



Autonomia privata e regolazione dell'economia: riflessioni preliminari per un discorso

di EMANUELE TEDESCO

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. RAGIONI «STORICHE» DELLA REGOLAZIONE: IL TRANSITO VERSO UNA ECONOMIA «REGOLATA» E LA CONSEGUENTE COMPARSА DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. – 3. MODULI OPERATIVI DELLA REGOLAZIONE DEL MERCATO: REGOLAZIONE «AUTORITATIVA», REGOLAZIONE «SOFT», REGOLAZIONE «GIUSTIZIALE». – 4. REGOLAZIONE DEL MERCATO E CONTRATTO: LE CONCRETE MODALITÀ D'INCIDENZA. – 5. I LIMITI E I CONTROLLI ALL'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE.

Abstract

The essay, starting from some recent confirmations to the already accepted «artificial» nature of the market, aims to critically assess the enduring relevance of those theses that have emerged so far in relation to the delicate relationship between private autonomy and market regulation. In particular, noting the undying need to investigate – also from a civil law perspective – the delicate regulatory function performed by Authorities, in the course of the work we will focus on the regulatory tools more usually employed by the independent Authorities (including the so-called «soft» and «justiciable» regulatory tools, which by now have acquired a much more pregnant importance than «conventional» authoritative tools), their overall effects on the entire contractual affair (from the obligations that affect only the pre-contractual phase to the prescriptions capable of explaining a properly hetero-integrative effect on the content of the contractual regulation), up to embracing also the ever-increasing interference that the regulatory phenomenon produces on the entrepreneurial organization and on the determination of the subjective requirements of the contractors (recte: of the «strong» contractor). All of this, in short, confirms the need to embrace a more modern – and realistic – conception of civil law, in which private autonomy, now often degraded to a mere act of bargaining impulse, cannot (any longer) be considered an intangible quid.

1. Premessa. L'evoluzione che ha interessato le dinamiche socio-economiche negli ultimi decenni ha condotto, quasi inevitabilmente, ad una netta trasfigurazione dei connotati tradizionali attribuiti al «mercato», non più destinatario di professioni di fede¹, ma rappresentato in maniera più realistica quale «*locus artificialis*, costruito dal diritto e conformato secondo criteri e volontà

¹ P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, p. 325 ss., spec. 326: «Non 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».

umane»². L'ordinamento euro-unionale, dal canto suo, ha contribuito a diffondere una certa cultura del bilanciamento³ 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”⁴.

Questa prospettiva sembra trovare conferma nel recente «*Next Generation EU*», formula accattivante adoperata per descrivere sinteticamente il complesso – invero eterogeneo – di interventi messi in atto dall'Unione europea per risollevare il mercato unico dalle nefaste conseguenze dell'emergenza pandemica⁵.

² Così N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 1, anche se già in tal senso in ID., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, p. 289 ss., e poi in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, e spec. pp. 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, p. 1 ss.; ID., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, p. 435 ss., spec. p. 438; ID., *Geo-diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 4, p. 461 ss. (ora, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1, p. 21 ss.); ID., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Rass. ec.*, 2004, 2, p. 555 ss. (anche in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 1, p. 1 ss.); ID., *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, t.1, p. 1297 ss. Negli stessi termini anche P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'Unione europea*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Milano, 2010, t. 2, p. 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 R. SACCO e G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 21.

³ Interessante è l'originale parallelismo prospettato da G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 509 ss., spec. p. 510, il quale, riprendendo gli insegnamenti di illustre dottrina (G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 421 ss.), afferma che “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”.

⁴ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 22, p. 1 ss., spec. p. 3.

⁵ 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 raggiunto in seno al Consiglio europeo un accordo politico su entrambi gli interventi sopra

In dettaglio, le misure adottate lasciano trasparire, per un verso, l'accolta qualificazione del 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 gli 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 idonei a tale scopo – importanti e cruciali funzioni di «regolazione».

Coerentemente, anche il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»⁶ – strumento d'attuazione domestica del «*Next Generation EU*» – dedica ampio spazio a questioni e problematiche di carattere *lato sensu* «regolatorio», annoverando ad esempio la promozione della concorrenza⁷ – quale primo strumento di raccordo delle contrapposte istanze che agitano il mercato – tra le quattro riforme c.d. abilitanti ivi descritte⁸, 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)⁹, la rimozione delle barriere all'ingresso nei mercati (soprattutto nel

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, a sostegno alla 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/>.

⁶ Approvato in via definitiva dalle Istituzioni europee in data 13 luglio 2021, con risorse stanziare per un totale di € 191,5 miliardi.

⁷ Non a caso, taluno, a ragione, afferma 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, *Concorrenza*, cit., p. 3.

