

ROSANNA DE MEO

LA TUTELA DEL CONSUMATORE NELL'ERA DELLA COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. Tempo e spazio nel mercato della comunicazione elettronica: l'era della « convergenza tecnologica ». — 2. Il profondo legame fra la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore: l'« aggressività » del mercato delle telecomunicazioni. — 3. I rapporti fra le normative comunitarie di settore e il codice delle comunicazioni elettroniche: dalla *technological neutrality* alle tecniche di *antitrust*. — 4. La tutela del consumatore dall'attività contrattuale alla circolazione delle informazioni nel mercato delle comunicazioni elettroniche. — 5. L'accesso alla giustizia quale completamento imprescindibile della tutela del consumatore nel mercato delle nuove tecnologie. — 6. Funzione della sussidiarietà delle associazioni nella tutela del consumatore: un'ipotesi di neocorporativismo? — 7. Conclusioni: il « patrimonio » e la « persona » dell'utente-consumatore.

1. TEMPO E SPAZIO NEL MERCATO DELLA COMUNICAZIONE ELETTRONICA: L'ERA DELLA « CONVERGENZA TECNOLOGICA ».

Il giurista che si imbatte nello studio della materia delle telecomunicazioni si accorge immediatamente di come, in un breve arco temporale di riferimento, anche relativo ad un solo decennio, la quotidianità di un mondo in costante evoluzione propone sul mercato nuove tecnologie ovvero nuovi modi di sfruttamento di quelle già conosciute le quali, per quanto già in uso, mantengono sempre e comunque margini di ignoto per l'utente « qualunque »¹, per il consumatore più sprovveduto.

* Il presente saggio rielabora e approfondisce la relazione svolta nell'ambito del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari il 12 ottobre 2007, dal titolo « La conciliazione nelle telecomunicazioni », organizzato dal Dipartimento di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Bari, in persona del suo Direttore, prof. Nicola Scannicchio, con la collaborazione del Codacons e del suo Presidente regionale, avv. Alessandro Amato. Al prof. Nicola Scannicchio, in particolare, vanno i più sentiti rin-

graziamanti per la realizzazione di questa esperienza di studio.

¹ La giurisprudenza della Corte europea ha da tempo elaborato il concetto di consumatore « medio » (nella famosa sentenza 16 luglio 2006, *Gut Springenheide c. Tusky*), il quale deve ritenersi essere « normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto ». Nel campo delle tecnologie è, invece, molto cospicua la fascia di consumatori che si avvicinano ad esse senza una piena e completa loro conoscenza. Soprattutto per la tecnologia *inter-*

Le nuove tecnologie di informazione e comunicazione, con le loro innovative applicazioni digitali e analogiche, hanno profondamente mutato le modalità di circolazione dei dati, della comunicazione vocale e dei contenuti audiovisivi. Esse hanno modificato in maniera preponderante i rapporti interpersonali, inducendo nuovi comportamenti, creando nuovi bisogni sociali e, di conseguenza, economici nei consumatori.

Si tratta, in particolare, di tecnologie *brand new* ma anche di nuovi metodi di commercializzazione di tecnologie di precedente generazione, realizzati attraverso la combinazione di servizi vocali, televisivi e internet². Internet, *computers* e terminali di vario genere, quali i televisori, i telefoni cellulari, i lettori mp3, consentono la trasmissione di contenuti che sempre meno corrispondono al tipo di comunicazione che in passato ci si aspettava da essi. Differenti piattaforme di rete consentono la gestione di servizi di tipo fondamentalmente tradizionale con mezzi nati per usi del tutto diversi e, allo stesso tempo, nuovi strumenti consentono la circolazione di contenuti tradizionalmente riservati a vecchie tecnologie. Con il computer si può telefonare, con il televisore si possono ricevere musiche e immagini ed altrettanto con il telefonino. Si assiste al fenomeno della convergenza delle tecnologie, che rende fruibili mediante gli « stessi canali servizi e contenuti o contenuti storicamente appartenenti a modi diversi: quelli della telefonia, della televisione e del *personal computer* »³.

L'accelerazione tecnologica è dovuta ad un duplice ordine di fattori, l'uno di tipo sociologico, l'altro di tipo economico, entrambi assolutamente complementari: in primo luogo, l'innovazione tecnologica, soprattutto dopo l'avvento di internet, con la sua spinta per l'efficienza e per la velocità, ha reso sempre più celeri le relazioni interpersonali private, lavorative e produttive. Nell'era della tecnologia, le persone sono tanto più efficienti quanto più veloci. Al tempo stesso, la produzione di beni e servizi ha investito ingenti capitali nell'immissione sul mercato di tecnologie sempre più innovative, in grado di soddisfare questo bisogno indotto di novità e celerità. La *new economy* vive dell'efficienza in termini di velocità che la sua stessa anima creatrice, la tecnologia, le consente⁴.

net. Gli utenti lo usano ma, spesso, non ne conoscono neanche la natura né, tanto meno, il suo regime giuridico: illuminanti, in questo senso, le parole di J. GLEICK, *Sempre più veloce. L'accelerazione tecnologica che sta cambiando la nostra vita*, (trad. it.) Rizzoli, 2000, « in una società costruita intorno al concetto della proprietà la cosa più difficile da comprendere è questo *Internet*. Non è una cosa, non è un'entità, non è un'organizzazione, nessuno ne è proprietario, nessuno lo gestisce, è semplicemente tutti i computer connessi ». Cfr. in questo senso C. CALABRÒ, *Regolazione e iniziativa*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Authorities*, Roma, 2007, 97.

² « In particolare, la strategia di offerta di *bundle* di servizi è diventata inevitabile per il fisso dove, mediante l'utilizzo, come detto, di infrastrutture più evolute (« digitalizzazione » del cavo) e di nuove

tecnologie (Ethernet, VDSL), ogni operatore fisso può garantire offerte *triple play* (telefonia, accesso Internet e televisione) utilizzando uno stesso dispositivo ». È quanto si legge nella Relazione annuale 2007 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. In questo senso anche C. CALABRÒ, *Regolazione e iniziativa*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Authorities*, Roma, 2007, 108.

³ A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i « mercati emergenti e la loro disciplina »*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, 519.

⁴ L'economia dell'era digitale è stata efficacemente definita come « economia della velocità » per la sua capacità di concentrare i mutamenti sociali e i mutamenti economici riguardanti le abitudini dei rapporti giuridici fra imprese e consumatori in tempi rapidissimi rispetto a quelli tenuti dalla precedente economia industriale; peraltro, essa

Ad un tempo sempre più accelerato corrispondono mercati sempre più allargati. È il fenomeno della globalizzazione che incombe e che, attraverso nuovi sistemi di comunicazione, impone altrettanto nuovi metodi di realizzazione dei rapporti economici fra imprese e consumatori⁵. Tutto ciò rende sempre più facilmente fruibili per il consumatore i nuovi modelli di comunicazione elettronica, attraverso i quali egli accede rapidamente a beni e servizi non solo di tipo commerciale, ma anche di *e.government*⁶ o di *e.banking* o delle nascenti pratiche di *health-on-line* e di *e.voting*⁷. Si tratta, insomma, della *new economy* che trasforma le relazioni commerciali e che coinvolge un numero ormai « globale » di utenti da soddisfare ed i quali fornire nuovo diritto, nuove regole per prevenire e superare i relativi conflitti⁸.

Gli interessi economici fortissimi derivanti dalla commercializzazione delle nuove tecnologie di telecomunicazione caratterizzano i rapporti di mercato, sia *business to business* sia *business to consumer*, e li improntano ad una grande aggressività, reciproca fra i concorrenti e nei confronti del loro *target* di mercato.

Tutto ciò impone una predisposizione di regole che corrisponda ad una esigenza sentita e verificabile di giustizia per gli utenti che si avvicinano a tali servizi. L'avvento di nuove regole si caratterizza per la sua potenzialità di sconvolgere l'ordine dei sistemi normativi esistenti e dei modelli teorici di loro rappresentazione ed impone al giurista una continua e sottile attività di interpretazione delle vecchie regole rispetto alle nuove fonti normative⁹. Fonti che, peraltro, sono sempre più dirette a regolare rapporti

è un'« economia volatile », per la sua caratteristica di trasferire i beni da essa stessa prodotti (dati e contenuti multimediali) in maniera pressoché immediata e immateriale: vedi A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale*, cit., 519 e A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, 4 ss..

⁵ Suggestiva l'analisi del fenomeno della globalizzazione condotta dal premio nobel J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, (trad. it.), Torino, 2002, priva dei ciechi pregiudizi e delle paure che il nuovo sempre genera ma, al tempo stesso, lucida nell'individuare potenzialità di beneficio ovvero di disuguaglianza dell'economia globale.

⁶ Osservano A. CHADWICK-C. MAY, *Interaction between States and Citizens in the Age of the Internet: e-Government in the United States, Britain and the European Union*, in *Governance*, n. 16, 2, 271ss, come le potenzialità di internet nelle attività di relazione fra cittadini e amministrazioni statali siano in realtà compromesse da profonde diversità di normative e azioni delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dei diversi paesi. Nel caso dell'*e-government*, quindi, a differenza dell'*e-com-*

merce, i confini territoriali sono ben definiti dai corrispondenti confini giuridici.

⁷ Riferisce T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in questa *Rivista*, 2003, 503, come in alcuni Stati americani e in Brasile sia in fase di sperimentazione il cosiddetto voto elettronico, che abbrevierebbe tempi, costi e inconvenienti dei seggi elettorali.

⁸ In E. CLARK, G. CHO, A. HOYLE, *Marketers and the Law*, Sidney, 2000, 291, è interessante l'interrogativo « What Law Governs the Electronic Frontier? » al quale rispondono « in one sense e-commerce is a new and largely unregulated frontier where digital marketers are free to ride the electronic range in search of fun, adventure and profit. In another sense, however, e-commerce is heavily regulated ». Il tentativo, insomma, è quello di regolare internet in funzione della sua grande pervasività ma il limite a tale regolazione è proprio quello dei suoi naturalmente sfuggevoli confini.

⁹ Vedi M. BESSONE, *Economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di internet?*, in questa *Rivista*, 2002, I, 43 ss., il quale parla di un insieme di « categorie concettuali del diritto messe a così dura prova da una rivoluzione informatica che tuttavia non conosce davvero confine di territorio ».

giuridici transnazionali, tanto uniformi dal punto di vista spaziale quanto l'attività economica globalizzata consente. L'attività di interpretazione, però, deve avere sempre dei valori di riferimento, che fungano da guida nel salvare il buono del progresso, eliminandone le distorsioni dovute a fenomeni di *market failure*.

In questo senso, le parole di Lipari¹⁰ sul profondo impegno dell'interprete nella ricerca di soluzioni giuridiche a questioni che coinvolgono norme in continuo mutamento per spazi giuridici e territoriali sempre più uniformi (e qui pensiamo soprattutto allo spazio europeo), invitano lo studioso ad orientare la ricerca verso scelte che realizzino un'adeguata quanto necessaria tutela del consumatore — che significa garanzia del mercato stesso — attraverso una dialettica fra norme di libertà degli operatori, di tutela della concorrenza fra essi e di una pubblica vigilanza che diviene tanto più complessa in funzione della sua ormai inevitabile transnazionalità. Invitano, insomma, a cercare di interpretare norme di nuovissima generazione e di larghissima applicazione, in termini spaziali, in base a principi che sono dell'ordinamento e che lo caratterizzano quali baluardi di valori che trascendono le incombenti strategie dell'economia globale.

