



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “ TULLIO ASCARELLI ”
DIRITTO - ECONOMIA - STORIA
DOTTORATO DI RICERCA IN “ CONSUMATORI E MERCATO ”
XXIII CICLO

*LE LIBERALIZZAZIONI NEL MERCATO
ASSICURATIVO*

Relatore

Prof. Vincenzo Cuffaro

Dottorando

Dott. Andrea Luberti

Coordinatore Sezione

Prof. ssa Liliana Rossi Carleo

Anno Accademico 2010 / 2011

Introduzione.

La presente tesi di dottorato mira ad illustrare, aspirando a raggiungere il maggior grado di completezza possibile, caratteristiche, presupposti ed effetti delle innovazioni normative che, soprattutto nell'ultimo quindicennio, hanno interessato il mercato assicurativo, con specifico riferimento a quelle finalizzate ad incrementare la concorrenzialità e a rivolgersi, in ultima analisi, a vantaggio degli assicurati sotto il profilo dell'incremento della possibilità delle scelte economiche e, soprattutto, del contenimento delle relative tariffe.

In una società sempre più globalizzata e precaria, e in cui il bisogno di sicurezza sarà sempre meno soddisfatto dallo Stato, il mercato assicurativo è il settore che forse più di ogni altro è destinato a rispondere alle esigenze più sentite dai cittadini¹. Ne deriva la necessità di un'attenta analisi degli strumenti normativi con cui migliorare il funzionamento di tale mercato.

Le questioni che saranno via via affrontate scaturiscono dalle frequenti considerazioni della scarsa competitività, e dei conseguenti, elevati, costi, nel mercato assicurativo italiano, sia nei rami danni che nei rami vita.

La trattazione si soffermerà, in particolare, sulle misure degli ultimi cinque anni. Tale *dies a quo* dell'analisi non ha carattere casuale, ma si riferisce all'emanazione del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) che ha consentito, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, la realizzazione di un testo normativo che mira a disciplinare il relativo comparto in modo organico ed omogeneo.

E', quindi, evidente che, mentre il complesso procedimento che ha portato il settore assicurativo ad una pressoché completa ascrizione all'ambito dei mercati concorrenziali, ancorché regolamentati, riveste indubbio interesse da un punto di

¹ J. ATTALI, *Une brève histoire de l'avenir*, Parigi, 2006, p. 212.

vista dell'evoluzione storica, maggiormente improntate ad una riflessione sperimentale sono le analisi della ricezione dei provvedimenti pregressi in un atto normativo, che consolida in un unico plesso organico l'intera disciplina del mercato e dell'attività assicurativa., anche in relazione agli sviluppi resi necessari dall'evoluzione economica.

L'emanazione del codice ha coinciso con un forte processo di despecializzazione degli operatori finanziari: l'attività *assicurativa*, in primo luogo, per molti anni settore "di nicchia" nel nostro paese rispetto agli omologhi mercati europei (con l'eccezione delle assicurazioni obbligatorie), per sua natura destinata alla neutralizzazione di un rischio per il patrimonio dell'assicurato, consente un accantonamento di risorse per un bisogno futuro, per cui si è autorevolmente parlato anche di una «*funzione sociale dell'assicurazione come forma di previdenza*»². La necessità di neutralizzare gli effetti negativi dell'inflazione sul capitale ha, da ultimo, portato ad elidere la differenza tra contratti con finalità indennitarie e prodotti di investimento, elaborando prodotti assicurativi sempre più innovativi e complessi (polizze *linked*, prodotti multiramo).

L'attività *bancaria*, consistente nella raccolta di depositi rimborsabili e nell'erogazione del credito, si è estesa sino a comprendere qualsiasi forma di raccolta del risparmio tra il pubblico, ivi compresa quella diretta all'acquisizione di premi assicurativi (*bancassicurazione*) e quella correlata al collocamento di prodotti di investimento. Fenomeno incrementato dalla particolare *fideliizzazione* della clientela bancaria, anche in ragione della disponibilità, da parte delle imprese creditizie, di agenzie dalle stesse gestite in forma diretta, quali emanazioni dell'impresa.

Il quadro si completa con la diffusione, anche tra i piccoli risparmiatori, dei prodotti di investimento speculativi, nonché con la comparsa sulla scena degli

² N. GASPERONI, *Voce "Contratto di assicurazione (in generale)"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, III ed, Torino, 1959, p. 565.

operatori della previdenza complementare, mercato un tempo sconosciuto a cagione delle generose provvidenze del *Welfare State* in ambito pensionistico.

L'accantonamento e l'investimento di somme corrisposte durante l'età lavorativa e la successiva corresponsione di una rendita al raggiungimento dell'età pensionabile comportano, senza dubbio, quella medesima alea demografica che contraddistingue le assicurazioni sulla vita, per cui è agevole comprendere l'intervento, anche in tale settore, delle imprese di assicurazione per la gestione dei contributi, anche ove raccolti dagli operatori specializzati del settore.

Un'ulteriore considerazione. Prima della completa attuazione del mercato unico europeo il legislatore aveva cercato di ovviare ad una specifica problematica del settore assicurativo. La legge 24 dicembre 1969, n. 990, aveva, infatti, introdotto il principio dell'obbligatorietà della assicurazione contro i danni cagionati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. L'attività assicurativa in tale ramo era, in ogni caso, svolta da imprese private, come tali tendenti alla massimizzazione del profitto. Tuttavia, la presenza di un obbligo assicurativo rendeva difficile l'applicazione integrale del meccanismo della domanda e dell'offerta, considerando anche il valore "sociale", in quanto connesso alla libertà di circolazione individuale, dell'utilizzazione di un veicolo a motore. Pertanto, in un primo momento, il legislatore aveva ritenuto di limitare in un duplice senso la libertà di azione delle imprese: da un lato attraverso un "tetto" normativo alle tariffe corrisposte in favore di queste ultime, dall'altro bilanciando l'obbligo di assicurazione comminato a carico dei cittadini con un obbligo a contrarre a carico delle imprese, previa accettazione delle condizioni contrattuali *«per ogni rischio derivante dalla circolazione»*.

Le legittimità delle suddette limitazioni, tuttavia, è stata messa in crisi dalla necessità di rispettare l'omogeneizzazione comunitaria delle normative in materia

di r.c. auto, necessaria al fine di consentire una operatività continentale ad ogni impresa autorizzata.

Mentre, peraltro, è ormai risalente la completa liberalizzazione tariffaria, è stato conservato anche nel Codice delle assicurazioni il principio dell'obbligo a contrarre, con previsione che, tuttavia, è stata a lungo *sub iudice*, come si avrà modo di esplicitare a tempo debito, prima di essere reputata legittima dalla Corte di Giustizia europea.

Obbligo assicurativo e liberalizzazione tariffaria sono gli elementi che, nel settore r.c. auto, possono spiegare le difficoltà di realizzare un mercato effettivamente competitivo. Tali circostanze sarebbero state, in ogni caso, superabili da un corretto e trasparente funzionamento del libero mercato e delle legge domanda/offerta. Tuttavia, l'esistenza di un ristretto numero di operatori ha avuto quale corollario l'agevolazione di accordi collusivi più volte sanzionati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Si evidenzia, quindi, il valore della concorrenza: come è ormai acclarato nella letteratura economica, in assenza di tali fenomeni distorsivi il libero mercato sarebbe, di per sé, in grado di attuare il meccanismo virtuoso di riduzione delle tariffe e di contestuale ottimizzazione delle risorse delle imprese.

La trattazione si svilupperà nel seguente disegno. Il primo capitolo esporrà i principi sulla produzione legislativa relativa alla disciplina e alla incentivazione della concorrenza. Tale premessa appare necessaria per giustificare, anche da un punto di vista teorico, l'introduzione di una serie di misure che, in alcuni casi, limitano fortemente la libertà delle imprese del settore (si pensi, in particolare, al divieto di distribuzione esclusiva dei prodotti danni). Tali interventi, giustificati in forza dell'art. 41 della nostra Costituzione, sono ispirati alle più recenti conclusioni della dottrina economica, secondo cui, come sopra anticipato, l'esistenza di settori scarsamente concorrenziali non può essere contrastata solo

attraverso le consuete misure “negative” (repressione degli abusi, delle concentrazioni, delle intese restrittive), ma richiede un costante monitoraggio che consenta l’individuazione di strumenti normativi adeguati allo specifico contesto.

Il secondo capitolo mira a ricostruire il rapporto tra l’esaltazione della libertà contrattuale propria delle misure a favore della concorrenza con la tematica della tutela del consumatore. Si tratta di questione affrontata non solo per l’importanza di carattere teorico, ma perché la più importante ricostruzione giurisprudenziale sul punto è stata operata proprio in occasione di una vicenda giudiziaria inerente un cartello tra imprese assicurative. Non è, forse, un caso che lo stesso Codice, elencando all’art. 3 le finalità della vigilanza sulle imprese e sugli intermediari di assicurazione, faccia riferimento alla «*competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all’informazione ed alla protezione dei consumatori*».

Il terzo capitolo analizza le specificità dei mercati “regolamentati” ed è necessario sia per coglierne le caratteristiche con riferimento agli aspetti illustrati nel primo capitolo, che per una migliore comprensione del ruolo della *regulation* dell’ISVAP nel settore assicurativo. L’intervento delle amministrazioni indipendenti è riscontrabile, infatti, in due distinti ambiti, entrambi contraddistinti dal passaggio da una riserva di attività dello Stato o di società partecipate dallo stesso ad un mercato libero (almeno nelle intenzioni) e aperto alla concorrenza. Nel settore dei *servizi pubblici* la finalizzazione delle attività al benessere collettivo, nonché la tendenziale coincidenza con monopoli naturali, ha richiesto la creazione di amministrazioni regolatrici del passaggio dal monopolio a un mercato comunque ristretto, in quanto contraddistinto da un regime *concessorio*. Esse sono dotate di poteri finalizzati a consentire il superamento della posizione di supremazia dell’operatore più importante (c.d.

misure asimmetriche). Nell'ambito dei mercati finanziari, invece, anch'essi un tempo contraddistinti dal ruolo di primazia degli operatori pubblici (istituti di credito pubblici, INA, IMI, assicuratori sociali) ma non, di norma, da un monopolio, il ruolo delle autorità in tema di *concorrenza* ha un'incidenza minore. Infatti si tratta di mercati, ancorché regolamentati, basati sul regime *autorizzatorio* e, quindi, tendenzialmente aperti ad un numero illimitato di soggetti. Tuttavia, al contrario, il ruolo delle autorità in tali comparti assume particolare pregnanza con riferimento alla *regolazione* complessiva del settore e alla *garanzia* dei consumatori. Tuttavia, la presenza nel mercato assicurativo del settore r.c. auto, collocato da parte della dottrina nell'ambito del servizio pubblico, e comunque di pregante rilievo pubblicistico, determina un'interferenza tra la categoria del *servizio pubblico* e quella del *mercato regolamentato*. L'autorità di vigilanza del settore, allo stato, non sembra però dotata di strumenti analoghi a quelli delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Il quarto capitolo, riprendendo quello precedente, illustra le caratteristiche fondamentali del mercato finanziario e l'esposto fenomeno di integrazione e despecializzazione. Costituisce, inoltre, un *trait d'union* con la seconda parte della trattazione, che sarà dedicata ad un'analisi delle caratteristiche giuridiche del mercato assicurativo e delle ragioni, in parte anticipate, delle difficoltà strutturali di tale settore di adeguarsi ai principi di libera concorrenza.

Il quinto capitolo ha carattere diacronico e mira, appunto, ad illustrare l'evoluzione del mercato delle assicurazioni in Italia, in modo da consentire la comprensione del motivo per cui tale settore è stato, sovente, oggetto di interventi sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

In particolare, si esaminerà l'influenza del piano pubblicistico su quello privatistico, verificando se, e in che misura, le norme via via introdotte spieghino influenza sull'assetto di interessi configurato dalle parti nella contrattazione di

prodotti assicurativi. Si tiene a sottolineare tale aspetto in quanto il mercato assicurativo è contraddistinto, così come del resto gli altri comparti finanziari, da una forte regolamentazione che condiziona i requisiti di accesso degli operatori, gli obblighi di comportamento, le attività esercitabili. La pervasiva incidenza della *regulation*, in ogni caso, non può essere priva di effetti anche sull'atto negoziale che opera in un settore retto da specifiche norme. Inoltre, proprio sul piano civilistico possono operare le sanzioni ad obblighi di comportamento imposti agli operatori.

L'ultima parte della trattazione, che ne costituisce il "cuore", sarà dedicata, rispettivamente, all'analisi dei rimedi apportati alle menzionate problematiche dagli istituti introdotti dal Codice, o comunque nello stesso trasfusi da disposizioni previgenti; e alle riforme introdotte nel 2006 e nel 2007 dalle c.d. leggi Bersani, anche in relazione alle misure adottate a livello di regolamentazione dell'ISVAP, ivi comprese le misure assunte in attuazione di tali ultimi interventi.

Infine, l'ultimo capitolo sarà dedicato a quello che viene ritenuto uno dei problemi principali dell'applicabilità dei principi di libera concorrenza nel mercato delle assicurazioni, individuato, lo si preannuncia, nella conformazione delle reti distributive, basate sulla commercializzazione tramite agenti monomandatari. Si tratta di un'ottica evidentemente condivisa dallo stesso legislatore, che proprio a tale aspetto ha dedicato la maggior parte delle norme introdotte dai c.d. "pacchetti Bersani".

Si tenterà, nei limiti del possibile, di non limitarsi ad una mera compilazione ma di formulare soluzioni propositive che, anche considerando la destinazione della presente dissertazione ad una "Scuola dottorale di diritto ed economia", tengano in debita considerazione - ed è questa la ragione della presenza, in apertura, di una serie di riferimenti di carattere economico - gli apporti della dottrina

economicistica.

Ciò non tanto al fine di consentire quella sovrapposizione di “algebra e pandette”³ che, tanto cara agli studiosi della *economic analysis of law*, risulta essere però piuttosto ardua e il cui raggiungimento non viene, in questa tesi, perseguito anche in considerazione del taglio prettamente “civilistico” rispetto ad un’analisi economica in senso stretto. Quanto per la necessità di consentire un inquadramento concettuale delle innovazioni legislative, delle problematiche dalle stesse poste e delle possibili soluzioni. La formulazione di norme giuridiche, infatti, in un settore come quelle della promozione della concorrenza, costituisce un “mezzo” per realizzare un “fine” che, però, non è predeterminato ma discende dall’accoglimento di una determinata *prospettiva giuseconomica*. Solo illustrando gli obiettivi che, allo stato, un ordinamento economico che si colloca nell’ambito dei mercati basati sul libero scambio mira a raggiungere, sarà possibile evitare di limitarsi ad una esegesi delle norme, cercando piuttosto di rispondere al fondamentale quesito: la concorrenza nel settore assicurativo è stata promossa con misure normative adeguate?

Se, come si vedrà, i contributi più autorevoli sul tema indicano nel ristretto numero di operatori nel settore finanziario e nella conformazione delle reti distributive le cause dell’elevato costo dei servizi assicurativi, è opinione di chi scrive che proprio in tale direzione dovrebbero spingersi sia l’attuazione delle norme già esistenti che i futuri interventi del legislatore.

Una spiegazione richiede il titolo dell’opera. Nel linguaggio giornalistico, infatti, si scrive sovente di *liberalizzazioni* per indicare, in modo promiscuo, la *privatizzazione* di attività riservate allo Stato, ma anche la *deregolamentazione* (o *deregulation*) di attività minuziosamente disciplinate, la *semplificazione amministrativa* e, infine, l’adozione *di misure di promozione della concorrenza* in specifici settori.

³ L’espressione è di R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Il Foro italiano*, 1993, V, c. 1.

Tuttavia, su un piano tecnico-giuridico i fenomeni sono profondamente diversi ancorché connessi. Proprio il passaggio da una riserva in favore dello Stato, o di monopolisti pubblici, sovente organizzati in forma societaria, ad un regime di mercato, richiede paradossalmente l'aumento, e non l'eliminazione, delle normative disciplinanti un'attività economica. Peraltro, le misure dirette all'aumento della competizione non consistono solo in interventi demolitori, come visto, ma possono richiedere l'adozione di interventi positivi (si pensi al c.d. divieto di monomandato) dirette ad eliminare o, quantomeno, a sterilizzare le posizioni dominanti degli operatori del settore.

Il concetto di liberalizzazione in senso economico, tuttavia, comprende tutti i detti elementi, nella misura in cui siano ritenuti necessari dal legislatore, e consiste nel processo di *apertura all'iniziativa economica di una pluralità di operatori economici privati di settori disciplinati, controllati o gestiti da soggetti pubblici*.

Può ora, invece, legittimamente porsi il quesito se tale processo sia destinato ad essere arricchito da ulteriori sviluppi o se sia, ormai, pervenuto al capolinea.

Nelle ore in cui si scrivono le presenti pagine incombe sul mercato una delle più gravi crisi economiche e finanziarie della storia contemporanea, che ha iniziato a determinare l'intervento della pressoché totalità dei governi europei per sostenere non solo la disponibilità economica dei cittadini, ma anche la stabilità patrimoniale e l'assetto societario di banche e imprese. Il massiccio ritorno dello Stato nell'economia, l'inopinata nazionalizzazione di alcune imprese finanziarie europee, gli aiuti pubblici alle industrie⁴, in conclusione l'apostasia dei valori fondanti del libero mercato⁵ potranno, nel lungo periodo, dimostrarsi

⁴ Si veda la *Comunicazione* della Commissione Europea del 25 ottobre 2008, relativa all'*Applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*.

⁵ E. SCALFARI, *La Repubblica*, 7 dicembre 2008: «non esisterà più un capitalismo come quello che abbiamo conosciuto (...). Lo chiameremo ancora capitalismo? Oppure come?». Il decreto legge 9 ottobre 2008, n. 155 «*Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del*

compatibili con l'apertura dei mercati e la rimozione dei vincoli alle attività private?

credito alle imprese e ai consumatori, nell'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali» ha autorizzato il Ministero dell'economia a sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati da banche italiane che presentino una situazione di inadeguatezza patrimoniale accertata dalla Banca d'Italia. Il decreto legge 13 ottobre 2008, n. 157 «*Ulteriori misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio*» ha, del pari, autorizzato il Ministero a concedere la garanzia dello Stato sulle passività delle banche italiane, e a effettuare operazioni temporanee di scambio tra titoli di Stato e strumenti finanziari detenuti dalle banche italiane o passività delle banche italiane controparti. Il decreto legge 29 novembre 2008, n. 185 «*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*» ha, tra l'altro, previsto che per i mutui prima casa in corso le rate a tasso variabile del 2009 non possano superare il tasso del 4 per cento grazie all'accollo da parte dello Stato dell'eventuale eccedenza. Degna di nota è la norma dell'art. 12, comma 6, che istituisce presso le prefetture un osservatorio sul sostegno pubblico all'economia.

Per l'osservazione secondo cui «*La crisi finanziaria ha dato la stura ad un "processo" nei confronti del paradigma di politica economica che si è andato consolidando negli ultimi venti anni. Un impianto caratterizzato da quattro "pilastri": privatizzazione (proprietà privata piuttosto che pubblica), liberalizzazioni (iniezioni di concorrenza nei mercati), regolazione (definizione di tariffe, politiche di accesso a monopoli naturali, tutela di attori di mercato "deboli"), globalizzazione (apertura dei mercati dei capitali e dei beni, superamento di istanze protezionistiche)*» si veda E. BARUCCI, *Crisi finanziaria e regolazione: al di là dei luoghi comuni* in www.nelmerito.com, 22 dicembre 2008. Il processo, peraltro, era già in corso. Si forniscono due esempi. Il 19 dicembre 2005 il Governatore della Banca d'Italia, Antonio Fazio, ha rassegnato le proprie dimissioni a seguito della pubblicazione di intercettazioni telefoniche, disposte nel corso di una indagine della Procura di Milano, che avevano evidenziato un particolare coinvolgimento nell'approvazione di una offerta pubblica d'acquisto da parte di Banca Popolare di Lodi della Banca Antonveneta, nonché analogo potenziale ruolo nell'offerta pubblica di acquisto sulla Banca Nazionale del Lavoro da parte del gruppo assicurativo UNIPOL. In entrambi i casi, tali offerte contrastavano analoghi tentativi di acquisizione compiuti da società non italiane. Con il provvedimento n. 58 del 3 dicembre 2008 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha acconsentito alla fusione tra Alitalia s.p.a. e Air One s.p.a. L'operazione, oltre a determinare la concentrazione degli unici due operatori italiani di rilevanza nazionale, si inserisce nell'acquisizione del gruppo Alitalia da parte della C. A. I (Compagnia Aerea Italiana), sostanzialmente diretta dal Governo dopo che, in precedenza, il gruppo prescelto per l'acquisizione era stato, invece, Air France - KLM (si veda l'art. 1, comma 1 del decreto legge 3 giugno 2008, n. 97 «*il Consiglio dei Ministri, con propria delibera, può individuare uno o più soggetti qualificati che, anche nell'interesse di Alitalia-Linee aeree italiane s.p.a., promuovano in esclusiva, per conto terzi ovvero anche in proprio, la presentazione di un'offerta, indirizzata all'azionista o alla società, finalizzata ad acquisire il controllo di Alitalia-Linee aeree italiane s.p.a. entro il termine indicato nella stessa delibera*»). E si noti, oltre ai decreti legge 23 aprile 2008, n. 80 e 27 maggio 2008, n. 93, il decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, che, all'art. 1, comma 10, ha introdotto una disciplina derogatoria alla normativa *antitrust* per le imprese in crisi al fine di favorirne la concentrazione.

Capitolo I

I fondamenti economici e giuridici delle politiche di liberalizzazione e di promozione della concorrenza.

SOMMARIO: 1) *Premessa*; 2) *Problematiche terminologiche*; 3) *L'analisi giuseconomica delle politiche di liberalizzazione*; 4) *La rilevanza comunitaria della concorrenza*; 5) *La rilevanza costituzionale della concorrenza*.

1 - Premessa.

Le misure di promozione della concorrenza nel settore assicurativo, che si analizzeranno nel presente contributo, non possono essere considerate isolatamente, ma devono essere studiate nel più ampio contesto della produzione legislativa relativa alla disciplina e alla incentivazione della concorrenza. Nel campo economico, negli ultimi anni, la competizione economica è stata posta alla base di una disciplina (la legge 10 ottobre 1990, n. 287), a tutela della concorrenza e del mercato e, successivamente, di un massiccio processo liberalizzativo.

La promozione della concorrenza è, inoltre, da alcuni anni, al centro di numerosi ed importanti dibattiti giuridici ed economici. L'ingresso della Repubblica nell'ordinamento comunitario ha fatto sì che la "concorrenza" costituisca un punto fermo del dibattito giuridico e politico da prima della formale introduzione, nel nostro ordinamento, di una legislazione *antitrust*⁶.

⁶ Tra le innumerevoli pubblicazioni dedicate all'argomento, si citano, senza pretese di esaustività, e limitandosi a quelle antecedenti o coeve all'entrata in vigore della l. 10 ottobre 1990, n. 287: A. FRIGNANI, *Il caso Metro - Saba: un'occasione non completamente colta in tema di "distribuzione selettiva" (con cenni ai problemi concorrenziali posti dal "cash and carry")*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 101; e in *Giurisprudenza italiana*, 1981, IV, p. 49; G. GHIDINI - G. VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza ed i consorzi*, Padova, 1981; M. SIRAGUSA, *Diritto e politica della concorrenza nella Cee: prezzi discriminatori e non equi (art. 86)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p. 46; A. CERRAI, *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del trattato CEE*, Milano, 1983; G. VETTORI, *Sulla distribuzione selettiva nel settore della stampa* (Nota a Cass., 16 aprile 1983, n. 2634,

Le “liberalizzazioni” sono quotidianamente all’attenzione non solo delle pubblicazioni specializzate di diritto o di economia, ma anche dei mezzi di comunicazione di massa: segnale inequivoco dell’importanza che, anche nel dibattito politico, tale tematica ha ormai assunto.

Si può partire dalla stretta attualità: secondo uno studio specialistico, condotto dal Centro di Ricerche sui Mercati e sui Settori Industriali dell’Università Luigi Bocconi di Milano, i benefici ricavabili nel nostro paese per la collettività dalla liberalizzazione dei settori meno concorrenziali, in particolar modo di quelli bancari, assicurativi e farmaceutici ammontano a 20 miliardi di euro⁷.

E’ agevole, quindi, comprendere facilmente la ragione per cui, nel biennio 2006-2007, il dibattito politico ha dedicato particolare attenzione al fenomeno delle liberalizzazioni: ben tre sono stati, infatti, gli interventi governativi in tal senso (definiti dai mezzi di comunicazione di massa con il termine di *lenzuolate*), due operati con lo strumento della decretazione di urgenza (la legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha convertito il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale*» e la legge 2 aprile 2007, n. 40, che ha convertito il decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 «*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di*

Federaz. it. ed. giornali c. Roselli), in *Foro italiano*, 1984, I, c. 535; R. MORERA, *Disciplina comunitaria della concorrenza e diritto di marchio*, in *Disciplina commerciale*, 1985, 1, p. 5; N. SALANTRO, *Concorrenza bancaria e direttive comunitarie*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1985, I, p. 136; L.C. UBERTAZZI, *La concorrenza bancaria*, Milano, 1986; V. MANGINI, *Proprietà industriale e concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 782; R. CAPOTOSTI, *Regole di concorrenza comunitarie e loro applicabilità agli accordi assicurativi: la voce della giurisprudenza*, in *Assicurazioni*, 1987, I, p. 16; M.M. DELFINO, *Concorrenza (in diritto americano)*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale*, III, Torino, 1988, 337; M. GARIBOLDI, *Tutela della concorrenza e del mercato: due disegni di legge a confronto*, in *Rivista delle società*, 1988, p. 547; F. DENOZZA, *Chicago, l’efficienza e il diritto antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p. 5; V. AFFERNI, *Finalmente l’antitrust è legge (commento alla l. 10 ottobre 1990, n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato)*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 1213; A. TOFFOLETTO, *Antitrust: la legge italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1990, I, p. 925.

⁷ C. SARNO, *Dalla concorrenza risparmi per 20 miliardi*, in *Italia Oggi* del 29 ottobre 2008.

attività economiche e la nascita di nuove imprese»), e uno con la predisposizione del disegno di legge approvato il 13 giugno 2007 dalla Camera dei deputati «*Misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive e commerciali, nonché interventi in settori di rilevanza nazionale*» (n. 1644/AS, n. 2272-bis 7 AC), di cui però, a causa dell'anticipato scioglimento delle Camere, è mancata l'approvazione. Deve essere, inoltre, menzionato il disegno di legge, proposto dalla Presidenza del Consiglio, denominato «*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di ordinamenti delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*» (c.d. disegno di legge Letta - Napolitano, discusso nella seduta del Consiglio dei Ministri del 2 febbraio 2007), in quanto la riforma delle Autorità di regolazione del mercato costituiva il logico corollario dell'apertura ai mercati di settori in precedenza riservati a soggetti pubblici⁸.

Peraltro può osservarsi che tali provvedimenti avevano ad oggetto una serie di materie affatto eterogenee (dai servizi pubblici alle attività professionali, dagli esercizi commerciali e farmaceutici a banche ed assicurazioni): ne deriva che l'attenzione del potere esecutivo si rivolgeva alla "liberalizzazione in sé" e non alla necessità di misure in questo o in quel settore (l'art. 59 del disegno di legge sulle liberalizzazioni prevedeva l'istituzione di una «*Legge annuale per la promozione della concorrenza e la tutela dei consumatori*», poi effettivamente introdotta con il nome di «*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*» dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*»).

2 - Problematiche terminologiche.

⁸ Nel comunicato della Presidenza del Consiglio dei ministri era specificato, in particolare, che obiettivo dell'intervento era quello di «*tutelare al massimo grado diritti e interessi fondamentali dei cittadini sanciti dalla Costituzione e dai Trattati europei, di contribuire ad accrescere la trasparenza e la regolazione dei mercati garantendo un più ampio regime di concorrenza*». Per il particolare rilievo, anche costituzionale, delle autorità indipendenti nei settori sottoposti a regolazione si sottolinea il saggio di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

Passando dall'analisi economica a quella, più impervia, di carattere giuridico dei fenomeni liberalizzatori, la dottrina si è interrogata (dedicandovi una recente pubblicazione monografica⁹) prima ancora che sulle conseguenze giuridiche, sulla corretta definizione ed inquadramento dei più recenti provvedimenti assunti dal legislatore al fine di favorire le liberalizzazioni. Si è, così, precisato¹⁰ che il concetto di liberalizzazione in senso economico non coincide perfettamente con quello di liberalizzazione in senso giuridico (pur essendo previsto, in entrambe le vicende, il necessario intervento di misure normative e, quindi, giuridiche), in quanto, mentre il primo concetto consiste nella «*apertura di mercati alla concorrenza tra operatori economici*», avente, di norma, come effetto l'eliminazione di limiti restrittivi all'attività degli operatori del settore o l'introduzione di un mercato concorrenziale in settori monopolistici o oligopolistici¹¹, il secondo indica «*la riduzione o eliminazione di vincoli all'esercizio di attività private*», attuabile con misure eterogenee quali, in una sorta di *climax*, il passaggio da un regime concessorio ad uno autorizzatorio, il passaggio da un regime autorizzatorio ad uno basato sulla denuncia di inizio attività, l'eliminazione di albi o registri abilitanti o, ancora, l'eliminazione di qualsiasi titolo abilitativo¹².

Da tale precisazione deriva, quindi, la possibilità di distinguere il fenomeno delle vere e proprie liberalizzazioni dagli altri concetti contenuti «*in una quadriga di*

⁹ Si fa riferimento al volume a cura di E. STICCHI DAMIANI, *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina (atti del convegno di Lecce, 30 e 31 marzo 2007)*, volume n. 15 della Collana *Diritto dell'Economia* diretta da E. PICOZZA e G. LENER.

¹⁰ F. G. COCCA, *Relazione introduttiva*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., p. 3.

¹¹ *Ibidem*, pp. 3 e 6.

¹² *Ibidem*, pp. 3 e 4.

*parole d'ordine, comprendenti anche delegificazione, deregulation e privatizzazione, lanciata a tutta velocità nel circo mediatico intorno alla metà degli anni '80*¹³».

Le misure di promozione della concorrenza dell'ultimo biennio possono, in un certo senso, essere viste quale ultimo tassello di quella intensa stagione di mutamenti normativi che, a partire dall'inizio degli anni '90, ha cercato di contribuire ad un avvicinamento dell'economia italiana ai modelli europei con cui, in concomitanza con l'avvento della moneta unica europea, la stessa si è trovata a competere. Così, accanto alla necessità, più volte avvertita dai giuristi, dell'eliminazione (*deregulation*) degli eccessivi vincoli all'iniziativa economica privata, determinanti un considerevole incremento dell'attività burocratica, dei relativi costi, nonché dei «*lacci e lacciuoli*» anch'essi gravanti sulle imprese (secondo un'espressione utilizzata da Guido Carli in una ben nota introduzione ai lavori della Confindustria)¹⁴ o, almeno, di operare una razionalizzazione e codificazione delle norme primarie, restringendone l'ambito di intervento ai soli

¹³ M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., p. 12. Si veda, altresì, il riferimento alle c.d. semplificazioni contenuto in F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 7, ove si evidenzia che la semplificazione influisce sul modo di agire dell'amministrazione ma non necessariamente in senso agevolativo dei privati (si fa l'esempio, al riguardo, del pagamento delle imposte per via telematica che, se determina una diminuzione di determinate formalità per quanto concerne l'amministrazione finanziaria, non si risolve in alcun esonero per il privato che, al contrario, è tenuto, in ogni caso, ad effettuare prestazioni in una modalità predeterminata dalla legge).

Anche la semplificazione amministrativa ha assunto particolare rilievo nella legislazione prodotta a partire dagli anni novanta. Si fa riferimento, in particolare, agli istituti della denuncia di inizio attività (ora segnalazione certificata di inizio attività) e del silenzio assenso, di cui agli artt. 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e della c.d. autocertificazione, generalizzata dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 e dal d.p.r. 20 ottobre 1998 n. 403.

¹⁴ Discorso ora reperibile in G. CARLI, *Lacci e lacciuoli*, Roma, 2004. L'espressione, tratta a sua volta da Tommaso Campanella, deriva da un noto articolo del 1 febbraio 1919 in cui Luigi Einaudi incitava all'abolizione delle forme di controllo sull'economia «*grazie a cui magistrati, professori, segretari di prefettura, poste telegrafici perderanno il proprio tempo ad annusar formaggi e negoziar merlucci*». A chi legge il giudizio se tali storture siano, o meno, ancora esistenti a novant'anni di distanza. Per la necessità di «*Liberalizzare, semplificare, ridurre tempi e costi delle procedure amministrative*» cfr M. CLARICH, *Pastoie radicate*, in *Il Sole 24 ore* dell'11 novembre 2003.

principi fondanti, per il resto rinviando a testi regolamentari (delegificazione)¹⁵, lo scorso decennio ha riscontrato la “privatizzazione” delle imprese pubbliche operanti in settori strategici, accompagnata dalla “liberalizzazione” di tali attività al fine di evitare l’instaurazione di monopoli non più giustificabili dopo la trasformazione in veri enti con fini di lucro delle imprese medesime¹⁶.

Da notare, tra l’altro, che proprio il settore assicurativo, salvo quanto di maggiore dettaglio sarà detto in seguito, è paradigmatico di tutti i fenomeni sopra elencati, essendosi verificata: una *deregulation* all’accesso grazie al riconoscimento, in base al principio della libera prestazione dei servizi, dell’operatività delle imprese comunitarie e, in seguito, della libera determinazione delle tariffe; una *liberalizzazione* a seguito dell’abolizione dei privilegi monopolistici dell’operatore in mano pubblica (l’INA - Istituto Nazionale delle Assicurazioni); una *privatizzazione* sostanziale di tale impresa; e, infine, una *delegificazione* a seguito dell’entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, che ha instaurato una regolamentazione *principle based* affidata, per il resto, all’emanazione di regolamenti da parte dell’Autorità di settore. Sin qui la prima fase della liberalizzazione del mercato assicurativo.

Tuttavia, la rimozione dei limiti all’ingresso nel mercato può non apparire sufficiente a consentire l’espressione del gioco concorrenziale. Il processo può, quindi, essere completato con l’adozione delle misure positive *pro* concorrenza:

¹⁵ E il conseguente fenomeno della codificazione di settore: si fa riferimento ai decreti legislativi: 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali); 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale); 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’amministrazione digitale); 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo); 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private); 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità), 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture); 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo).

¹⁶ Per l’osservazione secondo cui quanto accaduto in Italia (far precedere la privatizzazione all’apertura del mercato), lungi dall’essere spiegabile in base a logiche di carattere efficientistico, che avrebbero, al contrario, secondo quanto espresso nel testo, giustificato l’inverso ordine, appare, invece, giustificato dall’esigenza dello Stato di monetizzare la maggiore appetibilità dell’impresa monopolistica si veda C. BENTIVOGLI - S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza - Antitrust e regolazione*, Roma, 2000, p. 394.

come detto, l'insufficienza in uno specifico settore dei rimedi generali (divieto di intese o concentrazioni), rende necessaria l'adozione di provvedimenti specifici. In particolare, nel settore assicurativo, l'apertura dei mercati alle imprese comunitarie e la conseguente eliminazione della determinazione amministrativa delle tariffe non è stata accompagnata dalla sperata riduzione dei costi. In considerazione delle caratteristiche strutturali del mercato assicurativo italiano, il legislatore del 2006 e del 2007 è pertanto intervenuto con una misura, il divieto di monomandato, che dovrebbe, in tale ottica, consentire ai *newcomers* il pieno ingresso nella concorrenza, superando i privilegi raggiunti dalle assicurazioni già affermate in forza del regime di distribuzione esclusiva.

Si è, sul punto, osservato¹⁷, che, a ben vedere, sia con riferimento alla privatizzazione nell'ambito dei servizi pubblici che in quella verificatasi in altri settori strategici (quali, ad esempio, la finanza privata), la privatizzazione e la liberalizzazione non equivalgono a *deregulation* delle attività ma, al contrario, determinano un incremento dell'attività di regolazione, in quanto l'apertura dei mercati ad operatori privati in luogo dell'unico monopolista, o comunque di una pluralità di imprese partecipate o, in vario modo, controllate dallo Stato, determina la necessità di dettare regole giuridiche finalizzate alla disciplina di tali attività e alla preservazione della concorrenza.

¹⁷ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, II ed, Bari, 2000, p. 118: «La liberalizzazione dell'entrata (...) produce il paradosso della regolazione dell'attività (...). Tutto ciò è dovuto al fatto che non si può passare, in un solo colpo e rapidamente, dal monopolio (legale) alla concorrenza (imposta dalla legge) (...). Di qui un circolo vizioso: l'apertura alla concorrenza produce la necessità di regolazioni che fanno arretrare l'applicazione della disciplina della concorrenza» e p. 168: « (...) le privatizzazioni conferiscono al governo poteri più ampi di quelli che aveva quando era gestore delle imprese pubbliche: quest'ultimo da gestore diretto si trasforma in regolatore. In conclusione, dunque, le privatizzazioni più che espressioni della ritirata dello Stato e delle crisi del diritto pubblico costituiscono manifestazione di un più ampio fenomeno di riorganizzazione del governo centrale e di modifica dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato».

Al massimo un rapporto di inclusione può essere accertato nel rapporto tra privatizzazione e liberalizzazione¹⁸, nel senso, cioè, che l'organizzazione di settori dell'economia secondo i principi del libero mercato e della concorrenza si accompagna, di norma, all'apertura del mercato ad una pluralità di ulteriori operatori privati, anche per la circostanza che, una volta esclusa in radice la possibilità di adottare discipline di privilegio per gli operatori pubblici, appare necessario anche il trasferimento della titolarità delle quote di maggioranza a soggetti maggiormente idonei ad operare sul libero mercato.

Se, come illustrato, il concetto di liberalizzazione in senso economico diverge da quella in senso giuridico, pare evidente che il primo degli effetti può essere raggiunto tramite l'adozione di misure affatto differenti, ed anzi in un certo senso antitetico, rispetto alle misure liberalizzatrici in senso giuridico: le misure contenute nelle norme adottate nel settore assicurativo nel biennio 2006-2007, infatti, introducono nuove ed ulteriori prescrizioni agli operatori del mercato al fine di attuare una concorrenzialità che, nell'ottica del legislatore, non era sufficientemente garantita dalle pregresse condizioni di mercato.

La presenza, nel nostro dettato costituzionale, di una norma quale l'art. 41 Cost., che ribadisce il principio di libertà dell'iniziativa economica privata, ma, nello stesso tempo, afferma il necessario rispetto della utilità sociale, della sicurezza, della libertà, e della dignità umana, consentendo l'adozione dei *«programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»* costituisce, ovviamente, un imprescindibile punto di riferimento per valutare se le menzionate riforme siano conformi o meno al dettato costituzionale. In tale sede, il parametro di legittimità tende a sovrapporsi a quello di efficienza, visto che, nell'ottica della Costituzione, solo quelle

¹⁸ Si veda sul punto S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amministrativo*, 1999, p. 1367.

limitazioni che appaiano intrinsecamente idonee al raggiungimento delle finalità elencate possono dirsi conformi al dettato costituzionale.

3 - L'analisi giuseconomica delle politiche di liberalizzazione.

L'affermazione sopra espressa rende necessario effettuare qualche premessa metodologica. In settori altamente tecnici e a forte impatto economico, infatti, quali il diritto della concorrenza, la selezione delle opzioni normative esperibili non può limitarsi ad una valutazione prettamente giuridica, ma deve fare riferimento ad una valutazione degli effetti conseguibili e, in una fase prodromica, alla selezione delle finalità cui regolamentazione deve essere sottesa. Tale è stata, storicamente, l'affermazione proposta dalla scuola, di impronta prettamente nordamericana e, pertanto, pragmatica, conosciuta storicamente come *Economic Analysis of Law*¹⁹. Di fronte all'arguta osservazione²⁰ secondo cui l'indagine sugli «effetti economici della legislazione suppone preliminarmente chiarire il nesso epistemologico che attraversa i due termini del sintagma²¹», si ritiene necessario precisare il rapporto tra diritto ed economia nella edificazione di un plesso normativo: in

¹⁹ R. VAN DER BERGH, *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in AAVV, a cura di, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, p. 1 osserva che «La legislazione antitrust è sempre stata influenzata dal pensiero economico».

²⁰ G.L. CARRIERO, *Economia e legislazione: spunti di riflessione ed esercizi applicativi*, Relazione al III Congresso di aggiornamento professionale forense svolto a Roma il 3-5 aprile 2008, reperibile sul sito www.altalex.com. e in *Temì Romana*, 2008, p. 155.

²¹ *Ibidem*, «Cosa cioè debba intendersi per "effetto economico"; con riguardo a quali destinatari; attraverso quali unità di misura valutarlo; quale parte della legislazione considerare. Ma, prima e soprattutto, se possa imputarsi all'attività legislativa il fine ultimo di produrre o non produrre effetti economici piuttosto che di disciplinarli, a fronte dell'insopprimibile contenuto descrittivo della norma giuridica che tradizionalmente sottende una sua irenica funzione di composizione dei conflitti in quanto tecnica ordinatrice dell'agire umano. I suoi predicati di astrattezza e generalità, nell'indicare fatti senza nome e senza volto, vale a dire schemi tipici ripetibili in un numero indefinito di casi, ne esalterebbero infatti consustanziali caratteri di neutralità».

sostanza, occorre valutare quali siano i “fini” che il legislatore, attraverso la predisposizione dei “mezzi” che, successivamente, si provvederà ad analizzare, abbia voluto perseguire; in caso contrario, l’analisi delle misure si risolverebbe in una mera esegesi delle stesse²².

Storicamente, la necessità di una legislazione concorrenziale è giustificata dalla particolare efficienza del mercato basato sulla libera concorrenza, almeno in un’ottica di “ottimo paretiano”, derivante dalla circostanza che nessuna impresa è in grado di influenzare in materia apprezzabile il prezzo di mercato²³, corrispondendo quest’ultimo al costo marginale. Di conseguenza, la curva di offerta di ogni impresa non presenta alcuna interazione con le altre²⁴ ed ogni singolo operatore si trova ad essere *price taker*. Per tale motivo, può osservarsi che, almeno in prima istanza, il diritto della concorrenza²⁵ è sotteso ad una preservazione del mercato concorrenziale quale esistente in presenza di una pluralità di operatori che agiscono in modo indipendente l’uno dall’altro.

Pertanto, la primaria finalità perseguita dalla legislazione in materia di concorrenza è stata quella, in una visione classica e statica della tutela del

²² P. CIOCCA, in *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, a cura di P. CIOCCA e I. MUSU, Milano, 2006, p. 13, osserva che «L’economia invita il giurista a non accontentarsi di formulare una legge e di curarne la rigorosa applicazione. (...) Non vi è un diritto “ottimo” per qualsivoglia economia di mercato. Esiste semmai un diritto “acconcio”, meglio corrispondente alle caratteristiche e alle esigenze, attuali e prospettive, di un’economia di mercato storicamente determinata».

²³ S. VINCI, *Introduzione alla microeconomia*, Napoli, 1993, p. 125.

²⁴ *Ibidem*, p. 41.

²⁵ Intendendo con tale termine il ramo del diritto che ha ad oggetto la regolazione «non tanto della struttura del mercato ma) della condotta delle imprese attualmente o potenzialmente presenti sul mercato, al fine di massimizzare - sotto il profilo dell’efficienza allocativa e talvolta anche distributiva – il benessere sociale” e che ha come scopo quello di «identificare, prevenire ed eventualmente eliminare le circostanze in cui possa essere esercitato

un potere di mercato in modo da permettere alla concorrenza di dispiegare i suoi effetti positivi»: così S. MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato - ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004, p. 70 e 71.

mercato, incentrata sull'esigenza di limitare le intese occulte tra le imprese teoricamente concorrenti, che avrebbero finito per determinare una situazione equivalente al monopolio (legislazione c.d. *antitrust*).

Non è un caso che la prima legislazione *antitrust* (lo statunitense *Sherman Act* del 1890²⁶), nel sanzionare l'illegalità delle intese restrittive della concorrenza, si ispiri pienamente alla dottrina economica classica²⁷, quale "correttivo" alla mancanza, *in rerum natura*, di un modello di concorrenza perfettamente corrispondente a quello elaborato dalla dottrina classica. Lo stesso termine *antitrust* evidenzia, da un lato, l'origine anglosassone della disciplina, dall'altra l'incentrarsi della problematica soprattutto sulle forme (i *trusts*) con cui era possibile realizzare cartelli o concentrazioni fiduciarie, e quindi occulte, tra imprese apparentemente concorrenti che pregiudicavano il fisiologico dispiegarsi del gioco concorrenziale.

Tuttavia, non può dirsi che le esigenze sottese alle misure normative e ai provvedimenti finalizzati ad incentivare la concorrenza abbiano carattere univoco. Alle attente precauzioni, formulate sulla scorta della teoria classica, avverso la formazione di operatori predominanti sul mercato, in grado per ciò stesso di disvelarsi quali *price maker*, non è mancato chi, invece, reputa dannosa ed ossessiva la predilezione, riscontrabile nella prima fase del diritto della concorrenza, per una parcellizzazione del mercato. Sulla base delle teorie politiche espresse dalla scuola austriaca, per cui il ritorno ad un *kosmos* normativo basato sull'economia di mercato rappresenterebbe un progresso rispetto alla

²⁶ La cui *Section 1* declama: «*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*», mentre la *Section 2* disponeva che «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*».

²⁷ R. VAN DER BERGH, *op. cit.*, p. 3.

*taxi*²⁸ di impostazione cartesiana, la scuola di Chicago, ha, invece, ritenuto che la creazione di imprese via via di dimensioni maggiori possa superare i “costi transattivi” presenti nel mercato, sostituendo, quindi, ad un modello neoclassico di concorrenza perfetta quello schumpeteriano di competizione quale processo dinamico ed innovativo (*Schlafmützenkonkurrenz*), e, quindi, anche potenziale.

La scuola di Chicago ha enfatizzato l'impostazione economicistica delle valutazioni *antitrust*²⁹, in quanto il provvedimento relativo alla valutazione di un comportamento anticoncorrenziale non dovrà, in tale ottica, limitarsi a registrare la formale ascrizione della fattispecie concreta a quella astratta, ma anche valutare l'offensività del comportamento tenuto (c.d. *rule of reason* elaborata nel 1911 dalla Corte Suprema americana nei casi *Standard Oil* e *American Tobacco*, secondo cui non ogni intesa restrittiva era *per se* sanzionabile, ma solo quelle in cui non era possibile dimostrare che il comportamento fosse utile agli interessi della collettività³⁰). In tal modo alla valutazione *antitrust* viene attribuita più una funzione di cura dell'interesse pubblico sotteso alla disciplina che di mera applicazione di norme giuridiche.

²⁸ La distinzione tra i due concetti è stata operata da F. A. VON HAYEK, in *Regole e ordine*, traduzione di P.G. MONATERI, ora in *Legge, legislazione e libertà - critica dell'economia pianificata*, a cura di A. PETRONI e S. MONTI BREGADIN, Milano, 2000, p. 51, che individua, nell'ambito degli ordini sociali, una fondamentale distinzione tra l'organizzazione e l'ordine spontaneo, sia pure nella coesistenza in ogni ordinamento dei due elementi (*ibidem*, p. 63). Nella successiva opera *Il sistema politico di un popolo libero*, *ibidem*, p. 439 ss., il Von Hayek, applicando tali concetti all'ordine del mercato (catallassi), precisa che i vantaggi della concorrenza non consistono tanto in quelli indicati dalla dottrina classica, che possono essere riferiti ad un modello “teorico” e, pertanto, insuscettibile di effettiva applicazione, quanto nell'ottimizzazione dell'efficienza dei singoli operatori che, di per sé, non è preclusa neanche dall'esistenza di un monopolio o di un oligopolio (sempre che gli stessi non siano determinati da privilegi legali o da altre barriere all'accesso di attività).

²⁹ Si veda sul punto R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust ?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 119.

³⁰ G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Collana di studi giuridici della facoltà di Economia di Verona, Padova, 1999, p. 4.

Può, forse, soggiungersi che l'impostazione della scuola di Chicago tende, quantomeno nel breve periodo, a privilegiare gli interessi dei consumatori rispetto a quelli dei concorrenti. Eventuali comportamenti abusivi o vessatori dell'impresa risultata dominante finirebbero, in quest'ottica, per essere scoraggiati dalla circostanza che, in tali evenienze, verrebbe ad essere incentivato l'ingresso di nuovi operatori nel mercato. Per contro, la legislazione di incentivazione alla concorrenza dovrebbe risolversi, soprattutto, nella eliminazione delle "barriere all'entrata" di determinate attività: pertanto, misure finalizzate all'aumento della concorrenza e misure di liberalizzazione tenderebbero ad essere coincidenti. E' agevole osservare, infatti, che l'esistenza di un ristretto numero di operatori in un determinato settore di mercato finisce, in ogni caso, per essere potenzialmente pregiudizievole per il suo equilibrio in quanto agevola le intese collusive, da un lato perché consente all'impresa di "far passare inosservati" eventuali comportamenti opportunistici³¹ e, dall'altro, in quanto agevola i "comportamenti paralleli" anche in mancanza di vere e proprie intese collusive³².

Cartina di tornasole delle differenziazioni introdotte dalla scuola di Chicago rispetto alle più tradizionali teorie sulla concorrenza è costituita dall'ipotesi di comportamenti finalizzati all'instaurazione di un potenziale monopolio ma che (si pensi ai c.d. prezzi predatori), si rivolgano, in un primo momento, come vantaggiosi per i consumatori. Lo stesso può dirsi per le concentrazioni, che possono risolversi in vantaggio per il mercato nei limiti in cui consentono l'affermazione di imprese maggiormente efficienti. E la tematica sarà ripresa con riferimento al divieto di imposizione di prezzi o tariffe minime, in relazione alle misure introdotte dall'art. 8, comma 2, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223).

³¹ C. BENTIVOGLI - S. TRENTO, *op. cit.*, p. 246.

³² *Ibidem*, p. 259.

Emblematica della differenza di concezioni sul punto è la ben nota vicenda che ha interessato la più importante azienda di informatica commerciale e produzione di *software* del mondo, la Microsoft Corporation³³, con riferimento alla valutazione dell'illegittimità, o meno, della decisione di tale impresa di distribuire il proprio *browser* già incluso nel sistema operativo Windows 98.

Nel primo senso ha propeso la decisione della corte distrettuale americana adita³⁴ che ha, invece, nello stesso tempo, escluso l'illiceità dei contratti di esclusiva con cui la casa americana precludeva ai distributori di intrattenere rapporti contrattuali con imprese concorrenti, in presenza della disponibilità di canali alternativi di vendita.

In tale fattispecie, è evidente che, mentre ragioni rigorosamente basate sull'interesse dei fruitori finali deporrebbero per la piena legittimità del comportamento, in quanto recante benefici efficientistici alla collettività, la tutela dell'equilibrio del mercato finirebbe invece per deporre in senso contrario.³⁵

Infatti, mentre una temporanea posizione di vantaggio potrebbe, nel lungo periodo, essere comunque superata, in quello breve siffatta situazione potrebbe garantire un'importante innovazione tecnologica, non dovendosi, in questa impostazione, il diritto *antitrust* preoccupare del numero "attuale" di imprese concorrenti quanto dei potenziali sviluppi del mercato.

³³ A. PORTOLANO, *Il caso Microsoft e la concorrenza nelle network industries*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 697.

³⁴ Corte distrettuale degli Stati Uniti d'America, District of Columbia, sentenza, 3 aprile 2000, in *Foro italiano*, 2000, IV, c. 229 con note di A. PORTOLANO, *Contro un rimedio strutturale nel caso Microsoft*, e A. RENDA, *Microsoft: cronaca di una condanna annunciata*.

³⁵ Per il conflitto «tra ragioni della concorrenza, che indurrebbero a elogiare l'impresa che riesca a vendere a prezzi più bassi, a tutto beneficio dei consumatori, e ragioni dei concorrenti, che inducono invece a privilegiare assetti di mercato inefficienti, se ciò è necessario per la sopravvivenza delle piccole imprese che non sono in grado di reggere il passo delle consorelle di maggiori dimensioni» si veda A. PORTOLANO, nota cit.

4 - La rilevanza comunitaria della concorrenza.

Se ci si è diffusi sull'analisi economica del diritto è perché essa ha, sovente, influito sulle decisioni in concreto adottate dalle corti, europee ed americane, chiamate ad applicare le rispettive legislazioni *antitrust*³⁶.

In particolare, essa assume rilievo nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea sin dalla famosa sentenza "Cassis de Dijon"³⁷ del 1979, sia pure in misura minore rispetto agli omologhi americani³⁸.

La trasponibilità delle conclusioni delle corti americane in ambito comunitario, e di conseguenza il raffronto tra i due ordinamenti proconcorrenziali, è stata oggetto di analisi particolarmente approfondite in dottrina³⁹.

Al riguardo, va premesso che le esigenze sottese alla creazione della disciplina concorrenziale presenti nel diritto americano sono difformi da quelle comunitarie. Mentre nel primo caso le regole sono sorte al fine di consentire il corretto sviluppo di un mercato in via di espansione, evitando la formazione di monopoli occulti (*trusts*) e preservandone un equilibrio ottimale, in ambito comunitario il concetto di concorrenza deve essere delineato quale forma di governo generale dell'economia, in quanto il perseguimento delle finalità concorrenziali è strettamente correlato all'obiettivo di integrazione delle economie nazionali, e quindi alla edificazione *ex novo* di un mercato comune, alla cui realizzazione si frappongono anche ostacoli di carattere non prettamente

³⁶ G. FLORIDIA - V.G. CATELLI, *Diritto antitrust italiano - le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano, 2003, p. 11.

³⁷ Su cui si veda in dettaglio *infra*.

³⁸ R. VAN DER BERGH, *op. cit.*, p. 3.

³⁹ Si rinvia, in particolare, a F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 499.

economico (si pensi alla presenza di settori regolamentati o alla differenze della disciplina privatistica del contratto nell'ambito dei singoli servizi).

Il fondamento comunitario delle politiche di liberalizzazione e di concorrenza, anche nazionali, è, pertanto, inquadrabile nella volontà di creare un mercato unico (inteso come luogo di relazioni commerciali), quale primo passo dello spazio comune di libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone⁴⁰.

Si può verificare l'importanza delle politiche di concorrenza in ambito comunitario quale espressione dell'ambizione all'unità europea considerando la particolare attenzione data dalla Commissione europea alle misure che (si pensi agli aiuti di Stato) tendono a falsare il gioco concorrenziale soprattutto tra gli operatori economici di altri paesi comunitari e quelli che svolgono la loro attività nell'ambito del mercato nazionale.

In altre parole, il principio di concorrenza non rileva solo nei rapporti tra imprese e consumatori o tra imprese di diverse dimensioni, ma anche come precetto nei confronti degli operatori statuali del mercato comunitario, che sono tenuti a non falsare l'equilibrio del mercato.

Ai fini di una più agevole comprensione, occorre ricordare il fondamento normativo delle politiche comunitarie di concorrenza.

Le relative previsioni si poggiano sulla terza parte, artt. 85-90, del Trattato istitutivo della Comunità Europea⁴¹, e, soprattutto, dall'art. 3, lettera f), dello

⁴⁰ E. PICOZZA, *I fondamenti comunitari delle politiche e misure di liberalizzazione*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., p. 32; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, II ed., Padova p. 526.

⁴¹ Con tale termine si indica, conformemente all'uso comune, il primo dei due Trattati, siglati in Roma il 25 marzo 1957 ed entrati in vigore il 1 gennaio dell'anno successivo, che hanno istituito, rispettivamente, la Comunità economica europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica.

stesso trattato, che poneva tra gli obiettivi essenziali⁴² della Comunità la realizzazione di «*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*».

Nella versione consolidata, dopo l'Atto Unico Europeo⁴³, del trattato, l'art. 81 (ex art. 85) sanzionava le intese idonee a pregiudicare il commercio tra gli stati membri (mentre la repressione delle concentrazioni, non prevista espressamente nel Trattato, è stata attuata con il Regolamento 4064 del 1989, ed è anch'essa relativa, sulla base all'art. 2, alle concentrazioni incompatibili con una concorrenza effettiva). A livello primario, la disciplina in materia di concorrenza è stata, da ultimo, disciplinata dal Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002.

Il comma 3 dell' art. 85, inoltre, consentiva un regime parzialmente derogatorio nell'ipotesi di pratiche che «*contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*». Ne derivava la possibilità di prendere in considerazione, ai fini della valutazione della legittimità dell'intesa o della pratica, anche interessi *estranei* al singolo settore di mercato⁴⁴.

La possibilità di deroga può infatti essere disposta dalle Commissione con l'emanazione di regolamenti di esenzione. A seguito della introduzione del

⁴² Di modo che si è sostenuto (S. CAPPIELLO, *L'interazione tra economia e diritto*, in *Economia per il diritto*, cit., p. 83) che il diritto, nell'ambito degli obiettivi dell'Unione europea, costituisca una «*infrastruttura immateriale*».

⁴³ L'Atto Unico (così denominato in quanto riuniva i vari testi proposti durante i negoziati) è stato sottoscritto a Bruxelles il 28 febbraio 1986 ed è successivamente entrato in vigore, a seguito della ratifica dei parlamenti degli stati membri, l'1 luglio 1987. Il suo obiettivo era costituito dalla realizzazione, entro il 31 dicembre 1992, di un mercato unico, cioè di uno spazio senza frontiere interne, nel quale fosse assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali; proprio al fine di facilitare il raggiungimento di tali obiettivi, si rese necessario una parziale modifica del Trattato.

⁴⁴ G. D'ATTORRE, *Una "ragionevole concorrenza": il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 80.

Regolamento 1 del 2003 l'esenzione prevista dal trattato non richiede più alcuno specifico atto da parte della Commissione, la cui emanazione assume quindi il ruolo di atto meramente interpretativo ed applicativo⁴⁵.

Nel Trattato, siglato in Roma il 29 ottobre 2004, che avrebbe dovuto adottare una Costituzione per l'Europa, la specificazione degli obiettivi dell'Unione era formulata in modo tale da non lasciare dubbi sulla persistenza della concorrenza tra gli obiettivi fondanti dell'Unione⁴⁶.

Anche nel Trattato di Lisbona⁴⁷ in cui la concorrenza non è più uno degli obiettivi ufficiali dell'Unione, ma è menzionata nel Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza, la politica della politica di concorrenza rimane inalterata rientrando, secondo il ribattezzato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*ex* Trattato di Roma), nella competenza esclusiva dell'Unione secondo quanto disposto dall'art. 3, lett. b), la «*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*». La repressione delle condotte anticoncorrenziali è ora disciplinata dagli artt. 101 ss.

⁴⁵ G. COFRANCESCO, *La disciplina comunitaria della concorrenza*, in G. COFRANCESCO (a cura di), *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo*, Roma, 2009, p. 133.

⁴⁶ Art. I-3 (Obiettivi dell'Unione): «1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. 2. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata. 3. L'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

⁴⁷ Si tratta dell'accordo siglato a Lisbona il 13 dicembre 2007, sostitutivo, sia pure con modifiche in larga parte simboliche, del Trattato costituzionale, resosi necessario a seguito degli esiti dei referendum olandese e francese del maggio 2005. Successivamente, a seguito di altro referendum, sempre dall'esito negativo, tenutosi nella Repubblica d'Irlanda, ne è stata rinviata l'entrata in vigore al 2009. Importante differenziazione formale è, peraltro, data dalla mancata unificazione del Trattato sull'Unione europea e del Trattato istitutivo della Comunità europea, ora denominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché della Carta dei diritti fondamentali (Trattato di Nizza). Sul punto R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 21.

Tuttavia si è osservato⁴⁸ che in futuro la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea potrebbe risentire di tale rimozione, e i governi nazionali potrebbero sentirsi maggiormente autorizzati ad interventi protezionistici.

La disciplina della concorrenza di derivazione comunitaria si fonda sulla teoria della c.d. *workable competition* secondo cui una perdita di indipendenza dell'impresa non pregiudica, necessariamente, il corretto funzionamento del mercato, ma può contribuire a migliorarne l'efficienza, consentendo a quelle meno affermate di competere con quelle che abbiano già acquisito una posizione di prevalenza sulla base delle condizioni che le stesse sono riuscite ad imporre alla globalità dei consumatori. Il modello di *workable competition*, già elaborato dalla scuola di Harvard a partire degli anni '40, mira ad eliminare le storture e deviazioni al modello di concorrenza perfetta nei limiti in cui le stesse non possano essere, di per sé, deviate da ulteriori imperfezioni del modello classico. La concorrenza, pertanto, sia pure adattata alle specifiche caratteristiche del mercato su cui le misure intervengono, torna ad essere un fine in sé e non semplicemente un mezzo tramite cui raggiungere l'ottimale efficienza economica, affiancata da una *economic regulation* che si sostanzia in interventi pubblici volti ad incentivare lo stesso sviluppo della competizione, correggendo i c.d. fallimenti del mercato.

Caratteristica della scuola di Harvard è quella di valutare il pregiudizio alla collettività con riferimento non già al benessere collettivo, quanto al singolo settore di mercato⁴⁹.

Da un punto di vista prettamente normativo, tuttavia, anche per quanto concerne il diritto europeo della concorrenza possono formularsi osservazioni

⁴⁸ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁹ G. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 16.

analoghe circa la valutazione in concreto dei comportamenti, essendo evidente la derivazione statunitense dello stesso⁵⁰.

Secondo la dottrina, le disposizioni del Trattato consentirebbero una valutazione della *rule of reason* con riferimento al benessere collettivo molto più incisiva rispetto all'omologa disciplina statunitense⁵¹. Infatti, ai sensi dell'articolo 81, comma 1 del Trattato il pregiudizio al mercato comune costituisce presupposto di applicabilità della disciplina comunitaria, e non effetto richiesto per l'illiceità⁵², mentre il comma 3, che fa riferimento alle intese «*dirette a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*» fa riferimento al mercato nel suo complesso e può costituire limite applicativo delle norme determinanti la stessa illegittimità dell'intesa⁵³.

Peraltro, l'applicazione della *rule of reason* nella sua formulazione "onnicomprensiva" nel diritto comunitario è stata, secondo parte della dottrina, storicamente marginale⁵⁴. Soprattutto nella prima fase del diritto comunitario della concorrenza, l'applicazione di criteri automatici era basata sulla volontà di incentivare la creazione di un mercato comune⁵⁵.

In sintesi, può affermarsi che, a livello europeo, l'applicazione delle norme sulla concorrenza è svolta, rispetto all'omologo ambito americano, con un grado di

⁵⁰ Così G. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁵¹ G. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 18. Sul punto altresì P. MANZINI, *I parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, II, p. 285.

⁵² G. DALLE VEDOVE, *op. cit.*, p. 12

⁵³ Sulla differenziazione di tale previsione rispetto alla *Rule of reason* americana G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 91

⁵⁴ G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁵ G. D'ATTORRE, *op. ult. cit.*

maggiore severità quanto al singolo comparto di mercato, da un lato, e con minore rigore, con riferimento alla possibilità di valutare gli obiettivi di benessere collettivo, dall'altro.

Le caratteristiche del diritto comunitario della concorrenza sono state evidenziate dalla Corte di Giustizia Europea, tra l'altro, nel *leading case Metro c. Saba*⁵⁶. In tale occasione, la Corte ammise la rispondenza all'interesse comunitario dei consumatori di misure dirette a selezionare il numero dei rivenditori autorizzati in settori contraddistinti da elevata tecnologia o prezzi, in modo da consentire adeguata assistenza al compratore, rivendicando, quindi, la possibilità di valutare la legittimità di misure siffatte non già in relazione ad un modello astratto di concorrenza, quanto ad un mercato valutato *hic et nunc*.

L'indirizzo è stato, da ultimo, recepito nella sentenza del Tribunale di primo grado 27 settembre 2006, causa T – 168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited/Commissione*⁵⁷, in cui la giurisprudenza ha ribadito che nella valutazione dell'accordo restrittivo delle reti di distribuzione di un prodotto, astrattamente lesivo della concorrenza, deve in ogni caso verificarsi la sussistenza di un pregiudizio per i consumatori finali.

C'è una osservazione ulteriore da formulare. La legislazione *antitrust* è diretta a mantenere integro l'ordine economico *del mercato*, ma non è in grado di correggere proprio quelle storture che, in un'ottica settoriale, possono presentare *ab ovo* determinati segmenti dello stesso. In altre parole, in un settore quale

⁵⁶ Corte di Giustizia europea, sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/76, in *Foro italiano*, 1978, IV, c. 65 con nota di R. PARDOLESI. Si veda, altresì, la nota di A. FRIGNANI *cit.* Si vedano, inoltre, le sentenze del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman Roche/ Commissione*, *ibidem*, c. 357; la sentenza 11 dicembre 1980, causa *L'Oréal/Commissione*, *ibidem*, IV, 201, e in *Rivista di diritto industriale*, 1981, p. 339; e la sentenza 16 giugno 1981, n. 126/80, *Solonia c. Poidoman* in *Foro italiano*, 1981, IV, c. 38 con nota di R. PARDOLESI, *La distribuzione selettiva dopo "Metro" e "Sylvania"*.

⁵⁷ In *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, p. 297, con nota di C. DESOGUS: *Il caso Glaxo: la fine del commercio parallelo di farmaci in Europa?*

quello assicurativo, non può ritenersi che, solo per l'eliminazione di pratiche oligopolistiche da parte delle imprese, si possa, di per sé, raggiungere un equilibrio ottimale. Pertanto, la tutela della concorrenza non si identifica con la sola normativa che impedisca la concentrazione delle imprese o le pratiche collusive⁵⁸. Di qui l'insorgenza di un distinto filone normativo, quello dedicato alla tutela dei consumatori nei rapporti con le imprese, anch'esso oggetto di notevole attenzione da parte del legislatore europeo.

5 - La rilevanza costituzionale della concorrenza.

Le citate finalità devono, come detto, essere valutate alla luce dell'art. 41 della Costituzione che, mentre afferma il principio di libertà dell'iniziativa economica privata, nello stesso tempo ribadisce che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, e che attribuisce alla legge il potere di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Tale norma, anche letta alla luce dell'art. 3, comma 2, della *Grundnorm*, colloca la nostra Costituzione nell'ambito delle carte fondamentali che, «*pur conservando i tradizionali istituti della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica, li considera non più come un "mito" che ha valore intangibile e ritiene necessario intervenire nel settore dei*

⁵⁸ Come osserva R. PARDOLESI (in *Diritto antitrust: questioni generali*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. V, p. 218) «*le modalità di svolgimento della concorrenza sono presidiate anche da apparati normativi che s'ispirano alla logica, tutta diversa, della correttezza dei comportamenti tenuti dagli operatori; mentre, se si guarda al mercato, non si tarderà a scoprire che, secondo l'insegnamento tradizionale, l'antitrust tiene il campo là dove si registrano occlusioni contingenti al dispiegarsi delle sue virtù salvifiche e cede al cospetto di fallimenti strutturali (monopoli naturali, asimmetrie informative etc.), che non possono essere rimossi con un intervento episodico e postulano il ricorso alla regolamentazione (magari con l'avvertenza di restringerla recessivamente al solo compito di 'mimare' gli esiti competitivi preclusi dalle contingenze strutturali)*».

rapporti economici per coordinare l'attività economica ed indirizzarla al raggiungimento di un maggiore benessere comune», e che, con tali disposizioni «tendono ad istituire un sistema di economia regolata»⁵⁹.

Questa chiave di lettura appare corroborata dal dato che la norma, pur nel riconoscere la tendenziale primazia della libertà di iniziativa privata, non le conferisce alcuno *status* di inviolabilità né, del pari, esclude la possibilità di una vera e propria programmazione pubblica, subordinandola ai soli requisiti della riserva di legge e della valutazione di utilità sociale⁶⁰.

Una volta dato per acclarato che le misure dirette a favorire la concorrenza sono legittime, nei limiti in cui siano preordinate al raggiungimento di finalità sociali, deve, per contro, valutarsi non solo l'astratta idoneità, ma anche la concreta possibilità di raggiungere le finalità predette.

Può, quindi, porsi il problema se, e in che termini, le finalità proconcorrenziali costituiscano, esse stesse, quei fattori determinanti per il benessere comune che la Carta Costituzionale qualifica come elementi idonei a legittimare l'intervento pubblico, anche tramite l'emanazione di norme imperative incidenti sull'autonomia dei privati.

Sul punto, occorre valutare in che misura la concorrenza sia presa in considerazione dall'ordinamento giuridico quale valore presente nella disciplina delle attività economiche.

Al riguardo, deve essere ricordato che solo a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, intervenuta nel 2001 (e non per l'inserimento di una specifica previsione dell'art. 41) la nozione di concorrenza è stata menzionata quale

⁵⁹ T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, VIII ed., Milano, 1994, pp. 242 e 243.

⁶⁰ Così R. NIRO, *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla costituzione* a cura di A. CELOTTO - R. BIFULCO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 848.

principio del nostro ordinamento. In precedenza, infatti, la dottrina⁶¹ tendeva a considerare nettamente distinto i profili di diritto comunitario dalla disciplina interna dei rapporti privatistici, contenuta nel Codice civile.

Proprio la presenza, a livello comunitario, di norme dedicate alla concorrenza ha consentito di qualificare la stessa come elemento fondante dell'ordinamento giuridico anche ai fini della limitazione della libertà di iniziativa economica.⁶²

Il richiamo al valore della concorrenza in un'ottica comunitaria assume, ad esempio, rilevanza in sede di *enforcement* della disciplina, ai fini della valutazione giurisdizionale dei provvedimenti adottati a tutela della concorrenza e del mercato: proprio l'aderenza agli *standard* valutativi comunitari finisce, in giurisprudenza, per costituire un metro di giudizio idoneo a scongiurare il pericolo di un'eccessiva dilatazione del potere attribuito in via esclusiva all'Amministrazione⁶³, oltre che criterio valutativo, da parte degli organi giurisdizionali comunitari, nei giudizi sulle impugnazioni avverso i provvedimenti irrogati dalla Commissione.

Si consideri, infatti, che l'applicazione di principi in astratto qualificabili come prettamente giuridici (anche in sede di impugnazione) può essere pregiudicata

⁶¹ «Le norme del diritto delle comunità europee) hanno una sfera distinta da quella propria del diritto interno, riferendosi a situazioni relative al mercato comune (...) mentre le norme del diritto interno hanno riferimento ai rapporti ed alle situazioni relative al mercato interno del nostro, come di ogni altro Stato, appartenente alla collettività». Così M. CASANOVA, voce *Concorrenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, appendice di aggiornamento, Torino, 1981, p. 307.

⁶² R. NIRO, *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla costituzione* cit., p. 857.

⁶³ C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p. 874. In tal senso Cons. Stato, sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 2178 e in *Foro italiano*, 2004, III, c. 6 con nota di S. BASTIANON, *Dai buoni pasto ai "concetti giuridici indeterminati". Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*.

dalla riscontrabile interferenza tra criterio giuridico e valutazione economica, e dalla sostanziale prevalenza di quest'ultima⁶⁴.

Ne deriva che, anche in un ambito contraddistinto da elevata tecnicità, in cui, pur a seguito delle più recenti riforme degli strumenti probatori nel processo amministrativo, si afferma la sola ammissibilità di un sindacato giurisdizionale "debole" (al fine di evitare che l'attribuzione di competenze ad autorità amministrative indipendenti particolarmente qualificate dal punto di vista tecnico possa essere vanificato dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di sindacare l'applicazione della regola concettuale seguita nell'adozione di una misura), l'Autorità è chiamata a confrontarsi proprio con il parametro comunitario, al fine di conformare a diritto i propri provvedimenti.