⁸ 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» (p. 79).

⁹ PNRR, pp. 79-80.

settore energetico e in quello delle concessioni autostradali)¹⁰, 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)¹¹. 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)¹².

Ma se sotto un profilo sociologico il processo succintamente sintetizzato costituisce oramai un dato di fatto, sotto il versante giuridico non possono ancora ritenersi sopite le 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 riconosciuta già in tempi non sospetti¹³, di riflettere, in prospettiva gius-civilistica, sugli strumenti di regolazione *more solito* impiegati dalle Autorità indipendenti e sui loro multiformi effetti sulle varie fasi della complessa vicenda negoziale e, da qui, sull'organizzazione imprenditoriale dei principali attori del mercato.

¹⁰ PNRR, p. 80.

¹¹ PNRR, p. 80

¹² PNRR, p. 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.

¹³ 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 degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, sul tema della contrattazione di massa, quale occasione, in specie, "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 da F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., t. 2, p. 1491 ss., spec. pp. 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*, p. 239 ss.); M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 122 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto, "potere normativo d'impresa" e problemi di "democratic control"*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, p. 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, p. 1 ss.).

2. Ragioni «storiche» della regolazione: il transito verso una economia «regolata» e la conseguente comparsa delle Autorità indipendenti. Nell'imbastire il discorso or ora tratteggiato, numerose questioni, che interessano in profondità gli istituti e le categorie della civilistica, meriterebbero di essere analiticamente scandagliate: dalle funzioni delle – se pur non omogenee – Autorità indipendenti¹⁴ al fondamento, ai limiti e all'estensione dell'autonomia privata¹⁵, dall'essenza del fenomeno dell'integrazione contrattuale¹⁶ sino a giungere alla stessa separazione tra diritto pubblico e diritto privato¹⁷.

¹⁴ Sul tema, senza pretesa di esaustività, si rimanda a F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID., M. PASSARO, *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 amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. D'ALBERTI e 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, p. 51 ss.

¹⁵ Su cui è sufficiente rinviare, tra i classici, a S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss., il quale già ammoniva sulla natura poliforme e a tratti anfibia del concetto in questione (si vedano, ancorá tra i classici, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*, e spec. pp. 14 ss., R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, p. 516, nonché i vari saggi raccolti in P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1987). Di recente, con più particolare attenzione al fondamento costituzionale dell'autonomia privata, si veda F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. giur.*, Ann. VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.; mentre, sulla nozione di «diritto civile» è d'obbligo rimandare a S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, 2011.

¹⁶ 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; si v. 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, p. 453 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, p. 1379 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 253 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2006, p. 389 ss., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 65 ss. (e già ID., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 524 ss.); C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in AA.VV., *I contratti in generale*, 2ª ed., 2, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 2006, p. 1147 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, 2ª ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 3 ss.

¹⁷ Su cui S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964, p. 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, p. 10 ss.), rileva che l'esigenza della distinzione “viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più

La ristretta sede che ci occupa ci impedisce però di addentrarci in una tale operazione.

Tuttavia, occorre per lo meno riconoscere che la crisi delle certezze dogmatiche¹⁸, derivante dall'avvento della logica regolatoria, ha arricchito notevolmente il vocabolario del giurista, il quale, senza più timore, discorre ormai placidamente di «diritto privato amministrativo»¹⁹, così come di «diritto privato regolatorio»²⁰. E, se indubbiamente (con-)causa immediata di tale dirompente tendenza va individuata 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.

Ci si riferisce al progressivo transito da un'economia totalmente lasciata all'arbitrio dei suoi 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 disilluso del termine²¹; e, quindi, al passaggio da un modello di Stato «monista»²² (sia esso mero «osservatore» o,

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.*, p. 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.*). Sul tema è d'obbligo rinviare, più di recente, ad A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2021.

¹⁸ Non a caso, S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, p. 696 evidenziava che "[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato".

¹⁹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 520 e 523 ss.

²⁰ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 3, p. 515 ss., spec. p. 526.

²¹ Per un'analisi del fenomeno si rinvia ad A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e ID. (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

²² Si veda quanto autorevolmente evidenziato, sia pure rispetto ad altra questione, da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 5, p. 507 ss., spec. pp. 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".

all'opposto, «imprenditore»²³) ad un diverso modello di Stato che assomma a sé funzioni d'indirizzo e di controllo²⁴. Un modello istituzionale, per meglio dire, ben compendiabile attraverso il weberiano *Idealtypus* dello Stato «regolatore», che – come è stato evidenziato²⁵ – è altro sia dal modello dello Stato «liberale» sia da quello dello Stato «imprenditore»²⁶.