All'economia dei tempi moderni, naturalmente votata alla globalizzazione ed al capitalismo maturo, necessitano gradi molto elevati di libertà negoziale¹¹ che assicurino adeguati incrementi di ricchezza¹². E il mercato, con le sue regole economiche, a tale libertà non rinuncia¹³. Ma l'ordine economico necessita sempre dell'ordinamento giuridico¹⁴. E, in partico-

¹⁰ N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, in *Ritorno al diritto*, 2006, 220-223, « Nell'era della c.d. globalizzazione [...] il rapporto fra le coordinate del tempo e dello spazio si è venuto capovolgendo rispetto alla stagione immediatamente precedente: una realtà giuridica sempre più uniforme nello spazio, appare sempre più mutevole nel tempo, con conseguente inevitabile inversione di ruoli tra chi detta la regola in una sua inevitabile fissità e chi è chiamato ad applicarla in un processo di necessario adattamento al mutare delle situazioni ».

¹¹ Secondo la teoria smithiana della « mano invisibile » attraverso la quale un mercato pienamente concorrenziale fosse in grado autonomamente, senza l'intervento dello Stato nell'economia, di conciliare l'interesse economico dell'iniziativa economica privata con il benessere della collettività (A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause delle ricchezze delle nazioni*, (trad. it), Milano, 1976), l'autonomia privata deve essere tutelata quale valore primario per il benessere dello Stato.

¹² Secondo autorevole dottrina, l'attuale intervento dello Stato nell'economia deve essere caratterizzato dalla capacità di favorire le stesse potenzialità di autogoverno del mercato attraverso la « valorizzazione delle capacità di autoregolamentazione degli imprenditori stessi »: V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del « pubblico »: lo Stato regolatore*, in *Pol. Dir.*, 1997, 629. L'Autore, peraltro, si riferisce al fenomeno delle privatizzazioni, ambito in cui l'azione dell'UE insiste nel favorire politiche di libera concorrenza. In questo senso, perciò, si giustifica l'arretramento delle politiche statali di intervento nell'economia.

¹³ Osserva P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229, come l'autonomia dei privati, intesa come libertà di iniziativa economica, « non ha alcun bisogno di prelieve concessioni da parte dell'ordinamento, ma si sviluppa certamente in modo originario per proprio conto ». Ma c'è anche l'altro lato della medaglia, riconosciuto dagli stessi economisti. « Il capitalismo, per sua natura, produce ed esaspera le disuguaglianze, le differenze di condizione sociale, mettendo a repentaglio uno dei pilastri della democrazia che, viceversa, pone ed esalta il principio dell'uguaglianza. Il capitalismo genera danni (ambientali, sociali), i cui costi nessun meccanismo a esso intrinseco è in grado di imputare e, tanto meno, di coprire; o, viceversa, rifiuta di farsi carico di problemi (assistenza, previdenza, sicurezza) che fanno sicuramente parte del patto democratico »: L. BERTI, *Il mercato oltre le ideologie*, Milano, 2006, 193-194.

¹⁴ L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, 2004, 27

lare, di regole che rappresentino l'espressione di ordinamenti e normative di settore ad un giusto punto di equilibrio tra libertà e vincolo¹⁵. In mancanza di regole dirette a creare uno statuto di comportamento fra l'iniziativa economica dei gestori e i diritti dell'utente, la combinazione fra gli elementi della globalizzazione¹⁶ e dell'offerta sempre più incontrollata di tecnologie di telecomunicazione e di informatica potrebbe realizzare un campo di rapporti economici squilibrati, antieconomici e limitativi della libertà e dei diritti dell'utente.

In altri termini, nell'era della comunicazione multimediale e della convergenza dei mercati di comunicazione, all'ordinamento si impone di rafforzare regole produttive di « regolarità » di mercato¹⁷, impedendo e sanzionando un esercizio libertario dell'autonomia soggettiva che realizzi comportamenti abusivi e prevaricatori in danno dei soggetti meno provvisti¹⁸. Altrettanto, l'interprete dovrà ricercare il senso delle norme che le faccia divenire, nella loro applicazione, momento di equilibrio fra il nuovo che avanza e l'intramontabile valore della tutela dei soggetti deboli.

2. IL PROFONDO LEGAME FRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E TUTELA DEL CONSUMATORE: L'AGGRESSIVITÀ DEL MERCATO DELLE TELECOMUNICAZIONI.

Guardare alla pubblicità commerciale per mezzo della quale i gestori presentano sul mercato i propri prodotti può rappresentare una interessante finestra dalla quale è impossibile non scorgere il fenomeno più vistoso e caratterizzante degli scambi commerciali aventi ad oggetto i servizi di comunicazione elettronica: la confusione. Una pluralità di servizi offerti e una congerie di opzioni, offerte commerciali *all inclusive*, e promozioni sono spesso oggetto d'indagine per la loro possibile ingannevolezza¹⁹. Dei

ss. e, in particolare, 30, secondo il quale è inutile continuare a considerare il mercato come il luogo nel quale ci si appropria di beni e servizi senza norme, in forza del potere dell'autonomia individuale. « in questa temperie, compito precipuo del legislatore è quello di consentire che l'autoregolamentazione possa esercitarsi in condizioni di equilibrio fra gli operatori economici ».

¹⁵ Osserva A. AMATO, *Diritto dell'economia*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano, 1997, 153, come « l'economia di mercato è tutto fuorché assenza di leggi, ma l'ordine legale che le è coesistente è fatto di regole arbitrali e non intrusive, di limiti all'azione privata e non di fini imposti *ab externo*, di antitrust e non di pianificazione ».

¹⁶ Vi sono opinioni contrarie alla necessità di intervenire con regole di mercato in vista della globalizzazione. In particolare, BARCELLONA, *Il contratto e l'economia*

globale, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, 2000, 33, il quale vede nel contratto dell'era della globalizzazione una « piena realizzazione del progetto moderno, del suo destino e della sua realizzazione ». Ed è vero. La globalizzazione è ineludibile nelle sue spinte positive alla realizzazione di un'economia forte e produttiva. Sembra, però, pericoloso lasciare la sua spinta alle sole regole economiche, rinunciando al valore dell'intervento giuridico.

¹⁷ M. COSSUTTA, *L'interazione commerciale fra lex mercatoria e diritto statuale. Cenni a margine di alcune questioni del diritto dei contratti internazionali*, in E. KERMOL-F. PIRA (a cura di), *Dall'e-commerce all'e-gouvernement*, Padova, 2001, 41.

¹⁸ In questo senso, in generale sui rapporti fra autonomia privata e regole di controllo del mercato, L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., 31.

¹⁹ Solo limitando l'indagine al campo della telefonia, nell'ormai « lontano » 2000,

casi di pubblicità giunti all'attenzione dell'Autorità *antitrust* ovvero al Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria²⁰ per la loro possibile ingannevolezza, spesso effettivamente riscontrata, una fetta preponderante è rappresentata proprio dalle offerte commerciali in materia di telefonia, collegamento a internet e distribuzione di contenuti audiovisivi. Se la pubblicità è l'anima del commercio, essa è anche la cartina al tornasole di quanto il mercato della comunicazione elettronica sia in grande fermento concorrenziale. Gli operatori professionali si servono di tecniche di *marketing* accattivanti, persuasive per occupare anche l'ultimo segmento di mercato tradizionale, ovvero compiere il primo passo in un mercato emergente, ovvero ancora sottrarre l'ennesimo cliente al concorrente.

La concorrenza, peraltro, è una condizione economica che nel mercato delle comunicazioni elettroniche si caratterizza per essere un prodotto dell'intervento politico e normativo dell'Unione europea. Quando il progresso tecnologico ha reso possibile la creazione di nuovi prodotti in grado di veicolare contenuti diversi da quelli vocali, il mercato tradizionale delle telecomunicazioni era caratterizzato per il suo essere condotto secondo regole monopolistiche, nelle quali lo Stato dirigeva l'ingresso e le attività dell'operatore mediante tecniche di concessione delle infrastrutture e di controllo delle politiche di gestione delle stesse²¹.

Le politiche di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni hanno, perciò, creato un movimento teso a governare il processo di apertura di questo campo economico con interventi continui, spesso frastagliati, ma sempre tesi a rimuovere i possibili ostacoli frapposti dagli operatori *incumbent* — sempre alla ricerca di nuove strategie di crescita per attenuare le perdite derivanti dalla condivisione delle tradizionali reti di telefonia vocale (il cosiddetto *core business*) — con i *new comers*, nuovi operatori offerenti lo stesso servizio telefonico decurtato dai pesanti costi di

l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato ha emesso numerosi provvedimenti di condanna. Vedi, in particolare, la rassegna di A.M. GAMBINO e M. SONNINO, *Pubblicità ingannevole*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 8, 2000, 165, nella quale è possibile verificare come le ipotesi di ingannevolezza spazino dalla mera supervalutazione pubblicitaria — inesistente nei fatti — della convenienza economica del servizio telefonico offerto (vedi i casi *Tele2*, PI2573, 7500/1999, in *Boll.* 33-34/1999; *Telefonia fissa Wind*, PI2617, 7887/1999, in *Boll.* 51-52/1999; *Telecom 0774*, PI2699, 8005/1999, in *Boll.* 5/2000; *Telecom Isdn*, PI2440, 7256/1999, in *Boll.* 22/1999) alla pericolosa omissione informativa del messaggio circa la copertura (caso *Wind chiamate regionali*, PI2700, 7800/1999, in *Boll.* 7/2000) ovvero il costo effettivo del servizio (vedi i casi *Segreteria telefonica Tim*, PI2457, 7463/1999, in *Boll.* 31-32/1999 e *Personal 195 ricaricabile*, PI2526, 7471/1999, in *Boll.* 31-32/1999) ovvero la modificabilità del piano telefonico (caso *Telefonia Wind*, PI2533, 7442/1999, in *Boll.* 29-30/1999).

²⁰ Vedi, fra gli altri, Giurì dell'Autodi-

sciplina Pubblicitaria, 28 novembre 2006, n. 169/06, in *Dir. ind.*, 2007, 281, nella quale si osserva come il principio di non ingannevolezza vada applicato con attenzione particolare nel campo delle telecomunicazioni trattandosi di servizi che si rivolgono ad una massa indifferenziata di consumatori, spesso non dotati di approfondite conoscenze, ed anche in considerazione del fatto che le offerte si realizzano mediante una pluralità variabile e assai complessa che può trarre in inganno il consumatore meno provveduto.

²¹ Rilevante, in questo senso, lo studio di G. ALPA, *La tutela degli utenti e dei consumatori nelle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1998, 567 ss., il quale sottolinea come la storia del mercato delle telecomunicazioni segua un percorso inverso rispetto a quanto normalmente accade in economia: «Il mondo delle telecomunicazioni nasce in epoca moderna come un mondo monopolistico che via via si apre necessariamente alla libertà, mentre la gran parte dei settori della produzione di beni e di servizi di altra natura nascono liberi e via via si frammentano o si inquadrano in griglie di regole e di limitazioni».

gestione dell'infrastruttura²². Alla liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, che già proponeva problematiche economiche e giuridiche di non facile soluzione e di tensione in relazione alla tutela del consumatore e della concorrenza, si è aggiunta una nuova fascia di *new comers*, propri del mercato della comunicazione televisiva e dell'accesso a internet, in quanto la convergenza tecnologica ha reso possibile anche una convergenza di mercati²³.

La connotazione in termini di « aggressività » economica del mercato delle comunicazioni elettroniche — legata alla sua esasperata dinamicità — impone una verifica in termini di efficacia delle tecniche giuridiche di tutela offerte dall'ordinamento al consumatore, anello debole del sistema economico²⁴. Basti pensare che il Tribunale di primo grado delle Comunità europee²⁵ in una questione che ha riguardato la Francia — ma sul quale è intervenuta anche in Italia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso *Infostrada*²⁶ — ha parlato di prevenzione di tecniche

²² È quanto si legge nella relazione del 2007 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, consultabile sul sito www.agcom.it. In dottrina, sulla responsabilità istituzionale nel governo della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, A. STAZI, *Tutela della concorrenza « ad alta velocità »: « la terra di confine » tra nuove offerte commerciali e servizi di comunicazione innovativi*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 281 ss., osserva come « la responsabilità per il Regolatore, specie nell'ambito di uno scenario in incessante mutamento come quello dell'era della comunicazione multimediale, appare dunque notevole. La sua azione [...] se in passato ha rappresentato una necessità per « traghettare » i mercati dal monopolio alla concorrenza, oggi risulta, oltre che parimenti necessaria per completare tale processo, altresì uno strumento essenziale per « tenere dritta la rotta » verso una concorrenza duratura e produttiva di effetti benefici per i consumatori », ivi, 291.