Ma *a fortiori* tali principi spiegano influenza sulla disciplina legislativa che, in conseguenza dell'art. 117 Cost. nella sua attuale formulazione, deve rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Ciò anche per la mancanza di una tradizione giuridica, diversa da quella comunitaria, cui fare riferimento⁶⁵.

Sul punto, giova ricordare che, per molto tempo, e sino all'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990, n. 287, proprio l'art. 41 della Costituzione era stato considerato norma fondante lo stesso diritto delle imprese di stipulare, nei limiti del Codice Civile, accordi finalizzati ad operare restrizioni nel mercato⁶⁶. In particolare, la Corte Costituzionale, con una nota sentenza⁶⁷, ritenne infondata

⁶⁴ *Ibidem*, p. 880, si osserva che in tali fattispecie «il diritto è il fatto: così, determinare l'esistenza di una posizione dominante, la sussistenza di un potere di mercato e, dunque, l'anelasticità della domanda riferita all'impresa dominante non sono che tre facce della stessa questione».

⁶⁵ A. GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e Impresa*, 1991, p. 654.

⁶⁶ A. FRIGNANI, *Commento sub. art. 1 legge 287/1990*, in AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 97.

⁶⁷ Corte Cost. sentenza 16 dicembre 1982, n. 223, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 12; in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, p. 2246; in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, p. 1029.

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2596 c.c., per contrarietà all'art. 41 Cost., nella parte in cui non prevede(va) la nullità del patto di non concorrenza ove questo abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la competizione nel mercato. In tale sede, i giudici della Consulta ritennero⁶⁸, da un lato, esulante dai propri poteri l'introduzione in via giudiziaria di una normativa *antitrust*, dall'altro la piena legittimità della norma che non avrebbe necessariamente comportato una restrizione alla libertà della concorrenza.

Si può osservare che, probabilmente, tale sentenza risentiva della confusione, più volte denunciata dalla dottrina, tra libertà di concorrenza e tutela della medesima⁶⁹. Nel primo senso, infatti, il precetto tende ad identificarsi con quello di libertà di iniziativa economica, mentre nel secondo costituirebbe in senso proprio l'oggetto della tutela⁷⁰. Nel Codice Civile, come detto, ad essere tutelata non è tanto la struttura concorrenziale del mercato quanto la libertà dei singoli operatori⁷¹.

Né, peraltro, specifiche disposizioni erano contenute nella Costituzione, che considerava la tutela del mercato come interesse prettamente civilistico⁷².

Ne deriva che solo grazie all'adeguamento ai principi dell'ordinamento comunitario dell'art. 41 Cost. poteva dirsi che il principio di concorrenza

⁶⁸ “*Candidamente*”, come osserva nella nota critica R. PARDOLESI.

⁶⁹ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 1429.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1430

⁷¹ E. FRENI, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. CASSESE, IV, *Diritto amministrativo speciale*, II ed., Milano, 1993, p. 3685.

⁷² *Ibidem*, p. 3686.

venisse, in via indiretta, recepito all'interno della Costituzione⁷³, specificandone il precetto⁷⁴.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 «*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*», ha, tuttavia, introdotto all'art. 117 Cost., come novellato dalla stessa, una lettera e) che, tra le altre materie, sottrae alla potestà legislativa della Regioni la «*tutela della concorrenza*».

Tale disposizione, lungi dal rappresentare una mera norma sul riparto di competenza tra Stato e Regioni, ha sancito la stessa doverosità della funzione⁷⁵, nonché la sua primazia, considerando che si tratta di materia non delegabile.

E' stato, in ogni caso, osservato⁷⁶ che l'introduzione di una specifica disposizione nella carta costituzionale non indica *a contrario* l'illegittimità delle misure concorrenziali adottate già in epoca antecedente, in quanto si tratta di misure pur sempre dirette a garantire l'utilità sociale dell'attività imprenditoriale e, in ogni caso, a tutelare la libertà degli altri operatori, che, in caso contrario, finirebbero per essere danneggiati dai comportamenti collusivi.

Semmai, si può osservare che tale disposizione potrebbe, attualmente, gettare un'ombra di illegittimità sull'art. 2596 c.c. secondo la prospettiva *infra* indicata⁷⁷.

⁷³ G. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 35.

⁷⁴ G. DALLE VEDOVE, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁷⁵ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 1435; E. FRENI, *op. ult. cit.*, p. 3688.

⁷⁶ E. FRENI, *op. ult. cit.*, p. 3695.

⁷⁷ Il rapporto tra autonomia contrattuale e concorrenza, è stato di recente affrontato *ex professo* da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, p. 3. Si sottolinea, in particolare, la potenziale contrapposizione tra concorrenza e autonomia contrattuale, che può costituire uno dei mezzi con cui, in concreto, è attuato l'intento anticoncorrenziale («*con il contratto che si riduce o preclude l'iniziativa economica di altri, che si realizza l'intesa vietata, che si abusa dell'altrui dipendenza economica ovvero che si fa valere la posizione dominante occupata nel mercato*»), per la conclusione che «*Nel loro rapporto reciproco, contratto e concorrenza esprimono, dunque, una medesimezza e, insieme, una singolare*

Tuttavia, la nullità di tali accordi discende direttamente, ora, dall'art. 2, comma 3, della l. 287/1990, sicché la paventata illegittimità dovrebbe essere, in ogni caso, ritenersi scongiurata.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha avuto modo, in epoca successiva alla riforma costituzionale, di affrontare la questione della portata applicativa della lettera e) dell'art. 117 in diverse occasioni, relative, però, non già alla legittimità di tale misure in sé e per sé considerate, quanto relativamente al riparto di competenze tra Stato e regioni⁷⁸.

Occorre considerare, infatti, che un intervento statale particolarmente incisivo potrebbe in astratto configgere con la regolamentazione di settori di spiccata competenza regionale.

Il primo degli arresti è la sentenza 13 gennaio 2004, n. 14⁷⁹. In tale occasione, la Corte, dopo aver compiutamente delineato l'oggetto della decisione⁸⁰ affermò il

contraddizione e più di un paradosso, per il fatto d'essere latori d'istanze eterogenee se non antinomiche» (ibidem, p. 4).

⁷⁸ Si deve premettere che una parziale attenuazione dei criteri di riparto fissati dalla nuova formulazione del testo costituzionale e, in particolare, dall'art. 117, comma 4, in base a cui «*Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*» è stata compiuta grazie alla ricezione, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, di un principio di leale collaborazione che, sulla base dell'esigenza di unità dell'ordinamento, consente un intervento statale purché in concreto attuato tramite modalità non lesive della autonomia regionale, ad esempio grazie all'acquisizione di pareri o intese, o alla limitazione alle sole norme di principio dell'efficacia espansiva.

Si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte Costituzionale 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2675 (in materia di esercizio di funzioni amministrative); 16 marzo 2007, n. 88, in *Foro italiano*, 2009, I, c. 1000 (in materia di insediamenti turistici); 24 luglio 2009, n. 237, in *Foro Italiano*, 2010, I, c. 713 (in materia di coordinamento finanziario); 15 aprile 2008, n. 102, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, p. 47 (in materia di tributi delle Regioni); 13 dicembre 2004, n. 380, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 4184 (sul rispetto del patto di stabilità e crescita).

⁷⁹ In *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 459 con nota di S. CALZOLAIO, *Tutela della concorrenza o concorrenza sotto tutela?*; in *Foro Italiano*, 2006, I, c. 3.

⁸⁰ « (...) il tema su cui occorre soffermarsi in via preliminare può essere ridotto all'interrogativo se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul

pieno inserimento delle politiche regolatorie nell'orbe degli interventi attivi nell'economia⁸¹ (*quantum mutatus ab illo!*).

In un'altra, ben nota, sentenza⁸² la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli art. 117 e 118 Cost., dell'art. 14, comma 1, del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003 n. 326, (*«Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici»*), che conteneva norme in materia di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, argomentando, sull'abbrivio della precedente pronuncia, che *«la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato»*.

Più di recente, la questione è stata affrontata con riguardo alla legittimità di alcune disposizioni del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 *«Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»* ribadendosi tosto affermazione analoga (*«Rientrano, pertanto, nell'ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già*

mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare l'attività delle autonomie».

⁸¹ *«Dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Quando l'art. 117, comma 2, lett. e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»*.

⁸² Corte Cost., sentenza 27 luglio 2004, n. 272, *ex plurimis* in *Foro italiano*, 2005, I, c. 2648 con nota di V. MOLASCHI, *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004*.

concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi») già contenuta nelle pronunce 14 dicembre 2007, n. 431 e 23 novembre 2007, n. 401⁸³.

Dalle sentenze citate sembrerebbe, tuttavia, emergere una sottile differenziazione della tutela della concorrenza in ambito comunitario rispetto a quella embricata nella carta costituzionale. Nel primo caso, infatti, essa è tutelata in quanto strumentale al pieno perseguimento dell'obiettivo del raggiungimento della integrazione del mercato nell'Unione. Nel secondo caso, invece, essa è più direttamente finalizzata a perseguire il benessere della collettività in quanto volta a perseguire l'efficienza economica⁸⁴. Tuttavia, è indubbio che, anche nel secondo caso, emerga in modo del tutto meridiano che l'intervento dello Stato per la promozione della competitività non si limiti all'erogazione di benefici finanziari ma si estenda fino a ricoprire interventi di carattere normativo, ove resi necessari dalla concreta configurazione del mercato.

⁸³ *Ex plurimis* in *Foro italiano*, 2008, I, c. 1787 con nota di A.M. DE LUCA e di G. CORSO - G. FARES *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, e in *Il Corriere giuridico*, 2008, p. 1075 con nota di A. DE LUCA e A. DI MAJO, *Lo stato fa shopping di concorrenza negli appalti pubblici*. Deve essere sottolineato, in particolare, che in tale occasione la Corte ha avuto modo di ribadire (nella sentenza n. 401, punto 6.7) che «la tutela della concorrenza - se si eccettuano, in particolare, gli aspetti della specifica normativa antitrust dirette a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese - (ha) natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quella di una funzione esercitabile sui più diversi soggetti».

⁸⁴ Si veda sul punto la sentenza della Corte di Giustizia europea, 22 giugno 1989, causa C-103/88 *F.lli Costanzo c. Comune di Milano*, in *Foro italiano*, 1991, IV, c. 129 con nota di A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in cui l'esclusione automatica delle offerta anomale è stato ritenuta contraria allo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici.

Capitolo II

Promozione della concorrenza e tutela dei diritti del consumatore nel mercato assicurativo.

SOMMARIO: 1) *Premessa: l'“ordine giuridico del mercato”*; 2) *L'introduzione della tutela della concorrenza in Italia*; 3) *L'introduzione del consumerismo in Italia*; 4) *Rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore*; 5) *Un'applicazione concreta: il danno antitrust e l'azione collettiva.*

1 - Premessa: l'“ordine giuridico del mercato”.

Nel precedente capitolo, si è illustrato quale sia il rapporto tra tutela della concorrenza e benessere della collettività. Si procederà, ora, a verificare se analoghe considerazioni possono essere effettuate con riguardo alla norme sulla tutela dei consumatori e, conseguentemente, ad analizzare il rapporto tra i due ordini di norme nel mercato assicurativo.

Il settore assicurativo, in ragione della presenza del settore r.c. auto, è stato e continua ad essere, in realtà, maggiormente condizionato da misure metaconcorrenziali, in quanto miranti a favorire la riduzione delle tariffe.

Nello stesso tempo, la normazione di derivazione comunitaria ha determinato, come detto, la gemmazione di due filoni: quello che ha portato alla citata legge 10 ottobre 1990, n. 287 (definibile quale disciplina della concorrenza), ma anche quello che ha portato, dapprima tramite l'introduzione nel codice civile degli artt. 1469 ss. , poi grazie alla creazione di uno specifico *corpus* (il Codice del consumo) ad una disciplina che potrebbe essere definita, in prima istanza, di tutela del consumatore.

Contestualmente, il legislatore ha disciplinato in modo ancora più puntuale la tutela del consumatore nel comparto finanziario, tramite l'istituzione di

specifiche autorità indipendenti cui deve attribuirsi l'emanazione di una specifica disciplina secondaria di settore.

Successivamente, nel corso del 2005, è stata portata a termine la codificazione e la delegificazione del mercato assicurativo, tramite l'emanazione del Codice delle assicurazioni (si veda *ultra*).

Da ultimo, con i c.d. pacchetti Bersani, sono state assunte misure che mirano, nell'ambito dei servizi assicurativi (ma ciò può dirsi anche con riferimento alle norme in materia di telefonia mobile o di servizi bancari), a garantire la possibilità di recesso dai consumatori dai contratti poliennali e che si collocano al limite tra la tematica della concorrenza e quella della tutela del consumatore, non essendo, peraltro, tali finalità del tutto antitetiche. Infatti, le misure in questione mirano, da un lato, ad esaltare la libertà contrattuale del consumatore, e quindi si pongono in un'ottica di garanzia della autonomia contrattuale; dall'altra, a migliorare l'efficienza del mercato attraverso una costante e continua concorrenza e confronto tra i prodotti. Ciò, ovviamente, porta ad un rafforzamento della competitività del mercato nel suo complesso, in quanto fa sì che gli operatori del settore (imprese ed intermediari) perseguano la massimizzazione dei profitti non già tramite l'imposizione di ingiustificate limitazioni sui consumatori, ma attraverso un miglioramento del rapporto tra costi e benefici all'interno dell'impresa.

Il passaggio da un ordinamento giuridico contraddistinto dall'intervento, sotto varie specie, dello Stato, a un mercato concorrenziale, pone il problema della sussistenza di una serie di disposizioni eteronome rispetto all'ordine spontaneo de mercato (*catallassi*) e della loro estensione⁸⁵.

⁸⁵ L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 159, osserva che «*Il mercato non si regola autonomamente e perfettamente: dunque, ancora una volta, si rivela necessaria la mediazione del diritto e occorre guardare alla realtà tenendo conto dell'ordine giuridico del mercato*».

Il problema del pieno recepimento dei principi comunitari di concorrenza nell'ordinamento nazionale passa, innanzitutto, attraverso la verifica della compatibilità tra l'economia di mercato e l'art. 41 della Costituzione⁸⁶.

Il rapporto tra l'ordinamento del mercato nell'ottica dell'art. 41 della Costituzione rispetto all'impostazione dei trattati comunitari è stato affrontato in modo particolarmente approfondito da Natalino Irti⁸⁷.

Secondo Irti, il concetto di "Costituzione economica" non può esprimere una realtà multipolare, se analizzato con riferimento al significato relativo (non già alla materia disciplinata - per l'appunto, l'economia) ma al fenomeno normativo⁸⁸: il mercato, quindi, è soprattutto un insieme di norme.

In questa impostazione, quindi, emergerebbe la discrasia tra l'art. 41 Cost. e i trattati comunitari⁸⁹, fatta salva, in ogni caso, la cedevolezza della norma costituzionale in conformità dell'art. 11 e, oggi del riformato art. 117.

In ogni caso, Irti nega che anche il mercato fondato sulla libera concorrenza, quale emergente dall'assetto giuridico europeo, possa essere considerato su un

⁸⁶ Disposizione che, come noto, afferma il principio di libertà dell'iniziativa economica privata, ma, nello stesso tempo, ribadisce che essa non possa «svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» aggiungendo che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁸⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 16: «In luogo di rompere l'unità della costituzione, e di scomporla in una pluralità di autonomi nuclei normativi (...) occorre concentrare l'unità del disegno costituzionale e, quindi, applicarla a singole materie e campi di attività. Il processo di concentrazione richiede lo sfruttamento di tutte le norme costituzionali, in modo che la scelta della forma di economia s'inquadri nella decisione suprema sulla esistenza politica dello Stato, e quasi ne discenda come una particolare applicazione».

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 24-25. *Ibidem*, pp. 29-23, per l'osservazione secondo cui «una decisione di un sistema, regolatrice di un immane spazio, capace bensì di impedire l'applicazione del costituzionale art. 41, ma tuttavia inidonea, per intima debolezza di consenso, a elevarsi a dignità di costituzione economica (e dell'Unione e degli Stati membri)».

livello prettamente economicistico⁹⁰: «*l'economia di mercato (...) non è assenza di norme, ma serietà e rigore di norme, che, componendosi nell'organicità di statuti di mercato, garantiscono la libera gara delle imprese, permettono calcoli sul futuro, assicurano la libertà delle imprese*»⁹¹.

E, secondo tale visuale, è impensabile che il diritto si limiti a “dare atto” della presenza di un mercato: sorge, invece, l'esigenza di una disciplina attinente, «*da un lato, verso i soggetti e i beni*»⁹² (cioè la tutela dei consumatori) «*dall'altro, verso la qualità e il numero delle parti*» (cioè la disciplina della concorrenza), espressione, quindi, da un lato della comunanza di interessi tra consumatori, dall'altro della competizione tra produttori⁹³.

Tuttavia, gli ormai rapidi mutamenti tecnologici rischiano di ridurre il diritto a tecnica, a mera osservanza di forme e procedure⁹⁴. Il tutto in contrasto con l'esigenza, pur nell'ambito di una regolazione improntata al mercato, di non prescindere da una complessiva valutazione delle finalità cui la norma è preordinata⁹⁵.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 27: «*La decisione non è nel senso dello straniarsi statale dall'economia, ma anzi dell'ordinarla secondo i principi del mercato aperto e della libera concorrenza*». Si veda altresì *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2009, p. 919. In tal senso anche N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 17.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 64 e 65.

⁹² *Ibidem*, p. 48.

⁹³ *Ibidem*, p. 49.

⁹⁴ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 38 e 39.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico, le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, editoriale per il cinquantennio di *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 1 e ora in *L'ordinamento vigente e i suoi valori - Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 233: «*La realtà non è riducibile agli aspetti economici. Le ragioni del mercato sono espressioni di una realtà ben più complessa, caratterizzata anche da spinta di natura diversa ispirate da ragioni che sono non soltanto mercantili, ma etiche e/o religiose, umanitarie e solidali e che si propongono persino come contestative delle mere ragioni del mercato(...)* E' indubitabile che il rapporto mercato-

Una diversa concezione del rapporto tra mercato e diritto mira, invece, a ricostruire i rapporti tra diritto ed economia in modo affatto diverso. Tale indirizzo, infatti, mira ad inserire *anche* le leggi dell'economia nel processo normativo dei fenomeni economici⁹⁶.

In quest'ottica, quindi, l'art. 41 Cost. non risulterebbe in antinomia rispetto al descritto processo di passaggio dallo Stato "gestore" a quello "regolatore", ma sosterebbe una differenziata vigilanza che, nell'alveo di una serie di mutamenti comunitari e transazionali, segnerebbe il passaggio da una forma di controllo diretta a una indiretta⁹⁷.

Si è, peraltro, precisato che una terza, e diversa, chiave di lettura, può essere data dal riconoscimento, nella carta costituzionale, dell'assenza di indicazione di una specifica forma di controllo della attività economica indirizzata alla tutela della concorrenza e dei consumatori⁹⁸, ma di un sostanziale recepimento, in termini di compatibilità, dei principi enucleati a livello comunitario⁹⁹.

In tale ottica, quindi, l'art. 41 non costituirebbe il fondamento, ma la cornice entro cui inserire i diversi, e più recenti, sviluppi del controllo sull'economia, attuato non tramite una programmazione degli interventi da eseguire, quanto tramite una definizione del complessivo assetto e degli equilibri del mercato, al cui interno possano operare una pluralità di soggetti privati in concorrenza.

istituzioni rappresenta il problema centrale della modernità. Occorre, però, la consapevolezza che il protagonista di tale rapporto è, e resta, l'uomo, come persona e non già ridotto a consumatore o produttore (...).

⁹⁶ Per l'idea secondo cui la Costituzione economica, non risultando solo di norme scritte, è un concetto variabile. S. CASSESE, *op. cit.*, specialmente p. 3 e ss. Per l'osservazione secondo cui «la scelta economica (nella fattispecie concreta l'economia di mercato ndr) precede sempre la pronunzia del legislatore economico» cfr B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 1542.

⁹⁷ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 287.

⁹⁸ M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 89.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 93.

2 - L'introduzione della tutela della concorrenza in Italia.

In tale ottica deve, quindi, valutarsi l'introduzione di una legislazione finalizzata a garantire l'equilibrio del mercato e la concorrenza, proprio nel periodo storico in cui veniva a tramontare l'idea di gestione diretta dell'economia da parte dello Stato.

Come detto, solo in epoca recente (rispetto ad altri paesi) la legislazione nazionale si è dotata di idonei mezzi di tutela della concorrenza¹⁰⁰.

Per molto tempo, infatti, la concorrenza non era valutata come un valore in sé, quanto sotto forma di un complesso di regole che l'operatore economico fosse tenuto a rispettare in modo da consentire ai concorrenti di competere ad armi pari. In scarso, o punto, interesse era invece, tenuto l'interesse generale alla competizione quale equilibrio in cui la prevalenza di un determinato imprenditore deve ridondare a vantaggio della collettività.

Nel dettaglio, gli artt. 2, 3 e 5 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sanzionano ora tre fattispecie vietate, disciplinando le modalità di valutazione dell'intesa e sanzionando le relative violazioni¹⁰¹: le intese restrittive della concorrenza (*«gli*

¹⁰⁰ Sull'introduzione e sulle applicazioni della legge 287 del 1990 si cita, senza pretese di esaustività, F. BORTOLOTTI, *La legge antitrust: ambito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 597; A. DE NICOLA, *La disciplina della concorrenza e del mercato: il controllo delle concentrazioni in Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 52; L. PAOLUCCI, *Prime pronunce giurisprudenziali sulla legge antitrust (Nota a A. Milano, 15 luglio 1992, Soc. Avir c. Enel)*, in *Le Società*, 1993, p. 6; M. SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana*, in *Diritto industriale*, 1998, p. 41; G. PALMERIO, *La tutela della concorrenza: un dialogo non sempre facile tra economisti e giuristi*, in *Mondo bancario*, 2000, 3, p. 3; G. M BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 397; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, cit.; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, II ed., Bologna, 2004; M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006; G. MANGIONE, *Diritto antitrust: concentrazioni*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. V, p. 265; G. NAPOLITANO, *Concorrenza e antitrust*, *ibidem*, vol. III, p. 511; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007; R. PARDOLESI, *Diritto antitrust: questioni generali*, cit.

accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari» e «le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»), gli abusi di posizione dominante nel mercato (l'imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; gli impedimenti o i limiti alla produzione, agli sbocchi o agli accessi al mercato, allo sviluppo tecnico o al progresso tecnologico, a danno dei consumatori; l'applicazione nei rapporti commerciali con altri contraenti di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; gli accordi che subordinano la stipulazione di contratti alla accettazione di prestazioni supplementari) e le operazioni di concentrazione. Rispetto alla disciplina prevista dal codice civile in materia di concorrenza sleale¹⁰², soprattutto la seconda categoria non è in alcun modo riconducibile ad

¹⁰¹ AAVV, *Diritto antitrust italiano*, cit., *passim.*; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, X ed., a cura di C. ANGELICI E G.B. FERRI, Milano, 1996, p. 144 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - diritto dell'impresa*, II ed., Torino, 1993, pp. 218 ss.; F. MARTORANO, in VINCENZO BUONOCORE (a cura di), *Istituzioni di diritto commerciale*, III ed., pp. 347 ss.

¹⁰² L'art. 2598 c.c. sanziona: 1) l'utilizzo di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, l'imitazione dei prodotti di un concorrente (*atti di confusione tipici*), l'attività finalizzata a creare confusione rispetto ai prodotti e l'attività di un concorrente (*atti di confusione atipici*, in quanto l'iscrizione deve essere vagliata dall'interprete); 2) la diffusione di notizie in ordine ai prodotti o all'attività dei concorrenti, idonei a determinarne il discredito (*atti di denigrazione*), o l'appropriazione di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente (*atti di vanteria*); 3) l'utilizzo diretto o indiretto di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda. In quest'ultimo ambito la giurisprudenza ha finito per ricomprendere una serie di fattispecie (storno dei dipendenti, vendite sottocosto), rispetto a cui la potenziale lesività degli interessi dei consumatori appare del tutto fuori luogo. A conferma, per la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2601 del Codice civile, che limita alle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria la legittimazione ad agire nel caso in cui gli atti di concorrenza sleale pregiudichino gli interessi di una categoria professionale, si veda l'ordinanza del Tribunale di Milano, 7 febbraio 1980, in *Foro Italiano*, 1980, I, c. 3133, e l'ordinanza della Corte Costituzionale, 21 gennaio 1988, n. 59, in *Foro Italiano*, 1988, I, c. 2158, con nota di F. COSENTINO *L'art. 2601 c.c. e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte costituzionale*.

una tutela dei concorrenti, anzi si rivolge, essenzialmente, a sanzionare illeciti compiuti nei confronti dei soggetti che accedono alla fornitura di beni e di servizi.

La sanzione relativa alle intese, poi, pone alla base del comportamento sanzionato una fattispecie in cui il comportamento delle imprese stipulanti non può, indubbiamente, porsi quale fattispecie “sleale”, se si considera che, ai sensi della *supra* citata giurisprudenza della Corte Costituzionale, la determinazione convenzionale della concorrenza rientra, indubbiamente, nella discrezionalità di ogni impresa.

Ne deriva che, in tale impostazione, ad essere tutelato è non già l'imprenditore concorrente, ma il mercato in quanto tale¹⁰³.

Come si è detto, e si avrà modo di precisare *infra*, al di là dell'introduzione di una generale normativa *antitrust*, il legislatore è sovente intervenuto con specifiche misure per incentivare (è il caso del mercato assicurativo) la competizione in settori reputati scarsamente concorrenziali, e ciò, in generale, deve dirsi con riferimento alla maggioranza dei settori sottoposti, a partire dagli anni novanta, a fenomeni di carattere liberalizzativo.

¹⁰³ P. DE VECCHIS, *La tutela degli interessi protetti dalle norme sulla concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 47, Roma, 1996, p. 20. Sulla differenza tra la tutela dei concorrenti e l'interesse (pubblico) alla concorrenza Corte d'appello di Milano, sentenza 16 luglio 2008, in *Foro Italiano*, 2009, c. 904, che ha precisato la carenza di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ad emanare ordinanze inibitorie di abuso di posizione dominante in carenza di una lesione (anche potenziale) ad una posizione soggettiva di un concorrente.

3 - L'introduzione del consumerismo in Italia.

Anche l'introduzione della disciplina a tutela del consumatore è di derivazione comunitaria¹⁰⁴, e il principio di protezione dei consumatori è solennemente sanzionato, dopo timidi spunti introdotti con l'Atto Unico Europeo, dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c. d. Trattato di Nizza)¹⁰⁵.

Il recepimento delle innovazioni consumeristiche nel nostro *corpus* normativo nazionale non può, in ogni caso, essere inquadrato nell'ambito di una improvvisata imposizione *ab externo*, ma è stata preceduta, va detto, da un dibattito dottrinale¹⁰⁶ interno che, dopo aver analizzato i rapporti di forza all'interno delle categorie economiche, aveva sottolineato l'esigenza di superare la tutela meramente formale prevista dal codice civile all'art. 1341, comma 2, osservando che, pur nell'ambito di un generale riconoscimento della legittimità ed, anzi, dell'importanza di consentire una definizione uniforme dei rapporti contrattuali da parte delle imprese, l'onere della specifica sottoscrizione poteva soddisfare la problematica di una adesione non adeguatamente motivata, ma non, ovviamente, quella della mancanza di un concreto potere, da parte del consumatore, di modificare l'accordo in senso conforme alle proprie esigenze di tutela.

¹⁰⁴ L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1533.

¹⁰⁵ R. CONTI, *La tutela a favore del consumatore nell'ordinamento comunitario ed italiano in materia di clausole abusive*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 399.

¹⁰⁶ C. M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981, voll. I e II; Id., *Le autorità private*, Napoli, 1997; Id., *Diritto civile* - vol. III, Milano, 1998, p. 367 ss. Per la teoria che riconduce tali forme contrattuali a fattispecie non negoziali cfr N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 347.

Il dibattito dottrinale, giova accennare, è proseguito anche nel momento successivo¹⁰⁷ al recepimento, nel nostro ordinamento, della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e si è incentrato, soprattutto, sulla formazione di un *acquis* che ha portato ad elaborare l'autonoma, e distinta, categoria dei contratti dei consumatori, sottoposti ad una disciplina specifica ed autonoma, rispetto al diritto comune, oggi rifluita nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo)¹⁰⁸, che si incentra sugli obblighi di trasparenza e di informazione, ma anche su una concreta valutazione degli interessi del consumatore, che possono, talora, portare all'attribuzione di uno specifico diritto di recesso in favore del medesimo; in altri casi, invece, comportare un potere, da parte del giudice, di sindacare l'eventuale lesione dell'interesse del medesimo.

¹⁰⁷ A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 468; C.M. BIANCA - G. ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996; C.M. BIANCA - F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999; G. DE NOVA, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Rivista di diritto privato*, 1996, p.221; V. ZENO - ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del)*, - *Diritto Civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, e postilla di aggiornamento, 2000, vol. VIII; G. ALPA - G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, 1997, vol. XV, appendice, p. 541; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 13; Id., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 13; F. RICCI, *La nozione di consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 351.

¹⁰⁸ Su cui essenzialmente G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo - Commentario*, Napoli, 2005; E. MINERVINI, voce "Codice del Consumo", in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile, Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 182; F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita Notarile*, 2008, p. 50; E. CAPOBIANCO, *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema del Codice del Consumo*, in *Vita Notarile*, 2008, p. 1187; V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, II, Milano, 2008; L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il Codice del consumo*, in *rassegna di diritto civile*, 2008, p. 879; E. M. TRIPODI - C. BELLI (a cura di), *Codice del consumo*, II, Rimini, 2008.

E' indubbio che il recepimento del variegato plesso normativo¹⁰⁹ nell'ambito di un unico codice, al pari di quanto avvenuto in ambito assicurativo, depone per l'erezione di un sistema ormai organico e distinto dal tessuto civilistico¹¹⁰.

Ma ne è indubbia anche la portata tendenzialmente espansiva, come confermato da una serie di dati: 1) la valenza pubblicistica¹¹¹ del principio di tutela del consumatore nonché l'inserimento di una serie di regole di *fair trading* (art. 23 del Codice del consumo: «*Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà*») che non possono non dispiegare i propri effetti

¹⁰⁹ Si fa riferimento, in particolare, alla disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (artt. 45 e ss., ex decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, recante attuazione della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; dei contratti a distanza (artt. 50 e ss., ex decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, recante attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza); dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (artt. 69 e seguenti, ex decreto legislativo 9 novembre 1998, n. 427, recante attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili); dei contratti relativi alla prestazione di servizi turistici (artt. 82 e seguenti, ex decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 111, recante attuazione della direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso); dei contratti relativi alla vendita di beni di consumo (artt. 128 e seguenti, ex decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 24, recante attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo).

¹¹⁰ Sul punto L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "Legislazione speciale" e "Codici di settore"*, in *Rivista del notariato*, 2008, p. 21, ove si osserva che la codificazione settoriale deve essere distinta dalla legislazione speciale in quanto recante normativa ispirata da principi rispetto a cui non è preclusa la trasposizione in altri plessi normativi.

¹¹¹ Nel senso della connotazione pubblicistica della tutela del consumatore, in quanto diretta alla protezione di una serie di situazioni individualmente indistinguibili V. ZENO ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del)*, cit. p. 1. Per il rilievo comunitario di tale principio G. ALPA, *Consumatore (tutela del) - diritto della Comunità europea*, cit. Per la tesi secondo cui le norme in materia di pubblicità ingannevole, a cagione della loro direzione nei confronti di un numero indeterminato di soggetti, «*seppur ubicate in un contesto sostanzialmente dedicato al consumatore*» sono dirette alla tutela de «*gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari*» S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex D. lg. n. 146 del 2007*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, p. 1820.

anche nei confronti dei soggetti non consumatori¹¹²; 2) l'esistenza di una potenziale divaricazione, sia pure conforme alla *ratio* della disciplina comunitaria, e pertanto legittima *ex art. 3* della Costituzione, della tutela offerta al consumatore rispetto a soggetti che versano in situazioni di analogo bisogno di tutela, nonché le difficoltà connesse alla incongruenza che le normative a favore del consumatore medesimo discendono non già dall'appartenenza ad uno *status* soggettivo quanto dalla finalità per cui l'atto è posto in essere;¹¹³ 3) l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dei decreti legislativi 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146, di poteri inibitori e sanzionatori in tema di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali sleali che si rivolgano, specificamente, ai consumatori¹¹⁴; 4) l'erezione, anch'essa sulla base di influssi comunitari, di una serie di discipline a tutela del contraente "debole" non consumatore (si pensi, in particolare, alla legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura, o al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 131, sul ritardo nelle

¹¹² Per la portata espansiva della nozione di consumatore in relazione all'art. 5 del Codice del consumo cfr E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 1191.

¹¹³ Per la legittimità dell'esclusione dalla nozione di consumatore per il soggetto che agisca per scopi imprenditoriali o professionali e per la persona giuridica cfr Corte costituzionale, ordinanza 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro Italiano*, 1999, I, c. 3118; per la legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis*, comma 2, c.c. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, Corte Costituzionale, 22 novembre 2002, n. 469, *ibidem*, 2003, c. 332, entrambe con nota di A. PALMIERI. Per il diverso problema del regime giuridico applicabile ad un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte privato cfr Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione II, sentenza 20 gennaio 2005, n. causa C-464/01, *ibidem*, 2005, V, c. 124. Per l'affermazione secondo cui, ai fini dell'affermazione della natura di consumatore (nel caso di specie, proprio con riferimento alla sottoscrizione di una polizza di assicurazione), non è necessario che il contratto sia concluso nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso a tale attività cfr Cass., sez. III civile, sentenza 23 febbraio 2007, n. 420, in *Foro Italiano*, 2007, I, c. 2439. Per l'impossibilità concettuale di applicare la nozione di consumatore alle persone giuridiche G. CHINE', in G. ALPA - G. CHINE', *op. cit.*, p. 548. Si veda, inoltre, sul punto A.M. AZZARO, *Tutela del "consumatore" e regolazione del mercato*, in *Giustizia Civile*, 2001, p. 237.

¹¹⁴ Più in generale, per l'influenza sulle politiche comunitarie di concorrenza degli interessi dei consumatori cfr K. J. CSERES, *Competition law and Consumer protection*, 2005, L'Aja, p. 241.

transazioni commerciali; 5) l'inserimento, all' interno del Codice del Consumo, della disciplina in materia di responsabilità del produttore (artt. 114 e seguenti), la cui portata applicativa non è limitata ai rapporti intercorrenti tra consumatore e professionista.

4 - Rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore.

Se, come esaminato nel precedente paragrafo, è possibile incentivare la concorrenza anche attraverso misure che, indirettamente o direttamente, determinino un rafforzamento della posizione del consumatore, è necessario, a parere dello scrivente, cogliere analogie e differenze della normativa a tutela del consumatore (oggi consacrata nello specifico Codice del Consumo) rispetto a quella che promuove la concorrenza.

Si può affermare, senza timore di smentite, che i due profili - nettamente differenziati in astratto anche se, come visto, potenzialmente convergenti - risultano commisti in ordinamenti, come quello italiano, in cui la tardiva ricezione della normativa antimonopolistica (di derivazione prettamente nordamericana) ne ha determinato, in un certo modo, la sovrapposizione temporale con l'introduzione della più recente disciplina consumeristica (di origine, invece, europea ed, in particolare, comunitaria, mentre nell'ordinamento americano la tutela del consumatore si è incentrata, soprattutto, sul profilo risarcitorio).

La tematica della tutela del consumatore, similmente alla problematica concorrenziale, ha anch'essa scaturigine dal processo liberalizzativo¹¹⁵. Come si

¹¹⁵ Cfr da ultimo sul punto CORTE DEI CONTI, *Relazione concernente "Obiettivi e risultati delle operazioni di privatizzazione di partecipazioni pubbliche"*, Roma, 2010, p. 218: «Gli effetti delle privatizzazioni sul benessere dei consumatori sembrano ancora più controversi. Lo sono, come si è visto, per

accennava *supra*, la liberalizzazione determina un aumento del processo regolativo, sia nell'ambito della disciplina ispirata alla preservazione della concorrenza, che di quella posta a tutela del consumatore nei pubblici servizi o, comunque, nelle attività economiche incidenti su situazioni particolarmente rilevanti. Nel primo caso, la presenza di un unico operatore rendeva superflua tale disciplina. Nel secondo caso, la *compliance* con la tutela del contraente debole poteva essere assicurata dalla gestione pubblica¹¹⁶.

Non si tratta però di una contraddizione, in quanto ne risulta esaltata l'attività di disciplina più consona, per soggetti pubblici, della diretta gestione dell'impresa.

quanto riguarda i servizi bancari. E lo sono per i servizi autostradali e delle utilities. In particolare, analizzando nel dettaglio i prezzi dei servizi erogati dalle utilities (acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni), si osserva una dinamica dei prezzi molto accentuata soprattutto nei settori dell'acqua, del gas e delle autostrade, e una forte riduzione nelle telecomunicazioni. Le relazioni annuali delle Autorità Amministrative Indipendenti, peraltro, evidenziano come le privatizzazioni e l'attuale corso della presenza pubblica nei settori dell'energia e del gas non impediscano che le tariffe a carico di ampie categorie di utenti siano notevolmente più elevate di quelle richieste agli utenti degli altri paesi europei, e ciò in ragione del permanere di situazioni di monopolio di rete, come nel caso della distribuzione del gas. A tal proposito, pur scontando gli effetti del più diretto impatto dell'andamento dei prezzi internazionali dei prodotti petroliferi, può meritare un approfondimento, da parte della competente Authority, il diverso più recente andamento, nell'ambito dello stesso settore (energia), delle tariffe del metano (in aumento) e di quelle dell'elettricità (in diminuzione). Così come meritano di essere approfondite le ragioni della continua lievitazione dei pedaggi autostradali, giustificata, oltre che dal 70% dell'inflazione reale (e non di quella programmata), dagli investimenti effettuati. Ancora meno soddisfacenti appaiono i risultati della privatizzazione delle banche per ciò che attiene al livello degli oneri che il sistema bancario pone a carico della clientela, che da tutte le indagini anche di recente condotte risulta sistematicamente e considerevolmente più elevato di quello riscontrato nella maggior parte degli altri paesi europei. Naturalmente i prezzi rappresentano soltanto un aspetto, seppur importante, dell'erogazione di servizi. Altrettanto importante è la loro qualità, la cui valutazione avrebbe richiesto una serie di altre complesse ed approfondite analisi. I dati mettono comunque in luce un aspetto particolarmente critico della privatizzazione nel caso di alcune utilities regolate, che, aumentando strategicamente il debito, hanno visto rafforzato il proprio potere negoziale nei confronti di un regolatore che può aver concesso incrementi tariffari nell'intento di contenere i maggiori rischi di insolvenza».

¹¹⁶ Con riguardo al rapporto tra tutela del contraente debole e gestione economica da parte dello Stato, la giurisprudenza e la dottrina hanno, però, sovente, precisato che la tutela avverso le clausole vessatorie non subisce alcuna eccezione con riferimento ai contratti predisposti o approvati da una pubblica amministrazione. Sul punto C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 362 e 363.

Come acutamente osservato¹¹⁷, infatti, «*all'arretramento del pubblico come attore, subentra un pesante ed invasivo ruolo del medesimo come "regolatore" ed arbitro*».

Il rapporto sussistente tra concorrenza e tutela del contraente debole è altamente problematico¹¹⁸. Se, di norma, la concorrenzialità si risolve in un

¹¹⁷ P. NOVELLI, in P. NOVELLI - L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, p. 475.

¹¹⁸ M. GAMBARO, *Consumo e difesa dei consumatori – un'analisi economica*, Bari, 1995, p. 93 per l'osservazione secondo cui «*le regolamentazioni (...) agiscono sui consumatori in modo diverso e apparentemente contraddittorio. I principali benefici del processo di standardizzazione risiedono nell'aumento di informazioni disponibili (...) e nella riduzione dei costi (...). D'altra part, gli standard operano una riduzione della varietà offerta sul mercato e questo limita comunque la possibilità di scelta dei consumatori. Inoltre, una standardizzazione eccessivamente dettagliata può generare costi più alti, rallentare l'innovazione di prodotto e ridurre la concorrenza, con il conseguente aumento de prezzi*». Si vedrà in seguito come, nel campo dei servizi finanziari, la necessità di evitare una compressione eccessiva della diversificazione a vantaggio di una tutela del contraente debole dovrebbe enfatizzare il ruolo dell'intermediario rispetto a quello dell'impresa (anche, come si vedrà, in relazione alla promozione della concorrenza). Ciò anche per il dato che, in tali mercati, è previsto un regime che non tutela specificamente il "consumatore" ma che tende: a) ad operare una distinzione sulla base della circostanza che i flussi informativi o l'offerta riguardino prodotti meramente restitutori (rispetto a cui non è presente un investimento a rischio) ovvero investimenti rispetto a cui sia dato riscontrare margini di rischiosità; b) ad una tutela generalizzata, salva la possibilità di un regime maggiormente liberale, per le forme di investimento destinate a soggetti che presentino specifici requisiti di professionalità. Secondo V. DESARIO, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela - Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Roma, 1997, p. 20 «*nella prospettiva in discorso la tutela dei clienti dovrebbe polarizzarsi propriamente nel fornire loro un'informazione preventiva (precontrattuale), in funzione del rafforzamento dell'autonomia contrattuale dei medesimi. Qui, anzi, essa dovrebbe pure esaurirsi: nel gioco, appunto, della contrapposizione di forze (per riprendere una classica formula: «tutti sono liberi di vendere uova marce, purché si dichiarino che le uova sono marce»). La stessa ipotesi di un controllo di contenuto (controllo di equilibrio) ex lege mal si concilia con tale prospettiva: il conseguimento di un equilibrio contrattuale risultando il frutto non della forza negoziale e della «volontà» del cliente, bensì di un intervento eteronomo. Meglio: una normativa legale di equilibrio finisce per manifestarsi, in definitiva, un non-senso; e ciò perché la stessa suppone la ricerca di un livello dell'operazione contrattuale diverso da quello identificato dalla lotta tra la forza contrattuale dell'impresa e quella del cliente*». Nel caso delle assicurazioni, però, il problema è proprio quello di impedire la vendita di "uova marce": osserva su tale punto A. GAMBINO, Convegno "Trasparenza e stabilità nelle imprese di assicurazione" Cesifin - AIDA Toscana, Firenze, 5 luglio 2002, reperibile su www.cesifin.it, che «*Il bene della stabilità dell'impresa assicuratrice e del gruppo, fondamentale per la garanzia della qualità del prodotto assicurativo, postula cioè la ricerca di un rapporto fra stabilità e informazione diverso dal rapporto che normalmente intercorre, nel mercato finanziario, tra l'impresa che produce prodotti finanziari e la informazione del mercato*». Ipotizza, poi, un controllo preventivo sui prodotti del mercato finanziario G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 97, «*da vietare espressamente o controllare nel modo più severo*». Con il conseguente problema, però, di identificare il soggetto idoneo alla selezione dei prodotti da vietare, ed il conseguente rischio di uno *State failure* nella predeterminazione di tali prodotti. Del pari (M. GAMBARO, *op. cit.*, p. 96), in senso critico

vantaggio per chi ha la possibilità di accedere ad una serie di servizi offerti da una pluralità di operatori, sussistono ovviamente asimmetrie informative e contrattuali che non sempre consentono di rivolgere la competizione in vantaggio, anziché in danno, dell'utente.

Di fatto, poi, l'exasperazione della concorrenza e la conseguente parcellizzazione degli operatori potrebbe pregiudicare proprio gli interessi dei contraenti deboli¹¹⁹, mentre l'exasperazione delle forme di tutela paternalistiche (in mancanza di adeguati correttivi: si pensi alla nozione di "consumatore medio" o di "operatore qualificato") può risultare nociva per la competizione. Infatti, deve tenersi conto della presenza di soggetti per cui possa apparire conveniente un diverso rapporto costi-benefici, e che sarebbero disposti a contraccambiare una remunerazione meno elevata per un aleatorio pregiudizio¹²⁰.

dovrebbe valutarsi (si analizzerà tale aspetto in relazione alla disciplina dell'intermediazione dei prodotti assicurativi introdotti dalle leggi Bersani) la proibizione generalizzata di specifiche pratiche commerciali, ivi comprese le tecniche distributive, laddove non sia ravvisabile una cogenza dettata da fenomeni di esternalità negative. Nel caso dei rapporti di consumo, gli obblighi informativi di carattere contrattuale si inseriscono nel più ampio diritto all'informazione dei consumatori: cfr L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1707. Tuttavia, sembrerebbero doversi cogliere i diversi profili di tutela posti dalla legislazione consumeristica (in cui appare predominante – di qui la sola applicazione ai contratti conclusi tra consumatori e professionisti – la problematica del diverso peso contrattuale, che porta all'elaborazione di *standard* sfavorevoli al consumatore), rispetto alla tutela del risparmiatore, in cui l'asimmetria informativa riscontrabile in prodotti particolarmente complessi pone il problema, speculare, della mancanza assoluta di *standard*.

¹¹⁹ P. MARANO, *Il mercato unico dell'intermediazione assicurativa: aspirazioni europee ed illusioni nazionali*, in AA. VV., *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi - in ricordo di Gaetano Castellano*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2008, p. 145.

¹²⁰ In tal senso G.L. CARRIERO, *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 47/1996, Roma, p. 34. Sulla differenziazione tra *property rules* e *liability rules* con riferimento alla diversa efficienza allocativa G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *I Contratti*, 2008, p. 727.

Per contro, esula dalla tutela del consumatore la valutazione dell'equilibrio economico, purché si sia formato in modo corretto secondo le norme che ne garantiscono la protezione.

In sintesi, peraltro, e sulla scorta di quanto precisato con riferimento al pensiero di un grande Maestro¹²¹, tutela del consumatore e protezione della concorrenza rappresentano entrambe facce della stessa medaglia, della necessità, cioè, che la competizione tra imprese non si risolva in una *race to the bottom*, ma che persegua quelle medesime finalità indicate nei trattati comunitari e nell'art. 41 Cost. Anche l'uniformazione, a livello europeo, delle politiche di tutela del consumatore consente, infatti, di ottimizzare l'efficienza economica in quanto agevola i concorrenti "corretti" dalla competizione volta in danno dei consumatori¹²², soprattutto in un momento di armonizzazione del mercato a livello continentale. Ne deriva il sostanziale sintagma dell'espressione "tutela del consumatore e competitività", di cui il primo è elemento necessario ma non sufficiente.

E tali considerazioni meritano un approfondimento nell'ambito del mercato assicurativo¹²³, in considerazione, soprattutto, della necessità comunitaria di

¹²¹ M. BARELA, *Tutela della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, specialmente pp. 926 ss.

¹²² L. DELLI PRISCOLI, *op. cit.*, 1560.

¹²³ Sugli effetti dell'introduzione della normativa a tutela del consumatore nei rapporti assicurativi A.D. CANDIAN, *Appunti sull'applicazione della nuova disciplina codicistica (art. 1469 bis) al contratto di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1996, p. 299; G. VOLPE PUTZOLU, *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1997, p. 773; C. RUSSO, *L'incidenza della disciplina delle c.d. "clausole abusive sui contratti assicurativi stipulati con i consumatori"*, in *Assicurazioni*, 1998, I, p. 251; F. MASTROPAOLO, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore con riferimento ai contratti di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1998, p. 115; A. PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 933. Una recente sentenza della Cassazione (Sez. III civile, 17 gennaio 2008, n. 866, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 197) ha precisato l'applicabilità alle clausole di delimitazione del rischio, in quanto condizioni generali di contratto, dell'art. 1370 c.c. e del principio *interpretatio contra stipulatorem* (si trattava di assicurazione contro la malattia rispetto a cui il testo del contratto disponeva l'esclusione delle cure dentarie e protesi. Nel caso di specie,

temperare il principio di libera prestazione dei servizi con quello dell'autorizzazione unica.

Per vero, si è osservato¹²⁴ che nel settore assicurativo (ma l'osservazione può essere agevolmente trasposta anche in abiti più vasti) a fronte dei notevoli vantaggi offerti dalla apertura dei mercati alla universalità degli operatori comunitari, il processo (ancora fondato sull'*home country control*¹²⁵) pone indubbe problematiche a livello di mancata armonizzazione della disciplina del contratto di assicurazione (impossibile in carenza di una disciplina uniforme del contratto a livello europeo), nonché di tutela degli interessi dei consumatori. Sul punto, si è paventata la potenziale lesività per i consumatori del processo di liberalizzazione realizzato mediante il sistema del “passaporto” unico, in quanto l'ancora embrionale processo di armonizzazione del diritto comunitario consentirebbe (si pensi ai fenomeni delle c.d. imprese esterovestite o alla negoziazione di titoli emessi formalmente all'estero), opportunistici comportamenti di *forum shopping*. L'argomentazione prova troppo, perché sia pure limitata, l'armonizzazione della normativa in materia di protezione dei consumatori e degli investitori ha, sin qui, consentito di evitare il *far west* derivante da un'applicazione indiscriminata dell'*home country control*¹²⁶.

e applicando il menzionato principio, la Cassazione ha stabilito il principio di comprensione nella copertura della cure dentarie discendenti da infortunio o malattia). Cfr altresì B. FARSACI, *Alcune brevi notazioni in tema di clausole abusive contenute nelle polizze assicurative*, in *Assicurazioni*, 2005, I, p. 227.

¹²⁴ G. ALPA, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIARI, Torino, 2006, p. 19.

¹²⁵ Nel campo della libera prestazione di servizi, il modello di armonizzazione previsto dall'atto unico (sul punto A. TIZZANO, *L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro Italiano*, 1989, IV, p. 75 ss) prevede una disciplina uniforme delle sole “norme di interesse generale” (veda si in particolare l'art. 27 cod. ass.), e un'autorizzazione unica, con un conseguente problema di concorrenza tra ordinamenti giuridici.

¹²⁶ Sul rapporto costi-benefici dell'armonizzazione nel settore finanziario e sulla valutazione dell'armonizzazione quale forma di restrizione alla concorrenza R. COSTI - L. ENRIQUES, *Il*

Si devono considerare, inoltre, alcuni motivi che, nel mercato assicurativo, inducono a ritenere preferibile la predisposizione di un sistema autonomo di tutela del contraente debole, rispetto al Codice del Consumo¹²⁷.

Innanzitutto, la tutela costituzionale apprestata al risparmio (art. 47) dovrebbe comportare la necessità di fornire adeguate garanzie anche al contraente per scopi connessi con la propria attività professionale.

In secondo luogo, il contratto di assicurazione è un contratto di impresa. Predisponente delle clausole è, quindi, sempre un professionista, mentre il contraente può, o meno rivestire la qualifica di consumatore¹²⁸. Di conseguenza, non sono ravvisabili rapporti assicurativi c.d. C to C e l'applicazione delle norme dettate a tutela del consumatore finirebbe per segnare una cesura netta tra le due discipline applicabili¹²⁹.

mercato mobiliare, vol. VIII del *Trattato di diritto commerciale diretto da G. COTTINO*, Padova, 2004, p. 22. Sul connesso problema della libertà di stabilimento M. TONELLO, *Corporate Governance e tutela del risparmio*, vol. XXXV del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, Padova, 2006, p. 55.

¹²⁷ Che, peraltro, prevede per i “servizi finanziari” una disciplina parzialmente derogatoria. Sul punto cfr *infra*.

¹²⁸ Una interessante applicazione del diritto consumeristico al contratto di assicurazione è data da una sentenza del Tribunale di Roma, 5 ottobre 2000, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, p. 423 con nota di A. DE BERARDINIS, *Il contratto di assicurazione del consumatore ed il contratto di assicurazione del professionista. note a margine di Trib. Roma, 5 ottobre 2000* (p. 436). Sul punto, in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'azione inibitoria di cui all'ex art. 1469 *sexies* c.c., l'organo giudicante ha enucleato la categoria giuridica dei contratti finalizzati alla copertura di rischi di impresa. Ne deriva (A. DE BERARDINIS, *op. cit.*, p. 440), la configurabilità di una categoria autonoma di contratti assicurativi di impresa per ciò stesso sottratti alla disciplina consumeristica.

¹²⁹ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, pp. 553 - 555, nell'interrogarsi se data «l'evidente identità di fondamento (...) - e nel caso in che termini e in che misura - la legislazione settoriale sulla trasparenza possa essere considerata espressione di quella consumeristica» precisa appunto che «la fissazione in concreto tra le due posizioni risulta, in realtà, assai difficoltosa in quanto risente per un verso della profonda diversità di vedute in ordine alla individuazione della nozione di consumatore nell'ambito della stessa disciplina consumeristica, dall'altro della recente e apprezzabile tendenza della normazione settoriale assicurativa a riportare l'intensità della tutela alla effettiva situazione di inferiorità dell'assicurato».

In correlazione con tale osservazione, si rileva che l'intimo collegamento sussistente tra le varie posizioni globalmente coperte dall'assicuratore¹³⁰ deporrebbe per considerare con cautela l'applicazione indiscriminata delle misure a favore del consumatore¹³¹.

Si osserverà a tempo debito la possibile criticità delle misure introdotte dai decreti Bersani, nella parte in cui l'obiettivo dichiarato di riduzione della tariffe è perseguito indipendentemente da un miglioramento complessivo della disciplina *antitrust*.

Giova comunque ricordare che la prassi assicurativa non è, di certo, immune da pratiche vessatorie¹³², tuttavia gli esempi citati *supra* inducono a particolare

¹³⁰ Per la dubbia trasponibilità, nel mercato assicurativo, della contrapposizione tra professionista e consumatore, si veda, soprattutto, A. LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Cinquant'anni col diritto - vol. 2 (Diritto delle assicurazioni)*, Milano, 1998, p. 393 (articolo originariamente pubblicato in *Assicurazioni*, 1996, I, p. 129 ss.), in particolare per l'ipotesi di copertura assicurativa contro gli infortuni che, ovviamente, può ricomprendere anche quelli cagionati da attività professionale. Nonché per la presenza, quale soggetti interessati dal rapporto ma non parte del contratto, di figure caratteristiche dell'assicurazione quali gli assicurati non contraenti, i beneficiari non assicurati e, nell'ipotesi di assicurazione contro la responsabilità civile, i danneggiati.

Sul punto, si rammenta che il Tribunale di Napoli in due occasioni (sez. VI, ordinanza 14 novembre 2002; sez. IV, ordinanza 22 luglio 2002, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 657 con nota di P. FAVA) ha prospettato questione di legittimità costituzionale, poi disattesa dalla Consulta, dell'art. 1469 *bis* c.c. nella parte in cui non sottopone alla propria disciplina anche il rapporto intercorrente tra impresa di assicurazione e lavoratore assicurato non contraente.

¹³¹ A. DE BERARDINIS, *op cit.*, p. 443.

¹³² Citate da A. PALMIERI (*op. ult. cit.*, p. 936 ss.) le fattispecie più frequenti sono riscontrabili con riguardo alle clausole che assoggettano il rapporto contrattuale alle disposizioni di ulteriori documenti non recepiti nel *corpus* del contratto, o alla c.d. clausola peritale (che subordina l'accertamento e la liquidazione del danno alle determinazioni di un perito anche in mancanza di un successivo consenso da parte dell'assicurato) o, ancora, (nelle polizze r.c. auto) per le previsioni che determinano una restrizione nei rapporti contrattuali con i terzi, prevedendo così l'obbligo per l'assicurato di far eseguire le riparazioni in officine di fiducia dell'assicuratore. Ancora, è menzionata l'ipotesi di clausola che applica il disposto di cui all'art. 1910 (avviso all'assicuratore della stipulazione di altro contratto presso diversa impresa) anche per i casi di assicurazione contro gli infortuni estesa al caso di morte, per la quale, giusta il *dictum* delle Sezioni Unite, (Cass., 10 aprile 2002 n. 5119, *ex plurimis* in *Assicurazioni*, 2002, II, 2, p. 105; in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 836, con nota di A. L. BITETTO, *Pluralità di assicurazioni infortuni per il*

cautela nel momento in cui occorre tuttavia prestare particolare attenzione a non confondere la limitazione della responsabilità dell'assicuratore con la "delimitazione" dell'oggetto del contratto¹³³. Ciò, in particolare, nell'ambito

medesimo rischio: «meglio feriti che morti»; in Foro italiano, 2002, I, c. 2039) risulta, comunque, inapplicabile il principio indennitario.

Merita di essere menzionata, infine, la c.d. clausola di regolazione del premio, che prevede la corresponsione, oltre che del premio fisso, di una parte variabile determinabile in funzione di elementi ed informazioni via via fornite dall'assicurato. Tale convenzione è stata oggetto di due recenti interventi della Cassazione negli ultimi anni. Con il primo (sez. III, 18 febbraio 2005, n. 3370, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1089 con nota di P. QUARTICELLI), la Corte ha sancito, pur nell'ambito di una generale previsione di liceità, la natura vessatoria della clausola, con la conseguente necessità di una approvazione per iscritto (sia pure in modo alquanto apodittico). Successivamente la Cassazione a Sezioni unite, con sentenza 28 febbraio 2007, n. 4631 (in *Foro italiano*, 2007, I, c. 1422, con nota di P. QUARTICELLI) hanno precisato che l'inserzione di tale clausola non legittima di per sé l'assicuratore ad avvalersi della sospensione della garanzia assicurativa nel caso di omessa comunicazione degli elementi variabili da parte dell'assicurato, che va valutata invece secondo le regole dell'adempimento delle obbligazioni civili.

Anche la previsione c.d. *claims made* (che delimita la copertura assicurativa al momento della denuncia, anziché dell'effettivo verificarsi del sinistro) è stata portata all'attenzione della Cassazione con intervento sempre della III sezione (15 marzo 2005, n. 5624), in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1071, con nota di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, e di C. LANZANE, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, che la ha ritenuta lecita, ma richiedente la specifica approvazione per iscritto, in quanto volta a rivolgere in contratto atipico l'ordinaria funzione di eliminazione del rischio propria dell'assicurazione.

Di recente, (con tesi che, in verità, non appare sul punto da condividere), il Tribunale di Genova (sentenza della II sezione, 8 aprile 2008, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 103), ne ha addirittura ipotizzato l'illiceità in quanto tale clausola violerebbe il principio di ordine pubblico di aleatorietà della prestazione offerta dalle imprese di assicurazione autorizzate, nonché, *ad abundantiam*, per mancanza di causa in quanto eliminativa dell'aleatorietà propria del contratto di assicurazione.

Per la legittimità e ricomprensione nella nozione tipica di assicurazione invece autorevolmente cfr. A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, V ed., Milano, p. 173, secondo cui l'apparente contrasto con le norme in materia di contratto di assicurazione è agevolmente risolvibile in forza delle disposizioni che disciplinano le dichiarazioni dell'assicurato.

¹³³ Ben note sono, sul punto, le questioni relative alla validità della clausola, inserita nel contratto di servizio di cassette di sicurezza, che disponga che l'uso sia concesso per la custodia di cose di valore complessivo non superiore ad un certo limite, e che comporta l'obbligo dell'utente di non conservare cose aventi nel complesso valore superiore a detto importo, con la conseguenza che, in caso di risarcimento del danno verso l'utente, dovrà tenersi conto della precedente clausola; problema risolto in senso negativo da Cass., SSU, sentenza 1 luglio 1994, n. 6226, in *Giustizia civile*, 1994, I, p. 2444, in quanto la previsione è reputata attinente alla limitazione della responsabilità e non all'oggetto del contratto. Così come le problematiche inerenti alla classificazione del contratto di parcheggio per l'ipotesi in cui l'esonero dalla responsabilità non sia specificamente approvato per iscritto, ascrivendosi tale fattispecie secondo la giurisprudenza

dell'operazione assicurativa in cui primaria è la necessità di delimitare il rischio assicurato e pertanto, appare imprescindibile l'inserzione di tali previsioni.

In estrema sintesi, può dirsi, quindi, che nel mercato assicurativo concorrenza e tutela del consumatore non sembrano finalità confliggenti, ma scopi cui dovrebbe essere tesa la complessiva regolazione del settore.

5 - Un'applicazione concreta: il danno *antitrust* e l'azione collettiva.

La problematica relativa al rapporto tra la tutela del corretto funzionamento del mercato e l'interesse dei consumatori è stata posta a fondamento di una nota vicenda giurisprudenziale. Dal momento che tali vertenze hanno visto contrapposti proprio una serie di imprese di assicurazione e i consumatori-assicurati, si rinvia *ultra* per la ricostruzione della vicenda.

Qui importa sottolineare che, *de iure condendo*, in considerazione della potenziale coincidenza dell'interesse collettivo alla concorrenza con quello dei singoli contraenti nel danno *antitrust*, può affrontarsi la valutazione sull'opportunità di far valere lo strumento risarcitorio conseguente alle violazioni della normativa *antitrust* con strumenti parzialmente diversi da quelli predisposti dal sistema processuale ordinario: più precisamente, con lo strumento dell'azione collettiva, da intraprendersi (su questi si avrà modo di compiere delle opportune precisazioni) con azione promossa da una associazione esponenziale ovvero, secondo il modello nordamericano della *class action*, da un danneggiato che agisca in nome della "classe" di appartenenza, fatta salva la possibilità per tutti gli altri danneggiati di essere esclusi (*opt-out*) dalla immediata definizione del giudizio.

(si veda Cass., sez. III, 1 dicembre 2004, n. 22598, in *Giustizia civile*, 2005, I, 2635) al deposito più che alla locazione.

In effetti, nelle forme di responsabilità discendenti dalla violazione delle regole del mercato è sovente dato riscontrare una pluralità di soggetti nelle posizioni attive e passive.

Se sotto il profilo attivo l'evocazione di una pluralità di danneggianti è determinata dalla maggiore solvibilità di questi ultimi, dal lato passivo la tendenziale mancanza di limiti delle potenzialità espansive del mercato determina la compresenza di una pluralità di danneggiati. In quest'ultimo caso, però, la pluralità di danneggiati rischia, paradossalmente, di avvantaggiare il danneggiante, che può fare affidamento sullo scarso interesse di ciascuna delle vittime dell'illecito ad azionare pretese spesso irrisorie.

E' per questo che gli scandali, in vario modo connessi al mondo finanziario, dell'ultimo decennio hanno suggerito a molti commentatori l'introduzione delle azioni di classe nell'ordinamento italiano¹³⁴.

In considerazione del ruolo particolarmente vantaggioso svolto dall'azione collettiva a vantaggio dei consumatori, anche sulla scorta di esperienze in altri paesi europei, il legislatore aveva, già con la legge 30 luglio 1998, n. 281, all'art. 3, conferito una legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori e degli utenti per la tutela dei loro interessi, dimostrando di condividere l'impostazione tesa a rafforzare i consumatori dagli abusi delle imprese tramite una tutela collettiva¹³⁵.

¹³⁴ Sul tema cfr A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 377.

¹³⁵ L. MEZZAROMA, *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp. 779 - 787. Per l'osservazione secondo cui in ambito italiano (l'obiettivo di protezione dei consumatori) «*appears to have been forgotten for many years in Italy, where the antitrust system has seemed to be addressed only to the protection of the public interest of competition in the market*» mentre nel contesto delle norme vigenti nell'ordinamento britannico «*the UK discipline show itself today to be more biased towards private individuals, probably including end-users*» e «*it is indisputable that they accord such importance to the inter – private and super – individual guardianship so as to impose even criminal sanctions in order to punish and to prevent anticompetitive conducts in the market*» A. FERRARO, *Competition law and consumer*

L'utilità di un *private enforcement* nell'ambito degli illeciti anticoncorrenziali è stato, da ultimo, riconosciuto dalla Commissione europea, nel Libro Bianco presentato in data 3 aprile 2008 con riferimento ai soli illeciti derivanti da violazioni anticoncorrenziali di portata comunitaria (*Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*), nonché dal punto 191 del *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française* (c.d. Commissione Attali).

La Commissione europea ha raccomandato il ricorso ad una duplice azione: una rappresentativa, promossa da soggetti qualificati, e una azionabile in forma collettiva¹³⁶ (sulla base, però, del meccanismo dell'*opt in* anziché dell'*opt out*¹³⁷).

In tal modo si raggiungerebbe l'effetto restitutorio del *surplus* realizzato indebitamente dall'impresa¹³⁸, attraverso il ricorso ad un accordo con i competitori in luogo del libero gioco concorrenziale

Al di là delle considerazioni che suggeriscono l'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione collettiva¹³⁹, *de iure condito*, invece, deve rammentarsi

protection in Italy, the EU and the UK. The need for European standardization of model and solutions to antitrust law, in *Rivista Italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, pp. 359-361.

¹³⁶ Cfr sul punto E. L. CAMILLI - P. CAPRILE - R. PARDOLESI - A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, pp. 233-237; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Rivista delle Società*, 2008, p. 1397.

¹³⁷ Ciò anche in relazioni agli indubbi profili di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 24 Cost., di una estensione del giudicato *in malam partem*. Per una disamina delle modalità con cui in altri ordinamenti europei è stato trasposto il modello americano di azione collettiva cfr L. RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 1213.

¹³⁸ E. BRODI, *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante*, in *Rivista delle Società*, 2008, p. 1449.

¹³⁹ Nel senso indicato dal testo G.L. CARRIERO, *Responsabilità delle imprese e interessi collettivi: spunti di riflessione*, in www.federalismi.it, secondo cui l'introduzione di azioni collettive (da attuarsi, però, sulla base del modello continentale caratterizzato dall'attribuzione di legittimazione non già ad un *ideological plaintiff* ma alle associazioni esponenziali, nonché escludendo i danni meramente punitivi) contempera le esigenze di: riduzione dei costi di accesso alla giustizia;

(ma, trattandosi di problema non affrontata qui *ex professo*, si rinuncia ad un approfondito esame) che l'azione collettiva è stata recepita in forma embrionale ed estemporanea nel nostro ordinamento a seguito dei commi 445-449 della legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244¹⁴⁰), con l'introduzione di un art. 140 - *bis* del Codice del Consumo¹⁴¹, la cui applicazione è stata più volte

concentrazione del carico di lavoro a vantaggio degli uffici giudiziari; delimitazione del danno risarcibile in favore delle imprese; più in generale, aumento della deterrenza grazie all'introduzione di un *private enforcement*.

¹⁴⁰ Su cui si veda: G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 2008, p. 545; R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro Italiano*, 2008, V, c. 281; E. MINERVINI, *La tutela collettiva risarcitoria*, in *Dei contratti dei consumatori in generale, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008, p. 8 ss; C. MOREO, *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 190; R. MURRA - M. VAGLIO, "Class action", *riflessioni giuridiche e procedurali*, in *Accesso alla giustizia: garanzia effettiva o utopia? Comunicazioni del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma per il XXIX Congresso Nazionale Forense*, Roma, 2008, pp. 17 ss.; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 11. Con riferimento a possibili correttivi C. RUPERTO, *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giustizia Civile*, 2009, p. 501. Per un raffronto dell'attuazione delle prospettive comunitarie in Italia e nel Regno Unito cfr M. MESSINA - P. CONGEDO, *European "Class" action: British and italian point of view in evolving scenarios*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 163.

¹⁴¹ «1. Le associazioni di cui al comma 1 dell'art. 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti. 2. Sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'art. 2945 del codice civile. 3. Alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio. 4. Se

rimandata (l'art. 36 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e l'art. 19 del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207 ne hanno, infatti, rinviato l'entrata in vigore complessivamente sino al 1 gennaio 2010), e che, non sembrando rispondere appieno alle dette esigenze, è stato da ultimo riformulato dall'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99¹⁴², che ha consacrato definitivamente l'ingresso dell'azione di classe nel nostro ordinamento giuridico.

accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo. 5. La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. E' fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1. 6. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni».

¹⁴² Così recita la norma: «1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. 2. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. 3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre

all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione. 4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale. 5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità. 6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. 7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale. 8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente. 9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale: a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione; b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet. 10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile. 11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. 12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza. 13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune. 14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che

La modulazione risarcitoria richiederà una valutazione *ad hoc* escludendo, in conformità dei principi posti dal nostro ordinamento, la natura meramente “punitiva” ma recuperandone, allo stesso tempo la funzione sanzionatoria, prevedendosi espressamente nella norma la valutazione di danni in misura equitativa e comprensiva anche del danno non patrimoniale¹⁴³, secondo un’ottica che, tra l’altro, potrebbe rivelarsi particolarmente utile a seguito delle quattro sentenze delle Sezioni Unite (11 novembre 2008, n. 26972; n. 26973; n. 26974; n. 26975)¹⁴⁴, che hanno escluso la sussistenza di un’autonoma categoria di danno esistenziale, risarcibile al di là dei casi di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti (tra cui, ovviamente, non rientrerebbe l’art. 41 Cost.) ovvero di espressa disposizione normativa.

Inoltre, si ricorda che, in forza dell’art. 4, comma 1, lettera l) della legge 4 marzo 2009 n. 15, il governo è stato delegato ad a introdurre l’azione collettiva (nella bozza di decreto legislativo, approvata dal Consiglio dei ministri il 15 ottobre 2009, si fa riferimento ai «*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*» diretta a sanzionare la violazione di standard qualitativi, l’omesso esercizio di poteri di vigilanza, la violazione dei termini e la

non aderiscono all’azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l’adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d’ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice. 15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

¹⁴³ G. VILLA, *op. cit.*, p. 15, è critico viceversa sulla risarcibilità in tale sede del danno non patrimoniale, in quanto difetterebbe quella medesimezza di posizioni che determina l’attrazione all’azione collettiva di tali controversie.

¹⁴⁴ In *Foro italiano*, 2009, I, c. 128 con nota di R. PARDOLESI e R. SIMONE; in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 317 con nota di V. TOMARCHIO, *L’unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*.

mancata emanazione di atti amministrativi generali nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi¹⁴⁵.

La delega è stata attuata con il decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, che ha previsto un'azione devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (l'azione non è stata, inespugnabilmente, trasfusa nel Codice del processo amministrativo).

L'azione può essere proposta dai «*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*», dal singolo o da associazioni esponenziali, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici (con l'esclusione delle autorità indipendenti, degli organi giurisdizionali, delle assemblee legislative e degli altri organi costituzionali nonché della Presidenza del Consiglio dei Ministri).

per l'ipotesi di lesione di diritti o di interessi legittimi, derivante dalla violazione di termini (ordinatori), dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori o dal mancato rispetto di obblighi o standard qualitativi inderogabili,

L'istituto nulla innova (art. 1, comma 6) circa la possibilità di conseguire il risarcimento del danno, ma appare piuttosto finalizzato all'adozione di misure ripristinatorie, previa diffida all'amministrazione o al concessionario, nonché dell'attivazione di forme di responsabilità (art. 4, comma 3) nei confronti dei dirigenti inadempienti. L'art. 2 disciplina la possibile interferenza dell'azione non solo con eventuali iniziative proposte dalle autorità di regolazione e controllo, ma anche con i giudizi instaurati ai sensi degli articoli 139, 140 e 140 *bis* del codice del consumo.

¹⁴⁵ Su cui per un primissimo commento M. CLARICH, *La "cura Brunetta" punta su formazione e premi ma il giudizio è rinviato ai decreti legislativi*, in *Guida al diritto*, 13/2009, p. 40.

Il rapporto tra le due forme di azione collettiva è risolto nel senso dell'improcedibilità dell'azione avanti al TAR nell'ipotesi di contemporanea pendenza (anche successiva) di tali azioni, anche se la formulazione della norma appare alquanto lacunosa.

Infatti, appare alquanto dubbio ipotizzare una potenziale litispendenza di due azioni alquanto diverse quanto a presupposti sostanziali e giudice competente. Se la *ratio* della disposizione consiste nella volontà di voler assicurare la prevalenza all'azione esperibile innanzi al giudice ordinario, d'altro canto, l'opzione normativa si rivela invero discutibile, in quanto il rimedio appena introdotto dal legislatore appare senza dubbio maggiormente incisivo.