Tale transizione, operata attraverso un lungo e travagliato incedere sospinto dalle Istituzioni comunitarie²⁷, ha dato vita ad un sistema ordinamentale capace di conformare l'agire privato con l'obiettivo di preservare la dinamica

²³ Sull'elefantismo dell'intervento pubblico nell'economia, nel corso del Novecento, si v. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 93 e G. PALMERIO, *Politica economica*, 2ª ed., Napoli, 1996, p. 283 ss.

²⁴ Su tale relazione si v., *ex multis*, A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 15 ss. e 273 ss., V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 160, e, con peculiare attenzione alle posizioni della giurisprudenza amministrativa, anche T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, 11, p. 2497 ss., spec. p. 2499; 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, p. 231 ss., spec. pp. 231-233.

²⁵ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., p. 521.

²⁶ 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 M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit, p. 266). Donde, secondo autorevole dottrina (G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss.), il passaggio ad un nuovo modello di Stato, definito per l'appunto «salvatore». Il processo appena riferito potrebbe trovare un'ulteriore conferma negli 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, neppure alla «regolazione» convenzionale dell'economia.

²⁷ Sul punto si v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 112 ss. e 167 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 91 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1988, p. 32 ss.; sulle esigenze sottese al processo di «privatizzazione» e «liberalizzazione» si rinvia invece, anche per ulteriori riferimenti storici, a M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, pp. 37-38, spec. nt. 75.

concorrenziale²⁸, imponendo o replicando quegli esiti che il mercato, da sé, non è in grado di realizzare²⁹.

In questo precipuo contesto, ben più limpide appaiono dunque le ragioni dell'emersione³⁰ delle Autorità (per più d'una esigenza) indipendenti³¹, alle quali

²⁸ Così V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato* in AA.VV. (a cura di), *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 971; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 17). Secondo taluno, però, la tutela della concorrenza sarebbe un fine solo «strumentale» alla realizzazione di ben più alti interessi e valori di stampo solidaristico [così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 489 ss. e 504 ss., nonché Id., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss. (ora in *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 237 ss., da cui si cita, spec. p. 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, se pur con diversità di opinioni, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 388; si v., 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, p. 384 ss. e, con più specifico riferimento al settore delle pubbliche utilities, 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, p. 1421].

²⁹ Sul tema si rimanda a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

³⁰ 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 A. SCALIA, *Le Independent regulatory agencies nell'esperienza statunitense*, in AA. VV. (a cura di), *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)*, Milano, 1996, p. 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 sull'evoluzione di tali modelli, si v., *ex multis*, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, p. 1 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, *ivi*, 1997, p. 2 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Id. e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.

³¹ Secondo V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO e Id. (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 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». Per M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., pp. 11-14, invece, a causa di una mutuazione «forse con eccessiva nonchalance da esperienze giuridiche spesso profondamente diverse», 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 L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo*, cit., p. 23); non a caso, di «anomalia» e di «devianza» rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei Paesi di *civil law* parla E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online.it.

è stata attribuita un'imprescindibile funzione di «*market regulation*»³². Funzione che, però, proprio in ragione della relativa incidenza sul mercato³³ – così come dell'innegabile relazione che lega quest'ultimo al contratto³⁴ – si è inevitabilmente riverberata sull'autonomia negoziale³⁵ e, da qui, sulla composizione e sulle modalità di esplicazione dei poteri privati.

Non deve allora lasciare interdetti, rappresentando anzi un *fil rouge* della negozialità del tempo presente, che ormai una cospicua messe di norme provenienti dal contesto «autoritativo», difficilmente collocabili con precisione entro la tralatizia «gerarchia delle fonti», sia capace d'influire, in modo pervasivo³⁶, sulle tradizionali forme di estrinsecazione della libertà negoziale³⁷ e, in senso più ampio, sui modi, tempi e forme della contrattazione fra privati³⁸. Le *Authorities* sono così diventate “protagoniste assolute del complesso fenomeno integrativo”³⁹, invadendo addirittura la stessa strutturazione ed organizzazione

³² Sul ruolo capitale assunto dalle Autorità indipendenti dopo la rinuncia dello Stato all'intervento diretto nell'economia si v. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, 1997, p. 158; sui caratteri «arbitrali» assunti dallo Stato nell'espletamento di tale ruolo si v. M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 37-38).

³³ V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., p. 972: “Il 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 la nota 1.

³⁴ Si v. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 42.

³⁵ È stato 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, p. 541.

³⁶ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione nel mercato dell'energia elettrica*, in M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 249 ss., spec. p. 252.