²³ Vedi A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i « mercati emergenti e la loro disciplina »*, cit., 520-521, secondo il quale la convergenza tecnologica connota una sempre maggiore interattività fra l'utente e lo strumento ma, per altro verso, « il fenomeno medesimo implica conseguenze altrettanto radicali sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo, « ri-delineandone i modelli di business e, quindi, i profili organizzativi ». Cfr., inoltre, J. RIFKIN, *The Age of Access*, trad. it., Milano, 2000, 28 ss. e A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, cit., 12 ss. secondo il quale ci troviamo di fronte ad « una combinazione interrelata di prodotto e processo tecnologico, organizzativo e di innovazioni

manageriali che che incarnano un cambiamento radicale nella produttività potenziale per tutta od una gran parte dell'economia e che aprono un'eccezionale gamma di opportunità di investimento e di profitto ».

²⁴ Secondo G. ALPA, *La tutela degli utenti e dei consumatori nelle telecomunicazioni*, op. loc. ult. cit., già dal dettato costituzionale è possibile ricavare « brandelli di norme » sì che la costruzione del diritto delle telecomunicazioni è sorta come costruzione di regole fra le autorità pubbliche e il loro intervento nel governo del mercato, ma ad essa si è aggiunto tutto il substrato normativo di tutela della persona del consumatore utente. « soprattutto, si è sottolineato il fatto affidato alle tecniche di adattamento delle norme vigenti ad una nuova, complessa, inquietante realtà, ma richiede, già sul piano metodologico, un ripensamento delle antiche categorie, una rivisitazione, una rielaborazione organica », op. loc. cit. E si tratta di norme che riguardano i diritti fondamentali dell'utente: la tutela del segreto della comunicazione, della libertà d'iniziativa economica, della riservatezza dei dati personali.

²⁵ Trib. di Primo Grado delle Comunità Europee, 30 gennaio 2007, in *Dir. Internet*, 2007, 231, con nota di M. GANGI, *Prezzi predatori nel mercato dei servizi d'accesso ad Internet ad alta velocità: l'orientamento comunitario*, ivi, 232.

²⁶ Sul caso *Infostrada*, vedi la rassegna di V. FALCE, *Abusi di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, vol 8, Milano, 2000, 35, nella quale si riferisce della censura dell'attività di Telecom in quanto l'« utilizzazione di una tipologia di connessione caratterizzata da condizioni di costo molto più vantaggiose rispetto alle

commerciali «predatorie» poste in essere da imprese in posizione dominante all'interno del mercato dei servizi di accesso ad internet ad alta velocità. L'impresa che si trova in una posizione di iniziale vantaggio nell'inserirsi in un mercato assolutamente nuovo può anche strategicamente pensare di tenere bassissimi i propri prezzi, in maniera da realizzare il maggior numero possibile di clienti, abituandoli all'uso facilitato della nuova tecnologia, tagliare i ponti all'accesso di *new comers* all'interno del mercato e successivamente poter alzare a piacimento i prezzi del proprio servizio. La politica dei prezzi bassi, lungi dall'essere uno strumento in favore del consumatore, può divenire un efficace *escamotage* di utilizzazione della posizione dominante raggiunta in un tradizionale mercato per colonizzare i nuovi mercati derivanti dalla convergenza tecnologica e, impedendo il gioco della libera concorrenza, imporre ai consumatori la propria offerta del nuovo prodotto tecnologico. Il consumatore, secondo il Tribunale delle Comunità europee, può divenire una «preda» del *marketing* delle comunicazioni elettroniche.

Ma anche a casa nostra, l'aggressività delle tecniche di *marketing* fra gestori si è manifestata quando si è trattato di eliminare i tentativi di porre barriere ai consumatori nel passare da un operatore all'altro, in quello che è e deve essere il gioco delle regole economiche della concorrenza che si realizzano nella libertà del consumatore di selezionare il prodotto migliore sul mercato e premiare il professionista più virtuoso. Nelle questioni relative alla cosiddetta portabilità del numero, giunte all'attenzione dei giudici comunitari²⁷ ed interni, si può leggere lo sforzo di impedire che i consumatori divengano davvero «preda» di tecniche commerciali contrarie alla logica della libera determinazione dei propri comportamenti economici²⁸. E, peraltro, la libertà nella determinazione del proprio com-

tipologie di accesso che una stessa impresa rende disponibili ai concorrenti potrebbe avere per effetto la riduzione della capacità competitiva di questi ultimi sui mercati dei servizi di telecomunicazione liberalizzati». L'Autrice pone in luce peraltro, come la decisione dell'Autorità a questo proposito richiami le decisioni dell'*antitrust* statunitense, che ha impedito i comportamenti economici di quelle imprese titolari di diritti di proprietà intellettuale che «utilizzino i vantaggi concorrenziali di cui dispongono non al fine di promuovere ed incoraggiare l'innovazione, così innescando meccanismi di concorrenza virtuosa sul mercato, ma, al contrario, per bloccarne lo sviluppo a detrimento degli altri operatori ed in ultima analisi dei consumatori»: V. FALCE, *Abusi di posizione dominante*, loc. ult. cit.

²⁷ La Corte di Giustizia CE, sez. II, 13 luglio 2006, n. 438, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, 673, ha osservato come «la portabilità dei numeri, che consiste nella possibilità per un abbonato di telefonia mobile di mantenere il medesimo numero di telefono nell'ipotesi di cambiamento di operatore, ha l'obiettivo di eliminare gli

ostacoli alla libera scelta dei consumatori tra gli operatori di telefonia mobile e di garantire, in tal modo, lo sviluppo di una concorrenza effettiva sul mercato dei servizi telefonici». La Corte, ha in questo modo interpretato ed applicato l'art. 30, n. 2, della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

²⁸ In App. Milano, 16 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, 2491, si è ordinato in via cautelare l'inibizione ad un operatore di telefonia di comportamenti produttivi di abuso di posizione dominante nei servizi di accesso alla banda larga individuati: «a) nell'utilizzo delle informazioni sugli ex clienti da parte delle proprie divisioni commerciali per attività mirate di *winback* effettuate soprattutto mediante chiamate telefoniche agli ex clienti migrati presso altro operatore; b) nell'utilizzo dei dati forniti dagli ex clienti sul nuovo gestore in sede di recesso dai contratti in essere con richiesta di *number portability*; c) nell'incentivazione della propria rete di vendita, attraverso provvigioni maggiorate e altre forme

portamento economico è la principale arma di difesa del consumatore e, nell'ottica economica, essa è la regola che rende possibile espungere gli operatori commerciali « cattivi » dal mercato attraverso la sua stessa legge naturale della domanda e dell'offerta.

In termini di aggressività, anche se evidentemente non riferita esclusivamente al campo della comunicazione multimediale, si esprime anche il legislatore comunitario. Nella direttiva sulle pratiche sleali che è stata recentemente recepita dallo Stato italiano — ed ha già modificato il novello Codice del consumo — l'Unione europea disciplina e vieta le pratiche aggressive nei confronti del consumatore. Sembra, insomma, che ci si sia resi conto di come il libero mercato non sia quel paradiso virtuale nel quale il *fair play* dei professionisti si misura con le scelte dei consumatori e che, invece, i casi maggiori di *market failure* siano determinati dai tentativi riusciti dei professionisti di penetrare nelle incertezze, nelle false o improprie conoscenze dei consumatori²⁹.

In una nuova interpretazione dell'art. 41 Cost., il principio della libertà dell'iniziativa economica trova la sua espressione nell'ordinamento moderno — all'insaputa delle intenzioni dei costituenti che, forse, mai avrebbero pensato ad una simile applicazione del principio che si apprestavano a fondare — proprio nella necessità di orientare l'intervento del diritto nel governare l'economia per consentire al consumatore di tenere comportamenti economici liberi e, comunque, giuridicamente tutelati rispetto alle eventuali conseguenze lesive.

Insomma l'ordine economico, con la sua regola regina della domanda e dell'offerta, necessita della libertà della concorrenza per realizzare l'effetto di consegnare al consumatore la libera selezione di prodotti e professionisti vincenti sul mercato. Ma la libertà della concorrenza necessita di essere presidiata dalle regole dell'ordinamento giuridico che ne governino la piena realizzazione in termini di lealtà, giustizia contrattuale e tutela del consumatore³⁰. Occorre, cioè, che l'aggressività economica non faccia il paio con una pericolosa debolezza giuridica del consumatore, al quale occorre riconoscere diritti per rivendicare i danni che gli derivino da abusi di posizioni dominanti o concentrazioni che falsino il *fair play* di una concorrenza libera e democratica.

d'incentivazione, selettivamente collegate in modo esclusivo alla riconquista di clienti passati ad altro operatore; d) nell'offerta di servizi a condizioni di favore, selettivamente riservate agli attuali clienti di altro operatore, per convincerli a ridivenire propri clienti; e) in attività di denigrazione ai danni di altro operatore ».

²⁹ È questa la regola di base sulla quale K.N. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, 2003, 24, fonda la naturale attitudine dei professionisti alla crescita economica: « the model of perfect competition assumes that accora have perfect information about the price and qualità characteristics of items on the market. This is ob-

viously not true. However, the traditional approach in antitrust enforcement is to question practices that the model of perfect competition cannot explain ».

³⁰ È questo l'obiettivo delle istituzioni teorizzato da L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., 162, il quale sostiene come la funzione delle norme prodotte dall'ordinamento giuridico sia quello di « sostenere i singoli nell'individuazione delle linee economiche che, riconoscendo il proprio di ciascuno, sono capaci di coniugare lo sviluppo personale con quello sociale, contrastando, viceversa, quelle che impediscono l'instaurazione di un rapporto simbiotico tra il singolo e la comunità di appartenenza ».

3. I RAPPORTI FRA LE NORMATIVE COMUNITARIE DI SETTORE E IL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: DALLA TECHNOLOGICAL NEUTRALITY ALLE REGOLE DI ANTITRUST.

Passiamo, allora, ad esaminare le norme recentemente dettate dall'Unione europea dirette, nel loro complesso, a fondare un contesto tecnologicamente neutrale di accesso al mercato attraverso regole che realizzino una disciplina liberalizzata ed il superamento di qualsiasi distinzione fra i diversi mezzi e i loro contenuti³¹. Si tratta di un vero e proprio *framework* realizzato attraverso il pacchetto di direttive del 2002³² e la Raccomandazione del 2003³³, che ha ispirato nell'ordinamento interno l'adozione del Codice delle Comunicazioni elettroniche³⁴.

Dalla puntuale regolamentazione delle situazioni economicamente rilevanti — tipica tecnica del legislatore comunitario — emerge una *ratio* che collega le diverse direttive e la raccomandazione, presentando all'interprete una disciplina dettagliata diretta alla gestione giuridico-economica *ex ante* dei mercati emergenti, in fase di formazione, derivanti dalla convergenza tecnologica. Tale *ratio* è facilmente individuabile nella volontà di evitare che la convergenza fra mercati nuovi e tradizionali crei strozzature al libero accesso determinate dalla possibilità che imprese dominanti nei mercati tradizionali riversino tale predominio in attività convergenti, creando forme di monopoli di fatto in larghi settori delle comunicazioni elettroniche.

I principi della regolamentazione *ex ante* sono quelli della promozione dello sviluppo dei mercati derivanti dalla convergenza tecnologica e della vigilanza affinché la concorrenza non sia falsata né ostacolata³⁵. In buona

³¹ A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i « mercati emergenti e la loro disciplina »*, cit., 531-532.