Se, come detto, non appare possibile allo stato, anche considerando che si tratta di disposizioni non ancora efficaci, effettuare una compiuta disamina della disciplina dell'azione collettiva nell'ordinamento processuale italiano, tali recenti innovazioni normative danno atto di un *trend* favorevole al recepimento dei suggerimenti indicati nel senso del testo, a vantaggio della parte debole del rapporto. Comunque sorge il dubbio, soprattutto con riferimento alla seconda previsione, che il legislatore più che aver predisposto una diversa forma di tutela ad una situazione soggettiva, abbia conferito una nuova e diversa dignità a quello che, in precedenza, poteva essere visto quale un mero interesse (tale ovviamente intendendosi la situazione giuridica a fronte dell'aspettativa all'emanazione di atti generali).

Capitolo III

La promozione della concorrenza nei settori regolamentati e il ruolo delle autorità indipendenti.

SOMMARIO: 1) *Liberalizzazioni e autorità indipendenti;* 2) *I settori privatizzati;* 3) *L'ISVAP autorità indipendente?* 4) *Relazioni tra le autorità: regolazione e concorrenza;* 5) *Evoluzione del modello, sviluppi e progetti normativi (rinvio).*

1 - Liberalizzazioni e autorità indipendenti.

Occorre, prima di affrontare il cuore della trattazione e tentare di cogliere il nesso tra processi di liberalizzazione e settore assicurativo, verificare entro quali limiti le prefate considerazioni in ordine allo sviluppo di tali processi trovino piena applicazione con riferimento ai settori c.d. regolamentati.

Deve essere premesso che tale nozione afferisce a mercati contraddistinti da elevati costi iniziali o fissi, dovuti, sovente, alla circostanza che le attinenti attività possono esercitate solo tramite l'utilizzo di una "rete" (ferroviaria, di distribuzione dell'energia o del gas, di smistamento postale), ovvero della fruizione di beni *in rerum natura* comunque limitati (l'etere, le fasce orarie di decollo o di atterraggio) che di norma determinano tendenze oligopolistiche, ovvero sono attinenti a interessi di particolare rilevanza costituzionale (si pensi al risparmio, al diritto di libera circolazione sul territorio nazionale o al diritto all'informazione).

Di conseguenza, in tali mercati (credito, assicurazioni, telecomunicazioni, energia, acqua) si è, per molto tempo, registrata la presenza di enti pubblici o, comunque, riconducibili al plesso dei soggetti di diritto pubblico quali operatori sovente in monopolio.

Una volta, però, venuta meno (anche a seguito dell'influsso comunitario) l'esclusiva in favore di soggetti pubblici o misti, al fine di esaltare la protezione del consumatore in settori, come detto, tendenzialmente oligopolistici, si è all'unisono registrato il ricorso alla regolazione tramite la creazione delle autorità c.d. indipendenti di settore.

Con una duplice conseguenza: da un lato il potenziale conflitto tra l'autorità preposta all'autorità preposta alla generale tutela della concorrenza e quella regolatrice dello specifico mercato; dall'altro la necessità di analizzare, da un punto di vista normativo, non solo la disciplina legislativa ma l'*enforcement* fornito dalla regolazione secondaria delle autorità di settore che, spesso, assume carattere integrativo della norma primaria.

Nell'impossibilità di affrontare *ex professo* una panoplia di tali settori, può in sintesi accennarsi che il fenomeno dell'istituzione di autorità amministrative indipendenti¹⁴⁶ nel nostro ordinamento, ha posto la necessità di vagliarne la

¹⁴⁶ Pressoché sconfinata è la produzione scientifica in tema di amministrazioni indipendenti. A puro titolo esemplificativo, a partire dallo studio che per primo ne ha delineato la nozione (F. PIGA, *Relazione della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni - Riforma dell'amministrazione centrale*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 1985, p. 115), si segnalano C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, p. 550; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 1; S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; D. CROCCO, *Le new authorities - Riflessioni sul fenomeno delle amministrazioni indipendenti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della Corte conti*, 1996, p. 290; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 653; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997, p. 341; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 642; S. CASSESE, *Cbi ha paura delle autorità indipendenti?* in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 471; . A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999; M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 3858; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti - un*

potere senza partito, Bologna, 2003; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, Milano 2007, p. 5; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche (aggiornamento)*, Torino, 2008, p. 54; Per l'originalità della forma positiva e per la recisa difesa nell'ordinamento democratico degli interessi attribuiti alle autorità

legittimità sulla base del sistema costituzionale, che prevede, sotto un profilo generale, la responsabilità del potere esecutivo innanzi al Parlamento.

Al riguardo, vale fissare tre punti dell'indagine operata dalla dottrina su tali autorità, che, in particolare, hanno avuto ad oggetto:

- 1) le caratteristiche soggettive, la natura e l'ampiezza dei poteri ad esse attribuiti;
- 2) la loro contestualizzazione nell'ordine giuridico economico, anche europeo;
- 3) la distinzione delle medesime in autorità di regolazione, da un lato, e di vigilanza, dall'altro, a seconda degli interessi sottesi alla loro istituzione.

Con riferimento al primo punto si sottolinea che la dottrina¹⁴⁷ si è divisa circa gli indici sintomatici idonei a distinguere le vere e proprie autorità indipendenti rispetto a soggetti incardinati nell'apparato pubblicistico ma dotati di ampia autonomia.

L'elemento distintivo, in base alle considerazioni sopra riportate, dovrebbe, comunque, essere focalizzato sulla mancanza del consueto inquadramento dell'ente pubblico nel circuito che ne incardina la direzione o il controllo in capo al soggetto, facente parte dell'apparato governativo, rispetto a cui si pone in un rapporto di ausiliarità, e che ne risulta essere il terminale sotto il profilo della

indipendenti F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000. Con riferimento alle voci monografiche in trattati o enciclopedie F. MERUSI e M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, aggiornamento, p. 143; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1995, *ad vocem*; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 588. Con specifico riferimento all'influenza degli atti normativi e prescrittivi emanati dalle autorità indipendenti si segnala lo studio a cura di G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

¹⁴⁷ M. DI BENEDETTO, *op. cit.*, p. 589 indica la sottrazione all'indirizzo politico governativo, l'autonomia organizzativa e finanziaria, le modalità della nomina e la struttura collegiale dell'organo di vertice; F. MERUSI - M. PASSARO, *op. cit.*, p. 165, sottolineano, invece, l'esistenza di una soglia minima, costituita da «la separazione dal Governo, con conseguente rottura della regola della responsabilità ministeriale per il loro operato, e la garanzia di un diritto fondamentale che, nel caso prevalente della libertà economica, si risolve nella tutela della par condicio in un mercato concorrenziale, naturalmente o artificialmente creato con strumenti giuridici».

responsabilità dell'indirizzo politico fissato dal Parlamento: considerazione che, indubbiamente, può suscitare nell'interprete il dubbio di un *vulnus* rispetto all'ordinamento costituzionale.

Vulnus accresciuto dalla circostanza che, seppure in forza di una previsione di legge e con piena sottoposizione all'impugnativa innanzi all'autorità giudiziaria, tali autorità risultano derogare anche al principio di tripartizione dei poteri, potendo cumulare un potere di regolazione sostanzialmente amministrativo, un potere normativo (ove presente) e, talora, un potere di risoluzione delle controversie¹⁴⁸.

Tuttavia, sotto questo profilo si è sottolineato che, a ben vedere, non può mettersi in dubbio la legittimità¹⁴⁹ di tale (presunto) vuoto di responsabilità¹⁵⁰, in considerazione della particolare rilevanza, di rilievo costituzionale, degli interessi tutelati da tali autorità che suggeriscono di evitarne la subordinazione a considerazioni *lato sensu* politiche. Deve essere, inoltre, rilevato che, rispetto ai tradizionali poteri dello Stato, la garanzia dell'indipendenza è assicurata con disposizione di legge ordinaria, come tale ovviamente revocabile da parte del potere legislativo.

Con riguardo al secondo ambito di indagine, l'istituzione delle autorità indipendenti, quantomeno nella sua fenomenologia più matura e consapevole, (si veda *infra* a proposito dell'ISVAP) si è manifestata in epoca abbastanza

¹⁴⁸ O, meglio, di poteri *quasi legislativi* e *quasi giurisdizionali*, per osservare, con D. CROCCO, *op. cit.*, p. 291, che l'efficacia dell'azione delle autorità indipendenti risiede proprio nel cumulo, oltre che di tali poteri, di quelli di autorizzazione all'esercizio delle attività economiche alla cui vigilanza sono preposte.

¹⁴⁹ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti - un potere senza partito*, *op. cit.*, p. 33. Per l'evoluzione delle funzioni di indirizzo politico assunte dalla Banca d'Italia nella propria precedente funzione di organo regolatore della politica monetaria cfr D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, p. 213 ss.

¹⁵⁰ Peraltro (si veda *infra*) superato dalla giurisprudenza che ha pacificamente riconosciuto la diretta responsabilità delle amministrazioni indipendenti nei confronti dei privati.

recente, e concomitante ai processi liberalizzativi¹⁵¹, evidentemente al fine di evitare, da un lato, una *deregulation* completa di tali settori, dall'altro il residuare di poteri amministrativi in capo ad organi sottoposti al vincolo dell'indirizzo politico del Parlamento¹⁵². Le menzionate caratteristiche essenziali delle autorità indipendenti consentono, quindi, di evidenziare che i complessi e penetranti poteri prescrittivi e, in alcuni casi, normativi¹⁵³ assumono sì ruolo invasivo della sfera giuridica dei privati (e si collocano, indubbiamente, nelle forme di intervento pubblico nell'economia in senso lato)¹⁵⁴ ma, nello stesso tempo, sono

¹⁵¹ *Supra* definiti come liberalizzazioni in senso economico, vale a dire in fenomeni di apertura dei mercati sia tramite una parziale *deregulation* del settore che attraverso l'introduzione di misure dirette all'offerta in forma concorrenziale di servizi pubblici. Un'eccezione può essere data dalla Banca d'Italia, già in epoca antecedente indipendente *de facto* quanto alla partecipazione alla politica monetaria, per cui tuttavia, è da collocare nel lasso di tempo storico preso in considerazione il passaggio dai compiti di governo della moneta a quelli di regolazione degli intermediari bancari. Per l'osservazione secondo cui la regolazione rappresenta non già una rinuncia all'intervento statale nell'economia, quanto un mutamento delle forme di intervento nell'economia cfr V. RICCIUTO, *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, vol. III, Napoli, 2008, p. 1612.

¹⁵² P. SCHLESINGER, *Il "nuovo" diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, op. cit., p. 53. Per l'osservazione secondo cui «Il traguardo verso il quale guarda il mercato (rectius, i mercati), e per il raggiungimento dal quale muove la relativa disciplina, è uno svolgimento di traffici economici tale da assicurare interessi ormai sempre più a forma collettiva (di consumatori, utenti, operatori commerciali) e sopra essi l'interesse generale del mercato concorrenziale. Si sostiene che l'esercizio della libertà contrattuale dei consumatori permetta loro di incidere su prezzo e qualità di servizi e prodotti commerciati, e quindi di ottenere la più vantaggiosa soddisfazione dei propri bisogni. L'idea politica di fondo è che, sacrificato dalla contrattazione di massa, tale potere ritrovi possibilità di espressione proprio nei meccanismi del gioco concorrenziale, che hanno alla propria base la scelta ad opera del consumatore della migliore tra le offerte del mercato» V. RICCIUTO, op. cit., p. 1618. Per il nesso tra la differenza tra la regolazione operata dalle autorità indipendenti e l'intervento pubblico di controllo e programmazione statale E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 257. Sulla relazione tra tale modalità di formazione e la portata innovativa della regolazione da parte delle autorità cfr E. DEL PRATO, op. cit., p. 267.

¹⁵³ Anche nel campo del mercato finanziario, peraltro, è ormai indiscussa la legittimità del potere normativo attribuito alle *authorities* sulla base della decisiva considerazione che l'attribuzione di detto potere è operato dalla fonte primaria, senza che quindi sul possano ravvisarsi preclusioni da parte della Carta costituzionale. Cfr G. MORBIDELLI, *La vigilanza nella distribuzione dei prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle assicurazioni*, in *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi* cit., p. 58.

¹⁵⁴ C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, p. 37.

diretti a descrivere più limiti “esterni” vale a dire condizioni e presupposti di svolgimento del mercato, che limiti “interni”, di operatività degli stessi e, quindi, incisivi e penetranti controlli sulle imprese¹⁵⁵. L’affidamento della vigilanza di un settore ad una autorità indipendente può, in tal senso, dirsi esso stesso una forma di liberalizzazione.

Con riferimento al terzo punto, poi, come illustrato, è consueta la distinzione tra autorità di “garanzia” e autorità di “regolazione”, a seconda che l’istituzione dell’organismo sia diretta al controllo di attività economiche di particolare rilievo, a tutela di interessi esterni o superiori o, al contrario, a consentirne l’apertura al mercato garantendo al contempo standard qualitativi potenzialmente contrastanti con i principi della domanda e dell’offerta¹⁵⁶.

¹⁵⁵ F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, op. ult. cit., p. 48, osserva come «le autorità regolatrici hanno il compito di provvedere nei vari settori di loro competenza a: definire i presupposti per l'esistenza di un mercato, integrando o modificando i presupposti strutturali esistenti; accertare la violazione di norme poste a tutela dell'esercizio di libertà economica (c.d. normativa antitrust; sostituire in tutto o in parte atti negoziali che partecipano, o dovrebbero partecipare, al contraddittorio concorrenziale quando questi non si manifestano spontaneamente. E' il terzo tipo di attività che più propriamente va definito regolazione. Per il diritto la regolazione è legittimata ogniqualvolta non si manifesti il contraddittorio paritario ed è legittimata ogniqualvolta sia sostitutiva di una attività negoziale privata inesistente. Altrimenti non è regolazione, ma intervento pubblico nell'economia e può essere giustificato da norme diverse da quelle che attribuiscono poteri di regolazione alle autorità amministrative indipendenti.» Da cui l'esigenza di distinguere il fondamento normativo dell'intervento pubblico dell'economia, che invece postula una espressa previsione di legge ai sensi dell'art. 41 della Costituzione. Per la portata della riserva di legge previsti nell'art. 41, comma 2 della Costituzione cfr R. NIRO, *Commento sub art. 41*, in A. CELOTTO - R. BIFULCO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 850. In tal senso anche S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2002, p. 12. Senza contare che le voci di critica al modello delle autorità indipendenti peccano per eccesso in quanto rischiano di “mitizzare” l'efficienza del modello statocentrico pur in un contesto contraddistinto da “selvaggia lottizzazione partitica dell'intero apparato” che ha prodotto “un' insofferenza diffusa in quei settori economico-finanziari” (D. CROCCO, *op. cit.*, p. 294).

¹⁵⁶ F. MERUSI - M. PASSARO, *op. cit.*, p. 63; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, *op. cit.*, pp. 25 e 26 che distingue, anche cronologicamente, tra autorità istituite con la finalità di sottoporre a vigilanza settori dell'economia controllati dallo Stato e autorità istituite in forza del processo di liberalizzazione dei servizi pubblici. La distinzione adombra, ma solo parzialmente, la distinzione “per funzioni” proposta da F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, *cit.*, che distingue funzioni di carattere

Tuttavia, se al contrario viene rimarcato il nesso tra autorità indipendenti e regolazione del mercato¹⁵⁷, lo iato tra tali figure dovrebbe essere ridimensionato, in considerazione della sussistenza di un processo di privatizzazione anche nel settore della finanza privata¹⁵⁸. Tale problematica verrà *infra* affrontata *ex professo* a proposito dell'Autorità di vigilanza del settore assicurativo. Si sottolinea, in via incidentale, che una separazione a compartimenti stagni delle funzioni attribuite alle autorità indipendenti non appare praticabile, mentre sembra possibile operare tale distinzione solo all'interno delle varie funzioni attribuite alle singole autorità. Più conforme al dato storicistico appare la distinzione tra autorità di "vecchia" e "nuova" generazione¹⁵⁹, con riferimento alla loro istituzione in epoca antecedente o successiva all'elaborazione dottrinale della categoria, e le conseguenti differenze nella loro organizzazione.

Analogamente, una distinzione può essere effettuata tra le autorità indipendenti in senso stretto e l'eterogeneo complesso di organi che, pur presentando marcati connotati di sovranità, sono di rilievo addirittura costituzionale (si pensi al CNEL o al CSM), ovvero quelli che, pur presentando anch'essi caratteri di autonomia (si pensi all'AIPA, all'ANPA, alla Commissione di garanzia

paragiurisdizionale, funzioni regolatorie o di tutela e, da ultimo, funzioni amministrative di elevato carattere tecnico.

¹⁵⁷ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; F. MERUSI - M. PASSARO, *op. cit.*; M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁸ L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, *op. cit.*, p. 168 osserva che «(...) il mercato impone, alla parte che "offre" beni o servizi, una pluralità di comportamenti obbligatori al fine di consentire, alla parte che "domanda" un bene o un servizio, la possibilità di effettuare scelte volontarie, scelte, cioè, libere e consapevoli. Il diritto positivo testimonia ormai con chiarezza un iter che sembra consolidarsi in maniera crescente, anche se, spesso, il comportamento non è imposto nel contenuto specifico, che può essere flessibile, ma nelle modalità che lo accompagnano e che sono tese a favorire non solo la responsabilizzazione di tutti gli attori che operano nel mercato, ma anche la loro partecipazione attiva».

¹⁵⁹ L. FIORENTINO, in L. TORCHIA, a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 198.

dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali¹⁶⁰) si collocano senza dubbio al di fuori del novero di tali autorità non essendo dotati di un potere regolatorio, ma di mero supporto al plesso governativo, e che sono quindi indicate come “false” autorità indipendenti¹⁶¹.

Comunque, al di là dell'indiscutibile rilevanza dei contributi apportati dalla dottrina allo studio delle autorità indipendenti, la presunta estraneità di tale figura alla tradizione giuridica amministrativa può essere forse ridimensionata, considerando che, in presenza di un rapporto di ausiliarità e di soggezione (anche se questo secondo profilo è alquanto limitato) comunque sussistente nei confronti dello Stato - istituzione, gli elementi strutturali di rottura tradizionalmente ascritti alle *authorities* non presentano, in verità, caratteristiche fenomenologiche marcatamente innovative¹⁶².

¹⁶⁰ Forti dubbi sussistono oggi per la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni (CIVIT) disciplinata dall'art. 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che ha dato attuazione alla legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

¹⁶¹ F. MERUSI - M. PASSARO, *op. cit.*, pp. 59-61.

¹⁶² F. G. SCOCA, *Le amministrazioni indipendenti: precisazioni sul modello*, in AAVV, *Diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 1998, pp. 591 e 593, ove si tratteggia la differenza tra modello teorico, o riferibile ad esperienze straniere, e modello del diritto positivo italiano.

Così già in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. 2, III ed., Milano, 1993, p. 165 e 166 la CONSOB e l'ISVAP erano inquadrati nell'ambito degli organi ausiliari e indipendenti (rispetto a cui, però, si contraddistinguevano per la circostanza che le garanzie erano ottriate con norma primaria e non costituzionale), poste al vertice di un ordinamento sezionale (p. 171), cioè di un complesso di imprese che svolgono attività di pubblico interesse sottoposte a vigilanza specifica.

2 - I settori privatizzati.

Il complesso¹⁶³ processo di passaggio dalla gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato¹⁶⁴ al regime concorrenziale presenta una serie di elementi comuni, consistenti, di massima, in una prima fase di privatizzazione dell'operatore pubblico (dapprima della mera forma giuridica, indi della proprietà sostanziale¹⁶⁵) e nella conseguente apertura agli *incumbents* privati.

Nelle ipotesi in cui l'attività del gestore pubblico richieda la sussistenza di reti di comunicazione, distribuzione o trasmissione¹⁶⁶, il quadro è di norma completato dalla separazione (talvolta sostanziale, talaltra relativa solo alla forma societaria o alla contabilità) delle attività di pubblico interesse svolte dal medesimo. Ove, poi, su tale operatore gravassero obblighi di fornire il servizio in condizioni anche antieconomiche, la conservazione di tali condizioni è garantita tramite l'assegnazione all'*ex* monopolista pubblico di compiti di servizio universale¹⁶⁷.

¹⁶³ Definito da A. MAZZONI, (*Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Rivista delle società*, 1996, p. 35) come «un quadro in cui, accanto a poche scelte di fondo rimaste sostanzialmente ferme, molte sono le disposizioni confuse, disorganiche o contraddittorie perché espressione di disegni diversi e non di rado addirittura configgenti)».

¹⁶⁴ Sia nella forma di ente pubblico che in quella, emergente dopo la c.d. "privatizzazione formale", di s.p.a. comunque partecipata dallo Stato. Cfr A. MAZZONI, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶⁵ Per la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti degli enti privatizzati solo formalmente, in presenza di una partecipazione pubblica al capitale cfr Corte Cost., sentenza n. 466 del 28 dicembre 1993, *ex plurimis* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 3829. Per la natura amministrativa degli atti esercitati dal Ministero dell'Economia in veste di socio delle s.p.a. partecipazione pubblica TAR Lazio, sezione III, sentenza 16 novembre 2007 n. 11271, in *Foro amministrativo - TAR*, 2008, p. 751 con nota di M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra le giurisdizioni: spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del Consiglio di amministrazione della RAI Radiotelevisione italiana s.p.a.*

¹⁶⁶ Ipotesi cui è, sostanzialmente, assimilabile il caso in cui (come si vedrà a proposito dell'INA s.p.a.) fossero ravvisabili ulteriori attività di pubblico interesse attribuite all'operatore economico pubblico.

Nel caso in cui il settore di mercato veda il passaggio da un operatore pubblico in regime di monopolio ad una pluralità di concorrenti, infine, per assicurare l'esistenza stessa di una competizione non è sufficiente assicurare la soggiacenza di questi ultimi ai divieti imposti dalla legislazione in materia di concorrenza, rendendosi, invece, necessaria l'adozione di specifiche misure c.d. asimmetriche (vale a dire gravanti, in prima battuta, sul solo *ex monopolista*), al fine di equilibrare le posizioni di partenza¹⁶⁸.

Costituisce elemento di chiusura, infine, l'affidamento della regolamentazione del settore alla vigilanza di una specifica autorità¹⁶⁹.

Senza voler ripercorrere in tale *sedes materiae* il complesso *iter* storico delle privatizzazioni, ciò può riscontrarsi in modo paradigmatico nell'ipotesi della Autorità per l'energia elettrica e il gas, creata con la legge 14 novembre 1995, n. 481, a seguito delle vicende di liberalizzazione relative a tali settori¹⁷⁰, che, a

¹⁶⁷ Sul tema M. CAPANTINI, *Il servizio universale*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 97 ss.

¹⁶⁸ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 6 ss.

¹⁶⁹ Così esaurientemente T.A.R. Milano, sez. III, sentenza 10 aprile 2009, n. 3239, in www.federalismi.it «*In termini generali, si definiscono Autorità Indipendenti i corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche preposti alla cura di interessi ordinamentali "sensibili" che abbisognano dell'apporto qualificato di organismi muniti di una particolare posizione di terzietà. Con specifico riferimento ai processi di liberalizzazione di vasti settori economici prima riservati alla "mano pubblica" e alla regolazione pubblica del nascente "mercato" in cui (sia pure in una diversa veste privatistica) continuano ad operare le imprese pubbliche ex monopoliste, l'ordinamento ha inteso scongiurare il rischio (ampiamente invernatosi nel passato del nostro Paese) di una gestione "politica" della vita economica, gestione quest'ultima per sua intima natura "egoistica" giacché condizionata (secondo quanto, appunto, suggerito dall'esperienza) dall'interesse particolare delle formazioni politiche di volta in volta detentrici della maggioranza parlamentare relativa.*».

¹⁷⁰ Sul punto in particolare R. ALBANO, *Energia elettrica: profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, *ad vocem*, AA.VV, *Liberalizzazione e privatizzazione nel settore elettrico*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, *ibidem*, 1998, p. 23; S. GAIA - S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2000, p. 339; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE, *op. cit.*, p. 2189; F. SCLAFANI, *Energia elettrica e gas*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, vol. VI, p. 23; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati elettrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 280; F. VETRO', *Il settore del gas naturale*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, *cit.*, p. 127.

partire dalla privatizzazione formale dell'ENI s.p. a. e dell'ENEL s.p.a. hanno portato alla realizzazione di un mercato competitivo anche tramite la separazione formale delle entità deputate, rispettivamente, al trasporto del gas e alla distribuzione dell'energia elettrica (SNAM Rete Gas s. p. a. e TERNA - Rete Elettrica Nazionale s.p.a.), nel caso del gas a seguito del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, attuativo della direttiva n. 98/30/CE, e nel caso del mercato dell'energia elettrica con il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79.

Può dirsi, in misura ancora esemplare, con riguardo all'erezione, con la legge 31 luglio 1997, n. 249 di una Autorità per le garanzie nelle comunicazioni¹⁷¹ (che ha assorbito le funzioni dapprima attribuite al il Garante per la radiodiffusione e l'editoria) competente per i vari settori (telefonia fissa e mobile nonché radiotelevisione) delle telecomunicazioni, che, a fronte del progressivo trasferimento in mani private della Telecom Italia s.p.a. (al contrario analogo processo, pur in presenza di un tormentato passaggio alla concorrenzialità del mercato non ha visto protagonista la RAI s.p.a.), mentre simile soggezione all'opposto non si riscontra per i servizi postali (la cui liberalizzazione è stata avviata, a seguito dell'intervento decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261, nonché del d. l. 1 dicembre 1993, n. 487, convertito, con modificazioni, nella l.

¹⁷¹ Su cui C. CALABRÒ - G. GALASSO, *Telecomunicazioni (e concorrenza)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993, *ad vocem*; A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996,1, p. 5; S. CASSESE, *La liberalizzazione delle comunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle comunicazioni*, a cura di F. BONELLI e S. CASSESE, Milano, 1999; V. ZENO - ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1999, p. 203; N. RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *op. cit.*, p. 2391; M. CONTICELLI - A. TONETTI, *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico e comunitario*, 2008, p. 71.

28 gennaio 1994, n. 71, che ha disposto la privatizzazione dell'Ente Poste, a seguito di *input* promanante dall'Unione europea)¹⁷².

Non sussiste, invece, allo stato, una autorità di regolazione per i servizi dei trasporti di linea ferroviari e locali, in cui si è ad ogni modo registrato il passaggio ad un regime concorrenziale (con conseguente separazione tra le società Ferrovie dello Stato s.p.a., deputata alla gestione della rete, e Trenitalia s.p.a.) a seguito dell'art. 131 della legge 23 dicembre 2000, n. 388; né dei trasporti aerei, sottoposti ad una intensa e progressiva liberalizzazione grazie ad una serie di “pacchetti” comunitari introdotti direttamente con atti regolamentari immediatamente vincolanti ed efficaci, con conseguente abolizione del regime concessorio¹⁷³ e attribuzione all'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.) delle funzioni di vigilanza sul settore¹⁷⁴.

Regime specifico vige, invece, per i servizi di rilevanza economica gestiti dagli enti locali e disciplinati dagli artt. 112 e seguenti del Testo unico enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

Si può notare che la corrispondenza biunivoca liberalizzazione/autorità indipendenti è solo parzialmente corretta, considerando che, allo stato, difetta un'autorità di riferimento per i servizi di trasporto di linea, postali¹⁷⁵ e idrici¹⁷⁶

¹⁷² Sul processo si veda E. SANTAMARIA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 119; L. MAGRONE, *Le poste*, in S. CASSESE (a cura di), *op. cit.*, p. 2321.

¹⁷³ G. SILINFARDI, *L'incidenza sul codice della navigazione della normativa comunitaria sul trasporto aereo*, in *Diritto dei trasporti*, 1997, p. 355.

¹⁷⁴ Definito dalla legge 9 novembre 2004, n. 265, di conversione del d.l. 8 settembre 2004, n. 237, come l'ente che «*svolge, quale unico ente regolatore e garante dell'uniforme applicazione delle norme, in applicazione dell'art. 4 del regolamento (CE) n. 549/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004, le funzioni di regolazione tecnica, controllo, certificazione e rilascio di licenze in materia di fornitura dei servizi di navigazione aerea*» ma non qualificabile come autorità indipendente, in quanto sottoposto a regime giuridico di ente di diritto pubblico dal decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250.

¹⁷⁵ Sullo scarso impatto liberalizzativo nel settore postale U. ARRIGO, *La liberalizzazione europea del mercato postale e le prospettive per l'Italia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 389.

mentre, dall'altro, a seguito dell' entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, (Codice degli appalti), sono state attribuite funzioni sostanzialmente regolatorie (pur in settore altamente connesso con la sfera pubblica) all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che ha assunto la denominazione di «*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*» e analogo, incisivo ruolo è attribuito, dapprima dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675, poi dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 al Garante dei dati personali.

Nel complesso, può osservarsi che l'aspetto forse maggiormente rilevante *quoad effecta* per lo studioso della disciplina del contratto è l'erezione di un *corpus* regolamentare costituito dalla normativa dettata dalle Autorità¹⁷⁷. A fronte, quindi, della citata tendenza di una “codificazione di settore”, deve riscontrarsi che, sempre di più, proprio nei codici di settore assume ruolo preponderante la mole normativa elaborata dalle autorità di regolazione: ciò dicasi non solo sotto il profilo quantitativo, ma soprattutto della particolare incidenza nella disciplina di settore assegnata a tali atti normativi. La validità di tale asserzione appare corroborata dal dato che, nei casi citati (i riferiti ambiti dei dati personali e dei contratti pubblici), la *vis expansiva* del binomio autorità

¹⁷⁶ L. DANESI - M. PASSARELLI - P. PERUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 389. L'art. 9 bis, comma 6 della legge 24 giugno 2009, n. 77, ha comunque attribuito specifici compiti alla Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche (COVIRI).

¹⁷⁷ Sulle funzioni normative delle Autorità indipendenti N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 87; E. DE MARCO, *Le funzioni delle Autorità indipendenti*, in S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999; S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 3858; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, Milano 2007, p. 5.

indipendenti/codificazione è tanto marcata da comportarne l'applicazione in realtà giuridiche non contraddistinte dal fenomeno liberalizzativo.

3 - L'ISVAP autorità indipendente?

Nel caso dell'ISVAP, le caratteristiche del mercato assicurativo (e particolarmente quelle determinate dall'introduzione, nel 1969, dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto) sopra elencate hanno portato all'istituzione di una autorità preposta, da un lato, alla tutela *giuridica* (correttezza dei comportamenti e tutela del contraente), dall'altro, alla tutela *economica* (stabilità delle imprese)¹⁷⁸ nel medesimo mercato.

Le peculiarità relative all'organo di vertice, costituito da un Presidente e da un Consiglio (la cui compresenza consente di classificare lo schema di *governance* dell'ISVAP in un modello misto¹⁷⁹) e la nomina del primo sulla base di un decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nonché dei secondi con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, inducevano peraltro a dubitare della collocazione dell'Istituto nel novero delle autorità indipendenti¹⁸⁰, come pure l'assenza, prima dell'entrata in

¹⁷⁸ A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 375.

¹⁷⁹ D. AGUS, *La regolazione del mercato assicurativo - Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 9.

¹⁸⁰ R. CARANTA, *La nuova Isvap*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 19, che osserva come «(...) le circostanze che all'ISVAP fosse sin dall'inizio riconosciuta personalità giuridica, nonché autonomia finanziaria e contabile, se individuano nell'ISVAP una deviazione del modello ministeriale di organizzazione delle autorità amministrative, non paiono tuttavia sufficienti a far parlare di una vera e propria autorità indipendente». Parla di autorità «solo parzialmente indipendente» S. CASSESE, *La nuova costituzione cit.*, p. 275, pur riconoscendosi (*ibidem*, p. 276), un «elevato grado di indipendenza sotto l'aspetto dell'autonomia organizzativa e d'organico (...) dell'autonomia finanziaria (...) e dell'autonomia contabile».

vigore del Codice delle assicurazioni, di un espresso potere regolatorio¹⁸¹. Di qui la qualificazione dell'ISVAP come “Cenerentola” delle *authorities*¹⁸².

La carenza di elementi idonei a qualificare l'ISVAP come autorità indipendente, in ogni modo, può forse essere agevolmente superata e giustificata considerando che l'epoca della sua costituzione è di gran lunga antecedente alla piena acquisizione delle caratteristiche proprie di tale figura teorica¹⁸³.

Al riguardo, può ad ogni buon conto precisarsi che non era mancato chi¹⁸⁴, pur nell'ottica di un complessivo riconoscimento dell'alterità dell'Istituto rispetto ai tratti teoricamente denotativi (all'epoca tratteggiati in via embrionale) delle autorità indipendenti, tendeva a sminuirne la differenziazione considerando che anche per la CONSOB e la Banca d'Italia l'acquisizione di altri, e non meno rilevanti fattori (la personalità giuridica e la funzione regolatoria), si era inverteva solo progressivamente.

Inoltre, deve essere rilevato che la rilevanza dell'attribuzione all'organo governativo di una significativa incidenza sulla nomina dei componenti dell'autorità pare dover essere ridimensionata, considerando che nelle altre Autorità l'attribuzione del potere di nomina ad altri soggetti, quali i presidenti

¹⁸¹ Parla di “*asimmetria*” con altre autorità di regolazione, in particolare sotto il profilo dell'attività regolamentare e sotto quello dei poteri di giudizio D. AGUS, *op. cit.*, p. 105. Si sottolinea inoltre (p. 107) la differenziazione intercorrente con le altre autorità di vigilanza sul mercato finanziario. Sul tema altresì M. GNES, *La disciplina delle assicurazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 2898.

¹⁸² R. CARANTA, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸³ R. CARANTA, *op. ult. cit.*, p. 18.

¹⁸⁴ S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1995, I, p. 62.

delle Camere, non sembra¹⁸⁵ aver risolto la possibilità di influenza politica sulle nomine o, comunque, eliminato del tutto il *vulnus* all'indipendenza funzionale¹⁸⁶. Pur se particolare attenzione avrebbe dovuto essere prestata alla norma di cui all'art. 23 della legge 576/1982 che, nel disporre che le entrate dell'ISVAP fossero costituite «dal gettito del contributo di vigilanza (...) dai ricavi della vendita di beni immobili e mobili; da ogni altra eventuale entrata», conferiva una autonomia patrimoniale particolarmente marcata nonché, lo si può recisamente affermare, innovativa, considerando che veniva ad essere sancito il principio per cui i medesimi soggetti vigilati che, in quanto tali, traessero beneficio dalla regolazione del mercato, fossero tenuti al finanziamento dell'organismo preposto alla vigilanza.

Già prima dell'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, ad ogni modo, si era registrato un rilevante incremento dei poteri dell'ISVAP¹⁸⁷.

Un parziale e progressivo aumento delle competenze dell'Istituto fu dato dalla l. 9 gennaio 1991, n. 20, poi dal d.p.r. 18 aprile 1994, n. 385: la prima, nel dettare una serie di norme sul controllo delle partecipazioni di imprese o enti assicurativi

¹⁸⁵ Si fa riferimento, in particolare, alla nomina di ex sindaco di capoluogo di Regione a membro dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Sulla questione G. RIVOSECCHI, *Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, documento reperibile alla pagina web http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/old_pdf/776.pdf. Nonché alla mancata nomina successivamente alla scadenza, almeno alla data del presente scritto, del *plenum* dei componenti il collegio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e del presidente della CONSOB.

¹⁸⁶ C. FRANCHINI, *Mito e realtà delle Autorità Indipendenti*, su *Impresa e Stato - rivista della Camera di Commercio di Milano*, n. 35, reperibile alla pagine web http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_35/franchini.htm.

¹⁸⁷ Cfr F. MERUSI - M. PASSERO, *op. cit.*, p. 151: «In sostanza, l'incremento "alluvionale" delle proprie competenze, il progressivo distacco dall'area della dipendenza governativa, in cui per molto tempo era riconducibile, il radicarsi in un intreccio di relazioni comunitarie rendono ragione del percorso di maturazione dell'Istituto in parola che da mero apparato servente dei tradizionali organi burocratici risulta ormai pienamente ascrivibile nella categoria delle autorità indipendenti».

e in imprese o enti assicurativi, attribuì direttamente all'ISVAP i poteri di autorizzazione all'assunzione di partecipazioni di controllo nel capitale delle imprese; il secondo, invece, invertì il rapporto intercorrente tra Ministero dell'Industria e l'ISVAP, sancendo, all'art. 2, comma 2, il principio in base a cui la generalità dei compiti non espressamente attribuiti al Ministero (cui, peraltro, era conservato un potere di vigilanza sull'Autorità) fosse di spettanza dell'Istituto.

Un'accelerazione del processo di attribuzione all'ISVAP dei tratti somatici di vera e propria autorità indipendente fu poi compiuto con i decreti legislativi 174 e 175 del 17 marzo 1995¹⁸⁸, di recepimento della “terza coppia” di direttive comunitarie concernenti il settore assicurativo, attributive all'ISVAP di una potestà prescrittiva, e con il decreto legislativo 13 ottobre 1998, n. 373, che, novellando la legge istitutiva dell'Autorità, con un art. 4, lett. c) *bis*, consentì l'adozione di provvedimenti generali di vigilanza¹⁸⁹, peraltro nella prassi già sovente utilizzati. Da ultimo, prima della entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, un ulteriore ampliamento dei poteri e dei compiti affidati all'ISVAP fu compiuto dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, che, agli artt. 1 e 2, estese la vigilanza dell'Autorità alla correttezza dei comportamenti tenuti dalle imprese nel settore r.c. auto (nello specifico, l'esercizio di tali poteri venne attuato tramite

¹⁸⁸ Sulle c.d. terze direttive si vedano E. BOTTIGLIERI, *L'adeguamento della legislazione italiana sulle assicurazioni alle “terze direttive” europee - Le riserve tecniche in Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 559; C. G. CORVESE, *L'attuazione delle III direttive Cee in materia di assicurazioni vita e danni - I decreti 17 marzo 1995 n. 174 e 175: prime considerazioni e testi normativi*, Padova, 1997; E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa - Il principio dell'“autorizzazione unica”*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1995, p. 821; E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa: il principio dell' home country control*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 862.

¹⁸⁹ A. LONGO, *Commento sub artt. 4 e 5*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al codice delle assicurazioni private*, Padova, 2007, p. 45.

l'istituzione di un apposito «Servizio Reclami»¹⁹⁰), con conseguente concentrazione in capo all'ISVAP delle funzioni di vigilanza di stabilità e di verifica della correttezza delle imprese¹⁹¹.

Oltre che da contingenti scelte di diritto positivo, è importante sottolineare che alla progressiva valorizzazione del ruolo dell'ISVAP non sono estranei due fattori di particolare rilevanza, vale a dire la già citata emersione di un modello unitario o, quantomeno, sintomatico di «autorità indipendente» e, dall'altro, la sempre più forte armonizzazione comunitaria del diritto assicurativo che ha portato ad un crescente estraniamento della vigilanza sui mercati finanziari dai compiti propri dello Stato - persona per attribuirli, invece, ad una serie di entità in vario modo ricollegabili alla potestà statale e, ad ogni buon conto, tra loro collegate in un reticolato di «*fora internazionali, all'interno dei quali si sviluppano le condizioni necessarie per l'armonizzazione delle discipline e il connesso sviluppo della cooperazione tra le autorità*»¹⁹².

E' stato, in sostanza, ribadito anche nella materia assicurativa la corrispondenza quasi biunivoca tra processo di apertura ai mercati comunitari, liberalizzazione e istituzione (o, nel caso in questione, rafforzamento) delle autorità.

Nel Codice delle assicurazioni, poi, è stata confermata la scelta, già parzialmente operata da parte del citato decreto legislativo 393 del 1998, di configurare l'ISVAP quale autorità di regolazione e di controllo del settore¹⁹³, soprattutto a

¹⁹⁰ A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 383

¹⁹¹ R. CARANTA, *op. ult. cit.*, p. 20 indicava la «*lenta, ma progressiva trasformazione dell'ISVAP in una vera e propria autorità indipendente*». Per la qualificazione dell'ISVAP quale autorità «*quasi, o parzialmente indipendente*» E. FRENI, *La disciplina delle assicurazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, p. 2898. Sottolineava, ancora nel 1996, il ruolo dell'ISVAP di mere «*attività istruttorie e di indagini*» D. CROCCO, *op. cit.*, p. 304.

¹⁹² D. AGUS, *op. ult. cit.*, p. 79.

¹⁹³ A. LONGO, *op. cit.*, p. 42. Parlava, invece, ancora di indipendenza parziale ancora nel 1998 R. CARANTA, *op. ult. cit.*, p. 26.

seguito dell'espressa attribuzione, al di là dei poteri autorizzatori, prescrittivi, accertativi, cautelari e repressivi tipizzati dal Codice, di una funzione generale di vigilanza sul mercato, sulla scorta della previsione dell'art. 4, comma 1, lett. c) *bis* della legge istitutiva come novellata dal citato decreto 393,¹⁹⁴ e soprattutto della potestà regolamentare¹⁹⁵, introdotta a seguito delle osservazioni del Consiglio di Stato¹⁹⁶, che costituisce il più importante elemento dell'incisivo potere prescrittivo riconosciuto all'Autorità.

L'art. 5, comma 2, del Codice delle assicurazioni, conferisce inoltre, al di là dei poteri regolamentari già abbastanza nutriti previsti dalle singole disposizioni e dell'elenco previsto dall'art. 191 del Codice, delimitati secondo una classificazione "finalistica", un potere regolamentare di ambito estremamente ampio.

Per di più, in forza dell'articolo 354, comma 4 del Codice delle assicurazioni, l'emanazione della disciplina regolamentare in settori prima disciplinati da

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 42 e 43.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 44, anche per l'osservazione secondo cui «*Il comma terzo (dell'art. 191 nda) descrive un'attività dell'ISVAP che sembrerebbe non di carattere provvidi mentale, ma piuttosto di carattere promozionale e divulgativo della cultura assicurativa in funzione, soprattutto delle esigenze di tutela dei consumatori. Non mancano in questa norma i riferimenti alle indagini statistiche ed economiche, ed alla raccolta di elementi finalizzati alla elaborazione delle linee di politica assicurativa*». Si ritiene (R. TARCHI, *Commento* sub art. 191, in F. CAPRIGLIONE, diretto da, *op. cit.*, p. 297) che prima del Codice delle assicurazioni potesse essere argomentata in capo all'ISVAP quantomeno la sussistenza di un potere regolamentare relativo alle materie interne o organizzative.

¹⁹⁶ Nello schema presentato al Consiglio di Stato, era previsto prevedeva un generico potere, in capo all'ISVAP, di emanare atti (provvedimenti e raccomandazioni) a contenuto generale. Sul punto il Consiglio di Stato ha obiettato che «*(...) anche per effetto di specifiche disposizioni dello schema di codice, il potere regolamentare di ISVAP appare certamente sottoposto al principio di legalità, per le funzioni direttamente "esecutive" del dettato legislativo e per quelle cui lo stesso consente di operare con maggiore autonomia. Alla stregua delle esposte considerazioni, la Sezione ritiene che lo schema debba prendere atto con maggiore chiarezza di tale quadro ordinamentale, rendendo esplicita la natura, regolamentare o meno, del potere di volta in volta esercitato dall'ISVAP. Pertanto, la referente Amministrazione dovrà adeguare il testo dello schema nel senso anzidetto, sostituendo la terminologia di volta in volta utilizzata ("provvedimenti", "raccomandazioni", etc.) con il termine "regolamenti", qualora ne ricorrano gli estremi*».

disposizioni di legge non espressamente abrogate dal Codice, ne consente la caducazione, realizzandosi in tal modo una rilevante delegificazione del mercato assicurativo, in modo da consentirne una regolamentazione affidata a fonti, per loro natura, maggiormente flessibili e idonee ad un continuo confronto con gli operatori del mercato.

A tale riguardo si deve precisare che, in forza del principio di gerarchia delle fonti, può escludersi che il fenomeno descritto possa essere inquadrato nell'ambito di successioni di leggi nel tempo, considerando che il regolamento, nell'ordinamento delineato dalla Costituzione, può avere efficacia solo subordinata a quella della legge ordinaria. Si è, però, precisato¹⁹⁷ che una possibile spiegazione del fenomeno del c.d. regolamento di delegificazione può essere dato considerando che, nel caso di specie, non si verifica una abrogazione di una disposizione primaria da parte di un atto normativo secondario, quanto una abrogazione differita, da parte della stessa legge, di un atto equiordinato anche se la caducazione della fonte è, in concreto, subordinata al fatto storico dell'entrata in vigore del regolamento .

Dal Codice emerge, inoltre, la netta distinzione tra il Ministero dello sviluppo economico, che (art. 4) esercita le proprie funzioni (ivi compreso un residuo, ma marginale, potere regolamentare), «*nell'ambito delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo*» e l'ISVAP, che, operando in un quadro giuridico contraddistinto dal mutuo riconoscimento delle imprese comunitarie e dalla subordinazione dell'autorizzazione al solo riscontro dei requisiti di «*sana e prudente gestione*» prescinde dalla previa definizione di un indirizzo politico. Particolarmente rilevante, poi, soprattutto nell'ottica di una completa e definitiva affermazione dell'ISVAP quale autorità indipendente, è la riforma del

¹⁹⁷ L. CARLASSARRE, voce “Regolamento” (*diritto costituzionale*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 622. Sul fenomeno delle c.d. leggi decodificanti, soprattutto in relazione ai codici di settore a al rapporto con il Codice civile, cfr V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, p. 155.

procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative, da parte degli articoli 24 e 26 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha attribuito all'ISVAP la diretta potestà sanzionatoria, in precedenza limitato alla più generica formulazione di una proposta al Ministero delle attività produttive.

Del resto, la asserita mancanza¹⁹⁸ di un potere conciliativo o paragiurisdizionale¹⁹⁹ sembrerebbe attenuarsi in considerazione della istituzione di una divisione (il citato «Servizio Reclami», ora «Sezione Tutela Utenti») deputata alla trattazione, in fase preliminare rispetto all'azione in giudizio degli assicurati, dei contrasti tra imprese e assicurati.

Di recente, la natura di autorità indipendente dell'ISVAP è stata riconosciuta da una pronuncia²⁰⁰ che ne ha confermato l'assoggettamento al rito previsto dall'art. 23-bis, comma 1, lettera d) della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (come introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205), esaltandone i *«compiti esclusivi di regolazione e vigilanza sul settore assicurativo che l'hanno svincolato da ogni forma originaria e sia pure attenuata di assoggettamento a poteri governativi o ministeriali di indirizzo, controllo o vigilanza»* e *«l'ampiezza ed esclusività dei poteri di regolazione e vigilanza del settore assicurativo, i connessi poteri regolamentari, i rapporti di collaborazione e scambio informativo con altre autorità indipendenti»*.

Può, invece, legittimamente essere posto l'interrogativo se l'ISVAP sia ascrivibile alla categoria delle autorità di garanzia o di quelle di regolazione dei servizi

¹⁹⁸ D. AGUS, *op. ult. cit.*, p. 108.

¹⁹⁹ Si veda, con riferimento alla CONSOB, il decreto legislativo 8 Ottobre 2007 n. 179, nonché la delibera CONSOB n. 16763 di adozione del regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure, nonché l'art. 128 *bis* del testo unico bancario, introdotto dalla legge 262/2005, che prescrive che gli intermediari bancari e finanziari aderiscano a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti.

²⁰⁰ TAR Lazio, ordinanza 1385 del 2 febbraio 2010, inedita.

pubblici, anche considerando la significativa presenza, nel mercato assicurativo, del settore r.c. auto.

Al riguardo, è noto che per le attività bancarie, prima della emanazione del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350, la legge bancaria (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375), disponeva un'espressa qualificazione come funzioni di interesse pubblico²⁰¹ in considerazione della rilevanza sociale dell'attività di raccolta del risparmio, raccolta che è in realtà effettuata da tutti gli intermediari finanziari abilitati²⁰².

Così come per le imprese bancarie, inoltre, un corposo indirizzo giurisprudenziale, relativo soprattutto all'attestato di rischio, riteneva di qualificare l'esercizio dell'attività assicurativa quale servizio di pubblica necessità²⁰³. Di qui il dubbio se la regolazione del mercato assicurativo non si contraddistingua, in realtà, per costituire un *tertium genus* rispetto alla mera regolazione o alla mera garanzia²⁰⁴, così come, del resto, la caratteristica di *tertium genus* poteva cogliersi in passato anche per gli aspetti organizzatori, con riferimento alla ripartizione tra autorità indipendenti e agenzie.

Tuttavia, è preferibile escludere la qualificazione dell'attività assicurativa come servizio pubblico, in considerazione del difetto, in relazione a tale settore, sia della titolarità in capo a soggetti pubblici che della organizzazione pubblica del mercato²⁰⁵, oggi consacrata dall'art. 2, comma 2 del Codice delle assicurazioni

²⁰¹ Sul punto G. CASTALDI, *Il testo unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1995, p. 9; P. FERRO - LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p. 69; G. MOLLE - L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, V ed., Milano, 1997, p. 16.

²⁰² Sul punto G.L. CARRIERO, *Disciplina ed operatività degli intermediari finanziari*, in M. R. FARINA - G. ROTONDO, a cura di, *Il mercato finanziario*, Milano, 2005, p. 96.

²⁰³ Cass. , SSU, 24 aprile 2002 n. 18056, in *Foro Italiano*, 2002, II, c. 407.

²⁰⁴ D. AGUS, *op. ult. cit.*, p. 98.

²⁰⁵ Per la distinzione tra il "servizio pubblico in senso oggettivo" e il "servizio pubblico in senso soggettivo" cfr M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* - vol. II, Milano, 1993, p. 27 ss.

(«L'ISVAP nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione, senza che si possa aver riguardo alla struttura e all'andamento dei mercati interessati») che, in conformità delle direttive comunitarie, esclude qualsiasi valutazione discrezionale sullo svolgimento dell'attività assicurativa, così come una mera discrezionalità tecnica può essere ravvisata con riguardo ai poteri prescrittivi, ablatori e sanzionatori. Comunque, accogliendo la nozione di liberalizzazione in senso economico di cui *supra*, è forse possibile superare la dicotomia tra autorità di regolazione e autorità di garanzia, in quanto la vigilanza delle autorità indipendenti è comprensiva del complesso degli elementi necessari per attuare il processo di liberalizzazione.

In estrema sintesi, anche nel settore assicurativo è stato attuato tutto il complesso insieme di momenti normativi attraverso cui il cittadino, da fruitore di servizi amministrati e regolamentati, passa ad essere considerato utente e consumatore, in condizione di effettuare le scelte economiche maggiormente orientate al proprio soddisfacimento.

4 – Relazioni tra le autorità: regolazione e concorrenza.

Il problema del rapporto tra le autorità indipendenti non si pone nel solo caso di competenza su materie la cui contiguità renda arduo differenziare più settori appartenenti al medesimo comparto (tali problemi saranno esaminati nel successivo capitolo in ordine ai rapporti tra le autorità di vigilanza sul mercato finanziario), ma anche ove sia ipotizzabile una compresenza di una vigilanza settoriale di un determinato mercato economico, e una vigilanza generale per finalità che si estenda ad un settore regolato.

Un esempio abbastanza intuitivo è dato dall'interferenza delle disposizioni concernenti la regolazione dei mercati rispetto alle finalità assegnate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁰⁶ in ordine alla concorrenza e alla tutela dei consumatori, in considerazione dei potenziali effetti delle scelte operate dalle autorità di regolazione rispetto all'equilibrio di un mercato. Ma neppure deve sottovalutarsi la astratta di interferenza tra altre autorità, come nel caso delle prescrizioni dettate dal Garante dei dati personali, che trovano applicazione anche agli operatori economici sottoposti a regolamentazione²⁰⁷.

Si è, al riguardo, argutamente osservato²⁰⁸ che, a voler cogliere in pieno la differenziazione intercorrente tra regolazione e intervento pubblico a tutela della concorrenza, la prima non può, in quanto diretta in ogni caso alla massimizzazione del benessere dei consociati, essere nettamente distinta dal secondo profilo, se non per il più limitato aspetto attinente alla diversità dei fini cui è indirizzata.

Analoghe considerazioni possono essere spiegate con riferimento alla tutela dei consumatori, rispetto a cui, come si è detto, si è registrata l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di compiti prettamente connessi più alla tutela di consumatori che del mercato nel suo complesso.

²⁰⁶ Per l'osservazione secondo cui «L'Italia, fino a pochi anni or sono, non aveva una disciplina della concorrenza. Ora ne ha molte». S. CASSESE, *La nuova costituzione* cit., p. 59. Per la fenomenologia della problematica nel settore delle telecomunicazioni cfr. M. CONTICELLI - A. TONETTI, *op. cit.*, p. 75 ss. Per la differenziazione tra le norme di regolazione finalizzate a garantire l'universalità dell'accesso al servizio e quelle *antitrust* deputate alla tutela della concorrenza J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni: antitrust vs regolazione?* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 440.

²⁰⁷ Si veda, al riguardo, il Regolamento ISVAP 31 del 1 giugno 2009, recane disposizioni in materia di Banca dati sinistri, che è stato emanato previo parere del Garante dei dati personali.

²⁰⁸ C. P. GUARINI, *op. cit.*, pp. 119 -121.

Non può sottacersi, poi, che la regolazione come sopra descritta presenti caratteri tali da spiegare effetto anche al di là delle anguste limitazioni poste dal legislatore nei riguardi dei soggetti non classificabili come consumatori²⁰⁹.

In quest'ottica va evidenziato lo stretto nesso sussistente tra regolazione del settore, tutela del consumatore e stabilità dell'impresa. Solo un'adeguata informazione del consumatore circa le caratteristiche del prodotto e la piena libertà contrattuale consentono una vera competizione tra imprese. D'altro canto, in mancanza di una vera concorrenza, l'onerosità di una clausola sarà esasperata dalla impossibilità di scelta di un altro operatore²¹⁰: se la stabilità è tutelata non in quanto tale, ma in quanto garantisce la restituzione dell'investimento, alla stessa stregua del fallimento dell'impresa dovrebbe essere trattata la clausola "diabolica", o il comportamento scorretto che impedisca all'assicurato di conseguire l'indennizzo. Sotto il profilo inverso, l'eventuale espunzione di una impresa da un'ampia fascia di mercato per la scarsa appetibilità delle condizioni imposte pregiudica fortemente non solo la possibilità di nuovi introiti per tale operatore, ma la complessiva attrattiva dell'investimento e, di conseguenza, la stabilità dell'intero mercato.

Ecco perché, pure a fronte di progetti di legge che mirano ad introdurre il concetto di "finalità" quanto a linea di confine tra le varie autorità, non sembra del tutto obsoleto il criterio "soggettivo" che concentra tutte le scelte di un determinato settore su un unico ente²¹¹, eventualmente accompagnato dalla

²⁰⁹ F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 296.

²¹⁰ Per la rilevanza soggettiva in favore dell'assicurato nel Codice delle assicurazioni anche della tutela della sana e prudente gestione dell'impresa P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., p. 561.

²¹¹ Si veda, sul punto, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501 in *Foro amministrativo - Cons. Stato*, 2006, p. 188, secondo cui «L'autorità per l'energia elettrica e il gas conserva il potere di intervenire nel mercato dell'energia elettrica anche per regolamentare l'esercizio di attività

devoluzione del potere consultivo all'autorità maggiormente idonea ad acquisire la conoscenza del mercato.

Deve, però, essere registrato l'intervento di un parere del Consiglio di Stato (Sez. I, 3 dicembre 2008 n. 3999, *inedito*), circa la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a intervenire, rispetto alle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nei servizi finanziari. Al riguardo, il supremo consesso amministrativo ha ritenuto, in ambito relativo alla potestà sanzionatoria sui servizi di intermediazione finanziaria, che i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in tema di pubblicità ingannevole non operino in presenza di una completa disciplina di settore sugli obblighi di correttezza.

A fronte di una disposizione (l'art. 3 del Codice delle assicurazioni) che definisce i poteri di vigilanza come finalizzati «*alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori*» non sarebbe fuori luogo ipotizzare analogo conclusione sull'interferenza tra la disciplina di settore e la tutela della concorrenza²¹².

Tuttavia, per quanto la correttezza dell'arresto sia apparentemente confermata dalla previsione dell'art. 27, comma 14, del Codice del consumo²¹³ (a voler

liberalizzate quali la produzione; essa tra i propri scopi annovera anche la promozione della concorrenza ed è logico che debba vigilare sul corretto funzionamento del mercato elettrico per valutare la presenza di anomalie o distorsioni».

²¹² Si veda *infra* quanto alle modifiche alla disciplina dell'intermediazione assicurativa (Regolamento ISVAP 5/06) conseguente all'entrata in vigore del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223.

²¹³ A meno che non si ritenga invocabile l'articolo 3.4. della direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali. Tuttavia tale norma sembrerebbe comminare il principio di specialità della materia solo con riferimento alla disciplina sostanziale e per l'individuazione dell'Autorità irrogante la sanzione.

riconoscere l'effetto approvativo ivi previsto anche alla mera comunicazione alla CONSOB del prospetto informativo) mette conto ricordare che la natura episodica, e non preventiva, del controllo sulle forme di pubblicità dei prodotti assicurativi dovrebbe quindi precludere la trasposizione, *mutatis mutandis*, delle dette conclusioni²¹⁴.

5 - Evoluzione del modello, sviluppi e progetti normativi (rinvio).

La recente emersione, al di là di un organico disegno normativo, della categoria concettuale delle Autorità indipendenti, ha posto il problema della 1) definizione di un regime generale e comune di disciplina delle modalità di nomina dei componenti, del regime giuridico degli atti e delle impugnazioni, dei rapporti con l'autorità politica; 2) precisa delimitazione delle competenze, tramite un eventuale accorpamento delle superfetazioni istituzionali, anche al fine di evitare le interferenze di cui *supra*.

Agli aspetti relativi ad una (larvata) disciplina comune del regime di impiego dei dipendenti delle *authorities* aveva, invero, già provveduto il decreto legislativo 165 del 2001 (art. 3) che sottraeva (con formulazione, discutibile, già contenuta nell'art. 2, comma 4 del decreto legislativo del 3 febbraio 1993, n. 29) al processo di contrattualizzazione «*i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n.691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n.287*» (Banca d'Italia, CONSOB e Autorità garante della

²¹⁴ Sul punto ed in tal senso un recente provvedimento dell'AGCM del 19 maggio 2010, n. 21054 (reperibile sul sito dell'Autorità), che ha sanzionato pratiche commerciali compiute da un'impresa di assicurazione.

concorrenza e del mercato), disposizioni poi estese all'ISVAP dall'art. 4, comma 14 del decreto legislativo 373/1998.

Negli ultimi anni numerose disposizioni hanno preso in considerazione, senza però fornire una compiuta definizione, le autorità indipendenti. Si citano l'art. 23 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (come modificato dalla legge 3 agosto 1999, n. 265), in materia di accesso agli atti delle autorità, nonché l'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, che ha devoluto alla «*giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*»²¹⁵

Se ad una disciplina comune delle autorità indipendenti, a livello costituzionale, non è pervenuta, a causa del fallimento del processo riformatore, la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, di cui alla legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 (art. 82 del d. d. l. C3931 «*Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione*»), che ne prevedeva

²¹⁵ Non sono mancate, altresì, disposizioni di carattere processuale che hanno concentrato in capo al TAR Lazio l'impugnativa avverso gli atti delle dette Autorità. Al di là della previsione dell'art. 24, comma 5, della l. 28 dicembre 2005, n. 262, che attribuisce al dicastero capitolino la competenza sui ricorsi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati dalle autorità indipendenti ivi indicate (Banca d'Italia, ISVAP, CONSOB, COVIP e Autorità garante della concorrenza e del mercato), si ricorda l'art. 33, comma 1, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, in materia di provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'art. 2, comma 25, della l. 14 novembre 1995 che, istituendo le Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni, prevede *per relationem* per l'impugnazione degli atti la competenza del TAR in cui ha sede l'Autorità; successivamente, la l. 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, ha ribadito tale attribuzione in forza del disposto dell'art. 1, comma 26.

Si tratta di disposizioni variamente ma sostanzialmente confluite nel Codice del processo amministrativo emanato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, pubblicato nella gazzetta ufficiale del 7 luglio 2010. Si noti, in particolare, che l'articolo 133, comma 1, lettera l) del Codice include nella "classica" elencazione di autorità anche la CIVIT, in qualche modo accreditandone la natura di amministrazione indipendente.

l'istituzione «*per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione*», deve ricordarsi che un nucleo di disposizioni comuni quantomeno sulle autorità preposte alla tutela del risparmio²¹⁶ è stato da ultimo dettato con la l. 262 del 2005, pur a seguito di un sostanziale ridimensionamento del disegno originario, che in una prima fase prevedeva l'abolizione dell'ISVAP²¹⁷ e della COVIP e, nello stesso tempo, l'attribuzione della totalità delle competenze sul mercato finanziario alla Banca d'Italia per i profili di stabilità e alla CONSOB (ma in precedenti o coevi progetti era stata ipotizzata la creazione di una nuova figura giuridica) con riferimento alla disciplina dei prodotti e alla correttezza e trasparenza degli intermediari, con la conseguente estensione al risparmio assicurativo delle norme sull'investimento finanziario²¹⁸, e con il successivo d. lgs. n. 303 del 29 dicembre 2006, (nominalmente) recante disposizioni di coordinamento e di attuazione.

Con riguardo al processo normativo, laddove in ottemperanza alle prescrizioni dell'art. 12 l. n. 229/2003, l'art. 191, comma 4, del codice delle assicurazioni aveva statuito che i regolamenti dell'ISVAP sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti e che all'avvio della consultazione, l'ISVAP rendesse noto lo schema del provvedimento ed i risultati

²¹⁶ Per la critica della scelta legislativa F. MERUSI, *Mercati finanziari e responsabilità strutturale*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 278, anche per il paradossale effetto (p. 283) che « (...) alla rovescia, viene promossa fra le autorità amministrative indipendenti un soggetto, la COVIP, che è di solito espunta dalla categoria perché è priva di poteri di regolazione ».

²¹⁷ Successivamente riproposta, oltre che nel c.d. disegno di legge Letta - Napolitano di cui *infra*, nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri del 6 luglio 2007, contenente « *Disposizioni in materia di credito al consumo e di vigilanza sulle assicurazioni private* », non esaminato dal Parlamento per l'anticipata cessazione della legislatura. Per una complessiva analisi della riforma G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2010.

²¹⁸ G. D'ALFONSO, *La tutela del risparmio in Italia e in Germania tra "disegni" e "realizzazioni"*, in *Studium Iuris*, 2005, pp. 404 e 405.

dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione²¹⁹, la legge sul risparmio (art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262) ha previsto che i provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare devono essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione e, al comma 3, commina che tali Autorità sottopongano a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori²²⁰.

All'una e all'altra esigenza rispondeva, invece, il disegno di legge discusso nelle seduta del Consiglio dei Ministri del 2 febbraio 2007 «*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di ordinamenti delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*» (c.d. bozza Letta - Napolitano), che disciplinava in modo uniforme le modalità di nomina dei membri delle *authorities*, oltre ad istituire l'Autorità per i trasporti, e ad attribuire a quella per l'Energia le funzioni di vigilanza sul servizio idrico, e riproponeva l'accorpamento delle autorità competenti per la vigilanza sul mercato finanziario secondo il modello della c.d. vigilanza per finalità²²¹.

²¹⁹ Sulla disposizione cfr M. GIACHETTI FANTINI, *La consultazione nel processo di "rule making" delle autorità di regolazione del settore*, in C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006, p. 239.

²²⁰ Sul rapporto tra le due previsioni T. A. R Lazio, sezione I, sentenza del 5 dicembre 2000 n. 5996; Cons. Stato, sezione VI, sentenza del 16 ottobre 2008, n. 5026, su cui *amplius infra*.

²²¹ Modello, da ultimo, introdotto nell'ordinamento tedesco: cfr G. D'ALFONSO, *op. cit.*, p. 411. *Ibidem* per la contrapposizione con il modello del c.d. regolatore unico.

Capitolo IV

Tutela del consumatore, concorrenza e servizi finanziari.

SOMMARIO: 1) *Premessa*; 2) *Unitarietà della figura*; 3) *Attività finanziaria e tutela del risparmio*; 4) *Imprese finanziarie e problematiche concorrenziali*; 5) *Servizi finanziari, asimmetria informativa, arbitraggio normativo.*

1 - Premessa.

Tra i citati settori “regolamentati”, contraddistinti da un processo liberalizzativo e, in seguito, dall’innesto di un corposo impianto normativo promanante dalle *authorities*, si colloca, indubbiamente, il mercato dei prodotti e dei servizi finanziari. Con tale, onnicomprensiva, espressione si indica, oggi, la globalità delle attività di impresa che mira ad intermediare l’offerta e la domanda di *surplus* economico e, in definitiva, di risparmio. Si ricomprende, quindi, in tale nozione, il mercato bancario e quello degli altri intermediari creditizi disciplinati dal testo unico bancario²²², ma anche il mercato assicurativo e dell’intermediazione mobiliare, nonché quello, di più recente introduzione, dei fondi pensione.

L’esistenza di settori del mercato qualificati come “prodotti” o “servizi” finanziari è giustificata da una evidente considerazione di carattere economico: non tutta la ricchezza prodotta è immediatamente utilizzata; non tutta la ricchezza di cui le imprese e le famiglie necessitano è, per contro, alle stesse

²²² E l’ancora più recente settore della c.d. “moneta elettronica”, di cui all’art. 55 della legge 1 marzo 2002, n. 39. Per quanto l’art. 11, comma 2 bis, del t.u.b., escluda dalla nozione di “raccolta del risparmio tra il pubblico” la (mera) ricezione di fondi connessa all’emissione di moneta elettronica, infatti, anche in tale ambito è presente lo sfasamento (sia pure minimo) tipico della nozione di attività finanziaria, tra il momento di ricezione della ricchezza e quello dell’utilizzazione, con le conseguenti esigenze di controllo delle imprese. Sul punto negli stessi termini M. GARGANTINI, *La raccolta non bancaria del risparmio: evoluzione della fattispecie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, p. 101.

immediatamente disponibile. Da tali elementi della realtà fattuale sorge la materiale possibilità di un mercato del risparmio, fondata sul dato notorio che l'accantonamento della ricchezza in luogo del suo immediato consumo ne giustifica la possibilità di remunerazione²²³.

Tali considerazioni sono di immediata comprensione solo che si analizzi, in concreto, il meccanismo *economico* che è alla base dei contratti che si è soliti far rientrare nel comparto finanziario.

I contratti bancari, infatti, presuppongono un insieme di operazioni attive e passive, a fronte delle quali l'impresa bancaria fronteggia il rischio di uno sfasamento temporale tra le stesse, superabile grazie alla pluralità di operazioni poste in atto ²²⁴ ed alla circostanza che, nello stesso tempo, il rischio di insolvenza connesso alle erogazioni del credito è fronteggiato dalla remunerazione del capitale che tiene conto del *rischio di credito*.

²²³ L. LENTI, voce *Risparmio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1969 p. 153 ss. Così icasticamente M. GARGANTINI, *op. cit.*, p. 82 «il bene scambiato (il denaro) viene allocato presso soggetti in deficit finanziario (...) mediante contratti che prevedano la nascita in capo a questi ultimi di un "obbligo di rimborso" nei confronti di soggetti in surplus(...)».

²²⁴ Lo studio più importante sul nesso intercorrente tra contratto bancario ed attività di impresa bancaria (B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965) ha messo in evidenza come, in modo analogo a quanto accade per l'attività assicurativa, è la stessa caratteristica soggettiva dell'impresa che gestisce l'attività a qualificare giuridicamente la totalità delle operazioni bancarie attive e passive: «Tale attività, come s'è detto, consiste nel frapporre la banca tra chi ha capitali da investire e chi necessita di denaro: e si suddivide, perciò, in atti di raccolta del risparmio e atti di credito (...). Ne deriva che, in via di principio, il denaro raccolto viene indirizzato verso l'attività creditizia, secondo scelte proprie, ovviamente, solo al banchiere (...). Ne deriva, ancora, che l'attività creditizia viene svolta con denaro di cui la banca non ha un'assoluta disponibilità, in quanto lo deve invece restituire ai depositanti, a scadenza o a vista, a seconda dei casi» (pp. 55-56): con la conseguenza (p. 113) che le analisi sugli schemi codicistici dei contratti bancari «mostrano infatti di avere significato solo se riferiti ad una attività di intermediazione nella circolazione del credito: di essere dettati, cioè, in considerazione di operazioni poste in essere da banche; di essere congrui, dunque, a fattispecie in cui una banca - dal lato attivo o passivo, a seconda dei casi - sia parte»; con la conseguenza, ancora, che (p. 121) «la prestazione tipica (...) ed anzi l'intero schema effettuale dell'atto hanno significato solo se intesi nell'ambito del risultato proprio all'attività bancaria, e cioè l'intermediazione del credito» e che (pp. 122-123) «le discipline di cui all'art. 1834 ss. trovano applicazione (...) unicamente in ordine a fattispecie poste in essere da banche».

Anche nel caso dell'assicurazione, l'esistenza di una "massa" di rischi assunti dalla medesima impresa, in grado per ciò di bilanciare l'alea del singolo contratto, ha persino fatto dubitare della stessa aleatorietà del contratto²²⁵.

Le leggi della statistica consentono (in modo ancora più preciso) di determinare con esattezza l'importo (il premio) che permette l'inserzione del singolo rischio (sinistro o evento relativo alla vita umana) nella massa assunta dall'assicuratore e che, unito al c.d. caricamento, rappresenta la tariffa, vale a dire la remunerazione dell'impresa.

Nello stesso tempo, la presenza di settori dell'assicurazione sulla vita (assicurazione mista per il caso di morte e sopravvivenza, assicurazione a vita intera) in cui l'evento dedotto in contratto non è *incertus an*, fa assumere ai prodotti assicurativi del ramo vita anche una spiccata funzione previdenziale e di risparmio²²⁶, nonché di mezzo di trasmissione della ricchezza familiare²²⁷.

Già in passato, peraltro, uno dei primi studi sull'interazione tra imprese bancarie e di assicurazione²²⁸ aveva sottolineato che, erroneamente, la produzione

²²⁵ Per una complessiva ricostruzione delle indagini dottrinali sulla natura aleatoria del contratto di assicurazione ove gestito da una impresa in grado di compensare i rischi isolatamente considerati cfr L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 85.

²²⁶ Sul tema A. LUBERTI, *Funzione finanziaria e previdenziale da prodotti assicurativi: riflessi in ordine alla regolamentazione e alla vigilanza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, p. 45. Per la differenziazione tra la funzione di mero risparmio e quella previdenziale, contraddistinta dalla circostanza che l'accantonamento delle risorse sottratte al consumo non ne consente la restituzione *ad nutum*, ma solo in presenza del verificarsi degli eventi (certi o meno) che la stipulazione era diretta a fronteggiare P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, p. 91.

²²⁷ Si vedano da ultimo sul tema gli studi di A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato teorico - pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA e S. PATTI, Padova, 2008, pp. 335 ss.; M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, in *Biblioteca di diritto privato* ordinata da P. RESCIGNO, Napoli, 2008, pp. 36 ss.

²²⁸ G. CASTELLANO - R. COSTI, *Attività bancaria e attività assicurativa nell'intermediazione finanziaria*, in *I prodotti finanziari, bancari ed assicurativi* cit. p. 241; già pubblicato in A. NIGRO - G. VOLPE PUTZOLU (a cura di), *Profili di concorrenza e integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, p. 3.

giuridica, all'epoca «*in verità piuttosto scarsa*» che aveva studiato il carattere finanziario dell'attività assicurativa, aveva limitato tale carattere alla sola assicurazione sulla vita²²⁹. Anche le assicurazioni contro i danni presentano, infatti, il tratto comune del reciproco trasferimento tra saldi finanziari attivi e passivi, presupposto che di per sé, fa nascere l'esigenza di una vigilanza a tutela del pubblico risparmio²³⁰.