³⁷ Così G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 329 ss., spec. p. 332, (considerazione, questa, invero già espressa in ID., *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, p. 520).

³⁸ G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Ann. V, Milano, 2012, p. 134 ss.

³⁹ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 3, p. 441 ss., spec. p. 442. Sta qui, secondo l'A. (ID., *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 100-101), l'essenza della c.d. «neo-regolazione» [espressione tolta da V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., p. 974], la quale – diversamente dal passato – “si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del

dell'iniziativa economica privata, che – giova rammentare – almeno nei termini dell'art. 41 Cost., dovrebbe esser intesa, sia pure in modo non assoluto, come libera⁴⁰.

3. Moduli operativi della regolazione del mercato: regolazione «autoritativa», regolazione «soft», regolazione «giustiziale». Appare pertanto utile soffermarsi sul «modo» in cui la regolazione del mercato incide in concreto sull'autonomia dei privati, movendo anzitutto dagli strumenti *more solito* impiegati all'uopo.

La tesi tradizionale, sul rilievo del carattere non assoluto della riserva di legge esistente in ambito negoziale⁴¹, riconosce che gli atti normativi delle

mercato) tramite la disciplina del contratto” (si v., per ulteriori riferimenti, anche E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 183 ss.).

⁴⁰ 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., p. 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., pp. 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*).

⁴¹ 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., p. 37 e, più di recente, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., p. 192), quanto in giurisprudenza (Corte cost., 14.2.1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, p. 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 v., però, F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2009, p. 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”.

Autorità indipendenti, purché mediatamente riconducibili ad una norma attributiva di rango primario⁴², possano incidere in vario modo sul contratto, negli stessi termini e attraverso gli stessi meccanismi concettuali propri della legge ordinaria. Addirittura, non è mancato chi ha ritenuto di annoverare i regolamenti delle *Authorities* tra le generali fonti di disciplina del contratto⁴³, al pari della legge o forse anche di più⁴⁴.

⁴² S'esprimono in termini di «delega legislativa» e di «potere delegato», *ex multis*, G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., pp. 134-136; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 94 ss., spec. pp. 101 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 43 ss., spec. p. 48; e, se pur con diversità di opinioni, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, *ivi*, p. 65 ss., spec. pp. 78-81. Secondo taluno, poi, il potere normativo delle Autorità sarebbe addirittura espressione del “potere regolamentare di altre autorità” cui fa cenno l'art. 3, comma 2°, disp. prel. al c.c. (per la ricostruzione di tale posizione si v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. FERRARI, *I contratti nei mercati regolati*, Torino, 2018, p. 20 ss.). Posizione differente è invece espressa da M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 49 ss. [l'A. definisce una “controversa eventualità che poteri di produzione normativa (...) facciano capo a soggetti che non godono di legittimazione popolare” (*ivi*, p. 53) ed esprime riserve anche rispetto alla logica «negoziata» che accomuna i procedimenti di *drafting* di molti regolamenti delle Autorità indipendenti (su cui si v. 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, p. 64 ss.), ritenendo invece necessario un “potenziamento delle garanzie procedurali (rese poi effettive da un eventuale controllo in sede giurisdizionale)” (*ivi*, pp. 56-57)].

In ogni caso, sul fondamento del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti, si v., *ex multis*, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2001, pp. 1 e 5, nonché G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad. reg.*, 2003, p. 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 in www.giustizia-amministrativa.it, § 2); per G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 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 *Authorities*: 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 ID. e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 175; *contra* M. ANGELONE, *o.u.c.*, pp. 77 e 97.

⁴³ Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 162; si v. anche G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 56 ss., spec. p. 60; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 86; ID., *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 541 ss.

⁴⁴ G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, cit., p. 332.

Tuttavia, non può farsi a meno di notare che l'intervento «regolatorio» sul mercato (*recte*: sui mercati) si realizza talora anche attraverso pareri, raccomandazioni, indagini, ispezioni, autorizzazioni⁴⁵, che, pur avendo indubbia attitudine regolatoria⁴⁶, sono difficilmente collocabili con precisione entro la tradizionale gerarchia delle fonti⁴⁷. Addirittura, secondo alcuno⁴⁸, la regolazione c.d. «soft» sarebbe ormai il modulo operativo *par excellence* delle Autorità indipendenti, giacché, proprio grazie al prestigio e alla forza persuasiva di cui codeste godono (essendo, del resto, tendenzialmente svincolate dal circuito politico-istituzionale⁴⁹), 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 ordinamentale⁵⁰.

⁴⁵ Sulla «confusione» che, già sul piano delle fonti primarie, connota la nomenclatura degli atti adottati dalle *Authorities*, si v. P. PERLINGIERI, *Firma digitale e commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 386, e, con più specifico riferimento agli atti adottati dalla Banca d'Italia, B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Torino, 1996, pp. 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».