³² Il cosiddetto « pacchetto » di direttive del Parlamento europeo e del Consiglio (in G.U.C.E. n. L 108 del 2 aprile 2002) contiene, con particolare riferimento alla disciplina del mercato delle comunicazioni elettroniche, la « direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) »; la « direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) »; la « direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) ». A questa serie di direttive, tutte del 7 marzo 2002, si aggiunge la cosiddetta « direttiva concorrenza » 2002/77/CE del 16 settembre 2002, « direttiva relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica », molto importante in quanto dispone direttamente la libera-

lizzazione dei mercati convergenti, il trattamento paritario di essi dal punto di vista normativo e l'obiettivo di giungere ad una disciplina corretta della concorrenza.

³³ « Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica », C (2003) 497, dell'11 febbraio 2003, in G.U.C.E. n. L 114 del 8 maggio 2003.

³⁴ D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante il « Codice delle comunicazioni elettroniche », in G.U. 15 settembre 2003, n. 214.

³⁵ In particolare, l'art. 8, commi 2-4, della direttiva c.d. quadro, demanda alle Autorità nazionali di regolazione i compiti di: 1) promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, vigilando affinché la concorrenza non sia falsata né ostacolata; 2) contribuire allo sviluppo del mercato interno; 3) pro-

sostanza, in questa fase primaria nella quale i mercati sono ancora in via di formazione, l'interesse della legislazione comunitaria è quello di favorirne una crescita « controllata » in relazione alla libertà di accesso, in maniera da consegnare in un secondo momento il mercato così disciplinato e « correttamente funzionante » alla disciplina ordinaria e generale della concorrenza dettata dall'art. 82 del Trattato.

La fase della regolamentazione *ex ante* è quella diretta all'applicazione di strumenti di *neutrality* per realizzare le due principali libertà degli operatori sui quali si basa lo sviluppo dei mercati delle nuove tecnologie: la cosiddetta *service neutrality*, ossia la libertà di fornire qualsiasi tipologia di servizi di comunicazione (telefonia, internet ecc.) e la cosiddetta *technological neutrality*, ossia la possibilità di utilizzare qualsiasi tipologia tecnologica per fornire i servizi caratterizzanti le attività commerciali, sulla base di condizioni comuni rispetto ai mercati convergenti³⁶. L'avvio dei nuovi mercati avviene, così, disponendo che ogni impresa possa fornire qualunque servizio o contenuto di comunicazione tecnologica, mediante qualunque tecnologia.

Queste disposizioni si traducono, in termini di principio, nella norma contenuta nell'art. 3, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche. Essa sancisce come « la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica ... è libera » e fa il paio con il disposto del successivo art. 4, comma 3, lett. h), che garantisce il rispetto del « principio di neutralità tecnologica, inteso come non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell'uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata ».

La *technological neutrality* sortisce l'effetto di una grande apertura allo sviluppo dei mercati creati dalle nuove tecnologie. È pur vero, però, che l'autonomia garantita necessita di controllo per evitarne le distorsioni derivanti da fallimenti di concorrenza. A questo proposito, la Raccomandazione della Commissione europea relativa alla definizione dei mercati rilevanti nel settore delle comunicazioni elettroniche (497/2003) ha individuato particolari mercati che, per la presenza di ostacoli all'accesso, ovvero per una naturale difficoltà all'adeguamento verso forme di libera concorrenza, ovvero ancora per l'insufficienza del diritto *antitrust* esistente al ripristino di condizioni di concorrenza, necessitano dell'imposizione di obblighi di regolamentazione *ex ante*³⁷. Ciò significa che le Autorità di con-

muovere gli interessi dei cittadini dell'Unione.

³⁶ A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i « mercati emergenti e la loro disciplina »*, cit., 537, il quale riferisce come le politiche di regolamentazione *ex ante* dei mercati derivanti dalla convergenza tecnologica abbiano avuto, al 2006, un discreto successo soprattutto in materia di telefonia mobile, laddove si è registrato dalla Commissione europea un forte incremento di concorrenza nella fornitura dei servizi di chiamata nazionali ed internazionali. In questo mercato, pertanto si può ritenere di poter pas-

sare alla fase di regolamentazione *ex post*, cioè all'ordinaria sottoposizione del mercato stesso all'applicazione della generale normativa *antitrust*.

³⁷ Osserva A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i « mercati emergenti e la loro disciplina »*, cit., 541-542, come « la dinamica concorrenziale è stata autorevolmente definita come un processo di distruzione creativa. Ciò in quanto il processo d'innovazione può ben dare luogo alla creazione di posizioni di notevole potere di mercato, nel momento in cui un nuovo prodotto riesce ad affermarsi come innovativo, ad esempio conqui-

trollo nazionali potranno adottare provvedimenti autoritativamente diretti ad influire sulle attività economiche degli operatori presenti sul mercato, dirigendole al ripristino di condizioni di concorrenzialità per poi lasciarle all'ordinaria regolamentazione *antitrust*.

Anche di questo principio posto a livello comunitario vi è attuazione nel nostro Codice delle comunicazioni elettroniche che attribuisce all'Autorità di controllo il potere di gestione delle radiofrequenze e delle reti di comunicazione elettronica nonché di valutazione delle imprese che eventualmente detengano un significativo potere di mercato per la definizione e il riequilibrio delle relative attività.

Ciò che emerge, quale caratteristica interessante per l'interprete, nell'esame della recente normativa sulle comunicazioni elettroniche, è la stretta relazione fra due diverse tecniche giuridiche di disciplina del mercato, in apparenza contrastanti fra loro. Infatti, il principio di liberalizzazione, spinto alla sua massima apertura attraverso l'affermazione della neutralità elettronica, e che traduce il principio di libertà d'iniziativa economica, si misura sempre e comunque con il controllo attraverso l'eliminazione delle posizioni dominanti³⁸. Il contrasto, si diceva, è solo apparente. La limitazione dell'autonomia privata degli operatori *incumbent*, ridimensionati autoritativamente nei loro investimenti in relazione al potere di mercato detenuto, è prodromica rispetto alla creazione di una liberalizzazione del mercato che non si traduca in libertarismo, in *laissez faire*.

Soprattutto, si coglie una sfumatura di diversa caratterizzazione funzionale fra l'intervento di ridimensionamento del significativo potere di mercato previsto nella disciplina *ex ante* del mercato delle comunicazioni elettroniche e il divieto di abuso di posizione dominante contenuto nell'ordinaria normativa *antitrust*. Peraltro, il concetto di potere di mercato non è necessariamente collegato a situazioni di abuso, in quanto la *leadership* economica può essere raggiunta anche dal normale funzionamento di meccanismi virtuosi di mercato³⁹.

Al di là della differenza terminologica, la tecnica di intervento normativo nella disciplina del mercato è la stessa. Infatti, in entrambi i casi l'Autorità limita l'attività economica dell'operatore dotato di maggiore potere economico di mercato, limitando anche la sua autonomia privata. Ed anche il legislatore comunitario lo sa. Egli sa bene, infatti, che la definizione

stando un mercato già esistente ovvero, in ipotesi, persino creandone uno *ex novo*. [...] D'altronde, nell'industria delle comunicazioni, oltre alle difficoltà derivanti dalle economie di rete che la caratterizzano, i *new comers* possono trovarsi di fronte anche azioni — legittime o illegittime — intraprese da parte degli operatori *incumbents*, volte a ritardare o dissuadere il loro accesso al mercato. Questi ultimi, difatti, possono adottare comportamenti anticompetitivi quali, ad esempio, quello di rendere incompatibili i propri prodotti con quelli dei nuovi entranti, ovvero di diffondere notizie false in relazione al proprio o altrui prodotto, ovvero alle aziende nuove entranti sul mercato ».

³⁸ In questo senso M. SIRAGUSA e S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 511 ss. e L. RADICATI DI BROZZO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *ibidem*, 561.

³⁹ È quanto si desume dalle indagini della casistica statunitense condotte da W.M. LANDES, *Market Power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, 1981, 937 ss. e da E.M. FOX-L.A. SULLIVAN, *Antitrust — Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?*, in *New York University Law Review*, 1987, 936.

di « significativo potere di mercato » corrisponde a quella fornita proprio dalla Corte di Giustizia per l'individuazione della « posizione dominante » di cui all'art. 82 del Trattato CE, che la riscontra nei casi in cui l'operatore economico abbia la possibilità di comportarsi, per un periodo non transitorio, in maniera indipendente rispetto ai suoi potenziali concorrenti e, in definitiva, nei confronti dei consumatori⁴⁰. Anche il legislatore interno si è adeguato, nella lettera dell'art. 17, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche, a questa comunanza definitoria fra significativo potere di mercato e posizione dominante⁴¹.

A ben guardare, la limitazione del significativo potere di mercato nella disciplina *ex ante* del mercato delle comunicazioni elettroniche ha una funzione « creatrice » delle condizioni economiche nelle quali impiantare e far crescere la massima liberalizzazione⁴². Si vede, in essa, non una forma di correzione delle distorsioni provocate dai fallimenti di mercato, propria della legislazione *antitrust*. Essa è, invece, l'espressione di come il mercato sia quel *locus artificialis* creato non tanto e non solo dalla legge economica della domanda, quanto piuttosto dalle norme che regolano le attività giuridicamente rilevanti degli operatori⁴³.

Vi è una differenza funzionale fra le due azioni limitatrici. Il contenimento autoritativo *ex ante* del potere di mercato nelle comunicazioni elettroniche non ha alcuna valenza sanzionatoria. Non è importante, infatti, come l'operatore abbia ottenuto tale potere, se in maniera corretta ovvero sleale, abusiva. Ciò che interessa all'ordinamento giuridico è l'effetto di parificare le condizioni economiche per garantire a tutti gli operatori, anche quelli futuri e potenziali, lo stesso regime giuridico di accesso al nuovo mercato⁴⁴. In seguito, quando il mercato si sarà avviato ad un affermato

⁴⁰ Vedi il *leading case* Corte di Giustizia, sent. 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche*, secondo la quale può definirsi come posizione dominante « una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che lo detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. [...] una posizione che pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio ».

⁴¹ Art. 17, comma 2, Cod. com. el.: « Si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori ».

⁴² La funzione creatrice di progresso economico delle norme dirette al controllo della concorrenza è stata teorizzata con autorevolezza in particolare dall'economista J. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, (trad. it.), Firenze, 1977, che vedeva nella concorrenza lo strumento di crescita economica proprio del capitalismo e, nel suo controllo, l'espressione massima della democrazia. Vedi, in questo stesso senso, J. ELLIG, *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation and Antitrust Issues*, Cambridge, 2001, *passim*.

⁴³ Il pensiero si rivolge esplicitamente alle parole di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 112, il quale configura « il mercato come *locus artificialis*, che la legge costruisce e governa, orienta e controlla. Non c'è mercato fuori dalla decisione politica e dalla scelta legislativa: anche l'abbandono degli affari al puro gioco degli interessi individuali è una decisione e una scelta ».

⁴⁴ Vedi G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 17,

regime concorrenziale, la valutazione di eventuali posizioni dominanti sarà considerata dall'ordinamento giuridico solo per sanzionarne l'aspetto deleterio dell'abuso, al fine di neutralizzarlo. La regolazione del mercato, cioè, sarà definitivamente consegnata alla legislazione *antitrust*⁴⁵. La stessa tecnica giuridica di contenimento realizza, se applicata *ex ante* ovvero *ex post* rispetto all'avvio del regime di concorrenza, effetti economici differenti. E, peraltro, proprio la diversa funzione di controllo attuata da regole di indirizzo economico *ex ante* e regole di correzione *ex post* della concorrenza segnerà l'ambito di intervento delle due diverse Autorità interessate (AGCOM e AGCM) secondo una divisione di poteri e competenze non solo *ratione mercatorum* ma, più coerentemente, *ratione materiae*⁴⁶.

