meglio che le regole relative a specifici contratti finiscono per interferire sul mercato e viceversa.

(2) Tradizionalmente, per risalente dottrina, il contratto è sempre stato inteso come la figura più importante di negozio giuridico [si veda, tra gli altri: Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto*

*privato italiano*, Napoli, s.d.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, 104; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 403; Id., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *RDCo*, 1971, I, 89; Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 199; Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 13; Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 571; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29.], e in quanto tale, a differenza dell'atto giuridico, rileva anche la volontà dei risultati (Passerin D'Entrèves, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, 29 ss.).

Tale volontà (quella dei risultati) non ha una immediata e diretta rilevanza, non è sufficiente la volontà del soggetto a provocare determinati effetti giuridici (così l'autonomia è Rescigno, *Contratto*, in *EG*, IX, Roma, 1988, Betti, voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1968 209, e in Temi, 1963, 605-631, in part. 605); la volontà del soggetto può essere apprezzata solo in rapporto soggetto-ordinamento giuridico, si da manifestare solo una rilevanza mediata (indiretta).

(3) Così Cataudella, *I contratti*, Torino, 2014, 9, lettura che resta sempre di grande attualità. In questo senso si può configurare una

riconoscimento ai privati del potere di regolare i propri interessi si spiega tendendo conto che l'ordinamento non può disciplinare autoritativamente tutti i rapporti tra i consociati, perché sarebbe materialmente impossibile prevedere tutte le situazioni e regolarle (4).

Il problema si pone, invece, quando è lo stesso ordinamento interessato agli effetti contrattuali. In tal caso l'atteggiamento è quello di porre dei limiti agli effetti stessi. Nel dettare i limiti e i confini dell'autonomia dei privati, trova sempre più rilevanza il potere di regolamentazione dei mercati affidati alle Autorità indipendenti. Sempre più spesso, infatti, la norma di fonte secondaria si pone come limite dell'agire dei privati, sempreché tale norma secondaria trovi fondamento e legittimazione in una fonte primaria abilitante (legge ordinaria) che la autorizzi (nei casi esaminati è il D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 249, c.d. Codice delle Comunicazioni Elettroniche, da ora C.C.E.). Col risultato, così, di una proliferazione di contratti dei settori sensibili della nostra economia che risultano essere *scritti sul tavolo delle Autorità indipendenti* (5).

Deve, in questi termini, distinguersi l'autonomia - comando dalla autonomia-autoregolamento dei propri interessi. Ogniquale volta vi sia interesse dell'ordinamento ad intervenire nel rapporto (o nell'atto) contrattuale vi è eteronomia, vale a dire l'essere la norma posta da altri (6). Il contratto non essendo legge (7), non è idoneo a derogare le norme imperative, il contratto resta pur sempre una norma di stampo privatistico che non presenta caratteri di generalità ed astrattezza, i quali - invece - connotano le norme pubblicistiche. Per cui, la sovraordinazione della norma di diritto pubblico (ed attualmente dei

regolamenti autoritativi) rispetto al contratto comporta che la legge influisca sul paradigma contrattuale, (in termini di conformazione) o - peggio ancora - imponga un contratto.

Come rilevato da autorevole dottrina: se, normalmente, non vi è interesse dell'ordinamento a regolare i rapporti intersoggettivi (la cui regola è lasciata al contratto), c'è però un interesse generale a che questi rapporti trovino, comunque, una regola. "In mancanza di regole, infatti, la soluzione dei conflitti di interessi sarebbe lasciata all'arbitrio e alla forza dei singoli con intollerabile turbamento dell'ordine sociale" (8). A volte, tali regole (contrattuali) sono insufficienti, perché sussiste la necessità di una garanzia che si esplica nel controllo operato dall'ordinamento giuridico. Nei settori particolarmente sensibili, come quello delle comunicazioni, i rapporti di mercato (e quindi contrattuali) necessitano di maggiore garanzia e minuziosa regolamentazione. In quest'ottica, l'AGCom può imporre, per espressa delega di legge, misure regolamentari pro-competitive che risultano giustificate, perciò legittime, nei casi di grave pericolo di "fallimento del mercato", non superabile con i rimedi generali apprestati dal diritto della concorrenza e delle comunicazioni elettroniche (9).

In quest'ottica, l'autonomia privata, quale spazio di libertà concesso dall'ordinamento, si relaziona - quindi - con le dinamiche del mercato. Il mercato è l'arena in cui si consumano conflitti tra portatori di interessi tendenzialmente contrastanti tra loro (10). In quest'ottica è necessaria una composizione tra interessi divergenti non solo attraverso lo strumento dell'autoregolamentazione (il contratto), ma anche attraverso l'eteroregolamentazione di un soggetto

---

sfera di autonomia lasciata ai privati, il tema è stato di recente rivisitato da Palermo, *L'autonomia negoziale*, II ed., Torino, 2014, *passim*.

(4) L'ordinamento non ha nemmeno interesse a farlo, perché non è dato, nella maggior parte dei casi, individuare un interesse generale a che rapporti che toccano esclusivamente singoli consociati siano regolati in un modo anziché in un altro (A. Cataudella, *I contratti*, cit., 11).

(5) De Nova, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, 520.

(6) Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 2008, 100.

(7) Il contratto non è legge. Il riferimento alla forza di legge del contratto (il c.d. principio della *sanctity of contract* di cui all'art. 1372 c.c.) non è da intendersi nel senso letterale del termine in quanto non inserisce il contratto tra le fonti del diritto. Così Scognamiglio, cit., 100. In questo senso, si veda anche Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, 28. Da qui, infatti, la scarsa persuasività degli orientamenti dottrinali minoritari che ravvisano nel negozio giuridico una fonte di norme [Kelsen]. Orientamenti ai quali l'affermazione del principio di "sanctity of contract" contenuto nell'art. 1372, comma 1, c.c. (il contratto ha

forza di legge tra le parti) non offre alcun sostegno effettivo, con tale espressione si è voluto sottolineare in modo un po' enfatico il valore giuridicamente vincolante dell'impegno contrattuale L'art. 1372, comma 1, c.c., nell'attribuire forza di legge al contratto, è storicamente riconducibile, in aderenza al Code Napoléon e, prima ancora, alla tradizione dello *ius honorarium* al principio *pacta sunt servanda*, proprio della tradizione pandettistica ed evocativo della serietà dell'impegno assunto con la stipulazione e del suo valore vincolante, ogni qualvolta le parti abbiano inteso attribuire allo stesso rilevanza giuridica e non meramente sociale.

(8) Cataudella, *I contratti*, cit., 11.

(9) È così il nuovo contesto normativo che induce ad una innovata definizione dell'autonomia privata che si esplica, in tal caso, nel settore delle comunicazioni elettroniche. Per cui, l'autonomia privata assume rilevanza solo ad opera dell'ordinamento giuridico, sia che esso la crei, attribuendo il potere, sia che la riconosca, attribuendo rilevanza giuridica ad un potere che rilevava solo sul piano sociale, sia che esso la conformi e la delimiti.

(10) Buonocore, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 384, si veda anche Perlingieri, in particolare in *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: Contratto e Mercato*, II, Milano, 2013, 275 ss.

terzo (lo Stato) investito del potere di identificare gli strumenti normativi atti a garantire l'eguaglianza tra le singole libertà di iniziativa economica (11), nonché una più generale giustizia sociale. Le regole di prevenzione e repressione di conflitti all'interno del mercato poste dai due strumenti (contratto ed eteroregolamentazione statale) creano l'ordinamento di quest'ultimo. Il fenomeno dei contratti delle comunicazioni elettroniche *amministrati* (12) ha avuto rilievo sin dagli anni Novanta, a seguito della privatizzazione (13) di imprese pubbliche e dell'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) chiamata a realizzare politiche di liberalizzazione (14) del settore delle telecomunicazioni (15). L'*amministrativizzazione* dei contratti ha posto l'attenzione sul concetto di *funzionalizzazione* del contratto (16), ossia sulla idoneità dello

strumento negoziale al perseguimento di interessi sociali. L'esigenza di soddisfazione dell'utilità sociale (oltre che economica) che si chiede allo strumento contrattuale, comporta una maggiore incertezza dei confini che, almeno per tradizione giuridica (17), hanno distinto il diritto privato dal diritto pubblico. Ad oggi si avverte che non è più vero che il contratto costituisca il mezzo per perseguire esclusivamente interessi dei singoli e non già anche interessi della collettività (18). In quest'ottica, la regolazione ha assunto un significato univoco, perché "individua l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire coll'eteronomia il mercato concorrenziale: quindi a correggere l'asimmetria informativa tra le parti, a evitare il prodursi di esternalità negative, a porre rimedio al monopolio" (19). Si delinea, in questo senso, il c.d.

(11) I soggetti chiamati ad operare tali forme di incidenza nel mercato sono, anzitutto il legislatore, con norme di legge, nonché anche l'autorità giudiziaria, con sentenza e pubblica amministrazione, con provvedimenti amministrativi.

(12) Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 160. Sulla integrazione dei contratti di impresa: Ricciuto, *L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 2, 313; Fauceglia, *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 55 ss.

(13) Più specificamente, il fenomeno di privatizzazione è caratterizzato da due momenti: assunzione della forma della società anche alle imprese esercitate da enti pubblici (c.d. *privatizzazione formale*), così da consentire il passaggio di queste imprese - una volta "trasformate" in società - ai privati; nonché la cessione ai privati delle partecipazioni in queste società (c.d. *privatizzazione sostanziale*). Sino a quando il mercato godeva di un regime di concorrenza, il processo di privatizzazione non ha creato particolari problemi. Però diverse erano le imprese che, stando alla lettera dell'art. 43 Cost., si riferivano "a servizi pubblici essenziali, a fonti di energia, a situazioni di monopolio", e che dato anche il carattere di preminente interesse nazionale da esse rivestito, a suo tempo erano state "nazionalizzate" per combattere la formazione di monopoli privati: il caso più importante è quello delle imprese gestite dall'Enel (Ente nazionale per l'energia elettrica), ente pubblico creato per rilevare le imprese elettriche a suo tempo (1962) nazionalizzate e che ha avuto il monopolio della produzione e della distribuzione della energia elettrica. Il problema in tali casi era quello di trasferire tali imprese - da sempre gestite da enti pubblici in condizioni di monopolio - ai privati. Il rischio che si è rilevato nel corso della privatizzazione di tali imprese pubbliche, era quello di costituire monopoli privati (derivanti appunto da monopoli pubblici preesistenti). Il legislatore ha cercato di neutralizzare tale rischio, procedendo con un indiretto intervento sul mercato.

(14) In quest'ottica, occorre distinguere i due diversi fenomeni di privatizzazione delle imprese e liberalizzazione dei mercati. La privatizzazione delle imprese attiene, quindi, alla proprietà - che da pubblica diventa privata (42 Cost.), con conseguente eliminazione dei monopoli legali, con mantenimento solo di alcuni profili della proprietà pubblica che presenta aspetti peculiari del settore privato (come in materia gestionale, contrattuale o in sede di adozione di prezzi di mercato per beni e servizi offerti). Diversa dalla privatizzazione è, invece, la liberalizzazione che, consistendo nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte dei potenziali concorrenti, costituiscono una branca fondamentale della materia concorrenza e contribuiscono così in maniera

rilevante all'aumento del benessere collettivo, permettendo dunque di utilizzare maggiori risorse per la tutela dei diritti fondamentali. Si intende - dunque - che la liberalizzazione è una delle principali finalità della regolazione indipendente, posto che gli interventi autoritativi sono posti alla rimozione di tutte quelle difficoltà di ingresso all'interno dei mercati di riferimento, al fine di eliminare le "sopravvivenze" situazioni monopolistiche e di ricreare un riequilibrio sostanziale dei rapporti, nonché un regime di concorrenza nei mercati in cui operano.

(15) Cfr. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Bari, 1997, 127. Si veda anche Gambino, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, 5 ss.; Mastroianni, *Telecomunicazioni e Televisioni*, in Chiti-Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano 1997, 1187 ss.; Radicati di Brozolo, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.* 1997, 501 ss.; Bonelli, Cassese, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999, passim; Rangone, *Le telecomunicazioni*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano 2000, 1783 ss.