Tale conclusione risulta particolarmente corretta se si considera che anche alcuni rami dell'assicurazione danni (si pensi a quelle contro gli infortuni e le malattie) presentano uno stretto legame con la vita umana, che incide sulle probabilità dell'evento dedotto in contratto²³¹.

Anche la gestione collettiva del risparmio (art. 33 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58) presenta i tratti dell'incertezza del singolo investimento e della possibile sfasatura temporale tra i rendimenti, e per tale circostanza l'esercizio di tale attività è limitata ai soggetti abilitati.

Da un punto di vista prettamente giuridico, invece, l'esistenza di un mercato del risparmio ne determina *ex se* la necessità di una regolamentazione. Regolamentazione che è, soprattutto, discendente dal dato che nell'investimento, mancando un sinallagma immediato, si ha una *inversione* del ciclo produttivo, in quanto, a differenza di quanto accade nell'ordinaria attività di impresa, sono proprio i fruitori della prestazione a finanziarne i costi e a sopportarne i rischi. Inoltre, proprio per le dette considerazioni, nella scelta di investimento assumono rilievo decisivo una serie di informazioni la cui disponibilità è, sostanzialmente, nella disponibilità del solo debitore²³².

²²⁹ *Ibidem*, p. 242.

²³⁰ *Ibidem*, p. 243.

²³¹ A. LUBERTI, *op. cit.*, pp. 64-67.

La tendenza unitaria della disciplina dei mercati finanziari²³³ è, quindi, data da tre elementi:

1) una serie di similarità nella regolamentazione del mercato²³⁴, discendente soprattutto dalla presenza di una corposa disciplina comunitaria²³⁵ e dal ruolo predominante attribuito alle autorità indipendenti²³⁶, oltre che la riconduzione della disciplina alla medesima base giuridica, consistente nella disposizione di cui all'art. 47 Cost:

2) in punto di fatto, la sempre maggiore contemporanea operatività dei medesimi soggetti nel settore bancario, di intermediazione mobiliare e delle assicurazioni, sia sotto la forma dell'integrazione di tali operatori in un'unica struttura societaria, che sotto quella della collaborazione tra imprese bancarie e

²³² P. CIOCCA, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, in *Economia per il diritto*, cit., p. 32. Efficacemente e icasticamente sintetizza la problematica A. ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche nel mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, pp. 77-78: «(...)l'impiego del risparmio non è privo di rischi. Detto in altri termini, nel momento in cui per decisione del titolare entra in una transazione finanziaria, viene cioè ceduto in cambio di una remunerazione, il risparmio investito assume su di sé in tutto o in parte l'alea connessa al buon esito della attività economica che la controparte della transazione stessa intende realizzare tutela del risparmio e mercati finanziari».

²³³ Su cui in particolare S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1995, I, p. 59.

²³⁴ Individua quattro pilastri comuni (consistenti, rispettivamente, negli articoli 41 e 47 della Costituzione, nei trattati comunitari e nelle direttive di settore) S. AMOROSINO, *I principi "costituzionali" e d'apice comuni*, in S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, pp. 6 e ss. utilizzando (p. 2) l'icastica espressione di "impostazione a canne d'organo" per descrivere lo sviluppo dei mercati finanziari, bancari e assicurativi sino all'ultimo decennio del Novecento. Ne enumera ben sei S. CASSESE, *La nuova costituzione economica* cit., p. 279.

²³⁵ S. AMOROSINO, *I principi "costituzionali" e d'apice comuni*, cit., p. 59.

²³⁶ S. AMOROSINO, *ibidem*, pp. 61, 64 e 66.

assicurative nella distribuzione dei relativi prodotti²³⁷ e, in generale, nello svolgimento delle relative attività;

3) alcune caratteristiche comuni delle operazioni che connotano tale settore, e la recente nascita di prodotti e servizi che, anzi, cumulano gli elementi degli uni e degli altri prodotti.

2 - Unitarietà della figura.

Con riferimento al punto *sub 1)*, si è già avuto modo di descrivere la circostanza che i settori finanziari, bancari e assicurativi sono contraddistinti, come del resto altri importanti settori del mercato sottoposti ad un processo di privatizzazione (nel senso esplicito) da una rilevante intensità della disciplina pubblicistica attuata, però, nella forma della regolazione affidata alle autorità indipendenti.

La similarità delle *forme* della regolamentazione, in ogni caso, si aggiunge alla forte omologazione del *contenuto* della stessa, che ha come oggetto di tutela la posizione del “risparmiatore”, in posizione particolarmente delicata in quanto ha operato un investimento dall’incertezza della restituzione. Identico è, comunque, in tale ambito il problema inerente all’immediata applicabilità delle norme di tutela del c.d. contraente debole e di quelle che, attribuendo una maggiore libertà contrattuale, sono, altresì, finalizzate ad incentivare la concorrenza. Infatti, tali mercati pongono, per il delicato equilibrio su cui si poggiano, un potenziale conflitto tra l’esigenza di tutela della concorrenza e quella stabilità degli

²³⁷ E che traggono origine dal tendenziale processo di “despecializzazione” degli operatori assicurativi e bancari, dalla attività che è loro connaturata (rispettivamente l’eliminazione del rischio e la raccolta del risparmio finalizzata all’erogazione del credito), ad una complessiva attività di gestione del risparmio nel medio - lungo periodo. Si veda sul punto G. MANGHETTI, *La vigilanza sul settore assicurativo e la sua evoluzione alla luce dei cambiamenti dei mercati finanziari*, in *Scritti in memoria di Pietro de Vecchis*, Roma, 1999, pp. 540-541.

operatori. Tale aspetto è particolarmente evidente nel settore bancario e in quello assicurativo, in cui il legame con le posizioni economiche non intercorre solo tra impresa (giuridicamente controparte) e privato, ma tra la generalità dei contraenti.

Lo stesso legislatore ha poi, in talune fattispecie, fornito una nozione e una disciplina unitaria dei servizi finanziari.

Così, ad esempio, l'art. 11 del d. lgs 21 novembre 2007, n. 231, in materia di riciclaggio, include nella categoria degli «*intermediari finanziari*» le banche, le imprese di assicurazione (sia pure limitatamente ai rami vita) e i soggetti abilitati dal t.u.f. alla prestazione dei servizi di investimento.

Del pari, il d. lgs 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) contiene una serie di disposizioni derogatorie rispetto alla propria disciplina con riferimento ai «*servizi finanziari*»²³⁸ definiti come «*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*».²³⁹

Del resto, risulta agevolmente comprensibile l'inapplicabilità *sic et simpliciter* dell'intero complesso di disciplina a tutela del consumatore in operazioni

²³⁸ Si rammentano le previsioni ivi inserite dal d. lgs 23 ottobre 2007, n. 221, in precedenza contenute nel d. lgs 19 agosto 2005, n. 190, recante attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Sul tema V. ZENO ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, p. 517; V. CUFFARO, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 264.

²³⁹ Anche a livello comunitario emerge una tendenza unitaria nella disciplina delle imprese che svolgono attività finanziaria. Si veda da ultimo la raccomandazione 2009/384/CE del 30 aprile 2009 sulle politiche retributive nel settore dei servizi finanziari che all'art. 2.1. definisce come "impresa finanziaria" «*un'impresa, regolamentata o no, che, a prescindere dal suo statuto giuridico, svolga su base professionale una delle attività indicate di seguito: a) accettazione di depositi e altri fondi rimborsabili; b) fornitura di servizi di investimento e/o effettuazione di attività di investimento ai sensi della direttiva 2004/39/CE; c) partecipazione ad attività di intermediazione assicurativa o riassicurativa; d) realizzazione di attività economiche simili a quelle indicate alle lettere a), b) e c). La definizione di impresa finanziaria comprende, ma senza limitarsi ad essi, gli istituti di credito, le società di investimento, i fondi pensione e gli organismi collettivi di investimento*».

economiche in cui è dato riscontrare una compenetrazione tra le posizioni di una serie di posizioni giuridiche²⁴⁰.

Con riferimento al *secondo aspetto*, l'esistenza di un regime normativo analogo, ancorché differenziato, incentiva come è ovvio, soggetti che vantino analoghe esperienze (per le imprese) o professionalità (per i *manager*) ad estendere le proprie attività ad altri comparti del mercato finanziario.

Peraltro, in considerazione dell'esclusività dell'oggetto sociale, l'operatività nei vari mercati è in genere realizzata tramite l'incardinamento di più imprese nell'ambito del medesimo gruppo finanziario.

Alla disciplina dei gruppi presenti contemporaneamente nei vari settori finanziari, ed alle problematiche di stabilità discendenti, è dedicata la direttiva 2002/87/CE e, in ottemperanza alla stessa, il d.lgs n. 142 del 30 maggio 2005 «Attuazione della direttiva 2002/87/CE relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario, nonché all'istituto della consultazione preliminare in tema di assicurazioni», successivamente attuata tramite una serie di accordi intercorsi tra la Banca d'Italia, l'ISVAP e la CONSOB circa la concreta identificazione degli stessi²⁴¹.

²⁴⁰ Così, ad esempio, l'art. 33 prevede l'ammissibilità per l'impresa del diritto di recesso o di modifica delle condizioni contrattuali in presenza di un giustificato motivo, evidentemente ove la prosecuzione del rapporto contrattuale si possa rivelare pregiudizievole per la stabilità dell'impresa.

²⁴¹ Sul tema A. PROTO, *I conglomerati finanziari*, Torino, 2002; F. ANTONINI, *I conglomerati finanziari: una prima lettura della direttiva 2002/87/Ce*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004; A. MARTELLONI, *I conglomerati finanziari - Profili giuridici e approcci di vigilanza sui gruppi finanziari*

misti, Padova, 2006; A. BROZZETTI, *Un nuovo livello di vigilanza prudenziale sugli intermediari articolati in gruppo: prime riflessioni sul d.lgs 142 del 2005, attuativo della direttiva 2002/87/CE sui conglomerati finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, p. 81.

Tali considerazioni valgono, in particolare con riferimento al principale operatore del comparto finanziario, le banche, istituzionalmente preposte alla gestione del risparmio finanziario.

Non si deve ritenere, infatti, che tali evenienze configurino un fenomeno estrinseco alla realtà normativa. Occorre ricordare, infatti, che a norma dell'art. 10 del Testo Unico Bancario (d.lgs n. 385 del 1 settembre 1993 «*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*») alle banche è riservata la «raccolta di risparmio tra il pubblico», intesa come «*l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso*», che costituisce una nozione idonea ad attagliarsi al complesso delle attività finanziarie.

Nello tempo, in conformità alla visione più moderna della “banca universale”, l'art. 11 prevede che le stesse banche siano abilitate a svolgere «*ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna*», con conseguente ratifica della legittimità dell'attività c.d. parabancaria ²⁴².

Il codice delle assicurazioni private, *ex adverso*, prevede, all'art. 2, tra le attività delle imprese di assicurazione «*le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa*» e, con analoga previsione nel d.lgs n. 252 del 5 dicembre 2005, (art. 6, co. 4 e 5), è prevista l'obbligo per i gestori dei fondi pensioni di stipulare apposite convenzioni con le imprese di assicurazione.

Ne deriva una sostanziale compenetrazione tra lo svolgimento di servizi di investimento (qual è quella avente ad oggetto i prodotti pensionistici), l'attività bancaria e quella assicurativa.

Infine, quanto al *terzo punto*, dai dati normativi citati è agevole evincere la mancanza di un dogma di separazione a compartimenti stagni tra le varie attività

²⁴² G. MOLLE - L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, V ed., Milano, 1997, p. 237.

finanziarie, evidentemente sulla base del riconoscimento della particolare utilità di una collaborazione tra i soggetti operanti in diversi segmenti del mercato.

In particolare, la collaborazione tra banche e imprese di assicurazione (c.d. *Bancassicurazione*) si è rivelata particolarmente fruttuosa nel consentire, da un lato, alle imprese di assicurazione una maggiore diffusione dei propri prodotti tramite la clientela bancaria, per caratteristiche storiche maggiormente fidelizzata; dall'altro, alle banche di rafforzare il proprio legame con la detta clientela non limitandosi all'offerta di prodotti tipicamente bancari ma che consentono di offrire una protezione globale al risparmiatore²⁴³.

Tale prassi è stata consacrata da un provvedimento della Banca d'Italia, pubblicato nella g.u. del 2 febbraio 1999, che ha ammesso la possibilità per le banche di distribuire prodotti assicurativi standardizzati²⁴⁴: analoga previsione è stata poi inserita nella circolare ISVAP 241 del 29 marzo 1995²⁴⁵.

Ma è ipotizzabile anche il fenomeno opposto (c.d. *Assurbanca*): operatività nel settore bancario di imprese assicurative, intenzionate a sfruttare “a tutto tondo” il rapporto instauratosi tra cliente e agente di assicurazione²⁴⁶.

A conferma dell'accelerazione del citato processo, si segnala che in Roma, il 30 maggio 2008 è stato sottoscritto dai presidenti delle rispettive associazioni

²⁴³ P. CASTELLI, *I rapporti tra banche e assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1996, pp. 432 - 433.

²⁴⁴ N. SALANITRO, *L'offerta fuori sede di prodotti finanziari bancari ed assicurativi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1999, I, p. 405.

²⁴⁵ Cfr *amplius infra* per la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa nel Codice delle assicurazioni e nella regolamentazione ISVAP. Occorre premettere, ad ogni buon conto, che il riferimento a prodotti standardizzati e quindi immodificabili da parte dell'intermediario mira a conciliare l'operatività delle banche nel settore assicurativo con la necessità di riservare l'attività di intermediazione a soggetti competenti e istituzionalmente preposti a detta attività.

²⁴⁶ In verità, in tale ipotesi l'impresa risulterà operare in quanto normalmente autorizzata *ex art.* 13 t.u.b., con la conseguenza che tale vicenda non presenterà peculiarità giuridiche rispetto alla fattispecie ordinaria.

(Associazione Bancaria Italiana e Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) una federazione²⁴⁷ con l'obiettivo di rappresentare in modo esponenziale le problematiche comuni al comparto finanziario.

Con riferimento alla terza problematica, si è già avuto modo di citare la funzione finanziaria dei prodotti assicurativi.

Qui importa sottolineare che, mentre nell'assicurazione sulla vita quale configurata dal codice civile, la funzione previdenziale rimane pur sempre assorbita all'interno di un rischio dedotto in contratto, la prassi contrattuale ha consentito di amplificare al massimo gli elementi finanziari dell'assicurazione: è il caso, ad esempio, del meccanismo presente nei c.d. prodotti *lifecycle*, con cui in un piano previdenziale le parti possono convenire un profilo di investimento adeguato (di norma sempre meno rischioso e speculativo) all'età via via crescente dell'assicurato.

Ancora, è possibile che l'impresa di assicurazione che si impegna a garantire una rendita (nell'ipotesi di situazioni di bisogno collegate ad eventi della vita umana) conceda, nello stesso tempo, al contraente la fruizione di una partecipazione agli utili dell'impresa²⁴⁸: di qui i conseguenti problemi di compatibilità tra schema assicurativo e schema di partecipazione societaria.

²⁴⁷ Si veda la documentazione reperibile sul sito www.federazioneabiania.it. In particolare, anche a seguito dei rilievi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, lo statuto della associazione (art. 3) indica tra le competenze della associazione solo «*le iniziative rivolte ai rapporti con gli stakeholders dell'industria bancaria/assicurativa/finanziaria (...)*» mentre «*Rimangono in carico all'ABI e all'ANIA le attività di specifico interesse di ciascuno dei due settori e le relative relazioni con i suddetti soggetti e con le Autorità preposte alla vigilanza sugli intermediari, sul mercato e alla tutela della concorrenza*». Con comunicato stampa del 22 ottobre 2010 le associazioni hanno poi reso noto il mutamento (deciso all'unanimità) della denominazione in *Federazione delle banche, delle assicurazioni e della finanza* (http://www.abi.it/manager?action=show_document&portalId=1&documentId=12288%20).

²⁴⁸ C.d. assicurazioni individuali sulla vita a prestazione rivalutabile collegate a gestioni interne separate, definiti dalla circolare ISVAP 26 marzo 1987, n. 71 come «*i contratti di assicurazione individuali sulla vita con capitale rivalutabile in relazione al rendimento della gestione separata di attività corrispondenti ad un importo non inferiore alla riserva matematica relativa ai contratti stessi*».

Ma, soprattutto, è necessario rilevare come la prassi contrattuale sia stata recepita autorizzando le imprese di assicurazione, da ultimo *ex art.* 179 del codice delle assicurazioni, alla gestione di attività di capitalizzazione.

Il contratto di capitalizzazione, ovvero «*il contratto mediante il quale l'impresa di assicurazione si impegna, senza convenzione relativa alla durata della vita umana, a pagare somme determinate al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività*» non presenta alcun elemento di aleatorietà per le parti²⁴⁹, ed è piuttosto assimilabile, in termini descrittivi, alle attività bancarie, presentando il profilo dello sfasamento temporale tra momento del versamento e della riscossione. L'affidamento di tali contratti alle imprese di assicurazione, previsto già dall'art. 1 del testo unico di cui al d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449, è giustificabile solo in base alla necessità di assoggettare le imprese esercenti tali attività al medesimo regime di controlli e vigilanza previsto per le assicurazioni.

La scissione tra carattere aleatorio del contratto e operazioni assicurative è riscontrabile anche con riferimento alle polizze c.d. *unit* e *index linked*²⁵⁰, prodotti

²⁴⁹ Sul tema A. D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato diretto da F. GALGANO, Torino, 1995 p. 2601 ss.; M. BELLOTTI, *Commento sub art. 179*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, di M. BIN, a cura di, Padova, 2006, p. 567 ss.; A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2002, p. 21.

²⁵⁰ Sulle polizze *linked ex multis* M. BIN, *Il «prodotto misto» assicurativo - finanziario*, in *Assicurazioni*, 1988, I, p. 351; F. GALGANO, *Il «prodotto misto» assicurativo-finanziario, parere pro veritate pubblicato in Banca, borsa, titoli di credito*, 1988, I, p. 91; L. GAGLIARDI, *I prodotti assicurativo - finanziari*, in M. VINCENZINI, a cura di, *Manuale di gestione assicurativa*, Padova, 1999, p. 455; A. G. MOLINARI, *Il prodotto misto assicurativo e finanziario*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p. 297; G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione delle assicurazioni sulla vita: problemi giuridici*, in *Assicurazioni*, 1997, I, p. 23; Id., *Le polizze unit ed index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, I, p. 233; A. CORINTI e G. CUCINOTTA, a cura di, *Quaderni ISVAP*, n. 5, Roma, 1999; E. GERETTO, *I prodotti vita indicizzati*, in S. MIANI, a cura di, *I prodotti assicurativi previdenziali*, Torino, 2002, p. 117; M. ROSSETTI, *Polizze linked e tutela dell'interessato*, in *Assicurazioni*, 2002, p. 223; C.M. TARDIVO, *Polizze unit ed index linked: la causa del contratto*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2002, p. 93; R. LENER, *Il prodotto «assicurativo» fra prodotto «finanziario» e prodotto «previdenziale»*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 1239; N.

assicurativi il cui rendimento è connesso a quello di altri prodotti finanziari (*unit*) o di “panieri” (*index*) di prodotti finanziari o beni.

Tali forme di contratti sono stati previsti a partire dal d.lgs 175/1995, attuativo della direttiva 92/96/CE sulla assicurazione sulla vita come le assicurazioni (sulla durata della vita umana, di nuzialità e di natalità) «connesse con fondi di investimento» e ora nominate «le assicurazioni [...] le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento». La possibilità di sottoscrivere prodotti assicurativi connotati da profili speculativi mira a consentire una remunerazione soddisfacente anche in periodi ad elevato tasso di inflazione che, a causa del rilevante lasso di tempo intercorso rispetto al versamento della somma, può erodere in modo significativo il valore della rendita. Nello stesso tempo, l'esistenza di prodotti assicurativi con rischio di investimento potenzialmente a carico dell'assicurato ha determinato una offerta sempre maggiore di prodotti di carattere speculativo ed una progressiva caducazione dell'idea dell'assicurazione come “scommessa” su un evento contrario all'assicurato. Da tale circostanza, nello stesso tempo, è derivata l'esigenza di perfezionare gli obblighi informativi²⁵¹ previsti dalla normativa assicurativa in relazione a prodotti sempre più complessi, rispetto a cui la tradizionale funzione di eliminazione del rischio propria del contratto di assicurazione non vale più a giustificare eventuali vuoti

BANCHELLI - A. PARALUPI, *La vigilanza della CONSOB sulla finanza innovativa*, in C. ROSSANO - D. SICLARI, a cura di, *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006, p. 589.

²⁵¹ Sul tema A. BALZANO, *Il contratto di assicurazione alla luce dei d.leg. n. 174 e 175 del 17 marzo 1995*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 777.

di tutela²⁵², considerando l'espunzione di queste operazioni dalla nozione di contratto assicurativo²⁵³.

Le polizze *linked*, infatti, potendo anche non presentare una garanzia di rendimento²⁵⁴, richiedono ovviamente la necessità di una informativa più compiuta all'investitore.

L'introduzione di una nutrita serie di innovazioni normative a tutela del consumatore²⁵⁵, successivamente raggiunta in pieno solo grazie al codice delle assicurazioni, mira nello stesso tempo anche ad incentivare lo sviluppo della diffusione dei prodotti assicurativi in un mercato, per tradizione, scarsamente recettivo alla concezione degli stessi quale forma di risparmio.

In ordinamenti giuridici espressivi di realtà economiche e finanziarie ancora più moderne, quale ad esempio quello britannico, è addirittura la stessa nozione di attività bancaria (*banking*), ad avere ormai assunto un carattere onnicomprensivo delle varie forme di attività finanziaria²⁵⁶.

²⁵² E. OLIVERIO, *La vigilanza sulle imprese di assicurazione e l'articolazione dei controlli sugli strumenti di finanza innovativa*, in C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *op. cit.*, p. 652. Si vedano, sul punto, i provvedimenti del Giurì della pubblicità, 24 luglio 1998, n. 239 e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 11 febbraio 1999, n. 6894, in relazione ad un prodotto finanziario - assicurativo *linked* con nota di A. COSTA, *Pubblicità ingannevole e polizze index linked*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2000, p. 889. Per la radicale incompatibilità di tali prodotti con la funzione causale dell'assicurazione cfr M. ROSSETTI, *Intermediari: le nuove "regole del gioco"*, in *Assicurazioni*, 2005, p. 205.

²⁵³ *Contra* G. VOLPE PUTZOLU, *La distribuzione dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione*, in *I prodotti finanziari, bancari ed assicurativi*, cit., pp. 36 e 37.

²⁵⁴ P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento*, *op. cit.*, p. 97.

²⁵⁵ Tali forme di protezione, in epoca appena antecedente all'entrata in vigore del Codice, erano state introdotte tramite la circolare ISVAP 551 dell'1 marzo 2005, che ha dettato disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita. Si veda sul tema M. ROSSETTI, *Intermediari: le nuove "regole del gioco"*, *op. cit.*, p. 201.

²⁵⁶ A. BENOCCI, *Linee evolutive della nozione giuridica di banca nell'ordinamento inglese*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, pp. 475 e ss. Il previgente *Banking Act* (1987) poneva quale base della regolamentazione il concetto di attività bancaria (seppure non espressamente definito) come incentrato sul *deposit / taking business*. Il *Financial services act* del 2000, invece, non contiene

Anche l'interazione tra diversi settori del mercato finanziario rende necessaria una più raffinata regolamentazione, al fine di evitare possibili sovrapposizioni.²⁵⁷ Occorre infatti ricordare che, attualmente, la ripartizione di competenze tra Antitrust, Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP è un "ibrido"²⁵⁸ che assomma il criterio funzionale (vigente nella distinzione tra tutela della concorrenza, della stabilità delle imprese e della trasparenza e correttezza, affidate rispettivamente alle prime tre autorità) a quello della vigilanza per attività, valevole per le sole ISVAP e COVIP, a tacere delle funzioni di banca centrale ancora assegnate ad una delle autorità.

La l. 28 dicembre 2005, n. 262, «*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*», con l'art. 11, co. 2, ha abrogato la sottrazione dei prodotti assicurativi all'applicazione delle norme sulla sollecitazione all'investimento (ma l'esenzione risulta, comunque, implicita nella diversa disciplina offerta dal c.a.p. e, *a contrario*, dalla norma qui di seguito descritta), inserendo nel t.u.f. con il successivo co. 3, l'art. 25-bis («*Prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione*»), che prevedeva che «*gli articoli 21 e 23 (le norme sullo svolgimento dei servizi di investimento n.d.r.) si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche nonché, in quanto compatibili, da imprese di*

né una espressa qualificazione della attività bancaria (parlandosi genericamente di *regulated activities*) né una definizione delle attività riservate agli operatori finanziari, ma solo una elencazione casistica delle attività per cui è richiesta una autorizzazione della FSA.

²⁵⁷ L. D'AMBROSIO, *La vigilanza*, in S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *op. cit.*, pp. 55 ss., individua tre modelli di ripartizione della vigilanza sul settore finanziario: 1) l'originario modello *per soggetti*, per cui le imprese continuano ad essere sottoposte per il complesso dei settori in cui operano ad una sola autorità, modello ammissibile sino a quando all'iscrizione in albi o registri istituiti presso l'autorità, alla cui vigilanza le imprese sono sottoposte, discenda l'operatività in un solo determinato settore, ma che diviene problematico ove venga disposta la possibilità di svolgere attività contigue; 2) il modello *per attività* (riscontrabile ove la competenza sia attribuita in ragione della attività in concreto svolta); 3) infine, il più moderno modello *per finalità*, allorché ogni autorità curi un diverso interesse pubblico sui medesimi settori e soggetti.

²⁵⁸ G. NAPOLITANO, a cura di, in L. TORCHIA, a cura di, *op. cit.*, p. 108.

assicurazione» e che «in relazione ai prodotti di cui al co. 1» [...] «la Consob esercita sui soggetti abilitati e sulle imprese di assicurazione i poteri di vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva».

L'art. 25, co. 2, ha, inoltre, stabilito che *«le competenze stabilite dall'art. 109, co. 4, del d.lgs 17 marzo 1995, n. 174, con riguardo ai prodotti assicurativi di cui al punto III della lettera A) della tabella di cui all'allegato I del medesimo d.lgs (nel frattempo, a seguito dell'entrata in vigore del c.a.p. tale riferimento doveva essere inteso al citato ramo III dell'art. 2) sono esercitate dall'ISVAP d'intesa con la CONSOB»*, mentre, al co. 3, era disposto che *«le competenze in materia di trasparenza e di correttezza dei comportamenti di cui all'articolo 1, co. 2, lett. h), della l. 23 agosto 2004, n. 243 (in materia di previdenza complementare ndr)» «sono esercitate dalla COVIP compatibilmente con le disposizioni per la sollecitazione del pubblico risparmio. Restano ferme le competenze in materia di tutela della concorrenza su tutte le forme pensionistiche complementari attribuite all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, e le competenze in materia di sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione attribuite all'ISVAP dalla l. 12 agosto 1982, n. 576, incluse quelle relative ai prodotti assicurativi con finalità previdenziali».*

Il d.lgs n. 303 del 29 dicembre 2006, *«Coordinamento con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (t.u.b.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (t.u.f.)»*, ha definito i prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione come *«le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V di cui all'art. 2, co. 1, del d.lgs 7 settembre 2005, n. 209, con esclusione delle forme pensionistiche individuali di cui all'art. 13, co. 1, lett. b), del d.lgs 5 dicembre 2005, n. 252»*, includendovi sia le operazioni di capitalizzazione che le polizze *linked* per le quali, invece, la l. 262/2005 aveva previsto un semplice potere di consultazione in favore della CONSOB.

Peculiari problematiche sussistono *a fortiori* con riferimento ai contratti che assommano le caratteristiche delle polizze tradizionali con quelle finanziarie (c.d. prodotti multiramo²⁵⁹), in quanto combinano coperture assicurative del ramo I del codice delle assicurazioni a coperture finanziarie e indicizzate del ramo III.

Può legittimamente porsi l'interrogativo della disciplina in concreto applicabili a tali prodotti.

Scartata *a priori*, per la sua inconsistenza normativa, la possibilità di applicare il criterio della *lex posterior*, che farebbe discendere la connotazione giuridica di tali contratti da circostanze meramente "accidentali", quali, ad esempio, il casuale sopraggiungere di una novella della disciplina di settore, quattro sono le tesi sostenibili: quella della applicabilità delle sole norme del codice delle assicurazioni private, quella di una applicabilità congiunta della disciplina del t.u.f. e del c.a.p.; quella della applicazione delle sole norme in materia di prodotti finanziari; e quella dell'applicazione delle singole disposizioni che si rivelino, nel caso concreto, più favorevoli per il risparmiatore.

La prima tesi, suggerita dalla circostanza che l'ambito di applicabilità del d. lgs 303 del 2006 sarebbe ristretta ai soli prodotti *del tutto privi di un'alea demografica*, rischierebbe però di privare l'investitore di rilevanti forme di tutela, in quanto verrebbero a mancare le più garantistiche norme in materia di investimenti finanziari.

La tesi della combinazione dei regimi normativi è stata autorevolmente sostenuta in una "Comunicazione congiunta" CONSOB - ISVAP del 28 dicembre 2007²⁶⁰.

²⁵⁹ Sul tema L. D'OSTUNI, *Sottoscrizione e collocamento di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*, in L. ZITIELLO, a cura di, *La MIFID in Italia - La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, Torino, 2009, p. 674.

²⁶⁰ «Anche nella individuazione delle regole di comportamento da osservare nella distribuzione delle polizze multiramo, è necessario che sia garantito il contemporaneo rispetto, da un lato, delle regole derivanti dal CAP e dalla disciplina ISVAP (tra l'altro, il Regolamento n. 5/2006) riferibili alla componente di ramo I, dall'altro, delle regole derivanti dal TUF (artt. 21 e 23) e dalla normativa CONSOB (da ultimo reg. n. 16190/2007)

A prescindere, comunque, dal dubbio valore precettivo della comunicazione, preme sottolineare che l'accoglimento di una nozione "concreta" del concetto di causa ²⁶¹ porterebbe a ravvisarne l'essenza, in tali operazioni, in una attività speculativa e farebbe deporre per la terza opzione ermeneutica, quella cioè che ritiene applicabili le sole norme in materia di polizze finanziarie a tali prodotti. La quarta ed ultima tesi è stata autorevolmente²⁶² sostenuta con riguardo a tutti i prodotti finanziario - assicurativi: senonché, a parte la carenza di una reale base normativa per l'argomentazione, deve essere altresì rilevata la difficoltà di una concreta individuazione della disciplina maggiormente protettiva per il risparmiatore.

3 - Attività finanziaria e tutela del risparmio.

Ulteriori problematiche giuridiche nel campo dei servizi e prodotti finanziari sono poste non già dalle modalità con cui attualmente tali attività sono svolte,

riferibili alla componente di ramo III (...) I due set di regole, nonostante la richiamata omogeneità, hanno un grado di articolazione e di specificazione che può non corrispondere esattamente: in ogni caso, la condotta dei soggetti abilitati o dell'impresa di assicurazione dovrà ispirarsi a modalità operative che garantiscano il contemporaneo rispetto di entrambe le discipline, il che si tradurrà, nel seguire la "somma" delle regole dettate e, ma solo "fattualmente", nel seguire le regole in grado di "contenere" le altre" »

²⁶¹ Seguendo l'impostazione che attribuisce alla causa il ruolo di identificare la funzione economico - individuale perseguita dai contraenti (C.M. BIANCA, *Diritto civile - Vol. 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 419, e in giurisprudenza Cass. sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, *ex plurimis* in *I contratti*, 2007, p. 621), anziché la funzione economico - sociale tipicamente svolta dal contratto, la "causa" di una operazione finanziaria di investimento in prodotti multiramo non può comprendere anche quella di copertura assicurativa perché, pur a fronte della presenza di una garanzia, resta assorbente il profilo gestorio e di rischio dell'investimento.

Di recente Cass., SSUU, 12 maggio 2008, n. 11656, in *Rivista del notariato*, 2009, p. 1475 con nota di M. GRAZIANO, ha poi ribadito il principio secondo cui, nell'ipotesi di contratto misto, deve essere applicata la disciplina giuridica del tipo prevalente.

²⁶² G. MORBIDELLI, *La vigilanza nella distribuzione dei prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle assicurazioni*, in *I prodotti finanziari* cit., p. 55.

ma proprio dai valori e dagli interessi di cui esse sono espressive. Se una regolamentazione e una vigilanza sul mercato finanziario è presente nella maggior parte dei paesi occidentali, essa assume valore particolarmente rilevante nel nostro ordinamento, per la presenza di una serie di disposizioni costituzionali che determinano la possibilità, *rectius* l'obbligo, della autorità pubblica di intervenire a correggere le imperfezioni del mercato proprie di tale settore. Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 41, che afferma il principio secondo cui l'attività di impresa non deve «svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»; all'articolo 47²⁶³, comma 1 che prevede che la Repubblica «incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme», e, ancora, l'articolo 117, comma 2, che cita alla lettera e) «[...] tutela del risparmio e mercati finanziari» tra le materie riservate allo Stato in quanto ritenute di primaria rilevanza.

Non sembra, invece, che nel diritto comunitario possa essere rinvenuta una analoga attenzione alla tematica del risparmio, se non nell'ambito del riavvicinamento delle disposizioni legislative concernenti il funzionamento del mercato unico²⁶⁴ (artt. 94 e 95, comma 1 del trattato CE²⁶⁵). Tuttavia, il corpus

²⁶³ La norma, approvata dopo non poche discussioni nell'ambito della III sottocommissione dell'assemblea costituente (vedasi sul punto S. BARONCELLI, *Commento sub art. 47*, in *Commentario alla costituzione* cit., pp. 946 e 947), nell'endiadi «incoraggia e tutela» costituisce il punto di incontro tra l'impostazione liberale di Luigi Einaudi, che mirava soprattutto all'inserimento nel testo costituzionale di una norma di garanzia degli obblighi assunti dallo Stato nei confronti dei propri creditori, e l'impostazione socialista e cristiano-sociale che mirava al recepimento di principi agevolatori dell'accesso al credito e al risparmio. Definisce la conciliazione degli obiettivi indicati da tale disposizione una «missione impossibile» A. ZITO, *op. cit.*, p. 78.

²⁶⁴ J. ZILLER, *La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, pp. 23-28.

²⁶⁵ L'art. 94 dispone che «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune». L'art. 95, comma 1, prevede che «In deroga

numero di direttive emanato in sede comunitaria rende evidente quantomeno la centralità dell'obiettivo di armonizzazione della disciplina dei servizi finanziari a livello comunitario²⁶⁶.

La tutela del risparmio costituisce un corollario della centralità del lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento repubblicano. Se, come detto, il reddito che non è consumato costituisce il risparmio, la tutela che è accordata alla retribuzione *ex art. 36 Cost.* non può non ripercuotersi anche sulla totalità dei fattori remunerativi e, quindi, sulla quota di proventi di lavoro non immediatamente consumata. Ne deriva la possibilità di un collegamento tra le due finalità (quella dell'incoraggiamento e quella della tutela) per consentire di affermare il *favor* apprestato al risparmio frutto del lavoro in contrapposizione alla mera "rendita", di per sé non tutelata dalla Costituzione²⁶⁷.

In tale ottica, quindi, l'art. 36 Cost. costituisce non solo una garanzia della stabilità del sistema finanziario, ma è costitutivo di vere e proprie posizioni soggettive in favore dei risparmiatori²⁶⁸.

L'esistenza di una disposizione costituzionale di protezione del risparmio giustifica la sottoposizione a un complesso sistema autorizzatorio e di

all'articolo 100 e salvo che il presente Trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 7A. Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 189B e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

²⁶⁶ G. D'ALFONSO, *op. ult. cit.*, p. 401. Si veda, da ultimo, la risoluzione del Parlamento europeo del 5 giugno 2008 sul Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico

²⁶⁷ M. D'AMICO - S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 47.

²⁶⁸ M. ATRIPALDI, *Risparmio, credito ed investimenti socialmente rilevanti: le relazioni a livello micro e macro-economico nel dibattito per l'approvazione dell'art. 47 Cost.*, in *Diritto e cultura*, 2004, p. 169.

regolamentazione nonché alla vigilanza delle autorità di settore delle imprese operanti in ambito finanziario²⁶⁹.

Sotto questo punto di vista, anzi, la lettura delle disposizioni della *Grundnorm* “autorizza” l’interprete a ricavare, in via esegetica, un triplice ambito di azione della regolamentazione del settore finanziario: 1) un controllo di stabilità (*ex* articolo 47²⁷⁰); 2) un controllo sulla concorrenza²⁷¹ (sulla base del procedimento esegetico che si è avuto modo di illustrare a proposito dell’art. 41); 3) un controllo (*ex* articolo 117) sulla correttezza e sulla trasparenza delle condizioni di investimento.

Quanto alla tutela della stabilità delle imprese finanziarie, è di tutta evidenza che il testo della disposizione costituzionale, nel recepire fondamentalmente la legge bancaria²⁷² e, soprattutto, le istanze insorgenti sulla scorta delle difficili condizioni finanziarie dell’immediato dopoguerra, non ha con ciò precluso una applicazione alla più innovative e globalizzate forme di finanza.²⁷³

Il controllo sulla trasparenza delle condizioni di investimento è giustificato dalla non immediata sinallagmaticità - e quindi intellegibilità - dei contratti finanziari, che determina una posizione *ex se* di inferiorità della controparte.

²⁶⁹ E. GABRIELLI - R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, in E. GABRIELLI - R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2004, p. 7. Si rinvia a S. BARONCELLI, *op. cit.*, p. 951 per il dibattito sul rapporto tra tale disposizione e l’art. 41 Cost.

²⁷⁰ Che, oltre a costituire *ex se* il fondamento della disciplina normativa, funge da elemento idoneo a costituire una fattispecie, normativamente positivizzata, di finalità inquadrabile nell’ambito dell’utilità sociale e idonea a consentire i relativi interventi (sul tema R. NIRO, *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla costituzione cit.*, p. 854).

²⁷¹ *Profili costituzionali del controllo pubblico della finanza innovativa*, in C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006, p. 91.

²⁷² Si è parlato, sul punto, di “costituzionalizzazione della legge bancaria”: M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1977, p. 205.

²⁷³ D. SICLARI, *op. cit.*, p. 81.

Tuttavia, anche la tutela dell'investitore - risparmiatore nei confronti degli operatori del mercato appare ancora, allo stato, fortemente frammentaria, essendo previste diverse forme di tutela a seconda della tipologia di risparmio (mobiliare, previdenziale, bancario), nonché dell'attrazione soggettiva dell'interessato nell'una o nell'altra categoria (operatore qualificato, cliente professionale, consumatore). Appare, quindi, legittimo interrogarsi sulla legittimità *ex art. 3 Cost.* dell'attuale assetto di vigilanza²⁷⁴, soprattutto considerando che l'esistenza di un *regulator* per i differenti comparti pone anche problemi di eccessiva contiguità del vigilante ai soggetti vigilati²⁷⁵: tanto più la competenza riproduce la ripartizione del settore del mercato, quanto più elevata è la possibilità, ad esempio, delle c.d. *revolving doors*.

4 - Imprese finanziarie e problematiche concorrenziali.

La tendenza ad una sempre maggiore concentrazione nel settore finanziario non è, ovviamente, estranea al generale processo di gigantismo degli operatori economici contemporanei, ed alla necessità di questi ultimi di instaurare relazioni stabili con soggetti agli stessi paragonabili in termini dimensionali²⁷⁶.

²⁷⁴ A. LUBERTI, *op. cit.*, p. 78.

²⁷⁵ Il Sen. M. VILLONE, *Relazione al Senato della Repubblica - XV Legislatura - I Commissione Affari Costituzionali*, sul citato progetto di riforma delle autorità, ha osservato che «La proliferazione delle Autorità innalza di molto il rischio - notissimo nella letteratura anche internazionale - della cattura del regolatore da parte del regolato. Questo, com'è noto, è il vero punto debole del sistema delle Autorità. Proprio l'autonomia e l'indipendenza verso l'esecutivo, e la sottrazione al circuito della responsabilità politica, diventano - da questo punto di vista - elementi di debolezza di fronte alla pressione di interessi che possono assumere - e spesso assumono - una rilevantissima portata. Ed è ragionevole affermare il principio che più l'Autorità è di settore, più alto è il rischio di cattura».

²⁷⁶ F. CAPRIGLIONE, *Concentrazioni bancarie e logica di mercato*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, p. 296.

L'attività finanziaria, per le stesse modalità con cui è posta in essere, suscita però problematiche concorrenziali ulteriori rispetto a quelle già presenti nella generalità dei mercati.

Se è ovvio che *ex se* le maggiori dimensioni di ogni impresa determinano economie di scala, in ambito bancario e assicurativo è proprio il meccanismo che consente il passaggio “dal contratto alla attività” che rende particolarmente vitale la concentrazione degli operatori.

In secondo luogo (la problematica sarà diffusamente precisata nel capitolo successivo) nell'ambito dell'attività finanziaria è data riscontrare la possibilità che accordi tra vari operatori siano realizzati al fine di consentire la fruizione universale nei confronti della generalità dei privati (si pensi ad esempio alle norme bancarie uniformi²⁷⁷).

In ogni caso, la problematica concorrenziale non è estranea alle finalità indicate dal citato art. 47²⁷⁸. Se non altro per la considerazione che ingiustificati ed elevati costi gestori possono anch'essi, di fatto, nullificare la remunerazione al pari di un diverso fallimento del mercato.

Semmai, potrebbe emergere una potenziale contrapposizione tra garanzia della concorrenza e stabilità del settore²⁷⁹.

²⁷⁷ Sulla esclusione della illiceità delle norme bancarie uniformi con riguardo alla normativa comunitaria cfr Corte di Giustizia europea, sez. VI, sentenza 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96 in *Foro italiano*, 1999, IV, c. 4.

²⁷⁸ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 81.

²⁷⁹ Nel diritto americano, ad esempio, la giurisprudenza della Corte Suprema subordina la possibilità della applicazione della normativa *antitrust* a settori regolati, ove sussista un conflitto tra le esigenze *antitrust* e quelle della regolamentazione emanata dall'autorità di settore, ad un criterio di compatibilità «*Where regulatory statutes are silent in respect to antitrust, courts must determine whether, and in what respects, they implicitly preclude the antitrust laws' application*». Sul tema M. MAGGIOLINO, in F. GHEZZI - M. MAGGIOLINO, *Crédit Suisse, ovvero la marginalizzazione dell'antitrust nei mercati finanziari americani*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 9.

Le conseguenze non desiderate di una competizione condotta secondo i canoni della concorrenza classica, infatti, potrebbero comportare gravi esternalità negative non solo cagionando il dissesto di un singolo operatore, ma anche per il tendenziale “effetto domino” che contraddistingue i fallimenti degli operatori finanziari²⁸⁰.

L'esistenza di un regolatore di settore che ha inserito la concorrenza quale *uno* degli elementi da valutare, congiuntamente alla applicazione della normativa *antitrust*, genererebbe quindi il rischio di un eccesso di regolamentazione²⁸¹.

Si è, altresì, accennato alla problematica che l'interferenza tra i vari comparti di mercato ha sovente causato nell'ambito dei progetti di riforma della autorità di vigilanza, non solo con riferimento alla scelta se affidare, o meno, l'intero settore finanziario ad un'unica autorità di vigilanza, ma anche e soprattutto con riguardo all'opportunità di concentrare il complesso delle competenze in capo alla medesima autorità ovvero di prevedere la coesistenza di diversi controlli, in quanto diretti alla tutela di interessi differenziati.

Un esempio della prima opzione era dato dall'art. 20, co. 2 della l. n. 287 del 10 ottobre 1990²⁸² che, fino alla legge 262/05, attribuiva le competenze sulla stabilità e sulla concorrenza alla stessa autorità (la Banca d'Italia): *«nei confronti delle aziende ed istituti di credito l'applicazione (...) spetta alla competente autorità di vigilanza»*, mentre, al comma 4, prevedeva e continua a prevedere che *«Nel caso di operazioni che coinvolgano imprese assicurative, i provvedimenti dell'Autorità di cui all'articolo 10 sono adottati sentito il parere dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e d'interesse collettivo (ISVAP), che si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento della*

²⁸⁰ S. MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato*, op. cit., p. 191.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 11.

²⁸² P. AQUILANTI, *Commento sub art. 20*, in *Diritto antitrust italiano*, op. ult. cit., pp. 1031 ss.

documentazione posta a fondamento del provvedimento. Decorso inutilmente tale termine l'Autorità di cui all'articolo 10 può adottare il provvedimento di sua competenza».

Se l'attività amministrativa discrezionale consiste nella ponderazione di un interesse primario con uno o più interessi secondari, pubblici o privati²⁸³, la cura di una attività economica ben può comprendere la vigilanza sulle questioni concorrenziali del settore; nello stesso tempo, l'utilizzo del parere mirava a bilanciare la concentrazione della competenza tecnica con il rispetto della vigilanza per *finalità* ma non risolve la problematica relativa alla eventuale sovrapposizione di disciplina.

Di fatto, la concentrazione in capo allo stesso potere di valutazioni relative anche al processo concorrenziale, quale quello incardinato in capo alla Banca d'Italia, risultava particolarmente efficace in un mercato controllato in cui la valutazione sulla competitività poteva essere attuata in una pluralità di procedimenti, aventi vario oggetto, ma contraddistinti dall'estrema discrezionalità attribuita all'organo di vigilanza²⁸⁴.

La scelta, operata dalla l. 262/05, di equiparare la disciplina della concorrenza nel settore bancario a quella del mercato assicurativo, risulterebbe quindi conforme con l'opzione, coerente con la politica comunitaria di liberalizzazione, di attribuire una limitata discrezionalità procedimentale nelle politiche di settore. Sotto un diverso profilo, si è obiettato inoltre che la correlazione tra concorrenza e stabilità nel settore finanziario non risulta ancora univocamente definita²⁸⁵. Infatti è stato osservato che, a ben vedere, il monopolista o l'oligopolista finanziario *ex adverso* potrebbe confidare eccessivamente sulla

²⁸³ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 49.

²⁸⁴ F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 299.

²⁸⁵ S. MEZZACAPO, *op. ult. cit.*, p. 193.

completezza delle informazioni di solvibilità acquisite in forza del proprio predominio per compiere attività eccessivamente rischiose²⁸⁶, e che, d'altro canto, la consapevolezza dell'impossibilità di realizzare elevati profitti spinge gli imprenditori finanziari ad operazioni meno rischiose²⁸⁷.

5 - Servizi finanziari, asimmetria informativa, arbitraggio normativo.

L'efficacia pervasiva dell'art. 47 Cost. determina l'obbligo del legislatore di apprestare una vigilanza su qualsiasi forma di accantonamento, suggerendo una dilatazione della norma al di là dei limiti esegetici collegati alla sua genesi, come detto, improntata ad un riconoscimento della legge bancaria, per imporne una lettura ampia e non collegata alla tipologia di risparmio²⁸⁸ e consente di ipotizzare una diretta responsabilità per violazione del precetto costituzionale²⁸⁹ anche dello Stato-legislatore per inadeguata organizzazione della struttura della vigilanza sui mercati²⁹⁰.

Ma soprattutto essa, da un punto di vista "sistemico", consente di sollevare dubbi sull'attuale assetto delle competenze di vigilanza.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ G.L. CARRIERO - R. VIOLI, *Moneta, banche, mercati finanziari*, in P. CIOCCA, a cura di, *op. cit.*, p. 321.

²⁸⁸ M. D'AMICO - S. CATALANO, *op. cit.*, p. 37.

²⁸⁹ Per la tesi secondo cui le conseguenze della violazione della norma in esame, che determina l'insorgenza a carico dello Stato di un vincolo di natura obbligatoria a favore dell'investitore, avrebbero natura di responsabilità contrattuale, si veda lo studio di N. PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità della autorità di vigilanza*, Torino, 2009.

²⁹⁰ Così F. MERUSI, *Mercati finanziari e responsabilità strutturale*, cit., p. 279 ss.

Da un secondo punto di vista, l'esistenza di una serie di soggetti che agiscono in una pluralità di comparti del medesimo mercato, anziché in uno solo di essi, suscita una serie di riflessioni circa la natura degli effetti che tale processo svolge nei confronti degli utenti privati.

E' chiaro, da un lato, che l'esistenza di operatori che possano rispondere alla globalità delle esigenze dei consumatori svolge effetti positivi²⁹¹ e, nello stesso tempo, la presenza di operatori polifunzionali può rivolgersi in vantaggio della tutela del consumatore, posto che la *compliance* ha ovviamente dei costi marginalmente decrescenti.

Sotto un secondo punto di vista, l'esistenza di una pluralità di regimi normativi applicabili a prodotti sostanzialmente assimilabili, e il conseguente arbitraggio normativo, pone il problema degli effetti delle conseguenti distorsioni concorrenziali, a vantaggio degli uni o degli altri operatori²⁹². Mentre, come appare evidente, la sottoposizione ad una duplice disciplina in ragione della attività esercitata pone il problema di una *double jeopardy* la cui *compliance* risulta alquanto costosa²⁹³.

²⁹¹ A. BROZZETTI, *op. cit.*, p. 85.

²⁹² Talune delle quali di meridiana evidenza. Si pensi, ad esempio, alla descritta evoluzione normativa in tema di prodotti assicurativo - finanziari, che non ha, tuttavia, modificato la disciplina del Codice delle assicurazioni in materia di intermediazione assicurativa. Pertanto, in forza dell'attuale art. 25 - *bis* del t.u.f. risulteranno applicabili solo ai soggetti abilitati (*ex* art. 21 t.u.f.) e non anche agli intermediari assicurativi, i più stringenti obblighi previsti dal t.u.f. Si veda sul tema il *Fondi comuni italiani: situazione attuale e possibili linee di intervento*, Rapporto del gruppo di lavoro sui fondi comuni italiani (cui hanno partecipato la CONSOB e la Banca d'Italia), 2008, p. 25, che evidenzia tale circostanza come una delle concause dell'arretratezza del mercato finanziario italiano e, nella stampa specializzata, F. LEONE, *Sos Fondi, parte la cura Bankitalia-CONSOB*, in *Il Giornale della Banca e della Finanza*, 9/2008, p. 14.

²⁹³ Così per i prodotti multiramo G.L. CARRIERO, *Mifid, attività assicurativa, autorità di vigilanza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, p. 428: «Tale circostanza, non a torto lamentata come discriminatoria da parte delle imprese di assicurazione e delle relative associazioni di categoria, appesantisce l'operatività degli intermediari italiani, può determinare - a danno dei risparmiatori - costi transattivi derivanti da asimmetrie informative "per eccesso", si riflette sul prezzo del contratto, confligge con i principi di proporzionalità e sussidiarietà sanciti dalla legge sul risparmio. In assenza di coordinamento tra le discipline primarie, quello seguito

La commercializzazione dei prodotti assicurativi, sia pure del ramo vita, e dei prodotti finanziari è infatti sottoposta ad una disciplina differenziata.

L'art. 182, comma 3, del c.a.p. prevede che *«L'ISVAP può richiedere, in via non sistematica, la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, che è utilizzato dalle imprese e dagli intermediari»*.

Al contrario, il t.u.f. per il caso di offerta al pubblico di strumenti finanziari dispone, all'art. 94, comma 1, la preventiva approvazione di un prospetto da parte della CONSOB.

Per quanto concerne, poi, il regime di intermediazione, in ambito assicurativo, il Regolamento n. 5 del 16 ottobre 2006 prevede un riferimento al solo obbligo di adeguatezza, comminando che *«gli intermediari sono tenuti a proporre o consigliare contratti adeguati in relazione alle esigenze di copertura assicurativa e previdenziale del contraente. A tal fine, prima di far sottoscrivere una proposta o, qualora non prevista, un contratto di assicurazione, acquisiscono dal contraente ogni informazione che ritengono utile in funzione delle caratteristiche e della complessità del contratto offerto, conservandone traccia documentale»*.

Con riferimento ai prodotti finanziari, esso è oggi dettato dalle norme introdotte dal decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164, che ha recepito la direttiva 2004/39/CE (c.d. MIFID²⁹⁴: Market in financial instruments directive), anche a

risulta peraltro il solo sentiero percorribile da parte delle autorità di settore per adempiere agli obblighi di legge (delle diverse leggi)». Si veda, a titolo di ulteriore esempio, il documento di consultazione del 19 giugno 2009, Nuovi obblighi di comunicazione di dati e notizie e di trasmissione di atti e documenti da parte dei soggetti vigilati, che vi assoggetta anche le imprese di assicurazione che distribuiscono prodotti assicurativo-finanziari.

²⁹⁴ Sulla MIFID in generale A. NIGRO, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari, i principi di fondo delle direttive e del regolamento MIFID*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, I, p. 3; G. L. CARRIERO, *Mifid cit.*, p. 425; F. CAPRIGLIONE, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, p. 20; M. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 360; V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *I contratti*, 2008, p. 173; A. A. RINALDI, *Il decreto Mifid e regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Le società*, 2008, p. 12; F. SARTORI, *Le regole di*

seguito dell'adozione della direttiva 2007/73/ CE che ne ha precisato le modalità di esecuzione.

Il decreto di recepimento della direttiva MIFID e le conseguenti modifiche del Regolamento CONSOB (delibera 16190/07), hanno differenziato gli obblighi di “adeguatezza” dagli obblighi di “appropriatezza”²⁹⁵(relativa solo al livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta, e non anche alla corrispondenza agli obiettivi di investimento del cliente e la capacità del cliente stesso di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento) che non preclude, nella prestazione dei servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli, la possibilità di dar luogo all'operazione anche in mancanza degli elementi informativi sufficienti per il compimento dell'operazione (articolo 42, comma 4 del Regolamento Intermediari CONSOB). Ne deriva, alla luce del combinato disposto tra la legge 303/2006 e delle norme del c.a.p. e del t.u.f. , un regime differenziato e composito:

- 1) per gli intermediari finanziari, anche ove collochino prodotti finanziari di imprese di assicurazione, gli obblighi di condotta sono maggiormente calibrati sull'attività prestata;
- 2) per le imprese, a fronte di un regime di comunicazione sistematica e preventiva nel caso dei prodotti finanziari, il controllo sull'offerta dei prodotti assicurativi è svolto *ex post*;

adeguatezza nei contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID, in *Rivista di Diritto Privato*, 2008, p. 25; L. ZITTELLO, a cura di, *La MIFID in Italia*, *op. cit.*.

²⁹⁵ F. SARTORI, *op. cit.*, specialmente pp. 41-43.

3) ne derivano, in sostanza, obblighi più stringenti per gli intermediari assicurativi che collocano prodotti assicurativo-finanziari, con una evidente incidenza sulla correttezza del processo concorrenziale di questi ultimi²⁹⁶.

Infatti, pur a fronte di obblighi di comunicazione preventiva dei prodotti trattati, gli intermediari assicurativi non fruiscono delle agevolazioni fornite dalla MIFID per quanto concerne il regime di intermediazione.

Ne deriva un quadro complessivo particolarmente oscuro, che incentiva i comportamenti razionali di scelta del settore in cui operare sulla base del regime applicabile (arbitraggio normativo), con un evidente pregiudizio alla correttezza della competizione che dovrebbe, invece, essere basata sulle caratteristiche intrinseche del prodotto.

²⁹⁶ Il Regolamento Emittenti della CONSOB, all'art. 31, comma 1, lettera a), in conformità alle disposizioni di fonte comunitaria che vietano la preventiva approvazione della documentazione contrattuale dei prodotti assicurativi, ha peraltro previsto il semplice deposito presso la CONSOB del prospetto di offerta.

Capitolo V

Caratteristiche economiche e giuridiche del mercato assicurativo italiano.

SOMMARIO: 1) *Premessa: le principali problematiche concorrenziali dell'attività assicurativa;* 2) *Dati economici ed evoluzione legislativa;* 3) *Gli interventi dell'autorità garante della concorrenza e del mercato;* 4) *Gli interventi giurisprudenziali su intese e danno antitrust;* 5) *Il regime di intermediazione (rinvio).*

1 - Premessa: le principali problematiche concorrenziali dell'attività assicurativa.

Nel presente capitolo sarà analizzata la realtà economica e giuridica (comprensiva dei dati normativi; degli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e dei relativi provvedimenti giurisdizionali) del mercato assicurativo nazionale, anche in relazione al processo di liberalizzazione del comparto.

In via generale, può dirsi che l'integrale trasposizione dei principi di concorrenza e di tutela del consumatore nel mercato assicurativo italiano sconta: 1) alcune caratteristiche proprie dell'attività assicurativa; 2) peculiarità della situazione del mercato nazionale, a loro volta determinate dall'evoluzione normativa, presentante il passaggio da un mercato gestito o, comunque, fortemente controllato dallo Stato ad un mercato tendenzialmente concorrenziale.

Con riferimento al primo punto, in via generale la riconosciuta rilevanza pubblicistica dell'attività delle imprese di assicurazione è ampiamente giustificata dalla circostanza che il "bene" oggetto del contratto proposto è, principalmente, costituito dal bene-sicurezza che, nello stesso tempo, costituisce in realtà il bisogno primario della collettività e l'*ubi consistam* dell'erezione di un organismo statale.

L'attività assicurativa è inoltre contraddistinta da un elevato "costo transattivo", per usare un'espressione *posneriana*, derivante da una imperfezione informativa bilaterale²⁹⁷, in quanto sia l'assicuratore che l'assicurato sono a conoscenza di elementi ignorati dalla controparte: il primo, sulla congruità del costo del servizio e, sovente, anche sull'esatta natura del medesimo, non sempre di agevole intelligibilità; il secondo, sulla reale probabilità di verificazione dell'evento dedotto in contratto, che è sovente collegato ed elementi nella propria esclusiva cognizione e disponibilità.

Se tale fenomeno determina, come visto *infra*, l'esigenza di un regime normativo di protezione dell'assicurato, rende anche difficoltosa l'applicazione integrale della normativa proconcorrenziale che reprime le intese. In questo caso, infatti, accordi tra le imprese di assicurazione diretti, ad esempio, allo scambio di informazioni (che costituisce la fattispecie maggiormente ricorrente nella giurisprudenza) possono presentare anche effetti benefici per il mercato, in quanto impediscono il conseguente fenomeno della "selezione avversa" da parte delle imprese medesime, che si risolve in un aumento generalizzato del costo medio, e limitano gli effetti negativi derivanti dall'"azzardo morale" dell'incompletezza delle informazioni fornite alle imprese²⁹⁸.

Da qui si giustifica, peraltro, una normativa di esenzione comunitaria per determinate forme di accordi, in conformità al comma 3 dell'art. 85 del Trattato, che considera lecite le pratiche, pur se in astratto anticoncorrenziali, che «contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico».

²⁹⁷ D. PORRINI, *Aspetti economici nella normativa sul contratto di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2000, p. 6.

²⁹⁸ G. CARRIERO - R. VIOLI, *op. cit.*, p. 327.

Ciò ad esempio si riscontra nell'ambito dei *pools* di coassicurazione, che consentono di coprire rischi altrimenti insuscettibili di essere assunti da singole imprese, e su cui è del pari intervenuta una disciplina settoriale di esenzione²⁹⁹ (Regolamenti della Commissione 21 dicembre 1992, n. 3992 e del 27 febbraio 2003, n. 358)³⁰⁰, che ammette determinate forme di intese tra imprese di assicurazioni considerate non restrittive della concorrenza, scaturite tra l'altro quale *occasio legis* da una celeberrima pronunzia della Corte di Giustizia europea³⁰¹ che aveva confermato l'applicazione, in linea di principio, al settore assicurativo della disciplina *antitrust* (analoga previsione di esenzione di particolari intese è stata per lungo tempo, del resto, disposta anche nel mercato assicurativo americano³⁰² per le imprese del ramo danni, in base al c.d. *Mc Carran - Ferguson act* del 1945).

Ritorna, in fondo, l'idea della concorrenza *workable*, secondo cui il grado di concorrenzialità deve essere parametrato al singolo mercato, con la conseguenza che la comunicazione di informazioni potrebbe nello specifico risolversi in un

²⁹⁹ Sul tema A. FRIGNANI, *I pools di coriassicurazione nei rischi da inquinamento e la normativa antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 105.

³⁰⁰ In scadenza il 31 marzo 2010, le cui modifiche sono attualmente in pubblica consultazione. Sul tema A. FRIGNANI, *Il regolamento (CE) N. 358/03 di esenzione per categoria degli accordi nel settore assicurativo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 63; G. ROTONDO, *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004, *passim*; Id., *Applicazione del diritto antitrust alle imprese assicurative ed evoluzione dei controlli nel sistema finanziario*, in *Banca, impresa, società*, 2005, p. 35.

³⁰¹ Sentenza 27 gennaio 1987, Causa C-45/85, *Verband der Versicherer*, c/Commissione, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 1988, p. 879.

³⁰² E' notizia recente che il governo americano, a seguito delle polemiche intervenute per l'erogazione di finanziamenti alle imprese di assicurazione statunitensi in occasione della crisi finanziaria del 2008, nonché dell'opposizione delle stesse imprese a una riforma sanitaria che vada verso una copertura pubblica obbligatoria, sembra intenzionato a rivedere la suddetta esclusione. Sul punto si veda A. JOHNSON, *Insurance oversight could be stepped up*, in *The Wall Street Journal Europe* del 9 settembre 2009, p. 10.

vantaggio per la competizione³⁰³ in quanto consente alle imprese di confrontarsi non sulle tecniche di acquisizione delle informazioni ma sulla qualità del servizio offerto a parità di altre condizioni.

Come si vedrà *ultra*, tale configurazione non è stata recepita *in toto* nell'impostazione della giurisprudenza dell'autorità di settore, che ha in generale tenuto una visione fortemente restrittiva della possibilità per le imprese di coordinare fasi della propria attività.

2 - Dati economici ed evoluzione legislativa.

Il mercato assicurativo europeo nell'anno 2008 ha generato un giro d'affari di 1.100 miliardi di euro, 6.900 miliardi di investimenti e presenta circa un milione di posti di lavoro collegati³⁰⁴.

Pur collocandosi il nostro paese al di sotto della media europea quanto a raccolta di premi *pro - capite*³⁰⁵ sia in termini assoluti che in relazione al PIL³⁰⁶, il mercato italiano relativo al settore r.c. auto rappresenta il 16.4% di quello europeo, ponendosi come quello in assoluto maggiormente redditizio³⁰⁷.

Nel corso dell'anno 2008 le 166 imprese autorizzate ad operare nel mercato assicurativo italiano hanno raccolto premi per un ammontare di euro 94.971,6

³⁰³ S. GRASSANI, *Scambio di informazioni pubbliche: brevi note sui limiti dell'enforcement antitrust*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 99.

³⁰⁴ Fonte: CEA- European Insurers Association, *Annual report 2008*, p. 1.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 18.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 19.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 14.

milioni di euro, di cui 37.451, 5 milioni di euro relativi ai rami danni (di cui 20.814 circa nel ramo r.c. auto) e 54.565 milioni di euro nei rami vita³⁰⁸.

Con riferimento all'attività di intermediazione, nel settore "danni" il canale di vendita più diffuso risulta essere quello degli agenti assicurativi, che copre una percentuale pari all'84,2% dei premi riscossi³⁰⁹.

Per quel che riguarda, invece, il settore "vita", emerge che a partire dal 1998 il canale bancario ha costantemente raccolto almeno la maggioranza assoluta dei premi del settore sino ad arrivare al 72% nell'agosto del 2008³¹⁰.

Nel periodo gennaio/giugno 2009, la raccolta premi totale è stata pari a 55,4 miliardi di euro, con un forte incremento nel settore vita³¹¹ (raccolta premi pari ad 36,99 miliardi di euro) ed una diminuzione nel settore danni (18,4 miliardi di euro).

Nel corso del 2009 la raccolta dei premi ha registrato un segno di crescita positivo, portando il totale della stessa ad oltre 118 miliardi di euro, con un incremento 28% rispetto al livello del 2008³¹². Tale *exploit* è attribuibile alla crisi finanziaria, che ha dirottato gli investimenti delle famiglie verso investimenti maggiormente garantiti³¹³.

³⁰⁸ Fonte: ISVAP, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2008*, pp. 1 e 2.

³⁰⁹ Fonte: ANIA, *L'assicurazione italiana in cifre*, Roma, 2007.

³¹⁰ R. CUDA, *Bancassurance a due facce*, in *Italia Oggi* del 29 ottobre 2008.

³¹¹ ISVAP, comunicato stampa del 22 dicembre 2009, sul sito www.isvap.it.

³¹² Fonte: ISVAP, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2009*, pp. 2 e 3 sul sito www.isvap.it. Nel corso del 2009 è quindi proseguito il *trend* di maggiore crescita del settore vita rispetto a quello danni. In particolare, mentre nell'anno 1982 l'incidenza dei premi raccolti sul PIL totale era dello 0,2% per i rami vita e dell'1,6% per i rami danni, a partire del 1998 (soprattutto grazie alla crescita del canale bancario e delle polizze finanziarie) i rami vita hanno operato il sorpasso sino a raggiungere nel 2009 il 5,3% del PIL, mentre i rami danni rispetto al 1982 sono cresciuti (sempre in punti percentuali rispetto al PIL) dello 0,8% (dati ed analisi estratti *ibidem*).

Tali dati, in comparazione a paesi europei di omologhe dimensioni, continuano a mostrare un paese sostanzialmente sottoassicurato, che ricorre al canale agenziale (o a quello bancario, nel settore vita) per la sottoscrizione dei relativi prodotti, e che privilegia il solo settore assicurativo r.c. auto.

Tale ultima circostanza è probabilmente causata dal basso livello di alfabetizzazione finanziaria dell'utenza che contraddistingue il contesto italiano, tradizionalmente giustificata dall'elevato livello di prestazioni garantito dal welfare pubblico e che comporta la tendenza a dirigere il risparmio delle famiglie verso il settore bancario.

In altri paesi, l'assicurazione obbligatoria è invece, di norma, considerata quale un "traino" per l'instaurazione di futuri rapporti assicurativi e quindi le coperture richieste dalla legge sono offerte a prezzi altamente competitivi, in quanto rappresentano solo un'occasione per instaurare un rapporto fiduciario con il potenziale sottoscrittore di ulteriori contratti.

Le riferite premesse economiche consentono di illustrare come, quanto al secondo profilo, l'attività assicurativa presenti un sicuro collegamento con una serie di interessi tutelati a livello costituzionale.

Infatti, una volta affrancatosi, grazie al perfezionamento delle scienze attuariali, dalla mera scommessa su un evento sfavorevole o dalla compartecipazione ad una attività rischiosa, il contratto di assicurazione configura un sinallagma costituito dall'assunzione di un rischio remunerata dall'accantonamento dei premi da parte dell'assicurato e, pertanto, da una attività di risparmio tutelata *ex art. 47 Cost.* Nello stesso tempo, poi, l'assunzione di rischio può essere connotata *ad colorandum* dalle specifiche caratteristiche dei rischi che l'operazione assicurativa è chiamata a fronteggiare e, quindi, a tutelare: l'assistenza sanitaria e

³¹³ *Ibidem*, p. 3.

la previdenza complementare³¹⁴ (art. 38 Cost.), la garanzia della libertà di circolazione sul territorio nazionale (art. 16 Cost.) e l'incentivazione di iniziative imprenditoriali (art. 41 Cost.).

In considerazione delle rappresentate circostanze, è agevole cogliere le linee essenziali della legislazione assicurativa nel nostro ordinamento.

Nel codice civile, l'art. 1882 definisce l'assicurazione come «*il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana*». Nello stesso tempo, l'art. 2195, nel disciplinare la registrazione delle imprese, considera tra le attività commerciali «*l'attività bancaria o assicurativa*» e «*le altre attività ausiliarie delle precedenti*».

Pertanto, può osservarsi che, già negli anni quaranta, l'attività assicurativa era inquadrata nell'ambito dell'attività di impresa. Ciò per il rilievo decisivo della gestione di massa di grandi rischi che consente neutralizzare l'influenza dell'alea sui singoli rapporti assicurati.³¹⁵ Tuttavia, in considerazione del particolare valore sociale del bene-sicurezza, nonché della contiguità con il settore previdenziale, già in epoca giolittiana era stato incrementato l'intervento pubblico in tale settore.

La legge del 4 aprile 1912, n. 305 segnò la nascita di un ente pubblico, l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni³¹⁶, cui sino al r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 era

³¹⁴ Si veda sul punto il quaderno ISVAP *La non autosufficienza degli anziani: il caso italiano alla luce delle esperienze estere*, Roma, 2007.

³¹⁵ Il collegamento tra contratto di assicurazione e attività di impresa era stato espresso, in particolare, da C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885, *passim*, evidenziandosi la differenza tra aleatorietà del contratto di assicurazione, isolatamente considerato, e impresa assicurativa, in grado di eliminare alla radice detta aleatorietà per la assunzione in massa di una pluralità di rapporti.

³¹⁶ M. PAMPANIN, *La disciplina pubblica dell'attività assicurativa*, 1969, Padova, p. 44 ss.

affidato il monopolio legale dell'assicurazione sulla vita³¹⁷ (e comunque, successivamente a tale periodo, la cessione legale di una quota dei rischi assunti dalle imprese di assicurazione, con funzione di regolazione del mercato: artt. 23, 24, 25 e 16 del d.p.r. 449/1959 e 62 e 63 della legge 22 ottobre 1986, n. 742³¹⁸), prevedendosi nello stesso tempo peculiari privilegi di impignorabilità e di inalienabilità per le somme dovute dall'assicuratore (si intende, del tutto giustificati dalla loro natura e destinazione), disposizione trasfusa poi nell'odierno art. 1923 c.c.³¹⁹

Sempre al 1923 deve, poi, farsi risalire la nascita della Assitalia s.p.a., operante nei rami danni, il cui capitale era detenuto per metà dalla medesima INA s.p.a. L'art. 21 del decreto del presidente della repubblica 13 febbraio 1959, n. 449 (Testo Unico sulle assicurazioni private), prevedeva, inoltre, l'approvazione del Ministero dell'Industria della tariffe delle imprese di assicurazione.

Con decreto legge 24 novembre 1921, n. 1737, convertito dalla l. 17 aprile 1925, n. 473, fu poi costituita la Unione italiana di riassicurazione al fine di estendere l'intervento pubblico nel settore riassicurativo.

Sempre nell'ambito di una valutazione in chiave pubblica del bene - sicurezza, la legge 24 maggio 1977, n. 227 (c.d. legge Ossola) aveva, soprattutto nell'ottica di favorire l'internazionalizzazione delle piccole e medie imprese, cui sarebbe

³¹⁷ Sulla *ratio* della misura (assicurare allo Stato i profitti della raccolta del risparmio con finalità previdenziale) e sul suo inquadramento nell'ambito delle riforme sociali intraprese dal ministero Giolitti cfr D. MACK SMITH, *Storia d'Italia*, Bari, 2000, p. 308.

³¹⁸ Cfr E. FRENI, *op. ult. cit.*, p. 2885.