4. LA TUTELA DEL CONSUMATORE DALL'ATTIVITÀ CONTRATTUALE ALLA CIRCOLAZIONE DELLE INFORMAZIONI NEL MERCATO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE.

L'analisi dell'impianto normativo europeo, per il suo tecnicismo in termini di *antitrust policy*, lascia al giurista sempre un certo margine di dubbio sull'effettiva ricaduta in quanto a tutela dei rapporti giuridici fra operatori ed utenti, squilibrati in favore dei primi rispetto ai secondi.

Non si intende, con ciò, aggiungere ulteriori considerazioni — perché non se ne avrebbero le competenze né le intenzioni — ad avvalorare le teorie di alcuni economisti secondo i quali il diritto *antitrust*, lungi dall'essere utilizzato per fini di tutela dei consumatori, è il mezzo giuridico che le politiche economiche degli Stati sfruttano per favorire le ristrutturazioni industriali di determinate situazioni di monopolio⁴⁷. Un interesse puramente politico di sviluppo economico si nasconderebbe cinicamente dietro la pre-

secondo i quali occorre analizzare le attività e le competenze delle autorità indipendenti dal punto di vista funzionale, tenendo conto di quali siano finalità ed obiettivi ad esse demandati: «l'analisi teleologica non può non rinviare a quell'obiettivo ultimo di ogni regolazione che è la *simulazione della concorrenza*, ossia l'introduzione forzata, proprio in quanto regolamentata, di meccanismi di competitività che siano garanzia di buon funzionamento del mercato stesso a beneficio degli utenti e dei consumatori in quei settori ove, per ragioni storiche o strutturali, la concorrenza non esista effettivamente o sia di lenta e difficile instaurazione».

⁴⁵ Tale è la tecnica di regolamentazione economica commentata già da FOSTER, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, 1992, 186, secondo il quale la regolamentazione di mercato assolve la funzione di «to hold the fort until competition arrives».

⁴⁶ In questo senso, l'analisi teleologica

di G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, cit., 17.

⁴⁷ La considerazione è ispirata dalla suggestiva lettura di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 131, il quale, richiamando la concezione di R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978, sulle contraddizioni rilevabili dalle ricadute economiche delle azioni *antitrust*, osserva come, piuttosto che la tutela del consumatore, lo scopo di esse «concreto, e determinante, è in realtà un altro, cioè l'attuazione di una politica della concorrenza che garantisca le ristrutturazioni industriali adattandole ai nuovi mercati nazionali e sopranazionali. In altre parole, le leggi antimonopolio mirano in primo luogo a rendere più efficiente il sistema del mercato, e costituiscono pertanto uno strumento interno al mondo degli affari volto a garantire una maggior apertura e un più sicuro sviluppo. Qualcosa di sostanzialmente diverso, dunque, da una proba misura di protezione del più debole».

sentazione etica di tutela del consumatore riservata al controllo antimonopolistico⁴⁸.

Ciò che invece risalta alla vista dell'interprete che abbia inforcato gli occhiali del giusprivatista è una certa latitanza, nella disciplina *antitrust*, in termini di azioni riconosciute al consumatore. Una disciplina del mercato è importante, ma altrettanto lo è una rete di diritti efficacemente azionabili dal consumatore, che gli consentano di prevenire o riparare le compromissioni degli interessi che lo riguardano.

Necessita, a questo punto, valutare dall'esperienza della prassi quali siano nel campo delle comunicazioni gli interessi sensibili, le situazioni giuridiche più spesso compromesse e rivendicate in sede di contenzioso.

Indici molto interessanti sul tipo e sui risultati delle controversie in materia di telecomunicazioni ci giungono dall'esame dell'attività dell'*Authority* delle telecomunicazioni⁴⁹. Nell'arco temporale che va da maggio 2006 ad aprile 2007 l'Autorità è stata investita da 33 controversie fra operatori — cioè per contratti *business to business* — nel settore della telefonia e di internet (la maggior parte per interruzione o anomalie nella messa a disposizione della rete) e i due terzi di esse sono già state conciliate. Insomma, fra professionisti ci s'intende. Evidentemente, gli interessi economici sono importanti e la conciliazione offre uno strumento valido per evitare le lungaggini processuali troppo stridenti in un'economia così veloce.

Diversamente vanno le cose per i consumatori. Mentre il rapporto fra operatori si sostanzia in un confronto fra pari, il rapporto fra gestori e utenti si presenta sempre oggettivamente squilibrato in favore dei gestori. La forza economica, la detenzione delle informazioni e la capacità di sostenere il contenzioso, infatti, sono decisamente a favore degli operatori.

In particolare, il proliferare di servizi diversi da quelli di base — resi possibili dalla convergenza multimediale — ha aperto il varco a nuove fattispecie di frodi e abusi, fra i quali sono ricorrenti quelli messi in atto nell'offerta di servizi a sovrapprezzo. Fra le tipiche controversie giunte all'attenzione dei Co.Re.Com., è consistente il numero di quelle concernenti le attivazioni di servizi non richiesti in sovrapprezzo, aggiuntivi cioè rispetto alla tariffa base di messa a disposizione della linea telefonica. Molto spesso, infatti, il consumatore pensa di non dover pagare tali sovrapprezzi per difetti di comunicazione e spiegazione delle condizioni di contratto al momento della sottoscrizione ovvero per vere e proprie fattispecie di pubblicità ingannevole. L'Autorità ha proprio riscontrato come il maggior numero delle infrazioni commesse dagli operatori a discapito degli utenti ha avuto ad oggetto la violazione degli obblighi informativi sulla tariffazione dei servizi in sovrapprezzo, sulla qualità e sulle modalità di erogazione del servizio.

Si può dire, insomma, che le controversie di tutela del consumatore nei servizi di telecomunicazione sempre più non riguarda solo il momento dell'attuazione, dell'esecuzione del contratto (disguidi nel servizio) ma sono

⁴⁸ È ancora di G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, loc. cit., l'osservazione, velata di un certo scetticismo, secondo la quale « in astratto, uno strumento come la legislazione *antitrust* sembra avere, all'origine, un minimo e vago contenuto etico. Il suo scopo dichiarato è infatti la tutela del contraente più debole, cioè il consumatore ».

⁴⁹ Tutte le informazioni e le cifre riportate sul tipo di controversie giunte all'attenzione dell'Autorità Garante nelle Comunicazioni sono riprese dalla Relazione annuale 2007 sull'attività svolta, consultabile sul sito www.agcom.it.

anticipate al momento della contrattazione, perché il consumatore è sempre più confuso su quello che acquista, su quanto lo paga e su come gli sarà fornito. Il malessere dei rapporti contrattuali si insinua nel momento della contrattazione, nel quale avviene lo scambio delle informazioni relative al prodotto o al servizio acquistato, passaggio della formazione del contratto che la regola tradizionale dell'art. 1337 c.c. lascia al presidio della buona fede e della responsabilità precontrattuale.

L'interesse dell'interprete, però, non può fermarsi alla semplice osservazione del difetto. Dovrà pur cercarne la soluzione giuridica.

L'esame del Codice delle comunicazioni elettroniche, ispirato da quella legislazione europea di settore che sembrava a prima vista rivolta solo alla disciplina del mercato, offre alcuni spunti in tema di diritti del consumatore e tecniche di attuazione di essi. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 70 Cod. com., rubricato « Contratti » e inserito nella Sez. III del Capo IV, denominata « Diritti degli utenti finali ». Ebbene, l'articolo in questione dispone una breve *summa* del contenuto dei contratti di abbonamento ai servizi di connessione e di accesso a rete telefonica, quasi in una forma di tipizzazione. In questo senso, il contratto dovrà prevedere espressamente: la tipologia del servizio fornito e della sua manutenzione; la durata del contratto e le condizioni di rinnovo e cessazione del servizio; il dettaglio dei prezzi e delle tariffe; il livello di qualità del servizio offerto; il tempo necessario per l'allacciamento; le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso in caso di mancato raggiungimento della qualità del servizio; le modalità di attuazione dei procedimenti di risoluzione delle controversie.

Insomma, si è già al di là della semplice previsione di obblighi di informazione al cliente in attuazione del comportamento di buona fede codicisticamente previsto nella fase delle trattative. L'operatore deve conformare il suo contratto al contenuto minimo imposto dal legislatore, consapevole del fatto che ogni difformità nell'esecuzione rispetto a quanto contrattato costituirà responsabilità precontrattuale — per quanto concerne gli interessi immediati del consumatore — e violazione sanzionabile amministrativamente dall'Autorità.

Vi è, allora, una tutela del Codice delle comunicazioni elettroniche che guarda al consumatore e non solo al mercato. E, soprattutto, si tratta di una tutela — che fideisticamente si spera non rimanga mera espressione di principio — diretta non solo al « patrimonio » del consumatore, non solo ai suoi rapporti contrattuali e ai suoi interessi quale utente finale, ultimo anello debole della catena del mercato, ma anche al rispetto della sua qualità di contraente. Ciò soprattutto quando si impongono contenuti contrattuali informativi, diretti a riequilibrare il rapporto fra le competenze del professionista e le frequentemente scarse conoscenze dell'utente.

Si avverte, inoltre, una certa propensione a valutare le implicazioni di tutela della persona delle quali la disciplina delle attività di comunicazione elettronica non può non tener conto. Le comunicazioni elettroniche, infatti, per loro stessa natura, coinvolgono la circolazione di dati che, in buona parte dei casi, rappresentano informazioni personali, anche sensibili e di vita privata, dei soggetti coinvolti della comunicazione⁵⁰. Già il

⁵⁰ In riferimento alla tutela della riservatezza, già la direttiva 97/66/CE, che

pure si interessava solo del settore delle telecomunicazioni, aveva determinato

pacchetto di direttive costituenti il *framework* della disciplina europea sulle comunicazioni elettroniche si interessava espressamente del tema della tutela della riservatezza con la direttiva 2002/58/CE⁵¹, con ciò dimostrando la consapevolezza delle potenzialità delle nuove tecnologie di creare metodiche attraverso le quali risalire a dati, movimenti, scelte economiche e non delle persone, in grado di proiettarle in uno scenario da « grande fratello » orwelliano⁵². Di fatto, i siti web hanno la capacità di memorizzare le informazioni relative ai propri visitatori, riconoscerli nelle visite successive, raccoglierne a loro insaputa i dati e trattarli. Ciò accade principalmente nelle transazioni *on line* ma avviene di fatto anche nelle navigazioni che riguardano la vita privata, anche non commerciale, degli utenti⁵³.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche esordisce all'art. 3, relativo ai principi generali, proprio antepoendo la garanzia dei diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione alla tutela dell'iniziativa economica. Si parla, appunto, di « persona » e non di utente-consumatore. Ma, purtroppo, si tratta di un'enunciazione che nel seguito della disciplina trova poca applicazione in termini di regole concrete di tutela dei diritti di riservatezza dell'utente. Evidentemente, il Codice delle comunicazioni è diretto a regolare proprio le situazioni giuridiche dell'utente *homo oeconomicus*, indirettamente rispetto alla regolazione del mercato.

