



EMANUELE TEDESCO

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università Luiss Guido Carli

AUTONOMIA PRIVATA E REGOLAZIONE DEL MERCATO: TRA NUOVI SPUNTI E VECCHIE QUESTIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il mercato europeo quale «locus artificialis» naturalmente bisognevole d'interventi regolatori. «Next Generation EU» e «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza». Esigenza di rileggere i rapporti tra autonomia privata e regolazione del mercato. – 2. Ragioni «storiche» della regolazione: il transito verso una economia «regolata» e la conseguente comparsa delle Autorità indipendenti. Ruolo dell'Unione europea e questioni derivate. – 3. Moduli operativi della regolazione del mercato: regolazione «autoritativa», regolazione «soft», regolazione «giustiziale». – 4. Regolazione del mercato e contratto: le concrete modalità d'incidenza. Fase «genetica» del contratto (o «pre-contrattuale»); fase «esecutiva» del contratto (o «endo-contrattuale»); invasione della sfera organizzativa dell'attività d'impresa. Dalla «conformazione del contratto» alla «conformazione dell'autonomia privata». – 5. Quattro compiti per l'interprete dell'oggi. – 5.1. Sub a). – 5.2. Sub b). – 5.3. Sub c). – 5.4. Sub d). – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Illustre giurista del nostro tempo, ormai più di due decenni or sono, ebbe a scrivere che “il mercato, qualsiasi mercato, è un *locus artificialis*, costruito dal diritto e conformato secondo criteri e volontà umane”¹.

La conclusione – tosto condivisa dalla dottrina, per lo meno quella più sensibile ed accorta² – lascia invero trasparire una ben più alta e (almeno all'epoca) profetica verità, che può riassumersi nella constata esigenza

¹ La citazione è tolta da N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 1; ma, com'è risaputo, l'illustre A. ebbe ad esprimere il proprio pensiero nei termini sopra riferiti sin da ID., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 289 ss., per poi sviluppare *amplius* la tesi in discorso in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, e spec. 1, 11, 99 e 112 (da cui, peraltro, s'originò un proficuo dibattito, i cui risultati vennero trasposti in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999). In séguito, l'A. tornò più volte sul tema: ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, 1 ss.; ID., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, 435 ss., spec. 438; ID., *Geo-diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 4, 461 ss. (ora, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1, 21 ss.); ID., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Rass. ec.*, 2004, 2, 555 ss. (anche in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 1, 1 ss.); ID., *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, t.1, 1297 ss.

² Si veda, ad esempio, P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'Unione europea*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di G. DALLA TORRE, Milano, 2010, t. 2, 1375 ss., secondo cui “[o]ccorre prendere le distanze da una visione pan-economica secondo la quale il mercato sarebbe un ordine spontaneo regolamentato da proprie leggi. In questa prospettiva, le relazioni sociali risulterebbero indebolite e alla dignità personale residuerebbe un mero valore di scambio”. Invero, sono davvero esigue le voci contrarie a siffatta visione del mercato, tra le quali, per l'autorevolezza, bisogna tuttavia ricordare R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in *Il contratto*, a cura di R. SACCO-G. DE NOVA, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 21, secondo il quale il mercato nascerebbe come «prodotto spontaneo» dell'autonomia dei privati. Per quanto anche autorevolmente sostenute, impostazioni del genere si pongono in contrasto, da un lato, con gli stessi presupposti del mercato [che, per funzionare, abbisogna di una preventiva posizione di concetti d'indubbio carattere «giuridico»]: N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 44 ss., per il quale le regole che dettano i caratteri del mercato si dividono in «norme proibitive», «norme attributive» e «nor-



za di abbandonare ogni visione esageratamente idolatra del mercato, inteso cioè quale «divinità» in grado di realizzare da sé, a mo' di «mano invisibile», i bisogni, le esigenze e gl'interessi, qualsiasi questi siano, di ciascun individuo e, quindi, della società³.

Anche il diritto dell'Unione europea, del resto, rispondentemente ad una tale più matura visione dei rapporti di (e nel) mercato⁴, ha imposto – come taluno ha ben detto – un serrato bilanciamento delle logiche mercantilistiche “con altri interessi, quali il miglioramento della qualità dell'ambiente e tutta quella serie di valori consacrati nel titolo primo del TUE, quali la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc. (artt. 2 e 3), che condizionano struttura e funzionamento del mercato. Coerentemente con questo quadro costituzionale l'art. 3 parla di economia sociale di mercato per qualificare l'economia dell'UE, riallacciandosi ad una grande tradizione culturale”⁵.

Tuttavia, se si volesse ancora abiurare una concezione autenticamente etero-indotta del mercato, per lo meno a livello europeo, per espungere ogni più tenace convinzione sul punto basterebbe soffermarsi con occhio snebbiato sull'ampia colluvie d'interventi di recente messi in atto dall'Unione europea per risollevare, *anima et corpore*, il mercato unico dalle nefaste conseguenze dell'emergenza pandemica degli ultimi anni.

In disparte dalla locuzione utilizzata, ovverosia «*Next Generation EU*» – locuzione che, pur portando sùbito all'attenzione le finalità, anche prospettiche, della «terapia» apprestata, impedisce d'inquadrare questa nel solco dell'ormai salda tradizione dei principi e dei valori euro-unionali –, invero, il complesso di misure varato dalle Istituzioni europee⁶ lascia trasparire, in maniera davvero limpida, l'accolta qualificazione del

me conformative»; le prime e le seconde servono per identificare “i *soggetti legittimati*, i *beni commerciabili*, i *negozi stipulabili*” (*op. cit.*, 46, corsivo dell'A.), mentre le ultime sono “quelle che, disciplinando i negozi, danno al mercato una peculiare fisionomia” (*op. cit.*, 47)], nonché, dall'altro, con la visione personalistica innegabilmente accolta dalla nostra Carta costituzionale [non a caso, si è ben detto che un mercato di tal fatta si configurerebbe “come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantizzazione infinita ed al conflitto continuo” (D. MESSINETTI, *La manualistica e le nozioni fondamentali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 650); ma allora si veda anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 482 ss., secondo il quale, nell'attuale contesto geo-politico-economico, il mercato ha «forza pervasiva» giacché “tende a creare bisogni conformi agli oggetti che produce e ad invadere le libertà e le capacità critiche delle persone in un sistema perverso, pubblicitario e informativo, che, quale vera nuova tirannide dell'era contemporanea, mette in crisi, incidendo sulla cultura di massa, la stessa formazione dell'opinione pubblica e il sistema di controllo popolare” (riprendendo quanto già sostenuto da M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 42, che configurava il mercato come strumento di indebolimento delle relazioni sociali, diretto a realizzare una mercantizzazione e un conflitto riducibili mediante la politica, senza necessaria restrizione delle libertà economiche e civili e, dunque, della democrazia)].

³ P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, 325 ss., spec. 326, per il quale “[n]on sorprende (...) che il mercato si presti ad incredibili esaltazioni, come la nuova divinità, mirabile meccanismo di selezione dei migliori e dei capaci, fonte di benessere collettivo (...). Ma non sorprende neppure che vi si contrappongano esecrazioni non meno estreme, che denunciano il mercato come un «convitato di pietra», impietoso, perverso, favorevole ad ogni furbizia e ad ogni abuso”.

⁴ Sul punto si veda M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 191 ss., secondo cui, nella visione ordoliberale «l'ordine concorrenziale» del mercato non appare più come un ordine spontaneo, bensì come un ordine costruito, di cui lo Stato deve garantire la sopravvivenza e il buon funzionamento: il mercato “da mero «luogo» deputato allo svolgimento dell'attività economica di scambio, è diventato una «istituzione», con finalità e mezzi propri (un *locus artificialis*)”. Interessante è anche l'originale parallelismo prospettato da G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, 509 ss., spec. 510, il quale, riprendendo gl'insegnamenti d'illustre dottrina (G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, 421 ss.), afferma che, coerentemente con tale visione, “si profila, dunque, l'attribuzione allo Stato di un insopprimibile ruolo attivo nel regolare il mercato e gli istituti che ne assicurano il buon funzionamento – tra i quali spicca, per rilevanza sistematica e impatto applicativo, il diritto della concorrenza – in assonanza forse non casuale con i dettami del pensiero ordo-liberale della c.d. Scuola di Friburgo”.

⁵ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 22, 1 ss., spec. 3.

⁶ Il percorso che ha condotto all'approvazione del meccanismo «*Next Generation EU*» prende le mosse dalla Comunicazione della Commissione COM(2020)456 del 27 maggio 2020, con la quale è stata presentata la proposta relativa ad un fondo per la ripresa europea e al quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021-2027. Successivamente, in data 21 luglio 2020, è stato raggiun-



mercato europeo quale *locus* ontologicamente bisognevole d'interventi etero-nomi; e, per altro verso, la connotazione che, proprio in ragione di ciò, l'Unione europea ha inteso assegnargli per gl'anni a venire. Un mercato, cioè, più equo e sostenibile di quello attuale, nei confronti del quale l'ordinamento (interno e sovranazionale) non potrà esimersi dall'assolvere – e prima ancora dall'attribuire a soggetti all'uopo idonei – importanti e cruciali funzioni di «regolazione».

Non è quindi un caso che anche il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»⁷ – strumento d'attuazione domestica del «*Next Generation EU*» – dedichi ampio spazio a questioni e problematiche di carattere *lato sensu* «regolatorio», annoverando ad esempio la promozione della concorrenza⁸ – quale primo strumento di raccordo delle contrapposte istanze che agitano il mercato – tra le quattro riforme c.d. abilitanti ivi descritte⁹, e prevedendo all'uopo una serie d'interventi strutturali, tra i quali – *inter alia* – lo sviluppo delle infrastrutture strategiche (in ispecie reti di telecomunicazioni, energetiche e di trasporto portuale)¹⁰, la rimozione delle barriere all'ingresso nei mercati (soprattutto nel settore energetico e in quello delle concessioni autostradali)¹¹, l'implementazione di elevati livelli di competitività nell'erogazione dei servizi pubblici, anche a fini di sostenibilità ambientale (in particolare nel settore del trasporto pubblico locale, della sanità e della gestione dei rifiuti)¹².

Nella stessa direzione, del resto, può leggersi anche il paventato rafforzamento dei poteri e delle prerogative dell'AGCM e delle altre Autorità indipendenti (tra le quali l'ARERA, la Consob e l'ART)¹³.

L'ampia congerie d'interventi previsti a valle del «*Next Generation EU*» e del «PNRR» impone dunque di guardare con rinnovata attenzione alle questioni che inevitabilmente sorgono quando si esamina il delicato – e, a tratti, irricucibile – rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato; dacché l'esigenza, per la verità non disconosciuta già in tempi non sospetti¹⁴, di riflettere, in prospettiva gius-civilistica, sugli stru-

to in seno al Consiglio europeo un accordo politico su entrambi gl'interventi sopra menzionati, cui hanno fatto séguito, dapprima, il Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che ha stabilito il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 da ben € 1.074,3 miliardi e, poi, il Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che ha istituito uno strumento dell'Unione europea per la ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 («*Next Generation EU*») da ben € 750. Per ulteriori riferimenti si veda la cronistoria accessibile a <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/timeline/>.

⁷ Approvato in via definitiva dalle Istituzioni europee in data 13 luglio 2021, con risorse stanziare per un totale di € 191,5 miliardi.

⁸ Non a caso, taluno afferma, a ragione, che la definizione del mercato europeo quale *locus artificialis* “sta alla base di un'altra componente dello scheletro costituzionale dell'UE: la tutela della concorrenza”, dacché “il diritto della concorrenza europeo presuppone il mercato non già come un *locus naturalis*, bensì come un prodotto artificiale, che bisogna di regole e di controlli amministrativi, per evitare che, seguendo la sua logica spontanea, non determini abusi del potere di mercato e cartelli con pregiudizio del benessere dei consumatori”: così G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 3.

⁹ Si veda il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza», accessibile all'indirizzo <https://www.italiadomani.gov.it/>, che, dopo aver evidenziato che “[l]a tutela e la promozione della concorrenza – principi-cardine dell'ordinamento dell'Unione europea – sono fattori essenziali per favorire l'efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la pandemia”, chiarisce che tali fattori “[p]ossono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale” (79).

¹⁰ PNRR, 79-80.

¹¹ PNRR, 80.

¹² PNRR, 80.

¹³ PNRR, 81; proposito, quest'ultimo, che, per la verità, ha già trovato una prima, se pur programmatica, attuazione nell'ultimo d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza, allo stato in fase di discussione al Senato, ed al cui interno è contenuto un intero Capo IV, dedicato giustappunto all'implementazione dei poteri dell'AGCM nel settore dei mercati digitali.

¹⁴ Se si volesse ravvisare un precedente nell'attenzione della civilistica verso il tema in discorso, questo andrebbe senz'altro rintracciato nella riflessione, avviata a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, sul tema della contrattazione di massa, quale occasione, in ispecie, “per interrogarsi sul «controllo sociale» sull'attività d'impresa e, quindi, sul mercato”, dacché “[s]i inizia a comprendere che (...) la disciplina del mercato è questione da trattare in termini progettuali di *legal policy*” (citazione tratta dal magistrale studio sulla civilistica italiana di F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su*



menti di regolazione *more solito* impiegati dalle Autorità indipendenti e sui loro multiformi effetti sulle varie fasi della complessa vicenda negoziale e, da qui, financo sull'organizzazione imprenditoriale dei principali attori del mercato.

2. – Volendo affrontare, sia pure in prospettiva necessariamente compendiosa, le occasioni d'incontro – o, probabilmente, di scontro – tra lo spazio riservato all'autonomia dei privati e la regolazione autoritativa del mercato – che, poi, altro non è se non particolare riproduzione del più classico tra i conflitti che anima da tempo immemore lo *ius civile*, ovverosia quello tra «auto-» ed «etero-nomia» – s'incappa, già nell'imbastimento del discorso, in interrogativi che – per quanto forse destinati a rimanere inevasi – interessano in profondità gl'istituti e le categorie giuridiche¹⁵ sulle quali s'è andata via via edificando la civilistica sino ai nostri giorni.