(16) Sul punto si veda Ricciuto, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli 2008, 1612; Id., *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contratto e Impr.*, 2016, 6, 1327 e ss.

(17) Se da un lato, stando al noto insegnamento di Ulpiano, il diritto pubblico intende regolare interessi della collettività, mentre il diritto privato regola interessi dei singoli individui [vd. anche Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, 696], dall'altro si è sempre pensato che l'attività dello Stato è caratterizzata da strumenti non privatistici (solitamente con atti unilaterali espressioni del generale *ius imperium*). Attualmente, però, occorre considerare che non è più vero che gli strumenti di diritto privato costituiscano il mezzo per perseguire esclusivamente interessi dei singoli e non già anche interessi della collettività [Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, 11]. È in questi termini, infatti, che deve essere inteso il concetto di "funzionalizzazione" del contratto.

(18) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 11. È in questi termini, infatti, che deve essere inteso il concetto di "funzionalizzazione" dello strumento contrattuale. *Funzionalizzazione* è cosa diversa dalla *funzione* del contratto, sul punto si veda Cataudella, *I contratti*, cit., 26-27.

(19) Così Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 3, 520-521.

“diritto privato regolatorio” avente la funzione di selezionare con la forza della norma imperativa le possibili scelte idonee a garantire una migliore allocazione di risorse che il mercato, altrimenti, non sarebbe in grado di assicurare al fine - anche - di prevenire e reprimere gli esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si discostano dai paradigmi concorrenziali (20).

In quest’ottica, la disciplina dei contratti relativi alle comunicazioni elettroniche presenta tratti significativi di specialità in ragione della sottoposizione dei medesimi ad una regolazione settoriale preordinata alla tutela di molteplici interessi collettivi che vanno dalla promozione della concorrenza al rafforzamento della protezione degli utenti (21), dalla garanzia della qualità del servizio alla tutela della sicurezza delle forniture (22).

### **Dal monopolio alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni: il servizio universale**

Quello delle comunicazioni costituisce - come i servizi nel settore dei trasporti, delle poste, della radio-televisione, dell’energia elettrica - un *servizio universale*, stante la necessità che lo stesso debba essere garantito a tutti gli utenti per soddisfare esigenze primarie. Nonostante ciò, pur rilevandosi questioni comuni agli altri servizi di interesse economico generale, le peculiarità relative al mercato delle comunicazioni elettroniche attengono alla regolazione autoritativa che impone, in alcuni casi, un vero e proprio obbligo di negoziare a carico di operatori o una regolazione *ex ante*. Invero, la disciplina comunitaria e nazionale del settore delle comunicazioni elettroniche pone in rilievo il rapporto tra regolazione e concorrenza. Ebbene, la regolazione è lo strumento necessario a garantire le condizioni di una competizione “ad armi pari” per tutti i soggetti

presenti nel mercato. Essa si basa su misure volte ad orientare il comportamento dei *competitors* dal momento che il mercato, sebbene aperto alla concorrenza, non è ancora sufficientemente maturo per la sua piena affermazione in assenza di interventi esterni.

Prima di addentrarci all’esame dei poteri dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, occorre soffermarsi, seppur brevemente, sul recente fenomeno della liberalizzazione della gestione e titolarità dei servizi pubblici e del relativo concetto di *servizio universale*. Il concetto di servizio universale - qualificato come “un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile” (Dir. 97/33/CE, 30 giugno 1997, art. 2, comma 1, punto g) - ha avuto emersione in un contesto di mercato concorrenziale, con conseguente eliminazione dei monopoli pubblici e privati, nei settori che coinvolgevano rilevanti esigenze della collettività.

Più precisamente, fino agli inizi degli anni Novanta, prevalente era la riserva in favore dello Stato dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni; riserva che si è sempre giustificata con ragioni economiche e giuridiche. Sicché le imprese esercenti i servizi di pubblica utilità (*public utilities*, come trasporti, telecomunicazioni, poste, energia elettrica, ecc.) a domanda individuale, erano sottoposte ad un regime di monopolio statale (23). Il servizio pubblico riguardava un servizio offerto dallo Stato imprenditore. In quel contesto, il rapporto tra esercenti dei servizi pubblici e gli utenti era di carattere pubblicistico ed era caratterizzato da una posizione di soggezione del cittadino nei confronti dell’ente erogatore. Tale posizione di sottomissione del cittadino trovava la sua ragione per la natura pubblica degli

(20) Così Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., 526.

(21) L’art. 41 Cost. prevede la possibilità che l’iniziativa economica privata entri in “contrasto” con l’utilità sociale o venga svolta in modo “da recare danno” alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana. Sul punto di recente, Barba: “rispetto all’eventualità del conflitto la scelta del sistema è orientata secondo una gerarchia di valori che, da un lato fa prevalere l’utilità sociale su quella individuale, e dall’altro rifiuta una concezione solo utilitaristica che anteponga il valore economico del risultato, persino quando sia apprezzabile sotto il profilo del benessere economico generale, alla sicurezza, libertà e dignità della persona. Entro questi due limiti esterni, e quindi nell’ambito della libertà riconosciuta in Costituzione, il legislatore ordinario (ora anche le Autorità indipendenti per i settori sensibili della nostra economia) è investito del potere di determinare i programmi ed i controlli destinati ad indirizzare e coordinare l’iniziativa economica pubblica e privata verso fini sociali. In sostanza, attraverso la legge ordinaria, la finalità sociale

può svolgere una funzione conformativa dell’azione economica; può, in altri termini, individuare i valori fondativi dell’ordine etico di riferimento della libertà esercitata, ed istituzionalizzare, in maniera diacronica (come è del programma) o sincronica (come avviene con il controllo), la relazione sociale tra economia e bisogni”. Così Barba, *Consumo e Sviluppo della persona*, Torino, 2017, 1-2.

(22) Si avrà modo di vedere che ogni disposizione (di legge primaria o amministrativa) è volta, da un lato, a tutelare in via diretta il regime di libera concorrenza nel mercato, dall’altro lato, è volta indirettamente a tutelare gli utenti. In questo senso le regole sono volte alla realizzazione di un mercato “proconcorrenziale” nonché ad una migliore politica di prevenzione e repressione di fallimenti del mercato (cfr.: Perlingieri, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., 275 ss.; Ricciuto, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 971).

(23) Rossi, *La carta dei servizi pubblici*, in Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, II, Torino, 2003, 114.

interessi perseguiti dall'ente prevalenti rispetto a quelli dei privati. In questi termini, la posizione di prevalenza dell'ente erogatore lo legittimava a definire unilateralmente le condizioni di servizio. Questo sistema ha subito, successivamente, notevoli trasformazioni in forza della politica di liberalizzazione avviata e imposta dalla normativa comunitaria (cfr: artt. 86 e 88 T.F.U.E.) che ha assoggettato alle regole della concorrenza anche i settori sottoposti a regime di monopolio, come i servizi di pubblica utilità.

Uno dei primi settori pubblici sottoposto ad un processo di apertura al mercato è stato quello delle comunicazioni elettroniche, col quale si è superato il regime di monopolio statale sui mezzi e sui servizi di veicolazione di comunicazioni interpersonali. La ragione di un intervento comunitario è fondata sulla necessità di superare i monopoli pubblici presenti nei singoli Stati membri e creare una maggiore liberalizzazione dei mercati, in modo da estendere l'accessibilità delle infrastrutture e dei servizi a qualunque soggetto idoneo. Si assiste, dunque, ad un passaggio da un modello di organizzazione del settore incentrato sulla *conduct regulation* statale, in cui l'erogazione del servizio e l'utilizzo dell'infrastruttura è riservato esclusivamente ad un soggetto pubblico, ad un modello di *structural regulation* comunitaria, nella quale la regolamentazione del servizio assume conformazione tale da permettere la partecipazione di più soggetti (24).

Se da un lato, in ossequio ai principi comunitari, il legislatore nazionale, con L. 30 luglio 1994, n. 474, ha provveduto a disciplinare l'affidamento dei servizi di pubblica utilità a soggetti privati (la legge ha previsto, infatti, il trasferimento di partecipazioni di società che offrono servizi pubblici), dall'altro lato era sorta la necessità di provvedere all'istituzione di un'autorità che controllasse i prezzi, i costi, le qualità dei servizi e garantisse l'erogazione di livelli sia pur minimi dei servizi a tutti, in condizione di eguaglianza e non discriminazione. In questi termini, il servizio universale è offerto da un soggetto privato sottoposto alla regolazione dell'Autorità indipendente. Talché, il concetto di servizio pubblico universale fa la sua prima apparizione con l'introduzione della L. 14 novembre 1995, n. 481 recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" che all'art. 1 dispone la finalità della legge stessa, volta a "garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di

pubblica utilità, di seguito denominati "servizi", nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo". Nonché, espresso riferimento al servizio universale è rinvenibile nell'art. 2, comma 12, lett. f). Una disciplina ancor più compiuta di servizio universale è stata offerta, a seguito del recepimento delle direttive comunitarie - c.d. *Full competition* e *Open network provision* - ad opera del d. P.R. 19 settembre 1997, n. 318, recante "Regolamento per l'attuazione delle direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni".

Sempre in relazione al servizio universale, di particolare importanza è parso il D.M. 23 aprile 1998, recante "Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni", prevedeva all'art. 3, comma 4, un termine finale per la conclusione della negoziazione di interconnessione finalizzata a garantire il servizio universale a l'interoperabilità dei servizi nonché un rilevante intervento dell'Autorità sia in caso di mancata conclusione dell'accordo nei termini sia in caso di rifiuto di interconnessione. Ebbene, aspetto delicato della fase avanzata del processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni è l'interconnessione tra le diverse infrastrutture e reti (mezzi) e l'interoperabilità dei servizi. Condizioni entrambe necessarie per consentire lo sviluppo della concorrenza dal momento che un sistema di reti non comunicanti determinerebbe una nuova forma di chiusura del mercato. La Dir. 1996/19/CE, pertanto, ha imposto agli Stati membri di assicurare che le condizioni di interconnessione siano oggettive e trasparenti, ma soprattutto non discriminatorie e conformi al principio di proporzionalità, cioè non ingiustificatamente onerose. A questo scopo, la direttiva ha stabilito anche l'obbligo degli operatori del settore di predefinire le condizioni per l'interconnessione e la possibilità per i concorrenti di negoziare accordi di interconnessione per accessi speciali alla rete. Così, nelle ipotesi in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo (tale da ritardare l'effettiva possibilità di accesso al mercato), gli Stati sono chiamati a predisporre procedure, attivabili anche su istanza di una delle parti, che stabiliscano anche in modo

(24) Carullo, *Lezioni di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2017, 331 ss. Sulla tematica si veda anche Mannoni, *La*

*regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, 2014, 111 ss.

autoritativo le condizioni tecniche ed economiche di interconnessione.

Il processo di liberalizzazione in Italia, nel settore delle comunicazioni, ebbe inizio a partire dalla L. 29 gennaio 1992, n. 58 (recante "Disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni"), per effetto della quale si ebbe la trasformazione dell'azienda di stato per i servizi telefonici in una società appositamente costituita, l'Iritel, che risultava così la nuova concessionaria dei servizi di telefonia pubblica, cui è seguito - poi - il D.M. 29 dicembre 1992, di approvazione della convenzione conclusa tra il Ministero poste e telecomunicazioni e Iritel S.p.A. La presenza di un unico gestore si è avuta fino alla fusione per incorporazione nella concessionaria S.i.p. delle altre società a partecipazione pubblica, a loro volta concessionarie di servizi di telecomunicazioni in vari segmenti del mercato, e la contestuale costituzione di Telecom Italia S.p.A. (25).

La riforma è proseguita con la L. 29 gennaio 1994, n. 71, di conversione in legge del D.L. 1° dicembre 1993, n. 487, che, emanata per trasformare l'azienda statale delle Poste e telecomunicazioni in un ente pubblico economico, ha previsto un riparto di competenze tra il Ministero Poste e Telecomunicazioni e il gestore unico.