Un riconoscimento normativo relativo alla necessità di tutelare l'utente delle tecnologie elettroniche dalle possibili compromissioni della sua riservatezza si rinviene, invece, nel Codice sulla protezione dei dati personali, introdotto nel nostro ordinamento con D.Lgs. n. 196 del 30 giugno 2003. Il nuovo Codice ha superato la « disciplina della legge del 1996 n. 675 — riconvertendola in se stesso con tutto il *surplus* di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale da essa generato — e propone una concezione dell'in-

una produzione di studi tutti diretti a riconoscere la fondamentale importanza della tutela dell'utente proprio dalla potenziale messa in circolazione di informazioni a sé inerenti durante il servizio di comunicazione: sul punto, *ex multis*, G. ALPA, *La tutela di utenti e consumatori nelle telecomunicazioni*, op. loc. ult. cit.; M.T. ANNECCA, *Riservatezza nelle comunicazioni*, in *Privacy e telecomunicazioni. Commentario al D.Lgs. n. 171/98*, a cura di V. ATELLI, Napoli, 1999, 51 ss.; F. CARDARELLI-V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, in *Principi, normative, giurisprudenza*, Bari, 1997, *passim*; V. ZENO ZENCOVICH, *Sistema giuridico e « diritto delle telecomunicazioni »*, in questa *Rivista*, 1996, 551; SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni: il D.Lgs. n. 171/98 nel « sistema » della protezione dei dati personali*, in questa *Rivista*, 1998, 775 ss.; Id., *La riservatezza nelle telecomunicazioni: l'identificazione del chiamante nell'esperienza inglese e*

nella prospettiva comunitaria e italiana, in questa *Rivista*, 1997, 219 ss.; A. VALASTRO, *La circolazione dei dati nelle reti di telecomunicazione*, in V. CUFFARO-V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, II, Torino, 1999.

⁵¹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e della tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in G.U.C.E., n. L 201, del 31 luglio 2002.

⁵² Sul punto vedi la trattazione di S. VIGLIAR, *Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/58/CE*, in questa *Rivista*, 2003, 401 ss., il quale individua le tematiche di intervento della direttiva per la tutela dell'utente con riguardo ai dati relativi al traffico, all'ubicazione, alle informazioni sugli abbonati.

⁵³ S. VIGLIAR, *Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva 2002/58/CE*, cit., 408-409.

formazione sulla persona come dato prodotto dalla circolazione di esso attraverso le attività tecnologiche del soggetto.

Il dato elettronico — che rivela le attività commerciali e le tendenze private del soggetto che lo ha messo in circolazione — può essere considerato un « bene », cioè oggetto di diritti e doveri. La tecnica giuridica attraverso la quale si governa e contempera l'interesse alla riservatezza con il naturale processo di circolazione dei dati tipico dell'uso delle tecnologie consiste nel riconoscere alla persona il diritto di controllare il dato attraverso il consenso⁵⁴. La complessa disciplina del Codice, infatti, tratta i dati personali come beni economici, oggetto di un mercato. La circolazione di essi rappresenta il mercato delle informazioni, la cui utilità può essere sfruttata per i fini più diversi da chi (soggetti privati o enti pubblici) li detiene, li raccoglie, li trasferisce. Il consenso degli interessati legittima il trattamento da parte dei « raccoglitori ». Ciò per quanto attiene i dati sensibili, in quanto per i dati comuni la decisione dell'interessato è ininfluenza alla circolazione e per essi, potremmo dire, vige la regola del libero mercato.

La protezione dei dati, inoltre, è supportata dalla creazione di istituzioni di sorveglianza che possano, con la loro attività, correggere le possibili carenze di consenso (come dire: rimediare ai fallimenti di mercato)⁵⁵ delle persone coinvolte, a tutela della loro dignità.

Insomma, si avverte nettamente nella disciplina del Codice il definitivo passaggio da una concezione iniziale della tutela della riservatezza⁵⁶, mutuata dal *right to privacy*⁵⁷ noto ai sistemi di *common law* e intesa come diritto del singolo a impedire la circolazione dell'informazione che lo riguarda, all'attuale concetto di « autodeterminazione informativa »⁵⁸ che riconosce alla persona il diritto di controllare la circolazione del dato e l'utilizzazione che ne viene fatta⁵⁹.

⁵⁴ Osserva R. MONTINARO, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo « Codice in materia di protezione dei dati personali »*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 247 ss. come « il baricentro della protezione si sposta dal soggetto, cui le informazioni si riferiscono, al documento o supporto contenente le informazioni medesime (il c.d. « dato personale »), che si oggettivizza divenendo bene giuridico autonomo, sul quale si esercitano le facoltà inerenti al c.d. « diritto al controllo » », ivi, 252.

⁵⁵ E il problema della *e-security* che impone controlli per la sicurezza dei sistemi attraverso i quali sia possibile la raccolta di dati, provenienti anche in maniera preponderante dal settore pubblico. In questo senso, C. ALBERTI, *E-society e riutilizzo dell'informazione nel servizio pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1237 ss.

⁵⁶ Ricordiamo soprattutto la riconduzione della personalità nell'alveo del diritto soggettivo rappresentato da P. RESCIGNO, *Personalità (diritto della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; la visione della riser-

vatezza quale diritto soggettivo di G.B. FERRI, *Persona e privacy*, in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, 241 ss.; e, infine, lo studio di D. GIORGIANNI, *La tutela della riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 13 ss., il quale già proponeva riflessioni sul tema dei limiti al riserbo imposti per scopi di interesse generale.

⁵⁷ Vedi S.D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1980, 193 ss. e B. MARKESINIS-G. ALPA, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 442, 1997.

⁵⁸ Sul concetto di autodeterminazione informativa soprattutto S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 122, il quale osserva come la tutela della riservatezza dei dati personali possa essere realizzata solo attraverso il controllo consapevole della persona coinvolta sulla correttezza dell'uso del dato, correttezza che si misura attraverso la corrispondenza dell'uso alle finalità dichiarate per la raccolta.

⁵⁹ Osserva S. RODOTÀ, *Privacy e co-*

Ciò che non può essere impedito, deve essere controllato. L'utente dei servizi di comunicazione elettronica, per la natura stessa dei mezzi utilizzati, lascia tracce di sé nei dati che pone in circolazione. La sua tutela consiste nel potere di controllare l'utilizzo che altri ne faccia in seguito alla circolazione, per consentirne gli usi corretti, perché conformi al suo interesse, ed impedirne gli abusi. La disciplina che l'ordinamento offre all'utente non consiste nell'impedimento della raccolta dei dati, ma nel perseguire l'abuso che altri ne faccia in quanto dalla divulgazione possa derivare alla persona una distorsione della sua immagine sociale.

Il rimedio contro la violazione dei diritti dell'utente alla protezione dei dati personali che lo riguardano è tradizionalmente riservata alla tutela risarcitoria⁶⁰, con tutti i dubbi interpretativi che tale soluzione ha sempre suscitato, non certo sull'*an* quanto piuttosto sul *quomodo* della fattispecie di illecito⁶¹.

La peculiarità dell'uso distorto o, comunque, in violazione delle norme di controllo della raccolta e del trattamento dei dati personali, nel settore delle comunicazioni elettroniche assume una peculiarità: la sua grande diffusività. È difficile pensare all'utente che, unico e solo all'interno di una intera banca dati, abbia subito un torto nella diffusione di dati che lo riguardavano. Peraltro, si tratta di lesioni che, per la difficoltà di quantificazione dell'effettivo danno risarcibile, soprattutto quando si tratti di fattispecie non rilevabili sotto il profilo patrimoniale, possono dissuadere il titolare del diritto violato dall'azione giudiziale⁶². E ciò soprattutto quando l'utente sia una persona qualunque e non abbia un'immagine economicamente forte da tutelare.

struzione della sfera privata, cit., come l'interesse della persona alla riservatezza si realizzi attraverso la tutela del « diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della sfera privata ». Il concetto è ripreso in ID., *Tecnopolitica*, Bari-Roma, 1997, 151. Vedi, inoltre, R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, I, Milano, 2003, 3-7.

⁶⁰ Cfr. la ricostruzione di V. ROPPO, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1997, 660 ss. e di V. COLONNA, *Il sistema della responsabilità civile da trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., II, 1 ss.

⁶¹ Sul punto esiste ampia letteratura, già formatasi a ridosso della legge del 1996. *Ex multis*: V. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.; E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 29, comma nono, legge*

31 dicembre 1996, n. 678, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 684 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, 466 ss.; A. DI MAJO, *Diritto sostanziale e modelli di tutela*, in V. CUFFARO-V. RICCIUTO-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 225 ss. In seguito all'introduzione dell'attuale Codice: L. PANETTA, *Note critiche in tema di lesione della riservatezza e responsabilità extracontrattuale, tra legge n. 675/1996 e D.Lgs. n. 196/2003*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 637 ss. e R. MONTINARO, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo « Codice in materia di protezione dei dati personali »*, op. loc. ult. cit.

⁶² Soprattutto per i danni non patrimoniali fra i quali rientrano spesso i danni alla persona e alla riservatezza si pone il problema trattato da ZIVIZ, *Lo spettro dei danni bagattella*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 54 ss., la quale vede nell'interpretazione costituzionale un metodo per evitare il risarcimento di situazioni irrilevanti per l'ordinamento.

5. L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA QUALE COMPLETAMENTO

IMPRESINDIBILE DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL MERCATO DELLE NUOVE TECNOLOGIE.

La tutela dell'utente all'interno delle dinamiche del mercato della comunicazione multimediale affonda le sue radici non solo nell'efficienza tecnica delle norme dirette a creare situazioni giuridiche di protezione sostanziale ma anche nella concreta possibilità che il consumatore possa vedere attuate tali norme⁶³, possa usufruire delle tutele riconosciutegli.

Con questa consapevolezza, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno inserito, fra le azioni dirette all'attuazione delle politiche dell'Unione, proprio il miglioramento dell'accesso alla giustizia quale precipuo strumento per migliorare le condizioni del mercato interno⁶⁴. Avere « buoni diritti » riconosciuti da uno Stato membro e non averne adeguata informazione⁶⁵ ovvero non poterli agevolmente rivendicare con efficaci strumenti di *enforcement* indebolisce la politica europea di *consumerism* e produce inefficienze del mercato. In questo senso, le regole europee dirette alla tutela della libertà di mercato possono essere viste come la manifestazione dell'intento di creare « uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia »⁶⁶ nel quale i protagonisti degli scambi e dei rapporti economici, consumatori e imprese, non debbano mai trovarsi ad essere arrestati nelle proprie attività

⁶³ Anzi, si può dire che dalla prospettiva dei mezzi di tutela e, quindi, dall'effettività dell'accesso alla giustizia, si possa misurare il grado di effettività degli interessi soggettivi positivamente considerati: V. CUFFARO, *La tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, IV, Padova, 2003, 689 e A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 5 ss..

⁶⁴ Nella Relazione che accompagna la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, Bruxelles, 22 ottobre 2004, COM (2004) 718, ad esempio, la Commissione europea si preoccupa di coordinare le discipline dei vari Paesi in materia di esercizio conciliazione e sottolinea come di primaria importanza non sia la necessità di introdurre nuove norme ma di favorire l'effettivo esercizio dei diritti dei consumatori già riconosciuti e fondati dalle direttive esistenti. In questo senso, il Libro Verde del 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale e già la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 aprile 1994 nonché il Libro Verde del 16 novembre 1993 sull'accesso alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico. Vedi, inoltre, A. GILARDI, *Accesso alla giustizia e dimensione europea*, in *Questioni giustizia*, 1994, 497; B. CAPPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli ver-*

so l'Europa?, in *Foro it.*, 1993, V, 216; M. SCIOLTI, *La normativa comunitaria e la protezione del consumatore: un incentivo alla soluzione non giudiziale delle controversie?*, in *Quaderni dell'avvocatura*, 1993, 142; E. AVOLIO, *L'accesso alla giustizia: quali tendenze per affrontare la crisi. La posizione della Comunità europea*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, 744; M. ZANDER, *Justice and access to justice*, in *The state of justice, The Hamlin Lectures*, London, 2000, 6 ss.

⁶⁵ Nel senso che l'informazione costituisce il presupposto per l'accesso alla giustizia, soprattutto in chiave stragiudiziale, G. ALPA, *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie: il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA-F. DANOVI, *Quaderni del Consiglio Nazionale Forense*, Milano, 2004, 29. L'Autore, richiamando Hondius, annovera fra gli impedimenti dell'accesso alla giustizia anche fenomeni raramente ricordati dai tecnici del diritto ma spesso conosciuti nella prassi quali « l'insufficienza dei meccanismi di gratuito patrocinio, i fattori psicologici che inibiscono ai danneggiati il ricorso ai danneggiati il ricorso ai tribunali, la passività del giudice », *ivi*, 40.