Stante la ristretta sede che ci occupa, tuttavia, il lettore saprà senz'altro perdonarci se procederemo dando per acquisiti talune fondamentali direttrici che riguardano l'ambito in indagine, tra cui: funzioni delle – se pur non omogenee – Autorità indipendenti¹⁶; fondamento, limiti ed estensione dell'autonomia privata¹⁷; assenza del fenomeno dell'integrazione contrattuale¹⁸; separazione tra diritto pubblico e diritto privato¹⁹.

autonomia privata e libertà contrattuale, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., t. 2, 1491 ss., spec. 1544-1545); così, in quegli anni campeggiano studi che saranno precursori delle tendenze di rilettura dell'autonomia privata alla luce del complesso fenomeno regolatorio, tra i quali ricordiamo (almeno): P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972 (da cui il contributo di ID., *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, 239 ss.); M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, 122 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto*, "potere normativo d'impresa" e problemi di "democratic control", in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, 2028 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975 (nonché ID., *Controlli sull'impresa e tutela del contraente debole*, Bologna, 1977); M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (ora parzialmente in ID., *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, limiti*, Torino, 2021, 1 ss.).

¹⁵ Sulla distinzione tra categorie e istituti giuridici si veda l'efficace sintesi di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 21: "Se si assume la categoria della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo, essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni storiche. In questo senso deve dirsi che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici" (per tale concezione si veda anche R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1980, 17). All'interno della riflessione sul tema, è d'obbligo richiamare anche R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 1, per il quale le categorie giuridiche sarebbero "veicoli adatti per portare alla consapevolezza del giurista problemi di insieme abbandonati altrimenti all'empiria" (corsivo dell'A.), sì che "coloro che vogliono porre ordine in ciò che sanno, far progredire il proprio sapere e comunicarlo al prossimo debbono disporre di categorie ordinanti e di una lingua che le esprima" (p. 2). Si veda, inoltre, N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 625, che osserva che "i concetti del giurista sono assai spesso categorie filosofiche ridotte al consumo giornaliero". Più di recente, un'interessante definizione di «categoria giuridica» è stata proposta da S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, 489 ss., spec. 494, secondo il quale "le categorie giuridiche salgono, bensì, dal basso, costituendo generalizzazioni ricavate dall'analisi del dato positivo: ma, compiuto questo percorso, dal dato positivo si distaccano e lo trascendono in un certo modo, riordinandosi in un sistema di concetti veicolato dalla tradizione e che il giurista apprende, fondamentalmente, attraverso gli studi universitari"; egli soggiunge inoltre: "le categorie, dunque, non stanno tutte dentro il dato positivo, non vivono racchiuse in esso, sicché, di fronte al divenire caotico della legislazione e al disgregarsi dell'unità delle fonti proprio dell'epoca moderna, non rimanga che dover constatare l'irriducibilità delle singole norme ad un insieme ordinato". Secondo l'A., quindi, le categorie "piuttosto, appartengono all'interprete: sono schemi concettuali conoscitivi e con funzione ordinante della realtà giuridica".

¹⁶ Sul tema, senza pretesa di esaustività, si rimanda a F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID.-M. PAS-SARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003 (rist. Bologna, 2011); M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; ID., *Le Autorità indipendenti nello spazio regolatorio*, Bologna, 2009; G. GRASSO, *Le autorità amministrati-*



Del resto, a nostra discolpa, si può giusto soggiungere che il senso usitato dei concetti appena richiamati appare da tempo esposto²⁰ ad alterazioni ed ibridazioni prima neppure lontanamente preconizzabili, come quelle che taluno ha ben saputo rappresentare attraverso le evocative locuzioni di «diritto privato amministrativo»²¹ e di «diritto privato regolatorio»²². E, se indubbiamente – per sbrigativa faciloneria – si sarebbe anche portati a ravvisare la causa immediata di tale tendenza nella comparsa e nella conseguente proliferazione delle Autorità indipendenti, non bisogna negligenza che queste ultime, in realtà, non sono che il trascinarsi ultimo di un più ampio e complesso fenomeno che ha interessato in profondità il rapporto tra Stato e mercato; fenomeno il cui itinerario essenziale, per vero, è già stato tracciato – sia pure mediamente – nel corso delle considerazioni svolte in apertura delle presenti pagine.

Ci riferiamo, in particolare, al progressivo transito da un'economia totalmente lasciata all'arbitrio dei suoi più tirannici attori ad una invece essenzialmente controllata e sovvenzionata dalla mano pubblica, sino ad arrivare, nel tempo dell'oggi, ad un'economia di mercato nel senso più realistico e disilluso del termine²³; e,

ve indipendenti della Repubblica, Milano, 2006; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018; da ultimo E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 51 ss.

¹⁷ Su cui è sufficiente rimandare, tra i classici, a S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, 366 ss., il quale già ammoniva sulla natura poliforme e a tratti anfibia del concetto in questione (si vedano, ancora tra i classici, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*, e spec. 14 ss. e R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, 516). Di recente, con più particolare attenzione all'ormai indubitato fondamento costituzionale dell'autonomia privata, si veda F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. giur.*, Ann. VIII, Milano, 2015, 61 ss.; mentre, sulla nozione di «diritto civile» è d'obbligo rimandare a S. MARTUCCELLI-V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, 2011.

¹⁸ L'espressione è tolta dal pregevole studio di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964 (rist. Milano, 2004), cui si rinvia per un'ampia indagine circa il fondamento teorico dell'integrazione del contratto [ad esito della quale l'A. – rifiutati sia l'assunto che il regolamento contrattuale debba necessariamente «rispondere all'esclusiva logica dei privati» (*ivi*, 87), pur restando la fonte privata «il motore del contratto» (*ibid.*) e l'elemento qualificante la fattispecie, sia la contrapposizione teorica tra contenuto ed effetti del contratto (*ivi*, 77 ss. e spec. 89 ss.), sia ogni sovrapposizione tra interpretazione e integrazione (*ivi*, 105 ss.) – individua nel regolamento contrattuale il prodotto di un «concorso di fonti» (*ivi*, 105): il problema dell'integrazione viene così risolto in quello della costruzione del regolamento contrattuale, fermo restando che all'attività delle parti deve riconoscersi, come detto, valore qualificante la fattispecie, la quale conserva carattere negoziale]. Sul tema si vedano altresì F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di ID., 1993; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019, 453 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1379 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, 2004, 253 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2006, 389 ss., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 65 ss. (e già ID., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 524 ss.); C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *AA.VV.*, *I contratti in generale*, II ed., 2, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 2006, 1147 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, II ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 3 ss.

¹⁹ Su cui si veda, magistralmente, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., il quale, riprendendo le riflessioni d'illustre dottrina (Salv. ROMANO, *Distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963, 10 ss.), rileva che l'esigenza della distinzione “viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più precisamente come sintesi dinamica necessaria (o come dialettica) di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono una unità vivente e vitale, un organismo” (*op. cit.*, 696); il che dovrebbe scongiurare “la manifestata preoccupazione per la quale la distinzione, presentandosi come netta antitesi, comprometterebbe la concezione unitaria del diritto, alla quale la scuola giuridica italiana è pervenuta in seguito a gravi lotte ed eroiche fatiche” (*ibid.*).

²⁰ Non a caso, S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, 696 evidenziava che “[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”.

²¹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 520 e 523 ss.

²² A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 3, 515 ss., spec. 526.

²³ Per un'analisi del fenomeno si rinvia ad A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e Antitrust*, a cura di G. OLIVIERI-ID., Roma-Bari, 2008, 3 ss.



quindi, al passaggio da un modello di Stato «monista»²⁴ (sia esso mero «osservatore» o, all'opposto, «imprenditore»²⁵) ad un diverso modello di Stato che assomma a sé funzioni d'indirizzo e di controllo²⁶. Un modello istituzionale, per meglio dire, ben compendiabile attraverso il weberiano *Idealtypus* dello Stato «regolatore», che – come autorevolmente evidenziato²⁷ – è altro sia dal modello dello Stato «liberale» sia da quello dello Stato «imprenditore»²⁸.

Tale transizione, operata attraverso un lungo e travagliato incedere sospinto dalle Istituzioni comunitarie²⁹, ha dato vita ad un sistema ordinamentale con tratti non velatamente «foucaultiani», capace cioè di con-

²⁴ Si veda quanto autorevolmente evidenziato, sia pure rispetto ad altra – più specifica – questione, da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 507 ss., spec. 508-509, che, a proposito dell'incidenza della clausola di buona fede sui rapporti contrattuali (e sul mercato in genere), rileva che oggigiorno alla “concezione manicheista del mercato (...) si sostituisce l'idea di una possibile conciliazione fra il mercato, *locus artificialis*, e la buona fede, mezzo di regolamentazione della libera concorrenza”.

²⁵ È inutile indugiare sul fatto che l'intervento pubblico nell'economia aveva assunto, nel corso del Novecento, carattere ipertrofico (su cui, per più ampi riferimenti, si veda G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009, 93; G. PALMERIO, *Politica economica*, II ed., Napoli, 1996, 283 ss.).

²⁶ Sulla relazione biunivoca tra passaggio dal modello di Stato «imprenditore» al modello di Stato «regolatore» ed emersione delle Autorità amministrative indipendenti, si vedano, *ex multis*, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15 ss. e 273 ss. e V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, 160; sul tema sia consentito rimandare altresì a E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia e integrazione del contratto. Il rapporto tra le Autorità di regolazione e l'autonomia privata*, in *Contratti*, 2021, 2, 231 ss., spec. 231-233; tale processo è segnalato, con peculiare attenzione alle posizioni della giurisprudenza amministrativa, da T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, 11, 2497 ss., spec. 2499.

²⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 521.

²⁸ Deve tuttavia precisarsi che, in séguito alla crisi finanziaria globale occorsa sul finire del 2007, gli Stati (anche e soprattutto) europei hanno messo in atto poderose misure di sostegno volte a stabilizzare i mercati, tanto da indurre taluno a discorrere di “interventi pubblici emergenziali sconosciuti finanche nella stagione della direzione pubblica del mercato”, con conseguente “assunzione da parte del Governo di impegni diretti nel capitale delle banche in crisi, con modelli di nazionalizzazione, in molti casi temporanea, del sistema bancario, basati sulla ricapitalizzazione, ad opera dello Stato, delle istituzioni finanziarie vulnerabili” (I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, in *Arbitri dei mercati*, cit., 266). Donde, secondo autorevole dottrina (G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.), il passaggio ad un nuovo modello di Stato, definito per l'appunto «salvatore». Il processo appena riferito potrebbe trovare un'ulteriore conferma negl'interventi di sostegno adottati per far fronte alle gravi conseguenze economiche derivanti dall'emergenza pandemica da Covid-19 (*id est*: i già cit. «*Next Generation EU*» e «PNRR»). Tuttavia, ci pare che, volgendo un attento sguardo alle misure da ultimo riferite, addirittura intranee all'ambito del bilancio europeo pluriennale, non sia più predicabile l'emersione di un nuovo modello di Stato «salvatore», diverso tanto dallo Stato «regolatore» quanto da quello «imprenditore». Invero, gli interventi salvifici sempre più spesso adottati durante particolari momenti emergenziali non fanno altro che confermare la nuova veste *lato sensu* «arbitratoria» assunta dallo Stato contemporaneo, chiamato ormai stabilmente ad assolvere anche funzioni di gestione e perequazione del mercato, realizzate però attraverso moduli operativi che non sono più riducibili al mero «dirigismo economico» dello scorso secolo, e forse – e su questo condividiamo con la dottrina da ultimo richiamata – neppure alla «regolazione» convenzionale dell'economia.

²⁹ Secondo M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 37-38, spec. nt. 75, le motivazioni che hanno sospinto il processo di «privatizzazione» e «liberalizzazione» occorso a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo vanno rintracciate nella necessità, sollecitata dal processo di integrazione europea, per un verso, “di procurare entrate allo Stato per ridurre il disavanzo” e, per altro verso, “di restituire alle regole di mercato settori nei quali le imprese pubbliche operavano in regime di monopolio o, comunque, in situazione privilegiata”. Basti qui evidenziare, comunque, che l'anzidetto processo trovò una prima manifestazione nell'approvazione del d.l. 3 ottobre 1991, n. 309 («Trasformazione degli enti pubblici economici e dismissioni delle partecipazioni statali»), mai convertito, che all'art. 1 disponeva: «Gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni». In séguito, fu la l. 8 agosto 1992, n. 359 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 1992, n. 333, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica») a segnare l'avvio di una prima fase di privatizzazione c.d. «formale», mediante la trasformazione di alcuni enti pubblici preesistenti (IRI, ENI, INA ed ENEL) in società per azioni con attribuzione allo Stato della titolarità dei relativi pacchetti azionari (art. 15). La seconda fase, coincidente con la privatizzazione c.d. «sostanziale», venne avviata con la l. 30 luglio 1994, n. 474 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni») che regolamentava le modalità di alienazione ai privati delle partecipazioni azionarie detenute da soggetti pubblici, conservando in capo allo stesso, anche non azio-



formare l'agire privato coll'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale³⁰, imponendo o replicando quegli esiti che il mercato, da sé, non è in grado di realizzare³¹.

In questo precipuo contesto, ben più limpide appaiono allora le ragioni dell'emersione³² delle Autorità (per più d'una esigenza) indipendenti³³, alle quali è stata attribuita un'imprescindibile funzione di «*market regulation*»³⁴. Funzione che, però, proprio a ragione della già richiamata natura artificiale del mercato³⁵ –

nista, poteri speciali di controllo e di veto («*golden share*») in ordine alle decisioni più significative e strategiche delle società privatizzate. In ogni caso, sul processo qui sinteticamente descritto, si vedano N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 112 ss. e 167 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, 91 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 32 ss.