Un'ulteriore tappa fondamentale verso la liberalizzazione si è avuta con la già citata Legge n. 481/1995 il cui art. 1, comma 2, demandava al Governo, per la privatizzazione dei servizi di pubblica utilità, il compito di definire i criteri per la privatizzazione di ogni impresa e le relative modalità di dismissione, nel caso di cessione del pacchetto di controllo di società esercenti servizi pubblici. Nell'autunno del 1997 si è conclusa la procedura di privatizzazione della Telecom Italia e allo stesso tempo, con L. 31 luglio 1997, n. 249 (recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo") fu istituita l'AGCom il cui compito è quello di fronteggiare le esigenze, sorte a seguito della liberalizzazione del mercato delle comunicazioni e della privatizzazione degli enti, di regolazione che garantisca sia l'apertura

dei mercati e sia l'espletamento dei servizi minimi per le fasce sociali più deboli (26). Invero, già nella L. n. 481 del 1995 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità nonché l'istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), si prefiguravano i principi generali cui doveva essere ispirata la disciplina della futura autorità del settore delle comunicazioni. Il legislatore, infatti, rinviava espressamente all'adozione di un successivo provvedimento normativo (la L. n. 249 del 1997), sia ai fini dell'attribuzione di ulteriori competenze, sia ai fini dell'individuazione delle specificità di ciascun settore (in particolare per le comunicazioni). L'AGCOM assomma competenze sia nel settore radiotelevisivo, sia nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel quale sono comprese anche le attività di telecomunicazione e telefonia (27).

In quest'ottica, l'AGCom assume un ruolo di regolamentazione proconcorrenziale del mercato, definendo le regole di comportamento degli operatori nell'ambito dei principi del mercato concorrenziale (il cui abuso, sotto altri profili, è competenza dell'AGCM). L'autorità del settore delle comunicazioni opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione, ed è preposta al controllo e alla regolazione dei settori di propria competenza. Le funzioni originariamente previste vanno dall'attività consultiva e propositiva per il Governo, al controllo delle condizioni e modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, all'emanazione di direttive sulla separazione contabile e sui livelli di qualità dei servizi, ai compiti di pubblicità delle condizioni relative alla erogazione "dei singoli servizi, alla valutazione dei reclami, istanze e segnalazioni da parte dei consumatori e utenti, all'esercizio di poteri di ispezione, accesso, acquisizione della documentazione". Come si è avuto modo di vedere, il processo di privatizzazione e liberalizzazione dei mercati (28) ha trasformato anche i rapporti tra ente erogatore e utente da un vincolo di mera soggezione dell'utente al potere dell'ente gestore, ad una vera e propria relazione paritaria tra soggetti (29). Questa evoluzione consente di

(25) Così Nasti, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Napoli, 2009, 34-35.

(26) Nasti, *Il servizio universale*, cit., Napoli, 2009, 15 ss., spec. 35.

(27) Si tratta di competenze di straordinaria portata ed infatti l'AGCOM assume un ruolo: a) di garanzia rispetto ad ambiti costituzionalmente tutelati (libertà di manifestazione del pensiero, di informazione, di riservatezza delle comunicazioni personali, ecc.), direttamente interessati dalle attività proprie dei settori di competenza; b) di regolazione di attività che assumono un rilevante contenuto economico e che sono oggi organizzate secondo principi comunitari e costituzionali propri del diritto al mercato

(libertà di iniziativa economica privata, tutela della concorrenza, ecc.). Da questo secondo punto di vista sono evidenti i rapporti con la competenza dell'AGCM, che restano comunque distinti in quanto l'AGCOM interviene come regolatore secondo i principi del mercato ma non si sostituisce all'intervento dell'AGCM.

(28) Si veda Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 2, 195 ss.

(29) Alpa, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, 107; Cassese, *La carta dei servizi pubblici*, Roma, 1993; Stefanelli, *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 1994.

ricostituire il rapporto, nel campo delle comunicazioni, tra operatore e utente nell'alveo del diritto comune e in questa prospettiva deve essere interpretato il rapporto di utenza (30).

Inoltre, la liberalizzazione dei mercati e la regolamentazione dei settori sensibili della nostra economia ha comportato anche l'emersione di nuove figure di contraenti diverse da quella di consumatore. Se, da un lato, il consumatore è la persona fisica che non agisce nell'esercizio di un'attività d'impresa o, comunque, professionale (art. 3 lett. a, D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206); dall'altro lato, rileva una nuova figura emersa dalla disciplina legislativa (art. 44, D.Lgs. 1° giugno 2011, n. 93) e dalla regolamentazione autoritativa (art. 2 delibera 188/2012/E/com/all. A dell'AEEG) dei mercati del gas naturale e dell'energia elettrica: il *prosumer*, cioè il soggetto

che è al contempo produttore e cliente finale (31). Rileva, dunque, una figura del tutto neutra e diversa rispetto alle definizioni del codice di consumo in relazione al consumatore (e anche al professionista), qui il cliente acquista gas naturale per uso proprio (al di là dell'uso domestico), ivi compresi gli impianti di distribuzione di metano (artt. 6 e 34, D.Lgs. 1° giugno 2011, n. 93) (32).

In conclusione, si rileva che il servizio universale costituisce il punto di equilibrio tra la tradizione giuridica del servizio pubblico e i principi del libero mercato: non esiste un modello eccentrico statale di gestione dei servizi, ma un modello di gestione conforme al mercato in concorrenza. Il servizio universale esprime il diritto a prestazioni positive e assume la forma di strumento pubblicistico posto a tutela di valori della collettività, pare dunque suscettibile

(30) A regolare il rapporto di utenza, non è solo il contratto di utenza, ma anche un documento che ogni operatore è tenuto ad adottare per dare informazioni agli utenti sui servizi offerti, sui diritti e sugli obblighi discendenti dal rapporto contrattuale e sulla qualità delle prestazioni che s'impegna a garantire agli utenti. Tale documento prende il nome di Carta dei servizi che costituisce un patto tra ente erogatore ed utente volto a garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard di qualità ed efficienza (Cosi' leva, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la Carta dei Servizi*, in *Foro amm.*, 2001, 230.). In questo contesto, la L. 11 luglio 1995, n. 273 impone a tutti gli enti erogatori dei servizi di comunicazione (e non solo) di adottare Carte di Servizi relativi al proprio settore - seguendo principi generali di uguaglianza, imparzialità, efficienza ed efficacia del servizio - in base a schemi generali di riferimento settoriali, predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica d'intesa con le amministrazioni interessate. A completare la L. n. 273/1995 è intervenuto il D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286 che, in attuazione della delega prevista dalla L. 15 marzo 1997, n. 59 (Legge Bassanini), assicura la partecipazione e il contraddittorio tra utenti e enti erogatori nell'individuare i parametri qualitativi ed attuativi della Carta dei servizi destinata ad integrare lo specifico rapporto contrattuale di utenza. Tuttavia può accadere che l'operatore eroghi delle prestazioni qualitative inferiori allo standard determinato. Soccorre al riguardo l'art. 11 del D.Lgs. n. 286/1999 che prevede un indennizzo automatico e forfettario a favore dell'utenza, per il mancato standard di qualità, rimettendo alle Autorità indipendenti il compito di fissare i casi e le modalità di indennizzo. La previsione di un indennizzo automatico e forfettario persegue l'obiettivo di stimolare l'ente erogatore al rispetto degli standard prefissati, rilevandosi per l'utente uno strumento di garanzia della qualità ed efficienza del servizio universale (si veda Napolitano, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 1996, 17; id., *Gli "indennizzi automatici" agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, n. 1, 1996). Diversamente dal risarcimento del danno, l'indennizzo spetterebbe all'utente indipendentemente dalla circostanza che si sia prodotto un danno risarcibile imputabile al dolo o alla colpa dell'ente erogatore. Quanto alla natura giuridica dell'indennizzo si rileva che lo stesso sia strumento rimediabile in funzione protettiva del pubblico interesse all'efficienza e alla qualità di servizio e non funzione riparatoria di un danno eventuale, dal quale comunque prescinde ("l'ordinamento non reagisce a un danno da risarcire ma alla modificazione reciproca, e tendenzialmente permanente della sfera giuridica di due soggetti, con incremento dell'una a carico dell'altra. L'obbligazione indennitaria discende dunque dall'esigenza di garantire un giusto corrispettivo al soggetto la cui sfera

giuridica sia stata ristretta" Salvi, *La responsabilità civile*, in Iudica e Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2005, 262).

(31) È estraneo dal rapporto tra atti della professione e atti relativi alla professione e, più in generale, al tema del contratto con duplice scopo, il tipo di problema affrontato dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI) in relazione all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina del servizio di conciliazione e del trattamento dei reclami da parte dello sportello del consumatore di energia. Nella disciplina della trattazione dei reclami, all'art. 2, comma 2.2 della delibera AEEG del 2012, n. 188 (All. A), l'autorità ha stabilito che la presente delibera si applica ai *prosumer* con impianti di potenza superiore a 0,5W. La presente delibera si applica anche ai *prosumer* con impianti di potenza fino a 0,5 W, nel caso in cui il tentativo di conciliazione non vada a buon fine oppure quando la controversia non sia risolta mediante la procedura di reclamo presso lo Sportello del consumatore di energia. Gli artt. 6 e 34, D.Lgs. n. 93/2011, individuano sia per il mercato dell'energia elettrica, il cliente finale come categoria neutra, ossia il "cliente che acquista gas naturale per uso proprio, ivi compresi gli impianti di distribuzione di metano per autotrazione che sono considerati clienti finali". Tale categoria del tutto neutra rispetto a quella del consumatore, viene specificata, per entrambi i mercati, da un lato con riferimento al "cliente civile" dall'altro con il riferimento al "cliente non civile", ossia al cliente che acquista energia destinata o non destinata "al proprio uso domestico". In questi termini, "il *prosumer*, posto che la formula 'uso proprio' appartenga al definiens di 'cliente finale' e che nessuna rilevanza ermeneutica possa essere riconosciuta al termine 'finale' - il *prosumer* non può che essere un cliente non civile, produttore, ma diverso dal cliente grossista" [così Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., 123-125]. Infatti, anche il cliente grossista - ossia la persona giuridica o fisica, diversa dai gestori dei sistemi di trasporto e dai gestori di sistemi di distribuzione, che acquista gas naturale (o energia elettrica) a scopo di rivendita all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita, rientra nella categoria dei clienti non civili. Nell'attuazione dell'art. 44 il regolatore del mercato ha individuato una soglia - pari a 0,5W di potenza - per indicare la misura in cui è applicabile o non è applicabile al cliente finale che sia produttore (*prosumer*) una disciplina prevista per i clienti civili. Per approfondimenti sulla figura del *prosumer*, si rinvia a Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., 123 ss.

(32) Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., 123-125. Contrariamente si v. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei 'prosumer' ai 'consumatori' e ai 'clienti finali'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 406 ss.

nella categoria dei diritti sociali. L'inserimento del regime di universalità nei diritti sociali solleva la questione del suo fondamento normativo nazionale. Al riguardo merita il richiamo della clausola generale dell'utilità sociale contenuta nell'art. 41 Cost. che enuncia i principi di libertà e dignità umana, evoca valori di solidarietà, protezione sociale e partecipazione rinvenibili nel regime di universalità (33). Nella prospettiva del gestore del servizio universale costituisce un'obbligazione legale imposta ad un operatore avente come prestazione lo svolgimento di determinate attività essenziali a vantaggio di tutti gli utenti ad un prezzo economicamente accessibile. A sua volta l'obbligazione legale risulta composta da un nucleo di obblighi principali e da alcuni obblighi sussidiari. Tra gli obblighi principali si menzionano: l'obbligo di esercizio, consistente nella predisposizione di una rete infrastrutturale idonea a garantire un servizio conforme ai principi di continuità, regolarità ed adattamento; l'obbligo di fornitura, rappresentato dall'obbligo di accettare tutte le richieste formulate dagli utenti e di effettuare, secondo determinati parametri di qualità, un insieme minimo di prestazioni; l'obbligo tariffario, consistente nell'applicare tariffe stabilite sotto il controllo dell'AGCom nel rispetto dei principi di trasparenza.

