



ASIMMETRIA DI POSIZIONI CONTRATTUALI, CONTRATTO PREDISPOSTO E RUOLO DELLE *AUTHORITIES**

MARIASSUNTA IMBRENDA

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Predisposizione unilaterale e assoggettamento di una categoria all'altrui potere contrattuale. Contrattazione asimmetrica. Regolazione come strumento di livellamento delle asimmetrie. I fondamenti assiologici e i limiti funzionali della contrattazione. 2. Gli interventi delle Authorities di eterointegrazione del regolamento contrattuale. Il ruolo delle prassi normative promosse dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dell'AEEGSI. L'autonomia negoziale quale attività d'impulso. – 3. I rapporti di consumo e le competenze dell'Autorità Antitrust: le clausole vessatorie. Le interrelazioni fra competenze dell'Autorità e del giudice. Il ruolo propulsivo delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi. – 4. Metodologia dialogica tra controllore e controllato per finalità deflattive e correttezza dell'iniziativa economica privata. Il ruolo e la portata della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale. – 5. Processo di amministrativizzazione e tendenza delle Autorità indipendenti a conformare la regolazione mediante moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. L'AEEGSI. Asimmetria informativa e gradi di approssimazione nella regolazione. – 6. Conclusioni. Selezione del potere normativo (anche negoziale) più «abile». Il deficit di legalità sostanziale e predisposizione di strumenti di partecipazione dei soggetti interessati. Le Authorities quali organi chiamati a ponderare e bilanciare gli interessi concreti coinvolti nell'attività di negoziazione anche in funzione di una soluzione «partecipativa». Contratto conformato e controllo di meritevolezza.

1. La predisposizione unilaterale delle clausole, proiezione del processo di standardizzazione di beni e servizi proprio della economia di massa, costituisce una delle principali estrinsecazioni «dei poteri autoritari di fatto», fondati – secondo le parole del prof. Bianca - non «su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»¹ e, di riflesso, è indice – come ci ricorda ancora Bianca - dell'assoggettamento, e della conseguente di-

*Il testo, con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione al convegno organizzato dalle Università Bocconi e Roma Tre su "I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca", tenuta presso l'Università Bocconi il 9 novembre 2017.

¹C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55 (ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Milano, 2002, p. 47 ss.), il quale specifica che questi poteri «possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economico che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle composizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati». L'accostamento operato dall'a., tra potere normativo e potere negoziale confuta la originaria alterità tra l'ideale classico di autonomia contrattuale – cui sarebbe estraneo «qualsiasi imperium dell'un negoziatore sull'altro, riducendosi così il postulato 'potere' alla mera facoltà dell'uno di proporre all'altro con successo un ordinamento (comune)»: così, S. DE FINA, *Autonomia*, in *Enc. giur.* Treccani, IV, Roma, 1988, p. 5- e la categoria del potere giuridico. Sulla predicazione in termini di potere giuridico della libertà contrattuale, v. le riflessioni di G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 289 ss.



seguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui².

Il tema – che oggi si ripresenta sotto la nomenclatura del “contratto asimmetrico”³ – involge, da una diversa e complementare visuale, quello della regolazione del mercato⁴.

Fulcro concettuale è il “potere”, tanto da discorrersi alternativamente di “asimmetria di posizioni/poteri contrattuali”: al potere “privato” della parte dominante, inteso come possibilità di predisporre “le regole del gioco” (le condizioni del futuro rapporto economico) e di incidere sulla altrui sfera di interessi, fa da contrappeso il potere “pubblico” di regolazione che vede protagoniste le Autorità indipendenti, «entrate a comporre» - secondo le parole della Corte costituzionale⁵ – un «nuovo quadro di organizzazione dell'economia e del mercato».

La relazione (“poteri privati” – “potere pubblico”) che ne scaturisce - la quale, come si vedrà, sfugge ad una configurazione dicotomica⁶ - si radica nella

²C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 63. La grande impresa – osserva l'a., *o.c.*, p. 62, *sub* nt. 11 - rappresenta come tale un centro di forza che tende a limitare i diritti di libertà di quanti ne vengono in contatto: sebbene l'erogazione di beni e servizi si attui attraverso lo schema del contratto, l'imprenditore giunge in realtà a dettare unilateralmente e uniformemente, imponendo proprie condizioni, il contenuto del rapporto, «arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari» (ID., *o.c.*, p. 63). Di fronte alla massificazione dei rapporti e alle concentrazioni del potere economico – denuncia ancora l'a. (ID., *o.c.*, p. 89) – la libertà negoziale dell'individuo, espressa dal convincimento che i singoli siano i migliori giudici dei loro interessi, si rivela del tutto illusoria.

³Locuzione invalsa nei primi anni del nuovo millennio (per la quale occorre fare riferimento ai diversi contributi di V. Roppo, ora raccolti in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3 ed., Torino, 2011) per designare un paradigma contrattuale nuovo rispetto al “contratto di diritto comune” disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c., riferibile a tutti quei contratti in cui «si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico»: ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, *ivi*, p. 91 ss., spec. p. 102; v. anche, ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, p. 65 ss. e spec. 85 ss.; sempre ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 269 ss., spec. p. 280, rileva che la debolezza contrattuale dell'agente di fronte al principale, del *franchisee* di fronte al *franchisor*, del cliente di fronte al fornitore, dipende da fattori di mercato socialmente “fisiologici”. Per una compiuta ricognizione del fenomeno e del dibattito dottrinale che ne è scaturito, v. per tutti, A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss., spec. p. 384 ss.

⁴C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 89, rileva chiaramente: «l'ordinamento è sempre meno indifferente a come i privati regolano i loro affari», segnalando l'opportunità di un intervento dell'autorità statale volto «a controllare e a delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione».

⁵Corte cost., 23 ottobre 1995, n. 482, con riguardo alla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e alla possibile ingerenza della stessa in materie di competenza regionale. In un passaggio della sentenza si afferma che «esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo».

⁶L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? (Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, Napoli, 2012, e in www.irpa.eu. (da cui si cita), evidenzia nitidamente come, nella dinamica della regolazione del mercato, libertà privata e potere pubblico perdano quelle fattezze un po' rigide e iconiche e si atteggino, invece, alla stregua di elementi prismatici, ricchi di sfaccettature e di capacità evolutiva (p. 4). Si che



consapevolezza che le posizioni di potere cui le dinamiche del mercato naturalmente tendono finiscono, in assenza di regole e controlli, per innescare (quello che è stato definito) «un inevitabile processo di autofagia che consuma ed elimina la stessa libertà di contrarre»⁷. Occorre pertanto ristabilire una tendenziale «parità delle armi»⁸ tra i contraenti, e orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale⁹.