³¹⁹ Come riconosciuto, da ultimo, dalla sentenza delle Sezioni Unite del 31 marzo 2008, n. 8271, (in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1699; in *Foro Italiano*, 2008, c. 1434 con commento di M. FABIANI e nota di V. FERRARI, *La funzione previdenziale tra diritto pubblico e diritto privato*) sulla non acquisibilità delle somme destinate al beneficiario, anche a titolo di riscatto, alla massa fallimentare: «risolutiva, ai fini dell'opzione esecutiva sia, per un verso, la considerazione, in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, del rilievo e spessore - costituzionale appunto - che va riconosciuto al valore della "previdenza" (qui legata ai bisogni dell'età postlavorativa o derivante dall'evento morte di colui che percepisce redditi dei quali anche altri si avvalga), che la norma in esame (...) è volta a tutelare».

risultato maggiormente oneroso l'accesso al mercato assicurativo, istituito la sezione speciale dell'Istituto Nazionale Assicurazioni per l'assicurazione del credito all'esportazione (SACE) successivamente trasformata in Ente di diritto pubblico dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 143, autorizzata «a rilasciare garanzie, nonché ad assumere in assicurazione i rischi di carattere politico, catastrofico, economico, commerciale e di cambio ai quali sono esposti» gli imprenditori italiani (art. 2). Con la legge 24 dicembre 1969, n. 990, fu poi introdotta, in attuazione della Convenzione di Strasburgo del 20 aprile 1959, l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. Tale innovazione ha introdotto un elemento potenzialmente distorsivo della concorrenza nell'ambito del mercato³²⁰, introducendo un obbligo a contrarre per i privati, a fronte di una determinazione dei costi fissata dalle imprese sia pure con l'approvazione (all'epoca) *ex post* dello Stato.

Ad una impostazione originariamente basata sulla gestione pubblica del comparto assicurativo, comportante il controllo amministrativo delle tariffe, il monopolio di alcuni rami e l'obbligo di cessione di una quota di rischi ad una struttura pubblica, il processo di integrazione economica comunitaria ha gradatamente sostituito l'apertura agli operatori stranieri e l'adozione di misure finalizzate ad una sostanziale parità di trattamento tra questi e le imprese nazionali.

Il processo liberalizzativo è stato attuato con tre coppie di atti comunitari: le direttive 24 luglio 1973, 73/239/CE (rami danni) e 5 marzo 1979, 79/267/CE (rami vita), recepite, rispettivamente, con le leggi 10 giugno 1978, n. 295, e 22 ottobre 1986, n. 742; le direttive 22 giugno 1988, 88/537/CE (rami danni) e 8 novembre 1990, 90/619/CE, (rami vita) recepite con i decreti legislativi 15

³²⁰ F. MERUSI, *L'ISVAP e l'assicurazione della responsabilità civile da circolazione dei veicoli a motore*, in G. MORBIDELLI, a cura di, *L'assicurazione della responsabilità civile da circolazione veicoli tra mercato, concorrenza e obbligatorietà*, Torino, 2003.

gennaio 1992, n. 49, e 23 dicembre 1992, n. 515; e, da ultimo, le direttive 18 giugno 1992, 92/ 49/CE (rami danni) e 10 novembre 1992, 92/96/CE (rami vita), recepite con i decreti legislativi 174 e 175 del 17 marzo 1995.

A seguito di tale ultimo intervento, che ha introdotto il principio di libertà di prestazione dei servizi e di *home country control*, è venuta meno, a partire dal 1 luglio 1994, la possibilità di un controllo pubblico sulle tariffe del mercato assicurativo (riproposto con il decreto legge 29 marzo 2000, n. 70, dichiarato però illegittimo *in parte qua* a livello europeo).

Ulteriori elementi di liberalizzazione del mercato sono stati posti in essere a seguito del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, che trasformò l'I.N.A. in società per azioni, l'I.N.A s.p.a. e l'Assitalia s.p.a.; a seguito della loro successiva privatizzazione (tramite acquisizione da parte del gruppo Generali s.p.a.), e dell'abolizione dell'obbligo di cessione di una quota dei rischi assunti, dapprima con la legge 23 dicembre 1992, n. 515 e successivamente con il decreto legge 23 maggio 1994, n. 301, al fine di gestire i rischi già ceduti e di curare i fondi assicurativi di pertinenza pubblica fu scorporata la CONSAP s.p.a.³²¹

Anche la SACE è stata sottoposta ad un processo di privatizzazione: con l'articolo 6 della legge 24 novembre 2003, n. 326, di conversione del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, è stata trasformata in società per azioni ed abilitata ad operare anche al di fuori delle attività garantite dallo Stato, quale passo prodromico per una progressiva privatizzazione sostanziale (con l'articolo 52 della legge 23 luglio 2009, n. 99, il Governo di recente è stato delegato ad emanare un decreto legislativo tra le due attività e precedere la possibilità di partecipazione dei privati all'organismo che opera secondo condizioni di mercato).

³²¹ Che, ai sensi degli articoli 285 e 303 del codice delle assicurazioni, gestisce il Fondo di garanzia delle vittime della strada e il Fondo di garanzia delle vittime della caccia.

In questo periodo storico, può dirsi che il fenomeno liberalizzativo nel campo delle assicurazioni abbia effettivamente comportato la transizione da un mercato contraddistinto da diffusa ingerenza pubblica e forte regolamentazione ad un mercato almeno potenzialmente concorrenziale.

Residuano, tuttavia, una serie di problemi, pure a seguito dell'intervenuta privatizzazione del mercato, dettati: a) dalla citata connessione dell'attività assicurativa con interessi di carattere pubblicistico; b) dalla altrettanto menzionata sovrapposibilità dei vari comparti finanziari.

1. Sotto il profilo menzionato *sub a)*, va rilevato che la giurisprudenza e la prassi delle autorità hanno avuto modo a più riprese di occuparsi dell'interferenza dell'attività assicurativa contro gli infortuni con la copertura assicurativo-sociale offerta dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro.

In sostanza, è stata prospettata la problematica della legittimità e opportunità della riserva, in favore del detto Istituto, della assicurazione obbligatoria d.p.r. 30 giugno 1965, n.1124.

Il problema era ancora più grave prima dell'emanazione del d. lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che ha esteso la copertura dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali al danno biologico, in quanto prima di detta estensione il datore di lavoro risultava esposto all'azione per il risarcimento del danno non patrimoniale e la copertura assicurativa in favore dei datori di lavoro per i danni arrecati risultava non adeguata ai contributi effettivamente versati.

La necessità di un superamento di tale restrizione alla libera concorrenza era stata dapprima rilevata dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato con la segnalazione del 9 febbraio 1999³²², e poi azionata con la richiesta di un

³²² In *Foro Italiano*, 2000, III, c. 183.

referendum abrogativo di una serie di disposizioni del riferito t.u., dichiarato però inammissibile da parte della Corte Costituzionale³²³.

A livello comunitario, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. V, con sentenza del 22 gennaio 2002, causa C-218/00³²⁴, nel rilevare il carattere non economico, in quanto svolto in forma erogativa di assistenza obbligatoria, della attività svolta dall'INAIL, ha escluso il contrasto del relativo monopolio con la normativa comunitaria.

2. Con riferimento al punto *sub b)*, si è già avuto modo di osservare il descritto processo di integrazione e complementarità nella stipulazione di coperture assicurative abbinata a un contratto di mutuo fondiario, in cui l'assicurato (titolare dell'interesse protetto) è il mutuatario e beneficiario è la banca mutuante, ovvero lo stesso debitore, instauratesi a seguito della stipulazione di contratto (in forma collettiva) dell'impresa creditizia in favore dei propri clienti o, più spesso, a seguito della fornitura di un servizio di intermediazione assicurativa da parte della banca nei confronti del mutuatario.

Ancora, è dato ravvisare una interferenza tra i settori con riguardo alle polizze fidejussorie, contratti rientranti nell'oggetto sia delle banche che delle imprese di assicurazione (su entrambi i punti cfr *amplius ultra*).

³²³ Corte Cost., sentenza del 7 febbraio 2000, n. 36, in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 1623.

³²⁴ In *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p. 1311, con nota di N. COGGIOLA, *La disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro tra norme comunitarie in materia di concorrenza e tutela dell'equilibrio finanziario e della politica sociale dello stato membro*. Conforme di recente Corte di giustizia europea, sentenza del 5 marzo 2009, causa C-350/07, secondo cui la restrizione alla libera prestazione dei servizi consistente nell'obbligo di iscrizione ad una specifica cassa previdenziale può essere ammessa se giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico quali l'equilibrio finanziario del settore previdenziale e proporzionata allo scopo perseguito.

3 - Gli interventi dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Dovendo spiegare l’eziologia posta alla base delle esposte criticità, si può fare riferimento ad alcuni interventi dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato che hanno accompagnato, negli ultimi anni, le vicende attinenti alla progressiva privatizzazione del mercato.

Alla vigilia del compimento del processo liberalizzativo, la relazione annuale del 1994 dell’Autorità³²⁵ attribuiva al cospicuo ricorso al canale agenziale la rilevante differenziazione *in peius* delle tariffe per le imprese di assicurazioni autorizzate in Italia (all’epoca, le sole abilitate ad operare nel nostro ordinamento) rispetto alle omologhe imprese straniere.

A seguito della pacifica considerazione che gli illustrati interventi liberalizzativi non hanno spiegato particolari effetti in ordine alla riduzione dei costi per i contraenti, si pone il problema di individuare gli elementi che hanno precluso il conseguimento degli obiettivi auspicati: elementi ulteriori, si accenna, rispetto alla ulteriore problematica che è tradizionalmente posta dall’elevato costo delle frodi³²⁶ nel settore r.c. auto³²⁷. Infatti, una più marcata concorrenza tra le imprese potrebbe evidentemente spiegare effetti positivi anche in ordine all’attitudine delle imprese a combattere in modo più incisivo i comportamenti fraudolenti.

³²⁵ Reperibile sul sito www.agcm.it.

³²⁶ Sul punto l’intervista all’amministratore delegato del gruppo Fondiaria SAI, Fausto Marchionni, su *Il Giornale* del 31 luglio 2009.

³²⁷ Si veda, altresì, l’intervento del presidente dell’ISVAP G. GIANNINI alla Commissione Finanze della Camera dei Deputati, *Le problematiche del settore assicurativo, con particolare riferimento alle aree del Mezzogiorno*, reperibile all’indirizzo internet http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F9271/Audizione_11_2_10.pdf, ove è rilevata una sottoassicurazione delle Regioni meridionali ed un elevato tasso di risarcimento di sinistri connessi ad episodi criminosi.

Una corposa indagine³²⁸ del 2003, sempre dell'Autorità *antitrust*, ha affrontato nuovamente, a distanza di anni, la tematica del costo dei servizi assicurativi in Italia, più elevato rispetto ad altri ordinamenti, attribuito all'eccessiva concentrazione degli assetti proprietari ed alla riferita struttura dell'attività di intermediazione, nonché alla sussistenza di una serie di riscontrati comportamenti collusivi da parte delle imprese (su cui *ultra*).

Nella relazione annuale del 2008³²⁹, successiva sia all'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni che al "pacchetto" di liberalizzazioni Bersani, l'Autorità ha ribadito gli elementi che determinerebbero il periodico innalzamento dei costi: obbligatorietà del regime r.c. auto, attività di distribuzione indipendente poco sviluppata, scarsa trasparenza e confrontabilità delle offerte assicurative.

Ancora, ulteriori problematiche concorrenziali sono poste dalla crescente integrazione dei vari settori del comparto finanziario che determinano *ex se* un minor numero di operatori e, quindi, di concorrenti: sul punto, un ulteriore intervento conoscitivo spiegato³³⁰ dall'Autorità garante della concorrenza che ha avuto ad oggetto il forte numero di soggetti che risultano rivestire incarichi in uno o più imprese potenzialmente concorrenti ha accertato che le banche sono presenti nell'azionariato di diciannove società concorrenti, che rappresentano il 9,7% dell'attivo totale del campione, e che le imprese di assicurazione sono presenti nell'azionariato di undici società del comparto che rappresentano il 38,6% dell'attivo totale del campione analizzato, mentre sei delle quarantuno società assicurative analizzate, che producono più di un quinto dell'attivo totale

³²⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore assicurazione autoveicoli*, Roma, 2003. Sul tema R. CAPOTOSTI, *La "storia" dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto in Italia e l'indagine conoscitiva dell'Autorità "Antitrust"*, in *Assicurazioni*, 2003, p. 43.

³²⁹ Id., *Relazione annuale sull'attività svolta*, Roma, 2008, p. 122 ss.

³³⁰ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva IC36 sulla Corporate governance di Banche e assicurazioni*, pp. 112 - 113.

delle compagnie prese in esame, presentano uno o più concorrenti nel proprio azionariato: elementi che consentono di identificare il mercato italiano come contraddistinto dalla «dimensione molto significativa del fenomeno che non trova riscontro a livello internazionale³³¹».

E' evidente, infatti, che la contemporanea presenza in più di un'impresa di due o più amministratori agevola in modo esponenziale le probabilità di intese.

Il fenomeno distorsivo potrebbe essere amplificato dal dato che in alcuni settori (si è ricordato il caso dell'intermediazione assicurativa; ma analoga considerazione vale per le c.d. assicurazioni fideiussorie³³²) ove banca e assicurazione si troverebbero in una posizione di fisiologica concorrenza ovvero in quella di addivenire ad una patologica intesa, l'esistenza di una concentrazione rende superfluo e, in un certo senso, lecito, il comportamento connivente³³³.

In sede di relazione su una (poi non attuata) novellazione del Codice delle assicurazioni, l'Autorità ha infine ribadito i propri tradizionali orientamenti³³⁴ circa le innovazioni da apportare alla legislazione assicurativa.

³³¹ Id., *Interventi di regolazione sulla governance di banche e assicurazioni* - A.S 496: in particolare, dall'analisi emergerebbe la presenza negli organismi di direzione di soggetti con incarichi in imprese concorrenti relativamente all'80% dei gruppi esaminati, rappresentanti il 96% dell'attivo complessivo.

³³² G. CASTELLANO - R. COSTI, *op. ult. cit.*, p. 264.

³³³ Sul rapporto di incompatibilità concettuale tra appartenenza allo stesso gruppo e intesa anticoncorrenziale *ex plurimis* Corte di appello di Torino, 19 febbraio 2001, in *Rivista di diritto commerciale*, 2002, II, p. 95.

³³⁴ Autorità garante della concorrenza e del mercato; segnalazione del 16 gennaio 2007, AS 378, in *Foro Italiano*, 2007, III, c. 143, «In termini generali, l'autorità condivide le finalità di impulso alla concorrenza nel mercato della responsabilità civile auto (r.c. auto), perseguite dal citato articolo, attraverso la scelta di intervenire sul sistema distributivo. L'attuale assetto della distribuzione rappresenta infatti uno dei principali ostacoli allo sviluppo di condizioni di concorrenza nei mercati dell'assicurazione danni, in particolare in quello della r.c. auto, come la stessa autorità ha più volte evidenziato, da ultimo nella valutazione della concentrazione Generali/Toro (cfr., per tutti, provvedimento dell'autorità del 4 dicembre 2006, *Assicurazioni Generali/Toro assicurazioni*, caso C/7951, in corso di pubblicazione sul Bollettino, e provvedimento dell'autorità n. 11891 del 17 aprile 2003 IC/19, settore dell'assicurazione autoveicoli, in Bollettino 16-17/2003). Dopo oltre un decennio dalla liberalizzazione del settore, i mercati italiani dell'assicurazione auto e danni sono ancora

La problematica dell'applicabilità della disciplina delle intese al settore assicurativo è stata affrontata anche da una serie di interventi sanzionatori dell'Autorità relativi ad accordi intercorsi tra le imprese di assicurazione.

Con il provvedimento 8 giugno 1994, n. 2024³³⁵, l'Autorità aveva sanzionato una serie di comportamenti cooperativi di un gruppo di imprese nell'ambito dei c.d. grandi rischi di massa, con decisione dapprima annullata da una sentenza del TAR Lazio (sez. I, 1 agosto 1996, n. 1474)³³⁶, poi, in senso ancora più favorevole alle imprese, dai giudici di Palazzo Spada (Cons. Stato, sez. VI, n.1792 del 31 dicembre 1996³³⁷).

Può essere, poi, menzionato il provvedimento dell'Autorità assunto con delibera del 25 settembre 1997 con cui quattro imprese sono state sanzionate ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. 287/90 per aver assunto in coassicurazione una copertura assicurativa in favore del comune di Milano. Il problema, nel caso di specie, verteva ovviamente sulla ammissibilità, e sui relativi limiti, del sindacato degli effetti sulla concorrenza in relazione a figure giuridiche espressamente disciplinate dall'ordinamento, quale, nel caso di specie, la coassicurazione, anche considerando che gli eventuali effetti negativi in tale occasione si sarebbero spiegati con riferimento alla partecipazione ad una sola gara.

caratterizzati dall'assoluta prevalenza degli agenti monomandatari. Ciò ha creato un contesto di scarsa trasparenza che, data la particolare complessità del prodotto assicurativo, ha reso eccessivamente onerosa per il consumatore l'attività di ricerca del prodotto maggiormente rispondente alle proprie esigenze, determinando un aumento del potere di mercato delle imprese e generando così rilevanti ostacoli all'efficace operare dei meccanismi di mercato. La letteratura economica e l'esperienza internazionale mostrano come, nel caso di polizze altamente standardizzate, tra cui quelle per i rischi auto, il sistema di distribuzione assicurativa preferibile per innescare adeguate condizioni di concorrenza sia quello in cui, accanto alla vendita diretta (tramite dipendenti o a distanza - via call center o Internet), un ruolo rilevante è assunto dagli intermediari o consulenti indipendenti (per una rassegna dei contributi dell'analisi economica).

³³⁵ Reperibile sul sito www.agcm.it

³³⁶ In *Foro amministrativo*, 1996, p. 1017.

³³⁷ In *Foro italiano*, 1997, III, c. 215.

L'Autorità ha, nella fattispecie concreta, ritenuto rilevante la mancanza di giustificazioni tecnico - assicurative per la partecipazione tramite un accordo di coassicurazione e che anche l'aggiudicazione della singola gara potesse essere valutato come un mercato a sé stante su cui valutare gli effetti distorsivi³³⁸.

Sul punto, è in seguito intervenuto il provvedimento di annullamento da parte del TAR Lazio³³⁹ che ha per contro ammesso la legittimità di tali intese, ove espressamente ammessa dal bando ai fini della partecipazione. Il Consiglio di Stato³⁴⁰, nel confermare parzialmente la sentenza, ha comunque precisato che anche la prestazione diretta a soddisfare la domanda assicurativa di un solo ente può essere in astratto qualificato come un settore di mercato idoneo a costituire sede di intese restrittive, e la potenziale illiceità delle intese coassicuratrici.

Il provvedimento più importante tra le sanzioni irrogate alle compagnie di assicurazione è rappresentato dal n. 8546 del 28 luglio 2000³⁴¹ con cui l'Autorità ha sanzionato ben quindici imprese per aver effettuato una pratica commerciale concordata, e altre ventitre per uno scambio di informazioni: il provvedimento è stato esaminato dapprima da TAR Lazio, 5 luglio 2001, n. 6139, che ha confermato la legittimità delle sanzioni e da successivamente da Cons. Stato, sezione VI, 23 aprile 2002³⁴², n. 2199, che ha annullato la prima determinazione

³³⁸ P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 109.

³³⁹ TAR Lazio, sez. I, sentenza 7 luglio 1999, n. 1520, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2000, p. 205 con nota di P.P. PAPALE, *Gli accordi di coassicurazione e il diritto antitrust - La prova dell'intesa restrittiva della concorrenza*.

³⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, sentenza 2 marzo 2001, n. 1188, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2001, p. 473, con nota di D. BONACCORSI DI PATTI.

³⁴¹ In www.agcm.it.

³⁴² In *Foro italiano*, 2002, III, p. 482 ss. con nota di R. PARDOLESI, *Sul "nuovo che avanza" in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni* e di C. OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*.

sanzionatoria per vizio procedimentale osservando, da un lato, la legittimità del comportamento dell'impresa che si limiti ad orientare la propria condotta ai prezzi praticati dai concorrenti ma, dall'altro, l'illiceità di accordi diretti ad acquisire informazioni circa i comportamenti tenuti dai concorrenti. Tale provvedimento ha dato origine al filone del risarcimento del danno *antitrust*, su cui cfr *amplius infra*.

Con il successivo provvedimento n. 13622 del 30 settembre 2004, l'Autorità ha sanzionato, invece, una serie di imprese in relazione all'acquisizione di una banca dati finalizzata alla comparazione dei costi dei servizi assicurativi nonché all'utilizzo di un servizio di consulenza avente medesimo oggetto: sanzione annullata con sentenza del 20 aprile 2005, dalla sezione I del TAR Lazio³⁴³, che ha propeso per la natura pubblica e non riservata dei dati relativi, smentendo la ricostruzione dell'Autorità secondo cui era irrilevante che le informazioni, pur se già di pubblico dominio, non fossero fruibili prima dell'inserzione nella banca dati.

Il provvedimento sanzionatorio n. 1626 del 30 novembre 2005 ha preso in considerazione l'accordo intercorrente tra l'ANIA e una serie di associazioni di periti, finalizzata a definire criteri uniformi per le tariffe delle attività peritali e per i criteri di quantificazione dei risarcimenti dei sinistri con danni a cose per l'assicurazione r.c. auto.

Tale ricorso è stato parzialmente annullato dal TAR Lazio - sez. I, con sentenza n. 3543 del 17 maggio 2006, poi smentita a favore delle imprese da Cons. Stato, sez. VI, decisione del 2 ottobre 2007, n. 5058³⁴⁴, che ha stigmatizzato il mancato accertamento di sostanziali effetti restrittivi della concorrenza, in presenza di una

³⁴³ Sentenza 8 agosto 2005, n. 6088, in *Foro amministrativo - Tar*, 2006, p. 967.

³⁴⁴ In *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 857 con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *Accordi tariffari (di imprese) imposti da norme cogenti e violazione mediata delle norme antitrust*.

intesa che - di per sé - non appariva univocamente diretta a influire sulla ripartizione del mercato, oltre a valutare che il collegamento tra la condotta tenuta dalle imprese e una prescrizione legislativa in materia di determinazione delle tariffe per le attività peritali (l'articolo 14, comma 2, della legge del 27 febbraio 1992, n. 166, che prevedeva, per le prestazioni rese ad imprese o enti assicurativi, la determinazione della tariffa di intesa tra le associazioni dei periti maggiormente rappresentative sul piano nazionale e l'associazione rappresentativa delle imprese di assicurazione).

4 - Gli interventi giurisprudenziali su intese e danno *antitrust*.

Nelle vicende illustrate, a seguito della sostanziale conferma dell'accertamento degli illeciti compiuti dalle imprese, è poi sorto il problema dell'influenza del comportamento illecito sui c.d. *fruit contracts*³⁴⁵.

Sul punto, se è indubbio che il comportamento illecito posto in essere direttamente nei confronti del consumatore (si pensi all'ipotesi di inserzione di clausole vessatorie nel contratto³⁴⁶) comporta conseguenze risarcitorie a titolo di responsabilità precontrattuale³⁴⁷, si è sviluppato un ampio dibattito³⁴⁸ sul diverso

³⁴⁵ Problema postosi, in prima battuta, per i contratti bancari riproduttivi di norme bancarie uniformi, recepite a seguito di intese (sanzionate con la nullità) tra imprese bancarie. Cfr sul punto Corte d'Appello di Torino, sentenza 17 ottobre 1998; Tribunale di Torino, sentenza 16 ottobre 1997; Tribunale di Milano, 25 maggio 2000, tutte in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 2001, II, p. 87 con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti "a valle" per contrasto delle "norme bancarie uniformi" con la disciplina antitrust*.

³⁴⁶ Si fa l'esempio (in E. SCODITTI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione: il consumatore ha diritto al risarcimento del danno?*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 942), della clausola che precluda all'assicurato l'accordo transattivo con la controparte e che sia dichiarata illegittima dopo la perdita, a danno dello stesso, della possibilità di pervenire ad accordo vantaggioso.

³⁴⁷ La natura extracontrattuale dell'illecito appare giustificata dalla considerazione che, nella fattispecie in esame, pur attinendo la responsabilità ad un atto di carattere contrattuale, non viene in considerazione una violazione della *lex contractus* ma un comportamento illecito. Si veda

problema inerente ai diritti azionabili da parte dell'assicurato-consumatore che, a seguito dell'intesa restrittiva stipulata dall'impresa con cui si è assicurato, ritenga di avere corrisposto un premio eccessivo³⁴⁹.

Primo problema che si è posto è quello relativo all'eventuale possibilità di influenza dell'intesa, illecita, "a monte", sulla validità dei contratti "a valle", con conseguente ripetibilità dell'intero premio versato dall'assicurato. Ovviamente, il problema maggiore in quest'ottica era come conciliare la supposta nullità (retroattiva) del contratto con l'avvenuta copertura assicurativa operata dal contratto, prestazione non suscettibile di restituzione anche in relazione all'obbligatorietà dell'assicurazione r.c. auto.

Sul punto, si era sviluppato un indirizzo propugnato, oltre che da parte della dottrina, anche da un filone giurisprudenziale (soprattutto a livello di merito)³⁵⁰, che ipotizzava la possibilità, per l'assicurato, di ripetere l'intera somma versata all'impresa di assicurazione a seguito della declaratoria di nullità del contratto assicurativo stipulato, sulla base di una valutazione di illiceità della causa del contratto che costituisse esecuzione di un'intesa, ovvero di un presunto collegamento negoziale tra l'accordo sanzionato con la nullità e quello che vi dà esecuzione³⁵¹.

sul punto E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 120.

³⁴⁸ Per un'ampia disamina delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema si rinvia a M. R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, cit., p. 175.

³⁴⁹ Problematica ampiamente esaminata in C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, vol. VI, p. 715 ss.

³⁵⁰ Cfr Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, II, p. 449; Corte d'appello di Brescia, 29 gennaio 2000, in *Foro Italiano*, 2000, I, c. 2679; Trib. Roma, 25 maggio 2000, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 2001, I, p.88.

³⁵¹ R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 469.

La Cassazione³⁵² ha, invece, escluso che il provvedimento che ai sensi dell'art. 2 della legge 287 del 1990 sancisce la nullità dell'intesa restrittiva della concorrenza, abbia quale effetto altresì la nullità (c.d.) virtuale dei contratti stipulati in attuazione dell'accordo.

Tale orientamento è stato *ex post* confermato in materia di conseguenze della violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite³⁵³ che, risolvendo il contrasto giurisprudenziale,³⁵⁴ hanno affermato (sentenza 19 dicembre 2007 n. 26724) che *«E' incontestabile nei principi del codice civile distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla*

³⁵² Sez. III civile, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 466 (che cassa la sentenza della Corte d'appello di Brescia, 29 gennaio 2000, *cit.*), con note di R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori* *cit.*; F. FERRO - LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e "aurea aequitas" (ovvero delle convergenze parallele)*, *ibidem* c. 475; G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, *ibidem*, c. 479.

³⁵³ Ordinanza di rimessione della sez. I civile, 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Foro Italiano*, 2007, I, 2093, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle sezioni unite*, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 631, con nota di V. MARICONDA *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2704 e pronunzie delle Sezioni unite civili, sentenze del 19 dicembre 2007, n. 26724, *ex plurimis* in *Foro italiano*, 2008, I, c. 784 con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2008, II, 1189 con nota di F. CALISAI, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari - il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 604 con nota di F. BRUNO e A. ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, e 26725, *ex plurimis* in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 347, con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, ed entrambe in *I contratti*, 2008, pp. 221 e 229 con commento di V. SANGIOVANNI e successiva nota di A. GENTILI, (*ibidem*, p. 393), *Informazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, nonché in *Giustizia Civile*, 2008, I, 2785 con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*.

³⁵⁴ Per una ricostruzione del dibattito *ante* Sezioni Unite cfr G. CHINE', *La tutela del risparmiatore nel diritto vivente*, in *Corriere del merito*, 2005, p. 873.

legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità».

Tale orientamento è da condividere in quanto, a tacer d'altro, fuga i dubbi del rischio di interferenza su un assetto contrattuale ormai consolidato di eventi ulteriori, ed estrinseci, non rimessi più alla disponibilità delle parti, quale il mancato rispetto delle norme di comportamento

Inoltre, le posizioni più favorevoli alla nullità rischierebbero, paradossalmente, di non essere neppure estremamente protettivi per il contraente debole. In mancanza di una espressa disposizione legislativa, infatti, tale ipotetica nullità "virtuale" dovrebbe essere di carattere assoluto e, paradossalmente, azionabile anche dall'impresa o dall'intermediario reo del comportamento illecito.

Infine, si deve precisare che l'illiceità dell'intesa è valutata in base all'astratta idoneità a falsare il gioco concorrenziale e non sulla base di una valutazione dei suoi effetti, che assumono, in realtà, un carattere suppletivo in punto di prova

³⁵⁵.

Ne deriva che, a ben vedere, posta la nullità del contratto con cui è stata concordata l'intesa, non è neppure detto che i susseguenti accordi assicurativi costituiscano i mezzi esecuzione dell'obiettivo perseguito dalla pratica concordata.

Del resto, a prescindere dalle annose questioni sull'opzione ermeneutica tra la nozione di illiceità della causa quale valutazione relativa al tipo contrattuale predisposto dal Codice ovvero attinente alla concreta ragione economico - sociale dell'accordo, non può sottacersi che l'attinenza ad una intesa è elemento

³⁵⁵ R. PARDOLESI, *Commento sub art. 2, Diritto antitrust italiano*, cit., p. 187.

del tutto estrinseco ed esterno al contratto di assicurazione, che adempie, nel caso in esame, alla sua destinazione tipica di copertura di un rischio.

Anche la contigua teoria della nullità del singolo contratto assicurativo in quanto accordo esecutivo ed inficiato della nullità dell'accordo a monte, è scarsamente accreditabile, considerando che la giurisprudenza³⁵⁶ ha precisato che, ai fini della configurabilità dell'intesa, non è richiesta la stipulazione di un contratto, ma è sufficiente la volontà convergente delle imprese consacrata anche da comportamenti concludenti.

Secondo problema, una volta accertato che la tutela dell'assicurato deve svolgersi sul piano risarcitorio e non su quello caducatorio, è il corretto inquadramento della responsabilità delle imprese colluse nei confronti del consumatore e, di conseguenza, la verifica della sussistenza di un danno ingiusto risarcibile nei confronti dell'assicurato.

Un primo indirizzo giurisprudenziale³⁵⁷ riteneva al riguardo che l'azione proposta dall'assicurato per richiedere il risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva della concorrenza fosse fondata sulla violazione di uno specifico diritto soggettivo del medesimo (e non già sulla tutela apprestata dalla normativa a tutela della concorrenza³⁵⁸) e, pertanto, non rientrasse nella

³⁵⁶ TAR Lazio, Sez. I, 7 luglio 1999, n. 1520, cit.

³⁵⁷ Cass., sez. I, sentenza 9 dicembre 2002, n. 17475, *ex plurimis* in *Assicurazioni*, 2003, II, 2, 38, con nota di M. ROSSETTI; in *I Contratti*, 2003, 897, con nota di M. HAZAN; in *Foro Italiano*, 2003, I, col. 1121, con nota di E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 359 con nota di A. GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*

³⁵⁸ «(...) ciò che potrebbe cogliersi nello stesso impianto della legge 287/90 (...) è una caratterizzazione della stessa che, assumendo pur sempre (...) la prospettiva privilegiata dell'impresa, quale termine comunque principale del dinamismo del "mercato" tende ad assicurare le condizioni per il più pieno e libero esprimersi della "concorrenza" (...). (...) si renderebbe difficilmente configurabile (...) una qualsivoglia soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo». Sul tema A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 370. Critico sulla esclusione dell'illegittimità dei *fruit contracts* R. PARDOLESI, *I contratti dei consumatori* cit., secondo cui l'accordo con il singolo consumatore, in un'ottica di integrazione tra

cognizione esclusiva della Corte d'appello in unico grado, ai sensi dell'art. 33 della stessa legge.

Si noti, peraltro, che per scongiurare gli effetti della parcellizzazione delle controversie conseguenti all'eventuale accoglimento di tale tesi, ed alla loro sottoposizione al giudizio di equità, il legislatore con legge 7 aprile 2003, n. 63 (di conversione del decreto legge 8 febbraio 2003, n. 18), ha previsto che nei rapporti "seriali" fosse escluso il giudizio equitativo.

Si è, invece, affermato l'orientamento, corroborato dall'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione³⁵⁹, affermando che i soggetti tutelati, e quindi legittimati, anche da un punto di vista processuale, a far valere la disciplina in materia di restrizione del mercato o della concorrenza, siano non solo i soggetti che si collocano in un rapporto di concorrenza con le imprese colluse, ma anche i consumatori che sono titolari di una pretesa al un risarcimento del danno ingiusto. Questi ultimi, quindi, sono legittimati a far valere l'azione di nullità *ex art. 287 del 1990* ed ottenere presso la Corte d'appello competente *ex art. 33, comma 2*, il risarcimento dei danni conseguenti³⁶⁰.

La Cassazione ha, in successiva sentenza³⁶¹, indicato i criteri per la quantificazione del ristoro conseguibile da parte dell'assicurato, specificando,

diritto della concorrenza e diritto civile, non può essere valutato isolatamente ma risente dell'essere attuazione di un illecito.

³⁵⁹ Sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 495 con nota a p. 949 di L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2006, p. 554 con nota di R. MANCO, *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust*. In senso analogo si era espresso A. MANTELETO, "Per qualche lira in più" o del danno al consumatore nei contratti "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 329.

³⁶⁰ Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della devoluzione alla Corte d'appello delle controversie risarcitorie promosse dagli assicurati Corte Costituzionale, ordinanza 26 ottobre 2007, n. 351, in *Foro Italiano*, 2008, I, c. 713.

³⁶¹ Cass., sez. III, sentenza, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro Italiano*, 2007, I, c. 1097 con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*. Si veda, inoltre, successiva sentenza della Corte d'appello di Napoli, 20 settembre 2007, in cui si è precisato che, allegato

inoltre, i necessari adattamenti al caso concreto relativamente al nesso di causalità, alla ripartizione dell'onere della prova ed alla prescrizione.

Si è specificato, in particolare, che il giudice, da adirsi nel termine di cinque anni³⁶² dal giorno della conoscibilità³⁶³ (e non già dell'effettivo verificarsi) dell'illecito, potrà condannare l'impresa convenuta alla somma differenziale tra il premio corrisposto e quello negoziabile sulla base di un libero mercato, anche servendosi della determinazione equitativa, e potendo fissare il danno risarcibile in una percentuale del premio³⁶⁴.

Al di là delle tendenze espansive della giurisprudenza (si vedano, da ultimo, le citate sentenze delle Sezioni Unite 11 novembre 2008, n. 26972; n. 26973; n. 26974 e n. 26975) in ordine alla risarcibilità di interessi tutelati dall'ordinamento anche ove non configuranti veri e propri diritti soggettivi, il risarcimento del danno *antitrust* può essere qualificato come una tecnica di rafforzamento delle sanzioni di carattere pubblicistico in materia di disciplina della concorrenza più che una misura di carattere risarcitorio.

l'accertamento dell'intesa e l'aumento del premio, ricade sull'impresa di assicurazione la prova dell'estraneità dell'intesa all'aumento lamentato.

³⁶² Con riferimento alla natura giuridica della responsabilità, la natura extracontrattuale della stessa è sicuramente preferibile in base alle considerazioni *supra*. Da qui deriva il termine prescrizione di un quinquennio.

³⁶³ In tal senso depone non solo il *Libro Bianco* di cui *infra*, che prevede la decorrenza del termine prescrizione solo a seguito della cessazione della condotta illecita o della ragionevole conoscibilità da parte del danneggiato, ma anche il precedente di Cass., SSUU, 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 451, con nota di A. PALMIERI, contestuale ad altre otto coeve pronunce (dalla 576 alla 585/08) che, in tema di danno alla persona c.d. lungo latente prodotto da emoderivati, ha ritenuto il termine prescrizione decorrere dal momento in cui la lesione non già si verificò, ma «viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto».

³⁶⁴ Sulla determinazione del *quantum* risarcibile nel c.d. illecito antitrust cfr L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust: una prospettiva economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 527.

In altre parole, sembra dubbio che in favore dei contraenti finali possa essere riconosciuta una vera e propria posizione soggettiva lesa dal mancato rispetto della normativa *antitrust*, mentre appare più conforme al dato normativo ipotizzare il conferimento di un potere di iniziativa processuale volto all'irrogazione di un risarcimento dal connotato prettamente sanzionatorio (in quanto diretto alla cessazione di una situazione illegale) che, in prospettiva, dovrebbe aver luogo in modo privilegiato nelle elencate forme dell'iniziativa processuale collettiva o di classe.

5 - Il regime di intermediazione (rinvio).

Il dato prettamente economico evidenzia le problematiche relative all'intermediazione: come osservato, infatti, solo un'esigua minoranza di prodotti assicurativi è intermediata tramite canali indipendenti.

Tale elemento è stato puntualmente evidenziato dai citati interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La causa deve probabilmente farsi risalire, da un lato, alla tardiva ricezione nel nostro ordinamento della figura del *broker* (avvenuta, come noto, con la legge 28 novembre 1984, n. 792); dall'altro alla circostanza che, nella attività professionale del *broker*, i profili prettamente mediatizi restano pur sempre prevalenti rispetto a quelli di consulenza tecnico-professionale per l'assicurato.

Nel rinviare agli ultimi capitoli per una compiuta esposizione degli interventi legislativi e regolamentare, si vuole evidenziare che il processo di liberalizzazione del mercato assicurativo, accompagnato come detto da una forte *delegificazione* del settore, ha consentito un potere maggiormente incisivo dell'Autorità di vigilanza

sui rapporti contrattuali finalizzati all'intermediazione, sotto forma quindi di un intervento autoritativo sull'autonomia degli intermediari.

E tanto può giustificarsi con il ruolo particolarmente rilevante attribuito per la disciplina di settore alle autorità indipendenti.

L'aspetto che qui merita di essere approfondito è come, nei limiti in cui dettano prescrizioni dirette a disciplinare anche le modalità di svolgimento dell'autonomia privata³⁶⁵, gli atti emanati dall'Autorità possano incidere sul contenuto degli atti contrattuali posti in essere dagli operatori del settore: ciò anche per l'influenza sulla categoria dogmatica della nullità delle più recenti forme di tecnica normativa.

La possibilità di una efficacia "diretta" deve, ad ogni buon conto, essere ristretta ai soli atti amministrativi che presentino una connotazione regolamentare³⁶⁶, che ben possono integrare quelle "norme imperative", la cui violazione comporta nullità del contratto (art. 1418, comma 1 del Codice civile)³⁶⁷.

Si consideri, infatti, che nel caso in cui le norme emanate dalle autorità fossero dirette ad integrare *ex art. 1339 c. c.* il contenuto del contratto³⁶⁸, non potrebbe

³⁶⁵ «Autonomia significa, in generale, attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare, cioè, assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano». Così E. BETTI, voce "Autonomia privata" in *Novissimo digesto italiano*, II ed., Torino, 1957, p. 1159.

³⁶⁶ In ossequio al principio di legalità, solo alle fonti regolamentari espressamente previste dall'ordinamento (e non anche alle semplici circolari), sono infatti applicabili gli art. 1418, comma 1,

c.c. e 1419, comma 2, c.c. in materia di nullità e di sostituzione di clausole nulle, per l'ipotesi di contrasto con norme imperative. Si veda, inoltre, E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti* in *Rivista di diritto privato*, 2001, pp. 530 - 531, secondo cui l'invalidità conseguente al mancato rispetto di prescrizioni dettate dalle autorità indipendenti sarebbe subordinata all'inesistenza di una riserva di legge relativa per le materie incise dalla normazione secondaria (cui, pertanto, non potrebbe supplire la semplice attribuzione della competenza all'emanazione degli atti regolamentari).

³⁶⁸ V. RICCIUTO, *op. cit.*, p. 1625.

ovviamente escludersi la caducazione delle previsioni difformi per contrarietà a norme imperative, con contestuale sostituzione delle previsioni.

La validità di tale affermazione deve essere comunque limitata dalla distinzione, ribadita dalle *supra* riportate sentenze delle Sezioni Unite del 19 dicembre 2007, tra norme di carattere comportamentale e regole di validità del negozio. Non è, peraltro, sempre agevole distinguere tra le due fattispecie nel caso della regolazione di settore, in quanto la presenza di poteri sanzionatori in capo all'autorità, relativi ai soli soggetti vigilati, può legittimamente far sorgere il dubbio che, in verità, le prescrizioni in esame non siano ascrivibili alle norme imperative, seppure contraddistinte dal *nomen iuris* di regolamenti, in quanto destinate a produrre effetti verso una serie di soggetti determinati.

L'incidenza sulla libertà negoziale deve, poi, essere riconosciuta alle prescrizioni, pur non regolamentari, direttamente dettanti il contenuto minimo del contratto³⁶⁹ o la sua forma³⁷⁰, laddove la promozione di una maggiore standardizzazione consente il superamento delle asimmetrie informative che contraddistinguono i settori economici maggiormente evoluti e complessi, secondo una interpretazione "non formalistica" dell'esclusione, ora confluita nel Codice del consumo, per le clausole riproduttive di disposizioni di legge³⁷¹.

In epoca antecedente all'attribuzione del potere regolamentare all'ISVAP la dottrina³⁷² collocava il vizio del contratto attinente al settore assicurativo

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 308. Si veda sul punto, Cass., sezione I civile, sentenza 17 febbraio 2009, n. 3773 (in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza italiana*), che ha ritenuto non vessatoria la clausola, contenuta in contratto relativo alla prestazione di investimento meramente riproduttiva di prescrizioni regolamentari della CONSOB. Sul tema inoltre G. L. CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 698 ss..

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 311.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 304.

³⁷² G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in G. GITTI, a cura di, *op. cit.*, p. 95.

violativo delle prescrizioni dell'Autorità nell'ambito (non della violazione di norme imperative ma) della forma di invalidità civilistica corrispondente alla conseguenza del mancato adempimento da parte dell'impresa agli obblighi informativi (nullità per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto, annullabilità per errore).

Sotto un diverso profilo potrebbe dirsi, peraltro, che la riconduzione, sulla scorta della dottrina più tradizionale³⁷³, del contratto nullo alla categoria dell'atto negoziale *comunque improduttivo di effetti giuridici*, suggerirebbe per la fattispecie *de qua* la massima dilatazione (a differenza del caso degli accordi finalizzati a realizzare un'intesa anticoncorrenziale su cui *supra*) della nozione di contrarietà del negozio a prescrizioni delle autorità, in considerazione dell'evidente contrasto insorgente nell'ordinamento ove si ammettesse un contemporaneo riconoscimento della validità del vincolo negoziale e, nello stesso tempo, il contrasto con i presupposti di operatività con il mercato in cui il contratto è destinato ad operare.

Sembrerebbe, quindi, più corretto ammettere la nullità anche per l'ipotesi in cui la norma, pur impedendo un determinato comportamento all'operatore, sia *l'ubi consistam* dell'appartenenza al mercato medesimo³⁷⁴.

In altre parole, la distinzione tratteggiata dalla Sezioni Unite, con riferimento ai settori vigilati dalle Autorità, potrebbe essere precisata distinguendo tra norme

³⁷³ R. SACCO, *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 457.

³⁷⁴ Sul fenomeno dell'integrazione del contenuto del contratto da parte degli atti delle Autorità indipendenti cfr N. LIPARI, *op. cit.*, pp. 164 e 165, ove si adombra il dubbio del contrasto con il principio di legalità dell'attribuzione di tali effetti rispetto ad atti promananti da figure sostanzialmente amministrative.

Sul rapporto tra potere conformativo e tipicità legale cfr U. BRECCIA, *Nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità e atipicità nei contratti - Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1983, p. 11 e ss.

che impongono generici obblighi di comportamento e norme che, pur avendo contenuto analogo, sono dirette a dettare la disciplina specifica del mercato. Si tratta di una impostazione che, per quanto di non immediata individuazione, porta salvaguardare congiuntamente i criteri dell'idoneità dell'atto violativo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento e della natura dell'interesse tutelato dalla norma non rispettata, più che sul carattere meramente proibitivo della stessa³⁷⁵.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 40.

Capitolo VI

Le misure di liberalizzazione nel Codice delle assicurazioni private.

SOMMARIO: 1) *La portata innovativa del Codice delle assicurazioni;* 2) *Le modifiche successive al Codice;* 3) *Le disposizioni in favore della concorrenza;* 4) *Le disposizioni a tutela del consumatore;* 5) *L'indennizzo diretto.*

1 - La portata innovativa del Codice delle assicurazioni.

L'entrata in vigore, il 1 gennaio 2006, del Codice delle assicurazioni private³⁷⁶, ha segnato un'importante tappa nel processo di liberalizzazione del settore, anche in

³⁷⁶ Per i commenti allo schema di codificazione cfr A. GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, p. 1035; G. VOLPE PUTZOLU, *Il parere del consiglio di stato sullo schema di codice delle assicurazioni (Nota a C. Stato, sez. per gli atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, Min. attività produttive)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 881. Sul Codice delle assicurazioni cfr G. ALPA, *Analisi al Codice delle assicurazioni*, in *Raccolta di studi giuridici del Consiglio Nazionale Forense*, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it; AA.VV. *Il nuovo codice delle assicurazioni, Dossier mensili di Guida al diritto*, Milano, 2005; G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIARI, Torino, 2006; M. BIN (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni - Decreto Legislativo 7 settembre*, Padova, 2006; S. AMOROSINO - L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni - commento sistematico*, Milano, 2006; A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1289; G. DE FERRA, *Impresa assicurativa e contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 175; L. FARENGA, *L'impresa nel codice delle assicurazioni private*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 71; D. CERINI, "Diritto degli intermediari" e "diritto del contratto" nella creazione del Mercato Unico delle assicurazioni, cit.; B. FARSACI, *Il "rapporto di controllo" nel diritto delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 197; V. OGLIARI - A. COSTA, *Riflessioni sull'obbligo a contrarre la polizza r.c. auto nel nuovo Codice delle assicurazioni private*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 483; M. ROSSETTI, *Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni*, in *Foro Italiano*, 2006, V, c. 108; Id., *Le novità del codice delle assicurazioni*, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 125; F. CAPRIGLIONE (diretto da), *op. cit.*; A. LUBERTI - F. A. MAGNI, *L'attuazione del Codice delle assicurazioni*, Milano, 2009; O. CAGNASSO, *Il codice delle assicurazioni private tra codice civile e codice del consumo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, p. 899. Sul ruolo e sui poteri dell'ISVAP: S. AMOROSINO, *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1249; M. ROSSETTI, *L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa assicurativa: le novità del codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2005, I, p. 431; A. SERINO, *Il nuovo*

relazione alle esigenze di promozione della concorrenza e di tutela del consumatore.

Il Codice, come detto, si inserisce nell'ambito della c.d. "codificazione di settore"³⁷⁷, in quanto attuativo della delega formulata dalla legge 29 luglio 2003, n. 229, che nel prevedere una serie di codificazioni³⁷⁸ (poi ampliata dalla Legge 28

Codice delle assicurazioni private e il suo sistema sanzionatorio, in *Temì Romana*, 2005, p. 6; D. AGUS, *Il procedimento sanzionatorio dell'ISVAP*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 901; Id., *La*

regolazione del mercato assicurativo - Quaderni del Giornale di diritto amministrativo, cit.; G. L. CARRIERO, *Il controllo sull'attività assicurativa: istituzioni, strumenti, obiettivi, Relazione al convegno "Disciplina del settore assicurativo ed esercizio della professione forense"*, reperibile su www.federalismi.it; G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare dell'ISVAP dopo il Codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI - L. VIOLINI (a cura di) - *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione - Scritti per Giovanni Grottanelli de Santi*, Collana di studi "Pietro Rossi" dell'Università di Siena, Milano, 2007, p. 897. Sull'intermediazione M. ROSSETTI, *Il broker, la mediazione, il nuovo codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2005, II, p. 203 (nota a Cass., sez. I, 1 febbraio 2005 n. 1991). Sulla disposizioni in materia di contratti dopo il codice G. VOLPE PUTZOLU, *Le disposizioni relative ai contratti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1255; AA. VV., *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi*, op. cit.; P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit.; Id., *I contratti di assicurazione dei rami vita nel nuovo codice delle assicurazioni private*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2008, I, 223; Id., *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, op. cit., p. 89; M. DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, II, 17. Sulla crisi delle imprese assicurative G. FALCONE, *La disciplina delle crisi delle imprese assicurative. Le procedure di salvaguardia della solvibilità e di risanamento - Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2009; A. LUBERTI, *La liquidazione coatta amministrativa prima e dopo il Codice delle assicurazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 862. Per una sistematica del diritto assicurativo dopo l'emanazione del Codice A. DONATI G. VOLPE PUTZOLU, op. cit.; P. MARANO - M. SIRI (a cura di), *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, Milano, 2009.

³⁷⁷ Cfr il *Parere sullo Schema di decreto legislativo recante Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni - Codice delle assicurazioni* ove il Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 14 febbraio 2005 ha precisato che «(...) Il concetto di "codificazione" si è evoluto rispetto a quello ottocentesco ed è incentrato, oggi, sul riordino di specifici settori organici piuttosto che di macro-sistemi normativi. I codici della legge n. 229 del 2003, che hanno sostituito i testi unici misti della legge n. 50 del 1999, di questi ultimi conservano la finalità di riordino (ora definito "riassetto") normativo, con l'ulteriore elemento caratterizzante che al riassetto si accompagna - grazie a criteri di delega più ampi - l'elemento innovativo della sostanza della disciplina codificata».

³⁷⁸ A. ZACCARIA, op. cit., p. 697. La portata innovativa del testo codicistico è stata particolarmente rimarcata nella *Relazione ministeriale al Codice delle assicurazioni private*, secondo cui «Nei limiti determinati dalla coesistenza con le norme sul contratto di assicurazione conservate nel codice civile e con l'esclusione delle disposizioni che disciplinano l'istituzione ed il funzionamento dell'autorità di vigilanza (ISVAP), che sono state conservate nella legge 12 agosto 1982, n. 576, e di talune norme di valenza transitoria

novembre 2005, n. 246), all'art. 4, lett. g) formulava, quali criteri direttivi per la redazione di un unico atto normativo per la disciplina del mercato assicurativo, l'«armonizzazione della disciplina sull'esercizio e sulla vigilanza delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi alla normativa comunitaria».

La legge delega ha definitivamente espunto dall'ordinamento la categoria dei testi unici misti (contenenti, quindi, sia disposizioni legislative che regolamentari), previsti dalla legge 8 marzo 1999, n. 50, sempre al fine di fornire una semplificazione complessiva dell'assetto normativo, ma che erano risultati di dubbia compatibilità con il principio di legalità delle fonti, considerando che la loro natura giuridica (legislativa o regolamentare) non era stata espressamente qualificata dalla norma fondante.

Il legislatore ha, successivamente, ritenuto invece di indirizzarsi verso un più tradizionale processo di codificazione che, nel racchiudere l'insieme normativo di una determinata materia in un unico testo, fornisse al contempo elementi (quali i principi, le definizioni terminologiche, le norme di chiusura) idonei a disciplinare determinati macrosettori in modo pressoché definito³⁷⁹.

Tuttavia, il Codice delle assicurazioni è diretto anche ad una semplificazione degli atti normativi secondari, in quanto - come detto - ai sensi dell'art. 191,

conservate nel decreto legislativo 173/1997, la riduzione ad unità del complesso dei testi legislativi in materia assicurativa realizza le condizioni, in coerenza con l'articolo 4 della legge 229/2003, della semplificazione del

quadro normativo, ponendosi come obiettivi finali la competitività dell'industria assicurativa e, al tempo stesso, la protezione degli assicurati».

³⁷⁹ N. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 50 e 51: «sembra quasi che la realtà del nuovo secolo riproponga in termini diversi (...) il dibattito che accompagnò il processo di codificazione. Allora si trattava di dare regole uniformi a rapporti variamente differenziati (...): oggi, di fronte ad un sistema economico sempre più integrato e uniforme, si avverte il rischio che il corpus giuridico possa essere lacerato da logiche antagonistiche, specialmente configgenti intorno a valori diversi da quelli del mercato (...). Mentre (...) in passato il meccanismo di auto integrazione si costruiva con immediato riferimento alla globalità di un sistema capace di esprimere principi comuni, oggi si determina sempre più di sovente un raccordo tra ambiti disciplinari (si pensi alla galassia delle leggi in materia di locazioni o di disciplina del lavoro subordinato) che sembrano dotati di un loro autonomo quadro sistematico, al quale sarà previamente necessario fare riferimento per risolvere una lacuna».

comma 6, del Codice medesimo, anche i regolamenti dell'autorità di vigilanza saranno soggetti ad un processo di codificazione in quanto organizzati in una sistematica raccolta di *Istruzioni di vigilanza*.

Il Codice ha, innanzitutto, consolidato la disciplina del mercato, accorpando una serie di atti normativi, tra cui spicca il Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private (decreto del Presidente della Repubblica del 13 febbraio 1959, n. 449), che già all'epoca mirava ad una disciplina esaustiva, in quanto dettava una normativa congiunta per l'esercizio dei rami danni e vita, e disciplinante, *ex art. 1*, l'attività delle imprese che svolgessero: a) l'industria delle assicurazioni in qualsiasi ramo e in qualsiasi forma; b) l'industria delle riassicurazioni; c) le operazioni di capitalizzazione. Sul *corpus* del Testo Unico si erano innestati alcuni interventi di novellazione (talora espressa, talora, invece, affidata all'impegno ermeneutico dell'interprete) ed altre innovazioni normative che avevano disciplinato determinati aspetti del mercato assicurativo non presi in considerazione dal legislatore.

Si fa riferimento, in particolare, oltre che alla citata tripla "coppia" di direttive comunitarie, con i relativi interventi di adeguamento nazionali, ad una serie particolarmente eterogenea di atti normativi, anch'essi sottoposti nel corso degli anni a svariate novellazioni, disciplinanti differenti aspetti dell'attività assicurativa. In particolare, meritano di essere ricordati le normative, anch'esse per lo più di derivazione comunitaria, che hanno inteso affrontare specifiche questioni relative alla vigilanza sulle imprese di assicurazione. Trattasi della legge 9 gennaio 1991, n. 20, che ha dettato norme sul controllo delle partecipazioni di imprese o enti assicurativi e in imprese o enti assicurativi; del decreto legislativo 17 aprile 2001, n. 239, che ha disciplinato la vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione appartenenti ad un gruppo assicurativo; del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 93, che ha dettato norme in materia di risanamento e liquidazione

delle imprese di assicurazione. Tali leggi sono state introdotte nel nostro ordinamento in modo estremamente disordinato dal legislatore, in quanto talora si è provveduto ad una novellazione o abrogazione espressa di norme del Testo Unico o della legge 576 del 12 agosto 1982, istitutiva dell'ISVAP, in altri casi invece le normative si sono sovrapposte secondo il meccanismo della abrogazione per incompatibilità o dell'aggiunta.

Sul testo unico si era poi sovrapposta, pur senza formale interferenza, la complessa disciplina relativa alla assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, costituita dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990, dalla legge 26 febbraio 1977, n. 39 e dalla legge 24 novembre 1978 n. 738. Inoltre, ben cinque direttive sul punto si sono susseguite in diciotto anni: si fa riferimento alle direttive 72/166/CE del 24 aprile 1972, sul riavvicinamento delle legislazioni relative all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli; 84/5/CE del 30 dicembre 1983 (seconda direttiva r.c. auto); 90/232/CE del 14 maggio 1990 (terza direttiva r.c. auto); 2000/26/CE del 16 maggio 2000 (quarta direttiva r.c. auto) e, da ultimo, la direttiva 2005/14/CE³⁸⁰).

Negli ultimi anni, poi, il settore era stato oggetto di interventi dettati da legislazioni genericamente finalizzate al contenimento dei costi tariffari in capo agli assicurati.

Devono essere menzionate le leggi 5 marzo 2001, n. 57 e 12 dicembre 2002, n. 273, che hanno apportato importanti innovazioni alla materia, con l'introduzione di istituti (quali la banca dati sinistri, la predeterminazione legislativa del danno biologico e l'accesso agli atti di liquidazione delle imprese di assicurazione), successivamente ripresi nel Codice.

³⁸⁰ Su cui A. M. AMBROSELLI, *La quinta direttiva del parlamento europeo e del consiglio sulla responsabilità civile auto*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 1087.

Un terzo gruppo di norme confluite nel Codice delle assicurazioni disciplinava, invece, l'operato di soggetti in vario modo coinvolti nel mercato assicurativo. Si fa riferimento, in particolare, alla legge 7 febbraio 1979, n. 48, relativa allo svolgimento dell'attività degli agenti di assicurazione, alla legge 28 novembre 1984, n. 792, istitutiva dell'albo dei mediatori di assicurazione e, infine, alla legge 17 febbraio 1992 n. 166, istitutiva del ruolo nazionale dei periti assicurativi. Anche la disciplina dell'intermediazione assicurativa, come si avrà modo di illustrare in seguito, è stata oggetto dell'intervento del legislatore comunitario che, anzi, ha costituito l'*occasio legis* della realizzazione del codice. Delle innovazioni sul punto si dirà più diffusamente *infra*.

A livello di normazione secondaria era poi presente un corposo numero di circolari dell'ISVAP, dal dubbio valore normativo.

Pur nell'indiscussa portata cogente delle medesime circolari, discendente dalla peculiare posizione di supremazia dell'ISVAP rispetto alle imprese vigilate, nonché dalla particolare competenza tecnica in materia di mercato assicurativo, secondo la corrente maggioritaria tali atti assumevano la natura giuridica di fonti del diritto sostanzialmente *extravagantes*, determinanti esclusivamente un autovincolo per la amministrazione procedente³⁸¹.

³⁸¹ O. TENTOLINI, Voce "Circolari ed istruzioni", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959. In giurisprudenza, si vedano da ultimo le pronunzie Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2004, n. 5157, in *Consiglio di Stato*, 2004, I, p. 1558, secondo cui le circolari (atti ritenuti rientrare nella categoria delle c.d. norme interne) non vincolano l'autorità emanante né quelle subordinate, essendo in ogni caso ammesso un contegno amministrativo difforme, giustificato dalla necessità di conformare l'azione amministrativa ai principi dell'ordinamento giuridico; Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2768, in *Foro amministrativo - Consiglio Stato*, 2005, p. 1422, secondo cui le circolari amministrative sono atti diretti agli organi ed uffici periferici, ovvero sottordinati, e non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale o, comunque, vincolante per i soggetti estranei all'amministrazione; Cons Stato, sez. VI, sentenza 27 settembre 2005, n. 5065, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2005, p. 2689 secondo cui le circolari e le direttive ministeriali sulle modalità applicative di disposizioni di legge esplicano effetto cogente interno verso gli organi dell'amministrazione, ma non vincolano il giudice quanto ai criteri interpretativi della norma ivi enunciati.

Si rammenta, al riguardo, che nel nostro ordinamento la circolare non ha, di per sé, una vera e propria efficacia precettiva, e scorrendo l'elenco delle circolari emanate dall'autorità di vigilanza la portata normativa di talune di esse, quantomeno con riguardo a quelle meramente interpretative o informative, appare del tutto fuori luogo.

Anche sotto tale profilo, l'attribuzione all'ISVAP di un espresso potere regolamentare ha indubbiamente giovato alla chiarezza della definizione delle norme applicabili.

Non tutte le norme primarie in materia assicurativa sono, comunque, confluite nel Codice.

In particolare, oltre alle norme prettamente privatistiche su cui *ultra*, è stata espunta dal processo codificativo la legge 12 agosto 1982, n. 576, che ha istituito l'ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo).

Infine, sono state tralasciate, per la loro specificità, le norme sulle particolari forme di assicurazione contenute nel codice della navigazione (articoli 514 - 547, 935 - 936, 1001 - 1016 e 1021 come modificati dal decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96).

2 - Le modifiche successive al Codice.

L'ambizione del legislatore codicistico ad un grado, quantomeno apprezzabile, sia pure se perfettibile, di "certezza del diritto", è stata ben presto messa in crisi da due fattori.

In materia tributaria, per la mancanza di effetti cogenti anche per l'amministrazione emanante e per gli uffici sottoposti Cass., Sezioni Unite, 2 novembre 2007, n. 23031 in *Rivista del notariato*, 2008, II, p. 438 .

Il primo. Il Codice delle assicurazioni è un testo organico ed omogeneo, ma non completo. E, al di là delle omissioni riferite, si tratta di una incompletezza affatto voluta. Infatti, proprio nel momento in cui ha ritenuto di procedere ad una sistemazione e semplificazione delle fonti, dei “*tanto sottili provvedimenti*”, eliminando “*il troppo e 'l vano*” il legislatore ha, nello stesso tempo, provveduto ad attribuire un ruolo particolarmente marcato alla relativa Autorità di vigilanza.). La realizzazione di un *corpus* organico di fonti passerà quindi, ai sensi dell’art. 191, comma 6, anche attraverso la realizzazione di un complesso di *Istruzioni di vigilanza*, costituito dall’insieme dei Regolamenti emanati dall’ISVAP. Non solo. In alcuni casi, ai sensi dell’art. 354, comma 4, del Codice, proprio le citate disposizioni regolamentari consentiranno la caducazione di quelle fonti di rango legislativo, recepite sì nel Codice, ma solo con riferimento alle disposizioni di principio. Peraltro, la forte delegificazione è mirata a consentire un continuo adeguamento delle disposizioni normative alla realtà del mercato senza ricorrere al complesso procedimento necessario per l’approvazione delle norme primarie, affidando, invece, il raggiungimento dell’obiettivo ad un soggetto istituzionalmente più contiguo agli operatori del settore e, perciò, maggiormente sensibile alle istanze dagli stessi promananti.

Il secondo. La realtà economica e giuridica frustra gli scopi di organicità del legislatore. L’economia di mercato richiede l’elaborazione di modelli normativi idonei a soddisfare le esigenze che essa pone³⁸². Proprio nel momento in cui riteneva di aver soddisfatto le esigenze di organicità per il passato (attraverso la realizzazione del Codice) e per futuro (attraverso il conferimento del potere

³⁸² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, p. 7, osserva che «L’età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: produrre. Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono prodotte: vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. Le officine giuridiche lavorano in tutte le ore del giorno ed in tutti i luoghi della vecchia Europa: nessuna norma ha privilegio di immutabilità e di inviolabilità».

regolamentare all'ISVAP), il legislatore si vedeva costretto ad intervenire nuovamente sullo stesso Codice per un duplice ordine di fenomeni.

In primo luogo il fenomeno, che si ha già avuto modo di illustrare, di *despecializzazione* tra i vari comparti del *settore finanziario*. Con tale ultima espressione si intende l'attività economica che effettua l'intermediazione tra la domanda e l'offerta di ricchezza. Tale nozione unifica concettualmente una serie di attività che sono sorte, e per molto tempo si sono sviluppate, in modo del tutto indipendente.

Pertanto, nel corso del 2005, a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, è stato approvato il decreto legislativo n. 252 del 5 dicembre 2005, che, come detto, ha disciplinato l'attività delle imprese delle assicurazione nel campo della previdenza integrativa, già disposta dall'art. 2 del Codice, che prevede il VI ramo vita, consistente ne «*le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa*» e prevedendo, all'art. 12, la possibilità per le medesime imprese di costituire fondi pensione “aperti”.

La legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha, invece, esteso l'applicazione del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione, includendovi, tramite il successivo decreto legislativo 303 del 29 dicembre 2006, le polizze *unit* e *index linked* nonché i prodotti di capitalizzazione. Si ricorda, poi, l'attuazione della direttiva 2002/87/CE tramite il decreto legislativo n. 142 del 30 maggio 2005 che ha dettato un regime di vigilanza supplementare sui conglomerati finanziari, vale a dire sui gruppi che presentino una attività sufficientemente diversificata tra settore assicurativo, bancario e dell'intermediazione mobiliare .

Tali ultime innovazioni si inseriscono quindi nell'ambito della crescente erosione dei confini intercorrenti tra attività bancaria, assicurativa, dell'intermediazione

mobiliare e della previdenza complementare (anche in considerazione delle analogie strutturali riscontrabili in tali attività, che presentano in comune il nucleo della raccolta del risparmio³⁸³) grazie all'integrazione reciproca talora a livello di distribuzione dei prodotti, sempre più complessi e sovente di difficile classificazione all'interno dell'una o dell'altra categoria, talaltra a livello di appartenenza al medesimo gruppo societario.

Il secondo fenomeno che ha determinato la necessità di intervenire profondamente sul *corpus* normativo del Codice (e, quindi, anche sulle norme regolamentari che lo attuano) è parzialmente connesso con quello ora esposto. L'integrazione giuridica a livello comunitario ed internazionale ha, lentamente, introdotto nella nostra "*Costituzione economica*"³⁸⁴, un tempo improntata alle suggestioni dell'economia "mista", il valore della concorrenza, ben più pregnante rispetto alle scarse norme che, nel Codice civile, tutelano *le imprese* dalla concorrenza sleale. Se, però, in un primo momento, la concorrenza è stata garantita tramite interventi "in negativo" (la legge 10 ottobre 1990, n. 287, che reprime gli abusi di posizione dominante, le intese restrittive, le concentrazioni), ipotizzandosi, cioè, che lo *status quo* sia quello di un mercato già in potenza concorrenziale, gli interventi sopraggiunti nel biennio 2006-2007 si inseriscono in una diversa ottica, quella, cioè, di attuare specifici interventi volti a modificare le "regole del gioco" in settori che il legislatore reputa idonei a generare "rendite di posizione" lesive non solo degli interessi dei consumatori all'accesso a beni o servizi a prezzi favorevoli, ma dell'intero sistema economico, in quanto

³⁸³ R. COSTI - L. ENRIQUES, *op. cit.*, p. 46; M. BESSONE, *I mercati mobiliari*, Milano, 2004, p. 15; S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI, *op. ult. cit.*, p. 4.

³⁸⁴ L'espressione è illustrata da S. CASSESE, in *La nuova costituzione* cit., p. 3 e ss.: nel suo significato più ampio, essa abbraccia non solo «*la formula riassuntiva delle norme della Costituzione in senso formale sui rapporti economici*» e quell'«*insieme di istituti che, pur non facendo parte del diritto, non appartengono necessariamente alla costituzione scritta*» ma anche «*il diritto vivente*» e, quindi, «*istituti, norme e prassi relativi ai rapporti economici e alle imprese*» nonché «*altri aspetti, come quelli sociali e culturali*».

disincentivanti l'ottimizzazione dell'efficienza delle imprese, non più in grado poi di competere sui mercati internazionali in cui non fruiscono dei medesimi benefici garantiti nella realtà nazionale. Con riferimento alle innovazioni sostanziali, si deve menzionare, quindi, l'impatto sul Codice delle assicurazioni degli interventi di liberalizzazione (c.d. "lenzuolate"³⁸⁵), e dei relativi interventi di modifica, sui cui cfr *amplius infra*.

Successivamente, è stato differito, grazie a quattro decreti c.d. "mille proroghe"³⁸⁶, il termine, comminato dall'art. 354, comma 4, di emanazione dei regolamenti da parte dell'ISVAP e della conseguente caducazione delle fonti, anche primarie, non recepite nella normazione secondaria.

La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007) ha introdotto, in tema di disciplina dell'intermediazione, il comma 3 - *bis* dell'articolo 117, con cui è stata prevista per gli intermediari, in luogo dell'istituzione di un conto separato per i premi riscossi, la possibilità di avvalersi di un'apposita fideiussione bancaria.

Un ulteriore, cospicuo numero di modifiche espresse è stato dettato dal decreto legislativo 29 febbraio 2008, n. 56 che, in attuazione della direttiva 2005/68/CE ha dettato una disciplina particolarmente articolata per le imprese di riassicurazione.

La materia dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto è, poi, stata innovata dal decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 198, che ha attuato la direttiva 2005/14/CE (quinta direttiva r.c. auto).

³⁸⁵ Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248; decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007, n. 40; decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102.

³⁸⁶ Art. 4, comma 8 del decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito dalla legge 2 agosto 2008, n. 129; art. 16 del decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14; art. 23, comma 12, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102; art. 9, comma 3 del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito nella legge 26 febbraio 2010, n. 25.

Non direttamente incidente sul tessuto connettivo del Codice, ma in contiguità con la disciplina dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto è la legge n. 102 del 21 febbraio 2006 recante «*Disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali*», che ha esteso il rito del lavoro alle controversie relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali. La relativa previsione è stata peraltro abrogata *in parte qua* dall'art. 53 della legge 21 febbraio 2006, n. 102. Sempre in materia processuale, merita ricordare che l'art. 5, comma 1 della legge 4 marzo 2010, n. 28 ha introdotto l'obbligo di preventivo esperimento del tentativo di conciliazione o mediazione, tra le altre, per le controversie concernenti il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, e i contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Il decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 196, con cui è stata recepita la direttiva 2004/113/CE in materia di parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e nella loro fornitura, prevede, in deroga al principio generale, la possibilità per le imprese di assicurazione di differenziare premi e tariffe praticate in conformità a dati attuariali e statistici affidabili, attribuendo, con il novellato art. 55 *quater*, comma 3 del Codice delle pari opportunità, all'ISVAP i poteri necessari per l'attuazione della relativa previsione.

Il decreto legislativo 23 ottobre 2007, n. 221, ha, poi, inserito nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, in precedenza contenute nel decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, che, in forza della definizione dell'art. 67 - *ter*, comma 1, lett. b) del Codice del consumo ricomprende «*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*»³⁸⁷.

³⁸⁷ Su cui si rimanda per la bibliografia alla nota 237.

Il decreto legislativo 3 novembre 2008, n. 173, in attuazione della direttiva relativa ai conti annuali e consolidati delle banche, degli altri istituti finanziari e delle imprese di assicurazione), ha novellato l'articolo 4 del Codice, attribuendo all'ISVAP il potere di dettare istruzioni contabili anche in materia di operazioni con parti correlate e di accordi non risultanti dallo stato patrimoniale.

Più di recente, il decreto legge 29 novembre 2008, n. 185 (convertito nella legge 28 gennaio, n. 2 - c.d. decreto anticrisi) ha, all'articolo 15, comma 14, conferito all'ISVAP il potere di dettare disposizioni finalizzate ad una corretta valutazione dei valori mobiliari nella contabilità delle imprese di assicurazione.

Da ultimo, il decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 21 ha attuato la direttiva 2007/44/CE, relativa alle regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizione e incrementi di partecipazione nel settore finanziario. Anche tale innovazione sottolinea la crescente disciplina unitaria del mercato finanziario.

3 - Le disposizioni in favore della concorrenza.

Nell'impossibilità di fornire un'intera panoplia della totalità delle disposizioni di rilievo concorrenziale contenute nel Codice delle assicurazioni, deve essere sottolineata la disciplina dell'accesso all'attività assicurativa (artt. 22 e ss. del Codice), che conferma appieno i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. In conformità ai riferiti principi, l'accesso delle imprese comunitarie all'attività assicurativa non è subordinato ad alcuna autorizzazione, ma ad una mera comunicazione (artt. 23, comma 1 e 24, comma 1).

Tale comunicazione ha carattere vincolato e ricognitivo³⁸⁸ e consente la piena operatività dell'impresa nel territorio nazionale, fermo restando il rispetto delle "norme di interesse generale" (art. 27).

Con riferimento a tale ultima disposizione va notato che rientrano tra queste le norme di carattere sanzionatorio, ed, in particolare, meritano di essere menzionate le fattispecie previste dall'art. 314, che sanzionano il rifiuto e la elusione dell'obbligo a contrarre e il divieto di abbinamento nel settore r.c.a.

L'obbligo a contrarre svolge un ruolo di tutela dei potenziali assicurati, ma anche di aumento della concorrenza nel settore, in quanto mira a riequilibrare le posizioni delle parti contraenti nel settore della r.c.a., in cui, a fronte di un obbligo assicurativo comminato per il cittadino vi sarebbe un pieno arbitrio per le imprese di addivenire o meno alla conclusione del contratto.

Tuttavia, deve esser notato sotto un diverso profilo che tale obbligo è suscettibile di determinare un aumento delle tariffe, da un lato in quanto attua una ripartizione dei costi delle categorie meno economiche sulla generalità dell'utenza, dall'altro in quanto disincentiva l'ingresso nel mercato di imprese "di nicchia" (in alcuni Paesi europei, proprio per tale ragione, non è previsto un obbligo a contrarre e la citata funzione di riequilibrio è effettuata tramite la costituzione, promossa dallo Stato, di società consortili tra le imprese autorizzate).