Da ultimo, occorre rilevare che in relazione alla concorrenza possono presentarsi ostacoli di tipo oggettivo o di tipo giuridico (34). Quanto al primo ordine di ostacoli, questo si riferisce al livello della domanda, allo stato di evoluzione tecnologica ed ai costi connessi con l'attività da svolgere (es. i costi di interconnessione), per quanto riguarda il secondo ordine di ostacoli - ossia quello giuridico - vengono in rilievo ogniquale volta misure legislative e amministrative influiscano sull'accesso di nuovi operatori al mercato, così da determinare

le restrizioni giuridiche al numero di imprese che hanno accesso all'assegnazione dei diritti d'uso dello spettro, a causa dell'obiettiva scarsità dei numeri. In quest'ottica, ai sensi dell'art. 25 C.C.E., la libertà dell'attività di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è sottoposta ad un regime di generale autorizzazione, in virtù del quale "l'impresa interessata presenta al Ministero una dichiarazione resa dalla persona fisica titolare ovvero dal legale rappresentante della persona giuridica, o da soggetti da loro delegati, contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, unitamente alle informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica, da pubblicare sul proprio Bollettino ufficiale e sul sito Internet.". Tale dichiarazione costituirebbe una c.d. "segnalazione certificata di inizio attività", per cui l'impresa è abilitata ad iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione (35).

### **Il contratto di accesso e di interconnessione: obbligo di negoziare e obbligo di contrarre**

In relazione al settore delle comunicazioni, si rintraccia una varietà di schemi negoziali che divergono tra loro non solo in relazione alla qualità delle parti ma anche in relazione ai servizi offerti nei relativi mercati. In questi termini, i contratti cui la regolazione autoritativa si riferisce sono riconducibili a due grandi tipologie: l'accesso e l'interconnessione, che sono contratti tra operatori, e quella dei contratti di utenza tra operatori e utenti.

Per accesso s'intende il fatto di rendere accessibili risorse o servizi ad altra impresa (...), su base esclusiva

(33) Sempre nella nostra Carta costituzionale sono stabiliti i criteri di individuazione dei beneficiari cui attribuire titoli di ammissione alla fruizione agevolata di determinati servizi economici e sociali: i giovani e le famiglie bisognose (31 Cost.); gli indigenti (32); i capaci e i meritevoli (34); gli inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere; gli anziani (38). Sotto il profilo delle prestazioni, il fondamento costituzionale del servizio universale appare ancora più esplicito: la disposizione di cui all'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. assegna alla legislazione esclusiva dello stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni si riferisce, altresì, l'art. 120, comma 2, Cost., con riguardo alla potestà sostitutiva del Governo a tutela dell'unità giuridica ed economica. Pertinente appare, poi, l'art. 119 che allude alla possibilità che lo Stato destini risorse aggiuntive per promuovere la coesione e la solidarietà sociale o per rimuovere gli squilibri economici e sociali.

(34) Si veda Quadri, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Nuove leggi civ.*, 2003, 6 ss.

(35) La denuncia opera come la Segnalazione Certificata di Inizio Attività (la c.d. SCIA, introdotta dall'art. 49, comma 4 bis,

D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122) che permette di iniziare l'attività immediatamente e senza necessità di attendere la scadenza di alcun termine. Il Ministero, successivamente, entro e non oltre sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività. Infine, le imprese titolari di autorizzazione sono tenute all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione di cui all'art. 1, comma 6, n. 5, L. 31 luglio 1997, n. 249. Le autorizzazioni generali, se rilasciate, hanno durata non superiore a venti anni e sono rinnovabili. È immediata anche la cessazione dell'esercizio di una rete o dell'offerta di un servizio di comunicazione elettronica che può aver luogo in ogni tempo. Però, la cessazione deve essere comunicata agli utenti almeno novanta giorni prima, informandone contestualmente il Ministero. Tale termine è ridotto a trenta giorni nel caso di cessazione dell'offerta di un profilo tariffario.



o non esclusiva, al fine di fornire servizi di comunicazione elettronica. L'operazione di accesso alle reti e servizi di un diverso operatore avviene a beneficio di un'impresa che fornisce, a sua volta, servizi di comunicazione elettronica. Come è evidente, il libero accesso consentirebbe la piena liberalizzazione e l'affermazione della concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni.

Altrettanto rilievo riveste la possibilità di interconnessione, ossia il collegamento tra le reti pubbliche di comunicazione della stessa o di diverse imprese, che consente agli utenti di un'impresa di comunicare con gli utenti della stessa o di un'altra impresa, anche attraverso sistemi diversi (interconnessione tra reti telefoniche fisse; interconnessione tra reti fisse e mobili; interconnessione tra reti mobili), in modo da garantire una completa interoperabilità dei servizi a tutti gli utenti.

Il codice definisce come interconnessione il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire gli utenti di un operatore di comunicare con utenti del medesimo o di altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore. Dal punto di vista soggettivo dell'operazione di accesso, questa non riguarda l'accesso degli utenti finali, difatti - come si è chiarito - l'operazione di accesso non rientra nell'ambito terminale dei rapporti di utenza, ma è circoscritto nell'ambito infrastrutturale dei rapporti tra imprese. Anche se, occorre notare, l'accesso alle reti, interoperabilità delle reti ed interoperabilità dei servizi sono quindi preordinati a garantire la comunicazione tra utenti finali a prescindere dalla rete cui siano collegati e dal gestore del sistema di telecomunicazioni e quindi, in definitiva, in un mercato aperto e concorrenziale.

In particolare, i contratti di accesso sono accordi coi quali un operatore, che detiene una qualsiasi infrastruttura o risorsa di comunicazione elettronica o che è in grado di fornire un servizio utilizzando quella infrastruttura, mette le medesime o anche il servizio a disposizione di un altro operatore per consentirgli di fornire a terzi un servizio di comunicazione elettronica. In questi termini, si evidenzia l'operazione economica attuata dall'accordo in virtù del quale le imprese si accordano per condividere quelle risorse ovvero per assegnare l'utilizzo in via esclusiva a chi non ne è il proprietario. Ulteriore precisazione è che non tutti gli operatori possono concludere operazioni di accesso o interconnessione, a procedere ad una simile operazione sono solo le imprese fornitrici di reti pubbliche (e/o risorse correlate), di conseguenza

sono escluse tutte quelle imprese in grado di fornire esclusivamente servizi. La relazione creatasi tra l'accesso e l'interconnessione è rovesciata rispetto alla previgente normativa, dove l'accesso era per lo più servente rispetto all'interconnessione, mentre secondo l'attuale codice l'interconnessione costituisce una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione (così l'art. 1, comma 1, lett. m), C.C.E.). In particolare, si tratta di un accordo di accesso perché si risolve nel rendere possibile a terzi l'utilizzo di una rete di comunicazione, con la particolarità che in tal caso l'accesso è richiesto da un operatore a sua volta titolare di una rete e interessato a mettere in collegamento utenti serviti dalla medesima con quelli serviti da una diversa infrastruttura.

È proprio in relazione ai contratti di accesso ed interconnessione e di accesso che si pone il problema in relazione ai limiti della libertà contrattuale delle parti, imponendo ad esse di negoziare. Il Codice delle comunicazioni elettroniche, specialmente all'art. 45, affida all'AGCom un particolare potere di regolazione *ex ante*: da un lato il Codice - all'art. 41, comma 1 - prevede a carico degli operatori l'obbligo di contrarre tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta l'Unione europea; dall'altro lato, il Codice aggiunge che gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione ad altri operatori nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'Autorità. Per quanto attiene l'accesso *tout court* (di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), C.C.E.), non sussiste, a meno che l'AGCom non lo imponga espressamente, alcun obbligo di negoziare né di effettuare un'offerta a condizioni eterodeterminate, salvo l'obbligo di rispettare in ogni caso i principi proconcorrenziali dettati dallo stesso codice. In relazione all'obbligo di negoziare l'interconnessione, si anticipa che tale obbligo, oggi sancito dall'art. 41 C.C.E., costituisce un vero e proprio principio fondamentale della materia, in quanto l'interconnessione fra le diverse reti è condizione essenziale per l'esistenza di un unico mercato competitivo, caratterizzato dalla compresenza di diverse infrastrutture private di rete. Diversamente, nel caso di operazione di accesso, dove solo in via discrezionale - alla presenza di determinati presupposti che saranno analizzati *infra* - l'AGCom può imporre un obbligo di negoziare. In queste ipotesi, l'imposizione di misure regolamentari pro-competitive risulta giustificata, perciò legittima, solo nel caso

in cui si riscontra un “*fallimento del mercato*”, non superabile con i rimedi generali apprestati dal diritto della concorrenza e delle comunicazioni elettroniche. In quest’ottica, proprio ai fini della liberalizzazione e apertura alla concorrenza sussiste una prevalenza della eteroregolamentazione dell’interconnessione rispetto all’autoregolamentazione da parte di organismi coinvolti. Si badi, però, che l’obbligo di negoziare non è obbligo di contrarre. L’obbligo di negoziare consiste nell’obbligo di trattare in buona fede l’interconnessione delle reti a quelle dei concorrenti, a prescindere dalla relativa conclusione del contratto.

Più specificamente, come disposto dall’art. 42 C.C.E., l’AGCom - nel perseguire l’obiettivo di una regolazione tecnologicamente neutrale, nel rispetto dei principi di garanzia della concorrenza e di non discriminazione tra imprese, al fine di evitare ingiuste distorsioni e restrizioni della concorrenza (ex art. 13 C.C.E.) - incoraggia e garantisce forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi, esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l’efficienza economica e una concorrenza sostenibile e recare il massimo vantaggio agli utenti finali. Fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato, l’Autorità può imporre: a) l’obbligo agli operatori che controllano l’accesso agli utenti finali (c.d. operatori *incumbent*), compreso, in casi giustificati, e qualora non sia già previsto, l’obbligo di interconnessione delle rispettive reti, nella misura necessaria a garantire l’interconnessione da punto a punto e valutati i servizi intermedi già resi disponibili; b) l’obbligo agli operatori di garantire l’accesso alle altre risorse, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, nella misura necessaria a garantire l’accesso degli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali.

Gli obblighi e le condizioni imposti dall’Autorità costituiscono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e addirittura, ove giustificato, l’Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. Quanto, infine, agli obblighi imposti alle imprese, l’art. 41, comma 1, C.C.E. - per cui “gli operatori offrono l’accesso e l’interconnessione ad altri operatori nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall’Autorità ai sensi degli articoli 42, 43, 44 e 45, e nel rispetto dei principi di cui all’articolo 13, comma 5, lettera b)” - ribadisce il diritto/dovere a negoziare l’interconnessione in caso di richiesta della

parte da parte degli operatori. Tale principio risponde ad una *self-regulation* di natura flessibile che, mantenendo la centralità dalla negoziazione tra le imprese - consente tuttavia all’Autorità di adottare prescrizioni correttive. Per cui i contratti di accesso e interconnessione continuano quindi a perfezionarsi, secondo il modello di negoziazione regolata sotto la vigilanza dell’Autorità.

In quest’ottica, l’Agcom può imporre, ai sensi dell’art. 49, comma 1, lett. b), C.C.E., l’obbligo a negoziare in buona fede con gli operatori che richiedono l’accesso. A volte l’obbligo di negoziare in buona fede si accompagna all’imposizione dell’obbligo a concedere l’accesso, è quanto avvenuto con la delibera AGCom 731/09/CONS laddove ha disposto che la Telecom, oltre a dover concedere l’accesso, è obbligata a concordare - con gli operatori richiedenti - le norme che regolano la gestione degli spazi di *co-locazione*. Il servizio di *co-locazione* consente ad un operatore alternativo di disporre di spazi presso le centrali di un altro operatore equipaggiati per l’attestazione di collegamenti fisici e per l’installazione di telai idonei ad alloggiare apparati e cavi (art. 1, lett. o) delibera 731/09/CONS).