Particolarmente significativo, finanche sul piano semantico, è l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in alcune risalenti pronunce, ove si pone in evidenza – in linea con la posizione espressa, ancora una volta, dal Maestro qui onorato¹⁰ – la necessità di attuare «anche nei confronti dei poteri privati» il «programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3 comma 2»¹¹, giacché un ordinamento giuridico democratico e

l'autonomia privata «si complica, includendo elementi tipici dell'esercizio del potere: il bilanciamento di una pluralità di interessi, la considerazione per il terzo, la procedimentalizzazione della formazione della volontà, il controllo non solo di risultato ma anche di processo»; e il potere pubblico si mostra «sempre meno unilaterale e finalistico», ma «partecipato e condizionale, volto non tanto a conformare in dettaglio le condotte dei soggetti sul mercato, ma piuttosto a stabilire le regole del gioco» (p. 5 s.). Punti di contatto tra potere pubblico e poteri privati sembrano peraltro emergere anche con riferimento ai rispettivi modelli di sindacato: v. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

⁷A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 16.

⁸Che qui si assume in senso diverso dal principio processuale canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

⁹Sul punto, v. ancora A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 21. ID., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in V. ROPPO e P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, p. 383, sull'assetto paritario come un risultato cui bisogna tendere per assicurare l'efficiente funzionamento del mercato, frutto di una valutazione e quindi di una correzione procedurale che convoglia e argina l'esercizio del potere privato. Illuminanti le parole di M. Libertini (riportate da G. PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2014, p. 2), riguardo allo spostarsi «della politica della concorrenza [...] dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa delle posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo». La coesistenzialità della *regulation* al mercato viene propugnata da R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio* (1998), ed. it. a cura di B. CASSANDRO SULPASSO, Milano, 2003, spec. p. 65 ss. V. anche *infra*, nt. 19. Sulla conformazione concorrenziale del mercato capitalistico, anche con riferimento al ruolo giocato dallo sviluppo tecnologico, v. le interessanti riflessioni di L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 88 ss., e spec. p. 98 s.

¹⁰C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 8, conduce il tema del dovere di intervento dello Stato *ex art.* 3, comma 2, cost., sul terreno delle autorità private. Occorre accertare – secondo l'a. (ID., *o.l.u.c.*) – se le situazioni di assoggettamento ad un altrui potere autoritario di fatto, ovvero non identificabile con un privilegio di diritto, importi il dovere di intervento dello Stato alla stregua del principio di eguaglianza o se tali situazioni richiedano una tutela del soggetto secondo gli schemi privatistici.

¹¹Così, Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, che richiama anche la precedente sent. n. 223 del 16 dicembre 1982; nonché, Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268. In argomento, L. DELLI PRISCOLI, *La diversa protezione di consumatore e imprenditore "debole" e il principio di uguaglianza*, in <http://rivistaodc.eu>, p. 1. Merita di essere menzionata la posizione espressa dalla Corte cost. tedesca nella nota sent. del 19 ottobre 1993 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss., con nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie*



improntato al principio di «parità reciproca»¹², ben difficilmente può tollerare la presenza, all'interno del mercato, di poteri privati di fatto, in grado di ledere o limitare le sfere di autonomia e libertà riconosciute a tutti gli attori economici¹³.

Questa emergenza¹⁴, nel quadro degli obiettivi della economia sociale di mercato (cfr., art. 3, comma 3, TUE, che richiama, fra l'altro, lo sviluppo sostenibile, la piena occupazione, il progresso sociale, la qualità dell'ambiente) e, più in generale, dei valori consacrati nel titolo primo del TUE (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), è resa ancor più pregnante dalla considerazione che il mercato, a fronte del progressivo arretramento del *welfare* e degli importanti processi di liberalizzazione delle attività di *public utilities* (trasporti, energia, acqua, telecomunicazioni)¹⁵, è assunto a sede

dell'autonomia privata nell'ordinamento tedesco; cfr., inoltre, l'attenta analisi di G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 34) nel senso che il contratto non può rappresentare il mezzo di dominio dell'uomo sull'uomo perché ciò si porrebbe in antinomia non solo con il fondamentale principio di libertà personale, ma anche con gli ideali dello stato sociale e con il valore della *Privatautonomie* difeso dalla costituzione.

¹²C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 8 e 56, si sofferma sul principio costituzionale di eguaglianza nel suo significato di parità reciproca, tale cioè da legittimare in generale l'aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto. Si tratta di un punto nevralgico della intera trattazione, di sicura utilità sistematica anche per chi si proponga - evidenzia P.[ietro] R.[escigno] nella *Presentazione*, *ivi*, p. XII - di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato, dove è proprio l'«eguaglianza reciproca» il criterio di verifica della legittimità delle «posizioni autoritarie». Sul tema della eguaglianza e del rapporto con la diseguaglianza, decisivo è il contributo di A. K. Sen, *La diseguaglianza*, 1994, p. 29 ss.

¹³ Un ordinamento democratico non può essere indifferente al problema della forma del mercato - o, per meglio dire, il mercato stesso non può rimanere avulso dalla complessiva costellazione di valori che caratterizzano l'ordinamento giuridico democratico - giacché tale problema intercetta le situazioni di libertà ed eguaglianza riconosciute a tutti gli attori del mercato. Non è dunque il mercato in sé a rappresentare per definizione il luogo che permette di garantire l'agire autonomo dei soggetti in esso operanti, ma solo la sua forma concorrenziale, che è capace di fondare e tutelare la libertà e l'eguaglianza degli attori. Qualora assuma una struttura monopolistica, il mercato si converte invece in luogo della disuguaglianza e del dominio, dell'eteronomia privata, dove la realtà del potere di fatto si cela sotto il velo di un'apparente libertà: per queste considerazioni, A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir. Annali*, III, Roma, 2010, p. 812, e spec. *sub* nota 28.

¹⁴ Il modello costituzionale di una società basata sulle libertà individuali - osserva P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 110 - ha poco a che fare con l'ordine spontaneo del mercato. Questo modello può realizzarsi soltanto se le libertà «sono inserite in una cornice di regole "forti" di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico». L'a., richiamando sul punto il tema delle autorità private elaborato da C.M. Bianca, evidenzia che «Dal punto di vista ordo-liberale, l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando è esercitato dal potere pubblico, ma anche quando esso si afferma di fatto nei rapporti tra i cittadini», sì che compito del potere pubblico è «preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione» (ID., *o.l.n.c.*).