³⁰ Che sia questa la principale ragione della «regolazione» è conclusione condivisa dalla pressoché totalità della dottrina (V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, a cura di AA.VV., Napoli, 2006, 971; G. GITTI-P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, 17). Secondo altra autorevole dottrina, inoltre, la tutela della concorrenza sarebbe un fine, per così dire, «strumentale» alla realizzazione di ben più alti interessi e valori di stampo solidaristico [così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 489 ss. e 504 ss., nonché ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 237 ss., da cui si cita, spec. 257): «la libertà di iniziativa economica e di concorrenza hanno carattere strumentale, dacché “sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona”; e, sia pure con (parziale) diversità di opinioni, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 388; si veda poi per tale prospettiva anche F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. soc.*, 2010, 384 ss., che mette in guardia sui rischi che si celano dietro l'affermazione secondo cui la regolazione miri puramente e semplicemente alla realizzazione della concorrenza; con più specifico riferimento al settore delle pubbliche *utilities*, si veda invece A. MUSTO, *Il contratto “asimmetrico” di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere “compensativo” della “parità” contrattuale violata?*, in *Contr. imp.*, 2010, 1421].

³¹ Sul tema si rimanda a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

³² I modelli ispiratori delle Autorità amministrative indipendenti italiane vengono generalmente identificati, per un verso, nelle «*Independent regulatory agencies*» o «*commissions*» ritratte dall'esperienza statunitense di fine Ottocento [su cui si veda almeno A. SCALIA, *Le Independent regulatory agencies nell'esperienza statunitense*, in *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*, a cura di AA.VV., Milano, 1996, 31 ss.], e, per altro verso, nei successivi modelli delle «*Autorités administratives indépendantes*» francesi e dei «*Quangos*» («*Quasi-autonomous non-governmental organisation*») inglesi. Per ulteriori approfondimenti sulle origini e sulle evoluzioni di tali modelli si vedano, *ex multis*, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, 1 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, *ivi*, 1997, 2 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, a cura di ID.-C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 217 ss.

³³ Secondo V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. DI RAIMO-ID., Napoli, 2006, 357 ss., la qualifica di «autorità amministrative», mal si concilierebbe con l'ulteriore attributo di «indipendenti», costituendo in tal senso un «ossimoro» e una «contraddizione», giacché «il primo dei due termini evoca immediatamente l'idea di una sottoposizione dell'organismo alle regole dell'amministrazione ed allo stesso principio di gerarchia, con i relativi poteri di direzione e controllo laddove l'indipendenza è normalmente intesa come la condizione tipica di chi è sottratto dalla legge al rispetto delle regole di subordinazione e di gerarchia all'interno del settore in cui svolge la propria attività». In merito, si veda anche M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 11 ss., il quale, rilevando una mutazione “forse con eccessiva *nonchalance* da esperienze giuridiche spesso profondamente diverse”, sostiene (*op. cit.*, 14) che l'avvento delle Autorità indipendenti avrebbe determinato “il tramonto della concezione classica di p.a. quale «entità compatta, inquadrata nello stato come apparato serventi il governo»” (riprendendo quanto già affermato da L. CASINI, *I confini e le dimensioni*, in *Il sistema amministrativo*, cit., 23); di «anomalia» e di «devianza» rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei Paesi di *civil law* parla, invece, E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online.it.

³⁴ L'accolta rinuncia dello Stato all'intervento diretto nell'economia ha avuto quindi come conseguenza l'assunzione da parte delle Autorità indipendenti di un ruolo capitale nella «rivoluzione» della politica economica italiana d'inizio anni Novanta, anche perché, come ben rilevato, detta rinuncia non è stata accompagnata da “un improbabile ritorno al «*laissez-faire*», proprio delle politiche liberalistiche” [su cui, comunque, si veda M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1997, 158], bensì dalla “assunzione da parte dello



così come dell'innegabile relazione che lega quest'ultimo al contratto³⁶ – si è inevitabilmente riverberata sull'autonomia negoziale³⁷ e, da qui, sulla composizione e sulle modalità di esplicazione dei poteri privati.

Non deve dunque lasciare interdetti, rappresentando anzi un *fil rouge* della negozialità del tempo presente, che oramai una cospicua messe di norme provenienti dal contesto «autoritativo», difficilmente collocabili con precisione entro la tralozia «gerarchia delle fonti», sia capace d'influire, in modo pervasivo – e, secondo taluno, addirittura invasivo³⁸ –, sulle tradizionali forme di estrinsecazione della libertà negoziale³⁹ e, in senso più ampio, sui modi, tempi e forme della contrattazione fra privati⁴⁰. Le *Authorities* sono così diventate, come altri ha ben detto, “protagoniste assolute del complesso fenomeno integrativo”⁴¹, invadendo addirittura la stessa strutturazione ed organizzazione dell'iniziativa economica privata, che – giova rammentare – almeno nei termini dell'art. 41 Cost., dovrebbe esser intesa, sia pure in modo non assoluto, come libera⁴².

3. – Il quadro appena delineato appare invero ancor più chiaro se sol si volge lo sguardo ai moduli operativi della regolazione citati in chiusura del precedente paragrafo.

La questione, per la verità, ha già formato oggetto di ampia attenzione (anche) da parte della civilistica e, sovente, il discorso è stato condotto lungo un sentiero quasi unidirezionalmente diretto alla riconduzione, se

Stato del nuovo ruolo di «arbitro» del gioco della concorrenza” (così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 37-38).

³⁵ V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., 972: “[i]l mercato non è mai libero in senso naturalistico perché la sua struttura è dettata dall'ordinamento giuridico, che definisce i margini di tutela degli scambi stessi”; si veda, inoltre, la bibliografia citata sotto le note 1 e 2.

³⁶ Si veda F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, 42.

³⁷ È stato giustamente notato che l'adozione da parte delle Autorità indipendenti di “norme per la regolazione di un determinato settore di mercato può implicare che si dettino norme anche per regolare i contratti del settore medesimo”: V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 541.

³⁸ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione nel mercato dell'energia elettrica*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATHIS-A. MAESTRONI, Torino, 2015, 249 ss., spec. 252.

³⁹ Si veda G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 329 ss., spec. 332, secondo il quale, nell'attuale momento storico, più che il codice civile, la normativa secondaria e i provvedimenti delle Autorità indipendenti “forniscono la «vera» disciplina di molti contratti” (considerazione, questa, invero già espressa dall'A. in ID., *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, 520).

⁴⁰ G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Ann. V, Milano, 2012, 134 ss.

⁴¹ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 3, 441 ss., spec. 442. Sta qui, secondo l'A. (ID., *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 100-101), l'essenza della c.d. «neo-regolazione» [espressione tolta da V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., 974], la quale – diversamente dal passato – “si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del mercato) tramite la disciplina del contratto” (sul tema si veda, per ulteriori riferimenti, anche E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 183 ss.).

⁴² Antica la disputa se la tutela del mercato, e in specie della concorrenza, sia stata considerata dal Costituente. Si esprime in senso favorevole P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., 239 ss.), il quale rileva che la Costituzione, “di mercato, di concorrenza (...) non fa esplicita menzione e sul punto, pertanto, è tacciata, ma ingiustamente, di ambiguità. In essa la difesa del mercato sussiste ed è di alto profilo; si collega più che alle ragioni dell'economia a quelle della politica in funzione di garanzia della democraticità dell'insieme”, ossia del sistema, “e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata e autoritaria”. *Contra*, invece, N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, c. 226, secondo il quale la Costituzione repubblicana, almeno sino alla riforma costituzionale del 2001 (ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 28 ss.), “non accoglie né il modello dell'economia di mercato né il generale principio della concorrenza”, con la conseguenza che “il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali: esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile” (*ibidem*).



non al forzato rimaneggiamento, del (nuovo) contesto «regolatorio» entro strutture e schemi già esistenti e ben consolidati nella nostra tradizione dogmatica.

Così, ogni sforzo ricostruttivo sinora profuso è stato per lo più teso ad individuare, tra i vari atti promananti dalle Autorità di regolazione, quelli che, in quanto dotati di determinati attributi di generalità, astrattezza e legittimazione derivante da fonte primaria⁴³, potessero ritenersi atti normativi, come tali quindi inquadabili – sia pure con buona approssimazione – tra le fonti secondarie dell’ordinamento (talvolta, addirittura come espressione del “potere regolamentare di altre autorità” cui fa cenno l’art. 3, comma 2, disp. prel. al cod. civ.)⁴⁴.

Pur prescindendo dal profilo da ultimo citato, v’è quindi che, da tempo, preso atto dell’indubbio carattere non assoluto della riserva di legge esistente in ambito negoziale⁴⁵, s’ammette che anche gli atti normativi delle Autorità indipendenti, purché mediatamente riconducibili ad una norma attributiva di rango primario⁴⁶,

⁴³ Non a caso, s’esprimono in termini di «delega legislativa» e di «potere delegato», *ex multis*, G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 134-136; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 94 ss., spec. 101 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 43 ss., spec. 48 (il quale rileva che “[p]er l’intervento pubblico nell’economia la Costituzione prevede, come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no”, sicché “il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni a una autorità regolatrice”); e, sia pure con diversità di opinioni, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, *ivi*, 65 ss., spec. 78-81 [ove l’illustre A., diversamente dall’impostazione da ultimo riferita, pur ritenendo coperta da riserva di legge la complessa materia regolatoria, afferma che “il legislatore non rimane inerte rinviando l’intera disciplina al delegato”, ossia l’Autorità indipendente, “ma partecipa alla produzione normativa rimettendo ad altro organo la determinazione di una frazione di norma” (*ivi*, 81)]. Posizione differente è invece espressa da M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 49 ss. [l’A. definisce una “controversa eventualità che poteri di produzione normativa (...) facciano capo a soggetti che non godono di legittimazione popolare” (*ivi*, 53) ed esprime riserve anche rispetto alla logica «negoziata» che accomuna i procedimenti di *drafting* di molti regolamenti delle Autorità indipendenti (su cui si veda anche V. VITI, *Carattere partecipato dell’attività regolativa delle authorities e autonomia privata. Elementi di “neocorporativismo” tra suggestioni e contestualizzazioni*, in *Contr. impr.*, 2020, 1, 64 ss.), ritenendo necessario un “potenziamento delle garanzie procedurali (rese poi effettive da un eventuale controllo in sede giurisdizionale)” (*ivi*, 56-57)].

⁴⁴ Sull’opzione argomentativa citata nel testo si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. FERRARI, *I contratti nei mercati regolati*, Torino, 2018, 20 ss.

⁴⁵ Il carattere relativo della riserva di legge in materia, quantunque ricavabile dall’art. 41 Cost., è pacifico tanto in dottrina (sin da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 37 e, più di recente, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 192), quanto in giurisprudenza (Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 31 ss., con nota di C. ESPOSITO, ove si legge: “La riserva di legge di cui all’art. 41 in parola non esige che l’intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l’esercizio tanto dell’attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale. In primo luogo, va tenuta presente la giurisprudenza di questa Corte, costante nel giudicare che la riserva di legge di cui al citato articolo non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l’utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l’attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità”). Si veda, però, F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in *Id.*, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2009, 71, il quale, sul rilievo della differenza tra regolazione del passato e regolazione dell’oggi, argomenta nel senso che quest’ultima sfuggirebbe alle maglie della riserva di legge, realizzando essa stessa “una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza”.

⁴⁶ Sul fondamento del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti si veda, *ex multis*, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2001, 1 e 5; interessante, poi, è la prospettiva seguita da G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad. reg.*, 2003, 812 ss., secondo cui il referente super-primario della potestà regolamentare delle *Authorities* andrebbe ravvisato nell’art. 117, comma 6, Cost. (*contra*, però, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenza della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, par. 2: per cui, il novellato Titolo V della Costituzione non offrirebbe alcun elemento, sotto il profilo dogmatico, per suffragare la conclusione innanzi riferita); per G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 91, nt. 1 il fondamento della potestà normativa delle Autorità indipendenti si ravvisa, invece, direttamente nel versante sovranazionale e, pertanto, indirettamente nell’art. 11 Cost. Al tema si lega, inoltre, la nota diatriba sui poteri impliciti che, per taluno, andrebbero riconosciuti alle Au-



possano incidere in vario modo sul contratto, negli stessi termini e attraverso gli stessi meccanismi concettuali propri della legge ordinaria⁴⁷. Addirittura, non è mancato chi, senza timore alcuno, ha ritenuto di annoverare i regolamenti delle *Authorities* tra le generali fonti di disciplina del contratto⁴⁸, al pari della legge o forse anche di più⁴⁹.

Tuttavia, se s'abbandonano per un istante prospettive ricostruttive di certo comode ma, forse, ben più consone ad altre e differenti occasioni, ci s'avvede presto che le «vie» della regolazione sono assai più tortuose di quelle che le conclusioni dianzi riferite potrebbero far credere. L'intervento «regolatorio» sul mercato (*recte*: sui mercati) si realizza infatti non soltanto per il tramite di atti che costituiscono diretta estrinsecazione di un potere normativo in senso stretto, ma anche attraverso pareri, raccomandazioni, indagini, ispezioni, autorizzazioni⁵⁰, che, pur avendo indubbia attitudine regolatoria⁵¹, sono difficilmente collocabili con precisione entro la tradizionale gerarchia delle fonti⁵², con tutti i problemi, ben noti, che ne derivano allorché se ne voglia indagare (*recte*: giustificare) l'incidenza sul piano contrattuale.

Anche su di un piano terminologico, poi, è ormai acquisito che il lemma «regolazione», ove utilizzato in relazione all'economia o al contratto, è in realtà capace di riferirsi a tutte quelle discipline che, ancorché non derivanti da fonti propriamente normative, sono comunque idonee a reagire ai fallimenti di mercato e/o a garantire i meccanismi ottimali del mercato concorrenziale (scongiurando asimmetrie informative, evitando il prodursi di esternalità negative, rimediando a situazioni di monopolio od oligopolio)⁵³. Non a caso, da tempo, a livello sovranazionale si discorre di «atti regolatori» in termini onnicomprensivi di “*laws, formal and*

thorities: in senso favorevole E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di ID.-F. DONATI, Torino, 2007, 175; *contra* M. ANGELONE, *o.u.c.*, 77 e 97.