⁴⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, p. 310 ss., spec. p. 314.

⁴⁷ Tanto da indurre una certa dottrina (L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronimia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 93 ss.) ad annoverare gli atti «normativi» delle *Authorities* tra le fonti *extra ordinem* dell'ordinamento. Del resto, anche su di un piano terminologico, è ormai acquisito che il lemma «regolazione», ove utilizzato in riferimento 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): così A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., pp. 520-521.

⁴⁸ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., p. 451.

⁴⁹ P. SCHLESINGER, *Il «nuovo» diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 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*, p. 55); ma allora si v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., e già ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, p. 631 ss.

⁵⁰ 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.*,

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'Italia⁵¹, 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 attività⁵²; 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 sede⁵³.

Trattasi, del resto, di fenomeno che, oltre ad essere destinato ad acuirsi coll'attuazione delle misure previste nel «PNRR», trova riscontro in un'amplessima attività di *moral suasion* esercitata, anche in ambito negoziale⁵⁴, dalle Autorità di vigilanza europee – Autorità bancaria europea (EBA), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi pensione (EIOPA) –, le cui frenetiche «*opinions*» condizionano sempre più la sistemica funzione di regolazione in ambito

2016, p. 423 ss., spec. p. 426); in termini simili anche G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 37 ss., spec. p. 47.

⁵¹ 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*.

⁵² 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.

⁵³ 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».

⁵⁴ S. AMOROSINO, *L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1009 ss.

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 regolazione⁵⁵. 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*»⁵⁶, che, non a caso, ha indotto taluna dottrina a parlare di «regolazione sommersa»⁵⁷ o, addirittura, di «criptoregolazione»⁵⁸. «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. 3⁵⁹, che attribuisce valore di prova «privilegiata» – e, in taluni casi, «vincolante» – all'accertamento condotto dall'AGCM in sede «giustiziale».

Orbene, la rinnovata fisionomia dei moduli operativi della regolazione sembra suggerire una profonda rilettura del problema relativo all'inquadramento ordinamentale degli atti derivanti dalle *Authorities*. Maturi appaiono infatti i tempi

⁵⁵ Così M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., p. 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”.

⁵⁶ Citando le parole di M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 19.

⁵⁷ M. BUCCELLO, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia*, cit., p. 219 ss.

⁵⁸ M. ANGELONE, *o.u.c.*, p. 453.

⁵⁹ Su cui si v., almeno, G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva “antitrust private enforcement”*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 228 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno “antitrust”: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 305 ss.; B. CARAVITTA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Riv. it. antitrust*, 2015, 2, p. 48 ss.

per predicare l'abbandono di ogni prospettiva ricostruttiva basata sul forzato rimaneggiamento della tradizionale «teoretica delle fonti»⁶⁰.

In tal senso, proprio di recente, è stata evidenziata – a nostro parere, correttamente – l'opportunità di riguardare gli atti regolatorî promananti dalle Autorità indipendenti seguendo un approccio *sostanziale*, anziché rigidamente *formale*, pur nel rispetto del (indubbiamente vincolante) principio di legalità⁶¹. E, già anni or sono, si era notato come l'avvento delle *Authorities*, imposto dall'accelerazione degli scambi (ormai privi di ogni connotazione dialogica)⁶², 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 gli interessi in gioco e di adottare rapidamente le misure necessarie”⁶³. 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”⁶⁴.

E se il corso del ragionamento non c'inganna, la medesima prospettiva deve, per necessità, estendersi oggi a tutti i «nuovi» strumenti 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. 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.⁶⁵.

⁶⁰ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., p. 523.

⁶¹ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., pp. 314 e 323 ss.

⁶² Il riferimento corre ovviamente a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 347 ss.

⁶³ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., p. 78.

⁶⁴ M. ORLANDI, *o.u.c.*, p. 81.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, la posizione di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 48, secondo il quale “[p]er l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede,

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

4. Regolazione del mercato e contratto: le concrete modalità d'incidenza. Non meno problematiche risultano, del resto, le modalità della concreta incidenza «a valle» dei proteiformi strumenti della regolazione.

Per fugare dubbi di sorta, però, occorre precisare che gli atti di regolazione delle *Authorities* toccano solitamente solo fattispecie contrattuali che hanno già avuto – o comunque dovranno avere – per volontà delle parti, la loro più compiuta epifania⁶⁶.

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.

Con riguardo alla fase genetica del contratto, innumerevoli e minuziose sono infatti 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 rispetto⁶⁷.