¹⁵ Quella che vede i processi di privatizzazione dei beni produttivi (ma, ai fini del presente discorso, tali considerazioni valgono anche per i pubblici servizi) accompagnati da una rilevante e assorbente regolazione (vi è chi discorre - si v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 31 s. - di «interventismo regolatorio», in nulla dissimile dal precedente «interventismo classico») è solo una contraddizione apparente, «perché sono proprio quelle regole che consentono al nuovo mercato di funzionare»: così, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 19. Del resto, là dove i servizi essenziali (ad es., poste e te-



principale e pressoché esclusiva di accesso a beni e servizi strumentali al soddisfacimento dei c.d. «diritti sociali di cittadinanza»¹⁶, presupposto a loro volta di partecipazione del singolo alla vita democratica.

legrafi, ferrovie) vengano affidati – come nella società liberale - all'apparato burocratico, la autonomia dei privati, lungi dal coincidere con la libertà di concludere ogni possibile contratto, si identifica, più semplicemente, con la libertà di scambiare quei beni e servizi posti nella disponibilità dei privati (sul punto, richiamando Giuliano Amato, v. ID., *o.m.c.*, p. 9 s.). Nella prospettiva della sussidiarietà – v. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 487 s. – si osserva che tali processi non realizzano un ritiro del *welfare*, essendo mossi dalla esigenza di garantire una integrazione tra i mercati ispirata alle regole di piena e libera concorrenza. Sulla componente «sociale» della regolazione finalizzata a garantire il soddisfacimento di bisogni essenziali, mediante il c.d. servizio universale, v. per tutti, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI e G. TE-SAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 11 ss. Obiettivo, questo, - puntualizza efficacemente P. SIRENA, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli, Milano, 2003, p. 93 - che viene perseguito all'interno dell'economia di mercato. Del resto, a riscontro della vocazione solidaristica e di rilevanza sociale della regolazione delle *Authorities*, basta menzionare il c.d. “servizio di maggior tutela” offerto ai clienti finali ritenuti più deboli (domestici e piccole imprese) e la determinazione dei prezzi di riferimento, come corrispettivo “orientato al mercato” (art. 1, comma 3, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, conv. in l. 3 agosto 2007, n. 125). Si tratta di un parametro diverso dal “giusto prezzo” proprio delle pregresse forme di intervento (esempio emblematico è, al riguardo, l'imposizione dell'equo canone nella disciplina dei contratti locativi) a tutela delle classi economicamente e socialmente deboli: il corrispettivo “orientato al mercato” postula infatti la remuneratività per l'attività di impresa e l'efficienza complessiva dello scambio. Merita, ancora, di essere accennata l'adozione da parte dell'AGCom di misure specifiche destinate ad utenti finali disabili (art. 57, comma 1, d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259, c.d. Codice delle Telecomunicazioni). Sul mercato come principale meccanismo di regolazione delle attività economiche e di cura degli interessi sociali della collettività, v. R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2013, p. 25 ss. Il mercato abbisogna peraltro, a monte, di un «intervento pubblico redistributore, orientato a fornire garanzia dell'accesso a beni e servizi essenziali anche da parte di chi sia sprovvisto autonomamente di risorse economiche adeguate»: in questi termini, F. PIZZOLATO, *Scelte private e pubblici interessi: la regolazione dei consumi*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, p. 115, il quale esclude che la libertà del consumatore sia un *a priori* scontato, essendo la stessa libertà di consumare soggetta ai condizionamenti economici che occorre, per l'appunto, rimuovere attraverso l'intervento pubblico redistributore. Il tema è affrontato anche da R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, cit., p. 95 ss., il quale denuncia le distorsioni connesse alla privatizzazione dei servizi pubblici e all'antagonismo che si determina tra solidarietà sociale, servizi pubblici, previdenza sociale da un lato e interessi dei consumatori dall'altro (p. 105 s.). La soluzione ai fallimenti del mercato non si rinviene nell'intervento gestorio della mano pubblica né tantomeno nella redistribuzione della ricchezza collettiva, quanto piuttosto in una funzione di supplenza del diritto regolatorio nei confronti della libertà economica. Compito del decisore pubblico è verificare quali regole e quali provvedimenti possano impedire il preconstituirsi di situazioni distorsive dei rapporti concorrenziali, quali possano sopperire a eventuali carenze informative delle parti ovvero prevenire il prodursi di costi sociali, in quali casi sia necessario imporre all'impresa privata oneri di prestazione: per queste considerazioni, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17 s.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss., spec. p. 15. In argomento, v. anche L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Vicalvi, 2016, p. 92 ss.; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 125 ss.

¹⁶ Cfr., G. FERRARA, *L'uguaglianza oggi*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, 2013, p. 284 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 440 ss., spec. p. 446 s., anche con riferimento alla partecipazione dei portatori di interessi collettivi nella erogazione dei servizi pubblici, quale manifestazione moderna del “governo democratico dell'economia”. Denuncia l'ambiguità e il limite del concetto di “consumatore”, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1995, p. 97 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 308 s. (da



‘Benessere sociale’ ed ‘efficienza economica’ si fondono dunque nella dimensione concorrenziale del mercato, fungendo da presupposto e limite fisiologico agli imprescindibili interventi regolatori, tra i quali rientra la messa a punto delle regole conformative degli scambi¹⁷. Diffusa è infatti la consapevo-

cui si cita), il quale puntualizza che il consumatore non sempre è debole, e che «il problema del consumatore si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori (finanziario, alimentare, informativo, sanitario ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive» (p. 312).