⁴⁷ Non è possibile in tale sede dedicare spazio alle ulteriori questioni pur implicate nel discorso relativo all'attribuzione e all'esercizio di poteri «normativi» da parte delle Autorità amministrative indipendenti. Tuttavia, in linea di massima, basti qui rammentare che il tema sollecita una serie di riflessioni che, dalla ormai evidente diffusione del potere normativo, dalla crisi del «legicentrismo» o «Parlamentar-centrismo» (sul passaggio dalla «legge» unitariamente intesa in senso ottocentesco alle «leggi» settoriali, costole di veri e propri «micro-sistemi» a sé stanti, si veda ovviamente N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 25 ss., spec. 65 ss.) spaziano sino alla corretta collocazione degli atti normativi «regolatori» nella gerarchia delle fonti e alla conseguente soluzione di eventuali antinomie rispetto a norme derivanti da fonte di rango diverso, arrivando anche alla controversa eventualità che poteri di produzione normativa competano a soggetti svincolati dal tradizionale circuito di legittimazione democratica (e conseguente responsabilità politica): su tali temi e sulla soluzione che, sia pure criticamente nella prospettiva dell'A., ne ha dato la giurisprudenza amministrativa, si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 49 ss., spec. 54-66.

⁴⁸ Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 162; G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 56 ss., spec. 60; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 86; ID., *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 541 ss.

⁴⁹ G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, cit., 332.

⁵⁰ Sulla «confusione» che, già sul piano delle fonti primarie, connota la nomenclatura degli atti adottati dalle *Authorities*, si veda P. PERLINGIERI, *Firma digitale e commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 386 (per il quale, “non si sa se (...) i loro atti sono atti in un certo senso amministrativi, se sono atti giurisdizionali, se sono atti regolamentari di natura normativa”, essendo invero “un po' tutto un po' niente”); e, con più specifico riferimento agli atti adottati dalla Banca d'Italia, B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti 1996*, a cura di P. CARETTI, Torino, 1996, 243-244 (il quale, già all'epoca, notava che “delle 50 norme che attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di emanare regolamento a contenuto generale, nessuna parla di «regolamenti», e soltanto quattro di «istruzioni»: tutte le altre usano una terminologia varia”, così “perpetua[ndo] una situazione di ambiguità”).

⁵¹ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, 310 ss., spec. 314.

⁵² Tanto da indurre una certa dottrina (L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 93 ss.) ad annoverare gli atti «normativi» delle *Authorities* tra le fonti *extra ordinem* dell'ordinamento.

⁵³ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., 520-521.



*informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers*⁵⁴.

Anzi, come è stato ben detto⁵⁵, la regolazione c.d. «soft» è divenuta oggi il modulo operativo *par excellence* delle Autorità indipendenti, giacché, proprio grazie al prestigio e alla forza persuasiva di cui queste godono (essendo, del resto, tendenzialmente svincolate dal circuito politico-istituzionale⁵⁶), l'effetto conformativo sul mercato e sui contratti riesce a prodursi in maniera praticamente «spontanea», e cioè senza bisogno che gli atti in concreto adottati, definibili con la ben nota locuzione «soft law», seguano complesse procedure idonee a far acquisire diretta ricaduta sul piano ordinamentale⁵⁷.

Esempi di tale tendenza si ravvisano pressoché in tutti i settori regolati, e dimostrazioni se ne ritraggono, di là dalle ben note «comunicazioni» della Consob o dalle altrettanto rinomate «istruzioni» della Banca d'Italia⁵⁸, dalle «lettere al mercato» (già «circolari») diramate dall'IVASS, tese a rendere pubblica l'opinione dell'Istituto su determinate questioni di rilievo o a richiamare l'attenzione degli operatori assicurativi su alcuni profili di attività⁵⁹; o, ancora, almeno sino a non molto tempo fa, dalle «linee-guida» dell'ANAC, previste dall'ormai abrogato art. 213, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici, cui si affiancavano altresì gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» previsti nella medesima sede⁶⁰.

Trattasi, del resto, di fenomeno che, oltre ad essere destinato ad acuirsi in maniera alluvionale coll'attuazione delle misure previste nel «PNRR», trova invero riscontro in un'amplissima attività di *moral suasion* esercitata, anche in ambito negoziale⁶¹, dalle Autorità di vigilanza europee – in particolare Autorità bancaria europea (EBA), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e Autorità europea delle

⁵⁴ *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Parigi, 1997, 6.

⁵⁵ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 451.

⁵⁶ P. SCHLESINGER, *Il «nuovo» diritto dell'economia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 51 ss., il quale rileva che la «giustificazione» della peculiare forma d'indipendenza delle *Authorities* «va ricercata nella preoccupazione che (...) potessero manifestarsi influenze e pressioni da parte dell'esecutivo o di maggioranze governative o di potentati economici» (*ivi*, 55); [profetiche appaiono allora le pregevoli considerazioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., *passim* (invero già espresse in ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, 631 ss.)].

⁵⁷ Del resto, secondo taluno, «[s]oft law significa diritto non vincolante, ma «non privo di conseguenze, perlomeno sul piano fattuale»: E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a «normatività graduata» nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2016, 423 ss., spec. 426; in termini simili anche G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 37 ss., spec. 47, per il quale «la fonte non solo deve esser valutata secondo la sua «durezza» e la sua «valenza», ma anche secondo il suo effetto empirico. Vi sono regolamenti, deliberazioni, circolari di autorità indipendenti che oggi «pesano» di più delle leggi approvate dai Parlamenti; vi sono modelli contrattuali che valgono di più delle regole inserite nei codici; vi sono iniziative «persuasive» (per l'appunto di *moral suasion*) che valgono di più dei tradizionali atti autoritativi».

⁵⁸ Cui si aggiungono «linee guida», «avvisi» e, addirittura, «Q&A», pubblicati sui rispettivi siti web: sul tema si rimanda a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., *passim*.

⁵⁹ Ad esempio, in una delle più recenti, datata 28 luglio 2021, l'IVASS ha invitato le compagnie di assicurazione, sulla scia di quanto già richiesto dall'EIOPA, ad adottare un'adeguata sorveglianza sull'utilizzo delle complesse tecniche di mitigazione del rischio.

⁶⁰ Oggi, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), tali strumenti di regolazione, incluse le citate «linee-guida», sono destinati a venir meno alla luce del disposto dell'art. 225, comma 16 del nuovo Codice, secondo cui, a far data dalla sua entrata in vigore, «in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati». Invero, si potrebbe tuttavia ritenere che, per effetto della nuova disciplina, non tanto sia venuto meno il potere di diramare atti di *soft law* da parte dell'ANAC, quanto piuttosto tale potere sia stato definitivamente istituzionalizzato, giacché l'art. 222, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, riconduce quelli che nel precedente sistema erano le «linee-guida» o gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» entro la categoria degli «atti amministrativi generali».

⁶¹ S. AMOROSINO, *L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1009 ss.



assicurazioni e dei fondi pensione (EIOPA) –, le cui frenetiche «*opinions*» condizionano sempre più la sistemica funzione di regolazione in ambito sovranazionale e, per il tramite delle *Authorities* dei vari Stati membri, anche nazionale.

Sotto il medesimo versante, poi, sia pure in diversa prospettiva, non è possibile ignorare come anche l'attività «para-giurisdizionale» («sanzionatoria» o, comunque, di «*dispute resolution*») esercitata dalle Autorità indipendenti contribuisca, e non poco, all'assolvimento della complessiva funzione di regolazione⁶². Non di rado, gli operatori professionali, proprio al fine di rifuggire eventuali decisioni pregiudizievoli, adeguano spontaneamente le proprie condotte ai precedenti «giustiziali» delle *Authorities* (anche di «*advocacy*»), creando così una sorta di «*regulation by litigation*»⁶³, che, non a caso, ha indotto taluna dottrina a parlare di «regolazione sommersa»⁶⁴ o, addirittura, di «criptoregolazione»⁶⁵. «Regolazione sommersa» (o «criptoregolazione») che, soprattutto nel campo *antitrust*, ha ormai assunto un'importanza cruciale, anche per via della disciplina sul *private enforcement* contenuta nella dir. n. 2014/104/UE, attuata con il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3⁶⁶, che attribuisce valore di prova «privilegiata» – e, in taluni casi, «vincolante» – all'accertamento condotto dall'AGCM in sede «giustiziale».

Ne dà plastica rappresentazione quanto accaduto nel settore bancario dopo la nota pronuncia delle Sezioni unite in materia di fidejussioni *omnibus* redatte in conformità allo schema ABI del 2002⁶⁷; fidejussioni che, in ragione dell'accertata esistenza di un'intesa anti-concorrenziale nel mercato di riferimento⁶⁸, sono state colpite dalla scure della nullità parziale («a valle»), *ex comb. disp. art. 2, comma 2, lett. a)*, legge 10 ottobre 1990 n. 287 e art. 1418, comma 1, cod. civ.; e ciò per lo meno – secondo quanto emerge dalla pronuncia citata – ove stipulate in un arco temporale prossimo a quello dell'accertamento condotto in sede «autoritativa», ovvero – secondo l'Arbitro Bancario e Finanziario – anche ove stipulate successivamente, sempreché sia accertata l'effettiva persistenza dell'intesa restrittiva al momento della concessione della garanzia⁶⁹.

4. – E se sì tanto poliedrici ed eclettici appaiono gli strumenti normalmente adoperati nell'assolvimento del nobile compito regolatorio, ancor più variopinte e articolate risultano le modalità della loro concreta incidenza sul versante negoziale.

Per fugare dubbi di sorta, però, inframezziamo subito che la regolazione svolta dalle *Authorities* tocca solitamente solo fattispecie contrattuali che hanno già avuto – per volontà delle parti – la loro più compiuta epi-

⁶² Come giustamente sottolineato da M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 453, il quale, in maniera condivisibile, rileva che “pur quando il regolatore dirime la singola situazione conflittuale, in realtà, non si estrania del ruolo che gli è proprio e quindi tende istintivamente a chiarire, orientare o correggere l'applicazione futura delle regole già poste, rendendo così la statuizione *inter alios acta* di potenziale interesse anche per gli altri soggetti non implicati”.

⁶³ Citando le parole di M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, 19.

⁶⁴ M. BUCCELLO, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in *Contratti dell'energia*, cit., 219 ss.

⁶⁵ M. ANGELONE, *o.u.c.*, 453.

⁶⁶ Su cui si rimanda, almeno, a G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva “antitrust private enforcement”*, in *Dir. ind.*, 2016, 228 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno “antitrust”: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 305 ss.; B. CARAVITTA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Riv. it. antitrust*, 2015, 2, 48 ss.

⁶⁷ Cass., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 309 ss., con nota di M.S. MAISANO.

⁶⁸ Prov. 2 maggio 2005 n. 55, emanato dalla Banca d'Italia nell'allora funzione di Autorità di tutela della concorrenza nel mercato bancario.

⁶⁹ ABF, Collegio di coordinamento, 29 dicembre 2022, n. 16511, in *dirittobancario.it*, 13 febbraio 2023.



fania⁷⁰. Rari, infatti, sono i casi in cui, almeno *de iure*, la fonte autoritativa si rivela abilitata ad incidere sull'*an* della stipulazione⁷¹ o, comunque, sul complessivo procedimento di conclusione ed esecuzione del regolamento negoziale⁷².

Pur de-limitata in siffatta maniera, l'attività autoritativa riesce comunque ad incidere su una molteplicità di profili della contrattazione, che dalla fase pre-negoziale si propagano a quella costitutiva, slargandosi, da qui, sino a quella propriamente funzional-esecutiva. Così, seguendo un approccio ormai usitato⁷³, volto a classificare le manifestazioni del potere «conformativo»⁷⁴ secondo una scala crescente d'intensità (o pervasività), è utile muovere il discorso da quegli interventi che, precedendo l'effettiva conclusione del contratto, appaiono *prima facie* dotati – almeno in teoria – di una minore attitudine «perturbativa» della sfera di autonomia dei contraenti.

Per la verità, anche condensando l'analisi rispetto alla sola fase genetica del contratto, ci s'avvede agevolmente che sono innumerevoli e minuziose le regole di condotta (prevedenti appositi obblighi pubblicitari, informativi e di trasparenza) imposte dalle *Authorities* a carico dei soggetti «forti» (banche, intermediari, gestori di pubblici servizi); regole che, inevitabilmente, finiscono per ripercuotersi sugli atti conclusi con le controparti consumeristiche, determinando una sorta di serrata «procedimentalizzazione» nella formazione del vincolo negoziale, con tutti i relativi problemi di *enforcement* (privato) che ne derivano in caso di mancato rispetto⁷⁵.

Si pensi, giusto per dare maggiore concretezza alle affermazioni che precedono, agli obblighi pre-contrattuali imposti dalla Banca d'Italia per quanto concerne l'offerta di servizi bancari e finanziari⁷⁶, o dall'IVASS nel settore assicurativo in merito al «fascicolo informativo» e al relativo contenuto⁷⁷, ovvero, e

⁷⁰ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 314.

⁷¹ Si pensi, rispetto al settore dell'energia elettrica e del gas naturale, agli obblighi a contrarre sanciti dall'art. 1, comma 2, d.l. 18 giugno 2007 n. 73 (conv. con mod. in legge 3 agosto 2007 n. 125) o dall'art. 1, comma 46, legge 13 settembre 2004 n. 239, a carico delle imprese esercenti la maggior tutela e il servizio di salvaguardia in favore dei clienti che non abbiano trovato un fornitore sul mercato libero; o, ancora, nel settore delle telecomunicazioni, rispetto ai fenomeni della c.d. «interconnessione» o del «roaming» (su cui F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti*, cit., 38 ss.; e, più di recente, D. FAUCEGLIA, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Contratti*, 2018, 4, 475 ss., spec. 482 ss.).

⁷² È il caso dei contratti nei mercati finanziari regolamentati, su cui si veda R. NATOLI, *I contratti di borsa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, II, Bologna, 2012, 376 ss.