E' sorto, poi, il dubbio della legittimità comunitaria (con riferimento agli artt. 43 e 49 del Trattato ed alle disposizioni di settore che vietano una comunicazione preventiva delle tariffe) della previsione, recepita nel Codice dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, della sanzione comminata con riguardo all'elusione dell'obbligo, che si sostanzia nel divieto per le imprese di prescindere da basi tecniche predeterminate per l'elaborazione della tariffe.

³⁸⁸ F. BASSAN, *Commento sub artt. 23- 24*, in *Il Codice delle assicurazioni private*, cit., *ad vocem*.

Il concetto di elusione dell'obbligo, nella prassi sanzionatoria, può ricomprendere infatti anche la fissazione di tariffe volte a scoraggiare l'adesione degli assicurati³⁸⁹.

In altre parole, sulla scorta di tale previsione, e fermo restando il divieto di rifiutare la stipulazione dei contratti sulla base delle tariffe prefissate dalle imprese, all'assicuratore sarebbe preclusa la fissazione di tariffe manifestamente fuori mercato al fine da eludere sostanzialmente l'obbligo. In tal modo, però, viene a determinarsi un assoggettamento ad un controllo *a posteriori* sulla ragionevolezza delle tariffe, potenzialmente lesivo dell'autonomia dell'impresa, considerando che l'effetto elusivo può anche essere determinato semplicemente dalla forte personalizzazione delle stesse.

La Corte di giustizia europea, con la sentenza del 28 aprile 2009 (causa C-518/06, Commissione c. Repubblica italiana),³⁹⁰ ha però statuito la piena compatibilità con le disposizioni comunitarie anche nell'ipotesi in cui tali obblighi gravino sulle imprese in libera prestazione di servizi.

Secondo la Corte, posto che la restrizione alla libera prestazione di servizi non potrebbe essere argomentata dalla sola vigenza, in altri ordinamenti, di regole meno restrittive, nel caso di specie si sarebbe in presenza di una limitazione ammissibile in quanto legata a ragioni imperative di interesse pubblico, idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccessiva per il suo raggiungimento. In particolare, la ragione di interesse pubblico sarebbe collegata ai diritti risarcitori delle vittime di incidenti stradali. In base a tale *iter*

³⁸⁹ R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Rifiuto ed elusione dell'obbligo di contrarre e violazione del divieto di abbinamento*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 752.

³⁹⁰ In *Foro italiano*, 2009, IV, c. 329; in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2009, p. 890; in *Assicurazioni*, 2009, II, 2, p. 161, con nota di M. ROSSETTI; in *Giustizia civile*, 2009, I, p. 1459; con nota di P. GROSSO, *Assicurazione RC auto, obbligo a contrarre, disciplina nazionale; l'Italia viene assolta dall'accusa di violazione della direttiva europea n. 92/49/CEE*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, a p. 1012.

argomentativo, in sostanza, mentre non è attualmente vietato alle imprese il calcolo di una tariffa più elevata per un contraente appartenente a determinate categorie, una eventuale disparità di trattamento in ordine alla modalità di calcolo potrebbe invece pregiudicare il diritto al risarcimento del soggetto leso dall'appartenente ad una di tali categorie.

Deve essere menzionato, poi, il divieto di abbinamento (*tie in*) di cui all'art. 170 del Codice, consistente nella sanzione dell'imposizione al consumatore di ulteriori contratti assicurativi, bancari o finanziari ai fini della stipulazione del contratto r.c. auto. Anche in questo caso siamo in presenza di un divieto che, da un lato, mira a tutelare il consumatore che finisce per essere leso dalla sostanziale imposizione di servizi indesiderati finalizzata ad evitare l'adempimento dell'obbligo a contrarre e, nello stesso tempo, reprime pratiche commerciali abusive. Va infatti ricordato che tale condotta costituisce una classica fattispecie di concorrenza illecita, tanto da essere specificamente presa in considerazione dall'articolo 3, lettera d) della legge 10 ottobre 1990, n. 287³⁹¹.

La previsione introdotta nel Codice, peraltro, rafforza la disposizione generale della legge *antitrust*, in quanto a) prescinde dalla sussistenza di una posizione dominante sul mercato; b) estende la valutazione di illiceità anche a prodotti bancari e finanziari per cui può sussistere una connessione con il rapporto principale (il contratto di assicurazione), evidentemente in ragione della circostanza che nel caso di specie si è in presenza di un effetto coercitivo più intenso in quanto connesso con la necessità di adempiere all'obbligo assicurativo.

³⁹¹ A. FRIGNANI, *Commento sub art. 3*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, p. 396.

4 - Le disposizioni a tutela del consumatore.

Il fenomeno codificativo ha comportato anche l'assunzione di misure dettate a tutelare i consumatori, *sub specie* di assicurati.

Innanzitutto non può sottacersi il vantaggio, per il consumatore, della disponibilità di un testo normativo tendenzialmente onnicomprensivo e di redazione chiara e conforme ai più moderni dettami di regolazione e trasparenza, anche in un'ottica di confronto competitivo tra le prestazioni offerte dai vari prodotti.

Permane, certamente, una tutela dell'investitore - risparmiatore nei confronti degli operatori del mercato ancora, allo stato, fortemente frammentaria, essendo previste diverse forme di tutela a seconda della tipologia di risparmio (mobiliare, previdenziale, bancario), nonché dell'attrazione soggettiva dell'interessato nell'una o nell'altra categoria (operatore qualificato, cliente professionale, consumatore). E ciò in considerazione della riferita opzione legislativa di disciplinare i vari comparti finanziari in modo ancora frammentato e settoriale.

Deve essere evidenziato, inoltre, che, difformemente a quanto originariamente previsto nella bozza presentata dal Ministero delle Attività produttive il 10 dicembre 2003, non sono state inserite nel Codice delle assicurazioni le norme codicistiche sulla disciplina privatistica del contratto. Su tale questione, anch'essa affrontata *ex professo* nel parere reso dalla sezione normativa del Consiglio di Stato³⁹², si era registrata forte discordia in dottrina. Secondo un primo

³⁹² «Lo spostamento delle norme sulle assicurazioni dal codice civile al codice "di settore" potrebbe fondarsi sulla considerazione che la normativa di fonte comunitaria (...) ruota intorno ad un'esigenza di protezione speciale del pubblico in questa materia. Di qui un approccio specifico (ignoto al codice civile del 1942, fondato su un concetto formale di eguaglianza contrattuale), diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo - normativo ed economico - del contratto assicurativo. Così come intuibile si appalesa il vantaggio pratico, per gli utenti e gli operatori del settore, nel potere consultare in un unico testo normativo tutte le disposizioni finalizzate alla disciplina della materia delle assicurazioni. Per contro, occorre rilevare che, a differenza delle norme sul consumo, le norme del codice civile sulle assicurazioni non costituiscono il frutto di recenti novelle legislative, per cui

orientamento³⁹³ la prima opzione sarebbe risultata oltre che difforme dal modello vigente negli altri ordinamenti europei, contrastante con la differenziazione, emergente dall'art. 41 Cost., tra iniziativa economica privata e intervento pubblico. Altri autori³⁹⁴, invece, in un'ottica di complessiva *regulation* del settore, avevano criticato la successiva inversione di tendenza del legislatore delegato. Tuttavia, non difettano norme espressamente dettate a tutela del consumatore. Si fa riferimento all'articolo, che 166 stabilisce che «*Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente*»; alle disposizioni contenute nel Titolo XIII del Codice, dedicato alla «*Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*», che, oltre a dettare una disciplina di carattere generale del momento antecedente alla stipulazione del contratto³⁹⁵ commina l'obbligo di consegna della c.d. nota informativa, introdotto dai decreti legislativi 174 e 175 del 1995; all'articolo 167, con cui è sancita una espressa previsione di nullità dei contratti conclusi con imprese non autorizzate o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari (nullità testuale, in quanto espressamente comminata dal legislatore nonché relativa, in quanto può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato e, per di più, «*obbliga alla*

il sopravvenire del codice di settore farebbe venire meno le esigenze che giustificarono la temporanea inserzione nel codice civile».

³⁹³ A. GAMBINO, *op. cit.*, p. 1036; A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, cit.; VOLPE PUTZOLU, *Commento sub art. 1*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al codice delle assicurazioni private*, cit. p. 11.

³⁹⁴ S. AMOROSINO, *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP*, cit., p. 1252; M. ROSSETTI, *Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni*, cit. che definisce per tali ragioni il Codice «un'occasione perduta»; ALPA, *op. cit.*, secondo cui l'opzione normativa di non toccare la disciplina civilistica del contratto finisce per determinare, oltre che il mancato coordinamento con il coevo Codice del Consumo, la rinuncia ad una compiuta disciplina della riassicurazione.

³⁹⁵ M. DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, cit., pp. 18 e 20.

restituzione dei premi pagati» mentre «*non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative*»³⁹⁶; agli articoli da 168 a 171 e il 172, che definiscono gli effetti sul contratto di assicurazione del trasferimento di portafoglio, della fusione, della scissione della liquidazione coatta di imprese di assicurazione e, con riferimento all'assicurazione r.c. auto, del trasferimento di proprietà del veicolo o del natante; agli articoli da 173 a 175, che dettano norme in ordine ai contratti di assicurazione di tutela legale e di assistenza.

Particolarmente dettagliata, poi, appare la disciplina, contenuta negli articoli da 176 a 179, in materia di contratti di assicurazione sulla vita e prodotti di capitalizzazione, tra cui spicca l'articolo 178, che dispone l'inversione dell'onere della prova nei relativi giudizi risarcitori.

5 – L'indennizzo diretto.

Un rilevante numero di innovazioni ha, ovviamente, riguardato il settore r.c. auto, che rappresenta tradizionalmente il settore in cui maggiormente si manifestano gli effetti negativi, in termine di costi per gli assicurati, delle problematiche concorrenziali.

Le innovazioni hanno riguardato, in particolar modo, gli istituti attinenti alla liquidazione del danno, e devono in particolare essere menzionate le procedure di

³⁹⁶ Per l'osservazione secondo cui «*Le perplessità non derivano dal fatto che la nullità può essere fatta valere soltanto dal contraente o dall'assicurato, perché si tratta di una regola ispirata alla stessa ratio della norma precedente, ma dalle conseguenze della nullità. La nullità, infatti, comporta la restituzione dei premi pagati, mentre non sono ripetibili gli indennizzi e le somme assicurate eventualmente corrisposte agli aventi diritto. Ne consegue la possibilità che gli assicurati realizzino un ingiustificato arricchimento in danno degli altri creditori dell'impresa. La norma precedente, che prevedeva la risoluzione del contratto a partire dalla scadenza della successiva rata di premio, era molto più equilibrato»* cfr G. VOLPE PUTZOLU, *Le disposizioni relative ai contratti cit.*, p. 1257.

risarcimento diretto, la quantificazione del danno non patrimoniale e l'accesso agli atti delle imprese di assicurazione.

Con l'espressione "procedure di risarcimento diretto" si indicano due diverse, innovative misure di liquidazione introdotte dal Codice: il risarcimento diretto del terzo trasportato da parte dell'impresa di assicurazione del vettore (prevista dall'art. 141 cod. ass.), e la procedura di risarcimento da parte dell'assicuratore del danneggiato nei casi previsti dall'art. 149 cod. ass. (c.d. indennizzo diretto)³⁹⁷.

L'art. 141 prevede al riguardo che *«Salva l'ipotesi di sinistro cagionato da caso fortuito, il danno subito dal terzo trasportato è risarcito dall'impresa di assicurazione del veicolo sul quale era a bordo al momento del sinistro entro il massimale minimo di legge, fermo restando quanto previsto all'articolo 140, a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro, fermo il diritto al risarcimento dell'eventuale maggior danno nei confronti dell'impresa di assicurazione del responsabile civile, se il veicolo di quest'ultimo è coperto per un massimale superiore a quello minimo»*.

Con riferimento, invece, al più innovativo indennizzo diretto, va precisato che pur essendo lo stesso stato previsto *ab origine* dal Codice delle assicurazioni, la relativa disciplina è entrata in vigore il 1 gennaio 2007, a seguito dell'emanazione

³⁹⁷ Sulle procedure di liquidazione nel codice delle assicurazioni cfr M. BONA, *Risarcimento del danno, procedure di liquidazione e azione diretta nel «codice delle assicurazioni»: prime riflessioni critiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 1171; G. GALLONE, *Le procedure di risarcimento e i doveri imposti dal testo unico al danneggiato e agli istituti assicuratori*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, cit., p. 2036; M. ROSSETTI, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la r.c.a. e di altri soggetti legittimati - La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 437; G. BALLARANI, *Prime note sul sistema dell'indennizzo diretto: la qualificazione giuridica del pagamento «per conto» dell'impresa del responsabile e la c.d. azione «diretta» del danneggiato nei confronti della propria compagnia*, *ibidem*, p. 8; F. ZARDO, *La richiesta di risarcimento danni nell'assicurazione r.c.a.*, *ibidem*, 2008, I, p. 372; G. DI PIETRO, *La procedura di risarcimento diretto e la tutela del terzo trasportato nel nuovo codice delle assicurazioni: aspetti problematici e indicazioni giurisprudenziali*, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 2009, p. 187; M. HAZAN, *Aspetti procedurali e sostanziali nella liquidazione dei danni derivanti dalla circolazione dei veicoli: la nuova azione diretta nel modello codicistico tripartito*, in P. FAVA (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 2010.

del regolamento attuativo (decreto del presidente della repubblica 18 luglio 2006, n. 254).

La relativa disciplina è finalizzata (secondo l'art. 14 del regolamento) a «consentire effettivi benefici per gli assicurati, attraverso l'ottimizzazione della gestione, il controllo dei costi e l'innovazione dei contratti che potranno contemplare l'impiego di clausole che prevedano il risarcimento del danno in forma specifica con contestuale riduzione del premio per l'assicurato»³⁹⁸.

Sostanzialmente, quindi, le innovazioni presentano una duplice finalità, in quanto mirano, da un lato, ad agevolare la tutela dei danneggiati, dall'altro a migliorare l'efficienza del mercato della r.c.a. Infatti (e tale considerazioni valgono soprattutto per la procedura di indennizzo diretto) per un verso si consente al danneggiato di esperire la procedura risarcitoria nei confronti di un'impresa allo

³⁹⁸ Già in sede consultiva sulla bozza del Codice delle assicurazioni, apprezzamento su tale procedura era stata espressa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere AS 309 del 27 luglio 2005: «L'Autorità ribadisce che una più diffusa applicazione di un sistema di indennizzo diretto, come potrà risultare favorita e stimolata dalle modifiche normative introdotte, appare non solo pienamente compatibile ma addirittura di stimolo verso un assetto maggiormente concorrenziale del mercato assicurativo RC.Auto. Infatti, come già indicato sia nell'ambito della Indagine conoscitiva su tale mercato che nella recente segnalazione, un sistema di indennizzo diretto permette l'instaurazione di un rapporto diretto tra l'impresa di assicurazione ed il proprio cliente con l'auspicabile conseguente riduzione delle spese legali e di condotte opportunistiche; ciò che dovrebbe consentire un contenimento dei costi dei risarcimenti, con effetti positivi sulla riduzione dei premi di polizza. L'attuazione integrale del sistema di indennizzo diretto consentirà di risolvere alcune asimmetrie informative e condotte opportunistiche che si collegano all'istituto della responsabilità civile, creando le condizioni per un più ampio confronto competitivo tra gli operatori del settore a beneficio dei consumatori. Essa consentirà altresì alle imprese di meglio programmare l'attività di provvista conoscendo in anticipo il parco macchine sul quale saranno in ipotesi chiamate ad intervenire, nonché agli assicurati di stipulare condizioni di polizza particolari e personalizzate, che prevedano ad esempio la sostituzione di pezzi danneggiati con ricambi equivalenti, o franchigie nella copertura assicurativa. L'Autorità ritiene che l'applicazione integrale di un sistema di indennizzo diretto fondato su regole semplici incentrate sui principi di efficienza e concorrenza delle condotte adottate da tutte le imprese assicurative, stimolerà la massima concorrenza possibile fra gli operatori del settore con la riduzione del costo delle polizze. In particolare, un ruolo centrale in tale sistema è svolto da meccanismi di regolazione economica dei rapporti fra le imprese che, in sede di previsione di sistemi di rivalsa presso la compagnia del responsabile, devono permettere a ciascuna impresa di beneficiare dell'efficienza derivante dalla gestione dei sinistri dei propri assicurati, stimolando in tal modo un confronto competitivo sui costi» (http://www.agcm.it/AGCM_ITA/DSAP/SEGNALA.NSF/11d7d1b53d93615ec1257179003d00da/cede238b62a765fbc125705000533621?OpenDocument).

stesso legata da un vincolo contrattuale e, pertanto, presuntivamente interessata a garantire un più celere ed adeguato soddisfacimento delle pretese dell'assicurato-danneggiato (con conseguente diminuzione dei costi).

Sotto altro aspetto, l'introduzione di tale strumento avrebbe dovuto conseguire effetti proconcorrenziali, considerando che, nella scelta dell'impresa con cui assicurare il veicolo, il privato oltre che ai costi tariffari era messo in grado di valutare la speditezza e la quantificazione del risarcimento erogato.

Le innovazioni concernenti le procedure di risarcimento del danno sono state oggetto di una ripetuta serie di interventi giurisprudenziali che ne hanno mutato natura e funzioni.

In ordine a tali innovazioni è stata riscontrata una forte opposizione da parte del mondo forense, che, dopo aver denunciato alla Commissione delle Comunità Europee la contrarietà dell'istituto alla disciplina comunitaria della r.c.a. (la Direttiva 2005/14/CE, all'art. 4 *quinquies* prevede che la persona lesa possa valersi di «un diritto di azione diretta nei confronti dell'impresa che assicura contro la responsabilità civile la persona responsabile del sinistro»), ha provveduto ad impugnare tramite un'associazione di categoria il regolamento attuativo innanzi al TAR del Lazio.

Tuttavia, più proficua si è rivelata la strada di una caducazione giurisprudenziale dell'istituto, e tale obiettivo è stata attuato tramite due distinti percorsi, entrambi eretti grazie con il consenso della giurisprudenza di merito.

Da un lato, un filone interpretativo³⁹⁹ risolvendo in via applicativa l'eventuale conflitto con le invocate norme costituzionali, aveva ritenuto che, pur nel vigore

³⁹⁹ Tra cui Trib. Torino, 11 ottobre 2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2205; Giudice di pace di Rossano, 21 gennaio 2008, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 3, p. 18; Giudice di pace di Frosinone, 11 marzo 2008, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 2009, p. 548; Giudice di pace di Torino, 28 novembre 2007, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 3, p. 23 e in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 151 con nota di D. DE STROBEL.

della riferita disciplina, il trasportato o il danneggiato potessero comunque agire a titolo risarcitorio anche nei confronti del responsabile del sinistro e della relativa impresa.

Un diverso orientamento aveva, invece, ritenuto insuperabile, ai fini della facoltatività, il dato letterale della disposizione, ed aveva quindi ritenuto di denunciare alla Consulta l'illegittimità delle procedure, per contrasto con una nutrita serie di disposizioni costituzionali.

Nell'impossibilità di dare conto di tutte le numerose censure formulate nei confronti della disciplina (esulando dall'analisi le lamentele fondate, più che altro in punto di fatto, sugli effetti economici negativi ridondanti sugli operatori - periti, avvocati e "consulenti" - interessati al mercato della liquidazione dei sinistri), può dirsi che esse siano state incentrate soprattutto su cinque considerazioni: a) la contrarietà all'art. 117 della Costituzione *sub specie* di violazione della menzionata direttiva che imporrebbe la responsabilità diretta dell'impresa di assicurazione del responsabile; b) la violazione dell'art. 24 della Costituzione, per la preclusione della possibilità di evocare il soggetto effettivamente chiamato a rispondere del danno, in luogo di altri non legittimato a disporre del diritto in sede processuale; c) la violazione dell'art. 3 della Costituzione, per l'esclusione dal risarcimento (da parte, comunque, dell'art. 9, comma 2 del Regolamento attuativo⁴⁰⁰ e non già della norma primaria) dei

⁴⁰⁰ Il Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli Atti normativi, nel parere 5074/05 reso nell'Adunanza del 19 dicembre 2005, avente ad oggetto lo *Schema di d.P.R. recante attuazione dell'art. 150 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, concernente la disciplina del sistema di risarcimento diretto* aveva al riguardo affermato che «*Si tratta di una restrizione dell'area del danno risarcibile alla quale dovrebbero fare da riscontro per il danneggiato concreti benefici derivanti dal sistema di risarcimento diretto, benefici in termini di rapidità e certezza della liquidazione; riduzione del premio e altro; si tratta peraltro di una restrizione consapevolmente e liberamente accettata dal danneggiato che intende utilizzare questo meccanismo risarcitorio. Va infatti tenuto presente che nel sistema delineato dagli artt. 149 e 150 del Codice, il danneggiato resta comunque libero di non accettare l'offerta dell'impresa e di procedere in via giudiziale, dove il criterio della risarcibilità del danno si espande secondo i principi generali. Infatti il danneggiato, ove ritenga di non aderire all'offerta di risarcimento diretto fatta dalla sua impresa di assicurazione, resta titolare della azione diretta di risarcimento, di cui all'art. 145, comma 2, sempre nei confronti della propria impresa di assicurazione. In questo*

compensi per la consulenza o assistenza professionale di cui si sia avvalso il danneggiato diversa da quella medico-legale per i danni alla persona; d) la violazione dell'art. 76 Cost., in quanto l'adozione della procedura dell'indennizzo diretto non era stata espressamente prevista dal legislatore delegante; e) le problematiche, *supra* elencate, poste, dal punto di vista della tutela della concorrenza, dalla cooperazione tra le imprese nella definizione dei meccanismi applicativi della procedura.

Con riferimento al primo ordine di censure, può semplicemente osservarsi che la citata disposizione comunitaria è finalizzata, in realtà, a garantire, in favore di ogni danneggiato, la possibilità di azionare direttamente la pretesa risarcitoria nei confronti di un'impresa di assicurazione, dotata di maggiore solvibilità rispetto al responsabile civile. Pertanto, non sembra che da tale norma possa discendere, *ex adverso*, l'illegittimità di una diversa modulazione del regime processuale finalizzato all'intervento, in prima battuta, di una diversa impresa di assicurazione legittimata, poi, a rivalersi sulla originaria debitrice.

Per quanto concerne la seconda argomentazione, invece, non pare che l'obbligo di evocazione in giudizio della sola impresa del danneggiato possa determinare un pregiudizio per quest'ultimo. A prescindere dal carattere sostanziale o meramente processuale della sostituzione operata da parte dell'impresa del danneggiato, deve essere infatti considerato che lo stesso art. 149, comma 6 prevede che l'impresa di assicurazione del veicolo del responsabile possa chiedere

caso, l'impresa di assicurazione del veicolo del responsabile può chiedere di intervenire nel giudizio e può estromettere l'altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato, ferma restando, in ogni caso, la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese secondo quanto previsto nell'ambito del sistema del risarcimento diretto (art. 149, comma 6, del Codice). Nel sistema del risarcimento diretto, quindi, assumono un valore cruciale i benefici (anche patrimoniali) che il danneggiato può ottenere a fronte di una indubbia restrizione preventiva (liberamente accettata) dell'area dei danni risarcibili. Non vi sono difficoltà sistematiche a collocare questo meccanismo di risarcimento "semplificato" nell'area dell'autonomia negoziale delle parti che stipulano il contratto di assicurazione; lo schema legislativo si preoccupa peraltro di tutelare in modo adeguato il contraente più debole, in termini di certezza dei tempi della liquidazione e di benefici ottenibili accettando tale schema».

di intervenire nel giudizio ed estromettere l'altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato.

Del resto, anche la dottrina⁴⁰¹ favorevole *ab ovo* al riconoscimento della facoltatività del risarcimento diretto, ha sempre negato la trasformazione della assicurazione r.c. auto in *no fault*, e la conseguente natura indennitaria dell'obbligazione dell'impresa surrogata.

L'argomentazione relativa alle spese legali riveste un certo pregio ma si inserisce in un contesto normativo in cui, anche con riferimento alla stessa giurisprudenza di merito, la rifusione dei compensi stragiudiziali era tutt'altro che pacifica⁴⁰².

Inoltre, non dovrebbe obliterarsi al riguardo la previsione dell'art. 9, comma 6, secondo cui «L'impresa, nell'adempimento degli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede, fornisce al danneggiato ogni assistenza informativa e tecnica utile per consentire la migliore prestazione del servizio e la piena realizzazione del diritto al risarcimento del danno». Proprio la presenza di specifici ed intensi obblighi di buona fede in favore dell'assicurato giustifica quindi, nell'ottica del bilanciamento degli interessi, l'eliminazione di una voce di danno comunque finalizzata, assieme ad altre deroghe del sistema risarcitorio a quello ordinario (si pensi alla predeterminazione del danno biologico) alla riduzione complessiva dei costi.

Più pregante, forse, il profilo attinente alla mancanza di delega. Tuttavia, tale doglianza può essere contrastata precisando il carattere non meramente compilativo, ma innovativo del Codice, anche considerando che la legge 29 luglio 2003, n. 229 prevedeva, all'art. 4, comma 1, tra i criteri di esercizio della delega, alla lett. b) la «tutela dei consumatori (...) avendo riguardo anche alla correttezza (...) del processo di liquidazione dei sinistri», e quella «salvaguardia dell'effettiva

⁴⁰¹ G. PONGELLI, *La facoltatività del risarcimento diretto*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 75.

⁴⁰² Cfr ad esempio in senso contrario Giudice di pace Torino, 17 giugno 1999, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, p. 576.

concorrenza» che abbiamo visto essere posta alla base dell'introduzione dell'indennizzo diretto.

Con riferimento alle problematiche concorrenziali, deve essere precisato che, rispetto alla formulazione originaria del regolamento, in accoglimento delle critiche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴⁰³ la creazione di un vero e proprio consorzio in forma stabile è stata sostituita dalla previsione di una meno impegnativa "convenzione" tra le imprese interessate. L'art. 13, comma 10, del decreto dispone sul punto che *«Le informazioni, acquisite nell'ambito dei rapporti organizzativi ed economici per la gestione del risarcimento diretto, possono essere utilizzati, esclusivamente, per le finalità della stessa stanza di compensazione»*. Secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 3, inoltre, *«L'attività della stanza di compensazione deve svolgersi in regime di completa autonomia rispetto alle imprese di assicurazione ed ai loro organismi associativi»*.

La Corte Costituzionale, dopo un intervento⁴⁰⁴ con cui aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della disciplina, anche sotto il profilo del procedimento legislativo, e prospettando comunque la possibilità di un'interpretazione "costituzionalmente conforme", ha definitivamente statuito sul punto con la sentenza 19 giugno 2009, n. 180⁴⁰⁵,

⁴⁰³ Nel parere del 1 febbraio 2006 sullo schema di regolamento l'*Antitrust* aveva osservato che *«(...) l'Autorità ritiene che, per dar seguito a quanto indicato nell'articolo 150 del Codice, il decreto del Ministero delle Attività Produttive non esiga l'individuazione di un artificioso strumento giuridico per la gestione del sistema del risarcimento diretto, quale un consorzio costituito dalle imprese di assicurazione, considerando che la regolazione e gestione del sistema di risarcimento diretto possono ben realizzarsi con una mera convenzione che fissi i criteri necessari al funzionamento del sistema. Diversamente, la previsione di un'organizzazione stabile ed articolata, quale quella del consorzio, ove normalmente le imprese esprimono anche loro rappresentanti nei vari organi gestionali, individua una sede nella quale è facile condividere ed assumere decisioni comuni, le quali possono orientare e finanche vincolare le imprese consorziate su aspetti non strettamente necessari al funzionamento del risarcimento diretto»*.

⁴⁰⁴ Corte cost., ordinanza, 23 dicembre 2008, n. 441, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 5019.

⁴⁰⁵ In *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 60. L'orientamento è stato successivamente confermato dalla ordinanza del 24 febbraio 2010, n. 85 (inedita).

ritenendo che l'art. 149, comma 1 cod. ass. debba essere interpretato nel senso di imporre un semplice onere al danneggiato, restando impregiudicata la legittimazione del responsabile e dell'impresa comminata dalle norme di diritto sostanziale.

La praticabilità di tale interpretazione sembra però palesemente in contrasto, oltre che con la *ratio* complessiva del sistema (nonostante quanto opina la Corte) con l'art. 149, comma 6, del Codice, che prevede espressamente la limitazione all'azione sostanziale.

A prescindere, poi, dall'effettiva portata precettiva delle “sentenze interpretative di rigetto”⁴⁰⁶, l'interpretazione prospettata, comunque non senza crismi di ufficialità, dalla Corte, pone in realtà, nonostante le sbrigative conclusioni sul punto⁴⁰⁷ più problemi di quanti non ne risolva.

Infatti, non è chiaro se, nell'ottica della Consulta, la duplice legittimazione passiva operi solo con riferimento alla fase giudiziaria ovvero anche nella fase stragiudiziale del processo di liquidazione del sinistro.

⁴⁰⁶ In senso negativo T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano, 1994, p. 598; M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, II ed., Torino, 2007, p. 34. Nello stesso senso nel caso specifico G. PONGELLI, *op. cit.*, 2010, p. 72.

Fondamento dell'ammissibilità delle sentenze interpretative di rigetto (a differenza di quelle interpretative di accoglimento) non è quindi la possibilità di espungere dal testo di una disposizione una “norma” (intesa nel senso di espressione avente portata precettiva), quanto piuttosto il principio secondo cui a determinare l'illegittimità costituzionale di una norma non è la possibilità di darne un'interpretazione incostituzionale, ma l'impossibilità di darne una costituzionale. Ciò anche in relazione alla specificità delle funzioni della Consulta, da cui esula quella di interpretazione delle leggi. In tal senso autorevolmente in dottrina T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 e R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 1998, I, p. 15. Si vedano sul tema le sentenze 28 maggio 1975, n. 129, in *Foro italiano*, 1975, I, c. 2178, e 31 luglio 1989, *ibidem*, I, c. 18, nonché, di recente, le sentenze 14 novembre 2007, n. 379, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1727; 30 novembre 2007, *ibidem*, 2008, p. 1099; 16 maggio 2008, n. 147, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 1812 e 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro italiano*, 2008, I, p. 2774.

⁴⁰⁷ «La soluzione di detti problemi esula dai limiti del giudizio costituzionale, non potendo che essere demandata agli interpreti».

Tuttavia, entrambe le soluzioni paiono estremamente insoddisfacenti. Nel primo caso, infatti, verrebbe in qualche modo salvaguardata la sopravvivenza della procedura di risarcimento diretto, che continuerebbe a svolgere almeno la funzione di “filtro” alla proposizione dell’azione giudiziale; tuttavia, in tal modo sembrerebbe trovare spazio nel nostro ordinamento una ipotesi alquanto inconsueta di azione giudiziaria svincolata dalla precedente forma di tutela relativa alla medesima pretesa in sede stragiudiziale⁴⁰⁸.

L’accoglimento della seconda opzione eliminerebbe l’incoerenza dovuta alla diversità tra l’impresa messa in mora e quella convenuta in giudizio ma determinerebbe effetti dirompenti sugli equilibri del mercato assicurativo in quanto, a tacer d’altro, la medesima impresa potrebbe essere adita da entrambi i soggetti coinvolti nel sinistro.

Riprendendo gli spunti di un previgente disciplina (art. 5, comma 2 della legge 5 marzo 2001, n. 57) gli artt. 137, 138 e 139 disciplinano poi il risarcimento sotto il profilo della quantificazione del danno patrimoniale e di quello biologico.

Sotto il secondo aspetto, l’art. 138 dispone che *«per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito»*.

⁴⁰⁸ In tale senso R. FRASCA, *Assicurazione r.c.a. e azione diretta: dopo Corte cost. n. 180 del 2009 - Estratto della relazione tenuta a Cagliari il 27 novembre 2009 per la formazione dell’Ordine degli avvocati di Cagliari*, in *Foro Italiano*, 2010, I, c. 1733, argomentando dalla posizione dell’impresa assicuratrice del danneggiato quale quella di un accollato *ex lege* di un debito dell’altra assicurazione, nonché in ragione della previsione del possibile intervento di quest’ultima nel giudizio.

Tale nozione, in occasione delle celebri pronunzie delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975)⁴⁰⁹ sul danno non patrimoniale è stata ritenuta «di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale»

Sempre sulla scorta di una previsione della legge 57/01 (art. 3) l'art. 146 ha disposto il diritto di accesso agli atti delle imprese di assicurazione in favore del danneggiato.

Tale facoltà non pare poter essere ascritto al più ampio *genus* del diritto di accesso riconosciuto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 anche nei confronti dei «gestori di pubblici servizi» non potendo essere le imprese di assicurazione, per le considerazioni *supra* esposte, ascritte tra i gestori di pubblici servizi anche nella fase di liquidazione.

Né sembra potersi ipotizzare un'interferenza con l'art. 7, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), che prevede un diritto di accesso ai propri dati personali.

E' preferibile considerare l'obbligo di accesso agli atti del procedimento di liquidazione quale una specificazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto⁴¹⁰ (art. 1375 c.c. *et alia*) che, però, in considerazione del ripercuotersi della prestazione dell'assicurato sulla sfera giuridica di un terzo (il danneggiato) subisce una traslazione in favore di quest'ultimo, in astratto estraneo al rapporto contrattuale. E' di tutta evidenza che la parziale limitazione della libertà di azione e della riservatezza delle imprese trova piena giustificazione della rilevanza pubblicistica del settore r.c. auto.

⁴⁰⁹ In *Foro italiano*, 2009, I, c. 128 con nota di R. PARDOLESI e R. SIMONE; in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 317 con nota di V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*.

⁴¹⁰ In considerazione della natura privatistica individua come giudice competente per le relative controversie quello ordinario F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, IV ed., Milano, 2005, p. 2179.

La disposizione pare di dubbia collocazione nell'assetto complessivo delle misure dettate a tutela della concorrenza, limitandosi tutto sommato ad agevolare l'eventuale azionabilità in giudizio della pretesa non soddisfatta dall'impresa, e quindi rivolgendosi essenzialmente in un vantaggio per i danneggiati anche ove non contraenti.

Capitolo VII

Le misure di promozione della concorrenza nel settore assicurativo successive al Codice.

SOMMARIO: 1) *Premessa*; 2) *La disciplina dell'attestato di rischio*; 3) *Il diritto di recesso dai contratti di assicurazione*; 4) *Il preventivatore r.c. auto*; 5) *L'attuazione regolamentare del Codice.*

1 - Premessa.

Nel presente capitolo saranno analizzate le misure normative, successive al Codice delle assicurazioni, attinenti alla promozione della concorrenza nel settore assicurativo, anche in relazione alla complessiva evoluzione del mercato finanziario.

Come *supra* premesso, le misure di promozione della concorrenza nel settore assicurativo del biennio 2006-2007 si collocano infatti in un quadro temporale connotato da forti innovazioni che hanno riguardato l'intero mercato finanziario, interessato da una progressiva despecializzazione degli operatori.

Si è altresì esposto che, a seguito dell'intervento di tali fenomeni normativi, il regime concernente le attività tradizionalmente classificabili come assicurative risulta essere ormai ricavabile non dal solo Codice delle assicurazioni private, ma anche dai più recenti decreti legislativi 252/2005 e 262/2005, come da ultimo coordinati dal d. lgs 303/06.

Al di là del dato meramente storico - fattuale, sono poi le stesse caratteristiche del settore assicurativo ad essere fortemente interessate dalla citata interferenza con il mercato bancario e mobiliare.

Da un punto di vista teorico, infatti, tale evoluzione consente di cogliere appieno le similarità tra i succitati comparti, come detto contraddistinti da una elevata

asimmetria informativa e da una potenziale interferenza tra il profilo della stabilità e quello della correttezza.

In secondo luogo, proprio un elemento connesso allo sviluppo del mercato finanziario italiano (il ruolo predominante ricoperto dalle banche nella raccolta del risparmio⁴¹¹) ha fortemente condizionato la concorrenzialità del mercato assicurativo, già di per sé a concorrenza imperfetta, sia sotto il profilo della forte presenza di intermediari *captive*, che per la forte prevalenza del ramo dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli.

Sintetizzando, per contro, gli interventi formulati nel corso degli ultimi anni da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in ambito assicurativo, può dirsi che un'attenzione particolarmente elevata sia stata, soprattutto, posta su una diversa serie di problematiche, inquadrabile su un triplice ordine di considerazioni: 1) valutazione della riduzione delle tariffe come conseguenza necessaria del processo di liberalizzazione; 2) preclusione di forme di cooperazione particolarmente intense tra le imprese, ivi comprese le concentrazioni societarie in quanto idonee a determinare effetti anticoncorrenziali; 3) proposta di abolizione o, quantomeno, di ridimensionamento del canale di intermediazione agenziale.

Come visto, le ricostruzioni operate dall'Autorità non sono state sempre condivise dagli organi giurisdizionali chiamati a vagliarne la legittimità, che hanno sovente espresso la tendenza valorizzatrice di un'interpretazione comunitaria che esclude l'illiceità delle intese *per se*: tuttavia, tali orientamenti sembrerebbero essere stati posti invece a fondamento delle misure adottate dal

⁴¹¹ E che, al di là di considerazioni legate al dato economico, può essere pienamente desunta dall'art. 10 del t.u.b., che qualifica la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito quali connotati dell'attività riservata alle banche, con ciò restringendo l'operatività di altri intermediari finanziari alle sole abilitazioni conferite *singulatim* da altri rami dell'ordinamento.

legislatore al fine di incrementare la concorrenzialità del settore, come desumibile dall'analisi di tali innovazioni.

Per quanto concerne il terzo punto, una (potenziale) soluzione è stata offerta dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248.

Non serve, probabilmente, ricordare come tale atto normativo abbia introdotto una serie di novità (anche di rilevante impatto mediatico) su una serie eterogenea di materie, dalle tariffe nei servizi professionali alla distribuzione commerciale, dalla commercializzazione dei prodotti farmaceutici ai servizi di taxi.

Va precisato, comunque, che il decreto è stato emanato con la procedura di cui all'art. 87 Cost., sulla base della ritenuta straordinaria necessità ed urgenza di «*rafforzare la libera scelta dei consumatori e di rendere più concorrenziali gli assetti di mercato, favorendo anche il rilancio dell'economia e dell'occupazione*» e di «*adottare interventi intesi a razionalizzare e contenere i livelli di spesa pubblica*»; necessità che non sembra corrispondere *in toto* ai presupposti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per la deroga alla procedura legislativa ordinaria⁴¹²: tanto che non appare peregrino ipotizzare che, a ben vedere, il ricorso alla decretazione d'urgenza sia stato in realtà determinato dalla necessità di attenuare l'opposizione “politica” delle categorie interessate dal provvedimento.

Tralasciando queste considerazioni costituzionalistiche, si rinvia all'ultimo capitolo per un'analisi delle misure in materia di intermediazione.

⁴¹² E' noto come - a partire soprattutto dalla sentenza 23 maggio 2007, n. 171, *ex plurimis* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 1662 - la Corte Costituzionale abbia affermato la piena sindacabilità dei presupposti della necessità e di urgenza del decreto legge. Si veda in tal senso anche la pronuncia del 30 aprile 2008, n. 128, *ibidem*, p. 1486 con nota di A. CELOTTO.

2 - La disciplina dell'attestato di rischio.

Il decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante «*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*», convertito nella legge 2 aprile 2007, n. 40, introdotta sempre tramite il discutibile ricorso alla decretazione d'urgenza, si inserisce anch'essa nella linea di rimozione con azioni positive, più che con vere e proprie "liberalizzazioni" in senso stretto⁴¹³, degli ostacoli ad una piena parità contrattuale delle parti nei mercati finanziari⁴¹⁴, individuati nella asimmetria informativa e nella debolezza contrattuale del privato⁴¹⁵.

L'articolo 5, commi 1-*bis* e 2 di detta legge hanno novellato l'art. 134 del Codice delle assicurazioni, innovando il regime giuridico dell'attestato di rischio, che rappresenta la «*carta di identità dell'assicurato in relazione al rischio*»⁴¹⁶ assunto dall'impresa⁴¹⁷.

⁴¹³ Così G. VIRGA, *Il decreto Bersani tra (presunte) liberalizzazioni e (sicure) complicazioni*, su www.lexitalia.it.

⁴¹⁴ F. CAPRIGLIONE, *Riflessioni a margine delle "liberalizzazioni" bancarie recate dal c.d. decreto Bersani bis (d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv. nella l. 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, p. 593.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ Cfr L. LOCATELLI, *op. cit.*, p. 351.

⁴¹⁷ L'attestato di rischio è finalizzato al corretto funzionamento del regime tariffario del sistema c.d. *bonus - malus* (che prevede la determinazione del premio sulla base di una "classe di merito" risultante dalla sinistrosità storica del veicolo, suscettibile quindi di essere migliorata o peggiorata a seconda dei danni cagionati nell'ultima annualità). Tale meccanismo è stato attuato dapprima tramite una classificazione interna da parte delle singole imprese. Successivamente, al fine di garantire la mobilità tra gli assicurati, con provvedimento del Comitato Interministeriale Prezzi del 5 Maggio 1993, è stato introdotto il regime del doppio binario, con una classe di merito interna e una classe unica C.I.P. La circolare ISVAP n. 555/d del 17 maggio 2005, oltre a rendere obbligatoria l'applicazione del regime del *bonus - malus*, ha poi introdotto una "classe di conversione universale", disciplinandone le relative variazioni.

In ossequio al principio comunitario della libertà di determinazione della tariffe, le imprese sono peraltro tendenzialmente libere di adottare classificazioni interne diverse (salvo l'obbligo,

La prima disposizione ha stabilito che *«In caso di cessazione del rischio assicurato o in caso di sospensione o di mancato rinnovo del contratto di assicurazione per mancato utilizzo del veicolo, l'ultimo attestato di rischio conseguito conserva validità per un periodo di cinque anni»*.

Si tratta di previsione diretta ad evitare che, a seguito del protratto non utilizzo del veicolo da parte dell'assicurato, questi possa essere danneggiato da una nuova decorrenza *ab initio* della classe di merito attribuita.

Ancora più innovativa la seconda disposizione, che introduce tre nuovi commi all'art. 134 del Codice delle assicurazioni: innanzitutto il 4 *bis*, secondo cui *«L'impresa di assicurazione, in tutti i casi di stipulazione di un nuovo contratto, relativo a un ulteriore veicolo della medesima tipologia, acquistato dalla persona fisica già titolare di polizza assicurativa o da un componente stabilmente convivente del suo nucleo familiare, non può assegnare al contratto una classe di merito più sfavorevole rispetto a quella risultante dall'ultimo attestato di rischio conseguito sul veicolo già assicurato»*.

Si tratta di disposizione difficilmente inquadrabile nel complessivo sistema delle c.d. fasce di rischio. In effetti, non appare spiegabile il motivo per cui un soggetto dovrebbe usufruire di una tariffa agevolata per la sola circostanza di convivere con altri che sia situato in una fascia più vantaggiosa, separando il profilo di rischio dal premio. L'incongruenza si spiega con la circostanza che la riferita norma è il frutto di una interpolazione intervenuta in sede di conversione del decreto, laddove il testo originario prevedeva semplicemente che l'impresa, nel caso di stipulazione di un nuovo contratto, a prescindere dalla contestuale vigenza di un'altra polizza, non potesse assegnare al contraente una classe di merito più sfavorevole rispetto a quella risultante dall'ultimo attestato di rischio conseguito.

comminato dall'art. 133 del Codice delle assicurazioni, di adottare *«condizioni di polizza che prevedano ad ogni scadenza annuale la variazione in aumento od in diminuzione del premio applicato all'atto della stipulazione o del rinnovo»*).

Anche tale soluzione, deve essere sottolineato, avrebbe avvantaggiato al di là del dato statistico i titolari di più di un veicolo, come evidente soggiacenti ad un rischio più elevato rispetto al possessore di una sola vettura. In entrambi i casi, il risultato - a parità di costo-sinistri complessivo - è comunque quello di “ripartire” sugli altri assicurati i rischi non distribuibili sui nuclei familiari che, in base alle nuove norme, usufruiscono di un vantaggio tariffario.

Inoltre, questa disposizione pare ignorare che la c.d. classe di merito, oltre ad essere il frutto di una conversione delle tabelle di riferimento delle singole imprese⁴¹⁸, non costituisce l'unico parametro di determinazione della tariffa.

Del resto, proprio la pluralità delle fasce relative all'attestato di rischio costituisce il precipitato delle direttive comunitarie⁴¹⁹ che escludono un intervento statale in ordine alla commisurazione delle tariffe. Così, se la conclamata finalità politica dell'interpolazione è stata quella di consentire ai giovani, ancora viventi nel nucleo familiare di origine, di usufruire della stessa tariffa del capofamiglia, essa può essere agevolmente frustrata dalla valorizzazione di altri elementi (quali l'età dell'assicurando) che consentono un incremento del prezzo finale senza apparentemente mutare la classe di merito, pur a seguito del blocco legislativo delle relative fasce⁴²⁰. La conseguenza è che, per vero, pur restando invariata la fascia di merito “teorica”, nulla vieta che l'assicurato continui a sopportare lo stesso prezzo di una classe meno vantaggiosa.

Inoltre: l'aver collegato l'attribuzione della classe di merito “privilegiata” alla stipulazione di un «nuovo contratto» relativo ad un «ulteriore veicolo» crea, al contrario,

⁴¹⁸ Cfr L. LOCATELLI, *op. ult. cit.*, p. 364.

⁴¹⁹ A. FRIGNANI, *Il bonus - malus dopo la riforma Bersani alla luce del diritto comunitario*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 23.

⁴²⁰ A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 23.

un'evidente disuguaglianza rispetto ai nuclei familiari i cui membri continuano a giovare della previgente copertura assicurativa ma con classe di merito deteriore. I commi 4 *ter* e *quater* modificano la disciplina della variazione della classe nel *bonus-malus*: la variazione non sarà consentita prima dell'accertamento dell'effettiva responsabilità del contraente, sempre che lo stesso sia il responsabile principale del sinistro. Ove non sia possibile accertare una responsabilità principale, quale forma di “correttivo” per il caso in cui l'assicurato sia coinvolto in più di un sinistro⁴²¹ la responsabilità e la conseguente variazione deve essere valutata *pro quota* in relazione al numero dei conducenti coinvolti. Le imprese di assicurazione dovranno, comunque, comunicare tempestivamente al contraente le variazioni peggiorative apportate alla classe di merito.

Come sopra esposto con riferimento alla “condivisione” della classe di merito nell'ambito dello stesso nucleo familiare, è agevole supporre che i maggiori costi sopportati dalle imprese in relazione ai sinistri non determinanti variazione della classe di merito saranno ripartiti sugli automobilisti “incolpevoli”.

Tanto è a dirsi per i sinistri risultati liquidati secondo un concorso di colpa, e che non vedono quindi un “responsabile principale”, nonché per quelli la cui responsabilità non è stata accertata in via definitiva, sia pure ove risultante in modo non equivoco⁴²².

⁴²¹ Cfr L. LOCATELLI, *op. ult. cit.*, p. 351.

⁴²² Un correttivo è stato tuttavia disposto nel Regolamento ISVAP n. 4 su cui *ultra*. Ai sensi dell'articolo 6, comma 2 infatti «Qualora la responsabilità sia da attribuirsi in pari misura a carico dei conducenti dei veicoli coinvolti, nessuno dei contratti relativi ai veicoli medesimi subirà l'applicazione del malus; tuttavia la corresponsabilità paritaria darà luogo ad annotazione del grado di responsabilità nell'attestato di rischio ai fini del peggioramento della classe di merito in caso di successivi sinistri in cui vi sia la responsabilità del conducente del veicolo assicurato. Ai fini dell'eventuale variazione di classe a seguito di più sinistri, la percentuale di responsabilità “cumulata” che può dar luogo all'applicazione del malus deve essere pari ad almeno il 51%. (...)». Ciò consente una non totale obliterazione dei sinistri con responsabilità paritaria.

Infine, l'art. 8 *bis* ha previsto il divieto nei rapporti assicurativi, così come in quelli bancari, di addebitare al cliente le spese relative alle comunicazioni allo stesso rivolte, con specifico riferimento a quelle concernenti la variazione della classe di merito.

3 - Il diritto di recesso dai contratti di assicurazione.

Mentre le sopra citate disposizioni, come è agevole intuire, mirano ad una diretta ed immediata tutela dell'assicurato nel rapporto con l'impresa, i successivi commi dell'articolo 5 del c.d. Bersani II mirano a promuovere l'effettiva concorrenza tra le imprese garantendo, da un lato, una più completa informazione del consumatore sull'offerta dei prodotti assicurativi e, dall'altro, consentendo allo stesso un'immediata adesione alle offerte ritenute più vantaggiose.

Un ulteriore ambito di intervento del legislatore ha infatti, al comma 4, riguardato la durata dei contratti di assicurazione come disciplinata dall'art. 1899, comma 1, secondo periodo, del codice civile, attribuendo al contraente un diritto di recesso, esercitabile senza oneri o spese.

L'originaria disciplina codicistica, che attribuiva ad entrambe le parti l'inderogabile diritto di recesso, con preavviso di sei mesi, nei soli casi di durata ultradecennale del contratto, mirava a contemperare l'interesse dell'assicurato alla definizione del vincolo contrattuale con quello, in capo all'assicuratore, alla corretta predeterminazione del rischio, sui cui influisce il fattore relativo alla durata.

La riforma si inserisce in una complessiva limitazione, sempre operata dalla legge 40/2007, dei vincoli pluriennali nei contratti di massa⁴²³ e muove da una visione complessivamente negativa dell'eccessivo prolungamento dei contratti tra imprese e consumatori sotto il profilo della limitazione della concorrenza⁴²⁴.

La norma esprime, in particolare, il disfavore, coerente alle scelte operate anche in altri ordinamenti europei⁴²⁵, per le frequenti clausole di durata nei contratti di assicurazione, che pure aveva dato luogo ad opinioni discordi circa la valutazione in termini di vessatorietà di tali previsioni⁴²⁶. Tale ultimo dubbio insorgeva in relazione al dato che la detta clausola, più che limitare la libertà delle parti nei rapporti contrattuali, individua in modo immediato l'oggetto del contratto⁴²⁷ e si fonda su una previsione legale (sia pure dispositiva⁴²⁸).

La norma è stata nuovamente modificata dall'art. 21 della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*».

Il secondo periodo del primo comma dell'art. 1899 del codice civile dispone ora che «*L'assicuratore, in alternativa ad una copertura di durata annuale, può proporre una copertura di durata poliennale a fronte di una riduzione del premio rispetto a quello previsto per la stessa copertura dal contratto annuale. In questo caso, se il contratto supera i cinque anni, l'assicurato, trascorso il quinquennio, ha facoltà di recedere dal contratto con preavviso di*

⁴²³ N. BRUTTI, *Durata del contratto e recesso unilaterale tra tutela dei consumatori e "liberalizzazioni"*, in *I contratti*, 2008, p. 515.

⁴²⁴ N. BRUTTI, *op. cit.*, p. 509.

⁴²⁵ N. BRUTTI, *op. ult. cit.*, p. 513.

⁴²⁶ N. BRUTTI, *op. ult. cit.*, p. 515.

⁴²⁷ E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 68.

⁴²⁸ E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. 52.

sessanta giorni e con effetto dalla fine dell'annualità nel corso della quale la facoltà di recesso è stata esercitata».

La nuova formulazione dell'articolo è stata frutto di un compromesso tra le istanze che, nell'ambito di un più generale dibattito sulla disciplina del mercato assicurativo, miravano ad un ridimensionamento delle principali misure di promozione della concorrenza (monomandato e diritto di recesso) introdotte nella legislatura precedente, e quelle che, invece, ritenevano opportuno non intaccare il quadro normativo in precedenza configurato.

Rispetto alla previgente disposizione, la modificazione sostanziale riguarda i contratti di durata superiore a un anno e inferiore ai cinque: per essi, infatti, è stata ammessa la stipulazione di contratti di durata poliennale ma privi del diritto di recesso. Ne dovrebbe derivare, quindi, che, a dispetto della lettera della norma, la riduzione "incentivante" del premio opererebbe solo per i contratti di durata almeno pari a sei anni⁴²⁹.

Il risultato raggiunto, tuttavia, sotto il profilo della formulazione della norma, non appare impeccabile.

Al di là della collocazione di una previsione diretta a disciplinare lo svolgimento dell'attività assicurativa nel codice civile, anziché nel codice delle assicurazioni, non è del tutto chiara l'interferenza dell'obbligo di riduzione del premio per il contratto poliennale rispetto alla facoltà di offerta di tali prodotti, e sulla conseguente validità dei contratti.

La soluzione più agevolmente ipotizzabile sarebbe la nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* del contratto stipulato in carenza dei presupposti di legge, con sostituzione legale delle clausole che escludono il recesso in quanto espressivi della fattispecie tipica. Tuttavia, in questo modo si riproporrebbe la configurabilità, come detto

⁴²⁹ P. MARANO, *La concorrenza tra intermediari assicurativi: prospettive di regolazione europea e interventi di liberalizzazione nazionale*, in P. MARANO - M. SIRI, *op. cit.*, p. 259.

tendenzialmente esclusa dalla giurisprudenza di legittimità, di una nullità derivante da un comportamento dell'impresa (la mancata offerta di un contratto con premio ridotto) e non da caratteristiche intrinseche dell'atto contrattuale.

Si è osservato⁴³⁰, poi, che, a prescindere dalla discutibile alternanza di interventi normativi, ciò che appare criticabile è proprio la previsione della possibilità di una «*compravendita del diritto di recesso dell'assicurato*», incompatibile con il carattere pro - competitivo dell'istituto.

Terzo elemento di discussione è, poi, quello della quantificazione della riduzione rilevante ai fini della proponibilità di polizze poliennali. Un'interpretazione della norma non formale, ma finalizzata a garantire l'effettività del precetto, comporterebbe l'attribuzione all'autorità giudiziaria di un controllo sullo sconto praticato, evidentemente invasivo rispetto alle scelte imprenditoriali. Inoltre, tale valutazione appare difficilmente conciliabile con la sopra descritta libertà di sconti tariffari: se il premio è ormai non solo quello prefissato dall'impresa ma quello determinato anche dagli sconti operati dall'intermediario, sorge il dubbio che anche tale riduzione debba essere computato nella valutazione.

Da ultimo, la mancata (probabilmente involontaria) ripetizione della preclusione di apporre oneri al diritto di recesso dell'assicurato, sembrerebbe consentire all'impresa l'offerta di coperture pluriennali con sconto sulla tariffa, ma che prevedano penali nel caso in cui il contratto sia disdetto, dopo il quinquennio, dall'assicurato⁴³¹.

⁴³⁰ P. MARANO, *op. cit.*, p. 259.

⁴³¹In data 15 giugno 2010 l'ISVAP ha pubblicato sul proprio sito dei *Chiarimenti applicativi in tema di polizze poliennali*, specificando che «*Sulla base di tale previsione, si ritiene che il contraente possa esercitare il recesso a partire dal quinto anno, posto che la norma individua espressamente il periodo di durata del contratto che giustifica l'esercizio del recesso, disponendo che "se il contratto supera i cinque anni."*, il contraente può recedere con un termine di preavviso di 60 giorni e sempre che sia "trascorso il quinquennio" (...) Inoltre, considerato che la produzione degli effetti del contratto è subordinata al pagamento del premio e che tale pagamento avviene anticipatamente, se il contratto ha una durata pari o superiore a cinque anni è sufficiente che siano state pagate cinque annualità di premio affinché il contratto, avendo prodotto i suoi effetti per un quinquennio, possa

4 - Il preventivatore r.c. auto.

Aggiungendo all'art. 136 del codice delle assicurazioni private un comma 3 bis («Il Ministero dello sviluppo economico utilizza il sistema tariffario completo in tutte le sue estensioni organizzato dall'ISVAP, sulla base dei dati forniti dalle imprese di assicurazione, per realizzare un servizio informativo, anche tramite il proprio sito internet, che consente al consumatore di comparare le tariffe applicate dalle diverse imprese di assicurazione relativamente al proprio profilo individuale») il comma 3 dell'articolo 5 ha previsto la realizzazione di un sistema di preventivazione informatizzato.

essere disdettato. Il recesso, come previsto dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 1889 c.c., produrrà i suoi effetti "...dalla fine dell'annualità nel corso della quale tale facoltà di recesso è stata esercitata." Al contrario, ammettere l'esercizio del recesso a partire dal sesto anno non si ritiene rispondente alle finalità della norma in quanto trasformerebbe la condizione di esercizio della facoltà di recesso introdotta dal legislatore (il decorso del quinquennio) in un dies a quo per l'esercizio del recesso medesimo, con l'inevitabile conseguenza di vincolare il contraente per un periodo superiore (sei anni) rispetto a quello di cinque anni ritenuto congruo dal legislatore».

Con riferimento alle polizze poliennali «di durata inferiore ai cinque anni si ritiene che il contraente possa recedere dal contratto solo alla scadenza finale stabilita nella polizza. Infatti, come già osservato al punto 1, l'art. 1899 c.c., nel caso in cui il contratto superi i cinque anni consente il recesso esclusivamente trascorso il quinquennio. Ne consegue che, laddove la durata della polizza sia inferiore a tale termine, il contraente non potrà avvalersi della facoltà di recesso ed il contratto produrrà i suoi effetti fino alla naturale scadenza pattuita. In tal modo si realizza una differenziazione, conforme alla precetto normativo, tra la posizione del contraente di una polizza annuale e quella del contraente di una polizza poliennale infraquinquennale, posto che sarebbe ingiustificato il riconoscimento della riduzione di premio prevista dal legislatore quale contropartita per la maggiore durata del contratto, laddove le due tipologie contrattuali avessero lo stesso regime normativo sotto il profilo dell'esercizio del recesso. A ciò aggiungasi che il riconoscimento della possibilità di recedere annualmente dal contratto per le polizze poliennali di durata inferiore a cinque anni determinerebbe un ingiustificato aggravamento della posizione degli assicurati che hanno stipulato un contratto di durata pari o superiore a cinque anni ai quali è consentito recedere dal contratto solo dopo il primo quinquennio».

Infine, quanto alla tematica della riduzione del premio «si ritiene che la previsione dello sconto sia strettamente connessa alla poliennalità del contratto in quanto finalizzata a compensare il contraente che decide di stipulare un contratto di durata prolungata che potrebbe rivelarsi in futuro non più necessario o eccessivamente oneroso per l'assicurato. L'applicazione dello sconto per espresso dettato normativo prescinde invece dalla facoltà di recesso in quanto la riduzione di premio spetta anche nell'ipotesi di contratto di durata superiore all'anno ma inferiore al quinquennio per il quale il recesso non è consentito. Ne consegue che non si ritengono conformi alla suddetta previsione meccanismi attraverso i quali le imprese, che hanno applicato la riduzione di premio all'atto della stipulazione del contratto pluriennale, possano in caso di recesso chiedere all'assicurato la restituzione della parte di sconto relativa agli anni in cui il contratto non ha più prodotto i suoi effetti rispetto alla durata inizialmente pattuita. Del resto in assenza di una espresso riferimento normativo la facoltà di recesso non può essere subordinata ad una ulteriore condizione quale quella della restituzione di parte dello sconto».

Anche tale innovazione trae spunto da un intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁴³² che, nel valutare possibili ulteriori modifiche al Codice delle assicurazioni dopo la prima legge "Bersani", aveva sottolineato la necessità di consentire agli assicurandi una piena comparabilità dei costi tariffari senza però che, allo stesso tempo, per evitare le *supra* riferite problematiche di "scambi di informazioni", fossero accessibili i dati relativi alle specifiche politiche commerciali delle imprese.

La soluzione è stata quella di consentire, tramite un *database* informatico, la comparazione del solo risultato finale corrispondente ai dati immessi dall'utente, selezionati tra quelli "standardizzati" in quanto universalmente comparabili.

Al di là della perplessità su un sistema che, di fatto, incarica lo Stato della funzione di informativa dei prezzi, la principale lacuna di tale progetto è la potenziale discrepanza tra l'esito del preventivo in base ai dati suscettibili di essere introdotti da parte dell'interessato e la tariffa risultante in forza anche di altre forme di personalizzazione, soprattutto considerando la possibilità di sconti riconosciuta agli intermediari, che potrebbero alterare in modo consistente l'effettiva veridicità di tali dati.

Inoltre, la comparabilità del premio postula una sostanziale medesimezza del prodotto laddove, come noto, la propensione per l'una o l'altra polizza ben può essere determinata dalle differenti caratteristiche del contratto proposto.

⁴³² AS 352 - Decreto legislativo del 30 giugno 2006, correttivo ed integrativo del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, recante "Codice delle assicurazioni private" ai sensi dell'art. 4 della legge 29 luglio 2003, n. 229, reperibile sul sito www.agcm.it

5 - L'attuazione regolamentare del Codice.

Anche le previsioni regolamentari dell'ISVAP attuative del Codice delle assicurazioni compongono il plesso normativo da esaminare ai fini della valutazione dello stato della disciplina concorrenziale nel mercato assicurativo.

Nell'impossibilità di fornire un resoconto completo dell'intera attività di "codificazione regolamentare" promanante dall'ISVAP nell'ultimo quadriennio, deve essere dato conto soprattutto (oltre che del Regolamento 5/06, di disciplina dell'intermediazione assicurativa, che sarà esaminato nel successivo capitolo) di quelli che presentino una connessione con le misure di promozione della concorrenza, perché attuative delle relative previsioni di legge ovvero perché determinino essi stessi misure di liberalizzazione.

Con il Regolamento ISVAP n. 4 del 9 agosto 2006 è stato disciplinato l'esercizio dell'attività assicurativa nel ramo r.c. auto, ed in particolare interessa in questa sede la materia dell'attestato del rischio.

Il Regolamento (art. 2) prevede in particolare che *«Le imprese trasmettono ai contraenti una comunicazione scritta almeno trenta giorni prima della scadenza annuale del contratto anche in assenza di clausola contrattuale che preveda la proroga tacita»*.

La comunicazione dell'attestato di rischio finisce, quindi, per assumere non solo un ruolo informativo, ma anche di promozione della concorrenza⁴³³.

Tale impostazione ha consentito di affrontare anche il diverso problema delle clausole di rinnovo tacito, sollevato a più riprese dall'ISVAP⁴³⁴, sulla falsariga della soluzione, propria dell'ordinamento francese, di un'unica comunicazione finalizzata al diritto di recesso ed alla preclusione del rinnovo tacito⁴³⁵ prevista

⁴³³ L. LOCATELLI, *op. ult. cit.*, p. 355.

⁴³⁴ Si veda il comunicato stampa ISVAP del 23 luglio 2007.

nella c.d. *Loi Chatel* (legge emanata il 3 gennaio 2008 «*pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*»).

Per vero, la soluzione emergente dal complesso delle disposizioni legislative e regolamentari appare condivisibile in quanto una preclusione assoluta al rinnovo tacito finirebbe per ignorare il ruolo svolto da tale istituto, in realtà finalizzato a garantire il “periodo di tolleranza” di quindici giorni sulla copertura previsto dal Codice.

Ulteriori interventi hanno riguardato il *supra* esposto fenomeno delle polizze *linked*, intervenendo in modo particolarmente energico sull'autonomia delle imprese nell'elaborazione dei relativi prodotti.

In passato, l'ISVAP aveva prodotto un copioso numero di circolari (oggi trasfuse nel Regolamento 32/2009, su cui *ultra*) sulle polizze c.d. indicizzate, soprattutto al fine di fornire ai contraenti una corretta informazione sulle prospettive di rendimento dei titoli in questione e, nello stesso tempo, limitare il rischio di investimento (Circolare n. 71 del 26 marzo 1987, *Assicurazioni individuali sulla vita a prestazione rivalutabile collegate a gestioni interne separate*; Circolare n. 191 del 17 dicembre 1992, *Id.*; Circolare n. 210 del 17 dicembre 1993, *Informativa e pubblicità nei contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione a prestazione rivalutabile collegati a gestioni interne separate*; Circolare n. 294 del 4 febbraio 1997, *Nuovi criteri di redazione dei prospetti esemplificativi contenuti nelle note informative relative a polizze di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione rivalutabili*; Circolare n. 506/D del 10 giugno 2003, *Polizze di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione rivalutabili: tasso di inflazione esemplificativo da utilizzare nelle note informative*; Circolare n. 332/D del 25 maggio 1998, *Contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione con prestazioni direttamente collegate a fondi di investimento o ad indici azionari o altri valori di riferimento*; Circolare del 15 febbraio 2007, *Tasso di*

⁴³⁵ N. BRUTTI, *op. ult. cit.*, p. 515

inflazione e tasso di rendimento medio lordo dei titoli di Stato relativi all'anno 2006 da inserire nelle note informative dei contratti a prestazione rivalutabile; variazioni percentuali dei tassi di cambio e tassi d'interesse da inserire nelle note informative dei contratti a prestazione rivalutabile espressi in valuta; provvedimento n. 2530 del 3 luglio 2007, contenente disposizioni in materia di investimenti a copertura delle riserve tecniche e di attivi sottostanti i contratti unit linked).

Il Regolamento ISVAP 29 del 16 marzo 2009, diretto alla classificazione dei rischi, prevede ora all'art. 6, comma 2, che tali contratti «sono caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte dell'impresa a liquidare, per il caso di sopravvivenza, per il caso di morte o per entrambi, prestazioni assicurate il cui valore, o quello dei corrispondenti premi, sia dipendente dalla valutazione del rischio demografico».

Il Regolamento 32 dell'11 giugno 2009 ne disciplina, per contro, gli indici di riferimento ammissibili.

Evidentemente, la *ratio* dell'intervento può essere agevolmente individuata nella particolare esigenza di tutela del contraente nell'ipotesi in cui l'impresa di assicurazione, tradizionalmente considerata quale controparte cui rivolgersi per conseguire l'eliminazione di rischi, offra al contrario prodotti che presentano un elevato grado di alea anche a carico dell'interessato, non suscettibili però di essere percepiti come tali⁴³⁶.

Sempre il Regolamento 29 ha limitato l'operatività per le imprese assicurative nelle garanzie fideiussorie a “prima richiesta”,⁴³⁷ condizionandone l'ammissibilità

⁴³⁶ Si vedano di recente in giurisprudenza [Foro Italiano, 2010, I, c. 1626 con nota di F. BECHI - A. PALMIERI, *Polizze «index linked» e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*] le pronunzie del Tribunale di Milano (sentenza 12 febbraio 2010 ed ordinanza 21 dicembre 2009) che hanno, rispettivamente, ritenuto nulle le clausole di polizza *index linked* che pongano a carico dell'assicurato il rischio dell'inadempimento o dell'insolvenza dell'emittente i titoli collegati, (comminando nei confronti dell'impresa il risarcimento del relativo danno patrimoniale e non patrimoniale) e ritenuto lesiva degli interessi collettivi dei consumatori la condotta dell'impresa offerente detti titoli che neghi ai sottoscrittori la restituzione del capitale.

⁴³⁷ Sulle polizze fideiussorie si veda da ultimo Cass. SSUU, sentenza 18 febbraio 2010, n. 3497, in

al requisito che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell'impresa nei confronti del contraente debitore (tale previsione rischia, ancora, di svantaggiare le imprese di assicurazione rispetto agli altri operatori finanziari, ma rappresenta tuttavia un'apertura rispetto alla previgente disciplina⁴³⁸).

E' evidente che l'atto regolamentare da ultimo citato mira a restringere i rischi assumibili da parte delle imprese di assicurazione a quelli tipicamente assicurativi, limitando il processo di evoluzione delle attività di tali imprese verso una natura latamente finanziaria.

Più "tormentata" risulta essere stata la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, da emanarsi in base agli artt. 182, comma 7, 185 commi 3 e 4, 191, comma 1, lettere a) e b) del Codice, di fondamentale importanza ai fini di del complessivo assetto normativo in ordine alla trasparenza ed alla tutela del "contraente debole"⁴³⁹, e la cui tardiva emanazione pertanto risultava essere ancora più grave⁴⁴⁰.

Dopo una "seconda consultazione" del relativo schema regolamentare, pubblicata il 2 luglio 2009, che ha eliminato tra le novità la possibilità per le imprese di rivolgere interpello sulla nota informativa, secondo quanto previsto

Foro italiano, I, 2799 che, definitivamente superandone l'ascrizione all'assicurazione o alla fideiussione, ne ha riconosciuto la causa in una funzione di garanzia autonoma.

⁴³⁸ La circolare del 24 ottobre 1991, n. 162, con previsione ancora più restrittiva, ne limitava l'operatività ai soli casi di garanzia "accessoria".

⁴³⁹ P. CORRIAS, *In tema di prodotti finanziari delle imprese di assicurazione e di trasparenza nel settore assicurativo alla luce dei regolamenti di attuazione dell'ISVAP*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 999.

⁴⁴⁰ R. LIMONCIELLO, *Lo schema di regolamento Isvap concernente la disciplina degli obblighi di informazione, dell'interpello e della pubblicità dei prodotti assicurativi: luci e ombre*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 323.

dall'art. 186 del c.a.p., la divulgazione del testo definitivo è avvenuta il 26 maggio 2010 (sui dettagli cfr *ultra*).

A sopperire a talune delle riferite lacune, introducendo una attenta tutela degli assicurati per lo meno sotto alcuni profili, aveva nelle more provveduto il Regolamento n. 34 del 19 marzo 2010, che ha disciplinato la distribuzione di prodotti assicurativi tramite le tecniche di comunicazione a distanza.

In ossequio al rispetto dell'obbligo a contrarre, l'art. 5 ha fissato il principio di non discriminazione tra i contraenti: *«Nella promozione e nel collocamento di contratti di assicurazione a distanza non è consentito l'utilizzo di procedure che impediscono a determinate categorie di contraenti di contattare l'impresa o, nel caso di contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, di sottoscrivere il contratto a distanza»*.

L'art. 6 prevede, invece, l'obbligo del consenso *espreso* per la costituzione del vincolo negoziale: *«Non è consentito alle imprese di collocare contratti di assicurazione a distanza senza il preventivo consenso espresso del contraente. L'assenza di risposta o il mancato dissenso non possono essere considerati espressione del consenso del contraente»*; il comma 2 specifica al riguardo che *«Non è considerata manifestazione di consenso la mancata eliminazione da parte del contraente della copertura assicurativa inserita automaticamente in accessorio ad un contratto di diversa natura stipulato mediante tecniche di comunicazione a distanza»*.

Significativa è altresì la definizione di tecnica di comunicazione (qualificata *ex art. 2*, lettera o, come *«qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea dell'impresa e del contraente, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti»*).

In tale ambito, può trovare limitato spazio anche l'operatività di soggetti non iscritti che, seppure coinvolti nel processo di costituzione del vincolo negoziale, devono essere tenuti nettamente distinti dai veri e propri intermediari⁴⁴¹.

Infatti, in tali fattispecie l'operatore si limita a trasmettere la volontà negoziale delle parti senza poter intervenire nella formazione del contratto, secondo una modalità simile alla conclusione via *internet*. Ne deriva che il loro ruolo, secondo le categorie tradizionali, è più che altro inquadrabile nella figura del *nuncius*.

Il Regolamento n. 35 del 26 maggio 2010 ha infine disciplinato la trasparenza e gli obblighi di comportamento delle imprese.

Le imprese sono tenute alla redazione di un fascicolo informativo in cui utilizzino espressioni chiare e sintetiche affinché il contraente sia in grado di comprendere il contenuto del contratto che si appresta a sottoscrivere, con le relative prestazioni o coperture assicurative offerte, le garanzie e gli eventuali rischi finanziari a suo carico; adottano caratteri di stampa e accorgimenti grafico-tipografici e redazionali tali da rendere agevole la lettura; illustrano con caratteri grafici di particolare evidenza le clausole che prevedono rischi, oneri e obblighi a carico del contraente.