Tuttavia il potere autoritativo può essere più o meno invadente rispetto alla libertà contrattuale degli operatori a seconda della maggiore o minore detenzione di potere che questi hanno all’interno del mercato e al grado di concorrenza dei mercati. Ebbene, l’eteroregolamentazione autoritativa del contratto assume livelli più elevati nel caso in cui l’autorità imponga ad un operatore l’obbligo di concedere l’accesso, e qualora ciò sia necessario per garantire il funzionamento normale della rete, l’Autorità può stabilire le condizioni tecniche od operative che devono essere soddisfatte dal fornitore di servizi o dai beneficiari dell’accesso, ai sensi della normativa comunitaria (art. 42, comma 3). Tale disposizione deve essere interpretata alla luce di un’altra norma, art. 49, comma 1, C.C.E., per cui qualora, all’esito dell’analisi di mercato, l’AGCom accerti che un’impresa detenga un significativo potere in uno specifico mercato, può imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed autorizzare l’uso di determinati elementi di rete e risorse correlate. Tale disposizione disciplina una lampante ipotesi di c.d. *contratto imposto dall’Autorità*. L’impresa è costretta all’operazione contrattuale imposta dall’autorità a prescindere dalla sua volontà, non sussiste più - in questo caso - un obbligo a trattare in buona fede la portata di un’eventuale operazione di accesso o interconnessione, ma sussiste un obbligo ad accettare la

richiesta ragionevole di accesso e, dunque, di offrire le reti in possesso e ai servizi necessari per consentire all'operatore richiedente di svolgere la propria attività. Si badi, inoltre, che ogni qualvolta il rifiuto di un'offerta ragionevole possa ostacolare lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato a dettaglio e sarebbe contraria agli interessi dell'utente finale. In questo caso, il contratto - seppur imposto dall'AGCom - trova legittimazione nella legge. La tecnica adoperata dal Codice delle comunicazioni elettroniche è quella della regola servente (*serve* a far rispettare i precetti autoritativi) che impone - in via generale e astratta - un obbligo a contrarre e la *regola servita* (la delibera AGCom) di fonte secondaria (abilitata dalla fonte primaria) che impone in concreto l'accettazione della richiesta ragionevole (36). Rileva, a tal punto, che l'obbligo nel concreto imposto dall'Autorità Indipendente (e non dalla legge) costituisce una limitazione della libertà di decidere se e come concludere il contratto, fundamentalmente espressa dalla libertà di iniziativa economica, la quale può essere limitata solo in ragione del superiore interesse dell'utilità sociale: l'AGCom impone l'accesso qualora ritenga che l'operatore *incumbent* rifiuti di concedere l'accesso o richieda per esso condizioni non ragionevoli di effetto equivalente, in modo da ostacolare lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio con conseguenti effetti contrari agli interessi degli utenti finali. Si ritiene che l'ingiustificato adempimento dell'operatore *incumbent* ad accogliere *quella* richiesta ragionevole di accesso (e non altra!) nonché di autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, comporterebbe l'obbligo del risarcimento del danno a favore del richiedente per il mancato conseguimento della prestazione. Inoltre, al richiedente è sempre data la possibilità di esperire l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (ai sensi dell'art. 2932 c.c.). Obblighi di accettare le ragionevoli richieste sono stati imposti a Telecom Italia fin dall'inizio della procedura di liberalizzazione nei vari mercati della telecomunicazione. Di recente, la delibera 1/12/Cons dell'AGCom ha previsto l'accesso per le reti NGN (*Next Generation Net*), in modo conforme alla Raccomandazione della Commissione Europea relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) del 20 settembre 2010. In tale mercato, l'AGCom ha imposto l'obbligo di accesso *end to end*, nonché obblighi in capo alla Telecom di

realizzare infrastrutture su richiesta e obbligo dei terzi, stabilendo le relative condizioni. Tale ultimo obbligo autoritativamente imposto, si caratterizza per il fatto che non solo è imposto l'accesso ai *competitors*, ma anche per il fatto che la Telecom sia obbligata a realizzare infrastrutture per conto e a vantaggio degli stessi *competitors*.

Rileva, dunque, una differenza rispetto alla disciplina legislativa di altri settori, si pensi per le infrastrutture dell'energia elettrica e il gas, dove è la legge ad imporre l'obbligo di consentire l'accesso e di farlo a condizioni (solo in parte) definite dal regolatore settoriale (si cfr. per quanto attiene all'elettricità, di particolare rilevanza sono gli artt. 3, comma 1, e 9, comma 1, D.Lgs. n. 79/1999; per il gas, invece, gli artt. 24 ss. del D.Lgs. n. 164/2000). La ragione di tale diversità si spiega nel fatto che il mercato delle comunicazioni elettroniche appaiono per ragioni tecnologiche ed economiche assai più suscettibili di evolversi in tempi relativamente brevi in senso realmente concorrenziale rispetto a quanto possa avvenire per gli altri servizi universali, e dunque il legislatore europeo vuole limitare il più possibile l'interferenza delle regolazioni *ex ante*. In questi termini, è all'AGCom che compete quindi il potere di decidere, alla luce delle specifiche condizioni e caratteristiche di ciascun mercato delle comunicazioni elettroniche, se occorre o meno introdurre relativamente all'accesso delle misure di regolazione *ex ante*, e dunque prescrivere obblighi di contrarre o di contenuto contrattuale ad uno o più operatori (37).

In conclusione, i vincoli principali attengono all'obbligo di concludere il contratto di accesso o di interconnessione e agli obblighi relativi al prezzo da praticare: ai sensi dell'art. 49 C.C.E., l'Autorità può imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora verificarsi che il rifiuto di concedere l'accesso o la previsione di termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbero lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbero contrari agli interessi dell'utente finale. Ancora, l'AGCom può imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controllo dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché, qualora l'analisi del mercato rilevi che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere i prezzi ad un

(36) Sul rapporto tra regola servente e regola servita, si veda Zatti, Fusaro, *Diritto privato*, Padova, 2014, 2.

(37) Così Bruti Liberati, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Tratt. Contratti Roppo-Benedetti*, V, Milano, 2014, 1287-1288.

livello eccessivamente elevato o comprimerli a detrimento dell'utenza finale. In alternativa o in combinazione con tali vincoli principali, l'AGCom può prescrivere obblighi meno penetranti, che attengono alla pubblicazione di informazioni preventive sulle caratteristiche della rete e del servizio, e/o alla non discriminazione nei confronti dei soggetti che richiedono l'accesso o l'interconnessione e/o infine alla separazione contabile o addirittura funzionale di determinate attività (38).

Rileva, dunque, che - alla luce della disciplina codicistica - i limiti alla libertà contrattuale, nonché alla libertà organizzativa, delle imprese designate come detentrici di un particolare potere di mercato e la deroga rispetto alla disciplina comune dei contratti, sono particolarmente notevoli in considerazione del fatto che a tali imprese (operatori) possono essere imposti, oltre i vincoli di carattere organizzativo, anche obblighi di informativa pre-contrattuale, obblighi di contrarre e obblighi relativi al contenuto del contratto. La scelta dell'Agcom di introdurre uno o più di tali vincoli contrattuali e di dare agli stessi un determinato contenuto è largamente discrezionale: il regolatore deve ponderare i vantaggi che allo sviluppo della concorrenza e dunque anche agli utenti finali deriverebbero dall'imposizione dell'obbligo di consentire l'accesso o l'interconnessione, eventualmente anche a condizioni etero-determinate, con gli svantaggi che potrebbero invece discendere da tale imposizione sotto il profilo del disincentivo a realizzare nuovi investimenti infrastrutturali (in questo senso il Considerando 55 dir. CE 140/2009 e l'art. 49, comma 3, C.C.E.). Ma come è evidente il potere dell'AGCom di attivare limitazioni alla libertà contrattuale dei soggetti, deve essere esercitato a determinate condizioni: da un lato verificare se i mercati c.d. rilevanti sono o non sono effettivamente

concorrenziali, e dall'altro lato identificare uno o più imprese che in esse detengono un significativo potere di mercato. Nel compiere le valutazioni e le scelte vincolanti la libertà contrattuale e organizzativa d'impresa è vincolata, ai sensi degli artt. 42, comma 4 e 54 C.C.E., ai principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione (39). All'obbligo di non discriminazione è strettamente connesso l'obbligo strumentale di separazione contabile (40).

### **Il divieto di revocare l'accesso e il controllo dei prezzi. La conformazione dei contratti**

In relazione al generale fenomeno di conformazione dei contratti occorre fare riferimento a due ipotesi. La prima attiene al divieto imposto dall'Autorità di revocare il contratto di accesso, mentre la seconda attiene al controllo dei prezzi.

Quanto alla prima, l'autorità può disporre un divieto di recesso dal contratto (di durata) di accesso alla rete. Più specificamente, ai sensi dell'art. 49, comma 1, lett. c), C.C.E., l'AGCom può imporre di *non revocare l'accesso alle risorse* (41). Tale divieto autoritativo costituisce una deroga a quanto previsto nel diritto comune dei contratti, dove il c.d. *recesso determinativo* esprime una generale intolleranza da parte del legislatore per l'autorestrizione dell'autonomia privata mediante vincoli perpetui o di eccessiva durata (42). Ebbene, diversamente dal principio operante nel diritto comune dei contratti, l'Autorità può imporre un obbligo contrattuale consistente in un limite negativo alla libertà del contraente *incumbent*, che vale anche come divieto delle parti di riconoscere ad una di esse il potere di recedere dal contratto, e dunque di determinare il contenuto dell'operazione contrattuale (libertà riconosciuta e tutelata dall'art. 1322 c.c.).

(38) Così Bruti Liberati, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, cit., 1289-1290.

(39) L'obbligo di non discriminazione, di cui all'art. 47 C.C.E., ha come destinatari gli operatori che procedono ad operazioni di accesso ed interconnessione di reti e servizi. Sostanzialmente, l'obbligo di non discriminazione consiste nell'applicare condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti e di fornire, a terzi, servizi e informazioni di livello e qualità identici a quelli assicurati ai propri servizi o alle proprie società consociate o ai propri partner commerciali.

(40) In quei termini, Ai sensi dell'art. 48 C.C.E., infatti, l'AGCom può richiedere ad un'impresa verticalmente integrata di rendere trasparenti i propri prezzi all'ingrosso e i prezzi di trasferimento interni, limitatamente al mercato oggetto di notifica. Atteso che, in genere, un gestore che sia anche fornitore di servizi non richiede alla propria divisione operativa a valle il pagamento dell'accesso, la separazione è intesa ad individuare ciò che il gestore ricava (o ricaverebbe) dall'infrastruttura. Questo rispecchiando quanto più fedelmente possibile le prestazioni di rami di attività come se

fossero gestiti da aziende separate, mediante una distinzione tra costi/ricavi derivanti dall'accesso e quelli relativi ad altre attività.

(41) In verità revoca e recesso non sono sinonimi. Il legislatore pare abbia usato impropriamente il termine "revoca", perché questa consiste in un atto unilaterale con cui l'autore di un precedente atto unilaterale gli toglie efficacia. Diversamente il recesso, con cui una parte contrattuale si libera dal vincolo di un contratto. È evidente, dunque, che essendo l'operazione di accesso un contratto, la revoca di cui all'art. 49, comma 1, lett. c), C.C.E. non è che un recesso.

(42) Occorre rilevare che in molti contratti di durata (si pensi alla somministrazione ex art. 1569 c.c. o al comodato ex art. 1810 c.c. o, ancora, alla locazione ex art. 1596, comma 2, c.c.) è previsto - come sembra sia previsto per i contratti di accesso o interconnessione (anche questi di durata) - un recesso c.d. *determinativo* (Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, I ed., 518-519) finalizzato ad evitare che il vincolo contrattuale, protraendosi all'infinito, divenga intollerabile ed eccessivamente limitativo della libertà delle parti.