⁷³ Pur con innegabili diversità, assumono il medesimo approccio seguito nel testo, tra gli altri, G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti in Istituzioni, mercato e democrazia*. Liber amicorum per Alberto Predieri, a cura di S. AMOROSINO-G. MORBIDELLI, N. MORISI, Torino, 2002, 11 ss., spec. 22; M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, 299 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., 163 ss.

⁷⁴ Prediligiamo l'espressione «conformazione» del contratto, anziché «integrazione», perché, come autorevolmente segnalato (M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 446), «appare piuttosto riduttivo continuare a discorrere di integrazione *tout court*, dovendosi prediligere l'impiego del più moderno concetto di «conformazione», che si presta a rappresentare meglio e in modo più icastico la proteiformità e la latitudine del fenomeno eterointegrativo allorquando lo si osservi sotto la lente dei poteri delle *authorities*».

⁷⁵ Per ovvie ragioni, non è possibile trattare in questa sede del tema delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto degli obblighi imposti nella fase pre-contrattuale, tema che, com'è noto, involve a sua volta la complessa distinzione tra regole «di condotta» e regole «di validità», sulla quale, tuttavia, si vedano almeno i noti pronunciamenti Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss., con nota di F. GALGANO (e in *Contratti*, 2008, 393 ss., con nota di A. GENTILI).

⁷⁶ Si pensi, in via esemplificativa, che le «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», adottate dalla Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 e modificate da ultimo in data 30 giugno 2021 per adeguare la disciplina alla dir. 2015/2366/UE (c.d. «PSD 2»), arrivano addirittura a stabilire, nell'Allegato 1, i criteri d'impaginazione e le scelte tipografiche da seguire nella stesura delle clausole per assicurarne o migliorarne la leggibilità e l'intelligibilità; in dottrina, tra i contributi più recenti, anche rispetto alle esigenze ingenerate dalla pandemia da Covid-19, si veda T. RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, 4, 463 ss.

⁷⁷ Si veda il Regolamento IVASS del 2 agosto 2018, n. 41 (che ha sostituito il precedente Regolamento IVASS 26 maggio 2010,



ancóra, dalla Consob per quanto riguarda le attività d'investimento e i servizi accessori⁷⁸. Parimenti degne di nota sono, poi, le prescrizioni di carattere pre-negoziale dettate dalle *Authorities* operanti nei mercati delle *utilities* e dei servizi di pubblica utilità, che non di rado impongono specifici obblighi d'informazione e correttezza cui devono attenersi i fornitori nei confronti dei consumatori e degli utenti⁷⁹; obblighi che, per giunta, diventano particolarmente stringenti in taluni casi particolari, come quello dell'attivazione di servizi e forniture non richiesti⁸⁰.

E il quadro, come già detto con riguardo ai differenti moduli operativi prescelti dalle Autorità di regolazione, è destinato inevitabilmente a complicarsi, quanto meno nel settore dei *digital markets*, coll'implementazione, prevista nel «PNRR», dei poteri dell'AGCM secondo le previsioni del *Digital Markets Act*⁸¹.

Di là dagli obblighi che precedono il contratto, poi, molto spesso l'intervento delle *Authorities* involve direttamente il contenuto regolamentare di questo, realizzando quel fenomeno di eterointegrazione negoziale che, più d'altri, ha fatto rivolgere le attenzioni della dottrina – forse, a tratti, eccessivamente circoscritte – verso il complesso fenomeno regolatorio⁸².

Il rapporto contrattuale finisce così per divenire la risultante⁸³ di determinazioni risalenti alle parti e dell'imposizione di molteplici elementi contenutistici fissati direttamente dalle Autorità, e riguardanti tanto gli

n. 35), recante la disciplina degli obblighi d'informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private; a questo si aggiunga anche il reg. IVASS 2 agosto 2018, n. 40 (che ha sostituito il precedente Regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5), che detta le regole di presentazione e di comportamento nei confronti della clientela nell'offerta dei contratti di assicurazione. In dottrina, sul tema si veda G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., 135 ss.

⁷⁸ Si veda, emblematicamente, la Parte II del “nuovo” Regolamento «Intermediari» – adottato dalla Consob con delibera 15 febbraio 2018, n. 20307 in attuazione della dir. 2014/65/UE (c.d. «MiFID II») –, che è interamente dedicata alla «trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori»; in dottrina, per la nuova disciplina, si veda F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019, 137 (spec. nt. 5).

⁷⁹ Si veda, per le *utilites*, quanto previsto nel Titolo III del «Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali» (Allegato A alla delibera ARERA 366/2018/R/com del 28 giugno 2018 ss.mm.ii.), mentre, per il settore delle telecomunicazione, gli obblighi informativi imposti agli operatori, nel caso di contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, definiti dal «Regolamento per la tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche» (approvato con delibera Agcom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS); su tali temi si vedano G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., 138; G. GABASSI, *Delibera AGCom 519/15/CONS e Regolamento UE n. 2120/2015: due occasioni mancate per la tutela degli utenti nei contratti aventi ad oggetto servizi di comunicazione elettronica?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 746 ss., spec. 762 ss.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 5 dell'allegato A alla delibera AEEGSI 153/2012/R/com del 19 aprile 2012, come modificata e integrata dalla delibera 208/2016/R/eel del 2016 (recante «Misure preventive e ripristinatorie nei casi di presunti contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale»), che impone al venditore ulteriori obblighi in caso di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o mediante forme di comunicazione a distanza: sul tema, F. LONGOBUCCO, *Forniture non richieste e procedimentalizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *Giur. it.*, 2014, 2623 ss. Peraltro, analoghe tutele sussistono anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, come conferma l'art. 3, comma 3, del cit. Reg. AGCom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS: si veda G. GABASSI, *op. cit.*, 790 ss.

⁸¹ Regolamento (UE) n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) n. 2019/1937 e (UE) n. 2020/1828.

⁸² Si veda il dialogo promosso sul tema dalla civilistica in occasione del Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002, *Il Contratto e le Autorità indipendenti*, i cui contributi sono stati poi raccolti nell'insuperabile volume G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.

⁸³ L'effetto ultimo è dunque una «proliferazione» e «parcelizzazione» delle fonti di disciplina del contratto (come rilevato, del resto, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 364 ss. e 394), che comporta, di risulta, una riduzione, per un verso, delle prerogative dei contraenti (tanto da far parlare di «crisi della autoreferenzialità» del contratto: P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, 334), e, per altro verso, dello spazio riservato nella materia contrattuale al legislatore statale (N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 418); fenomeno, soprattutto quello da ultimo menzionato, che s'inserisce perfettamente in quel processo di «de-centralizzazione» del codice civile, i cui albori sono stati individuati da autorevolissima dottrina proprio nell'immediato secondo dopoguerra, allorchando lo Stato, da semplice arbitro dell'economia, diviene soggetto attivo nel mercato (N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 9 ss.).



aspetti più squisitamente «economici», quanto quelli più propriamente «normativi», arrivando talvolta ad integrare quei requisiti di «forma-contenuto» che, nella prospettiva del «neo-formalismo negoziale»⁸⁴, sono richiesti dall'ordinamento sotto pena di nullità. Il tutto, in definitiva, nel solco di una ormai sempre più labile distinzione, se non di una vera e propria sovrapposizione, tra (spazio riservato al) diritto privato e (spazio riservato al) diritto pubblico (dell'economia)⁸⁵.

A tal proposito basti solo soffermarsi, quanto ai contenuti «economici», sulle numerose delibere – specie nel settore energetico – volte a fissare autoritativamente tariffe e regimi tariffari applicabili, delibere che, manco a dirsi, hanno ultimamente acquisito un'importanza senza eguali alla luce della grave crisi energetica occorsa negli ultimi mesi; oppure, quanto invece ai contenuti «normativi», sui numerosi esempi di clausole uniformi diramate autoritativamente nel settore assicurativo⁸⁶, bancario⁸⁷, finanziario⁸⁸, energetico⁸⁹ e, finanche, nel settore dei contratti pubblici⁹⁰.

Rispetto a tale linea d'intervento è evidente che la sfida ricostruttiva rimane ancora oggi quella di comprendere in che modo le prescrizioni incidenti sulla fase funzionale del contratto possano imporsi ad un'eventuale contraria volontà delle parti (*recte*: della parte «forte»), ed è altrettanto evidente che il relativo esito è legato a doppio filo all'ulteriore questione, già detta, riguardante la corretta «collocazione» (ordinamentale) del diritto promanante dalle *Authorities*. Sfida che, nonostante l'apparente problematicità del profilo da ultimo citato⁹¹, è risolta senza troppe difficoltà dalla prevalente dottrina⁹² attraverso un richiamo al

⁸⁴ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 127; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*; ID., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 772 ss.; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 328 ss.

⁸⁵ Non a caso, s'è parlato a tal proposito di «pubblicizzazione del contratto», quale *species* di una più ampia «pubblicizzazione del diritto privato» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 34), derivante, del resto, dall'esigenza di reagire ai fallimenti del mercato, dacché la necessità di «operare una eterodeterminazione dei fini perseguiti dai singoli operatori» [L. GIANI-A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, I ed., Torino, 2008, 509], attuata mediante una «normativa formalmente privatistica, ma sostanzialmente pubblicistica, che mira alla cura di interessi superindividuali e che, come tale, presenta carattere cogente ed autoritativo» (M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 139).

⁸⁶ Si veda la (quasi) integrale predeterminazione da parte dell'IVASS delle clausole che compongono i contratti di assicurazione sulla vita connessi a un finanziamento: Regolamento del 3 maggio 2012, n. 40 concernente la «Definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27».

⁸⁷ Si vedano le già citate «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» della Banca d'Italia che, in conformità all'art. 117 TUB, dettano, alla Sez. III, le «disposizioni in materia di forma e contenuto minimo dei contratti».

⁸⁸ Così gli artt. 37 e 38 del cit. Regolamento «Intermediari» della Consob integrano e specificano, a mo' di elenco di elementi minimi, gli artt. 23 e 24 TUF in merito ai contenuti del contratto relativo ad attività o servizi d'investimento.

⁸⁹ Si pensi alle offerte standardizzate, cc.dd. «PLACET», che i fornitori di luce e gas del mercato libero hanno l'obbligo di presentare, sulla base di condizioni contrattuali uniformi, previste con la delibera dell'allora AEEGSI 555/2017/R/com del 27 luglio 2017; o, anche, ai requisiti contenutistici imposti per i contratti del settore energetico dall'art. 11 dell'Allegato A alla citata delibera ARERA 366/2018/R/com del 28 giugno 2018.

⁹⁰ Con la previsione dei bandi-tipo e dei contratti-tipo diffusi dall'ANAC, a norma degli allora artt. 71 e 213, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici; previsione oggi confermata anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 222, comma 2).

⁹¹ Si veda M. NUZZO, *Relazione introduttiva*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della «Rassegna di diritto civile»*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 336, che riconosce come, nell'attuale contesto, sempre più spesso dilagino «norme imperative di estrazione secondaria», portato, peraltro, dello «straordinario ampliamento della legislazione speciale e della normativa secondaria di rilevanza civilistica». Si veda sul tema anche E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., 520 e 523, il quale s'esprime, invece, in termini di «sistema di normazione cogente di matrice amministrativa».

⁹² Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indi-*



meccanismo della nullità (totale o parziale) e, se del caso, conseguente inserzione automatica di clausole, di cui agli artt. 1339, 1418 e/o 1419 cod. civ., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.⁹³.

Ma, se innegabilmente, nella prospettiva gius-civilistica, quella dianzi citata costituisce una delle più anose *querelle*, il quadro è ulteriormente complicato dalla tendenza a che “il baricentro delle misure regolatorie (...) si sta via via spostando dal contratto (cioè dall'area dell'atto e del correlativo rapporto negoziale) al momento organizzativo stesso dell'attività imprenditoriale”⁹⁴.

Si pensi a tal proposito, tra le altre, alle prescrizioni in materia di governo societario imposte dall'IVASS al fine di adeguare i modelli di *governance* delle imprese di assicurazione ai rispettivi profili di rischiosità⁹⁵, o anche alle numerose norme *lato sensu* «organizzative» rivolte alle imprese operanti nel settore dell'investimento e contenute nei Regolamenti «Intermediari»⁹⁶ ed «Emittenti»⁹⁷ della Consob; senza, peraltro, negligenza la continua insorgenza di nuovi obblighi organizzativi derivanti da fonti, anche di *soft law*, unionali⁹⁸.

In definitiva, la regolazione dell'economia, sulla scia del sempre maggior rilievo riconosciuto al fattore organizzativo nelle diverse forme d'estrinsecazione della libertà negoziale (d'impresa)⁹⁹, non sembra più limitarsi ad una mera «conformazione» del contratto, sul presupposto (difficile da smentire) dell'identificazio-

pendenti, norme imperative e diritto dei contratti, cit., 520 ss.; e, pur in una prospettiva parzialmente diversa, discorrendo di «nullità testuale a fattispecie virtuale» e di «sindacato sui fini», G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 217 ss., spec. 226 ss. Posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78 ss., che propende per distinguere le conseguenze dell'inosservanza dei provvedimenti autoritativi a seconda della modalità d'intervento prescelta dall'Autorità (atti regolamentari, atti diversi e atti amministrativi generali).

⁹³ La differente prospettazione di cui nel testo dipende, com'è intuitivo, dall'eventualità che vi sia stata (primo caso) o meno (secondo caso) una estrinsecazione regolamentare dell'autonomia privata contraria alle determinazioni «autoritative».

⁹⁴ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatori»*, cit., 445 e, sui risvolti economici (*recte*: micro-economici) del fattore organizzativo, si veda invece N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999 (ivi, S. MARTUCCELLI, *Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico*).

⁹⁵ Regolamento IVASS del 3 luglio 2018, n. 38, che, tra gli altri, si occupa del ruolo degli organi sociali, dell'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno, del sistema di gestione dei rischi e dell'idoneità alla carica degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono le funzioni fondamentali.

⁹⁶ Si pensi alle prescrizioni contenute nell'art. 78 del cit. Regolamento «Intermediari» Consob in materia di requisiti di conoscenza e competenza del personale che esercita attività d'intermediazione.