⁶⁶ Sono le stesse parole usate dalla Commissione nella Relazione alla Proposta di Direttiva del 22 ottobre 2004, cit.

da sistemi giuridici e amministrativi lenti e complessi, tali da dissuadere la rivendicazione dei propri diritti.

I metodi alternativi di soluzione delle controversie, unitamente all'azione risarcitoria collettiva⁶⁷ recentemente introdotta nel nostro Paese, consentono di realizzare un quadro di giustiziabilità equa e democratica delle controversie sui rapporti di consumo, raggiungibile facilmente da tutte le fasce sociali: è questa la caratteristica qualificante di questi procedimenti⁶⁸. Essi, peraltro, risultano preferibili nella tutela del consumatore — rispetto ai mezzi della giustizia ordinaria — per un più elevato livello di compatibilità con le esigenze e le strutture dei mercati nei quali il rapporto di consumo si realizza. E, proprio nel mercato delle telecomunicazioni, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha istituito degli organi di soluzione alternativa delle controversie, i Co.Re.Com. che fanno giungere a transazione un notevole numero di controversie, tutte caratterizzate per l'esiguità dei valori economici contesi. Inoltre, gli stessi gestori offrono forme di conciliazione. La Telecom, ad esempio, promuove procedure paritetiche (nelle quali vi sia la rappresentanza dell'azienda e del consumatore attraverso la sua associazione di riferimento)⁶⁹.

Proprio l'attività dei Co.Re.Com. ha fatto emergere una realtà di contenzioso che è andata oltre le previsioni. Un notevole numero di rivendicazioni di utenti giungono al Co.Re.Com. che garantisce gratuità e celerità⁷⁰. Nel mercato della comunicazione multimediale, allora, il ricorso alla giustizia alternativa ha un significato diverso rispetto a quello della fuga dai tempi lunghi e dai costi pesanti della giustizia ordinaria, come si può rinvenire in altri tipi di transazioni.

Nel contenzioso della comunicazione multimediale, caratterizzato per la sua natura « bagatellare », i metodi di soluzione alternativa delle controversie non sono una « alternativa » alla giurisdizione ordinaria perché, anzi, essi sono l'unica proponibile via di emersione di controversie che sarebbero state sicuramente rinunciate dall'utente e rimaste sommerse.

I metodi alternativi, cioè, danno voce ad una nuova domanda di giustiziabilità. Nuova, perché consente di realizzare pretese giuridiche che, altrimenti, sarebbero rimaste silenti in quanto il consumatore, in una valutazione comparativa fra l'incertezza di vedere accolte le sue domande, magari per ragioni di basso *quantum* economico, e la certezza di andare incontro a procedure lunghe e costose, avrebbe finito per tacere le sue ra-

⁶⁷ La cosiddetta *class action* all'italiana, in realtà, ha ben poco del rinomato strumento di *enforcement* statunitense. Sarebbe, forse, una *damages class action*, ma la legittimazione delle associazioni anziché dei singoli danneggiati ne rende visibilmente differente l'attuazione. Sull'argomento, in generale, vedi F. DE SANTIS, *L'azione risarcitoria collettiva*, in G. CHINE-G. MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, 125 ss., che propone una prima lettura della disciplina dell'azione risarcitoria collettiva evidenziandone le differenze con la *class action* proprio in funzione della limitata legittimazione, sia soggettiva sia *ratione materiae*.

⁶⁸ A. GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2000, 680 ss.

⁶⁹ Sui metodi alternativi di soluzione delle controversie nel campo delle telecomunicazioni, vedi B. MANFREDONIA, *La conciliazione nelle telecomunicazioni fra prassi e favor conciliationis*, in N. SCANNICCHIO (a cura di), *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, 2007, 341 ss.

⁷⁰ Sulla struttura dei procedimenti dinanzi ai Co.Re.Com., B. MANFREDONIA, *La conciliazione nelle telecomunicazioni fra prassi e favor conciliationis*, cit., 354-358.

gioni⁷¹. Essi, perciò, favoriscono una politica di potenziamento sociale e giuridico del consumatore.

I metodi alternativi di accesso alla giustizia, peraltro, possono favorire un potenziamento della rappresentatività sociale della categoria dei consumatori in funzione dell'importante ruolo svolto in tali procedimenti dalle associazioni. Queste ultime, infatti, sono spesso promotrici dei procedimenti conciliativi. Non solo. Esse possono raccogliere in un unico procedimento le istanze dello stesso tipo ed aventi lo stesso oggetto e realizzare, così, la tutela collettiva dei consumatori. Si propone, in questa maniera, un ulteriore mezzo che consente l'emersione di domande di giustizia favorite dall'essere rivendicate in maniera collettiva⁷².

Facilitare l'accesso alla giustizia, per il consumatore utente dei mezzi di comunicazione elettronica, significa consentirgli di disporre di strumenti procedurali che realizzino al meglio la sua domanda di giustizia. Potremmo, paradossalmente, guardare alla giustizia come ad un mercato nel quale si offre un servizio al cittadino. L'ordinamento deve, in questo senso, essere in grado di offrire diverse soluzioni in funzione delle differenti domande di giustizia⁷³ dei suoi cittadini e per l'utente, in particolare, ciò deve significare poter ottenere un metodo di soluzione delle controversie in grado di essere poco costoso quando le sue pretese siano economicamente esigue. Il consumatore, ancora, deve disporre di metodi di soluzione delle controversie in grado di fare emergere la diffusività degli interessi nei rapporti di consumo. Ciò accade pensando a procedimenti collettivi nei quali le associazioni dei consumatori siano in grado di convogliare le pretese di molti che diversamente, in maniera isolata, finirebbero con il lasciar cadere la domanda di giustizia.

Una ulteriore e fondamentale prospettiva dei metodi alternativi di soluzione delle controversie deve rimanere, in ogni caso, la garanzia per i diritti del consumatore anche quando, come nel mercato della comunicazione multimediale, il valore dei diritti rivendicati è esiguo. Se il minore rigore formalistico può indurre ad un altrettanto minore garantismo nella trattazione e nell'attuazione dei diritti del consumatore, occorre che le procedure alternative debbano sempre essere condotte secondo i principi di trasparenza, legalità e libertà richiesti dalle politiche europee di accesso alla giustizia. La conformazione dell'offerta di giustizia deve essere sempre realizzata in funzione del raggiungimento degli interessi e dei diritti del consumatore. Solo questo ineludibile obiettivo consegnerà la rivendicazione collettiva dei diritti degli utenti alla realizzazione di una politica di accesso equo e democratico alla giustizia.

⁷¹ In questo senso A.M. BERNINI, *Small claims: conciliazione e arbitrato anche nell'esperienza straniera*, in *Quaderni dell'avvocatura*, 1993, 135, considera come le *small claims* emergono nella loro esigenza di giustizia proprio in presenza di *alternative disputes resolution methods*.

⁷² E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in AA.VV., *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, cit., 427 ss.; C. VERARDI, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione*

Europea, a cura di A. Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, II, Torino, 2000, 1331 ss.

⁷³ Sulla conformazione dell'offerta di giustizia in funzione dell'interesse e delle tipologie di contenzioso del consumatore, mi sia perdonato il rinvio al mio R. DE MEO, *Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in N. SCANNICCHIO (a cura di), *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, 2007, 47 ss.

6. FUNZIONE DELLA SUSSIDIARIETÀ DELLE ASSOCIAZIONI NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE: UN'IPOTESI DI NEOCORPORATIVISMO?

Caratteristica importante dello sviluppo sociale del movimento politico ed economico di tutela del consumatore è data dal fenomeno associazionistico, che si è rivelato un importante propulsore nel far divenire le politiche comunitarie di *consumerism* una prassi rilevante ed avvertita nel sistema giudiziario⁷⁴.

Si è visto come, proprio nel settore economico della comunicazione elettronica, la loro presenza al fianco della classe dei consumatori nel sostegno del contenzioso sia stata fondamentale per far emergere istanze di giustizia altrimenti schiacciate dall'imponenza economica degli operatori. Occorre, tuttavia, chiedersi se sia corretto confinare il ruolo e la vocazione delle associazioni dei consumatori alla mera funzione — sia pure, come visto, di fondamentale importanza — di consigliare e porre in atto strategie alternative di giustiziabilità.

Più volte la giurisprudenza ha riconosciuto alle associazioni dei consumatori un interesse di rappresentatività sociale ulteriore rispetto a quello dei singoli associati⁷⁵, interesse tale da creare una precisa ed autonoma legittimazione all'azione giudiziaria. Ma l'affermazione di tale funzione di rappresentatività sociale è fondamentale non solo nella fase patologica dei rapporti fra operatori e consumatori. Si assiste, proprio nel settore delle comunicazioni, ad una funzione partecipativa fondamentale delle associazioni nei momenti antecedenti la formazione dei singoli contratti *business to consumer*, fase che avviene in seno a quella peculiare attività delle Autorità di controllo nella predisposizione, autoritaria ed amministrativa, di condizioni e procedimenti con-

⁷⁴ Piace ricordare le parole di N. SCANNICCHIO, *Introduzione*, in N. SCANNICCHIO (a cura di), *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, 2007, 15, secondo il quale « indipendentemente dalle osservazioni relative alla effettiva presenza di veri e propri « consumatori » in senso economico nella platea sociale di tali gruppi non è possibile negare in alcun modo che le associazioni esprimono istanza di interesse collettivo, dotate di rilievo anche pubblicistico. Ed è anzi proprio la partecipazione a volte solo occasionale del consumatore puramente e semplicemente « economico » a testimoniare il piano assai differente e più complessivo e totalizzante dell'azione svolta dalle associazioni europee ».

⁷⁵ Fra le altre, piace ricordare per la sua esemplarità Cass. 28 marzo 2006, n. 7036, in *Giur. it.*, 2007, 1384, secondo la quale « per un verso, invero, è stato chiarito che gli interessi diffusi (in quanto pertinenti alla sfera soggettiva di più individui in relazione alla loro qualificazione o in quanto considerati nella loro partico-

lare dimensione) sono « adespoti » e possono essere tutelati in sede giudiziale solo in quanto il legislatore attribuisca ad un ente esponenziale la tutela degli interessi dei singoli componenti una collettività, che così appunto assurgono al rango di interessi « collettivi ». Per altro verso, l'esclusione dell'accesso dei singoli alla tutela giudiziale appare giustificata dall'esigenza di evitare che una pluralità indefinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale, il che, soprattutto in sistemi cui è ignota la tutela dei diritti individuali omogenei da parte di singoli (invece tipica delle class actions, nelle quali il costo del processo non è però sopportato in proprio dall'attore), vale anche ad equilibrare l'entità delle risorse che ciascuna parte ha interesse ad investire nella controversia ».

trattuali conosciuti in dottrina come contratti normativi e, in particolare, di normazione sociale o diffusa⁷⁶.

Il nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche prevede che il Ministero e l'Autorità per la Garanzia nelle Comunicazioni adottino i provvedimenti di controllo e gestione del mercato previa procedura di consultazione che consenta ai soggetti economici coinvolti nell'operazione di presentare le proprie osservazioni sul provvedimento da assumere (art. 11). Dal combinato disposto fra questa norma e quelle successive relative alle disposizioni finali in materia di servizio universale e diritti degli utenti (Capo IV, Sezione IV del Codice) si può ritenere come sia aperta la partecipazione ai consumatori, riuniti in associazioni di categoria, nelle questioni che maggiormente li interessano. L'art. 83 Cod. com., infatti, dispone nel suo primo comma, come le consultazioni necessarie all'Autorità nell'adozione dei suoi provvedimenti di intervento debbano tener conto « del parere degli utenti finali e dei consumatori inclusi, in particolare, gli utenti disabili ». Il secondo comma, per l'appunto, prosegue disponendo che « le parti interessate [...] possono mettere a punto meccanismi che associno consumatori, gruppi di utenti e fornitori di servizi per migliorare la qualità generale delle prestazioni ».