Si pensi, giusto per dare maggiore concretezza alle affermazioni che precedono, agli obblighi pre-contrattuali imposti dalla Banca d'Italia per quanto

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".

⁶⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., p. 314.

⁶⁷ 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 v. almeno i noti pronunciamenti Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO (e in *Contratti*, 2008, p. 393 ss., con nota di A. GENTILI).

concerne l'offerta di servizi bancari e finanziari⁶⁸, o dall'IVASS nel settore assicurativo in merito al «fascicolo informativo» e al relativo contenuto⁶⁹, ovvero, e ancora, dalla Consob per quanto riguarda le attività d'investimento e i servizi accessori⁷⁰. Parimenti degne di nota sono, poi, le prescrizioni di carattere pre-negoziabile 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 utenti⁷¹; obblighi che, per giunta, diventano particolarmente stringenti in taluni casi particolari, come quello dell'attivazione di servizi e forniture non richiesti⁷². E

⁶⁸ 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 v. T. RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, 4, p. 463 ss.

⁶⁹ Si veda il Regolamento IVASS del 2 agosto 2018, n. 41 (che ha sostituito il precedente Regolamento IVASS 26 maggio 2010, 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 v. G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 135 ss.

⁷⁰ 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 v. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019, p. 137 (spec. nt. 5).

⁷¹ Si veda, per le *utilities*, 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 telecomunicazioni, 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 v. G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 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, p. 746 ss., spec. pp. 762 ss.

⁷² Si v., 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 proceduralizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2623 ss. Peraltro, analoghe tutele sussistono

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*⁷³.

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 verso il complesso fenomeno regolatorio⁷⁴. Il rapporto contrattuale finisce così per divenire la risultante⁷⁵ di determinazioni risalenti alle parti e dell'imposizione di molteplici elementi contenutistici fissati direttamente dalle Autorità, e riguardanti tanto gli 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»⁷⁶, sono richiesti dall'ordinamento sotto pena di nullità. Il tutto, in definitiva, nel solco di una ormai sempre più labile

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.*, pp. 790 ss.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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 nel volume G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.

⁷⁵ 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., pp. 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.*, p. 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, p. 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 nell'immediato secondo dopo-guerra, allorché lo Stato, da semplice arbitro dell'economia, diviene soggetto attivo nel mercato (N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 9 ss.).

⁷⁶ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 127; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*; ID., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 772 ss.; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 328 ss.

distinzione, se non di una vera e propria sovrapposizione, tra (spazio riservato al) diritto privato e (spazio riservato al) diritto pubblico (dell'economia)⁷⁷.

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 citato⁷⁸, è risolta senza troppe difficoltà dalla prevalente dottrina⁷⁹ attraverso un 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 c.c., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 c.c.⁸⁰. Anche noi, in altra sede, c'eravamo prodigati per dimostrare la fondatezza di una siffatta conclusione⁸¹.

⁷⁷ 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*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 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 e A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 1^a ed., Torino, 2008, p. 509].

⁷⁸ Si v. M. NUZZO, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della «Rassegna di diritto civile»*, Napoli, 2006, p. 336, che riconosce come, nell'attuale contesto, sempre più spesso dilagano «norme imperative di estrazione secondaria», portato, peraltro, dello «straordinario ampliamento della legislazione speciale e della normativa secondaria di rilevanza civilistica». Si v. sul tema anche E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., pp. 520 e 523.

⁷⁹ Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. pp. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., pp. 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, pp. 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., p. 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 G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 217 ss., spec. pp. 226 ss. Posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., pp. 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).

⁸⁰ 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».

⁸¹ E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia*, cit., pp. 237-238.

Tuttavia, volgendo oggi uno sguardo alle evoluzioni del fenomeno regolatorio, ci si avvede che tale prospettiva, per quanto indubbiamente predicabile, non è affatto necessitata come sembrerebbe.

Già tempo addietro, invero, si era evidenziato, 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”⁸²; e, più di recente, altra dottrina non ha mancato di rilevare 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”⁸³.

In effetti, più d'una perplessità sembra ragionevolmente levarsi 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°, c.c.⁸⁴, risultando invero ben più persuasivo e condivisibile un approccio olistico, volto, nella sostanza, e senza tema alcuno, a riconoscere che il negozio – e, per tale via, il rapporto negoziale – altro non è che “la sintesi, sul piano formale, delle

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

⁸³ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., p. 340.

⁸⁴ 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 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, p. 173 ss., spec. pp. 176 ss.

determinazioni provenienti da (...) diverse fonti”⁸⁵, tuttavia “unificate in sede di qualificazione e tutte concorrenti a comporre la fattispecie giuridica dell’atto”⁸⁶.