⁹⁷ Cospicue sono le norme contenute nella Parte III del Regolamento «Emittenti» Consob, dedicate, tra l'altro, all'informazione societaria, agli assetti proprietari, all'esercizio del diritto di voto assembleare, alla composizione degli organi di amministrazione e controllo, alla tutela delle minoranze, ai patti parasociali.

⁹⁸ Ad esempio, le regole in materia di *governance* previste dall'IVASS vanno lette alla luce delle previsioni di cui alla dir. 2009/138/CE (c.d. «*Solvency II*»); parimenti le norme sull'organizzazione societaria e sui requisiti imposti per l'esercizio delle attività regolamentate in base alla normativa Consob si ricollegano alle previsioni di cui alla dir. n. 2014/65/UE (c.d. «*MiFID II*»): basti pensare al cit. art. 78 del Regolamento «Intermediari» da leggere alla luce dell'art. 25, par. 1, il quale prescrive espressamente alle imprese d'investimento “di garantire e dimostrare (...) che le persone fisiche che forniscono consulenza alla clientela in materia di investimenti o informazioni su strumenti finanziari, servizi d'investimento o servizi accessori per conto dell'impresa d'investimento sono in possesso delle conoscenze e competenze necessarie”. Ulteriori conferme di tale tendenza anche a livello europeo si ravvisano, poi, nel reg. n. 2017/1129/UE (c.d. regolamento prospetto), che, nel disciplinare il prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato preannuncia, al Considerando n. 8, che l'informativa racchiusa nel documento in parola e disposta per tutelare gli investitori non impedisce alle autorità competenti dei singoli Stati di stabilire altri requisiti “in particolare in materia di governo societario”. Si vedano, inoltre, tra gli atti di *soft law*, gli «Orientamenti sulla *governance* interna» emanate dall'EBA ai sensi della dir. n. 2019/2034/UE (c.d. «*IFD*»); gli «Orientamenti sulla valutazione dell'idoneità dei membri dell'organo di gestione e del personale che riveste ruoli chiave emanate» dall'EBA e dall'ESMA ai sensi dell'art. 9, par. 1, della cit. n. 2014/65/UE (c.d. «*MiFID II*») e dell'art. 91, par. 12, della dir. n. 2013/36/UE (c.d. «*CRD IV*»), tenendo tuttavia conto anche delle modifiche apportate dalla dir. n. 2019/878/UE (c.d. «*CRD V*»).

⁹⁹ P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. civ.*, 2017, II, 509 ss., spec. 514-515.



ne del mercato con gli atti che vi si pongono; ma, semmai, spingendosi oltre, ipostatizza una vera e propria «conformazione» dell'autonomia privata, sul presupposto (ancóra più difficile da smentire) dell'identificazione del mercato con i suoi attori.

5. – Le superiori considerazioni, volutamente stringate, permettono a malapena – e ne siamo ben consapevoli – di comprendere l'ampia e proteiforme complessità del fenomeno regolatorio, soprattutto per quanto concerne i rapporti tra le Autorità indipendenti, il contratto e l'autonomia (anche organizzativa) dei privati. Ciononostante, dalla disamina sin qui svolta ci pare emerga una conclusione di non poco momento: l'interprete dell'oggi, che intenda approcciarsi con profitto ad un'indagine sul delicato rapporto tra autonomia privata ed etero-regolazione, è, suo malgrado, chiamato ad assolvere taluni, delicatissimi, còmpiti.

Essi stanno (per lo meno) in ciò:

a) nell'inquadrare preliminarmente gli strumenti di regolazione *more solito* impiegati dalle *Authorities*, valutandone soprattutto tipologia e «forza» ordinamentale;

b) nel verificare se, e in che modo, codesti strumenti siano in grado di incidere sui diversi «momenti» della vicenda contrattuale, e cioè i) se, e in che modo, siano capaci di condizionarne la fase genetica; ii) se, e in che modo, siano capaci di condizionarne la fase esecutiva; iii) se vi siano, e quali siano, le conseguenze della mancanza del prospettato condizionamento;

c) nel prendere atto della necessità, imposta dall'assolvimento dei superiori còmpiti, di riflettere altresì sui limiti della postulata capacità «conformativa» degli strumenti di regolazione sul contratto;

d) nel valutare infine se, e in che termini, l'assolvimento della complessiva funzione regolativa possa ritenersi assoggettata al sindacato giurisdizionale.

E se si volessero dismettere, anche solo per un istante, i comodi panni dell'osservatore, indossando invece quelli angusti dell'interprete chiamato a districarsi nelle articolate maglie della regolazione «autoritativa», ci s'avvedrebbe presto di quanto faticoso sia il percorso or ora tracciato.

5.1. – Procedendo nell'ordine fissato, e partendo quindi dal primo còmpito cennato, da quanto sin qui rilevato, e in particolare dal riconoscimento del rilievo acquisito, anche a livello sovranazionale, dagli atti di regolazione non normativi («*soft law*» e «giustiziali»), emerge con disillusa chiarezza che l'approccio sinora predicato – consistente nel vano sforzo di rintracciare, all'interno della intricata congerie di provvedimenti, delibere, linee-guida ed orientamenti emanati dalle Autorità indipendenti, gli atti, e quei soli atti, inquadrabili nel novero delle fonti (secondarie) dell'ordinamento, sì da poter giustificare la loro necessitata incidenza sul piano negoziale, e, da qui, sul mercato – rischia di rilevarsi per il nostro interprete del tutto infruttuoso, oltre che ampiamente distante dalla realtà.

S'ha dunque l'impressione che, pur prescindendo volutamente da ogni ulteriore questione circa la discussa legittimazione «nomopoietica» delle Autorità indipendenti¹⁰⁰, abbisogni ri-leggere il problema dell'inqua-

¹⁰⁰ Legittimazione ormai pacificamente ricondotta dalla giurisprudenza amministrativa, da un lato, nella istituzione delle *Authorities* ad opera di norme di rango primario (cfr. Cons. St., Sez. atti norm., 14 marzo 2005, n. 11603, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 528 ss., e, in tempi più recenti, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Pluris*, 2015) e, dall'altro, nell'esistenza di specifiche garanzie di coinvolgimento e partecipazione dei destinatari della regolazione, idonee a bilanciare, sotto un profilo di legalità «procedimenta-



drammento degli strumenti di regolazione, superando ogni prospettiva basata sulla tradizionale «teoretica delle fonti»¹⁰¹: il che, si badi bene, non significa totale abbandono di un approccio argomentativo più rispondente alla sicurezza e alla certezza dei traffici giuridici¹⁰², ma semplicemente riconoscimento dell'ideoneità di nuovi formanti¹⁰³ ad incidere concretamente sulla singola vicenda negoziale¹⁰⁴.

Non potrà sfuggire, del resto, che, da tempo ormai, la dottrina più sensibile al tema sembra condividere i rilievi di fondo che sorreggono il convincimento dianzi riferito: in tal senso, in uno dei più recenti contributi sul tema, è stata – a nostro parere, correttamente – evidenziata l'opportunità di ragguardare il problema degli atti di regolazione promananti dalle Autorità indipendenti seguendo un approccio «sostanziale», anziché rigidamente «formale», pur nel rispetto del (indubbiamente vincolante) principio di legalità¹⁰⁵. Del resto, già anni or sono, illustre dottrina aveva avvertito su come l'avvento delle *Authorities*, imposto dall'accelerazione degli scambi (ormai privi di ogni connotazione dialogica)¹⁰⁶, potesse minare in radice le logiche gerarchiche tradizionali, in quanto “sciolte dai lacci degli apparati legislativi, le autorità sono appunto poste in grado di provvedere, ossia di valutare volta per volta i bisogni e gl'interessi in gioco e di adottare rapidamente le misure necessarie”¹⁰⁷. Ma, ferma tale constatazione, per tale dottrina era altrettanto vero che “il legislatore non rimane inerte (...), ma partecipa alla produzione normativa rimettendo ad altro organo la determinazione di una frazione di norma”¹⁰⁸.

E se il serrato corso del ragionamento sinora apprestato non c'inganna, la medesima prospettiva deve, per necessità, estendersi oggi a tutti i «nuovi» moduli operativi della regolazione, abbracciando in particolare non solo quelle forme d'intervento comunque riconducibili a schemi di produzione normativa «convenzionali», ma anche tutte quelle ipotesi di «regolazione sommersa» o «criptoregolazione» che così sonoramente agitano – e spaventano – gli operatori economici.

le», il parziale temperamento che inevitabilmente l'attività regolatoria produce rispetto al principio di legalità «sostanziale» (Cons. St., Sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 600, e, in tempi più recenti, Cons. St., Sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744, in *Pluris*, 2016).

¹⁰¹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., 523.

¹⁰² Sulla cui indubbia centralità ed utilità si veda N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 11 ss., spec. 12-13.

¹⁰³ È bene chiarire che nella prospettiva qui seguita non s'intende affatto aderire alla tesi, sia pure autorevolmente espressa, che, prendendo atto dell'inadeguatezza di ogni tentativo volto a incasellare gli atti delle Autorità di regolazione entro le fonti secondarie dell'ordinamento, e anche al fine di consentire un sindacato costituzionale sugli stessi, è propensa ad attribuire a questi forza di legge: così, *ex plurimis*; G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni*, cit., 809; ID., *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 233 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., 86 [se pur nel già visto senso di atti «extra ordinem» (*op. cit.*, 93)]; R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 147 (per il quale, gli atti delle *Authorities* sarebbero comunque «leggi derivate»); F. MERUSI-M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, cit., 186 [che, in ragione del presupposto fondamento «comunitario» della normativa «regolatoria» posta dalle *Authorities*, e del conseguente primato del diritto euro-unionale, propendono per la prevalenza degli atti «regolatori» su eventuali fonti primarie domestiche con questi contrastanti (eppure, neglignendo che, di là dalla *primauté*, il diritto dell'Unione va inteso siccome integrato con i singoli ordinamenti nazionali, ponendosi semmai un obbligo nei confronti del legislatore nazionale di eliminare l'eventuale antinomia venutasi a creare)].

¹⁰⁴ Si veda, sia pure in prospettiva differente rispetto a quella qui addotta, le riflessioni svolte, più d'un ventennio fa, da P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 365: “(...) anche le *Authorities* (...) legiferano, regolamentano, introducendo così principi e regole. Ciò modifica la teoria delle fonti che non è più quella di una volta”, dacché “[s]i avverte, dunque, la necessità di costruire la teoria delle fonti in base non soltanto alla gerarchia ma alla competenza, profilo questo, a noi sconosciuto anche per tradizione costituzionale (...). La pluralità delle situazioni, invece, è tale da legittimare un concorso nella produzione della normativa”.

¹⁰⁵ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 314 e 323 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento corre, ovviamente, a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 347 ss.

¹⁰⁷ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78.

¹⁰⁸ M. ORLANDI, *o.u.c.*, 81.



Chiaramente, prima di giungere a tanto, si dovrà forse rimaneggiare con cura le questioni, troppo spesso sbrigativamente risolte, relative alla natura e alla estensione della riserva di legge (eventualmente) esistente in materia ai sensi dell'art. 41 (o 42-43?) Cost.¹⁰⁹.

Ma questo è un altro discorso su cui, in questa sede, non ci è dato soffermarsi.

5.2. – Procedendo innanzi, l'interprete che volesse seguire il solco da noi tracciato s'avvedrà presto che, una volta approntata la spinosa questione relativa all'inquadramento formale degli strumenti di regolazione, una seconda, cruciale, verifica si staglia all'orizzonte. Essa sta tutta in ciò, e cioè nella presa d'atto de – e nell'individuazione di una ragionevole giustificazione per – i multiformi effetti che detti strumenti di regolazione sono idonei a produrre sui diversi momenti della vicenda negoziale, da ciò che riguarda la sola fase pre-contrattuale, alle prescrizioni idonee a spiegare un effetto propriamente etero-integrativo sul contenuto regolamentare dell'atto negoziale, senza peraltro negligere il tema, non meno ostico, delle conseguenze derivanti da una possibile mancata conformazione spontanea dell'autonomia privata agli esiti della regolazione.

A tal proposito, si ricorderà, la dottrina domestica è abbastanza salda sulle (già accennate) posizioni emerse nel corso del dibattito degli ultimi decenni, e ciò sia con riguardo al mancato rispetto, da parte dei contraenti (*recte*: del contraente «forte»), degli obblighi pre-contrattuali imposti dalle Autorità di regolazione, sia con riguardo al mancato adeguamento spontaneo del regolamento contrattuale al contenuto prescrittivo dettato in sede regolatoria.

Anche su tale specifico punto, però, ci pare che, così come già sentenziato con riguardo all'inquadramento delle fonti regolatorie, siano più d'una le ragioni che, sia pure con cautela, dovrebbero condurre ad un'attenta ri-considerazione delle posizioni sin qui maturate.

Rispetto ai primi, infatti, la tesi che vorrebbe la validità dell'atto negoziale comunque insensibile al mancato rispetto degli obblighi comportamentali «regolatori» non sembra tener conto delle molteplici – e tonanti – ragioni che rendono quanto mai opportuna una convinta ri-meditazione della rigida distinzione tra regole «di condotta» e regole «di validità»¹¹⁰.

Ne è conferma, tra gli altri, il recente pronunciamento delle Sezioni unite in materia di contratti derivati di tipo *interest rate swap*¹¹¹, col quale – in maniera alquanto discontinua rispetto ai tratteggi insegnamenti – s'è concluso che la mancata osservanza degli obblighi d'informazione incombenti sul contraente «forte», e la conseguente mancata trasfusione nel regolamento contrattuale del contenuto informativo derivatone, potrebbero incidere sulla valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., e dunque sulla vali-

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, la posizione di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., 48, secondo il quale “[p]er l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede, come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no”, sicché “il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni a una autorità regolatrice”.