¹⁷Il cambiamento morfologico del contratto da «regola autonoma» a «tecnica» di realizzazione di finalità generali (V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 487) già traspare dalla normativa speciale degli anni '70 e '80, in materia di equo canone, rapporti agrari, rapporto di lavoro subordinato, specchio «della realizzazione per via legislativa degli obiettivi di giustizia sociale»: così, F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 183. La locazione ad uso abitativo è, insieme alla costituzione di società cooperativa (cioè con scopo mutualistico: art. 2511 c.c.) e al contratto di trasporto pubblico di persone (art. 1679 ss. c.c.), indicata da P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 63 (già in *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 933 ss.), come una delle ipotesi emblematiche di predisposizione originaria, all'interno della funzione del contratto, dell'interesse pubblico che, nella prospettiva della legalità costituzionale, è sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell'unità dei loro diritti e dei loro doveri, sì da non poter confliggere con quello privato e risultare fisiologicamente presente in ogni attività giuridicamente rilevante, di per sé funzionalizzata anche al perseguimento di obiettivi di carattere generale: P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 58; ID., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 265 (e in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss.); ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 214; nonché P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Autonomia "privata" e pubblica amministrazione*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 2017, p. 443. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 134, esclude che vi sia collisione o indifferenza, quanto piuttosto coordinamento e strumentalità dell'interesse generale rispetto al privato, «come è richiesto dall'unità dell'ordine giuridico». Il punto di distacco rispetto a quella stagione va dunque ricercato non nell'impiego in funzione correttiva del contratto in sé considerato, in quanto cioè strumento per il perseguimento di fini ultraindividuali; bensì nel diverso tipo di finalità, all'epoca rivolto a ristabilire equi rapporti sociali sul presupposto che il mercato è di per sé fonte di distorsioni e come tale deve essere «guidato» secondo una *ratio* politica alternativa, coerente con le istanze solidaristiche enunciate all'art. 2 cost.; sì che misure di intervento pubblico «nella» economia (gestione diretta di comparti rilevanti dell'economia; introduzione di strumenti conformativi quali sussidi, incentivazioni, prezzi coordinati) e controllo correttivo sul contratto convergono in tale direzione e concorrono nella regolazione (in funzione redistributiva) del mercato. Ancora una volta l'eterointegrazione si conferma «tecnica di governo delle scelte private» (V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 273. Sul governo del contratto come una forma di governo dell'economia, M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza*, cit., p. 52), destinata ad incidere su condizioni di debolezza contrattuale, le quali sono non più di matrice (esclusivamente) socio-economica, quanto piuttosto «tecnica» e «seriale», ascrivibile cioè a disinformazione, luoghi e modalità di negoziazione, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica (D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Leggi d'Italia*, 2014, p. 6). Sulla definizione «funzionale» della autonomia contrattuale all'interno del modello dello Stato regolatore, v. l'analisi di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 16 ss., spec. p. 21, ove si evidenzia: «Dalla definizione del mercato, e in ragione degli interessi che in esso debbono trovare tutela, discendono per conseguenza le regole e i comportamenti che plasmano le dinamiche contrattuali». Per M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.* 2010, p. 63 ss., cui *adde* M. MAUGERI, *Autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 1314 ss., il limite finalistico della delegificazione prodotta dalle Autorità va rinvenuto nelle linee direttrici di matrice ordoliberal del l'ordinamento europeo (art. 3, comma 3, Tratt.), quali la tutela e promozione della concorrenza e la tutela del consumatore. Direttrici che, tuttavia, all'indomani del Trattato di Nizza, non possono rilevare indipendentemente dal valore della persona umana (cfr. Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), tanto da registrarsi una vera e propria «consonanza tra i valori prevalenti della Costituzione italiana e dell'ordinamento comunitario», sì che – conclude efficacemente E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 133 – «con l'eliminazione delle contraddizioni e l'unificazione dei valori caratterizzanti i diversi sistemi normativi, l'ordinamento interno e



lezza dell'indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato, e della conseguente ontologica circolarità tra le regole dell'uno e dell'altro¹⁸. Nel mercato – ci ricorda efficacemente R. Coase¹⁹ – si rinvia il luogo di allocazione delle risorse economiche e, ancor prima, della contrattazione, sì che se, per un verso, il contratto «appare come un'inevitabile necessità»²⁰, giacché soltanto per il suo tramite possono trovare soddisfacimento le esigenze di categorie soggettive variamente individuate (cittadini, utenti, consumatori)²¹, per altro verso, l'intervento pubblico “sulla” economia converge nel controllo eteroregolamentare sull'autonomia contrattuale²².

2. In questa prospettiva, gli strumenti di autonomia vengono “conformati” e “modulati”²³ in maniera sempre più incisiva dai *dicta* delle *Authorities*²⁴. Gli

comunitario tendono a divenire un unico ordinamento di riferimento». Le nuove finalità della Unione europea incidono sul mercato e finiscono con il giustificare tutta una serie di interventi e di legislazioni premiali: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 525.

¹⁸Così, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883 (anche in P. CORRIAS (a cura di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 273 ss.). Le connessioni funzionali tra contratto e mercato sono evidenziate anche in ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 3, 2006, p. 326.

¹⁹Per R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, p. 48, «I mercati sono istituzioni che esistono al fine di facilitare gli scambi», ovvero «per ridurre i costi di conclusione delle transazioni». L'illustre economista rileva inoltre che gli esempi solitamente addotti come mercati perfetti e concorrenza perfetta – si pensi alle borse merci e alle borse valori – siano in realtà mercati in cui le transazioni (a prescindere da ogni possibile regolamentazione governativa) sono altamente regolate, sì da ritenere «corretto pensare che se esiste qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richieda normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti» (ID., *o.c.*, p. 49).

²⁰L'espressione è di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17.

²¹V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 273 s., il quale insiste sulla valenza ultraindividuale dei fini che il contratto eterodeterminato persegue. L'a. rileva che lo Stato regolatore eleva il contratto a «fonte “suprema” delle regole degli scambi», ma «non rinuncia alla conduzione dell'andamento generale dei mercati e partecipa sotto spoglie diverse al fenomeno dell'economia», ricorrendo cioè ad «operazioni di conformazione ed orientamento di quei contratti verso finalità ultraindividuali».

²²Sulla interazione fra conformazione delle autonomie e funzionamento del mercato, L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 432. Sul ruolo nevralgico del contratto, che assurge a fonte di diritto, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 1976, p. 214 ss. In argomento, v. A. LASSO, *Crisi della legge e autorità del mercato*, in *Autorità e crisi dei poteri*, P.B. HELZEL e A.J. KATOLO (a cura di), Padova, 2012, p. 71.

²³Sul punto, E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 127 ss., spec. p. 132, reputa «più coerente pensare [...] ad una conformazione-modulazione» delle “autonomie”, in base ai valori prevalenti nell'ordinamento. Sul modo di atteggiarsi dei poteri conformativi, «i quali oscillano dalla prescrizione di “un contenuto tipico determinato” alla definizione di clausole particolari “da inserire” obbligatoriamente nei contratti», cfr., inoltre, F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 206.

²⁴È proprio l'effetto conformativo indotto da qualsivoglia *dicta* delle Autorità a costituire – secondo 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. 60 s. – il fenomeno significativo della normazione delle autorità indipendenti. Ha portata sostanzialmente normativa l'attività che si esplica attraverso istruzioni, suggerimenti, pareri, linee gui-



esempi attengono, in primo luogo, ai c.d. mercati regolati, nei quali la predisposizione del contenuto contrattuale è sottratta ai sopra richiamati «centri di