Nella seconda ipotesi, e sempre nell'ottica della conformazione contrattuale, rileva il potere autoritativo del controllo dei prezzi (43), contabilità dei costi (44) e determinazione del contenuto normativo (ossia diritti e obblighi) del contratto di utenza.

Quanto al contenuto del contratto di utenza telefonica, in considerazione del fatto che tali contratti siano unilateralmente predisposti dall'operatore telefonico, rileva il potere dell'AGCom di determinare il contenuto (45) della c.d. *Carta dei servizi*. Quest'ultimo documento permette all'utente, ancor prima della conclusione del contratto, di conoscere e valutare un determinato servizio di telefonia nonché gli obiettivi specifici, i livelli di qualità e quantità del servizio, perseguiti dall'operatore telefonico (46). La carta dei

servizi è - dunque - il documento impegnativo, fonte di obblighi per il gestore e di diritti (e rimedi) per gli utenti, che integra il contratto di utenza telefonica nell'ipotesi in cui quest'ultimo presenti delle lacune rispetto al contenuto minimo previsto dalla legge (ex art. 70 c.c. e. e altre leggi speciali). In questi termini, la carta dei servizi integrerà ex art. 1374 c.c. il contratto di utenza. Occorre, d'altra parte, precisare che, nella diversa ipotesi in cui il singolo contratto presenti difformità rispetto al contenuto della Carta dei servizi, sono prospettabili due soluzioni diverse: a) se la carta elevi il livello di tutela offerto all'utente, essa integra cogentemente il contratto di utenza ex art. 1339 c.c.; b) se la carta diminuisce il livello di tutela dell'utente, essa non integra il contratto di utenza (47). Da ciò discende che il

(43) L'esercizio di tali poteri, come disposto dall'art. 50 C.C.E., è caratterizzato da una particolare discrezionalità dell'AGCom. L'AGCom - nell'imporre ad un operatore l'obbligo di orientare i propri prezzi ai costi - fissa una soglia di prezzo. Sull'operatore graverà l'onere di provare che il prezzo applicato sia proporzionale ai costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli investimenti sostenuti per fornire servizi di accesso o interconnessione. Nel fissare tale margine, l'AGCom valuterà il costo medio del capitale investito dall'impresa di comunicazioni elettroniche e il capitale investito da altro operatore (con sede in Italia) del settore delle telecomunicazioni. Qualora dall'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a danno dell'utenza finale. Per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione, l'Autorità tiene conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consente un'equa remunerazione del capitale investito, purché congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete.

(44) Questi fenomeni richiamano sostanzialmente l'obbligo di orientamento delle tariffe ai costi di contabilità prescritti agli operatori. In materia di contabilità dei costi, invece, il codice com. elettr. prevede, di regola, la libertà di scelta dei sistemi, facendo salva la possibilità di imporre metodi particolari alle imprese di mercati non concorrenziali, nei quali l'assenza della concorrenza permetta il mantenimento dei prezzi eccessivamente elevati ovvero compressi a danno dell'utenza finale. Diversamente, in caso di obblighi di orientamento i costi, poi, l'Autorità può valutare il loro rispetto adottando una metodologia di contabilità indipendente da quella usata dagli operatori.

(45) Ai sensi dell'art. 8 del decreto legge liberalizzazioni [D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito con L. 24 marzo 2012, n. 27], dispone: "le carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura". A ciò si aggiunge che la L. 14 novembre 1995 n. 481, istituita delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità nei settori dell'energia elettrica, del gas e delle telecomunicazioni, nell'ambito delle funzioni di tutela dei diritti degli utenti e di controllo sul rispetto delle regole e degli impegni assunti dagli enti erogatori, ha attribuito alle autorità stesse il compito di controllare che ciascun ente erogatore adotti una carta di servizio pubblico (art. 2, comma 2, lett. p). Oltre che un potere di controllo attribuito all'Autorità indipendente occorre rilevare che la stessa ha anche un potere di determinazione

delle Carte dei servizi. In questi termini, infatti, il secondo comma dell'art. 8, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, dispone: "Le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti (dell'utenza). Sono fatte salve ulteriori garanzie che le imprese che gestiscono il servizio o l'infrastruttura definiscono autonomamente". In questi termini, l'AGCom concorre, dunque, alla definizione delle Carte dei servizi integrando così, con propri provvedimenti, i singoli contratti di utenza. In questi termini, si segnala la recente (aprile 2018) Carta di servizi adottata da T.I.M. (visibile su <https://www.tim.it/carta-dei-servizi>), in cui è possibile notare che diverse sono le determinazioni operate dai provvedimenti dell'AGCom. In questi termini, si segnalano i provvedimenti (delibere AGCom n. 36/02/CONS e n. 180/02/CONS) relativi alla disciplina della Banca Dati, relativa agli, include i numeri degli abbonati di tutti gli operatori di telefonia fissa e mobile del territorio nazionale e i relativi dati. Tali provvedimenti amministrativi prevedono particolari disposizioni sul trattamento dei dati personali utilizzati per la formazione di elenchi telefonici generali e per la prestazione dei relativi servizi di informazione all'utenza. Ancora, diverse sono le delibere AGCom disposte per la gratuità del recesso a seguito di *ius variandi* (Delibera 519/15/CONS.) o nel caso in cui l'accesso ad internet a banda larga non rispetta i livelli di qualità previsti contrattualmente (art. 8 comma 6 della delibera AGCom n. 244/08/CSP). Diverse sono, ancora, le delibere dell'AGCom che conformano la carta dei servizi alla pratica del *price cap*, ossia il metodo di regolazione dei prezzi volto a vincolare il tasso di crescita delle tariffe.

(46) Come si è detto in nota n. 30, la Carta dei servizi, oltre che avere funzione di attribuire completezza alla regola determinativa dando esaustiva indicazione dei termini e della portata del contenuto, ha anche funzione di integrare il singolo contratto di utenza. La carta dei servizi è il documento impegnativo, fonte di obblighi per il gestore e di diritti (e rimedi) per gli utenti, è adottata unilateralmente dal soggetto erogatore (ma con una qualche forma partecipativa delle associazioni degli utenti: art. 101, comma 3, c. cons.), in forza di un obbligo che deve oramai ritenersi implicito presupposto di numerose previsioni legislative, e, dunque, pienamente esistente ed operativo. La carta dei servizi fissa le regole fondamentali in relazione alla erogazione dei servizi pubblici e definisce i diritti degli utenti e gli obblighi imposti all'operatore. Così Benedetti, *Le Carte dei Servizi*, 1261-1264, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, *Mercati Regolati*, Milano, 2014.

(47) In questi termini, Benedetti, *Liberalizzazione, Carte dei servizi e diritti degli utenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7, 20517. Da ciò dovrebbe discendere che il singolo contratto d'utenza non può derogare e/o violare i contenuti delle carte di servizio, se non aumentando il livello di tutela degli utenti.

singolo contratto d'utenza non può derogare o violare i contenuti delle carte di servizio, se non offrendo maggior tutela agli utenti (48).

Per quanto riguarda - invece - il controllo dei prezzi, l'AGCom può procedere alla fissazione del prezzo dei servizi di comunicazione, anche contro la volontà degli operatori (49). La fissazione del prezzo, con relativa integrazione automatica delle clausole negoziali, è una forma di *conformazione* del contratto. A ben vedere, l'integrazione eteronoma del contratto da parte dei regolamenti dell'AGCom si pone come strumento molto efficace non solo in relazione alla determinazione degli indennizzi automatici a beneficio degli utenti (50), ma anche in relazione ai prezzi dei servizi offerti sul mercato delle telecomunicazioni. Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi di eterointegrazione del contratto, l'AGCom con Delibera 326/109/CONS (recante "Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali") - in attuazione del Reg. CE N. 544/2009, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno

2009 (51), disciplinante, tra l'altro, le tariffe per l'invio di SMS (*Short Message Service*) in *roaming* internazionale - ha imposto agli operatori di adottare prezzi ragionevoli per i servizi di messaggistica telefonica, ciò a garanzia e tutela degli utenti. Il *roaming* (dall'inglese *to roam*: vagare, andare in giro) è il contratto, tra operatori telefonici che hanno sede in Stati diversi, in forza del quale i clienti dei medesimi possono fruire di tutti i servizi telefonici (effettuare e ricevere chiamate, inviare e ricevere SMS e navigare in internet) anche in uno Stato diverso da quello in cui ha sede ed opera l'operatore telefonico con cui si è concluso il contratto di utenza. Lo strumento del *roaming* permette all'utente di fruire dei servizi telefonici senza alcuna interruzione di sorta. A ben vedere, il legislatore europeo ha proceduto a definire un tetto massimo di prezzo (c.d. *price cap* individuato nell'importo di 11 cent. di euro per ciascun SMS) entro il quale gli operatori possono praticare nella somministrazione (52) dei servizi di SMS in *roaming* internazionale, in modo da assicurare

(48) Anche in questa ipotesi, si ha una integrazione indiretta e mediata del contratto. Invero, l'integrazione indiretta del contratto di utenza avviene anche ad opera dell' AEEG. In particolare, l'AEEG ha potere di regolamentazione del mercato attribuito dalla L. 14, novembre 1995, n. 481 (recante il titolo: "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità"), finalizzato a garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei settori dell'energia elettrica e del gas, assicurando adeguati livelli di qualità dei relativi servizi in condizioni di economicità e redditività, nonché, ovviamente, a tutelare gli interessi dei consumatori e degli utenti (art. 1, L. n. 481/1995). Le delibere dell'AEEG trovano diretta efficacia in relazione ai regolamenti di servizio, tali delibere determinano il contenuto del regolamento di servizio, e - solo successivamente - trovano applicazione anche nei contratti tra soggetto vigilato ed utente. In giurisprudenza, di recente: Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2016, n. 1906, in questa *Rivista*, 2016, 11, 999.

(49) Una interessante ricostruzione delle diverse vicende di fissazione eteronoma del prezzo da parte dell'AGCom è offerta da Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, 65 ss.

(50) Come si è avuto modo di anticipare, la L. n. 481/1995, art. 2, comma 12, prevede tra le funzioni affidate alle Autorità Indipendenti - al fine di tutelare gli interessi degli utenti di servizi di pubblica utilità - il potere di indennizzo automatico a beneficio dell'utente, qualora il soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento. In relazione alla delibera 73/11/CONS dell'AGCom sono stati introdotti gli obblighi di indennizzo a carico degli operatori. La delibera individua i casi di indennizzo automatico, rinviando alle previsioni contrattuali per la definizione della misura degli importi. La somma da corrispondere è rimessa alla negoziazione delle parti - quindi per questo aspetto residua uno spazio di autonomia contrattuale non intaccata dalla regolazione pubblica - mentre i casi in cui tale somma liberamente negoziata deve essere corrisposta in automatico, a prescindere dalla richiesta dell'utente, sono eterodeterminati in via autoritativa. In questi termini, le prescrizioni dell'AGCom vanno ad integrare il contenuto del contratto,

conformando per il futuro gli accordi che verranno conclusi a partire dal momento in cui la delibera entra in vigore.

(51) Reg. CE n. 544 del 2009 che modifica il reg. (CE) n. 717/2007 relativo al *roaming* sulle reti mobili pubbliche all'interno della Comunità e la direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (di seguito "Regolamento europeo").