¹¹⁰ Contro tale distinzione, sia pur per ragioni non celatamente «assiologiche», si veda il pregevole studio di G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*, spec. 31 ss.; sulla incertezza della distinzione detta nel testo, si veda, inoltre, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, 48 ss. Correttamente, secondo G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 41 ss. e 99 ss., ad esser entrata in crisi, per la verità, non è tanto la distinzione tra regole «di validità» e regole «di condotta», quanto piuttosto il criterio discrezionale di «non interferenza», secondo cui la nullità andrebbe negata qualora l'obbligo inadempito si innesti soltanto nella fase di formazione del contratto e non, invece, quando riguardi il contenuto essenziale del negozio, la forma e/o la legittimazione a concluderlo.

¹¹¹ Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Nuov. dir. civ.*, 2021, 1, 191 ss., con note di M. MAGGIOLÒ-G. CAPALDO-R. DI RAIMO-S. D'ANDREA.



dità dell'atto negoziale, ove, in concreto, la parte «debole» non sia riuscita ad avere contezza degli effettivi scenari probabilistici derivanti dalla «scommessa» finanziaria conclusa¹¹².

Quanto invece al mancato rispetto delle prescrizioni contenutistiche promananti dalle Autorità, la prevalente dottrina¹¹³, come già detto, risolve il problema attraverso il richiamo al meccanismo della nullità (totale o parziale) e, se del caso, conseguente inserzione automatica di clausole, di cui agli artt. 1339, 1418 e/o 1419 cod. civ., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. Anche noi, in altra sede, c'eravamo prodigati per dimostrare la fondatezza di una siffatta conclusione¹¹⁴.

Tuttavia, volgendo oggi lo sguardo alle evoluzioni del fenomeno regolatorio, ci sentiamo di dire che questa prospettiva, per quanto indubbiamente predicabile, non è affatto necessitata come si vorrebbe.

Autorevole dottrina, infatti, già tempo addietro, aveva messo in evidenza, in maniera alquanto convincente, che le previsioni di fonte autoritativa potessero integrare “non (...) inserimento «automatico», ma obbligo delle parti di convenire la clausola, secondo il contenuto determinato dall'autorità”, giacché “[q]ui a rigore non ci troviamo dinanzi a un fenomeno di eteronormazione, ma appunto alla imposizione di un obbligo suscettibile di adempimento o inadempimento”¹¹⁵; e, più di recente, altra dottrina non ha mancato di evidenziare come l'integrazione negoziale conseguente agli atti delle Autorità potrebbe in realtà intendersi come «integrazione autentica» che impone “la predisposizione, soprattutto ad opera di colui che di fatto si trova nelle vesti del «professionista», di clausole redatte secondo il programma informativo (precontrattuale) e contenutistico (contrattuale) dettato dai provvedimenti delle Autorità indipendenti di volta in volta rilevanti”¹¹⁶.

Appare, quindi, più che mai opportuno ri-volgere una rinnovata attenzione al meccanismo integrativo operante nei settori (*recte*: contratti) «amministrati», ragguardando al concreto atteggiarsi delle dinamiche regolatorie e valutando queste anche alla luce dell'inevitabile unitarietà che oramai contraddistingue il rapporto tra *nomos* e autonomia nella definizione della complessiva vicenda negoziale¹¹⁷.

Seguendo tale itinerario, allora, più d'una perplessità potrebbe verosimilmente agitare il nostro interprete rispetto al tentativo «tradizionale» di incasellare il problema dell'incidenza «regolatoria» sul contratto entro le anguste maglie del comb. disp. artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ.¹¹⁸, risultando, invero, ben più per-

¹¹² Simile posizione era già stata espressa in Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Giur. it.*, 2017, 1271 ss.

¹¹³ Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., 520 ss.; e, pur in una prospettiva parzialmente diversa, discorrendo di «nullità testuale a fattispecie virtuale» e di «sindacato sui fini», G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, cit., 226 ss.; posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è invece quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., 78 ss., che propende per distinguere le conseguenze dell'inosservanza dei provvedimenti autoritativi a seconda della modalità d'intervento prescelta dall'Autorità (atti regolamentari, atti diversi e atti amministrativi generali).

¹¹⁴ E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia*, cit., 237-238.

¹¹⁵ M. ORLANDI, *Autonomia privata*, cit., 82-83.

¹¹⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., 340.

¹¹⁷ Si veda, a mo' di sineddoche, le preziose considerazioni di N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 711 ss., spec. 730, il quale, nell'ambito di un più ampio discorso su una proposta di revisione dei criteri codicistici d'interpretazione, rileva come debba ormai riconoscersi che “il contenuto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse, delle quali la determinazione volitiva delle parti è una soltanto”, sì che “l'ambito di efficacia del contratto può essere definito non assumendo ad esclusivo parametro di riferimento gli interessi delle parti contraenti, ma appunto collocando questi interessi in un contesto più generale, attento dunque a finalità che si ricordano con il contratto, ma non si esauriscono nel contratto”.

¹¹⁸ Non a caso, già anni or sono, con riguardo alle prerogative «regolatorie» esercitate sui contratti «a monte» della filiera energetica dall'allora AEEG (e, in particolare, traendo spunto dalla soluzione adottata con la delibera n. 248/2004/AEEG, che aveva imposto ai grossisti-importatori un obbligo di rinegoziazione dei contratti con i venditori al dettaglio, producendo così effetti anche sui



suasivo e condivisibile quell'approccio olistico volto, in sostanza, a riconoscere che il negozio – e, per tale via, il rapporto negoziale – altro non è che “la sintesi, sul piano formale, delle determinazioni provenienti da (...) diverse fonti”¹¹⁹, tuttavia “unificate in sede di qualificazione e tutte concorrenti a comporre la fattispecie giuridica dell'atto”¹²⁰.

Peraltro, ricollegandoci alla indubbia necessità di superare l'approccio vetero-formalista in tema d'inquadramento delle fonti della regolazione, una siffatta revisione – o, comunque, ri-meditazione – pare essere suggerita anche dalla rinnovata fisionomia assunta dal fenomeno regolatorio, caratterizzato ormai, anche a livello europeo, non solo da un ripetuto impiego di strumenti d'intervento c.d. «soft», ma altresì da una sempre maggiore ingerenza sull'organizzazione imprenditoriale e sui requisiti soggettivi dei contraenti (*recte*: del contraente «forte»).

Il nostro interprete, pertanto, dovrà necessariamente indugiare anche su tali profili e rimuginare, anzi, sulla stessa possibilità di ritrarvene ulteriori argomenti a sostegno di una più attuale e non consustanziale concezione del diritto civile; una concezione, s'intende, nella quale l'autonomia privata, sempre più spesso degradata a mero atto «di impulso» negoziale¹²¹, non può (più) considerarsi un *quid* intangibile¹²².

Il che, in definitiva, potrebbe forse condurre ad abbandonare la ormai insufficiente locuzione «conformazione del contratto» in favore della più consona «conformazione dell'autonomia privata».

contratti d'importazione stipulati tra produttori esteri di energia e grossisti-importatori), autorevole dottrina aveva rilevato come il “nuovo approccio regolamentare inaugurato dall'Aeeg” avesse ormai comportato il superamento del “meccanismo basato sull'imposizione di regole imperative, a cui i privati sono chiamati ad uniformarsi, (...) mettendo in soffitta la sua logica che, nell'ordinamento italiano, trova radice nella norma *antitrust* del *Fascio* ossia nell'art. 1339 c.c.”: G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, 173 ss., spec. 176 ss.

¹¹⁹ Come rileva M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 146 ss., “l'incremento e la pervasività delle prescrizioni regolamentari poste dalle autorità indipendenti ha comportato un'alterazione degli equilibri esistenti all'interno della gamme delle fonti di integrazione del contratto” finendo per “«togliere ossigeno» agli usi, sia normativi che negoziali”, favorendo “una produzione ed un ricambio di norme pressoché continuo, dal quale scaturiscono ricorrenti e ripetute modifiche al regolamento negoziale che risulta *in fieri*” (*op. cit.*, 147) e determinando per numerosi contratti “notevoli deviazioni dal regime (tipico) codicistico”, tanto da dar vita ad un vero e proprio “contratto «amministrato»” (*op. cit.*, 148-149). Ad ogni modo, malgrado la rilevanza, quantitativa e qualitativa, degli interventi etero-integrativi, la dottrina è tendenzialmente favorevole ad ammettere che la vicenda che risulta dall'intervento «conformativo» rimanga contrattuale (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 49 e 501 ss.), e ciò anche perché l'idea stessa che l'autonomia privata vada concepita siccome totalmente slegata da vincoli ordinamentali, ancorché derivanti dalla regolazione «autoritativa», è una *contradictio in terminis* [si veda, magistralmente, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 49, per il quale la stessa autonomia non “è da considerare come forza originaria, dotazione naturale dei singoli, *ma come fattore interno all'ordine giuridico*” (corsivo dell'A.); o, anche, P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 186, che ammonisce avvertendo che l'autonomia non va confusa con il mero «arbitrio»].

¹²⁰ Si veda, magistralmente, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 202-203, il quale, non a caso, subito prima afferma che “nell'ordinamento vigente la disciplina del rapporto che trova la sua fonte sul negozio è dettata insieme dalle *parti*, nell'esercizio del loro potere di autonomia, e dall'*ordinamento*” (corsivo aggiunto). *Contra*, sia pure non meno autorevolmente, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 50 ss., secondo cui il rapporto tra «ordinamento giuridico» e «autonomia privata» non verrebbe in rilievo guardando al contratto da un punto di vista statico, ma solo a quello dinamico, ossia dal lato degli effetti. Trattasi, tuttavia, di posizione non condivisibile, soprattutto alla luce dell'attuale contesto socio-ordinamentale, anche perché – come ben evidenziato da A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021, 224 – un tale approccio presuppone la conclusione, allo stato difficilmente sostenibile, che il primo punto di vista “possa interessare più il «sociologo» che il «giurista»”.

¹²¹ Così, magistralmente, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., 359 (conclusione, peraltro, condivisa anche da chi segue diversa prospettiva: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 322 ss.).

¹²² Si veda N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., 1, per il quale (giustamente) “[l']autonomia privata non è un dogma, ma una creatura del tempo”; e ciò perché “*le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto*, il quale non progredisce né regredisce, non si espande e non si ritrae, ma è, di epoca in epoca, così come è conformato dalle fonti regolative” (corsivo dell'A).



5.3. – Una volta completati i faticosi compiti innanzi descritti, il nostro interprete, non ancora pago, non potrà di certo rifuggire l'ulteriore interrogativo relativo ai limiti (interni ed esterni) alla etero-conformazione «regolatoria» e, in generale, al problema dei controlli, in termini gius-civilistici, sulle modalità di esplicazione di tale delicata funzione.

Sul punto è già stato autorevolmente proposto di ravvisare nei canoni di «ragionevolezza» e di «proporzionalità», letti anche alla luce del criterio di «sussidiarietà orizzontale»¹²³, i parametri fondamentali per scongiurare eventuali derive «regolatorie» da parte delle *Authorities*¹²⁴; parametri, nella specie, da utilizzare al fine di ammettere un eccentrico controllo di meritevolezza¹²⁵ (o di liceità¹²⁶) sul singolo contratto «conformato», sì da realizzare, di riflesso, anche quel controllo «a monte» che pare difettare con riguardo all'intervento autoritativo in sé.

Senonché, a noi pare che un simile approccio, pur nella convinta adesione ad una metodologia che non sminuisca il ruolo cardine ormai assunto dal formante «principialistico»¹²⁷, rischi di condurre ad esiti non propriamente soddisfacenti¹²⁸. E ciò non tanto per quell'argomento¹²⁹ – evidentemente non invocabile nel nostro caso¹³⁰ – che ritiene addirittura «abusivo» l'uso diretto dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, ma soprattutto perché la riconosciuta (ed innata) «polisemia»¹³¹, «indeterminatezza»¹³² e «ambiguità»¹³³ che connota i parametri suesposti mal si concilierebbe con le esigenze di certezza e sicurezza che il

¹²³ M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., 206 ss.

¹²⁴ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., 455 ss.

¹²⁵ Si veda P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., 217 ss.; nota è la posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 611 secondo cui “[i]l giudizio di meritevolezza dell'atto deve essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei valori che lo caratterizzano”.

¹²⁶ Secondo un approccio volto a distinguere il controllo di liceità da quello di meritevolezza (sulla differenza qualitativa tra i due, comportando il primo un giudizio «in negativo» e il secondo una valutazione «in positivo», si veda A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, III ed., Torino, 2009, 207.

¹²⁷ Sul tema si veda, da ultimo, l'autorevole riflessione di F. ADDIS, *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 3, 5 ss.

¹²⁸ Il tutto pur prescindendo dall'ulteriore ostacolo, tutt'altro che secondario, rinvenibile nella normativa consumeristica, che esclude dal giudizio di vessatorietà le clausole meramente riprodotte di disposizioni di legge (art. 34, comma 3, cod. cons.); sul tema e sulla necessità di ricomprendere – anche, e soprattutto, alla luce dell'art. 1, part. 2, dir. n. 93/13/CEE [che parla di altresì di «disposizioni (...) regolamentari»] – nella locuzione «disposizioni di legge» anche le norme di rango secondario, si veda, *ex plurimis*, P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 3*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 602; e, in giurisprudenza, Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca borsa tit.*, 2010, II, 687 ss., con nota di S. CORRADI, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*; ed in *Danno resp.*, 2009, 506 ss., con nota di V. SIRGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*.

¹²⁹ Così A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, 747 ss. (sulla «proporzionalità», spec. 753-757; sulla «ragionevolezza», spec. 757-760).

¹³⁰ S'intende siccome connotato da un intervento, sia pure mediato ed *ab externo*, di un «regolatore» indipendente indubbiamente assoggettato a norme pubblicistiche: e, invero, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 338, il quale, con riguardo alla «proporzionalità», afferma che “il principio di proporzionalità trova applicazione in tutti i casi in cui vi sia esercizio di potestà da parte di una pubblica amministrazione o, più ampiamente, da parte di un soggetto che pone in essere attività amministrativa” (corsivo aggiunto), dacché la conclusione, ripresa dalla dottrina cit. nella nota precedente, della “inapplicabilità del principio all'attività di diritto privato” (similmente, già in tempi non sospetti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, 367, nt. 523, secondo cui detto criterio presupporrebbe uno «intervento autoritativo»).