Le imprese sono tenute, altresì, alla redazione di una nota informativa che contenga le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, necessarie affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire ad un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali.

La pubblicità dei prodotti assicurativi (artt. 39-42) deve essere effettuata secondo i principi di chiarezza, correttezza e conformità rispetto al contenuto del fascicolo informativo cui i prodotti si riferiscono. Il messaggio pubblicitario deve essere strutturato in modo da non indurre in errore circa le caratteristiche, la natura, le garanzie ed i rischi del prodotto offerto. Devono essere utilizzate forme espressive e caratteri chiari, ben visibili e leggibili. Il messaggio

⁴⁴¹ Tra cui l'art. 7 ha disciplinato l'utilizzo dei c.d. *call center* ai fini della sottoscrizione di contratti di assicurazione. Il loro utilizzo è consentito solo a condizione che essi siano dipendenti dell'impresa o che essa assuma la piena responsabilità dell'operato di tali soggetti.

pubblicitario deve essere immediatamente riconoscibile e ben distinguibile rispetto ad ogni altra forma di comunicazione ed indicare con chiarezza ed evidenza la denominazione dell'impresa di assicurazione e le caratteristiche del relativo prodotto, nonché riportare l'avvertenza sulla lettura del fascicolo informativo.

Nel caso di contratto concluso tramite tecniche di comunicazione a distanza, le imprese dovranno adempiere agli obblighi relativi alla trasmissione al contraente di comunicazione in corso di contratto anche utilizzando tecniche di comunicazione a distanza, a condizione che le comunicazioni siano acquisibili su supporto durevole e che il contraente abbia reso preventiva ed espressa accettazione di tali modalità (art. 21).

Con riferimento alla pubblicità dei rendimenti dei prodotti assicurativi vita, il messaggio pubblicitario dei rendimenti deve specificare il periodo di riferimento utilizzato per il calcolo del rendimento pubblicizzato, rappresentandolo al netto degli oneri gravanti, ed indicare eventuali variabili incidenti sul rendimento riconosciuto. Se l'impresa intende pubblicizzare il rendimento massimo riconosciuto, il messaggio deve essere integrato dall'informazione del tasso di rendimento minimo attribuito.

Il messaggio pubblicitario deve riportare l'avvertenza sulla non indicatività dei rendimenti passati in ordine a quelli futuri, e ove riporti i risultati di statistiche, di studi o di elaborazioni di dati, o comunque vi faccia riferimento, deve indicare le fonti.

Specifiche discipline sono dettate per le operazioni di capitalizzazione e per le polizze *unit linked* e *index linked* (cfr *supra*), laddove gli obblighi informativi sono ovviamente graduati in considerazione dell'interferenza del potere regolamentare di un'altra autorità, differenziandosi il regime del prodotto (art. 12) in relazione

al dato che esso sia stato emesso in epoca anteriore o successiva al Regolamento 32/09.

L'elencazione di tali cautele indica il particolare grado di tutela riconosciuto all'investitore in prodotti assicurativi, ormai in nulla minore rispetto a quella concessa all'acquirente di prodotti finanziari speculativi.

Sempre con riferimento all'influenza della regolamentazione secondaria dell'ISVAP sulle politiche di liberalizzazione, deve essere menzionata la disciplina dei prodotti assicurativi collegati ai mutui immobiliari o agli altri prodotti bancari.

In disparte la problematica concernente il corretto inquadramento di tali operazioni nel quadro dell'attività assicurativa⁴⁴², occorre premettere che il biennio 2006-2007 è stato interessato da una intensa disciplina di settore di promozione della concorrenza anche nell'ambito bancario, sempre sulla scia dell'impostazione finalizzata ad incentivare la concorrenza tramite un'esaltazione del potere contrattuale di recesso del consumatore.

Il fenomeno normativo ha, in particolare, interessato il campo dei mutui immobiliari, in cui il legislatore ha ritenuto di intervenire considerando la

⁴⁴² In relazione a cui deve essere menzionata la disposizione del citato Regolamento n. 29 di cui agli articoli 4, comma 2, che prevede che «(...) non sono rilasciabili dall'impresa di assicurazione coperture a fronte di obbligazioni di dare derivanti da disposizioni contrattuali, quando il rischio sottostante ha natura esclusivamente finanziaria, ossia è riferito a prodotti finanziari o a depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari ovvero ad operazioni di finanziamento o di provvista di mezzi finanziari, non relative all'acquisto di beni o servizi al consumo», 10, secondo cui «L'assicurazione sulla vita dell'assicurato/debitore prestata in funzione dell'erogazione di prestiti o mutui rimborsabili mediante cessione di quote dello stipendio o della pensione, quando abbinata alle garanzie danni che allo stesso fine coprono il rischio di impiego di cui all'articolo 14, comma 2, è classificata nel ramo vita I»; e 12, che dispone che «sono classificate

nel ramo 15. Cauzione le coperture relative ad obbligazioni inerenti a contratti di mutuo per l'acquisto di immobili rilasciate nei limiti del venticinque per cento dell'importo complessivo del mutuo erogato e assistite da diritti di garanzia reale a favore del creditore/beneficiario. In tali contratti, qualsiasi pagamento effettuato dal debitore a titolo di rimborso del capitale ricevuto è imputato, in primo luogo, all'importo garantito dalla polizza cauzione e la garanzia assicurativa si estingue quando il debitore ha rimborsato, in quota capitale, il venticinque per cento del finanziamento ricevuto».

particolare delicatezza delle problematiche concorrenziali ove le rendite di posizione influiscano sull'acquisto di un bene di spiccata rilevanza sociale, come la casa.

L'art. 10 della legge 248 del 2006 ha dapprima sancito che «*In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura*».

Tuttavia, in considerazione della dubbia classificabilità del mutuo all'interno dei rapporti di durata⁴⁴³, la legge 40/2007 ha poi all'art. 7 comminato *expressis verbis* la nullità dei patti di preclusione all'estinzione anticipata del mutuo, mentre il successivo articolo 8 ha predisposto un complesso meccanismo finalizzato alla surrogazione nei contratti di mutuo o di apertura di credito, dettando all'uopo una specifica disciplina con riguardo alle iscrizioni ipotecarie (art. 8, commi da 8 *octies* a 8 *undecies*).

Devono essere menzionate, inoltre, data la contiguità della materia, ma non approfondite, stante la loro estraneità al problema specifico, le successive disposizioni in tema di rinegoziazione dei mutui ai sensi dell'art. 3 del decreto legge 93 del 2008 convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 126, nonché quelle (sempre attinenti alla rinegoziazione, all'offerta di mutui, alle iscrizioni ipotecarie ed all'accollo, da parte dello Stato, di parte del debito) di cui al decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2, oggi rifluite nel decreto legislativo 3 agosto 2010, n. 141 su cui si avrà modo di effettuare ulteriori riferimenti.

La problematica si inserisce nel citato processo di despecializzazione degli operatori finanziari, sotto aspetto diverso (e, per certi versi, eguale e contrario) a quello evidenziato: il rapporto tra banche e assicurazioni può infatti essere diretto a coadiuvare l'attività bancaria che si espleta non solo nell'ambito della

⁴⁴³ Sulla questione cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1995, p. 709.

raccolta del risparmio tra il pubblico, ma anche sotto il profilo dell'esercizio del credito, pure costituente componente della attività bancaria (art. 10, d. lgs 1 settembre 1993, n. 385, *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*).

Infatti, deve essere rimarcato che l'erogazione del credito costituisce una attività idonea a produrre un rischio per l'impresa bancaria, *sub specie* di insolvenza del beneficiario dell'erogazione: di qui l'utilità di un rapporto contrattuale⁴⁴⁴ intercorrente tra l'impresa bancaria e quella assicurativa, come nell'ipotesi dell'assicurazione della persona fisica beneficiaria dell'erogazione⁴⁴⁵ o della stessa perdita eventualmente conseguente al credito⁴⁴⁶.

Nell'ipotesi in cui il mutuo immobiliare fosse assistito da una polizza di assicurazione, si è posto - soprattutto nella prassi operativa - il problema della sopravvivenza del rapporto assicurativo all'estinzione del mutuo immobiliare.

Risolto agevolmente, ovviamente in senso positivo, tale problema, si è pertanto ritenuto necessario analizzare la compatibilità di tale meccanismo con il complesso normativo illustrato che, al di là dei dettagli, può essere sinteticamente descritto come determinante il trasferimento delle garanzie in favore del nuovo mutuante, ovvero la caducazione delle clausole negoziali dirette a frapporre ostacoli all'esercizio di tale diritto.

Non potendo l'assicurazione essere inclusa né nell'una né nell'altra categoria concettuale, non sembrerebbe ipotizzabile altra soluzione se non l'applicazione integrale delle norme civilistiche proprie del recesso dal contratto di assicurazione, vale a dire, per quanto riguarda i rami danni, l'art. 1899 c.c., le cui vicende si sono illustrate; per i contratti del "ramo vita", invece, il Codice Civile

⁴⁴⁴ Sul punto BANCA D'ITALIA - ISVAP, *Il trasferimento del rischio di credito tra il settore bancario e il settore assicurativo. L'esperienza italiana*, Roma, giugno 2004.

⁴⁴⁵ G. CASTELLANO - R. COSTI, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁴⁶ G. CASTELLANO - R. COSTI, *op. ult. cit.*, p. 262.

prevede, all'art. 1925 la possibilità di riscatto della polizza, che consente, ma solo nelle ipotesi in cui la prestazione dell'assicuratore sia certa nell'*an* (polizze miste o caso morte a vita intera) l'immediata acquisizione della capitalizzazione dei premi versati. E' altresì dubbia la sussistenza di un vero e proprio collegamento negoziale⁴⁴⁷ (con conseguente applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*) tra il mutuo e la copertura assicurativa, avendo quest'ultima causa autonoma e distinta dal prestito, e non costituendo parte della medesima operazione economica, ma elemento consequenziale ed accessorio alla stessa.

Il tema era stato affrontato nelle "Considerazioni conclusive" del Presidente dell'ISVAP formulate nella Relazione del 2007⁴⁴⁸, in cui era stata sollecitata la definizione di misure di *soft law* dettate dagli operatori bancari ed assicurativi. In seguito, sempre quale forma di *moral suasion*, la stessa Autorità aveva avviato una indagine sulle coperture assicurative abbinata ai mutui e prestiti (lettera al mercato del 23 luglio 2008⁴⁴⁹).

Successivamente, la federazione ABI - ANIA emanato delle linee guida, ovviamente prive di valore cogente *erga omnes*, finalizzate a disciplinare in modo più garantista per i clienti la fattispecie⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18884, in *I Contratti*, 2008, p. 1093, reputa trovarsi di fronte a fattispecie di collegamento negoziale quando «le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, tramite una pluralità coordinata di contratti».

⁴⁴⁸ <http://www.isvap.it/isvap/impreses.jsp/PageRelazioniList.jsp>.

⁴⁴⁹ In http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F21749/LetteraCircolareMutui.pdf.

⁴⁵⁰ («Nel caso in cui il contratto di mutuo o di finanziamento venga estinto anticipatamente rispetto all'iniziale durata contrattuale ed esso sia assistito da una copertura assicurativa collocata dal soggetto mutuante ed il cui premio sia stato pagato anticipatamente in soluzione unica, lo stesso soggetto mutuante propone le seguenti opzioni al cliente: 1. la copertura assicurativa continua per la durata ed alle condizioni originariamente pattuite ed il mutuatario indica il nuovo beneficiario o intestatario del vincolo di beneficio. L'impresa di assicurazione esegue le istruzioni a tal fine impartite dal mutuatario per il tramite del soggetto mutuante ed emette la documentazione necessaria; 2. l'estinzione del contratto assicurativo accessorio al contratto principale di mutuo o di finanziamento. In tale ipotesi il soggetto mutuante restituisce al cliente – sia nel caso in cui il pagamento del premio sia stato

Il testo di pubblica consultazione del Regolamento sui comportamenti delle imprese, oltre a prevedere (art. 30, comma 7) che il modulo di adesione alla copertura assicurativa riportasse l'indicazione del costo a carico degli assicurati con evidenza della quota parte dei costi percepita in media dagli intermediari, aveva confermato (art. 49) che nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, le imprese dovessero restituire la parte di premio relativo al periodo residuo, ovvero forniscano la copertura assicurativa fino alla scadenza contrattuale a favore del nuovo beneficiario designato. Il meccanismo non sembrava ripercorrere quello della surrogazione personale “negli altri casi previsti dalla legge” (art. 1203 c.c., comma 5) quanto imporre (in coerenza con le finalità cui è diretto l'atto regolamentare) un

anticipato dal mutuante sia nel caso in cui sia stato effettuato direttamente dal cliente nei confronti dell'assicuratore – la parte di premio pagato relativo al periodo residuo per il quale il rischio è cessato. Tale parte è calcolata, per la componente relativa alla copertura assicurativa, in funzione degli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo, e per la componente residua relativa ai costi in proporzione agli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura. Il soggetto mutuante fornisce al cliente il conteggio dell'importo rimborsato (...). In caso di portabilità di un mutuo o di un finanziamento assistito da copertura assicurativa collocata dal soggetto mutuante originario ed il cui premio sia stato pagato anticipatamente in soluzione unica, il soggetto mutuante che subentra nel rapporto propone le seguenti opzioni al cliente: 1. la copertura assicurativa continua per la durata ed alle condizioni originariamente pattuite con variazione del beneficiario o del vincolo di beneficio (dal soggetto mutuante originario a quello subentrante). L'impresa di assicurazione esegue le istruzioni a tal fine impartite dal mutuatario per il tramite del soggetto mutuante subentrato nel rapporto ed emette la documentazione necessaria; 2. l'estinzione del contratto assicurativo accessorio al contratto principale di mutuo o di finanziamento. In tale ipotesi il soggetto mutuante originario restituisce al cliente – sia nel caso in cui il pagamento del premio sia stato anticipato dal mutuante sia nel caso in cui sia stato effettuato direttamente del cliente nei confronti dell'assicuratore – la parte di premio pagato relativo al periodo residuo per il quale il rischio è cessato. Tale parte è calcolata, per la componente relativa alla copertura assicurativa, in funzione degli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo, e per la componente residua relativa ai costi in proporzione agli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura. Il soggetto mutuante fornisce al cliente il conteggio dell'importo rimborsato. Nel caso in cui il mutuo sia rinegoziato ai sensi della normativa in oggetto e tale mutuo sia assistito da copertura assicurativa collocata dal soggetto mutuante, la copertura assicurativa continua alle condizioni originariamente pattuite. Al termine di scadenza originaria del contratto di mutuo o al momento della rinegoziazione dello stesso, la copertura assicurativa può essere integrata per gli anni di rimborso del debito residuo relativo al conto di finanziamento accessorio mediante un nuovo contratto stipulato anche con altra impresa di assicurazione tramite la modifica del contratto già in corso con l'impresa di assicurazione originaria alle nuove condizioni da concordare tra le parti(...). Per i nuovi contratti assicurativi accessori a mutui e altri contratti di finanziamento, stipulati anche a seguito dell'esercizio del diritto alla portabilità o della rinegoziazione del mutuo ex art. 3 d.l. n. 93/2008, al cliente viene data informativa sull'entità dei costi a suo carico, con indicazione della quota parte percepita dal mutuante collocatore»).

determinato obbligo di correttezza in capo alle imprese, che rimanevano pertanto libere di scegliere il meccanismo tecnico - contrattuale ritenuto più idoneo a contemperare le opposte esigenze.

Nella versione definitivamente emanata l'art. 4, commi 7 e 8, ha previsto che *«Per le polizze connesse a mutui e ad altri contratti di finanziamento, la convenzione deve inoltre prevedere che, prima dell'adesione alla copertura assicurativa, venga consegnato al debitore/assicurato il Fascicolo informativo e che il modulo di adesione alla copertura assicurativa indichi l'ammontare dei costi effettivamente sostenuti dal debitore/assicurato con l'evidenza dell'importo percepito dall'intermediario. Qualora l'adesione non avvenga mediante la sottoscrizione di un modulo di adesione, la convenzione prevede l'obbligo di consegna al debitore/assicurato del Fascicolo informativo e di un documento illustrativo dei costi di cui al periodo precedente. Qualora i contratti collettivi di cui al comma 7 prevedano un'assicurazione accessoria ad un prodotto o servizio e l'importo dei premi complessivamente dovuti per la copertura, indipendentemente dalle modalità di rateazione, non sia superiore a 100 euro, in luogo della documentazione prevista al comma 7, l'impresa di assicurazione predispone un documento che riporta la denominazione dell'impresa, l'oggetto della copertura assicurativa, le modalità per acquisire sia le condizioni di assicurazione che le informazioni sulla procedura di liquidazione della prestazione assicurata. L'impresa inserisce nella convenzione stipulata con il contraente l'obbligo di consegna agli assicurati da parte di quest'ultimo del citato documento in occasione dell'acquisto del prodotto o del servizio».*

Per le ulteriori soluzioni apprestate dal Regolamento n. 35 in ordine alla disciplina delle polizze abbinate a mutui cfr *ultra*.

Capitolo VIII

Profili civilistici dell'intermediazione finanziaria e assicurativa.

SOMMARIO: 1) *I contratti di intermediazione nel Codice Civile;* 2) *L'attività di intermediazione nel settore finanziario ed assicurativo;* 3) *La disciplina dell'intermediazione assicurativa nel Codice delle assicurazioni;* 4) *L'intermediazione assicurativa nelle misure di promozione della concorrenza;* 5) *L'intermediazione assicurativa nella regolamentazione secondaria.*

1 - I contratti di intermediazione nel codice civile.

Nel libro IV del codice civile, dedicato alla definizione dei tipi legali di contratto⁴⁵¹, le figure negoziali riconducibili all'attività, *lato sensu*, di mediazione nei rapporti giuridici sono collocate nel titolo III, negli articoli che vanno dal 1703 al 1765, e ricomprendono tre capi dedicati, rispettivamente, al mandato (con le sue sottocategorie costituite dalla commissione e della spedizione), all'agenzia ed alla mediazione.

Il sistema delineato dal codice pare difettare, tuttavia, di una riflessione specifica sui contratti destinati a favorire lo svolgimento dell'attività giuridica, nonché di una disciplina unitaria ed organica.

Non si ritiene estranea a questa, tutto sommato, scarsa attenzione apprestata a tale tipologia di attività (anche il dato numerico indica che gli articoli dedicati a tali figure sono per vero inferiori a quelli concernenti la sola locazione) la natura

⁴⁵¹ Sulla configurazione legale di una serie di "tipi" come espressione di cause astratte del contratto, su cui le parti debbono concordare al fine di consentire l'applicazione delle norme espressamente dettate dal legislatore per quel determinato tipo legale cfr A. CATAUDELLA, *I contratti - parte generale*, III ed., Torino, 2009, p. 174 nonché F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1994, p. 763 e C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 447.

dei rapporti economici maggioritari all'epoca dell'emanazione del codice civile, rispetto all'era contemporanea basati su una più limitata rilevanza degli scambi commerciali rispetto all'autoproduzione di beni e servizi e, soprattutto, avendo all'epoca l'attività negoziale attinenza a beni "materiali", agevolmente individuabili e reperibili nonché di non difficoltosa intelligibilità.

Tale riflessione può essere corroborata anche dal mero dato "topografico", che denota l'assenza di una specifica categorizzazione. Infatti, tra le figure citate, il mandato comprende la fattispecie tipicamente gestoria del mandato senza rappresentanza e, per altro verso, tale figura contrattuale, pur nella sua forma rappresentativa, pare diretto più a consentire la semplice produzione di effetti giuridici che a favorire l'attività diretta alla conclusione di tali atti.

Un'altra ragione di tale incompletezza è dettata dall'influenza, per la compiuta definizione dell'insieme dei contratti di intermediazione, di una serie eterogenea di leggi speciali che disciplinano in modo estremamente pervasivo contratti non disciplinati dal codice civile⁴⁵².

L'incompletezza delle classificazioni codicistiche pare confermata anche dalla trattatistica specializzata, che non è unanime nella classificazione degli stessi contratti relativi all'intermediazione finanziaria⁴⁵³.

⁴⁵² Si fa riferimento alla legge 20 marzo 1913, n. 272, in materia di mediazione sui contratti di borsa; alla legge 29 maggio 1967, n. 402, relativa alla professione degli agenti di cambio; alla legge 12 marzo 1968, n. 478, sulla professione di mediatore marittimo; alla legge 2 gennaio 1991, n. 1, di disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare; alla legge 3 febbraio 1989, n. 39, sull'esercizio della professione di mediatore; alla legge 7 marzo 1996, n. 108, che ha, tra l'altro, istituito la professione di mediatore creditizio; nonché, ovviamente, alla legge 28 novembre 1984, n. 792, concernente i *brokers* di assicurazione.

Esula dalla disciplina dell'attività mediatizia, nonostante la (impropria) definizione legislativa, il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in materia di "mediazione finalizzata alla conciliazione" delle controversie civili e commerciali.

⁴⁵³ In E. GABRIELLI - R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, *op. cit.*, le figure di intermediazione nel settore finanziario sono inserite nell'ambito dei contratti di "negoziato, mediazione e collocamento" (tra cui anche il *brokeraggio*); in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* diretto da F. GALGANO (Torino, 1995) nell'ambito dei "contratti per la

Non può, tuttavia, negarsi, pur all'interno di tale frastagliato sistema, la centralità di una figura in qualche modo problematica, quella della mediazione, che, in forza della collocazione ricevuta, già pare porsi quale fattispecie "di chiusura".

In particolare è la natura contrattuale, o meno, della mediazione quale prevista dal codice civile vigente, ad essere fortemente dibattuta in giurisprudenza ed in dottrina.

La prima non pare avere assunto una posizione univoca, in quanto le relative pronunzie di legittimità sono sostanzialmente contraddittorie.

Per un verso, infatti, se ne afferma recisamente la natura non contrattuale⁴⁵⁴, mentre poi, laddove la soluzione a tale quesito assuma rilievo al fine della soluzione di specifiche problematiche, quali la necessità della conoscibilità per le parti dell'opera del mediatore⁴⁵⁵, ovvero il rispetto della forma scritta per l'attività prestata in favore di enti pubblici⁴⁵⁶, la soluzione offerta al quesito pregiudiziale non è ritenuta vincolante. Altre pronunzie invece propendono decisamente per la contrattualità⁴⁵⁷.

promozione di prodotti" sono ricompresi i contratti di sponsorizzazione, agenzia pubblicitaria, agenzia, mediazione, concessione di vendita e *franchising*; in O. CAGNASSO - G. COTTINO, *Contratti commerciali*, II ed., vol. IX del *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2009, tra i "contratti di intermediazione nella circolazione dei beni e nella collocazione dei servizi" sono fatti rientrare agenzia, mediazione, commissione e spedizione (con l'esclusione quindi del mandato); in F. GALGANO - G. VISINTINI, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, vol. XL del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia a cura di F. GALGANO*, Padova, 2006, l'attenzione è incentrata sui "contratti fra intermediario e investitore".

⁴⁵⁴ Cass., sez. III, 07 aprile 2005, n. 7251, in *Mass. Foro it.*, 2005, *Mediazione*, n. 28; Cass., sez. III, 24 ottobre 2003, n. 16009, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 455; Cass. civ., 25 ottobre 1991, n. 11384, in *Mass. Foro it.*, 1991, *Mediazione*, n. 13.

⁴⁵⁵ Cass., sez. III, 15 marzo 2007, n. 6004, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 85.

⁴⁵⁶ Cass. civ., 25 ottobre 1991, n. 11384 *cit. Contra* invece Cass., 25 ottobre 1991 n. 11384, in *Cons. Stato*, 1992, II, p. 288.

⁴⁵⁷ Cass. civ., 4 marzo 1983, n. 1626, in *Mass. Foro it.*, 1983, *Mediazione*, n. 9; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2009, n. 18514, in *Mass. Foro it.* 2009, *Contratti pubblici*, n. 442.

E' poi ricorrente anche nelle più recenti pronunzie l'orientamento favorevole ad ammettere una tipologia "atipica" di mediazione, ravvisabile laddove l'elemento mediatizio sia fondato su un contratto a prestazioni corrispettive, che potrebbe fondarsi anche nell'interesse di una sola delle parti ⁴⁵⁸.

Nebulosi appaiono i rapporti di quest'ultima figura con altra fattispecie elaborata dalla giurisprudenza, vale a dire quella del c.d. procacciatore d'affari.

L'elemento distintivo dalla mediazione consisterebbe nel fatto che, mentre il mediatore è un soggetto imparziale, il procacciatore sarebbe una figura atipica che agisce su incarico di una delle parti⁴⁵⁹. E' però evidente che, se si ammette la configurabilità di una mediazione atipica, il rapporto di procacciamento dovrebbe essere ritenuto coincidente con tale ultima figura.

Al fine di differenziare le due categorie concettuali, la giurisprudenza sottolinea quindi, in altre ipotesi, che l'incarico al procacciatore proviene da una delle parti interessate alla conclusione dell'affare e che solo da questa il procacciatore può pretendere il compenso; si tratterebbe, in sostanza, di un rapporto assimilabile e disciplinabile in via analogica dalle norme sull'agenzia, da cui però differirebbe in quanto, a differenza dell'agente, il procacciatore non sarebbe legato al preponente da un rapporto stabile ed organico⁴⁶⁰.

Anche la dottrina è fortemente divisa. In una delle più autorevoli e tradizionali monografie sull'argomento⁴⁶¹ il carattere negoziale dell'attività del mediatore è

⁴⁵⁸ Cass., sez. III, 11 giugno 2008, n. 15484, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 1568; Cass., sez. III, 22 aprile 2009, n. 9547, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 2637; Cass., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382, in *I contratti*, 2009, p. 1085 e in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 816 con nota di G. CHIARINI.

⁴⁵⁹ Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27729, in *Giustizia civile*, 2006, I, p. 1194; Cass., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4422, in *Mass. Foro It.*, , 2008, *Mediazione*, n. 21.

⁴⁶⁰ Cass., sez. II civile, 06 aprile 2000, n. 4327, in *Foro italiano*, 2001, I, c. 607 con nota di M. CAPUTI.

⁴⁶¹ L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, *passim*.

recisamente negato. Da altri autori⁴⁶², ferma restando la compatibilità dell'istituto con lo schema negoziale, è stata poi in modo più tenue argomentata la non necessaria contrattualità, in considerazione della libertà del mediatore di consentire la conclusione dell'affare, ferma restando la consapevolezza e volontarietà delle parti di servirsi dell'opera di quest'ultimo ⁴⁶³, secondo un'impostazione confermata da altra dottrina ⁴⁶⁴, che evidenzia tra l'altro la non necessaria esistenza di un previo incarico delle parti interessate.

Al riguardo, pur nell'estrema oscurità del dato normativo, evidenziato anche dalla riferita incertezza dottrinarie e giurisprudenziale, non sembra possibile rifuggire da una concreta analisi testuale del sistema codicistico da cui traspare la non contrattualità della mediazione.

Innanzitutto, non appare insensato osservare che, ove il codice avesse voluto conferire espressamente alla mediazione una necessaria natura contrattuale, avrebbe probabilmente definito e disciplinato un "contratto di mediazione".

Il dato semantico, seppure insufficiente, appare poi confermato dalla considerazione che, laddove il sistema normativo ha inteso far assumere rilevanza *ad colorandum* ad elementi maggiormente specializzanti, lo ha fatto creando specifiche figure contrattuali che esaltano i tratti più professionali del mediatore. Si fa riferimento, in particolare, alle citate leggi speciali, che hanno conferito particolare rilevanza a determinati elementi dell'attività di mediazione, in considerazione dell'importanza dei settori in cui tali soggetti operano.

⁴⁶² A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, II ed., Milano, 2006, pp. 25 ss.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁶⁴ O. CAGNASSO - G. COTTINO, *op. cit.*, p. 340 ss.

Da ultimo, deve osservarsi che anche sotto il profilo strutturale il codice pare far discendere la remunerazione da un dato meramente fattuale (la conclusione del contratto) senza prevedere un legame sinallagmatico tra la stessa e l'attività eventualmente *inutiliter* prestata dal mediatore.

2 - L'attività di intermediazione nel settore finanziario ed assicurativo.

Si è già visto come, per ragioni di carattere storico, la disciplina dell'attività finanziaria sia nel nostro ordinamento incentrata sul ruolo delle banche. Ed in effetti le norme del t.u.b. riservano alle stesse l'esercizio dell'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di esercizio del credito, abilitandole inoltre ad «*ogni altra attività finanziaria*»⁴⁶⁵.

La normativa secondaria di settore ha poi regolamentato la disciplina dei rapporti degli intermediari bancari e finanziari con altri soggetti operanti in tale comparto⁴⁶⁶.

Di conseguenza, lo stesso t.u.f., nel definire gli operatori finanziari, adotta un'impostazione "in negativo", in quanto all'art. 1, comma 1, lett. e) definisce la

⁴⁶⁵ La norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 12 del t.u.b. che, eliminando la specializzazione temporale delle imprese nella raccolta temporale, ha recepito il modello della "banca universale" (G. CASTALDI, *op. cit.*, p. 70).

⁴⁶⁶ Istruzioni di Vigilanza per le banche, Titolo III - Capitolo 2 - Sezione III, n. 2.1. «*Le banche possono effettuare fuori sede attività di promozione dei propri prodotti e servizi bancari e finanziari, nonché dei prodotti di terzi nei confronti dei quali svolgono un servizio di intermediazione, utilizzando, oltre ai canali pubblicitari, i propri dipendenti e promotori finanziari, nonché altre banche o SIM e le rispettive reti di promotori finanziari, imprese ed enti di assicurazione e i rispettivi agenti assicurativi. (...) Le banche possono collocare prodotti e servizi (...) anche mediante imprese ed enti di assicurazione*»; Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell'«Elenco Speciale»: «*Gli intermediari finanziari possono avvalersi, nel rispetto della specifica disciplina prevista per le singole categorie di soggetti, di agenti in attività finanziarie, mediatori creditizi, promotori finanziari, banche, SIM, altri intermediari finanziari, imprese ed enti di assicurazione e rispettivi agenti assicurativi, nonché di esercizi convenzionati*».

SIM come impresa autorizzata a svolgere servizi o attività di investimento, diversa dalle banche e dagli intermediari finanziari.

Nel settore prettamente finanziario, poi, in forza delle definizioni fornite dall'art. 1 del t.u.f., nell'ambito della categoria dei "soggetti abilitati" *ex* art. 1, comma 1, lett. e), tra cui rientrano anche [(lettera m) gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR)], abilitati alla gestione collettiva del risparmio, nonché le banche e gli intermediari finanziari disciplinati dal t.u.b., è possibile enucleare la categoria delle "imprese di investimento", comprensivo delle SIM e delle imprese di investimento estere.

La necessità di realizzare economie di scala ha portato ad una generalizzazione dell'operatività universale delle reti distributive⁴⁶⁷.

Un regime specifico è dettato per l'esercizio delle attività di mera consulenza finanziaria che, in base al novellato art. 18 *bis* del t.u.f., può essere realizzato anche da soggetti iscritti in uno specifico albo⁴⁶⁸.

Per l'offerta fuori sede (art. 31) i soggetti abilitati si devono poi avvalere di promotori finanziari, in regime di monomandato.

Sempre in ambito bancario, l'art. 1, comma 2, lett. g) del t.u.b. prevede lo speciale elenco degli "intermediari finanziari" prima disciplinato dagli artt. 106 e 107, soggetti cui era riservato l'esercizio, nei confronti del pubblico, delle attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi.

L'art. 16 della legge 7 marzo 1996, n. 108, ha poi riservato ai mediatori creditizi la mediazione e la consulenza nella concessione di finanziamenti con norma che

⁴⁶⁷ Con riferimento all'operatività di promotori finanziari per la promozione di contratti assicurativi (F. PARRELLA, in S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI, *op. ult. cit.*, p. 37) si fa riferimento alla nota del Ministero dell'Industria 15 giugno 1993, n. 921820 e all'art. 36 del Regolamento CONSOB 11522/1998.

⁴⁶⁸ V. SANGIOVANNI, *Aspetti contrattuali della nuova consulenza finanziaria*, in *I contratti*, 2010, p. 175.

(comma 8) è dichiarata inapplicabile alle banche, agli intermediari finanziari, ai promotori finanziari ed alle imprese di assicurazione, *a contrario* evidentemente ritenute abilitate a tali attività.

L'art. 3 del decreto legislativo 25 settembre 1999, n. 374 ha, da ultimo, riservato a soggetti iscritti nello speciale albo l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'agenzia in attività finanziaria.

Deve essere precisato che il riferito quadro normativo è destinato a mutare a seguito delle riforme incidenti sul t.u.b. in esecuzione della delega di cui alla legge 7 luglio 2009, n. 88, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2008.

In particolare, il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, ha attuato il recepimento della direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori, che all'art. 3, lett. f) definisce in modo unitario la categoria degli «*intermediari del credito*»⁴⁶⁹.

Il nuovo art. 106 del t.u.b., inoltre, disciplina ora un'unica categoria di intermediari finanziari, legittimati ad esercitare le attività loro riservate da cui sono state espunte quelle attinenti all'assunzione di partecipazioni azionarie o all'intermediazione in cambi.

Nel settore assicurativo, si avrà modo di illustrare come l'attività di intermediazione (nella cui nozione non rientra la mera consulenza) possa essere esercitata *ex lege* dalle banche, dagli intermediari finanziari, dalle SIM e dalla società Poste Italiane - Bancoposta.

Nel settore previdenziale, infine, il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 configura un sistema ibrido, in quanto i fondi pensione operano, a ben vedere,

⁴⁶⁹ Tra cui rientra la «*persona fisica o giuridica che non agisce come creditore e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso (...): i) presenta o propone contratti di credito ai consumatori; ii) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui al punto i); oppure: iii) conclude contratti di credito con i consumatori in nome e per conto del creditore*».

come enti che istituiscono ma non gestiscono direttamente il risparmio raccolto tra il pubblico.

Emerge, quindi, innanzitutto, un problema terminologico. Infatti, il concetto di “intermediazione”, e di “intermediari”, è utilizzato per indicare in talune ipotesi la posizione delle imprese in relazione al ruolo svolto nella circolazione della ricchezza; in talaltre, invece, per evidenziare l'attività svolta da soggetti ausiliari delle stesse ai fini della sottoscrizione dei relativi contratti⁴⁷⁰.

Tale considerazione è corroborata dall'art. 11 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, recante disposizioni in materia di prevenzione del riciclaggio, che comprende infatti tra gli “intermediari finanziari”: a) le banche; b) Poste italiane S.p.A.; c) gli istituti di moneta elettronica; d) le società di intermediazione mobiliare (SIM); e) le società di gestione del risparmio (SGR); f) le società di investimento a capitale variabile (SICAV); g) le imprese di assicurazione; h) gli agenti di cambio; i) le società che svolgono il servizio di riscossione dei tributi; l) gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107 del t.u.b.; m) gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale previsto dall'articolo 106 del t.u.b.; n) le succursali italiane degli intermediari; o) la società Cassa depositi e prestiti s.p.a.; nonché a) le società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966; b) i soggetti iscritti nell'elenco generale previste dall'articolo 155, comma 4, del t.u.b.; i soggetti nell'elenco generale previste dall'articolo 155, comma 5, del t.u.b.

Una *summa* della ricognizione effettuata consente di evidenziare che in campo finanziario ben maggiore è l'attenzione dedicata dal legislatore all'attività di intermediazione: e ciò in relazione alla natura particolarmente complessa dei prodotti, che rende necessaria la presenza di un “diaframma” tra l'offerta della

⁴⁷⁰ In particolare, le Sezioni Unite, nella sentenza 26724 *cit.*, hanno definito il contratto di intermediazione finanziaria, assimilabile al mandato, come il contratto normativo (o “quadro”) che, nell'intermediazione mobiliare, disciplina i futuri rapporti tra intermediario e risparmiatore.

ricchezza e il risparmiatore-investitore al fine di consentirne non solo la materiale commercializzazione ma anche la divulgazione delle principali caratteristiche.

Con tutta evidenza, quindi, il ruolo dei soggetti che svolgono attività di intermediazione finanziaria nel senso più ampio è sostanzialmente sovrapponibile, in quanto a prescindere dalla circostanza che taluni siano sottoposti anche ad una vigilanza “prudenziale”, è chiaro che, rivestendo essi la funzione di “filtro informativo”, su tutti gravano obblighi di trasparenza e correttezza che riguardano *in primis* la conclusione di contratti relativi all'erogazione del credito o alla raccolta del risparmio⁴⁷¹.

In particolare, in campo assicurativo si è sottolineato che la funzione dell'intermediario di assicurazioni, se adempie alla necessità di consentire la commercializzazione su vasta scala dei contratti, non si limita alla distribuzione del prodotto, ma comporta l'assunzione di una serie di responsabilità conseguenti alle attività dallo stesso espletate nel suo ruolo di anello di congiunzione tra l'impresa e l'assicurato⁴⁷².

L'attribuzione di specifici doveri di professionalità agli intermediari, inoltre, consente di tutelare gli assicurati e i contraenti anche in un momento successivo alla definizione del contenuto del prodotto assicurativo, incentrandola sul momento in cui, in concreto, ha luogo l'accesso dell'interessato alla prestazione fornita dall'impresa di assicurazione.

In ambito assicurativo, nell'ordinamento vigente prima del Codice e consolidatosi in forza delle leggi 7 febbraio 1979, n. 48 e 28 novembre 1984, n.

⁴⁷¹ Si veda, ad esempio, l'art. 183 del c.a.p., che definendo le regole di comportamento fa riferimento congiunto alle imprese ed agli intermediari.

⁴⁷² F. D'ANGELO, op. cit., p. 122 osserva che «L'attenzione all'intermediario deriva evidentemente dal fatto che nella gran parte dei casi il contatto con il cliente (...) e più in generale l'intera fase istruttoria, è affidata ad un soggetto distinto dall'impresa di assicurazione. (...). Ecco perché le regole di comportamento, pur non risparmiando le imprese, sono rivolte principalmente all'intermediario (...)».

792, la distribuzione di prodotti si è attuata soprattutto tramite il canale agenziale, di norma sulla base di rapporti di esclusiva, anche bilaterale, tra le imprese e gli intermediari.

L'agente si presentava, quindi, come diretta emanazione dell'impresa, tanto da renderlo assimilabile ad un proprio dipendente o collaboratore⁴⁷³. A conferma di tale considerazione si noti l'art. 1903 c.c.⁴⁷⁴, che, già all'epoca del codice civile, disciplinava nella insolita *sedes materiae* della disciplina del contratto i poteri degli agenti di assicurazione.

Solo nel 1984, sulla base di esperienze giuridiche mutate da altri ordinamenti, fu introdotta la figura del "mediatore di assicurazione" o *broker*.

Mentre gli agenti erano qualificati in relazione allo svolgimento di attività (art. 1, comma 5, lett. a)) «con l'onere di gestione a loro rischio e spese, su incarico di imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione ai sensi delle norme vigenti», per i mediatori elemento qualificante era l'«attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni».

Il recepimento della figura del *broker*, come è possibile arguire anche dal dato terminologico, che oscilla tra un improprio riferimento ad altro istituto tipico e la trasposizione di un vocabolo straniero, pose una serie di problemi di compatibilità con gli schemi negoziali tipici del nostro ordinamento.

Prima dell'entrata in vigore della legge 792 del 1984, in particolare, del tutto maggioritaria in dottrina e giurisprudenza era l'equiparazione del *broker* alla

⁴⁷³ R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, VI ed., Milano, 1997, p. 346.

⁴⁷⁴ «Gli agenti autorizzati a concludere contratti di assicurazione possono compiere gli atti concernenti le modificazioni e la risoluzione dei contratti medesimi, salvi i limiti contenuti nella procura che sia pubblicata nelle forme richieste dalla legge. Possono inoltre promuovere azioni ed essere convenuti in giudizio in nome dell'assicuratore, per le obbligazioni dipendenti dagli atti compiuti nell'esecuzione del loro mandato, davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui ha sede l'agenzia presso la quale è stato concluso il contratto».

categoria civilistica del mediatore⁴⁷⁵. Tuttavia, a ben vedere, se l'imparzialità del *broker* è un dato sicuramente qualificante in relazione ai rapporti dello stesso con la compagnia (la stessa lettera della legge faceva, infatti, riferimento a “*imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta*”) valutazione affatto diversa dovrebbe essere effettuata con riguardo ai rapporti intercorrenti con l'assicurato.

Ciò emerge da un'analisi della realtà contrattuale, che si svolge, di norma, su incarico del cliente e con provvigione a carico dello stesso, nonché dalla stessa definizione presente nella legge 792, che menzionava l'oggetto della attività come comprensivo della determinazione del contenuto del contratto e della collaborazione all'esecuzione e alla gestione del discendente rapporto⁴⁷⁶.

Ulteriore profilo vagliato, in passato, dalla giurisprudenza è quello relativo alla natura professionale o imprenditoriale dell'attività prestata dal *broker*, sollevandosi il quesito sulla riconducibilità di tale figura al contratto d'opera intellettuale ovvero all'appalto di servizi, con prevalenza, in genere, della seconda soluzione⁴⁷⁷.

Era, poi, dubbia la natura dei rapporti tra *broker* e imprese, con specifico riferimento all'ammissibilità di accordi (c.d. clausole *broker*) tra imprese e mediatori che avrebbero potenzialmente minato la posizione di indipendenza di

⁴⁷⁵ F. ROMEO, *Il broker di assicurazione*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private, op. cit.*, I, p. 443; A. BOGLIONE, *Il broker di assicurazione e riassicurazione in Italia e in Inghilterra. Funzioni e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2000, p. 23.

⁴⁷⁶ B. ARCIDIACONO, *Brokeraggio*, in V. CUFFARO (a cura di), *I contratti*, Milano, p. 181.

⁴⁷⁷ Per la natura di appalto di servizi da ultimo Cass., sez. III 6 maggio 2003, n. 6874, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006, 2, p. 277 con nota di M. BIANCHINI, *La qualificazione del contratto di brokeraggio assicurativo, tra professioni intellettuali e contrattazione di impresa*, e 7 febbraio 2005, n. 2416, in *Giustizia Civile*, 2006, I, p. 979 e, in dottrina E. PEDICINI, *Il broker di assicurazioni*, Milano, 1998, p. 114. Per la natura di contratto misto di prestazione d'opera e mediazione Trib. Torino, 26 gennaio 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 783.

questi ultimi, dubbi discendenti dalla previa sussunzione di tale figura nell'ambito della mediazione codicistica, argomentata proprio in base al dato terminologico. In generale, la giurisprudenza si era poi posta il problema, in assenza di una espressa disposizione legislativa, dell'ammissibilità di una responsabilità dell'impresa di assicurazione per gli atti illeciti posti in essere dagli intermediari in occasione dell'attività prestata.

Mentre si era giunti a conclusioni positive, sulla base dell'articolo 2049 del Codice civile, almeno per l'attività dell'agente, ancorché privo del potere di rappresentanza, che fosse stata agevolata o resa possibile dalle incombenze demandategli dall'impresa e su cui la medesima aveva la possibilità di esercitare poteri di direttiva e di vigilanza⁴⁷⁸, per il *broker* tale profilo era più discusso.

La migliore dottrina⁴⁷⁹, nel qualificare il contratto di *brokeraggio* come socialmente tipico, aveva ritenuto che il mediatore di assicurazioni non fosse né un mediatore né un professionista intellettuale, ma il prestatore di un'opera, attuata anche sotto forma di attività di impresa, svolta in favore dell'assicurato e da questi remunerata, anche se *de facto* la provvigione può essere erogata tramite un "caricamento" sul premio spettante all'impresa.

Ulteriore disputa ha poi avuto ad oggetto l'interpretazione del necessario requisito della professionalità: la giurisprudenza ha, al riguardo, precisato che tale elemento deve intendersi parametrato alla tipologia dell'attività gerita, con la conseguenza che anche un singolo episodio di mediazione potrà assumere rilievo ai fini dell'obbligo di iscrizione⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Cass., sez. III, 22 giugno 2007, n. 14578, in *Giustizia civile*, 2008, I, p. 1766, con nota di M. ROSSETTI, *La responsabilità dell'assicuratore per il fatto dell'intermediario assicurativo: un problema lontano dall'essere risolto* e Cass., sez. III, 5 marzo 2009, n. 5370, in *Giustizia civile*, 2009, p. 1517, con nota eiusdem, *Il problema della responsabilità assicurativa per fatto dell'intermediario: il punto*.

⁴⁷⁹ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1245.

Era, infine, discussa l'ammissibilità di figure atipiche di intermediari assicurativi, quali procacciatori, produttori o mediatori occasionali, problema per vero determinato dalla carenza di una disciplina organica del settore, che contemplava due categorie di operatori (i mediatori e gli agenti), ma individuava anche una serie di figure professionali (articolo 5, lettera c, numeri 2, 3, e 4 della legge agenti) che potevano far valere la qualifica soggettiva equivalente ai fini dell'iscrizione (con una specifica sezione dedicata, poi, ai subagenti) e, d'altro canto, teneva distinti i mediatori di assicurazione da quelli di riassicurazione.

Ovviamente tale dibattito era collegato, con esito problematico, alle sopra riportate questioni circa l'ammissibilità di figure contrattuali atipiche di intermediazione.

3 - La disciplina dell'intermediazione assicurativa nel Codice delle assicurazioni.

Nel codice delle assicurazioni la disciplina dell'attività dell'intermediazione assicurativa assume particolarmente rilevanza, tanto in relazione alla promozione della concorrenza nel settore quanto con riferimento alla tutela dell'assicurato.

⁴⁸⁰ Si veda sul punto TAR Lazio, sentenza del 21 aprile 2010, n. 7798, che ha ribadito che «l'aspetto qualificante tale requisito va verificato in concreto e prescinde dai caratteri di abitualità e sistematicità nello svolgimento di un'attività, dovendo piuttosto valutarsi in relazione alle concrete modalità ed al contenuto oggettivo e soggettivo dell'atto, potendo il carattere di professionalità ravvisarsi anche a fronte del compimento di un unico atto complesso o di molteplici attività (...) non costituisce ostacolo alla possibilità di ravvisare il requisito della professionalità e di - conseguentemente - configurare un'attività mediatizia, la circostanza che la stessa sia riferita ad un unico affare, essendo richiesta, anche in relazione ad un unico atto di riassicurazione, un'attività complessa di analisi e assistenza nella predisposizione del contenuto dell'accordo mediante il ricorso ad una apprezzabile organizzazione e ad un rilevante impegno professionale che l'attività, pur se riferita ad un singolo atto, comporta. L'occasionalità non è, difatti, indice di una situazione di difetto di professionalità dell'iniziativa, ma unicamente della unicità del risultato produttivo, ben potendo venire in rilievo vicende nelle quali la professionalità, anziché registrarsi in virtù della persistenza nel tempo di risultati produttivi omogenei e ripetuti, si manifesta nel compimento di un'attività complessa conducente ad un'unica operazione».

La particolare attenzione dedicata dal Codice all'intermediazione assicurativa attesta l'importanza di tale attività e consente anche una semplificazione delle varie tipologie di intermediari, che nel recente passato vedevano la presenza sul mercato di un cospicuo numero di soggetti non sottoposti a vigilanza.

In considerazione della detta rilevanza dell'intermediario del mercato, è agevole comprendere la ragione per cui, al fine di pervenire alla realizzazione di un mercato unico dell'assicurazione, il legislatore comunitario ha dedicato particolare attenzione alla tematica, tramite due interventi finalizzati all'omogeneizzazione del mercato dell'intermediazione assicurativa, dapprima con la direttiva 77/92/CE del 13 dicembre 1976, invero non particolarmente incisiva e di tenore dichiaratamente transitorio, in quanto destinata ad applicarsi sino all'entrata in vigore di un intervento di armonizzazione⁴⁸¹, successivamente in effetti attuato proprio con la direttiva 2002/92/CE del 9 dicembre 2002, finalizzata e pervenire ad un maggiore avvicinamento delle legislazioni nazionali⁴⁸² e recepita nel nostro ordinamento cogliendo l'occasione rappresentata dalla codificazione del settore.

In sede di direttiva si era, in ogni caso, ritenuto di dettare una nozione estremamente ampia di intermediazione, lasciando ai singoli Stati la facoltà di disciplinare singole e specifiche figure di intermediari⁴⁸³.

⁴⁸¹ G. VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, in *Assicurazioni*, 2003, I, p. 315.

⁴⁸² Si veda sul recepimento della direttiva nell'ordinamento spagnolo L. A. F. MANZANO e R. LÓPEZ GONZÁLES, *La nuova legge spagnola sull'intermediazione assicurativa e riassicurativa*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 95.

⁴⁸³ G. VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, op. ult. cit., p. 318, osserva come la nozione accolta nella direttiva («*de attività consistenti nel presentare o proporre contratti di assicurazione, o compiere altri atti preparatori o relativi alla conclusione i tali contratti, ovvero nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed esecuzione. Sono escluse le attività esercitate dalle imprese di assicurazione nonché dagli impiegati di un'impresa di assicurazione che agiscono sotto la responsabilità di tale impresa. Sono altresì escluse le attività di informazione fornite a titolo accessorio nel contesto di un'altra attività professionale, sempre che l'obiettivo di questa attività non sia quello di assistere il cliente nella*

L'art. 106, comma 1, del Codice definisce, di conseguenza, l'attività di intermediazione come quella consistente «*nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati*».

Sotto il profilo definitorio si deve sottolineare che, a differenza del regime previgente, le categorie al cui interno sono ripartiti gli intermediari costituiscono, oggi, un *numerus clausus*⁴⁸⁴. Anche sotto tale profilo, perciò, si segnala la forte semplificazione del quadro preesistente.

Inoltre, la particolare importanza attribuita al ruolo dell'intermediario giustifica, ai sensi degli articoli 305, comma 2, e 308, comma 2, l'estensione anche all'intermediazione delle valutazioni di illiceità relativamente alle fattispecie di attività abusiva e di abuso di denominazione.

Il successivo articolo 109, comma 2, distingue gli intermediari assicurativi in cinque categorie, alla cui appartenenza è consequenziale l'iscrizione in una specifica sezione del registro: a) gli agenti di assicurazione; b) i mediatori di assicurazione o di riassicurazione (*brokers*); c) i produttori diretti; d) le banche, gli intermediari finanziari, le SIM e la società Poste Italiane (Bancoposta⁴⁸⁵); e) i

conclusione o nell'esecuzione di un contratto di assicurazione o la gestione di sinistri per un'impresa di assicurazione su base professionale o le attività di liquidazione sinistri e di consulenza in materia di sinistri», rispetto alla formulazione originariamente proposta dalla Commissione («*le attività consistenti nel fornire informazioni sui contratti di assicurazione, nel presentare o concludere tali contratti e nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed esecuzione*»), riformulata a seguito del parere del Comitato economico e sociale del 30 maggio 2001 del 30 maggio 2001, conferma la “dilatazione” della nozione dell'attività al di là dei confini in precedenza dettati dal riferimento delle figure tipiche di intermediari.

⁴⁸⁴ Sulla base della comunicazione dell'ISVAP *Risposte alle domande frequenti del mercato*, (http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F24595/FAQ%20%20intermediazione%20assicurativa%208%20APRILE%202010.pdf) sarebbero esclusi dall'obbligo di iscrizione sia il *procacciatore* che il mero *consulente*.

⁴⁸⁵ Con riferimento a Poste italiane s.p.a. - divisione Bancoposta, suscita perplessità sotto il profilo concorrenziale l'ennesima, espressa, abilitazione *ex lege* di tale soggetto, che, oltretutto,

collaboratori dei soggetti sopra indicati che collaborino all'attività di intermediazione al di fuori della sede dell'intermediario.

La definizione dei ruoli dei singoli intermediari contempera l'esigenza di armonizzare la disciplina dell'intermediazione alla direttiva comunitaria e, nello stesso tempo, di tenere ferma, a tutela del consumatore, la distinzione tra soggetti operanti in nome e per conto dell'impresa e soggetti operanti in forma indipendente. In quest'ottica, pur in presenza di un'unica ed onnicomprensiva definizione di attività intermediaria, è stata prevista, all'interno del medesimo registro, la distinzione in cinque distinte sezioni⁴⁸⁶.

Ciò al fine di privilegiare la consapevolezza dell'assicurato circa il legame sussistente tra l'impresa e l'intermediario con cui entrano in contatto⁴⁸⁷. Proprio in considerazione di tale esigenza, nonché della precedente disciplina dei vari intermediari, deve valutarsi la previsione, di cui al comma 2, circa il divieto di iscrizione in più di una sezione del registro⁴⁸⁸.

Si tratta di opzione non imposta, ma neppure esclusa, dalla formazione comunitaria che, come detto, ha accolto la prospettiva di una armonizzazione

società partecipata dallo Stato e monopolista del servizio postale universale, usufruisce di una serie di privilegi legali, anche in considerazione del dato che Bancoposta svolge altresì attività bancaria ed è divisione di impresa di assicurazione, derogandosi quindi sia al principio di separazione tra intermediario e impresa, che all'esclusività dell'oggetto sociale delle imprese di assicurazione.

⁴⁸⁶ Per una critica all'opzione effettuata dal legislatore si veda P. MARANO, *Il mercato unico della intermediazione assicurativa: aspirazioni europee ed illusioni nazionali*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2008, I, 175, nonché in *I prodotti finanziari, bancari ed assicurativi*, op. cit., pp. 137 ss. (soprattutto 150).

⁴⁸⁷ G. ARTALE, *Commento sub art. 109*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al codice delle assicurazioni private*, cit., p. 47.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

minimale, rimettendo al legislatore nazionale la scelta di disciplinare specifiche figure di intermediari⁴⁸⁹.

La delimitazione del ruolo e delle funzioni degli intermediari *sub a)* e *sub b)* ricalcano sostanzialmente le figure professionali contemplate nella legislazione previgente relativa all'agente di assicurazioni e al *broker*⁴⁹⁰.

I primi, infatti «*agiscono in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione*»; i secondi, invece, «*agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione*».

Tuttavia, con riferimento a tutti gli intermediari (ai sensi del comma 2 anche per i *broker* se tali attività sono espressamente previste dall'accordo sottoscritto con l'impresa) è, ora, applicabile il disposto dell'articolo 118, per cui il pagamento del premio eseguito in buona fede all'intermediario o si considera effettuato direttamente all'impresa di assicurazione.

Più intenso è il rapporto dell'impresa con i produttori diretti: pertanto, in forza dell'art. 119, comma 1, l'impresa di assicurazione per conto della quale agiscono risponde *in solido* dei danni arrecati dall'operato dei medesimi, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

⁴⁸⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, op. cit., p. 317.

⁴⁹⁰ Per l'osservazione secondo cui la riconduzione del *broker* nell'ambito di una delle categorie di intermediari sopra citati, con il rispetto dei relativi obblighi di comportamento dettati dal codice, (qualificabili come prestazioni di risultato) finisce per corroborare la natura di impresa dell'attività dallo stesso svolta P. MARANO, *op. cit.*, p. 157. Correttamente M. ROSSETTI, in *Il broker, la mediazione, il nuovo codice delle assicurazioni*, cit., p. 212, osserva che appare, invece, irrilevante l'omessa menzione della necessaria "professionalità" dell'attività di intermediazione. Con la precisazione che, eliminato l'obbligo di cui all'art. 5 della legge 792 del 1984, la sussistenza di tale requisito appare confermata (per tutti gli intermediari) dall'art. 108, comma 4 (che preclude l'esercizio dell'attività di intermediario agli enti pubblici, agli enti o società da essi controllati ed ai pubblici dipendenti con rapporto lavorativo a tempo pieno ovvero a tempo parziale, quando superi la metà dell'orario lavorativo a tempo pieno) nonché dai requisiti di idoneità previsti dall'articolo 110, comma 2 (rilevanti anche per le società, in quanto ai fini dell'iscrizione le stesse devono avere affidato l'attività di intermediazione a soggetto che presenti i medesimi requisiti previsti per gli intermediari persone fisiche).

Gli intermediari *sub d*) sono, invece, definiti sulla base di un dato strutturale ed intrinseco (l'appartenenza ad una delle categorie di operatori economici indicate) e non in forza del rapporto intercorrente con l'impresa. Possono essere distribuiti tramite tali intermediari esclusivamente i prodotti assicurativi ai quali accedano garanzie o clausole predeterminate che vengano rimesse alla libera scelta dell'assicurato e non siano modificabili dal soggetto incaricato della distribuzione⁴⁹¹.

4 - L'intermediazione assicurativa nelle misure di promozione della concorrenza.

Il già menzionato decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 ha, all'articolo 8, comma 1, precluso alle compagnie assicurative e ai loro agenti di vendita di stipulare nuove clausole contrattuali di distribuzione esclusiva, introducendo così il divieto del c.d. monomandato nel solo ramo relativo all'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore (limite successivamente esteso dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 a tutti i rami danni) e ha previsto l'obbligo per gli intermediari di informare l'assicurato sulle provvigioni loro riconosciute dalle imprese preponenti.

La differenziazione tra le categorie di intermediari formulata dal Codice non è stata, formalmente, elisa da tali interventi.

Tuttavia, si deve considerare che già la nuova disciplina del codice sembrava avere arricchito i contenuti dell'attività prestata dagli stessi mediatori di assicurazione, cui è ormai precluso solo il conferimento del potere di rappresentanza e l'incarico intermediativo da parte di un'impresa, mentre forme

⁴⁹¹ Si tratta di disposizione tratta dal provvedimento della Banca d'Italia, pubblicato nella g.u. del 2 febbraio 1999, e dalla circolare ISVAP 241 del 29 marzo 1995, oggi contenuta anche nelle *Istruzioni di vigilanza per le banche* cit.

diverse di collaborazione tra imprese e mediatori non sarebbero del tutto precluse in forza del diverso tenore della disposizione. Tali conclusioni appaiono, indubbiamente, rafforzate dall'attrazione dell'attività del *broker* nell'ambito dell'intermediazione assicurativa, definita come sopra, nonché dall'espressa specificazione dell'operatività degli stessi «*su incarico del cliente*».

L'attività in plurimandato, e l'ipotizzabile obbligo di *best advice* da parte degli agenti in favore del cliente, renderebbero di difficile distinzione la figura dell'agente da quella del *broker*, considerando che anche sul primo finirebbero per gravare quelle prestazioni tipiche del mediatore.

L'unica differenziazione è ormai determinata dalla possibilità, per le figure agenziali, di un potere di spendita del nome da parte dell'intermediario, che però per essi assume rilievo del tutto eventuale.

Passando all'esame del testo del decreto, con specifico riguardo al mercato assicurativo, l'art. 8, rubricato come «*Clausole anticoncorrenziali in tema di responsabilità civile auto*», ha, al comma 1, comminato il divieto per le imprese di assicurazione di stipulare clausole contrattuali di distribuzione esclusiva; nonché di imposizione di prezzi minimi o di sconti massimi per l'offerta di contratti relativi all'assicurazione obbligatoria r.c. auto.

I commi 2 e 3 dell'articolo comminano la nullità delle clausole descritte secondo quanto previsto dall'art. 1418 del codice civile, prevedendo, quale misura intertemporale, il graduale adeguamento di quelle già sottoscritte.

In sede di conversione del decreto legge è stato, altresì, introdotto un comma 3 *bis*, recante la previsione secondo cui «*l'intermediario rilascia preventiva informazione al consumatore sulle provvigioni riconosciutegli dall'impresa o, distintamente, dalle imprese per conto di cui opera*» impropriamente rivolta alla totalità degli intermediari, che si risolve nell'obbligo di informare il contraente sull'ammontare delle provvigioni riconosciute dalle imprese.

Se le misure descritte sono, in astratto, finalizzate ad incentivare l'offerta di prodotti assicurativi, nel merito le previsioni in questione sono state fortemente criticate⁴⁹².

Come premessa metodologica, l'operato del legislatore non sembra inserirsi correttamente nel tessuto normativo disegnato dal Codice delle assicurazioni che, come esposto, ha ritenuto, pure in presenza di una progressiva attenuazione dei profili differenziali tra *broker* e agente, di mantenere intatta la differenziazione tra le due figure. Tanto è vero tale assunto, quanto confermato dalla considerazione che a tale problematica lo stesso legislatore in sede di decreto ha ritenuto poi di ovviare con la "posticcia" soluzione dell'informativa sulle provvigioni percepite. Meglio, allora, nella medesima ottica avrebbe operato il legislatore, abolendo radicalmente la differenziazione tra le varie tipologie di intermediari assicurativi, in modo da consentire lo svolgimento di attività indipendente anche agli intermediari già operanti per conto delle imprese. Del resto, il paventato pregiudizio alla trasparenza appare infondato se si considera che la mancanza dell'incarico intermediativo è fatto ovviamente del tutto conosciuto, o agevolmente conoscibile, all'assicurato.

Per vero la maggiore severità dell'intervento di riforma si rivela in realtà apparente, se si considera che l'instaurazione di rapporti contrattuali tra imprese ed intermediari *sub A* è, ovviamente, rimessa all'iniziativa delle parti. Pertanto, non sarà agevole raggiungere le finalità auspiccate ove l'instaurazione di rapporti in via esclusiva non avvenga in forza di una espressa determinazione contrattuale ma in virtù della fattuale mancata assunzione di incarichi.

Tale inconveniente, si ripete, poteva essere agevolmente risolto abolendo la distinzione tra mediatori ed agenti: in questo caso, infatti, dei nuovi incarichi

⁴⁹² Per una panoramica delle critiche formulate già in epoca precedente alla conversione del disegno di legge si veda l'*Audizione del Presidente dell'ANIA*, dott. Fabio Cerchiai, presso la V e VI Commissione del Senato, A.S. n. 741 dell'11 luglio 2006.

agenziali avrebbero beneficiato soggetti che già operano per una pluralità di imprese. Gli effetti della prime applicazioni della norma, che vedono una scarsa diffusione delle agenzie in plurimandato, e per di più a seguito della formazione di consorzi da parte degli agenti già operanti, sembrerebbero confermare tale impressione.

E' da notare, in secondo luogo, che anche la stessa formulazione della norma non appare del tutto esente da critiche. Al di là dell'impropria terminologia («*compagnie*» assicurative e «*loro agenti di vendita -sic-*»), se si parte dal presupposto della maggiore “debolezza” contrattuale dell'agente, di imposizione (e quindi di abuso di posizione dominante) dovrebbe parlarsi, più che di intesa restrittiva⁴⁹³.

Risulta, infine, difficilmente spiegabile il motivo per cui, in presenza di un contratto finalizzato all'offerta di prodotti per conto di un'impresa, questa si veda preclusa la possibilità di convenire una clausola di esclusiva, che costituisce un elemento naturale del contratto di agenzia, tanto esso è connaturale alla natura del rapporto⁴⁹⁴.

La stipulazione di accordi che impongono la distribuzione esclusiva può, in astratto, configurare un accordo restrittivo della concorrenza. Tuttavia, come sopra esposto in generale, tali forme di accordi possono essere ritenuti leciti ove i loro effetti abbiano carattere favorevole per i consumatori. In caso contrario, solo nel caso concreto sarebbe stato possibile per l'Autorità *antitrust*, previa applicazione della c.d. *rule of reason*, sanzionare tali accordi. Il legislatore ha, invece, precluso “a monte” la stipulazione di contratti di agenzia in esclusiva, ritenendo che, nel mercato assicurativo, quale concretamente e storicamente

⁴⁹³ Si veda ad esempio l'art. 6 della legge 18 giugno 1998, n. 192 che, nel disciplinare il contratto di subfornitura, ha introdotto una serie di nullità qualificandole come determinate dall'abuso della posizione dominante.

⁴⁹⁴ F. BOCHICCHIO, *Il patto di esclusiva - in pendenza di contratto - tra preponente ed agente e la tutela della concorrenza e dei clienti: un falso problema*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004, p. 381.

configurato, tale misura possa essere idonea ad una “apertura” di un settore tradizionalmente afflitto da piaghe oligopolistiche e collusive.

Del resto, l’illiceità di qualsiasi intesa finalizzata alla instaurazione di rapporti di esclusiva non sembra essere stata fatta propria dal diritto comunitario⁴⁹⁵ che, anzi, adotta nei confronti delle intese c.d. verticali un atteggiamento sostanzialmente benevolo⁴⁹⁶, avendo dedicato una specifica disciplina al tema in questione⁴⁹⁷. Al riguardo, giova anzi ricordare che già il Regolamento 2790/99 e le *guidelines* della Commissione non adottavano un atteggiamento tendenzialmente ostile alle intese “verticali” nei rapporti di agenzia⁴⁹⁸, che anzi erano assoggettate ad un regime più “tranquillizzante”⁴⁹⁹ rispetto ad altre intese, sia con riguardo a quelle di esclusiva, che per quanto concerne quelle di non concorrenza, in quanto ammesse a meno che per la durata o per il predominio del preponente sul mercato non configurassero una restrizione all’accesso⁵⁰⁰.

Il nuovo Regolamento di esenzione delle intese verticali (330/2010 del 20 aprile 2010) prevede tra l’altro che *«L’esenzione (...) si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante (...) e la quota di mercato detenuta dall’acquirente non superi il 30% del mercato (...)»*.

⁴⁹⁵ F. BOCHICCHIO, *op. cit.*, p. 383

⁴⁹⁶ P. FATTORI - M. TODINO, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁹⁷ A. FRIGNANI - G. ROSSI, *Gli accordi di agenzia nel diritto comunitario antitrust alla luce della nuova disciplina delle restrizioni verticali*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2001, p. 711.

⁴⁹⁸ A. FRIGNANI - G. ROSSI, *op. cit.*, pp. 715 - 716; A. FRIGNANI - S. GAMBUTO, *Il divieto di monomandato nel contratto di agenzia assicurativa: contrarietà o conformità al diritto europeo della concorrenza*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2006, p. 765.

⁴⁹⁹ A. FRIGNANI - G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 739.

⁵⁰⁰ A. FRIGNANI - G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 740.

Ne deriverebbe quindi un contrasto con le norme comunitarie in materia di concorrenza⁵⁰¹, rispetto a cui l'insolita premessa del comma 1 («*In conformità al principio comunitario della concorrenza e alle regole sancite dagli articoli 81, 82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea*») sembrerebbe costituire una *excusatio non petita*.

Sotto altro profilo, l'illegittimità della disposizione potrebbe argomentarsi considerando che il divieto del monomandato non opera per le imprese non autorizzate in Italia che si servano di intermediari operanti in regime di esclusiva in forza di previsione consentita nell'*home country*. Si determinerebbe, quindi, se non l'illegittimità sotto il profilo comunitario, quanto meno una "discriminazione inversa" suscettibile di dar luogo *ex art. 3 Cost.* alla violazione del principio di uguaglianza in danno delle imprese italiane⁵⁰².

Inoltre, per vero tale divieto potrebbe sortire effetti negativi anche sulla stessa concorrenza⁵⁰³: considerando che il divieto di "fidelizzazione" delle reti da un lato disincentiverebbe l'investimento delle imprese nei canali agenziali, a danno soprattutto degli operatori più piccoli, dall'altro spingerebbe ad un *contracting in*

⁵⁰¹ A. FRIGNANI - S. GAMBUTO, *op. ult. cit.*, p. 751. Per l'illegittimità di normative che, senza rispettare il ben noto "decalogo" comunitario elaborato a partire dalle sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon* (la tutela dell'utente o del consumatore; la fiducia nel sistema finanziario nazionale, la prevenzione delle frodi, l'ordine sociale; la tutela della proprietà intellettuale; la conservazione del patrimonio storico ed artistico nazionale; la politica culturale e la salvaguardia della diversità culturale nel settore audiovisivo; la coerenza fiscale; la sicurezza stradale; la tutela dei creditori, la correttezza delle transazioni commerciali; l'amministrazione della giustizia), determinino effetti restrittivi per la concorrenza si è ripetutamente pronunciata la Corte di Giustizia Europea anche con riferimento ad imprese stabilite nello stesso paese in cui è svolta l'attività economica. Cfr sul punto Corte di giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 6 marzo 2007, in *Foro Italiano*, 2007, IV, c. 249.

⁵⁰² Corte cost., sentenza 30 dicembre 1997, n. 443, *ex plurimis* in *Consiglio di Stato*, 1997, II, p. 1978; *Foro Italiano*, 1998, c. 697; *Giustizia civile*, 1998, I, p. 609.

⁵⁰³ A. FRIGNANI - S. GAMBUTO, *op. ult. cit.*, p. 765.

(tramite il ricorso a forme di distribuzione alternative) con conseguente aumento dei costi e, quindi, dei premi a carico degli assicurati.

Infine, la previsione pare contrastare con il complesso normativo dell'intermediazione finanziaria, laddove il legislatore ha previsto addirittura l'obbligo del promotore finanziario di agire per conto di una sola SIM⁵⁰⁴.

A prescindere dalla *ratio* della disposizione, che dovrebbe essere ricondotta alla necessità, in un mercato particolarmente delicato, di instaurare un rapporto fiduciario con un unico promotore, il quadro normativo sopravvenuto introduce elementi di distonia tra l'uno e l'altro settore.

Anche con riferimento alla figura del promotore, è stato infatti osservato che, pur nel riconoscimento del particolare ruolo svolto dal soggetto che *materialmente* entra in contatto e svolge l'attività di assistenza nei confronti della clientela, nessun dubbio sussiste circa il dato che è all'impresa che deve riferirsi il rapporto contrattuale instaurato⁵⁰⁵.

Ne deriva che appare quantomeno incongruo precludere all'impresa di porre in essere accordi contrattuali finalizzati ad evitare che abbia luogo uno "spossessionamento"⁵⁰⁶ del portafoglio conseguito grazie al rapporto con il preponente da parte del promotore (ma il discorso vale, *mutatis mutandis*, per l'agente).

Per quanto concerne il secondo precetto del comma 1, con riferimento al divieto di fissazione di tariffe minime o sconti massimi (clausola *resale price maintenance* - R.P.M.), va premesso che il motivo per cui una impresa può essere interessata all'imposizione di tali clausole è, di norma, quello di massimizzare il margine di

⁵⁰⁴ F. BOCHICCHIO, *op. ult. cit.*, p. 385.

⁵⁰⁵ F. CAPRIGLIONE, I "patti di non concorrenza" con i promotori finanziari, in *Banca. Borsa, titoli di credito*, 2001, p. 230.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 231.

profitto⁵⁰⁷, rendendo quindi il prodotto o servizio distribuito distribuito sempre appetibile, ma con il rischio di ridurre il numero potenziale dei distributori in un dato mercato. Inoltre, tale clausola può favorire la standardizzazione delle condizioni praticate dalla rete distributiva, diminuendo sostanzialmente il potere contrattuale della stessa.

In altre parole, l'impresa di assicurazione, scarsamente interessata alla creazione di una concorrenza interna tra i propri agenti, può trarre vantaggio dalla scarsa o nulla influenza di questi sul servizio offerto, mentre tende al contrario a favorire l'erezione di un corpo ristretto ma selezionato di intermediari.

Pur trattandosi di misura potenzialmente vantaggiosa non solo per i fornitori ma anche per i distributori⁵⁰⁸, in questo caso deve essere effettivamente riconosciuto che tale forma di intesa nel diritto comunitario è di norma considerata un'imposizione dannosa per i consumatori finali⁵⁰⁹ ed è costantemente valutata con particolare severità nella giurisprudenza comunitaria⁵¹⁰, e nel nuovo Regolamento (art. 4, lettera a), mentre, di recente, nella giurisprudenza americana si è riconosciuta la necessità di applicare anche a tale forma di accordi la *rule of reason*⁵¹¹.

⁵⁰⁷ A. DEL MONTE, *Promozione della concorrenza e politiche antitrust - I fondamenti teorici e l'esperienza italiana*, Bologna, 1997, p. 25.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 268-269.

⁵⁰⁹ C. BENTIVOGLI - S. TRENTO, *op. cit.*, p. 266; P. FATTORI - M. TODINO, *op. ult. cit.*, p. 120.