Insomma, la consultazione pubblica dell'Autorità dà voce ai consumatori e, in particolare, alle loro associazioni in grado di fungere da collettore di interessi, istanze e rimostranze. È questa, forse, la più alta espressione della sussidiarietà dell'associazionismo rispetto alle attività delle istituzioni. E rappresenta, in fondo, il mezzo che i singoli hanno per fare arrivare la loro voce alle istituzioni e per rappresentare — a monte — i propri interessi economici, prima della fase contrattuale di conclusione a valle.

Al contempo, l'attività dell'Autorità perde la sua connotazione di atto d'imperio, per divenire concertazione, negoziazione con le parti sociali riunite in corporazioni, *soft law*. Il mondo dell'associazionismo diviene partecipe dell'attività di normazione contrattuale e concertata dell'economia. Le fasce più deboli, alle quali l'ordinamento fornisce diritti con strumenti giuridici che le riconoscono come meritevoli di tutela, fanno il salto verso la regolamentazione diretta dei propri interessi, in una sorta di « neocorporativismo »⁷⁷.

Ma queste riflessioni, così intrise di ottimismo, attengono piuttosto la politica che il diritto.

7. CONCLUSIONI: IL « PATRIMONIO » E LA « PERSONA » DELL'UTENTE-CONSUMATORE.

Le tecnologie rappresentano indubbiamente uno sviluppo della libertà di comunicazione dell'individuo. Libertà che è già riconosciuta come di-

⁷⁶ Ci si riferisce alla suggestiva e condivisibile opinione di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 105, e già in *Riv. dir. priv.*, 2003, 269,

laddove richiama ed attualizza le osservazioni del suo studio Id., *contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 233 ss.

⁷⁷ È l'espressione di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., 107.

ritto costituzionalmente garantito, ma che attraverso la tecnologia allarga le sue possibilità di manifestazione⁷⁸. Si parla, ormai, e non a caso, di libertà informatica quale diritto (in senso positivo) del comunicante di usare ed esercitare un controllo sui dati informatici che lo riguardano per farli uscire dalla sua sfera personale e privata e farli divenire *input* di un programma elettronico. Al contempo, nel concetto di libertà informatica deve comprendersi (in senso negativo) il diritto dell'utilizzatore informatico di non rendere di pubblico dominio le informazioni di carattere personale sulle quali egli ritenga di mantenere riserbo⁷⁹.

È, questa, una realtà dalla quale non si può né si vuole prescindere⁸⁰. Gli spunti di riflessione espressi nell'analisi della normativa plurale, di tutela del patrimonio e della persona del consumatore, desideravano esprimere non una demonizzazione del fenomeno dell'esplosione tecnologica quanto, piuttosto, la difficoltà di regolare la complessità e l'importanza delle situazioni giuridiche ad esso collegate.

L'articolazione del diritto dei mezzi di comunicazione è sorta per la costruzione di regole e il conferimento di poteri alle autorità indipendenti di riferimento — L'AGCOM, l'AGCM e il Garante della *privacy* — nell'intervento all'interno del mercato per garantire la concorrenza, il pluralismo della comunicazione e la tutela della riservatezza. A tali regole si è aggiunto, improntandole in qualche modo, il substrato normativo e culturale che vede nella tutela del consumatore il primo obiettivo di regolazione giuridica del mercato⁸¹. Si è creato, così, l'attuale *corpus* normativo, importante soprattutto per la recente risistemazione della materia

⁷⁸ In particolare sulla « costituzionalità » della libertà informatica vedi T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in questa *Rivista*, 2003, 487 ss., il quale osserva come « l'unione fra le tecnologie informatiche e le libertà costituzionali ha generato il nuovo diritto di libertà informatica [...] La libertà informatica è da ritenersi, pertanto, una libertà costituzionale: che può essere dedotta costituzionalmente, ovvero ricavata e fatta così emergere nel tessuto dei principi costituzionali per il tramite delle Corti costituzionali », ivi, 501.

⁷⁹ In questo senso, T.E. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica* in Id., *Informatica diritto e società*, Milano, 1992, 173 ss. e Id., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in questa *Rivista*, 2002, 275, in cui si osserva come la comunicazione via internet sia divenuta « una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti

mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano delle sue decisioni ».

⁸⁰ Sarebbe come andare contro i mulini a vento della storia che ineluttabilmente ci viene incontro. Anche negli Stati Uniti la Suprema Corte (sentenza del 1998 sulla valutazione di costituzionalità del *Communications Decency Act*, tradotta in questa *Rivista*, 1998, 64), chiamata a valutare la costituzionalità di una norma che impediva la circolazione sul *web* di comunicazioni indecenti, ha dovuto osservare come « i fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prova contraria, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato beneficio della censura ».

⁸¹ Vedi G. ALPA, *La tutela degli utenti e dei consumatori nelle telecomunicazioni*, op. loc. ult. cit.

in due codici distinti, quello delle comunicazioni elettroniche e quello dei dati personali.

La rielaborazione, tuttavia, richiama interessi e situazioni giuridiche di peculiare importanza, che impongono una lettura di questa evoluzione normativa in base ad antiche categorie che riguardano i diritti fondamentali dell'utente: la tutela della sua persona e del suo patrimonio.

Da entrambi questi punti di vista, peraltro, ci si trova di fronte alla necessità di equilibrio di interessi potenzialmente contrastanti fra loro. Se pensiamo alla tutela dell'utente nell'espressione della sua personalità, infatti, è imprescindibile il riferimento a principi costituzionali parimenti importanti. La tutela del segreto della comunicazione e, al tempo stesso, il diritto alla manifestazione della personalità: se il soggetto si esprime attraverso internet, la tipologia del mezzo ha un alto potenziale di compromissione della segretezza. Oppure, si può pensare al possibile uso delle informazioni raggiungibili attraverso i mezzi di comunicazione elettronica: il diritto all'informazione di chi voglia conoscere dei fatti che ritenga rilevanti per i propri interessi si contempera necessariamente con la tutela della riservatezza di chi, per aver avuto accesso ad un servizio elettronico ha lasciato « tracce » di informazioni che lo riguardano.

In questo tentativo di conciliazione fra le esigenze di sviluppo delle comunicazioni elettroniche ed il loro controllo in termini di potenziale lesione delle libertà costituzionalmente garantite possono essere lette le norme contenute nel codice di protezione dei dati personali, che disciplina il diritto dell'interessato a conoscere le informazioni lasciate attraverso l'utilizzo del servizio di comunicazione, ad autorizzarne o impedirne la divulgazione e, per contro, a conoscere le informazioni relative ad altri quando costoro compromettano gravemente la riservatezza dell'utente attraverso un uso irregolare del mezzo di comunicazione. Si tratta, cioè, di norme che regolano nel dettaglio un'attività ma che, nella loro applicazione, richiamano i principi generali della tutela della persona nelle sue libertà fondamentali.

Anche se guardiamo alle tematiche della tutela del consumatore attraverso l'intervento di regolamentazione del mercato possiamo dedurre come le nuove norme del codice delle comunicazioni elettroniche, che disciplinano un fenomeno economico attraverso il riconoscimento di libertà e l'imposizione di impedimenti, possano essere sostenute da una nuova interpretazione della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita. La funzione delle norme prodotte dall'ordinamento giuridico per disciplinare l'ordine del mercato è quella di potenziare le capacità dei soggetti economici — singoli consumatori, piccole imprese, grandi gruppi — riconoscendone le libertà e le potenzialità, per rendere possibile uno sviluppo degli interessi del singolo concomitante rispetto allo sviluppo della società e della collettività⁸².

⁸² È questo l'obiettivo dell'interventi delle istituzioni nell'economia teorizzato da L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, cit., 162, il quale sostiene come la funzione delle norme prodotte dall'ordinamento giuridico sia quello di « sostenere i singoli nell'individuazione

delle linee economiche che, riconoscendo il proprio di ciascuno, sono capaci di coniugare lo sviluppo personale con quello sociale, contrastando, viceversa, quelle che impediscono l'instaurazione di un rapporto simbiotico tra il singolo e la comunità di appartenenza ».

Il pensiero ritorna, infine, alle parole che sono servite da *incipit* dello studio⁸³: proprio nel settore delle comunicazioni si registra questo fenomeno per cui a spazi di regolazione sempre più uniformi territorialmente corrispondono produzioni normative sempre più incalzanti temporalmente.

Lo sguardo dell'interprete sembra confondersi fra le tante norme di derivazione comunitaria che, a loro volta, sono l'applicazione nello spazio territoriale e nell'economia europea di prassi già conosciute nel più vasto mondo occidentale in continua evoluzione, vuoi per l'applicazione interna che ne viene fatta, vuoi per la continua necessità di riforma in relazione alle incessanti pressioni del mercato, della realtà dell'economia. La disciplina della legge 675 del 1996 sulla protezione dei dati personali oggi è superata dal codice della protezione dei dati personali. E l'interprete è chiamato a individuare quanto di evoluzione e quanto di fissità ci sia nel nuovo comparto normativo basandosi, però, sul valore fondamentale dell'ordinamento: la persona e le libertà ad essa riconosciute. E si tratta di libertà di manifestazione del pensiero e della personalità, ma anche di diritto alla segretezza delle comunicazioni e di informazione. L'interprete dovrà misurarsi con tali principi dell'ordinamento pensando ad un'applicazione di regole che consenta al singolo di vivere in una società che gli appartiene, che sia a sua misura.

Ma anche la disciplina della concorrenza all'interno del mercato delle comunicazioni, per sua vocazione globale⁸⁴, assume contorni frastagliati, fra spunti di liberalizzazione e di controllo. Eppure, ancora una volta, la tutela del consumatore, come singolo anello della catena del mercato, funge da catalizzatore per il lavoro dell'interprete⁸⁵. Tanto la liberalizzazione quanto il controllo, infatti, sono mezzi per correggere giuridicamente le asimmetrie fra produttori-professionisti e consumatori-utenti, compensando la debolezza economica con una maggiore forza giuridica. E tali asimmetrie potranno essere controllate a livello contrattuale garantendo una contrattazione informata e corretta nei confronti del consumatore. Ancora una volta, allora, regole che sono proprie della tradizione civilistica fungono da metro di interpretazione della novità del mercato tecnologico. Ai contratti di accesso alle comunicazioni elettroniche deve essere garantita l'informazione che consenta al consumatore di scegliere. L'informazione corretta, in questo settore, diviene lo strumento imprescindibile per garantire equità giuridica ai contraenti. E tale correttezza nelle informazioni altro non è che buona fede.

L'ordinamento, infine, deve riconoscere non solo diritti al consumatore, ma metodi efficaci di attuazione di essi. Il consumatore deve avere a sua tutela una organizzazione giuridica integrata, fatta di tecniche di *hard law* e di *soft law*, del controllo tipico del diritto pubblico e dei rimedi pro-

⁸³ N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, loc. ult. cit.

⁸⁴ In questo senso lo studio di M. DABBAH, *The Internalization of Antitrust Policy*, Cambridge, 2003, 28 ss. il quale vede nelle politiche di *antitrust* una tendenza ormai storica e filosoficamente orientata alla globalizzazione.

⁸⁵ Vedi P. PERLINGIERI, *Il nuovo di-*

ritto dei contratti tra persona e mercato, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 827, che osserva come «il nuovo diritto dei contratti sia senz'altro un diritto che si ispira a questa problematica di fondo, il ruolo della persona nel mercato, la funzione del mercato per la persona».

pri del diritto privato. In questo senso, l'accesso facilitato alla giustizia e la spinta verso il potenziamento della partecipazione sussidiaria dei consumatori in forma associativa divengono gli strumenti irrinunciabili per fornire giustizia al consumatore contraente: « economicamente, socialmente, esistenzialmente debole »⁸⁶.

⁸⁶ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 163 ss.