¹³¹ A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE-A. SPADARO, Torino, 2002, 285.

¹³² S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 37.

¹³³ G. SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *La ragionevolezza*, cit., 387 ss., spec. 393, ove la «ragionevolezza» è definita “sfuggente, polimorfa e ambigua” (tanto da venir sovente definita attraverso un linguaggio «perifrastico»: ID., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 1).



mercato innegabilmente richiede¹³⁴, ancor più quando a venire in discussione è la delicata funzione di regolazione su di esso incidente¹³⁵.

La strada da percorrere, allora, potrebbe forse essere altra.

Posto che non è peregrino ravvisare il fondamento degli interventi di conformazione – o, almeno, di una parte consistente di essi¹³⁶ –, anche sull'organizzazione dell'impresa, nell'art. 41 Cost.¹³⁷, e precisamente nella clausola di «utilità sociale» ivi prevista, il passo naturalmente successivo potrebbe essere quello di riconoscere nella stessa clausola, non solo il fondamento della potestà conformativa, ma altresì il limite di tale potestà, normalmente assunto e specificato – s'intende – attraverso le norme di rango primario attributive delle funzioni regolatorie.

D'altronde, già tempo addietro, ineguagliabile maestro aveva dimostrato come la formula «utilità sociale» dovesse intendersi quale “formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilievo sociale”¹³⁸ e come, pertanto, compito dell'interprete fosse proprio quello “di individuare (...) quali sono gli interessi che nel settore dei rapporti economici emergono sul piano formale accanto a quelli del soggetto che pone in essere l'attività economica e in che modo si realizzi fra loro l'equilibrio”¹³⁹.

Alla luce di tale percorso argomentativo, si potrebbe quindi sostenere – ma, chiaramente, si tratta qui d'un semplice abbozzo – che proprio la clausola di «utilità sociale» possa rappresentare il parametro di giudizio, il punto d'equilibrio tra l'ampiezza e la pervasività degli interventi conformativi delle Autorità e l'assetto d'interessi in concreto perseguito dai privati¹⁴⁰.

¹³⁴ Si veda, sia pure in prospettiva non velatamente assiologica, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 334 ss., e ora in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. FERRONI, Napoli, 2002, 441 ss., spec. 447, che definisce come «riconosciuta» l'operatività, in ispecie, del principio di «proporzionalità» “nel mercato, nel libero mercato”.

¹³⁵ In generale su tali rischi si veda, per tutti, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*, spec. 16-17. Invero, anche la dottrina più favorevole ad ammettere una diretta applicazione dei canoni di «ragionevolezza» e «proporzionalità» nei rapporti tra privati (in ispecie negoziali), non fa mistero di tutte le contraddizioni che, già in punto di teoria generale, una tale operazione comporta. Ne dà riprova la conclusione cui, di recente, è giunta giovane (sia pure già autorevole) dottrina (A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione*, cit., 249-250), che, nel tentativo (invero, notevole) di ricostruire la discussa figura della «presupposizione» quale «tecnica argomentativa composita» ispirata a «ragionevolezza» e «proporzionalità» (*op. cit.*, 258 ss.), riconosce che “«durante» l'incessante attività ermeneutica, sollecitata dalla dialettica euristica tra norma e fatto” i suddetti principi “(...) p[ossono] assumere ora la forma della «clausola generale» (...), ora la forma di un «criterio argomentativo»“, risultando così frustrate le esigenze cui si faceva riferimento nel testo (per la difficile qualificazione dei suddetti «parametri», si veda già prima S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano, 2016, 1, il quale, con più specifico riferimento alla «ragionevolezza», constata che essa è “definita di volta in volta principio, clausola generale, standard, parametro, criterio di valutazione”).

¹³⁶ Invero, corre l'obbligo di precisare che, accanto all'art. 41 Cost., altre norme e altri interessi d'indubbia rilevanza costituzionale ed europea potrebbero ben rappresentare il fondamento legittimante gli interventi di etero-conformazione sul contratto e, a monte, la stessa esistenza delle Autorità indipendenti da cui questi promanano. Così, senza pretese di esaustività, si possono ricordare le previsioni di cui agli art. 47 Cost. che, nel sancire la tutela del risparmio in tutte le sue forme, ben potrebbero rappresentare fondamento delle funzioni regolatorie ed etero-integrative attribuite alla Banca d'Italia (e, *sub specie*, anche alla Consob o all'IVASS); ancora, l'art. 21 Cost., su cui fondare l'attività dell'AGCOM; o, addirittura, l'art. 2 Cost., in relazione agli interventi del Garante per la protezione dei dati personali. In ogni caso, sul tema della «copertura» costituzionale ed euro-unionale dell'attività regolatoria si vedano, *ex plurimis*, S. BATTAINI-G. VESPERINI, *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale in Arbitri dei mercati*, cit., 73 ss.; G. GITTI-P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 16 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., 33 ss.

¹³⁷ Così anche M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, 34.

¹³⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 81.

¹³⁹ M. NUZZO, *o.l.c.*

¹⁴⁰ Peraltro, lo stesso A., quasi premonendo l'avvento dei proteiformi moduli operativi delle *Authorities*, avvertiva che le molteplici combinazioni tra interessi compendiabili sotto la clausola di «utilità sociale» e atti a contenuto patrimoniale “difficilmente possono essere fissate da uno strumento rigido qual è la legge” (*op. loc. cit.*, 58).



Con l'ovvia, ma dovuta, precisazione che un siffatto parametro, ove correttamente ragguardato alla stregua della sua innegabile polifunzionalità, consentirebbe, per vero, un duplice complementare sindacato.

Il primo, in sede di giudizio di costituzionalità, tendente a vagliare la congruenza della norma di rango primario attributiva di funzioni «regolatorie» all'Autorità e l'interesse di volta in volta costituzionalmente riconducibile al concetto di «utilità sociale»; congruenza che, per accidente (tutt'altro che infrequente), potrebbe in concreto difettare ove la legge istitutiva di una *Authority* si limiti a riconoscere a questa poteri normativi senza però esplicitarne i relativi contenuti (o, peggio, non riconosca espressamente neppure poteri di tal fatta).

Il secondo, invece, affidato al giudice ordinario e volto nella sostanza a valutare, per il tramite d'un giudizio comparativo fra l'assetto negoziale risultante all'esito dell'intervento «conformativo» e l'interesse specificamente rilevante in termini di «utilità sociale», il corretto esercizio dei poteri «regolatori» da parte dell'Autorità; ché, se questi ultimi non dovessero risultare giustificati alla stregua dell'interesse concretamente ritenuto prevalente sotto un profilo costituzionale, il vizio s'estenderebbe anche all'atto d'autonomia privata, a meno che non s'obliteri, prescindendone, l'intervento, «indipendente» ma pur sempre amministrativo, operato sul contratto¹⁴¹.

5.4. – Da ultimo, arrivati al termine delle fatiche che (forse immeritadamente) abbiamo voluto assegnare all'interprete dell'oggi, non potrà di certo essere ignorato il complesso tema del sindacato giurisdizionale sugli atti e, in genere, sull'attività regolatoria svolta dalle Autorità a ciò deputate, non foss'altro perché trattasi di tema che implica, ed è a sua volta implicato da, tutti i compiti che abbiamo sopra cennato: dall'analisi sulle fonti della regolazione a quella sugli strumenti regolatori, dall'indagine sul rapporto tra l'autonomia privata e l'operato autoritativo a quella sui limiti di tale operato.

Le soluzioni prospettabili in materia sono, per cattiva sorte del nostro interprete, ampiamente incerte¹⁴², e ciò anche per via di una serie di limiti, tutti strutturalmente connaturati al nostro ordinamento, quali l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni¹⁴³ e la presenza – tra queste – di un giudice dedicato (il giudice amministrativo)¹⁴⁴, che tuttavia appare ancora oggi eccessivamente legato a logiche di tipo impugnatorio.

¹⁴¹ Questa, in sostanza, la conclusione che l'illustre dottrina dianzi citata arriva a formulare: “[l]’individuazione degli interessi riassunti nella formula [«utilità sociale»] consente alla Corte costituzionale, in sede di accertamento della legittimità costituzionale della legge ordinaria, di valutare, in relazione alle situazioni in concreto disciplinate, la congruenza fra la norma sottoposta al suo esame e l’interesse costituzionalmente tutelato. Al giudice ordinario, in sede di accertamento della validità dell’atto [negoziale], di valutare il contrasto fra la concreta funzione di quel negozio e l’interesse sociale prevalente”: M. NUZZO, *o.u.c.*, 83.

¹⁴² Per avvedersene, basti qui ricordare che autorevole dottrina s’è interrogata, ad esempio, sui caratteri che deve avere il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, e sui relativi parametri alla stregua dei quali esso deve essere condotto, arrivando alla conclusione che, da un lato, il giudice dovrebbe dapprima verificare il rispetto delle norme procedurali, ma, dall’altro, spingersi oltre, giungendo sino al terreno della discrezionalità (così A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 640 ss. e 644 ss.). Tuttavia, come autorevolmente evidenziato, la discrezionalità di cui godono le *Authorities* è talmente lata da sfociare nella «politicità», dacché “la classica garanzia messa in campo dalla giurisdizione vacilla” (M. ANGELO, *o.u.c.*, 86-87). Per ovviare all’*impasse*, è stato allora proposto di assicurare l’effettività della giurisdizione attraverso un controllo di «rispondenza» ai «principi generali dell’azione amministrativa» e, in particolare, mediante una valutazione in termini di «ragionevolezza», «adeguatezza» e «proporzionalità» delle determinazioni adottate rispetto agli obiettivi regolatori da raggiungere (così, pressoché in termini, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, cit., par. 4, che discorre di necessità di “vagliare la regola posta dall’autorità nella sua intrinseca ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d’ingrandimento – davvero troppo riduttiva – della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità”, e ciò malgrado il sindacato condotto in base a tale ultimo principio “possa sembrare in sé più rigoroso”; sul tema si veda anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 191 ss.).

¹⁴³ Il tema, com’è ovvio, s’interseca all’ulteriore, delicata, questione relativa all’eventuale scrutinio da parte della Corte costitu-



Tali profili ordinamentali, è evidente, mal s'attagliano con le necessità imposte da un effettivo «*judicial review*» sull'operato delle Autorità indipendenti¹⁴⁵, e chiamano in causa, al contempo, l'ormai improcrastinabile esigenza di una matura riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale anche rispetto alla «regolazione» in sé considerata.

6. – Giunti all'epilogo del faticoso viaggio nella regolazione, l'interprete dell'oggi, così come anche il lettore, potrà forse rimanere deluso della diffusa mancanza di risolutività nelle diverse questioni discusse, e che, non a caso, abbiamo inteso presentare sotto forma di veri e propri «còmpiti» per chi abbia la voglia (ed il coraggio) di vagliare lo spinoso rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato.

Tuttavia, l'approccio da noi seguito ci è stato suggerito dall'esigenza, che reputiamo doverosa da considerare quando s'affronta una materia sì tanto articolata come quella regolatoria, di dismettere qualsiasi «ansia» classificatoria, prediligendo, invece, una maggiore cautela ed umiltà di indagine.

Non foss'altro perché qualsiasi soluzione, quantunque parziaria o tematicamente de-limitata, avrebbe un retrogusto dolcemente amaro, rappresentando, non solo un presuntuoso tentativo di tirar fuori dal cilindro nulla più di un «*trompe-l'œil*», ma soprattutto per il problematico rapporto che avvince «auto-» ed «etero-nomia» in ambito negoziale, e la cui sicura implicazione nel tema in discorso ci restituisce plastica sintesi dell'elevato grado di problematicità di cui anch'esso finisce per colorarsi.

Una «*excusatio non petita*»? Forse.

Ma di certo, per chiunque provi a cimentarsi nel tema, non una «*accusatio manifesta*».

zionale degli atti adottati dalle Autorità indipendenti e, in particolare, degli atti aventi carattere «normativo». Sul punto taluno ha sostenuto che, anche in base agli indici ritraibili dall'ordinamento attualmente vigente, potrebbero esistere margini per predicare un sindacato di costituzionalità sugli atti delle *Authorities* (così M. ANGELONE, *o.u.c.*, 89 ss.). Senonché, a noi pare che gli argomenti portati a sostegno di una siffatta conclusione, già di per sé fragili, dimostrino tutti i loro limiti ove si considerino attentamente i tratti del fenomeno «regolatorio». Anzitutto, l'assunto che il lemma «legge» di cui all'art. 134 Cost. possa ricomprendere al suo interno anche atti normativi di rango non primario, oltre a scontrarsi contro l'indubbio modello di sindacato costituzionale accolto dal nostro Costituente, ignora – o, meglio, oblitera – tutte le delicate questioni, già sopra viste, relative alla collocazione degli atti delle Autorità entro la tradizionale gerarchia delle fonti. Quanto, poi, all'ulteriore argomento secondo cui la Corte costituzionale avrebbe comunque aperto il proprio sindacato alle norme contenute in fonti secondarie, e in particolare a quelle contenute nei regolamenti cc.dd. «integrativi», basti rilevare che, così ragionando, si omette completamente di considerare la marcata differenza che intercorre tra codesti regolamenti e gli atti «normativi» di regolazione, che, come già ricordato, sono ampiamente disancorati dalle fonti primarie su cui (eventualmente) possono fondarsi in termini di «legittimazione».

¹⁴⁴ Giustappunto elevato a «giudice dell'economia»: A. SANDULLI, *Gli strumenti di controllo*, in *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 363 ss., spec. 376.

¹⁴⁵ Si veda, ad esempio, L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2015, 406 ss., che, non a caso, prospetta l'esigenza di strumenti e tecniche che favoriscano una interazione tra giudice amministrativo e Autorità indipendenti al fine di accrescere la consapevolezza del primo sull'impatto sia economico che sociale degli atti di regolazione oggetto di scrutinio.