da -con riferimento alla controversa funzione regolatoria delle linee-guida e alla rilevanza in ordine alla costruzione del regolamento contrattuale dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall'ANAC, v. A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 818 ss.- che, pur non vincolanti, finiscono comunque per rivestire un notevole valore e produrre, di fatto, un effetto conformativo sui comportamenti dei destinatari: si pensi, a titolo meramente paradigmatico alle «lettere al mercato» (ex «circolari») dell'Ivass tese a esternare la posizione dell'Istituto in merito a determinate questioni (una tra le più recenti e significative è quella del 3 aprile 2017, la quale “raccomanda” alle imprese di attivare, nel caso di polizze abbinate ai finanziamenti, adeguate procedure per la restituzione in caso di estinzione anticipata parziale del rateo di premio non goduto). Né può trascurarsi di considerare l'attività c.d. di «regulation by litigation». L'espressione – per la quale, v. A.P. MORRIS, B. YANDLE e A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review* (56), 2004, p. 404 - designa quell'insieme di decisioni emesse dalle Autorità di settore a seguito di una determinata controversia che, per l'elevato valore che assumono, finiscono per orientare, integrare, correggere norme già poste, di guisa che la decisione assume interesse anche per i soggetti che non sono parte della controversia. La tematica del «regolare giudicando» è affrontata da S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 232 s.; v., anche, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 66. Sulla regolazione settoriale insita nella funzione giustiziale, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 ss. Sui contorni sostanzialmente normativi dell'attività esercitata dalle autorità indipendenti, essendo le stesse investite di poteri ampiamente discrezionali, F. MERUSI e M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, *Enc. dir. Agg.*, IV, Milano, 2002, p. 178; con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nella comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2008, 6, p. 836 s.; con riferimento al Garante della *privacy*, P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, p. 147 ss.; e, con riferimento al regolamento di soluzione delle controversie dell'AGCM, v. A. ZOPPINI (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione. In ricordo di Antonio Preto*, Roma, 2017. Di «deriva regolatoria» discorrono L. BERTI e A. PEZZOLI, *Le stagioni dell'antitrust*, Milano, 2010, p. 66 s., in particolar modo con riferimento alla attività dell'Autorità *Antitrust* che si concretizza nelle decisioni con impegni (art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990), mediante le quali vengono ad essere elaborate proprie politiche di settore. In questo caso, come nei procedimenti di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, le misure adottate si collocano «a metà strada tra le agevolazioni e le sanzioni che finiscono per avere una colorazione latamente regolatoria nella misura in cui appaiono rivolte ad introdurre un nuovo elemento di *deterrence*, integrativo degli altri strumenti di cui si avvale l'ordinamento *antitrust*, che opera nel senso di scoraggiare la formazione di cartelli»: così, G.D. COMPORTE, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in ID. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 7, il quale, guardando in generale, al «variegato campo delle sanzioni inflitte dalle autorità amministrative indipendenti», rileva la tendenza che, fra l'altro, «rende recessivo il profilo affittivo, e dunque l'interesse all'irrogazione di una sanzione esemplare, rispetto al perseguimento del generale obiettivo del miglioramento delle condizioni dei settori regolamentati». Le sanzioni – v. al riguardo la delibera n. 144 del 2 ottobre 2008, dell'AEEG (ora AEEGSI), recante *Linee guida sull'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481* - appaiono, in buona sostanza, «sempre più strumentalmente legate all'efficace attuazione delle politiche regolatorie del mercato o settore di riferimento» (ID., *o.l.u.c.*). Alla regolazione quale risultato ultimo delle altre funzioni delle quali sono investite le Autorità, fa accenno S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel settore dei servizi pubblici*, in G. MORBIDELLI e S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Torino, 2017, p. 86, nota 113, che, sulla scorta di alcune pronunce (Cons. St., sez. IV, 20 ottobre 2004, n. 6901, ove si afferma che la sanzione irrogata dall'Autorità per l'energia mira «a raggiungere anche finalità regolatorie del settore»; Tar Lombardia, sez. III, 10 settembre 2009, n. 4638, che definisce la potestà sanzionatoria «strumentale alle “regolazione” del mercato di riferimento»), discorre di potestà sanzionatoria in termini di «strumento ancillare della regolazione».



forza» privati e fa sostanzialmente capo alle rispettive Autorità di settore, tanto da discorrersi di «contratto amministrato»²⁵.

Si pensi al potere della Banca d'Italia di definire le informazioni e condizioni che, a pena di nullità, devono essere riportate in modo chiaro e conciso nei contratti di credito (art. 125 *bis* T.U.)²⁶; o a quello, ben più incisivo, di

²⁵V., sul punto, G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 94 ss.; e, in prospettiva diacronica, v., G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 160 s., che indica il “contratto amministrato” tra le espressioni «nelle quali si rifrange anche la qualificazione del contratto come *asimmetrico*». La estraneità degli «atti dispari e insuscettibili di negoziazione» dall'area del potere autonomo, intesa come area della «negoziazione», ovvero della «negoziabilità dell'accordo» (che si assume essere tratteggiata dall'art. 1322 cod. civ.: M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 65 ss., spec. p. 74 s.), porta a distinguere la protezione dell'*an*, ossia della libertà economica di scambiare, dalla protezione del *quomodo*, ossia della libertà di disciplinare negoziando, sì da aversi decisioni di compiere atti economici e di stringere affari largamente eterodeterminati nel *quomodo*, come i contratti sui servizi pubblici essenziali. Analoghe considerazioni possono farsi a proposito dei regolamenti contrattuali predeterminati unilateralmente dalle imprese e ripetuti in una serie indefinita di rapporti, che «scandiscono», secondo il sistema di produzione capitalistico, l'organizzazione della vita materiale di ciascuno: sul punto, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 15 s.

²⁶Con conseguente eterointegrazione, analogamente a quanto prevede l'art. 117, comma 7, per la generalità dei contratti bancari, fermo restando che il meccanismo *ex* art. 125 *bis* citato è destinato ad assorbire, oltre agli interessi, anche tutte le altre componenti del costo del credito. Cfr., al riguardo, P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari, Tratt. dei contratti* Rescigno – Gabrielli, Torino, 2016, p. 288. L'art. 125 *bis*, comma 6, prevede infatti la nullità di clausole relative a costi a carico del consumatore non inclusi o non correttamente inclusi nel Taeg pubblicizzato, come pure nel Taeg contrattualmente indicato a parte, in ragione del fatto che qualsiasi costo, che concorre a formare il costo complessivo del credito, deve essere necessariamente inserito nel Taeg allo scopo di dare al risparmiatore - consumatore la possibilità di comparare, con avvedutezza, le varie offerte del mercato e orientarsi quindi consapevolmente nella scelta del soggetto finanziatore. Ne consegue una forma di integrazione legale (quale è quella prevista dal successivo comma 7), con applicazione del tasso nominale sostitutivo: il che significa che il Taeg equivarrebbe al tasso nominale di Bot o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'Economia emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Al riguardo, in una recente decisione del Collegio di Coordinamento dell'Abf (cfr., dec. n. 1430 del 18 febbraio 2016) concernente le polizze c.d. *credit protection* incluse nel contratto di finanziamento, si è stabilito che: «in un contratto di finanziamento concluso con un consumatore, il costo di una polizza assicurativa obbligatoria deve essere incluso nella clausola di determinazione del Taeg. Se questo non avviene, la clausola è affetta da nullità ai sensi dell'articolo 125 *bis*, comma 6, Tub e di conseguenza diventa applicabile il tasso sostitutivo legale previsto dal comma 7 della medesima disposizione». Rimane aperto il problema di stabilire se anche il costo legato alla clausola assicurativa facoltativa debba essere riportato nel Taeg e, al riguardo, sulla scorta dell'art. 121, comma 2, Tub, le disposizioni di Banca d'Italia su “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, nella versione del 9 febbraio 2011, prevede che «nel Taeg sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte». Tale previsione non può che essere interpretata secondo la *ratio* voluta dal legislatore di fare in modo che, specialmente quando il risparmiatore ha necessità di mettere insieme alcuni preventivi per poter scegliere consapevolmente quello di preferenza, gli venga offerto un quadro complessivo ed esaustivo dei costi e delle spese, tanto più che l'assicurazione, per quanto facoltativa, potrebbe incidere non poco nella scelta perché al di là del costo c'è la sua effettiva e qualitativa portata la quale concorre in via essenziale e determinante della scelta. In tal modo il rischio di un mercato grigio della trattativa viene neutralizzato, includendo nel Taeg anche i costi facoltativi. L'Abf Collegio Roma, 13 aprile 2015, ha stabilito che i costi relativi alla polizza sottoscritta dal mutuatario in quanto prevista dall'art. 2, comma 3, lett. d), d.m. Tesoro, 8 luglio 1992, devono essere ricompresi nel calcolo del Taeg, a nulla rilevando che il modulo prestampato dall'intermediario rechi la qualificazione di tale polizza come “facoltativa”.



«prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato» (art. 117, comma 8)²⁷, che configura una vera e propria «tipizzazione amministrativa» del contratto. Ancor più marcato, per ragioni di ordine pubblico economico, è il potere di «tipizzazione» del quale è investita la Consob, cui compete non soltanto di dare un contenuto tipico ai contratti *futures* e *options*, ma ancor di più di determinarne la stessa ammissione alle negoziazioni e le relative scadenze in positivo». Gli strumenti contrattuali/titoli oggetto di negoziazione costituiscono pertanto un numero chiuso tipizzato anche nel contenuto, sì che all'autonomia privata residua un mero potere di impulso nel formulare e immettere nel sistema telematico di negoziazione una proposta di acquisto o di vendita destinata ad essere gestita dal sistema medesimo²⁸.

Si pensi altresì alle determinazioni dell'AEEGSI (art. 2, comma 12, lett. h, l. n. 481 del 1995) circa i livelli minimi di qualità del servizio (cfr., direttiva adottata con delibera n. 200 del 28 dicembre 1999), le quali «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» che gli esercenti sono tenuti a predisporre e ad osservare nello svolgimento del rapporto con gli utenti (art. 2, comma 37). La S.C.²⁹ ha statuito che l'integrazione, *ex art.* 1339 c.c., del

²⁷La *ratio* va rinvenuta nel garantire al cliente che a determinati *nomina* contrattuali corrisponda un certo contenuto (non soltanto economico *ex art.* 117, comma 4, ma anche giuridico: in questi termini, G. DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del testo unico*, in BANCA D'ITALIA – Quaderni di ricerca giuridica, *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma, 1997, p. 67, il quale specifica che la Banca d'Italia può prescrivere essa stessa direttamente il contenuto o farlo *per relationem*, rinviando a quanto elaborato dall'ABI. L'autorità di vigilanza (v. art. 9, delibera Cir del 4 marzo 2003) assume, ad esempio, l'indicazione dell'ISC ad elemento tipico del contratto di finanziamento, la omessa indicazione del quale comporta – secondo un orientamento dei giudici di merito – la nullità del contratto per la mancanza dei requisiti minimi di trasparenza voluti dal legislatore: così, Trib. Napoli, 25 maggio 2015, n. 7779, che ha escluso possa sopperire l'indicazione degli *elementi che concorrono alla determinazione di tale parametro*. V., inoltre, Trib. Benevento, 31 ottobre 2015; e Trib. Chieti, sent. n. 230 del 2015. L'errata indicazione dell'ISC o del TAEG (per il credito al consumo) comporta invece la nullità della sola clausola afferente gli interessi, *ex art.* 117, comma 6. Di «tipizzazione amministrativa» del contratto discorre anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2007, p. 481. Tale potere si traduce anche nel recepire, e dunque tipizzare, le nuove operazioni elaborate dalla prassi e, di riflesso, nell'ostracizzare eventuali altre operazioni divenute nel frattempo socialmente tipiche: in questo senso, V. BUONOCORE, *Riflessioni a margine del nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, società*, 1994, p. 171 ss.

²⁸G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, p. 135, il quale pone in risalto le ragioni legate non semplicemente alla generica tutela della posizione contrattuale del contraente investitore quanto, attraverso di essa, alla salvaguardia dell'interesse individuale e generale alla tutela costituzionale (art. 47) del risparmio in tutte le sue forme. Rilevano a tal fine due recentissime pronunce di legittimità mediante le quali è stato chiarito che gli obblighi di informazione «attiva» circa le singole operazioni di investimento che discendono dalle prescrizioni di legge (art. 21 ss. t.u.f.) e dalle correlate norme attuative della Consob appartengono alla «fase endocontrattuale del rapporto» e finiscono per essere «incorporati per via di integrazione nel contenuto tipico del contratto» e la loro mancata osservanza incide ai fini del giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, c.c. degli specifici derivati stipulati. In questi termini Cass., 23 maggio 2017, n. 12937; Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, entrambe in *Dejure*.

²⁹Cfr., Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 896, con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; e in *Giur. it.*, 2012, p. 1559, con no-



regolamento di servizio – che rappresenta sostanzialmente le condizioni generali di contratto alle quali debbono adeguarsi i contratti di utenza - si risolve in via mediata in una integrazione autoritativa dello stesso contratto». O, ancora, al potere dell'Anac (art. 71, d. lgs. n. 50 del 2016, nuovo Codice dei contratti pubblici) di adottare «bandi-tipo» in conformità dei quali «devono essere redatti» i bandi di gara, allo scopo di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, uniformandone le condotte³⁰.

Infine, in un'ottica di delegificazione, non può non segnalarsi il ruolo del Ministero dello Sviluppo Economico nella “modellizzazione” dello statuto e dell'atto costitutivo della *start up* innovativa (cfr., il modello standard approvato con d.m. MISE, 17 febbraio 2016, attuato dall'art. 3 comma 10 *bis*, del decreto-legge n. 3 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 33 del 2015).