⁵¹⁰ E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Parigi, 2005, p. 179. Per l'osservazione secondo cui «l'imposizione del prezzo di rivendita vanta il singolare primato di mettere tutti d'accordo» R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, cit., c. 10.

⁵¹¹ Corte Suprema, 28 giugno 2007, in *Foro Italiano*, 2007, V, c. 467. Sul tema L. BRICENO MORAIA, *Gli accordi di prezzo minimo di rivendita e il problema del free riding. Spunti per una riflessione comparata tra USA e UE*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, p. 172.

Occorre però tenere conto del dato che, in ambito assicurativo, l'ammontare complessivo del corrispettivo non può essere ridotto *ad libitum* dall'intermediario, in quanto i premi corrisposti dagli assicurati sono accantonati al fine di costituire le riserve materialmente destinate al pagamento dei sinistri.

Ne deriva, a ben vedere, l'inutilità della previsione in questione, perché l'eventuale offerta di prodotti assicurativi a condizioni maggiormente vantaggiose in presenza di una tariffa predisposta dall'impresa avverrà solo diminuendo il profitto dell'intermediario, con ciò realizzandosi insostanza quello che la norma voleva vietare.

Tale impostazione appare, peraltro, confermata dall'atto regolamentare dell'ISVAP (cfr *ultra*) che ha consentito la liberalizzazione tariffaria ma solo nei limiti di un monte massimo predisposto dalla stessa impresa.

Inoltre, la formulazione della norma appare ancora una volta criticabile nei limiti in cui effettua uno specifico riferimento ai prezzi ed agli sconti praticati nei confronti del "consumatore". Sarebbe, quindi, esclusa dall'ambito di applicazione del divieto l'imposizione di prezzi minimi nei confronti delle persone giuridiche nonché degli imprenditori o dei professionisti persone fisiche. Al di là dell'evidente irrazionalità e discriminatorietà della soluzione, la discrepanza con i principi generali emergerebbe in modo particolarmente grave nella disciplina del mercato assicurativo, ipotizzandosi una disciplina diversa tra la distribuzione nei confronti dei consumatori e quella concernente la distribuzione assicurativa *tout court*.

Per vero, l'opzione ermeneutica più agevole si porrebbe in contrasto anche con la recente linea normativa, soprattutto in ambito finanziario, di tutela *anche* dell'impresa "debole"⁵¹².

⁵¹² Sulla base di una tendenza volta a disciplinare anche i rapporti tra imprese "forti" ed imprenditori di minore forza contrattuale. Si veda ad esempio il decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 in materia di immobili da costruire e, sulla specifica problematica della applicabilità

L'assoluta irrazionalità di tali conclusioni deve quindi spingere, per quanto a fatica, ad una interpretazione "ortopedica", che valorizzi l'utilizzazione, in modo non tecnico, dell'espressione in un contesto comunque estraneo al Codice del consumo.

Deve, inoltre, segnalarsi la denuncia presentata alla Commissione Europea dalla Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici (ANIA), al fine di promuovere l'avvio della procedura di infrazione lamentando l'illegittimità comunitaria di tali norme. Tuttavia, la Commissione, tramite il commissario alla Concorrenza, ha, in seguito⁵¹³, comunicato di non essere determinata ad intraprendere alcuna azione di infrazione nei confronti della Repubblica Italiana circa il divieto di distribuzione esclusiva dei prodotti assicurativi.

Infatti, l'esposto aveva lamentato, da un lato, il trattamento peggiore risultante in capo alle imprese italiane rispetto a quelle comunitarie, dall'altro la stessa contrarietà della misura alla normativa comunitaria e alla prassi della Commissione europea e della Corte di Giustizia che, di norma, sanzionano i vincoli di distribuzione esclusiva solo ove determinino una concreta lesione alla concorrenzialità del mercato. Per contro, la Commissione ha disatteso la prospettiva delle imprese, rilevando che, pur essendo in linea di massima gli accordi di distribuzione esclusiva leciti alla luce del diritto comunitario, non possono considerarsi illegittime misure normative incidenti su settori del mercato contraddistinti da bassa concorrenzialità.

alle persone fisiche che agiscono nell'ambito di una attività di impresa cfr A. TORRONI, *Il d. leg. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Rivista del notariato*, 2007, p. 897. Si rammenta inoltre il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 131 in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali e la legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di disciplina della c.d. subfornitura. Sul tema diffusamente G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto - L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

⁵¹³ Si veda *Milano Finanza* del 27 giugno 2008, p. 7 con commento critico di A. FRIGNANI.

Ulteriori innovazioni sono state apportate dalla legge 40/2007, già presentata, che con l'art. 5, comma 1 ha infatti esteso il divieto di monomandato e di fissazione di tariffe minime dalla r.c. auto alle polizze relative a tutti i rami danni. In relazione agli obiettivi perseguiti, non si comprende tuttavia per quale motivo siano stati esclusi dal regime di promozione della concorrenza i rami vita, se si considera l'ancora più grave *vulnus* alla dinamica concorrenziale della distribuzione tramite il canale bancario. Se è vero, infatti, che il settore dell'assicurazione sulla vita presenta una domanda minore (e di conseguenza un differenziale tariffario più basso) rispetto agli altri paesi europei, è anche osservabile che una maggiore concorrenzialità potrebbe indurre un generale calmieramento delle tariffe assicurative a fini competitivi E, quindi, una più ampia diffusione del prodotto.

In sede di approvazione del d.d.l. collegato alla manovra finanziaria (su cui *infra* per quel che concerne la legge 23 luglio 2009, n. 99) era stata poi ventilata la possibilità di eliminare l'obbligo del plurimandato, accompagnando tale misura alla conferma dell'obbligo di dichiarazione dell'esclusività del mandato, secondo una prospettiva già presente nella direttiva comunitaria sull'intermediazione (in un'impostazione ancora più radicale, che oblitererebbe la stessa distinzione tra agenti e *broker*). Peraltro, sia con riferimento a tale innovazione che per quel che concerne il ritorno alla previgente ammissibilità delle polizze pluriennali, non era mancata - né è da ritenersi ininfluenza ai fini della mancata abrogazione del divieto - l'opinione dissenziente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵¹⁴.

⁵¹⁴ AS 4947, *Clausole di esclusiva nel rapporto di distribuzione tra compagnie assicurative e agenti*.

5 - L'intermediazione assicurativa nella regolamentazione secondaria.

L'impostazione legislativa "a compartimenti stagni" è stata ribadita dalla disciplina di dettaglio fornita nel Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006, anche con riferimento alle citate *Risposte alle domande frequenti del mercato* che (*passim*) hanno ancora più incisivamente consacrato il principio per cui ogni tipologia di intermediari può svolgere sempre e solo la tipologia di attività disciplinata dal Codice e del Regolamento.

Di conseguenza, i soggetti aventi i requisiti per essere iscritti *sub d)* non possono richiedere di essere iscritti ad altra sezione del Registro e, al contempo, gli intermediari iscritti *sub a), b), c) o d)* potrebbero operare in proprio, senza però conferire incarichi collaborativi soggetti diversi da quelli iscritti *sub e)*.

Mentre il primo precetto costituisce stretta applicazione della normativa primaria, il secondo costituirebbe un logico corollario dell'opzione legislativa, in ragione delle medesime esigenze di tutela dell'affidamento del consumatore che hanno determinato a monte la categorizzazione degli intermediari.

Una'apertura ai sopra riferiti principi riguarda le banche: esse possono distribuire anche contratti assicurativi non standardizzati «*esclusivamente all'interno dei locali di tali intermediari e a condizione che le persone fisiche che distribuiscono i contratti all'interno di tali locali siano iscritte nella sezione A del registro*» (art. 41, comma 3).

Al riguardo, la conferma della legittimità delle scelte del Regolamento⁵¹⁵ sembrerebbe aver sopito i dubbi sulla legittimità di tale impostazione, anche se permangono i dubbi in ordine alle scelte applicative di merito⁵¹⁶.

⁵¹⁵ TAR LAZIO, 18 giugno 2007, n. 5524 (inedita): «La "categorizzazione" prevista dall'art. 109 Cod., per quanto possa a un primo esame apparire in contrasto con le linee evolutive delle forme di intervento pubblico sui mercati finanziari, sempre più ispirate ai criteri della "despecializzazione" e della "liberalizzazione", costituisce tuttavia un punto qualificante del nuovo assetto della intermediazione assicurativa, ponendosi in linea con la duplice esigenza (...) di dare evidenza della posizione specifica dell'intermediario in un dato momento storico (e di consentire così la cessazione delle incertezze del passato) nonché di graduare a fini di vigilanza le sue responsabilità nei confronti del pubblico». Tale impostazione è stata confermata da Cons. Stato, 16

Con il Regolamento ISVAP n. 23 del 9 maggio 2008 è stata poi disciplinata l'attuazione della flessibilità tariffaria. A seguito del parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 30 novembre 2007⁵¹⁷, è stato confermato il divieto di indicazione di tariffe minime individuali per i singoli contratti, mentre le imprese sono state abilitate a predeterminare un monte sconti complessivo⁵¹⁸. In questo modo, sia pure nel rispetto della normativa primaria, l'intermediario (e si noti che non si fa differenza tra agente e *broker*) viene ad assumere un singolare ruolo "attuariale", in quanto allo stesso è concessa la possibilità di personalizzare la tariffa contando su eventuali conoscenze "occasionalmente" sulla sinistrosità dell'assicurato.

Lo stesso Regolamento ha disciplinato anche gli obblighi di trasparenza a carico degli intermediari, in relazione alla misura delle provvigioni percepite,

ottobre 2008 n. 5026, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, p. 519. Sempre il TAR del Lazio (sentenza 12 marzo 2008, n. 2241) ha invece ritenuto non violativi della disciplina sull'intermediazione assicurativa gli accordi di distribuzione intercorrenti tra agenti plurimandatari e banche relativi a prodotti assicurativi standardizzati, ritenendo che in riferimento a tali prodotti «il ruolo del soggetto incaricato della distribuzione escluda una diversificazione delle attività ad esso demandate a seconda che il prodotto da offrire sia a quest'ultimo "affidato" da un agente, in luogo di una compagnia assicurativa».

⁵¹⁶ P. MARANO, *Il mercato unico dell'intermediazione assicurativa* cit., p. 151, nota 25, ove è sottolineato il paradosso per cui in tal modo proprio la categoria di intermediari qualitativamente meno rilevante (quella degli iscritti *sub e*) risulta essere l'unica ad operatività universale.

⁵¹⁷ AS 347, reperibile sul sito dell'Autorità.

⁵¹⁸ E' riportato, tra l'altro, che «la predeterminazione delle tariffe da parte delle imprese, in quanto basata sulla sinistrosità media di determinati profili di utenza, può danneggiare significativamente alcuni consumatori che mostrano una rischiosità inferiore a quella del gruppo di riferimento. In diversi casi, la conoscenza diretta dell'assicurato da parte dell'intermediario potrebbe portare alla individuazione di un livello di sinistrosità diverso da quello calcolato in via generale dall'impresa di assicurazione. La possibilità di concedere sconti potrebbe quindi servire a ridurre gli effetti negativi per tale assicurato di una tariffa media. (...) Tuttavia si osserva (...) che la conoscenza dei prezzi massimi praticati dalle imprese potrebbe aumentare sensibilmente il potere contrattuale dei singoli utenti: il consumatore sapendo che potrà risparmiare nel cambiare compagnia, avrà maggiori possibilità di ottenere sconti dalla propria impresa di assicurazione (e dal relativo intermediario) interessata a non perdere il cliente. Ciò potrebbe condurre ad un risultato positivo di contenimento dei prezzi. In secondo luogo, per gli intermediari che opereranno in regime di plurimandato, a seguito del decreto Bersani, potranno porsi problemi di incentivi derivanti dalla flessibilità tariffaria di ciascuna impresa mandante».

confermandone l'obbligo di ostensione. In ossequio al neoformalismo del mercato finanziario⁵¹⁹, quindi, più che alla promozione di efficienti meccanismi di mercato la concorrenza viene per lo più rimessa ad adempimenti di carattere cartolare.

L'art. 52 del Regolamento 35/2010, innovando all'articolo 48 del Regolamento ISVAP n. 5 del 2006, con riguardo al citato fenomeno delle polizze abbinate a mutui, ha introdotto la drastica previsione secondo cui «*E' comunque fatto divieto di assumere, direttamente o indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al comma 1, primo periodo, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva.*

L'Autorità ha evidentemente preso atto che l'integrazione tra diversi comparti di un medesimo mercato favorisce l'aggregazione delle imprese e, se, da un lato, si può risolvere in un potenziale vantaggio per i consumatori (considerando la possibilità di realizzare forti economie di scala, e di rimuovere ostacoli al pieno sviluppo delle imprese finanziarie) dall'altro esalta le vocazioni oligopolistiche di attività che, per i loro connotati specifici, sono già di per sé di competenza di un settore limitato di imprese. Non solo. I fenomeni aggregativi si dimostrano tanto più perniciosi quando, come nella c.d. *bancassicurazione*, l'aggregazione opera anche su un piano *verticale*, vale a dire tra le imprese che prestano un servizio e gli intermediari che il medesimo servizio distribuiscono tra il pubblico, in quanto diminuiscono drasticamente l'incentivo di questi ultimi a diversificare l'offerta di prodotti vantaggiosi.

Secondo una prospettiva macroeconomica, invece, oltre alla necessità di fornire ai risparmiatori informazioni, la presenza di un unico operatore multifunzionale nel settore finanziario può porre delicati problemi di stabilità, (particolarmente

⁵¹⁹ Per una ricognizione del fenomeno R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim*.

evidenziati dalla crisi finanziaria del 2008) in quanto potrebbe incentivare, per le banche, il trasferimento del rischio di credito, e per le imprese di assicurazione, del rischio di investimento⁵²⁰.

Nello stesso tempo, però, la possibilità di diversificazione del rischio sembrerebbe essere uno degli elementi che ha contribuito ad assicurare il successo degli operatori universali⁵²¹. In secondo luogo, pare essere sottovalutata l'influenza su eventuali situazioni di crisi non già della despecializzazione degli operatori, quanto della eccessiva frammentazione della vigilanza o, più in generale, degli eccessivamente tenui requisiti di solidità richiesti⁵²².

Per di più, i forti limiti frapposti all'attività degli enti creditizi sono evidenziati dalla possibile operatività di soggetti non professionalmente deputati alla raccolta del risparmio (gli operatori dei *call center* e gli altri soggetti deputati alla vendita a distanza). Seppure l'ambito di azione di questi ultimi è in realtà limitato alla sola raccolta delle adesioni alle proposte contrattuali nella forma della vendita a distanza, le differenze tra i due ambiti di operatività tendono a scolorire se si considera l'obbligatoria, o comunque tendenziale standardizzazione dei prodotti assicurativi *retail*.

La citata previsione è stata peraltro caducata da quattro sentenze rese dal TAR del Lazio (33031, 33032, 33033 e 33044 del 2010) che hanno censurato il mancato rispetto delle procedure di pubblica consultazione, senza prendere posizione nel merito della legittimità del provvedimento.

⁵²⁰ Si veda G. GIANNINI, *Audizione del Presidente dell'ISVAP innanzi alla VI Commissione della Camera dei Deputati (Finanze), Attività conoscitiva nell'ambito dell'esame della Comunicazione della Commissione Europea sulla vigilanza finanziaria europea*. Si veda *infra* per l'applicazione di tali principi nei Regolamenti ISVAP 29 e 32 del 2009.

⁵²¹ J. CANALS, *Competition and profitability in European financial services*, New York, 2008, p. 13.

⁵²² B. MAROIS, *Régulation: oui à la taxe, non à la spécialisation des banques*, *La Tribune*, 3 novembre 2008.

Conclusioni.

Nella presente trattazione si è tentato, nei limiti dello spazio disponibile, di sottolineare il processo di liberalizzazione e di promozione della concorrenza nell'arco temporale decorrente dall'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni.

Per evitare di ridurre la trattazione ad una mera esegesi delle norme, dopo l'analisi relativa a quali misure normative abbiano, sino ad ora, consentito la liberalizzazione del settore, sarà dato conto, in questa sede, di quanto, a parere dello scrivente, possa ritenersi ancora necessario compiere al fine di portare a piena attuazione tale processo, anche in relazione alle liberalizzazioni *intersettoriali* di cui sopra si è anticipata la tendenza.

Sotto questo profilo si potrebbe, forse, concludere che, pur rappresentando un indubbio punto di approdo, il Codice delle assicurazioni risulta, in qualche modo, “nato vecchio”⁵²³ in quanto codifica l'esistente, proprio nel momento in cui la realtà economica determina l'avvio di un «*continuo, ma incerto, percorso di razionalizzazione dell'architettura della vigilanza sul mercato finanziario*»⁵²⁴.

Il Codice ripropone un modello di finanza ancora, secondo l'arguta e colta definizione di un Autore⁵²⁵, “*omnis divisa in partes tres*”; l'evoluzione descritta

⁵²³ Per l'osservazione secondo cui «*fenomeni finanziari hanno una loro peculiarità e specificità che non consente, se non in modo superficiale ed inadeguato, di inquadrarli negli schemi ed ordini concettuali tradizionali, in larga parte ancora romanistici, schemi che la nostra cultura giuridica tende ad assumere acriticamente con validità assoluta, senza coglierne i condizionamenti storici ed ideologici. Inoltre, la finanza, per sua natura, ed ovviamente sempre di più, tende a superare i confini, che sono in realtà barriere, nazionali (...)*» P. FERRO - LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, cit. p. 6.

⁵²⁴ M. SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi nella prospettiva del Testo unico della finanza*, in *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi* cit., p. 77.

⁵²⁵ A. MARTELLONI, *I conglomerati finanziari. Profili giuridici e approcci di vigilanza sui gruppi finanziari misti*, Padova, 2006, p. 3

poneva problemi, anche a livelli di vigilanza, non adeguatamente presi in considerazione dai compilatori.

Di qui, si è detto, l'intervento del legislatore che, con una serie di provvedimenti (il decreto legislativo del 30 maggio 2005, n. 142; il decreto legislativo del 5 dicembre 2005, n. 252; la legge 28 dicembre 2005, n. 262; il decreto legislativo del 29 dicembre 2006, n. 303) ha, sovente in modo oscuro e contraddittorio, cercato di operare una *actio finium regundorum* tra le menzionate attività soprattutto ai fini della vigilanza. E già incombono i c.d. *prodotti multiramo*, che (non si collocano al confine ma) oscillano tra il settore assicurativo e quello mobiliare, e che hanno determinato un intervento, in via suppletiva, delle autorità indipendenti competenti sul settore con un provvedimento di *soft law*, non essendo normata la loro vigilanza in alcuna disposizione cogente; e gli ancora più innovativi e multiformi PRIIPS (*Packaged Retail Investment Products*), attualmente oggetto di un tavolo tecnico presso la commissione UE.

Può, quindi, ritenersi utopistica l'ambizione del legislatore di aver raggiunto un "punto di approdo" nella disciplina assicurativa, perché è altamente probabile che, in un futuro non remoto, sia necessario un coordinamento dei plessi normativi in materia di finanza (non solo per quanto riguarda la vigilanza), addivenendosi altresì ad una unificazione concettuale delle varie forme di raccolta del risparmio tra il pubblico, come è accaduto in altri ordinamenti, primo tra tutti quello britannico.

Il fenomeno descritto non riveste interesse esclusivamente teorico, ma interagisce con l'argomento della presente trattazione in quanto presenta conseguenze molto importanti sul piano della concorrenza.

Innanzitutto, in positivo, si evidenzia la probabile necessità di un nuovo intervento normativo che tenga conto della futura, ed in parte già attuale, evoluzione del mercato.

Sotto il profilo della *pars construens*, invece, si deve evidenziare che purtroppo l'impostazione del legislatore e le più recenti innovazioni non sembrano avere contribuito a raggiungere una sostanziale diminuzione delle tariffe.⁵²⁶

⁵²⁶ Si veda sul punto il comunicato dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 17 maggio 2010 (www.agcm.it) in cui è preannunciata l'apertura di un'ulteriore indagine conoscitiva sul mercato assicurativo. L'Autorità, si legge, «nella riunione del 6 maggio 2010, ha deciso di avviare un'indagine conoscitiva sul settore della Rc Auto. L'indagine dovrà individuare le cause per le quali, nonostante i numerosi interventi legislativi e regolatori degli ultimi cinque anni finalizzati a rendere il comparto più competitivo, i prezzi continuano a registrare incrementi significativi e generalizzati. L'analisi punterà a ricostruire l'andamento dei prezzi effettivi e dei costi del settore, con particolare riguardo all'entrata in vigore della procedura di risarcimento diretto: dopo tre anni di applicazione del nuovo sistema, l'attesa riduzione dei costi, con effetti benefici sui consumatori, non si è verificata. Per questo occorre capire se la riforma, nella sua concreta attuazione, abbia prodotto la necessaria spinta competitiva o se, al contrario, occorra introdurre correttivi per rimuovere eventuali ostacoli alla piena produzione degli attesi effetti pro-concorrenziali. Verranno a questo fine analizzate le diverse politiche di controllo dei costi dei risarcimenti adottate dalle compagnie, le politiche commerciali effettuate in termini di ristrutturazione dei portafogli clienti, aree del territorio nazionale coperte, tipologie di veicoli assicurati e rischi assunti, con conseguenti effetti sulla domanda e sul confronto competitivo dell'offerta. La Rc Auto è uno dei mercati principali nel settore assicurativo: nel 2009, la raccolta premi ha superato i 17 miliardi di euro, con un'incidenza del 46,3% sul totale rami danni e del 14,4% sul portafoglio complessivo. Secondo i dati Istat, inoltre, nel 2007 ciascuna famiglia ha speso in media, per l'assicurazione dei mezzi di trasporto privati, 940 euro annui, pari all'1,2% del Pil».

Cfr altresì le conclusioni del Presidente dell'ISVAP in occasione della Relazione per il 2009, al link http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F16584/Considerazioni_conclusive_2009.pdf): «Nel periodo aprile 2009 - aprile 2010 sono aumentate le tariffe medie ponderate relative alle tipologie di assicurati sotto osservazione. In alcune zone del Sud si sono riscontrati, in particolare per giovani e neopatentati, livelli di premi estremamente elevati, anche oltre 7.000 euro per assicurare una autovettura di media cilindrata. Sono state avviate verifiche per appurare se tali livelli siano giustificati sul piano tecnico o non integrino piuttosto la fattispecie della elusione dell'obbligo a contrarre, cui per legge le imprese sono tenute». Per un commento L. LABONIA, *Analisi e spunti di riflessione sulla relazione per l'anno 2009 dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo*, sul sito http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=16784&content=Analisi+e+spunti+di+riflessione+sulla+relazione+per+l'anno+2009+dell'Istituto+per+la+vigilanza+sulle+assicurazioni+private+e+di+interesse+collettivo.&content_author=Luana+Labonia.

Si veda inoltre l'intervento del Presidente presso la Commissione Straordinaria per la verifica dell'andamento generale dei prezzi al consumo e per il controllo della trasparenza dei mercati in sede di *Indagine conoscitiva sulle determinanti della dinamica del sistema dei prezzi e delle tariffe, sull'attività dei pubblici poteri e sulle ricadute sui cittadini consumatori* (http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F23944/Senato%2016.6%20-%20def.pdf), in cui è ribadito il trend delle tariffe ed affermato che, nell'impossibilità di misure direttamente incidenti sulla fissazione dei premi da parte delle imprese, gli interventi possono vertere su un miglioramento dell'efficienza complessiva del mercato.

In tal senso anche l'audizione avanti la X Commissione del Senato della Repubblica in sede di *Indagine conoscitiva sul settore dell'assicurazione di autoveicoli, con particolare riferimento al mercato e alla dinamica dei premi dell'assicurazione per responsabilità civile auto* (http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F30096/Audizione%20rca%20Senato%2028.7%20def.pdf).

La spiegazione di tale fallimento può forse essere individuato nella pedissequa trasposizione, da parte del legislatore, di innovazioni proprie di altri ordinamenti ovvero di espressive di distinti periodi storici.

Tanto può dirsi, ad esempio, con riferimento alla c.d. *class action* (di spiccata rilevanza in questa sede in quanto, come si ha avuto modo di precisare, la giurisprudenza in tema di danno *antitrust* è per lo più relativa proprio ad illeciti ascritti ad imprese di assicurazione) introdotta in considerazione della particolare incidenza negativa dell'illecito costituito dal cartello, della difficoltà di acclarare tali accordi suggerisce e delle problematiche relative alla *parcellizzazione* delle controversie risarcitorie, laddove il legislatore della legge 287/1990 ha, invece, di norma optato per una concentrazione delle controversie anche di carattere risarcitorio.

La massimizzazione dell'effetto di deterrenza, obiettivo dell'introduzione di un'azione collettiva⁵²⁷, non sembrava necessariamente comportare un recepimento, che sembra invece essere stato attuato dal legislatore, del modello della *class action* nordamericana⁵²⁸.

L'utilizzo indiscriminato della azione collettiva, infatti, rischia di massimizzare l'efficienza allocativa della responsabilità delle imprese ma, nello stesso tempo, di

Si veda altresì E. BRODI, *op. cit.*, p.1440.

⁵²⁷ Che reputa inopportuna invece B. FARSACI, *op. cit.*, p. 255.

⁵²⁸ Per l'osservazione secondo cui «La soluzione adottata dal sistema antitrust statunitense non può, in questo particolare caso, essere d'aiuto. Essa si fonda, infatti, su una diversa concezione della responsabilità extracontrattuale, basata sostanzialmente sulla "proximity" del danneggiato con l'autore dell'illecito e sulla funzione punitiva e deterrente affidata, in particolari ambiti, alla responsabilità aquiliana» N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 278.

trasformare la sanzione per l'illecito in una sorta di "contributo concessorio" che finirebbe, poi, per essere ripartito su tutti i consumatori, rivolgendosi in un *surplus* tariffario e ciò in palese contrasto con la finalità e le funzioni della responsabilità civile. Inoltre, la minaccia di un risarcimento, specie se altamente punitiva, potrebbe contrastare con gli incentivi alle parti alla denuncia dell'illecito⁵²⁹, trasformando l'accertamento delle intese in una *probatio diabolica*. Sarebbe stato, pertanto, necessario e possibile uno specifico intervento legislativo: nel senso di prevedere ad esempio una responsabilità solidale di tutte le imprese partecipanti all'accordo ma, nello stesso tempo, escluderne quelle che abbiano tenuto comportamenti idonei all'accertamento dell'intesa, secondo la prospettiva già recepita dal legislatore comunitario con la *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese*, del 13 febbraio 2002, e, sulla base delle spinte della dottrina⁵³⁰, da parte dell'art. 14, comma 2 della legge 4 agosto 2006, n. 248 (che ha introdotto l'art. 15, comma 2 bis della legge 287 del 1990)⁵³¹.

Ancora, il legislatore avrebbe potuto porsi il problema della necessaria pregiudizialità dell'accertamento dell'intesa rispetto all'azione risarcitoria, ovvero della possibilità che la stessa sia verificabile, *incidenter tantum*, da parte del giudice adito.

Se tale accertamento pregiudiziale dell'intesa, in astratto non appare necessario (si rammenti, sul punto, la lunga e complessa questione della giustiziabilità

⁵²⁹ F. GHEZZI, *op. cit.*, p.1397.

⁵³⁰ S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 1087.

⁵³¹ Su cui in particolare A. CATRICALA', *La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: tendenze e prospettive in Italia*, in *Rivista di diritto industriale*, 2006, p. 144 ss.

dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario⁵³²), la preventiva declaratoria in merito alla sussistenza dell'intesa appare però preferibile data l'impossibilità per il giudice di valutare non solo la mera illiceità dell'intesa, ma anche gli effetti positivi che ne bilanciano l'incidenza negativa sul mercato⁵³³.

Lo stesso deve dirsi per l'intervento sulla disciplina dell'intermediazione che ha introdotto il divieto di monomandato e il principio di libertà tariffaria. In realtà, sia il divieto di monomandato che il divieto di fissazione di tariffe minime contraddicono profondamente le caratteristiche proprie, rispettivamente, dell'attività di intermediazione agenziale e del contratto di assicurazione

La graduazione della responsabilità disposta per le imprese a seconda della tipologia di intermediario, nonché le innovazioni sui vincoli di esclusiva comminate dalle leggi Bersani, comporteranno, come è ovvio, un'attenta valutazione da parte delle medesime dei criteri su cui orientare le proprie scelte in ordine alla decisione di servirsi, o meno, di una rete agenziale, con l'effetto - almeno nell'ottica del legislatore - di incentivare il ricorso ad intermediari non legati da vincoli contrattuali, in modo tale da incentivare la concorrenza tra prodotti di varie imprese, salvo la necessità, come è ovvio, di verificare il diverso profilo della correttezza dell'opzione normativa.

In tale ottica, il divieto di monomandato sembrerebbe in realtà un posticcio tentativo di incentivare, in presenza però del riferito antitetico quadro normativo, operatori più grandi e indipendenti.

Deve essere, poi, considerato che l'attività del *broker* non si esaurisce certo in una mera consulenza sul prodotto assicurativo maggiormente vantaggioso, ma

⁵³² Da ultimo momentaneamente concluso da Cass., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 731 (che ne ha sancito la giustiziabilità del diritto di credito al risarcimento anche in mancanza di previo annullamento dell'atto).

⁵³³ Sulla differenziazione G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 105. In tal senso il *Libro bianco* della Commissione Europea.

consiste in una complessa opera di messa in contatto del contraente con l'impresa e nella gestione degli aspetti più problematici del rapporto.

Purtuttavia, il *broker* percepisce utilità (non in proporzione alla qualità della propria attività di consulenza ma) in relazione al numero dei contratti conclusi con esito positivo: se si aggiunge che, in punto di fatto, non sempre la assoluta estraneità a rapporti con l'impresa è stata rispettata (si pensi alla frequente conclusione di accordi finalizzati alla gestione dei rapporti assicurativi - c.d. clausola *broker*, oggi legittimata dalla previsione di cui all'art. 110 del Codice delle assicurazioni), è possibile osservare che per l'assicurando gli incentivi a ricorrere ad un operatore indipendente sono estremamente ridotti.

In altre parole, è di tutta evidenza che, nell'ottica del cliente, il *broker* trae vantaggio e guadagna dalla stipulazione del contratto, cui è legata la provvigione, e non già dalla mera consulenza fornita al contraente.

La remunerazione del *broker* in proporzione ai contratti stipulati non sembrerebbe differenziare oltremodo la natura del medesimo rispetto a quella dell'agente, soprattutto se plurimandatario, risolvendosi in realtà la provvigione in entrambi i casi, almeno da un punto di vista economico, a carico dell'assicurato.

Entrambi gli aspetti analizzati pongono quindi il quesito relativo all'utilità, dopo le cennate riforme, della conservazione della dicotomia agente - *broker*, soprattutto con riferimento alle valutazioni di carattere concorrenziale.

Permangono, inoltre, le perplessità relative alle forti distonie emergenti dalla disciplina dei vari comparti finanziari. Per citarne solo due, l'attività di mera consulenza è attività riservata nel settore finanziario e non in quelli assicurativo e bancario, mentre, sotto altro aspetto, parrebbe opportuno che le sanzioni espulsive di ogni settore assumessero efficacia anche per gli altri comparti.

Sotto altro versante, non appare convincente il regime fortemente penalizzante per le banche. Al di là di un potenziale contrasto con l'art. 10 del t.u.b., l'insieme delle norme regolamentari ed interpretative elencate (anche considerando le *supra* esaminate disposizioni limitative delle polizze *linked*) incide fortemente su quello che era in procinto di diventare il più importante canale di intermediazione. Deve essere considerato, infatti, che le banche non possono, in alcun caso, pur avendone i requisiti, iscriversi in altra sezione del registro che non sia quella loro espressamente assegnata. Ne deriva l'impossibilità di collaborazione con gli altri intermediari operanti in via principale al fine di intermediare prodotti non standardizzati, nonché di raccolta del risparmio in prodotti di cui siano beneficiarie.

Le considerazioni spiegate suggeriscono, accanto alla creazione di un'unica ed onnicomprensiva figura di intermediario finanziario⁵³⁴, l'introduzione anche di una figura simile a quella del "consulente finanziario" di cui all'articolo 18 *ter* del t.u.f., introdotto dai decreti legislativi del 17 settembre 2007, n. 164 e 17 luglio 2009, n. 101⁵³⁵.

Sotto il profilo della lotta alle frodi assicurative, il 27 novembre 2008 è stata presentata alla Camera dei deputati un progetto di legge finalizzata all'istituzione

⁵³⁴ Un'incoraggiante innovazione è stata prevista dal novellato (in sede del citato intervento sul credito al consumo) art. 128 *quater* del t.u.b., che prevede ora al comma 8 che gli agenti e i *broker* possano promuovere e concludere contratti relativi alla concessione di finanziamenti o alla prestazione di servizi di pagamento.

⁵³⁵ L'impostazione seguita nel testo sembrerebbe essere sottostante alla *ratio* della delibera CONSOB n. 17130, con cui è stato emanato il regolamento di attuazione degli articoli 18 - *bis* e 18 - *ter* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di consulenti finanziari persone fisiche e società di consulenza finanziaria. L'articolo 13, lettera c), prevede infatti l'incompatibilità

di tale attività «con l'esercizio delle attività di intermediazione assicurativa di cui all'articolo 109, comma 2, lettere a), c) ed e), del decreto legislativo 7 dicembre 2005, n. 209» consentendo quindi, *a contrario*, la compatibilità con l'attività di *broker*. Ne scaturisce una innovativa figura di consulente assicurativo-finanziario indipendente, che potrebbe essere assunto a modello per una futura ed eventuale categoria di "consulente assicurativo".

del “*Comitato nazionale contro le frodi nel settore assicurativo*” (C.1964) abbinata a proposte di analogo tenore elaborate da parlamentari di tutti gli schieramenti politici⁵³⁶.

L’art. 10 *bis* della legge 30 luglio 2010, n. 122, introdotto, in sede di conversione, al d. l. 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, ha poi introdotto una nuova fattispecie criminosa in relazione “*agli esercenti una professione sanitaria che attestano falsamente uno stato di micro-invalidità conseguente ad incidente stradale da cui derivi il risarcimento del danno connesso a carico della società assicuratrice*”⁵³⁷.

La particolare attenzione dimostrata dal legislatore con riguardo alle frodi assicurative pone ovviamente il problema dell’utilità di tali misure in relazione ad un mercato scarsamente competitivo, in cui è possibile riversare sul consumatore finale i costi relativi alle inefficienze dei controlli sulle liquidazioni dei danni.

⁵³⁶ Il comitato, finanziato da un contributo sui premi assicurativi raccolti nell’anno precedente, sarebbe istituito presso l’ISVAP e sarebbe composto da otto membri nominati con decreto del Ministro dello sviluppo economico e scelti in rappresentanza dello stesso Ministero dello sviluppo economico, del Ministero dell’interno, del Ministero della giustizia, del Ministero dell’economia e delle finanze, dell’ISVAP, dell’ANIA, degli intermediari assicurativi e dell’ordine giudiziario.

Il detto comitato assumerebbe funzioni di riferire semestralmente al Ministero dello sviluppo economico e, tramite l’utilizzo di un centro elaborazione dati per l’inserimento e per l’analisi di informazioni connesse al fenomeno delle truffe nel settore assicurativo nonché tramite l’accesso alle banche dati di organismi, di enti e di istituzioni che operano in materie analoghe o affini o comunque di interesse per il medesimo Comitato, tra cui i *database* dell’ISVAP, del Casellario centrale infortuni presso l’INAIL, della motorizzazione civile, dell’ACI, nonché alle banche dati del settore assicurativo, del settore creditizio e del settore finanziario.

A seguito dell’accertamento di frodi, il comitato rimetterebbe all’autorità giudiziaria la documentazione raccolta per il successivo esercizio dell’azione penale, informandone le imprese assicuratrici interessate.

⁵³⁷ E’ previsto altresì che a tal fine ciascuna Regione promuova la costituzione di una commissione deputata a trasmettere trimestralmente i relativi dati al Ministero dello sviluppo economico e all’ISVAP. Il Ministero dello sviluppo economico è poi deputato ad accertare e a riferire al Parlamento l’attuazione da parte delle imprese della riduzione dei premi RC auto in ragione dei risultati conseguiti con l’applicazione delle nuove previsioni.

Il 29 dicembre 2010 l'ISVAP ha inoltrato al governo e ai presidenti delle Camere una *Segnalazione in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore*, in cui potenziali miglioramenti normativi sono individuati nella calmierazione dei risarcimenti per le lesioni micro e macro permanenti; nella maggiore cooperazione tra danneggiati ed imprese in relazione alla reintegrazione in forma specifica dei danni subiti dai veicoli e ai controlli sulla denuncia presentata; nell'abolizione del rinnovo tacito; nella rivisitazione del sistema *bonus/malus*.

A livello internazionale, si rammenta che già nel maggio del 1999 il *Financial services action plan* aveva, con l'obiettivo di consentire l'effettiva creazione di un mercato unico dei prodotti finanziari, predisposto un modello di vigilanza comunitaria sui servizi finanziari (c.d. *Lamfalussy*)⁵³⁸. Tale modello prevede un quadruplice livello di regolamentazione, consistente, rispettivamente, nei regolamenti e nelle direttive comunitarie adottate in base ai trattati da Consiglio, Parlamento e Commissione; nell'emanazione di direttive dettagliate da parte della Commissione sulla base di linee guida assunte dagli organismi di coordinamento dei regolatori nazionali nei settori bancario, di intermediazione mobiliare e assicurativo-previdenziale (*Committee of European Securities Regulators - CESR*; *Committee of European Banking Supervisors - CEBS*; *Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors - CEIOPS*); nell'attuazione della normativa da parte dei singoli Stati e, da ultimo, in una verifica e controllo *ex post* dell'attuazione da parte della Commissione⁵³⁹.

⁵³⁸ C. BRESCIA MORRA - C. R. RAINERI, *La disciplina europea della finanza*, in *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo* cit., p. 184.

⁵³⁹ P. BILANCIA, *Il sistema europeo di regolamentazione dei servizi finanziari*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, pp. 47 ss.

Una riforma delle autorità di vigilanza sul mercato finanziario è stata, da ultimo, prospettata a livello comunitario (come pure da parte del governo statunitense⁵⁴⁰) in occasione della crisi economica e finanziaria che ha investito i mercati a partire dal settembre del 2008⁵⁴¹. Al di là di considerazioni che esulano dalla presente trattazione, giova forse rammentare che il c.d. progetto *de Larosière*⁵⁴² prevede l'istituzione di un sistema di vigilanza comunitario non più limitato a singole ed episodiche attività di coordinamento, ma incardinato in una vigilanza sistemica attribuita alla BCE cui è attribuita la presidenza di un *European Systemic Risk Council* e la trasformazione degli attuali comitati in autorità europee (*European Banking Authority* - EUA; *European Insurance Authority* - EIA e *European Security Authority* - ESA) la cui trama sembra, comunque, rispettare il criterio della ripartizione per “prodotti”. Entrambe le riforme si collocano, pur senza apparentemente riuscirvi in pieno, nell'obiettivo di semplificare l'assetto dei rapporti tra autorità politica, organo di vigilanza macroeconomica ed enti di disciplina di settore⁵⁴³. Nel complesso, tuttavia, l'abbattimento degli steccati tra diversi paesi sembrerebbe favorire la progressiva elisione delle barriere anche tra i vari comparti dei mercati finanziari nazionali. Le previsioni comunitarie sono state rese operative con i regolamenti del 24 novembre 2010, in vigore dal 1 gennaio 2011, numeri 1093/2010, che istituisce l'Autorità bancaria europea; 1094/2010, che istituisce l'Autorità europea delle

⁵⁴⁰ *Financial regulatory reform. A new foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation.*

⁵⁴¹ Per un primissimo commento si veda R. HAMAUI, *America in vantaggio nella partita della vigilanza finanziaria*, sul sito <http://www.lavoce.info/articoli/pagina1001257.html>.

⁵⁴² *The High-level group on financial supervision in the EU* - Bruxelles, 25 febbraio 2009.

⁵⁴³ G. BERTEZZOLO, *Prevenire nuove crisi finanziarie: la riforma del sistema americano e comunitario in prospettiva globale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 89. Nel contempo è stata peraltro annunciata (<http://www.financialadvice.co.uk/news/5/investments/11377/conservative-party-announces-plans-to-abolish-fsa.html>) la decisione del subentrante governo britannico di abolire la *Financial services authority*, distribuendone le relative competenze tra l'autorità deputata alla politica monetaria e quella di tutela della concorrenza.

assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, 1095/2010 che istituisce l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati europea di vigilanza (Autorità).

Ovviamente la tutela dell'assicurato, *in primis* sotto il profilo tariffario, non può prescindere da una piena consapevolezza da parte di tutti gli attori istituzionali (legislatore, magistratura, autorità di vigilanza) degli effetti economici delle opzioni normativa adottate.

Si fa riferimento, tra l'altro, alla citata sentenza costituzionale in tema di indennizzo diretto (laddove le prime rilevazioni statistiche relative ai costi dei risarcimenti e delle tariffe del settore sembravano aver confermato il raggiungimento degli obiettivi), ma anche a misure quali l'art. 38, comma 13 *bis* del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, coordinato con la legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122 recante «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*» che, in un periodo caratterizzato dall'obiettivo della riduzione tariffaria, ha invece elevato il livello impositivo sulle imprese di assicurazione, con presumibile traslazione sugli assicurati.

E' modesta opinione di chi scrive che la crisi finanziaria, così come le sue ripercussioni sulla c.d. economia reale, non possano costituire un alibi per una *reregulation*, ma debbano, al contrario, costituire uno sprone per il legislatore per la completa attuazione dei processi liberalizzativi.

Tali cambiamenti, infatti, possono agevolmente coniugare l'incremento della competizione economica (che determina, nel lungo periodo, un miglioramento del mercato nel suo complesso e, quindi, della crescita economica) con la tutela delle fasce economicamente più deboli, avendo l'effetto di consentire l'accesso ai servizi assicurativi e finanziari - da parte del cittadino consumatore - ad un costo sempre più concorrenziale.

Bibliografia

- AA.VV., *Il nuovo codice delle assicurazioni, Dossier mensili di Guida al diritto*, Milano, 2005;
- AA.VV., *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi - in ricordo di Gaetano Castellano, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2008;
- V. AFFERNI, *Finalmente l'antitrust è legge (commento alla l. 10 ottobre 1990, n. 287: norme per la tutela della concorrenza e del mercato)*, in *Corriere giuridico*, 1990, p. 1213;
- D. AGUS, *La regolazione del mercato assicurativo - Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- R. ALBANO, *Energia elettrica: profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989;
- G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIAMI, Torino, 2006;
- G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIAMI, Torino, 2006;
- G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 2008, p. 545;
- G. ALPA - G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, 1997, vol. XV, appendice, p. 541;
- G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo - Commentario*, Napoli, 2005;
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 653;
- A. M. AMBROSELLI, *La quinta direttiva del parlamento europeo e del consiglio sulla responsabilità civile auto*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 1087;
- S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amministrativo*, 1999, p. 1367;

- S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1995, I, p. 62;
- S. AMOROSINO, *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1249;
- S. AMOROSINO - L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni - commento sistematico*, Milano, 2006;
- S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004;
- F. ANTONINI, *I conglomerati finanziari: una prima lettura della direttiva 2002/87/Ce*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004;
- M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 89;
- M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006;
- B. ARCIDIACONO, *Brokeraggio*, in V. CUFFARO (a cura di), *I contratti*, Milano, p. 181;
- U. ARRIGO, *La liberalizzazione europea del mercato postale e le prospettive per l'Italia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 389;
- M. ATRIPALDI, *Risparmio, credito ed investimenti socialmente rilevanti: le relazioni a livello micro e macro- economico nel dibattito per l'approvazione dell'art. 47 Cost.*, in *Diritto e cultura*, 2004, p. 169;
- A.M. AZZARO, *Tutela del "consumatore" e regolazione del mercato*, in *Giustizia Civile*, 2001, p. 237;
- R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, VI ed., Milano, 1997;
- L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000;

- G. BALLARANI, *Prime note sul sistema dell'indennizzo diretto: la qualificazione giuridica del pagamento «per conto» dell'impresa del responsabile e la c.d. azione «diretta» del danneggiato nei confronti della propria compagnia*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 8;
- R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 2;
- M. BARELA, *Tutela della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, p. 909;
- A. BENOCCI, *Linee evolutive della nozione giuridica di banca nell'ordinamento inglese*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, pp. 475 e ss;
- C. BENTIVOGLI - S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza - Antitrust e regolazione*, Roma, 2000, p. 394;
- G. M. BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 397;
- G. BERTEZZOLO, *Prevenire nuove crisi finanziarie: la riforma del sistema americano e comunitario in prospettiva globale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 89;
- M. BESSONE, *I mercati mobiliari*, Milano, 2004, p. 15;
- E. BETTI, voce "Autonomia privata" in *Novissimo digesto italiano*, II ed., Torino, 1957, p. 1159;
- C.M. BIANCA, *Diritto civile - Vol. 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 419;
- C.M. BIANCA - G. ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996;
- C.M. BIANCA - F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999;
- M. BIN (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni - Decreto Legislativo 7 settembre*, Padova, 2006;
- M. BIN, a cura di *Commentario al codice delle assicurazioni*, Padova, 2006, p. 567 ss.;
- M. BIN, *Il «prodotto misto» assicurativo - finanziario*, in *Assicurazioni*, 1988, I, p. 351;

- F. BOCHICCHIO, *Il patto di esclusiva - in pendenza di contratto - tra preponente ed agente e la tutela della concorrenza e dei clienti: un falso problema*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004, p. 381;
- A. BOGLIONE, *Il broker di assicurazione e riassicurazione in Italia e in Inghilterra. Funzioni e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2000, p. 23;
- M. BONA, *Risarcimento del danno, procedure di liquidazione e azione diretta nel «codice delle assicurazioni»: prime riflessioni critiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 1171;
- F. BONELLI e S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle comunicazioni*, Milano, 1999;
- F. BORTOLOTTI, *La legge antitrust: ambito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 597;
- U. BRECCIA, *Nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità e atipicità nei contratti - Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1983;
- E. BRODI, *Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante*, in *Rivista delle Società*, 2008, *passim*;
- N. BRUTTI, *Durata del contratto e recesso unilaterale tra tutela dei consumatori e "liberalizzazioni"*, in *I contratti*, 2008, p. 515.
- A. BROZZETTI, *Un nuovo livello di vigilanza prudenziale sugli intermediari articolati in gruppo: prime riflessioni sul d.lgs n. 142 del 2005, attuativo della direttiva 2002/87/CE sui conglomerati finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2007, p. 81;
- N. BRUTTI, *Durata del contratto e recesso unilaterale tra tutela dei consumatori e "liberalizzazioni"*, in *I contratti*, 2008, p. 515;
- O. CAGNASSO, *Il codice delle assicurazioni private tra codice civile e codice del consumo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, p. 899;
- O. CAGNASSO - G. COTTINO, *Contratti commerciali*, II ed., vol. IX del *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2009;

- V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997, p. 341;
- C. CALABRÒ - G. GALASSO, *Telecomunicazioni (e concorrenza)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993;
- E. L. CAMILLI - P. CAPRILE – R. PARDOLESI - A. RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, pp. 233-237;
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - diritto dell'impresa*, II ed., Torino, 1993, pp. 218 ss.;
- J. CANALS, *Competition and profitability in European financial services*, New York, 2008, p. 13;
- A.D. CANDIAN, *Appunti sull'applicazione della nuova disciplina codicistica (art. 1469 bis) al contratto di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1996, p. 299;
- A. D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato diretto da F. GALGANI, Torino, 1995 p. 2601 ss.;
- A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1289;
- M. CAPANTINI, *Il servizio universale*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 97;
- E. CAPOBIANCO, *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema del Codice del Consumo*, in *Vita Notarile*, 2008, p. 1187;
- R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro Italiano*, 2008, V, c. 281
- R. CAPOTOSTI, *Regole di concorrenza comunitarie e loro applicabilità agli accordi assicurativi: la voce della giurisprudenza*, in *Assicurazioni*, 1987, I, p. 16;

- R. CAPOTOSTI, *La "storia" dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto in Italia e l'indagine conoscitiva dell'Autorità "Antitrust"*, in *Assicurazioni*, 2003, p. 43;
- F. CAPRIGLIONE, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, p. 20;
- F. CAPRIGLIONE, *Riflessioni a margine delle "liberalizzazioni" bancarie recate dal c.d. decreto Bersani bis (d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv. nella l. 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, p. 593;
- F. CAPRIGLIONE, *I "patti di non concorrenza" con i promotori finanziari*, in *Banca. Borsa, titoli di credito*, 2001, p. 230;
- R. CARANTA, *La nuova Isvap*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, p. 18;
- L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960;
- G.L. CARRIERO, *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 47/1996, Roma;
- G. L. CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto e impresa*, 1999;
- G.L. CARRIERO, *Mifid, attività assicurativa, autorità di vigilanza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, p. 428;
- M. CASANOVA, *voce Concorrenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, appendice di aggiornamento, Torino, 1981, p. 307;
- S. CASSESE (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, IV, *Diritto amministrativo speciale*, II ed., Milano, 1993, *passim*;
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, II ed, Bari, 2000, *passim*;
- S. CASSESE, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?* in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 471;
- S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- G. CASTALDI, *Il testo unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1995;

- P. CASTELLI, *I rapporti tra banche e assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1996, pp. 432 - 433;
- A. CATAUDELLA, *I contratti - parte generale*, III ed., Torino, 2009, p. 174;
- A. CATRICALA', *La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: tendenze e prospettive in Italia*, in *Rivista di diritto industriale*, 2006, p. 144 ss;
- A. CELOTTO - R. BIFULCO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006;
- A. CERRAI, *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del trattato CEE*, Milano, 1983;
- P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati elettrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 280;
- M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;
- M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 3858;
- G. COFRANCESCO (a cura di), *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo*, Roma, 2009, *passim*;
- E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Parigi, 2005, p. 179;
- P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, pp. 553 - 555;
- P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, p. 91;
- P. CIOCCA - I. MUSU (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Milano, 2006;
- R. CONTI, *La tutela a favore del consumatore nell'ordinamento comunitario ed italiano in materia di clausole abusive*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 399;

- M. CONTICELLI - A. TONETTI, *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico e comunitario*, 2008, p. 71;
- A. CORINTI e G. CUCINOTTA, a cura di, *Quaderni ISVAP*, n. 5, Roma, 1999;
- P. CORRIAS, *I contratti di assicurazione dei rami vita nel nuovo codice delle assicurazioni private*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2008, I, 223;
- R. COSTI - L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, vol. VIII del *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2004;
- D. CROCCO, *Le new authorities - Riflessioni sul fenomeno delle amministrazioni indipendenti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista della Corte conti*, 1996, p. 290;
- V. CUFFARO, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 264;
- M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1995;
- G. D'ALFONSO, *La tutela del risparmio in Italia e in Germania tra "disegni" e "realizzazioni"*, in *Studium Iuris*, 2005, pp. 404 e 405;
- M. D'AMICO - S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 47;
- G. D'ATTORRE, *Una "ragionevole concorrenza": il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 80;
- G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, *Collana di studi giuridici della facoltà di Economia di Verona*, Padova, 1999, *passim*;
- L. DANESI - M. PASSARELLI - P. PERUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 389;
- A. DEL MONTE, *Promozione della concorrenza e politiche antitrust - I fondamenti teorici e l'esperienza italiana*, Bologna, 1997, p. 25;

- M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006;
- M. DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, II, 17;
- A. DEL MONTE, *Promozione della concorrenza e politiche antitrust - I fondamenti teorici e l'esperienza italiana*, Bologna, 1997, p. 25;
- E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 257;
- N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 278;
- L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1533.
- A. DE NICOLA, *La disciplina della concorrenza e del mercato: il controllo delle concentrazioni in Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 52;
- G. DE FERRA, *Impresa assicurativa e contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 175;
- G. DE NOVA, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Rivista di diritto privato*, 1996, p. 221;
- P. DE VECCHIS, *La tutela degli interessi protetti dalle norme sulla concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 47, Roma, 1996;
- M. M. DELFINO, *Concorrenza (in diritto americano)*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale*, III, Torino, 1988, 337;
- F. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p. 5;

- G. DI PIETRO, *La procedura di risarcimento diretto e la tutela del terzo trasportato nel nuovo codice delle assicurazioni: aspetti problematici e indicazioni giurisprudenziali*, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 2009, p. 187;
- A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2002, p. 21;
- A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, VIII ed., Milano, 2006; P. MARANO - M. SIRI (a cura di), *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, Milano, 2009
- G. FALCONE, *La disciplina delle crisi delle imprese assicurative. Le procedure di salvaguardia della solvibilità e di risanamento - Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2009;
- L. FARENGA, *L'impresa nel codice delle assicurazioni private*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 71;
- M. R. FARINA - G. ROTONDO, a cura di, *Il mercato finanziario*, Milano, 2005;
- B. FARSACI, *Alcune brevi notazioni in tema di clausole abusive contenute nelle polizze assicurative*, in *Assicurazioni*, 2005, I, p. 227;
- B. FARSACI, *Il "rapporto di controllo" nel diritto delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 197;
- P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004;
- P. FAVA (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 2010;
- A. FERRARO, *Competition law and consumer protection in Italy, the EU and the UK. The need for European standardization of model and solutions to antitrust law*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, pp. 359-361;
- G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, X ed., a cura di C. ANGELICI E G.B. FERRI, Milano, 1996, p. 144 ss.;
- P. FERRO - LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995;

- G. FLORIDIA - V.G. CATELLI, *Diritto antitrust italiano - le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano, 2003;
- C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, p. 550;
- R. FRASCA, *Assicurazione r.c.a. e azione diretta: dopo Corte cost. n. 180 del 2009 - Estratto della relazione tenuta a Cagliari il 27 novembre 2009 per la formazione dell'Ordine degli avvocati di Cagliari*, in *Foro Italiano*, 2010, I, c. 1733;
- S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;
- A. FRIGNANI, *Il caso Metro-Saba: un'occasione non completamente colta in tema di "distribuzione selettiva" (con cenni ai problemi concorrenziali posti dal "cash and carry")*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1979, I, p. 101; e in *Giurisprudenza italiana*, 1981, IV, p. 49;
- A. FRIGNANI, *Il regolamento (CE) N. 358/03 di esenzione per categoria degli accordi nel settore assicurativo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 63;
- A. FRIGNANI, *I pools di coriassicurazione nei rischi da inquinamento e la normativa antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 105;
- A. FRIGNANI, *Il bonus - malus dopo la riforma Bersani alla luce del diritto comunitario*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 23;
- A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI- L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano – commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, *passim*;
- A. FRIGNANI - S. GAMBUTO, *Il divieto di monomandato nel contratto di agenzia assicurativa: contrarietà o conformità al diritto europeo della concorrenza*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2006, p. 765;
- A. FRIGNANI - G. ROSSI, *Gli accordi di agenzia nel diritto comunitario antitrust alla luce della nuova disciplina delle restrizioni verticali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2001, p. 711;

- E. GABRIELLI - R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2004;
- S. GAIA - S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2000, p. 339;
- F. GALGANO, *Il «prodotto misto» assicurativo-finanziario, parere pro veritate* pubblicato in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1988, I, p. 91;
- F. GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995;
- F. GALGANO - G. VISINTINI, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, vol. XL del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* a cura di F. GALGANO, Padova, 2006;
- F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita Notarile*, 2008, p. 50;
- A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996,1, p. 5;
- A. GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, p. 1035;
- M. GAMBARO, *Consumo e difesa dei consumatori - un'analisi economica*, Bari, 1995;
- M. GARGANTINI, *La raccolta non bancaria del risparmio: evoluzione della fattispecie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, p. 101;
- M. GARIBOLDI, *Tutela della concorrenza e del mercato: due disegni di legge a confronto*, in *Rivista delle società*, 1988, p. 547;
- N. GASPERONI, *Voce "Contratto di assicurazione (in generale)"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, III ed, Torino, 1959, p. 565;
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1994, p. 1245;
- E. GERETTO, *I prodotti vita indicizzati*, in S. MIANI, a cura di, *I prodotti assicurativi e previdenziali*, Torino, 2002, p. 117;
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. 2, III ed., Milano, 1993, p. 165 ss.;

G. GHIDINI - G. VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza ed i consorzi*, Padova, 1981;

F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 499;

F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in *Rivista delle Società*, 2008, p. 1397;

R. GIOVAGNOLI - M. FRATINI, *Rifiuto ed elusione dell'obbligo di contrarre e violazione del divieto di abbinamento*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 752;

G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006;

G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto - L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008;

S. GRASSANI, *Scambio di informazioni pubbliche: brevi note sui limiti dell'enforcement antitrust*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2008, p. 99;

P. GROSSO, *Assicurazione RC auto, obbligo a contrarre, disciplina nazionale; l'Italia viene assolta dall'accusa di violazione della direttiva europea n. 92/49/CEE*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, p. 1012;

C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005;

A. GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e Impresa*, 1991, p. 654;

M. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 360;

S. GUIZZARDI, *I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull'introduzione nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 1087;

M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, in *Biblioteca di diritto privato ordinata da P. RESCIGNO*, Napoli, 2008;

- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998;
- N. IRTI, *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2009, p. 919;
- N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004;
- A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto - vol. 2 (Diritto delle assicurazioni)*, Milano, 1998;
- S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999;
- R. LENER, *Il prodotto «assicurativo» fra prodotto «finanziario» e prodotto «previdenziale»*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, p. 1239;
- R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim*;
- L. LENTI, voce *Risparmio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1969;
- M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 1429;
- B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965;
- B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 1542;
- N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008;
- A. LUBERTI - F. A. MAGNI, *L'attuazione del Codice delle assicurazioni*, Milano, 2009;
- A. LUBERTI, *La liquidazione coatta amministrativa prima e dopo il Codice delle assicurazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 862;
- A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER*, II ed., Milano, 2006, pp. 25 ss.;
- F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 296;

- G. MANGHETTI, *La vigilanza sul settore assicurativo e la sua evoluzione alla luce dei cambiamenti dei mercati finanziari*, in *Scritti in memoria di Pietro de Vecchis*, Roma, 1999;
- V. MANGINI, *Proprietà industriale e concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 782;
- G. MANGIONE, *Diritto antitrust: concentrazioni*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. V, p. 265;
- L. A. F. MANZANO e R. LÓPEZ GONZÁLES, *La nuova legge spagnola sull'intermediazione assicurativa e riassicurativa*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 95;
- P. MANZINI, *I parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per se"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, II, p. 285;
- P. MARANO - M. SIRI (a cura di), *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, Milano, 2009;
- A. MARTELLONI, *I conglomerati finanziari. Profili giuridici e approcci di vigilanza sui gruppi finanziari misti*, Padova, 2006;
- F. MARTORANO, in VINCENZO BUONOCORE (a cura di), *Istituzioni di diritto commerciale*, III ed., pp. 347 ss.;
- A. MARTELLONI, *I conglomerati finanziari - Profili giuridici e approcci di vigilanza sui gruppi finanziari misti*, Padova, 2006;
- F. MASTROPAOLO, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore con riferimento ai contratti di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1998, p. 115;
- A. MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Rivista delle società*, 1996, p. 35;
- F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 642;
- F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
- F. MERUSI, *Mercati finanziari e responsabilità strutturale*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 278;

- F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti - un potere senza partito*, Bologna, 2003;
- M. MESSINA - P. CONGEDO, *European "Class" action: British and italian point of view in evolving scenarios*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 163;
- S. MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato - ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004;
- L. MEZZAROMA, *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp. 779
- E. MINERVINI, voce "Codice del Consumo", in *Digesto delle disciplina privatistiche – sezione civile, Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 182;
- E. MINERVINI, *Dei contratti dei consumatori in generale, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2008, *passim*;
- A. G. MOLINARI, *Il prodotto misto assicurativo e finanziario*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p. 297;
- G. MOLLE - L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, V ed., Milano, 1997;
- J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni: antitrust vs regolazione?* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 440;
- G. MORBIDELLI, a cura di, *L'assicurazione della responsabilità civile da circolazione veicoli tra mercato, concorrenza e obbligatorietà*, Torino, 2003;
- G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare dell'ISVAP dopo il Codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI - L. VIOLINI (a cura di) - *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione - Scritti per Giovanni Grottanelli de Santi*, Collana di studi "Pietro Rossi" dell'Università di Siena, Milano, 2007, p. 897;
- C. MOREO, *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, p. 190;

- R. MORERA, *Disciplina comunitaria della concorrenza e diritto di marchio*, in *Disciplina commerciale*, 1985, 1, p. 5;
- G. NAPOLITANO, *Concorrenza e antitrust*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. III, p. 511;
- G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2010;
- S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002;
- R. NIRO, *Commento sub art. 41*, in *Commentario alla costituzione* a cura di A. CELOTTO - R. BIFULCO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 848;
- V. OGLIARI - A. COSTA, *Riflessioni sull'obbligo a contrarre la polizza r.c. auto nel nuovo Codice delle assicurazioni private*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 483;
- G. OLIVIERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008;
- A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 468;
- C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007;
- C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, vol. VI, p. 715 ss. ;
- A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Trattato teorico - pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA e S. PATTI, Padova, 2008, pp. 335 ss;
- G. PALMERIO, *La tutela della concorrenza: un dialogo non sempre facile tra economisti e giuristi*, in *Mondo bancario*, 2000, 3, p. 3;
- A. PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 933;
- A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 377;
- M. PAMPANIN, *La disciplina pubblica dell'attività assicurativa*, 1969, Padova;

- L. PAOLUCCI, *Prime pronunce giurisprudenziali sulla legge antitrust (Nota a A. Milano, 15 luglio 1992, Soc. Avir c. Enel)*, in *Le Società*, 1993, p. 6;
- R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Il Foro italiano*, 1993, V, c. 1;
- R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust ?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, p. 119;
- R. PARDOLESI, *Diritto antitrust: questioni generali*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. V, p. 218;
- M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, aggiornamento;
- N. PECCHIOLI, *Incoraggiamento del risparmio e responsabilità della autorità di vigilanza*, Torino, 2009;
- E. PEDICINI, *Il broker di assicurazioni*, Milano, 1998, p. 114;
- G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 1;
- A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, II ed., Bologna, 2004;
- P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 13;
- P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico, le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, editoriale per il cinquantennio di *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 1;
- F. PIGA, *Relazione della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni - Riforma dell'amministrazione centrale*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 1985, p. 115;
- F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, Milano 2007, p. 5;

- G. PONGELLI, *La facoltatività del risarcimento diretto*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 75;
- D. PORRINI, *Aspetti economici nella normativa sul contratto di assicurazione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2000, p. 6
- A. PORTOLANO, *Il caso Microsoft e la concorrenza nelle network industries*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 697;
- M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* (aggiornamento), Torino, 2008;
- L. PROSPERETTI, *Prova e valutazione del danno antitrust: una prospettiva economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 527;
- A. PROTO, *I conglomerati finanziari*, Torino, 2002;
- F. RICCI, *La nozione di consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 351;
- A. A. RINALDI, *Il decreto Mifid e regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Le società*, 2008, p. 12;
- C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006;
- M. ROSSETTI, *Polizze linked e tutela dell'interessato*, in *Assicurazioni*, 2002, p. 223;
- M. ROSSETTI, *Intermediari: le nuove "regole del gioco"*, in *Assicurazioni*, 2005, p. 205;
- M. ROSSETTI, *Il broker, la mediazione, il nuovo codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2005, II, p. 203;
- M. ROSSETTI, *L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa assicurativa: le novità del codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2005, I, p. 431;
- M. ROSSETTI, *Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni*, in *Foro Italiano*, 2006, V, c. 108;
- M. ROSSETTI, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la r.c.a. e di altri soggetti legittimati - La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, in *Assicurazioni*, 2007, I, p. 437;

- L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 159;
- L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il Codice del consumo*, in *rassegna di diritto civile*, 2008, p. 879;
- L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1707
- L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "Legislazione speciale" e "Codici di settore"*, in *Rivista del notariato*, 2008, p. 21;
- G. ROTONDO, *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004;
- G. ROTONDO, *Applicazione del diritto antitrust alle imprese assicurative ed evoluzione dei controlli nel sistema finanziario*, in *Banca, impresa, società*, 2005, p. 35;
- C. RUPERTO, *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giustizia Civile*, 2009, p. 501;
- C. RUSSO, *L'incidenza della disciplina delle c.d. "clausole abusive sui contratti assicurativi stipulati con i consumatori"*, in *Assicurazioni*, 1998, I, p. 251;
- R. SACCO, *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 457;
- N. SALANITRO, *Concorrenza bancaria e direttive comunitarie*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1985, I, p. 136;
- E. SANTAMARIA, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 119;
- N. SALANITRO, *L'offerta fuori sede di prodotti finanziari bancari ed assicurativi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1999, I, p. 405;
- V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *I contratti*, 2008, p. 173;
- V. SANGIOVANNI, *Aspetti contrattuali della nuova consulenza finanziaria*, in *I contratti*, 2010, p. 175;

- G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999;
- F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza nei contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2008, p. 25;
- F. SCLAFANI, *Energia elettrica e gas*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, vol. VI;
- E. SCODITTI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione: il consumatore ha diritto al risarcimento del danno?*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 942;
- E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 120;
- M. SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nella giurisprudenza italiana*, in *Diritto industriale*, 1998, p. 41;
- A. SERINO, *Il nuovo Codice delle assicurazioni private e il suo sistema sanzionatorio*, in *Temì Romana*, 2005, p. 6;
- D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, p. 213 ss.;
- G. SILINFARDI, *L'incidenza sul codice della navigazione della normativa comunitaria sul trasporto aereo*, in *Diritto dei trasporti*, 1997, p. 355;
- M. SIRAGUSA, *Diritto e politica della concorrenza nella Cee: prezzi discriminatori e non equi (art. 86)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p. 46;
- G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *I Contratti*, 2008, p. 727.
- E. STICCHI DAMIANI, *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina (atti del convegno di Lecce, 30 e 31 marzo 2007)*, volume n. 15 della *Collana Diritto dell'Economia* diretta da E. PICOZZA e G. LENER, *passim*;
- C.M. TARDIVO, *Polizze unit ed index linked: la causa del contratto*, in *Rivista Amministrativa delle Repubblica Italiana*, 2002, p. 93;
- O. TENTOLINI, Voce "Circolari ed istruzioni", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959;

- G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2002;
- A. TIZZANO, *L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro Italiano*, 1989, IV, p. 75 ss
- A. TOFFOLETTO, *Antitrust: la legge italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1990, I, p. 925;
- L. TORCHIA, a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009;
- E. M. TRIPODI - C. BELLI (a cura di), *Codice del consumo*, II, Rimini, 2008;
- L.C. UBERTAZZI, *La concorrenza bancaria*, Milano, 1986;
- G. VETTORI, *Sulla distribuzione selettiva nel settore della stampa (Nota a Cass., 16 aprile 1983, n. 2634, Federa. it. ed. giornali c. Roselli)*, in *Foro italiano*, 1984, I, c. 535;
- G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 11;
- M. VINCENZINI, a cura di, *Manuale di gestione assicurativa*, Padova, 1999;
- C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885;
- G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione delle assicurazioni sulla vita: problemi giuridici*, in *Assicurazioni*, 1997, I, p. 23;
- G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze unit ed index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, I, p. 233;
- G. VOLPE PUTZOLU, *Il parere del consiglio di stato sullo schema di codice delle assicurazioni (Nota a C. Stato, sez. per gli atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, Min. attività produttive)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 881;
- G. VOLPE PUTZOLU, *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1997, p. 773;
- G. VOLPE PUTZOLU, *Le disposizioni relative ai contratti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1255;

- G. VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, in *Assicurazioni*, 2003, I, p. 315;
- V. ZENO - ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del)*, - *Diritto Civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, e postilla di aggiornamento, 2000, vol. VIII;
- C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885;
- F. ZARDO, *La richiesta di risarcimento danni nell'assicurazione r.c.a.*, in *Assicurazioni*, 2008, I, p. 372;
- V. ZENO ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II, p. 517;
- J. ZILLER, *La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, pp. 23-28;
- L. ZITIELLO, a cura di, *La MIFID in Italia - La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, Torino, 2009;
- A. ZITO, *Contraddizioni concettuali ed anomalie sistemiche nel mercato finanziario: considerazioni minime sulla centralità della tutela del risparmiatore*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, p. 77.

Introduzione	p.	1
Capitolo I		
I fondamenti economici e giuridici delle politiche di liberalizzazione e di promozione della concorrenza	p.	11
1. Premessa	p.	11
2. Problematiche terminologiche	p.	14
3. L'analisi giuseconomica delle politiche di liberalizzazione	p.	19
4. La rilevanza comunitaria della concorrenza	p.	25
5. La rilevanza costituzionale della concorrenza	p.	32
Capitolo II		
Promozione della concorrenza e tutela dei diritti del consumatore nel mercato assicurativo	p.	41
1 - Premessa: l'“ordine giuridico del mercato”	p.	41
2 - L'introduzione della tutela della concorrenza in Italia	p.	46
3 - L'introduzione del consumerismo in Italia	p.	49
4 - Rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore	p.	53
5 - Una applicazione concreta: il danno antitrust e l'azione collettiva	p.	62
Capitolo III		
La promozione della concorrenza nei settori regolamentati e il ruolo delle autorità indipendenti	p.	71
1 - Liberalizzazioni e autorità indipendenti	p.	71
2 - I settori privatizzati	p.	79
3 - L'ISVAP autorità indipendente?	p.	84
4 - Relazioni tra le autorità: regolazione e concorrenza	p.	93
5 - Evoluzione del modello, sviluppi e progetti normativi (rinvio)	p.	97
Capitolo IV		
Tutela del consumatore, concorrenza e servizi finanziari	p.	101
1 - Premessa	p.	101
2 - Unitarietà della figura	p.	106
3 - Attività finanziaria e tutela del risparmio	p.	118
4 - Imprese finanziarie e problematiche concorrenziali	p.	122
5 - Servizi finanziari, asimmetria informativa, arbitraggio normativo	p.	126

Capitolo V

Caratteristiche economiche e giuridiche del mercato assicurativo italiano	p.	131
1 - Premessa: le principali problematiche concorrenziali dell'attività assicurativa	p.	131
2 - Dati economici ed evoluzione legislativa	p.	134
3 - Gli interventi dell'autorità garante della concorrenza e del mercato	p.	143
4 - Gli interventi giurisprudenziali su intese e danno antitrust	p.	149
5 - Il regime di intermediazione (rinvio)	p.	156

Capitolo VI

Le misure di liberalizzazione nel Codice delle assicurazioni private	p.	161
1 - La portata innovativa del Codice delle assicurazioni	p.	161
2 - Le modifiche successive al Codice	p.	167
3 - Le disposizioni in favore della concorrenza	p.	173
4 - Le disposizioni a tutela del consumatore	p.	177
5 - L'indennizzo diretto	p.	179

Capitolo VII

Le misure di promozione della concorrenza nel settore assicurativo successive al Codice	p.	191
1 - Premessa	p.	191
2 - La disciplina dell'attestato di rischio	p.	194
3 - Il diritto di recesso dai contratti di assicurazione	p.	198
4 - Il preventivatore r.c. auto	p.	202
5 - L'attuazione regolamentare del Codice	p.	204

Capitolo VIII

Profili civilistici dell'intermediazione finanziaria e assicurativa	p.	217
1 - I contratti di intermediazione nel Codice Civile	p.	217
2 - L'attività di intermediazione nel settore finanziario ed assicurativo	p.	222
3 - La disciplina dell'intermediazione assicurativa nel Codice delle assicurazioni	p.	230
4 - L'intermediazione assicurativa nelle misure di promozione della concorrenza	p.	235
5 - L'intermediazione assicurativa nella regolamentazione secondaria	p.	246

Conclusioni	p.	250
--------------------	----	-----

Bibliografia	p.	262
---------------------	----	-----