Peraltro, 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»). Com’è stato rilevato, infatti, “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”⁸⁷ e 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

⁸⁵ Come rileva M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 146 ss., “l’incremento e la pervasività delle prescrizioni regolamentari poste dalle autorità indipendenti ha comportato un’alterazione degli equilibri esistenti all’interno della gamma 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.*, p. 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.*, pp. 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., pp. 49 e 501 ss.), e ciò anche perché l’idea stessa che l’autonomia privata vada concepita sì come totalmente slegata da vincoli ordinamentali, ancorché derivanti dalla regolazione «autoritativa», è una *contradictio in terminis* [si v. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 49, per il quale la stessa 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, p. 186, che ammonisce avvertendo che l’autonomia non va confusa con il mero «arbitrio»].

⁸⁶ Si v. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 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*, se pur non meno autorevolmente, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 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 evidenziato da A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021, p. 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»”.

⁸⁷ Si v. M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatori»*, cit., p. 445, e, sui risvolti economici (*recte*: micro-economici) del fattore organizzativo, N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999 (*ivi*, S. MARTUCELLI, **Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico**).

governance delle imprese di assicurazione ai rispettivi profili di rischiosità⁸⁸, o anche alle numerose norme *lato sensu* «organizzative» rivolte alle imprese operanti nel settore dell'investimento e contenute nei Regolamenti «Intermediari»⁸⁹ ed «Emittenti»⁹⁰ della Consob; senza, peraltro, negligere la continua insorgenza di nuovi obblighi organizzativi derivanti da fonti, anche di *soft law*, unionali⁹¹.

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)⁹², non sembra più limitarsi ad una mera «conformazione» del contratto, sul presupposto (difficile da smentire) dell'identificazione del mercato con gli atti che vi si pongono; ma, semmai,

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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*»).

⁹² P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. civ.*, 2017, II, p. 509 ss., spec. pp. 514-515.

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. Dacché, però, la concomitante esigenza di accogliere una più attuale e non consustanziale concezione del diritto civile; una concezione, s'intende, nella quale l'autonomia privata⁹³, sempre più spesso degradata a mero atto «di impulso» negoziale⁹⁴, non può (più) considerarsi un *quid* intangibile⁹⁵.

5. I limiti e i controlli all'attività di regolazione. Quanto detto impone inevitabilmente di riflettere altresì sui limiti (interni ed esterni) alla eteroconformazione «regolatoria» e, in generale, sul complesso tema dei controlli, non solo in termini gius-civilistici, rispetto alle modalità di esplicazione della delicata funzione di regolazione.

Sul punto è già stato proposto di ravvisare nei canoni di «ragionevolezza» e di «proporzionalità», letti anche alla luce del criterio di «sussidiarietà orizzontale»⁹⁶, i parametri fondamentali per scongiurare eventuali derive «regolatorie» da parte delle *Authorities*⁹⁷; parametri, nella specie, da utilizzare al

⁹³ Sul tema, si v. di recente A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 2, p. 36 ss.

⁹⁴ Così, magistralmente, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 359 (conclusione peraltro condivisa anche da chi segue diversa prospettiva: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.).

⁹⁵ Si v. N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., p. 1, per il quale “[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).

⁹⁶ In generale sul tema della sussidiarietà nel diritto privato si v. E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 257 ss. (nonché in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., p. 771 ss.; e ora in *Id.*, *Principi e metodo nell’esperienza giuridica*, Torino, 2018, p. 1 ss.)

⁹⁷ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., pp. 206 ss. e 455 ss.

fine di ammettere un eccentrico controllo di meritevolezza⁹⁸ (o di liceità⁹⁹) 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»¹⁰⁰, rischi di condurre ad esiti non propriamente soddisfacenti¹⁰¹. E ciò non tanto per quell'argomento¹⁰² – evidentemente non invocabile nel nostro caso¹⁰³ – che ritiene addirittura «abusivo» l'uso diretto dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, ma soprattutto perché la riconosciuta

⁹⁸ Si v. a tal proposito P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., p. 217 ss., così come la nota posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 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”.

⁹⁹ Secondo un approccio volto a distinguere il controllo di liceità da quello di meritevolezza (sulla differenza qualitativa tra i due, si v. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2009, p. 207).

¹⁰⁰ Sul tema si v., da ultimo, F. ADDIS, *Argomentazione «per principî» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 3, p. 5 ss.

¹⁰¹ Il tutto pur prescindendo dall'ulteriore ostacolo, tutt'altro che secondario, rinvenibile nella normativa consumeristica, che esclude dal giudizio di vessatorietà le clausole meramente riproduttive 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 v., *ex plurimis*, P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 3*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 602; e, in giurisprudenza, Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca borsa tit.*, 2010, II, p. 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, p. 506 ss., con nota di V. SIRGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*.