3. La riflessione investe non di meno la materia dei rapporti di consumo. Le nuove competenze assegnate all'Autorità Antitrust riportano all'attenzione

ta di G. RISPOLI, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normativa*, e, segnatamente, quel passaggio dell'iter argomentativo nel quale si evidenzia come proprio in vista della funzione protettiva dell'utente le determinazioni dell'Autorità non possono integrare, a monte, le sole condizioni generali del contratto di servizio, ma devono incidere, a valle, sui contratti di utenza individuale. La controversia ha riguardato le modalità gratuite di pagamento delle bollette elettriche. L'allora AEEG impose, con la delibera n. 200 del 1999, al gestore «di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» (art. 6, comma 4). L'Enel provvide a ciò solo nel 2004, attivando appositi uffici su scala provinciale. Nelle more, alcuni utenti agirono in giudizio contestando l'inadempimento e chiedendo il risarcimento di un euro, pari al costo indebitamente sopportato nell'effettuare il pagamento a mezzo bollettino postale. La Corte - chiarito che le norme di regolazione possono derogare, purché in favore dell'utente, a norme dispositive di legge (nel caso in questione, l'art. 1196 cod. civ., che pone a carico del debitore le spese occorrenti per il pagamento) ma non a norme imperative, dato il carattere subordinato delle stesse rispetto alla legge [si v., al riguardo, le osservazioni critiche di M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, in *Annuario contr., dir.* da A. D'Angelo e V. Roppo, 2012, p. 61 s.] -, ha tuttavia respinto le domande risarcitorie, adducendo che la citata delibera n. 200 del 1999, configurava una «prescrizione del tutto inidonea ad integrare una clausola di contenuto determinato», lasciando «al concessionario il potere di [...] prevedere più di una modalità» e di «individuare gli stessi termini della modalità gratuita». In sostanza, dal momento che la modalità gratuita di pagamento non era esclusiva, non avrebbe potuto operare la deroga all'art. 1196 cod. civ., con conseguente applicazione dell'art. 1182, comma 3, ove si prevede che le spese connesse all'adempimento gravano sul debitore. In senso conforme, v. anche Cass., 27 giugno 2012, n. 10730; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Dejure*, sulle quali si sofferma, con una approfondita analisi, M. GRONDONA, *o.c.*, p. 38 ss. Cfr., inoltre, la disamina di D. FARACE, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. II, p. 656 ss. Da ultimo, ribadisce che il Regolamento dell'Autorità può integrare direttamente il regolamento di servizio e indirettamente il contratto di utenza, con riferimento a norme dispositive civilistiche, come quelle relative alle modalità di pagamento, Cass., 2 febbraio 2016, n. 1806, in *Contratti*, 11, 2016, p. 999 ss., con commento di D. FAUCEGLIA.

³⁰L'Anac, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del citato Codice, è titolare di analoghi poteri in merito ai «capitolati-tipo» e i «contratti-tipo»: cfr. delibera Anac n. 618 dell'8 giugno 2016 che individua le clausole-tipo «da inserire obbligatoriamente nei contratti per l'affidamento di servizi assicurativi». Sul punto, per tutti A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti*, cit., p. 818 ss.



la questione – anticipata nelle dense pagine di Bianca³¹ – della sottoponibilità delle condizioni generali di contratto a controllo giudiziario e/o amministrativo e dei limiti insiti in ciascuno di questi, stante la portata «superindividuale»³² dell'attività di predisposizione delle condizioni medesime.

La novella del 2012 al codice del consumo (37 *bis*, introdotto dall'art. 5, d.l. n. 1 del 2012 sulle liberalizzazioni, conv. in l. n. 27 del 2012), apre ad un controllo amministrativo, anche in via preventiva, del contenuto delle clausole vessatorie e/o abusive³³. Tale controllo – i cui prodromi sono rinvenibili nel processo avviato qualche anno prima con la riforma delle Camere di Commercio (d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 23), che ha dato luogo alla istituzione delle “Unità di regolazione del mercato”, deputate al controllo di vessatorietà delle condizioni generali di contratto³⁴; e che potrebbe avere un ruolo ancor più significativo, là dove se ne ipotizzasse l'estensione all'ambito delle “microimprese”³⁵ – non preclude un accertamento di vessatorietà successivo alla stipulazione del contratto e fa salva, in ogni caso, la giurisdizione del giudice ordinario³⁶ sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno (art. 37 *bis*, comma 4). Occorre segnalare come la percorribilità di un duplice controllo fosse stata già indicata da Bianca, là dove si riferisce – testualmente – ad un «controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione della pubblica amministrazione o anche di un controllo successivo, che non escludono comunque una decisione ultima da parte di organi giurisdizionali»³⁷.

³¹C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 75, prospetta un intervento pubblico in forma di *controllo amministrativo* delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione, o anche di controllo successivo, senza escludere comunque una decisione ultima da parte degli organi giurisdizionali. L'inconveniente insito in questa forma di intervento – rileva tuttavia l'a. (ID., *o.c.*, p. 76) – sta nell'«affidare ad organi amministrativi un potere che, se vuole essere efficace, diviene eccessivamente discrezionale in ordine alla disciplina dei rapporti privatistici». Peraltro la stessa tutela giurisdizionale (rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero ad una giurisdizione speciale) contro abusi di categoria «non sembra essere sufficientemente efficace» anche «per la difficoltà di un apprezzamento che involga un fenomeno superindividuale» (ID., *o.c.*, p. 77).

³²ID., *o.l.u.c.*

³³In argomento, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 199 ss.; C. CAMARIDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6, 2013, p. 305 ss.; E. POSMON, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 823 ss.; E. BATTELLI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Consumerism 2012. Quinto rapporto annuale*, Università degli Studi di Roma Tre (Facoltà di Economia) – Consumers' Forum, Roma, 2012, p. 59ss.]; M. ANGELONE, *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.; M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, p. 188 ss.

³⁴C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 308.

³⁵Sul punto sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016, p. 103.

³⁶Si rinvia, sul punto, a D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Persona e mercato*, 2016, 4.

³⁷C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 75; v. *supra*, nt. 31.



Particolare rilievo assumono, in questa prospettiva, il procedimento che l'AGCM segue ai fini della dichiarazione di vessatorietà e l'interpello preventivo che le imprese interessate possono richiedere alla stessa Autorità in merito alla vessatorietà di clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori. A tal fine, l'impresa predisponente deve indicare «compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà, anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende, nonché le modalità o circostanze in cui avverrà la negoziazione e la conclusione del contratto» (art. 24, comma 2, reg. sulle procedure istruttorie – del. AGCM n. 25411 del 1 aprile 2015).

La valutazione, che l'Autorità effettua sulla base della «propria competenza tecnica e della propria unitaria visione del mercato»³⁸, incide peraltro sul carattere unilaterale della predisposizione, dando luogo ad una sorta di co-determinazione di quelle parti del regolamento contrattuale potenzialmente suscettibili di controllo successivo di vessatorietà da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria³⁹.

Analoghe considerazioni vanno fatte, quanto alla materia – strettamente correlata - delle pratiche commerciali scorrette⁴⁰, con riferimento alla procedura degli impegni (art. 27): il professionista, il quale abbia già ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, in ordine, ad esempio, a messaggi commerciali al pubblico, può aprirsi ad una fase di negoziazione o transazione, intesa a riformulare la predisposizione dei messaggi medesimi sulla base dei suggerimenti dell'Autorità, fino ad eliminarne i profili di scorrettezza.

Se, in forza dell'interpello preventivo (ovvero degli impegni *ex art. 27* cod. cons., cui si è appena fatto cenno), il controllo consultivo dell'AGCM si

³⁸C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., p. 308.