(52) Col contratto di utenza telefonica, a prescindere dal tipo di rete fissa o mobile, l'utente può ottenere diversi servizi: quali segreteria telefonica, caselle vocali, abilitazione all'invio di messaggi di testo (appunto SMS o MMS), possibilità di connettersi alla rete internet. Ma, le diverse prestazioni però costituiscono un *unicum* dell'intero rapporto contrattuale. In relazione alla qualificazione del contratto di utenza si ritiene che questo sia un contratto di somministrazione (Bocchini, *Il contratto di somministrazione del servizio telefonico*, in Bocchini (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, cfr. anche Giarda, in Clarich - Cartei (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 321; Trib. Salerno Sez. II, 14 gennaio 2015; Trib. Napoli 10 aprile 2000 e, nella giurisprudenza amministrativa e nelle pronunce dell'AGCom e dei Comitati Regionali per le Comunicazioni (CoReCom), *ex plurimis* tra le più recenti CoReCom Emilia Romagna determ. 27/12 Nagliati/Fastweb; AGCom del. 82/12/CIR, Carboniero/E4A S.r.l.; CoReCom Lazio 29/12/CRL, Raffaelli/Vodafone Omnitel; CoReCom Emilia-Romagna 18/12, Cavalieri/Fastweb). L'incertezza in relazione alla qualificazione del contratto, in verità, sorge dal mero dato letterale dell'art. 1559 c.c. che, nel definire il contratto di somministrazione, fa riferimento alle sole *cose* e non anche ai *servizi*. Costituisce un'interpretazione della dottrina più recente l'affermazione che il contratto di somministrazione spazia ben oltre l'ambito della prestazione delle cose, comprendendo anche la prestazione di durata di servizi atipici avendo la dottrina più recente dimostrato che la definizione letterale del contratto non trova riscontro nella disciplina del contratto di somministrazione applicabile, indifferentemente, sia alla prestazione di cose che di servizi (Bocchini, *Il contratto di somministrazione del servizio telefonico*, in Gambino-Bocchini (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, Torino, 2011, 408; Zuddas, *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, in *Tratt. Dir. comm.*, diretto da Buonocore, 3-II, Torino, 2003, 29 ss. e 91 ss.; Franceschelli, *Introduzione al*

un margine di profitto adeguato, ma non troppo eccessivo rispetto al costo effettivamente sopportato per la fornitura del servizio stesso. Con la citata delibera, l'AGCom ha imposto obblighi di trasparenza tariffaria delle condizioni economiche per i servizi di telefonia mobile. In particolare, l'art. 1, comma 3, prevede che l'AGCom *vigila sull'attuazione di quanto previsto nel presente provvedimento affinché, anche per il futuro, siano assicurate condizioni economiche coerenti con le migliori pratiche a livello comunitario e garantite condizioni di maggior trasparenza nell'erogazione di servizi di telefonia e di dati in mobilità*. La delibera 326/10/CONS, inoltre, attua quanto previsto dall'art. 4, comma 4, C.C.E. che impone all'AGCom, nell'esercizio delle funzioni di regolazione, di *aver riguardo alle norme e alle misure tecniche approvate in sede comunitaria, nonché ai piani delle raccomandazioni approvati da organismi internazionali*. Come è evidente, la norma del codice delle comunicazioni elettroniche attribuisce specifici poteri di vigilanza, per garantire agli utenti finali tariffe trasparenti e non discriminatorie. A differenza del Regolamento europeo, né il legislatore italiano, né l'Autorità ha stabilito un *price cap*. Sorge, però, un dubbio: siccome il Regolamento comunitario entra in vigore e comincia a produrre direttamente i suoi effetti giuridici senza bisogno di misure di recepimento nell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro (cosiddette norme *self-executing*), occorre chiedersi fino a che punto sarebbe stata necessaria la fissazione di una soglia massima del prezzo degli SMS. Invero, è opportuno sottolineare che il Regolamento dell'Unione Europea prevede una soglia massima di prezzo, ma

solo per il servizio SMS in *roaming* internazionale (cioè per un utente che si trova in uno Stato diverso rispetto a quello in cui ha sottoscritto il contratto di utenza telefonica); di contro, la norma nazionale non stabilisce alcun *price cap* per il servizio SMS sul territorio nazionale (cioè SMS scambiati tra due numeri entrambi in Italia e riferibili ad operatori nazionali).

Sicché, dopo poco tempo dalla emanazione della delibera, un operatore italiano aveva offerto sul mercato nazionale un piano tariffario in cui il prezzo degli SMS - inviati sul territorio e per il territorio italiano - ammontava a 15 centesimi di euro (53). Si delineava un'assurda e paradossale situazione (in disarmonia col principio di non discriminazione) in cui un utente italiano avrebbe dovuto pagare un prezzo più elevato rispetto a quello che un cittadino comunitario corrispondeva al proprio operatore per il medesimo SMS trovandosi - però - in Italia. L'AGCom, ritenendo questo piano tariffario in contrasto con la delibera 326/10/CONS, ha emanato il provvedimento 69/11/DIT, con cui ha diffidato l'operatore "ad adottare tutte le misure necessarie per impedire che gli utenti che aderiscono al nuovo piano tariffario (...) vengano applicate condizioni economiche più onerose rispetto a quelle massime fissate a livello comunitario per l'invio di SMS in *roaming*, in coerenza con quanto disposto dall'art. 1, comma 3, della delibera dell'Autorità n. 326/10/CONS". Con tale provvedimento l'AGCom sanziona e diffida un operatore ad adeguare una propria offerta commerciale valida per il servizio SMS nazionale sulla base di una norma europea che disciplina il traffico internazionale (54). In questi

*diritto privato*, Milano, 1994, 1008 ss.). La dottrina (Bocchini, *Il contratto di somministrazione del servizio telefonico*, cit., 408 ss.) precisa che la disciplina dettata dal codice civile in tema di somministrazione fu redatta pensando ad una figura di somministrazione bivalente che comprendesse sia le ipotesi di prestazione di cose che di servizi. A riguardo, significativo è il testo dell'art. 398 del progetto preliminare del codice di commercio (in *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, IV, Istituto Poligrafico di Stato, Roma, 1942-XX, 141) che, sotto il titolo *Contratto di somministrazione*, così recita: "In virtù del contratto di somministrazione uno dei contraenti si obbliga verso l'altro per un prezzo determinato o variabile, ad una serie di prestazioni periodiche o ad una prestazione continuativa di cose o servizi". La dottrina più recente ha evidenziato una successiva mutilazione dell'espressione "servizi", nella definizione dell'art. 1559 c.c., la cui definizione e la relativa disciplina è stata pensata sia per le cose che per i servizi e, pertanto, perfettamente applicabile sia ai contratti aventi ad oggetto cose e sia a quelli aventi ad oggetto servizi.

(53) La questione è ben descritta da Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto*, cit., 87.

(54) Da ultimo, il recente Reg. U.E. 2017, n. 920 (modificativo del precedente Reg. U.E. 2012, n. 531, in relazione alle norme sui mercati del *roaming* all'ingrosso) ha proceduto ad un abbattimento delle differenze delle tariffe nazionali e tariffe

dell'operatore dello Stato ospitante. Nell'ottica del mercato unico europeo, si è proceduto ad un *roaming like at home*, per cui ogni utente può chiamare e navigare in internet stando in uno Stato estero come se fosse nel proprio Stato. In particolare, l'art. 2 del Regolamento del Parlamento U.E. e del Consiglio del 13 giugno 2012 (relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione) alla lett. *f*) definisce il *roaming* all'interno dell'Unione, l'utilizzo di un'apparecchiatura mobile da parte di un cliente in *roaming* (all'estero) per effettuare o ricevere telefonate intraunionali, per inviare o ricevere SMS intraunionali o per utilizzare trasmissione di dati a commutazione di pacchetto mentre si trova in uno Stato membro diverso da quello in cui è situata la rete del fornitore nazionale, in virtù di accordi tra l'operatore di origine e l'operatore della rete ospitante. Lo strumento del *roaming* è stato oggetto di diversi regolamenti europei. Uno dei più importanti è stato quello del 27 giugno 2007 che disciplinava le reti pubbliche di telefonia mobile all'interno dell'U.E. Il pregio del Reg. CE n. 717/2007 è quello di aver posto specifici obblighi di informazione, sulle condizioni e sulle tariffe applicate, a carico degli operatori al fine di avvertire il cliente in *roaming* (all'estero) all'atto di effettuare o ricevere una chiamata verso ciascun fornitore del Paese d'origine. È proprio in relazione al *roaming* che si sono posti alcuni problemi relativi alla regolazione autoritativa dei contratti di utenza. Le problematiche hanno avuto emersione soprattutto in relazione alla determinazione

termini, pur non sussistendo una norma che attribuisse un esplicito potere di fissazione del *price cap* all'AGCom, si è chiarito che il principio di non discriminazione "costituisce una sorta di rinvio mobile alle soglie fissate in sede comunitaria" (55). In questi termini, il parametro di riferimento per la comparazione delle tariffe nazionali, deve essere rinvenuto nel regolamento comunitario, col quale la delibera deve essere interpretata in combinato disposto.

In relazione a questo aspetto della *deregulation*, la potestà regolamentare dell'AGCom, pur non essendo del tutto libera, risulta vincolata all'attuazione di quanto statuito dalla legge primaria, nel caso specifico dall'art. 44 C.C.E. che affida all'Autorità il potere di imporre obblighi di non discriminazione. Inoltre, occorre non dimenticare che il potere autoritativo trova la sua fonte di legittimazione direttamente in un atto legislativo europeo. Qui è la legge che individua gli obiettivi, assegnando il compito di perseguirli. D'altronde, come si è chiarito, gli interventi regolatori sono funzionali alla correzione di relazioni commerciali nei settori della telecomunicazione.

Altro problema. Se da un lato è previsto un sistema di *price cap* in relazione al quale l'operatore non può applicare prezzi superiori per i servizi di messaggistica. Dall'altro lato appare arduo parlare di inserzione di clausole imposte dalla legge in quanto il contenuto della clausola del prezzo non è predeterminato, ma l'AGCom si è limitata solo a determinare la soglia massima. Sicché il precetto autoritativo, non prevedendo, *ex art. 1339 c.c.*, "le

clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (in modo tale da essere) di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti", ha un contenuto non ben definito, ma chiaro in relazione alla soglia massima da non superare.

L'esame di questo fenomeno induce a riflettere sugli istituti del diritto contrattuale. E più specificamente, sulla natura e la forza cogente delle norme imperative. Questa tematica è qui affrontata in via generale, perché non riguarda solo il caso del *price cap*, ma anche il caso in cui l'autorità dispone il divieto di recesso dello stipulando (o stipulato) contratto di durata di accesso alla rete (ai sensi dell'art. 49, comma 1, lett. c), C.C.E., l'AGCom può imporre di non revocare l'accesso alle risorse). Posto che qualsiasi tipo di modifica contrattuale per effetto di una disposizione eteronoma, non può avvenire che in via cogente (e non suppletiva, perché non "colma" lacune del contratto, ma lo corregge), occorre fare riferimento alla imperatività della norma autoritativa. A ben vedere, occorre chiedersi che portata abbia la "norma imperativa" correttiva del contratto, e, in particolare, se le norme imperative sono solo quelle di rango primario o anche secondario (56).

Anzitutto, occorre rilevare che il carattere di imperatività "non è definito espressamente in via generale dalla legge", ma va ricostruito in via interpretativa "anche con riguardo all'oggetto e alla funzione della norma nella quale è contemplato" (57). Soccorre, al riguardo, l'art. 1418 c.c. che nulla stabilendo sulla fonte (primaria o secondaria) della norma imperativa, non esclude l'imperatività di una norma

autoritativa del prezzo che gli operatori telefonici devono applicare nella prestazione dei servizi di utenza telefonica. Le Autorità indipendenti e il legislatore europeo, spesso, definiscono l'importo massimo che l'utente è tenuto a pagare per ottenere la prestazione di un servizio. Quest'ultima pratica è meglio conosciuta come *price cap*, ossia un metodo di regolazione dei prezzi dei servizi pubblici (in tal caso di telefonia) volto a vincolare il tasso di crescita delle tariffe. Il pregio del Regolamento UE n.531/2012 è quello di aver inaugurato il processo del *Roaming like at home* (da ora, stando alla sigla adoperata dall'AGCom: RLAH), cioè di fruire dei servizi telefonici all'estero come se l'utente stesse nello Stato in cui ha sede l'operatore telefonico. Ma per realizzare un *roaming like at home* (RLAH) occorre l'impegno dei diversi operatori che vicendevolmente offrono, nel caso in cui ospitano gli utenti clienti dell'altro operatore, le medesime condizioni dell'operatore con cui hanno concluso il contratto di *roaming*. In quest'ottica, in relazione ai contratti bilateralmente di impresa, gli operatori di reti mobili sono obbligati a soddisfare tutte le richieste ragionevoli di accesso all'ingrosso al *roaming*. Sussiste, dunque, un obbligo di contrarre la fornitura di accesso diretto all'ingrosso di *roaming* o di accesso alla rivendita all'ingrosso di servizi di *roaming* fa parte di uno operatore di servizi mobili. Ad una richiesta ragionevole di accesso all'ingrosso l'operatore oblatto è tenuto a concludere il contratto e quindi a soddisfare la richiesta stessa (art. 3, par. 1, Reg. UE n. 531/2012). Il rifiuto delle offerte di accesso all'ingrosso al *roaming* può

avvenire solo sulla base di criteri oggettivi, quali la fattibilità tecnica o la necessità di preservare l'integrità della rete (art. 3, par. 2, Reg. UE n. 531/2012). Il contenuto del contratto di accesso all'ingrosso al *roaming* consiste nell'accesso a tutti gli elementi della rete e alle infrastrutture correlate e ai servizi, *software* e sistemi di informazione relativi necessari per la fornitura dei servizi di *roaming* ai clienti.