¹⁰² Così A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 747 ss. (sulla «proporzionalità», spec. pp. 753-757; sulla «ragionevolezza», spec. pp. 757-760).

¹⁰³ S'intende sì come connotato da un intervento, sia pure mediato ed *ab externo*, di un «regolatore» indipendente indubbiamente assoggettato a norme pubblicistiche: e, invero, si v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 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, p. 367, nt. 523, secondo cui detto criterio presupporrebbe uno «intervento autoritativo»).

(ed innata) «polisemia»¹⁰⁴, «indeterminatezza»¹⁰⁵ e «ambiguità»¹⁰⁶ che connota i parametri suesposti mal si concilierebbe con le esigenze di certezza e sicurezza che il mercato innegabilmente richiede¹⁰⁷, ancor più quando a venire in discussione è la delicata funzione di regolazione su di esso incidente¹⁰⁸.

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 essi¹⁰⁹ – anche

¹⁰⁴ A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 285.

¹⁰⁵ S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 37.

¹⁰⁶ G. SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 387 ss., spec. p. 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, p. 1).

¹⁰⁷ Si v., sia pure in prospettiva non velatamente assiologica, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 334 ss., e ora in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 441 ss., spec. p. 447, che definisce come «riconosciuta» l’operatività, in ispecie, del principio di «proporzionalità» “nel mercato, nel libero mercato”.

¹⁰⁸ In generale su tali rischi, si v., per tutti, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*, spec. pp. 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., pp. 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.*, p. 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*, 2ª ed., Milano, 2016, p. 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”).

¹⁰⁹ 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 dei dati personali. In ogni caso, sul tema della «copertura» costituzionale ed euro-unionale dell’attività regolatoria si v., *ex plurimis*, S. BATTAINI e G. VESPERINI, *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale* in M. D’ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 73 ss.; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 16 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., p. 33 ss.

sull'organizzazione dell'impresa, nell'art. 41 Cost.¹¹⁰, 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, assunto e specificato – s'intende – attraverso le norme di rango primario attributive delle funzioni regolatorie.

D'altronde, già tempo addietro, autorevole dottrina aveva dimostrato come la formula «utilità sociale» dovesse intendersi quale “formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilievo sociale”¹¹¹ 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”¹¹².

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 privati.¹¹³

Epperò, una volta riconosciuto ciò, occorrerà valutare se e come tale criterio possa trovare effettiva rispondenza in un adeguato sindacato giurisdizionale sugli atti e, in genere, sull'attività regolatoria svolta dalle Autorità a ciò deputate, non foss'altro perché trattasi di questione che implica, ed è a sua volta implicata da, tutte le ulteriori questioni che abbiamo sopra ripercorso: 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.

¹¹⁰ Così anche M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, p. 34.

¹¹¹ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 81.

¹¹² M. NUZZO, *o.u.c.*

¹¹³ 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” (*o.u.c.*, p. 58).

In verità, le soluzioni prospettabili in materia sono ampiamente incerte¹¹⁴, e ciò anche per via di una serie di limiti, tutti strutturalmente connaturati al nostro ordinamento, quali l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni¹¹⁵ e la presenza – tra queste – di un giudice dedicato (il giudice amministrativo)¹¹⁶, che tuttavia appare ancora oggi eccessivamente legato a logiche di tipo impugnatorio.

Tali profili ordinamentali, è evidente, mal s'attagliano con le necessità imposte da un effettivo «*judicial review*» sull'operato delle Autorità indipendenti¹¹⁷, e chiamano in causa, al contempo, l'ormai improcrastinabile

¹¹⁴ Sui caratteri del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, e sui relativi parametri alla stregua dei quali esso deve essere condotto, si v. A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 640 ss. e 644 ss. In verità, come 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. ANGELONE, *o.u.c.*, pp. 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., § 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 v. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 191 ss.).

¹¹⁵ Il tema, com'è ovvio, s'interseca all'ulteriore, delicata, questione relativa all'eventuale scrutinio da parte della Corte costituzionale 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.*, pp. 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».

¹¹⁶ Giustappunto elevato a «giudice dell'economia»: A. SANDULLI, *Gli strumenti di controllo*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, cit., p. 363 ss., spec. p. 376.

¹¹⁷ Si veda, ad esempio, L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2015, p. 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

esigenza di una matura riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale anche rispetto alla «regolazione» in sé considerata.

accrescere la consapevolezza del primo sull'impatto sia economico che sociale degli atti di regolazione oggetto di scrutinio.