(55) Così T.A.R. Lazio, Sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10264; nonché il Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2013, n. 2224.

(56) Approfondite riflessioni sulla nozione di norma imperativa si rinvencono, senza pretesa alcuna di esaustività Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, 1-110; Di Marzio, *La nullità del contratto*, cit., 429 ss.; Di Amato, *Contratto e reato. Profili civilistici*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 75 ss.; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 580 ss.; Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

(57) Così Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, 122 ss. seguendo una impostazione risalente a Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, 22 ss.



secondaria atta a correggere o, addirittura, a invalidare il contratto (58). Sicché, se da un lato l'autonomia risulta essere tendenzialmente illimitata, dall'altro lato risulta essere limitata da norme primarie ed atti dell'amministrazione (che sono provvedimenti amministrativi). Tuttavia, in quest'ultimo caso, la potestà di emanare tali provvedimenti deve essere attribuita all'Amministrazione da una norma primaria; ma ciò non esclude che le norme di fonte amministrativa, se rispettose dei limiti previsti dalla legge ordinaria, possano intervenire a regolare l'attività negoziale (59). Si ammette, dunque, la conformazione o la nullità del contratto con una norma secondaria, purché quest'ultima abbia il proprio fondamento in una previsione legislativa (60).

Dunque, l'imperatività della norma di fonte secondaria è un carattere "riflesso". Infatti, se da un lato i provvedimenti delle *Authorities* non possiedono in sé alcun carattere imperativo, dall'altro lato - non potendo autoconferire tale carattere e se stesse - devono apprenderlo da fonti primarie. Sotto questo aspetto, si coglie la preminente importanza della

delega legislativa, la sola ad attribuire il potere di incidere imperativamente sull'autonomia contrattuale delle parti (61). Nel caso prospettato, se non fosse l'AGCom a dare concreta attuazione alla legge primaria e derivata di fonte comunitaria e nazionale nel settore delle comunicazioni, tale mercato sensibile non potrebbe godere di alcuna tutela della concorrenza a svantaggio, ovviamente, degli utenti (62). Posta la possibilità per le Autorità Indipendenti di dettare norme imperative, occorre chiedersi che natura abbiano tali norme. Autorevole dottrina (63) è solita distinguere tra norme aventi funzione meramente proibitiva e norme aventi funzione conformativa. Le prime vietano *tout court* un contratto che abbia certe caratteristiche. In tal caso la norma invalida l'intero contratto; dunque non si pone alcun problema di integrazione, non esistendo un valido ed efficace contratto da integrare. Diverse, invece, sono quelle norme aventi funzione conformativa che non invalidano il contratto, bensì correggono il regolamento. E qui si realizza l'integrazione cogente, la quale avviene in due modi: in modo indiretto

(58) Si veda sul punto Del Prato, *Autorità amministrative indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 525. Ancora, favorevole all'idea che una norma imperativa non debba essere necessariamente veicolata da una legge ordinaria anche Villa, cit., 111; Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9.

(59) Così Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali*, cit., 17.

(60) Tale posizione è confermata da Di Marzio, *La nullità del contratto*, 430; Amadio, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in Gitti (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. Le metamorfosi dell'autonomia privata*, 224 ss. Meno permissivo è Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 75 e 87, per il quale la nullità delle clausole contrastanti con una norma imperativa deve integralmente fondarsi su una previsione di rango legislativo che, quindi, non potrebbe operare alcun rinvio alla fonte subordinata.

(61) Secondo la S.C. [Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*] la natura imperativa delle norme non è in sé sufficiente a determinarne la rilevanza ai fini del giudizio di invalidità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. Devono, piuttosto, considerarsi idonee a provocare la nullità del contratto di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. non già tutte le norme imperative, bensì quelle soltanto che attengono ad elementi intrinseci del negozio, e cioè alla struttura o al contenuto di esso. Ciò premesso, non sembrano comunque esserci dubbi sul fatto che le prescrizioni di contenuto emanate dalle autorità di settore rientrino nella categoria delle norme attive (anche denominate regole di validità). Pare, dunque, possa concludersi che la ricostruzione delle fattispecie di nullità in esame - derivanti dal contrasto con i regolamenti delle autorità indipendenti - alla stregua di nullità del contratto ex art. 1418, comma 1, c.c. sia perfettamente conforme al principio di diritto accolto in seno alla giurisprudenza di legittimità. Si segnalano, altresì, i commenti di Roppo-Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 34 ss.; Facchin, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela*

*dell'investitore*, in *Giur. it.*, 2006, 1602; Genovese, *Limiti della nullità virtuale e contratti su strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2006, 72 ss.; Salodini, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, 626 ss. e Sicchiero, *Un buon ripensamento della S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2006, 672. Si rammenta, poi, che l'orientamento giurisprudenziale riferito ha trovato importante conferma nelle già citate sentenze gemelle della Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(62) A volte il legislatore interviene *expressis verbis* a qualificare la specifica sanzione di nullità negoziale da applicare, ciò avviene in riferimento alle nullità che interessano il sistema bancario e creditizio. L'attenzione va posta al disposto dell'art. 127, comma 2, t.u.b., ove è stabilito che le nullità previste nel titolo dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI del T.U.B.), "operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice" si tratterebbe di una norma di chiusura che prevede una nullità di protezione prevista a vantaggio del cliente. Diverso è il caso in cui, ai sensi dell'art. 117, comma 3, T.U.B., vi sia stata inosservanza della forma prescritta, in tal caso il contratto è colpito da nullità, vi è totale caducazione del negozio e non delle singole parti dello stesso. Ma tale nullità (art. 117, comma 3, T.U.B.) è comunque una "nullità relativa", giacché la legittimazione ad invocarla è stata attribuita al cliente. La ratio di tale limitazione è stata giustamente ascritta alla volontà del legislatore di rimettere alla valutazione della parte contraente ritenuta più debole (cioè maggiormente meritevole di protezione) la decisione circa l'opportunità, sul piano concreto, di far emergere il vizio, attesa l'efficacia anche retroattiva derivante da una declaratoria di nullità. Altre ipotesi di nullità che operano a vantaggio del consumatore sono presenti inoltre nella disciplina del T.U.B. in materia di credito ai consumatori (Titolo VI, capo II). Altrettanto significative sono le disposizioni dettate dagli artt. 23, comma 3, 24, comma 2, 30, comma 7, e, in ultimo, 100 bis, comma 3, T.U.F., che, in materia di intermediazione finanziaria, configurano come relative le nullità comminate dalle medesime norme.

(63) Così Roppo, *Il Contratto*, Milano, 2011, II ed., 471-473.

quando la norma vieta un determinato contenuto contrattuale, senza che venga in gioco un contenuto alternativo; o in modo diretto, quando la norma non si limita a correggere il contratto con la semplice cancellazione della clausola, bensì procede a modificare la clausola stessa nei suoi contenuti (64). Ebbene i precetti autoritativi esaminati, sul *price cap* e recesso, rientrerebbero nella categoria di norme imperative che conformano il contratto in via indiretta. La norma rende nulla la clausola e la cancella dal regolamento senza sostituirla con un'altra regola che disciplini diversamente l'aspetto del rapporto regolato dalle parti.

È questo il fenomeno a cui si assiste molto spesso per i contratti conclusi, come nel settore delle telecomunicazioni, tra soggetti vigilati e utenti nei settori sensibili della nostra economia. I contratti sono sempre meno *formati* dalla volontà delle parti e sempre più *conformati* da un potere di controllo autoritativo dell'agire autonomo dei privati, in una prospettiva che vuole essere, oltre che valutativa, anche conformatrice e modellatrice (65). In

questa stagione del c.d. *contratto amministrato*, occorre tener presente la finalità dell'intervento che corregge l'autonomia privata: la regolazione è la forma di intervento pubblico volta a riparare i fallimenti del mercato, il che giustifica il perseguimento di fini ultra-individuali. Ebbene, anche il contratto - nel contesto della regolazione da parte delle Autorità indipendenti, nonché nella sua funzione di comporre interessi confliggenti - ha assunto un ruolo in rilevanti settori dell'economia, in cui si esplicano le funzioni di garanzia delle *Authorities*. Il Legislatore non si accontenta più di regolare i mercati sensibili con norme generali e astratte, vuole entrare - attraverso i provvedimenti delle Autorità indipendenti - nella regola individuale delle parti (il contratto). È in questo contesto, appunto, che il contratto è diventato lo strumento non solo nelle mani dei privati, ma in quelle delle Autorità indipendenti, che in vario modo e a vario titolo lo utilizzano per produrre effetti economici fondamentalmente rivolti alla realizzazione della concorrenzialità nel sistema degli scambi (66).

(64) È il caso dell'Aeeg che impone la previsione, nel contratto di utenza tra somministrante e somministrato, di almeno una modalità gratuita di pagamento.

(65) L'allusione è ai due saggi di Scalisi, intitolati rispettivamente a Nullità e inefficacia del diritto europeo dei contratti, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 488 ss. e a Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 201 ss. A tal riguardo, da ultimo, deve osservarsi che all'AGCom è persino attribuito un potere di preventiva approvazione dell'offerta di riferimento nei mercati sottoposti al controllo dei prezzi. Ma, a ben vedere, la preventiva approvazione non attiene solo il mercato delle telecomunicazioni, ma anche il mercato finanziario. Difatti, il D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U.F.), in materia di offerta al pubblico di strumenti finanziari comunitari e di prodotti finanziari diversi da quote o azioni di Oicr aperti, stabilisce che chi intende effettuare un'offerta al pubblico deve preventivamente sottoporre alla Consob il prospetto informativo che intende pubblicare e l'art. 94-bis chiarisce che la Consob approva il prospetto nei termini e secondo le modalità e le procedure da essa stabiliti con regolamento conformemente alle disposizioni comunitarie. La mancata decisione da parte della Consob nei termini previsti non costituisce approvazione del prospetto. Stessa modalità di preventiva approvazione è imposta, in virtù della delibera AGCom

731/09/CONS, per le offerte di riferimento dell'operatore SPM (Significative market power). Tale controllo preventivo dell'offerta al pubblico (ex art. 1336 c.c.) comporta, seppur indirettamente, un analitico sindacato sul contenuto dei futuri contratti - che avranno seguito in caso di accettazione - e, comunque, una conformazione rilevante della libertà contrattuale dell'operatore SPM. In tal caso, siffatto sindacato induce alla conclusione di operazioni il cui contenuto è autoritativamente imposto al fine di permettere la soddisfazione di interessi super-egoistici e volti verso un giusto equilibrio tra gli operatori del mercato. Il sindacato operato dall'Autorità, nella fase precedente e preparatoria rispetto alla conclusione di futuri ed eventuali contratti, ha ad oggetto non solo la componente economica dell'offerta, ma anche la componente tecnica e, quindi, le modalità di fornitura e ripristino del servizio, nonché la previsione di eventuali penali. Il giudizio e il conseguente atto autoritativo, riguardanti le condizioni economiche e tecniche dell'offerta, sono volti a conformare l'intero regolamento contrattuale. Così A. Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto*, cit., 53, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

(66) Si veda Ricciuto, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 971.