³⁹Cfr., ancora, C. CAMARDI, *o.l.u.c.*, la quale sottolinea il carattere “soff” degli strumenti di co-determinazione, volti ad incentivare una contrattazione non vessatoria e meno “abusiva”.

⁴⁰ C. CAMARDI, *o.c.*, p. 307 e spec. p. 331 s. la quale rileva che: «considerando sistematicamente l'attività di predisposizione di clausole standard e quella di predisposizione dei messaggi commerciali quali fasi strutturalmente collegate della proposizione dell'offerta contrattuale dell'impresa ai consumatori, l'intervento spontaneo o sollecitato dell'Autorità può proporsi -per così dire- dall'inizio alla fine, dal momento della proposta come comunicazione commerciale al pubblico, fino a quello della proposta contrattuale vera e propria diretta ad una serie di consumatori, o già sottoscritta dai consumatori» (p. 332). In merito alle pratiche commerciali scorrette giova segnalare che il Tar Lazio, con ordinanze nn. 2547, 2548, 2550 e 2551, del 17 febbraio 2017 (di poco successive alle ordinanze con le quali il Consiglio di Stato – v. Cons. St., VI sez., 17 gennaio 2017, nn. 167 e 168 – ha sollevato le questioni pregiudiziali in ordine alla Autorità competente a sanzionare un operatore economico per una pratica commerciale scorretta) ha rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni di compatibilità comunitaria della disciplina del codice del consumo che sanziona le pratiche commerciali scorrette, con particolare riferimento al contrasto di competenza fra Autorità indipendenti. V., tuttavia, Cons. St., ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 4, che non ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia, statuendo che la competenza ad irrogare una sanzione per una pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva, è sempre da individuare nell'AGCM, sì che «nel nostro sistema [...] la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'AGCM».



incunea nell'atto di predisposizione, modificandone la struttura morfologica, e finisce per proiettarsi sulla futura attività negoziale; in sede di controllo successivo, attivato dall'Autorità, d'ufficio o su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, con riferimento alle clausole inserite nei contratti già in atto con i consumatori, è il potere pubblico, in quanto potere di regolazione (e la stessa decisione nella quale si estrinseca), a "diluirsi", ovvero a veder degradare la tradizionale connotazione unilaterale per assumerne una partecipata. L'art. 37 *bis* statuisce infatti che la dichiarazione di vessatorietà o di non vessatorietà viene emanata «sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni».

4. Entrambi i procedimenti sono informati ad una metodologia dialogica tra controllore e controllato che, di là da contingenti finalità deflattive, persegue, nel lungo periodo, il fine di sospingere⁴¹ verso la corretta esplicazione della iniziativa economica privata e, segnatamente, del potere – tipico – di predisposizione delle clausole contrattuali, con il quale l'imprenditore «costruisce [...] la materiale premessa della futura attività negoziale»⁴².

L'obiettivo ultimo che si pone il legislatore del 2012 è, ben oltre la correttezza, «il perseguimento di un "mercato etico"»⁴³, come è dato arguire, fra l'altro, dalla previsione, nell'ambito dello stesso decreto liberalizzazioni, del c.d. "rating di legalità" (art. 5 *ter*): la dichiarazione di non vessatorietà pone, infatti, l'impresa predisponente in condizione di presentarsi sul mercato con offerte "certificate", grazie alle quali poter "spontaneamente" attrarre i consumatori; là dove invece l'effetto dissuasivo che la dichiarazione di vessatorietà produce sulle scelte dei potenziali consumatori non può che scoraggiare l'imprenditore dal porre in essere o perseverare in condotte "abusive" o "vessorie"⁴⁴. Sotto questo profilo, appare plausibile concordare con chi, in

⁴¹Secondo l'idea del «paternalismo libertario» - R. THALER e C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, p. 11 ss. - che propone non di impedire determinate scelte ma di supportare, ovvero «pungolare», gli individui ad assumere, mediante una «spinta gentile», basata sulla informazione «adeguata», le decisioni migliori.

⁴²In un senso concettualmente non diverso – puntualizza E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 2017 (rist. integrata), p. 144 - dalla predisposizione di uffici di vendita al pubblico, dalla fissazione di prezzi, dal lancio di campagne promozionali ecc. In argomento, v. anche M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, spec. p. 63 ss.

⁴³Lo sottolinea efficacemente L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 7, p. 493.

⁴⁴C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., p. 328. In definitiva, osserva l'a., «La vigilanza è orientata ad evidenziare e rendere pubblico a scopo informativo il comportamento vessatorio, non ad impedirlo; a spingere i consumatori verso altri professionisti, così esercitando la loro sovranità e il loro potere di infliggere al professionista scorretto la più efficace delle sanzioni; ovvero – in caso di valutazione negativa della vessatorietà - ad evidenziare e rendere pubblica la virtuosità del predisponente, il



un'ottica di sussidiarietà, guarda all'interpello alla stregua di un non banale incentivo al "passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione"⁴⁵. Ancora una volta viene in considerazione il ruolo delle camere di commercio chiamate, già in una fase antecedente quella dei controlli appena menzionati, a compiti sia di vera e propria *moral suasion* nella redazione concertata di modelli contrattuali-tipo con le associazioni di categoria dei professionisti e/o dei consumatori, sia di controllo sulla presenza di "clausole inique inserite nei contratti"⁴⁶. Questo sistema valorizza il potere di autoregolamentazione delle categorie interessate, dando origine ad un modello concordato capace di recuperare l'equilibrio contrattuale, come osservava a suo tempo Bianca⁴⁷, il quale rilevava peraltro⁴⁸ l'insufficienza del pur necessario «intervento dell'autorità statale che valga a controllare e delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione». L'Autore precorreva così l'esigenza di guardare alle attività economiche e ai diritti patrimoniali in chiave solidaristica e di giustizia sociale.

La strada prescelta dà preponderanza alla fase preventiva e tende a scongiurare, non soltanto l'intervento giurisdizionale ma, come prevede espressamente la norma, lo stesso controllo amministrativo successivo che, secondo la logica della sussidiarietà, in primo luogo, postula il coinvolgimento diretto dei privati (l'Autorità interviene su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse), emancipati dal rango di semplici destinatari di norme e chiamati ad assumere un ruolo di *enforcement*. È nondimeno si-

quale potrà sempre avvalersi di tale valutazione in ogni circostanza nella quale ciò si rendesse opportuno o necessario» (p. 335).

⁴⁵In questa prospettiva, v. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 496. Ma per taluni rilievi critici, v. ancora C. CAMARDI, *o.c.*, p. 336, la quale ipotizza che «quel passaggio auspicato dalla predisposizione solitaria e unilaterale delle condizioni generali di contratto all'autoregolamentazione virtuosa» indotto dal rischio della sanzione reputazionale, può sortire effetti nei confronti di quei professionisti che hanno ragione di temerne gli effetti sulla clientela, «o perché poco competitivi, o perché il livello della concorrenza nel settore è elevato e i consumatori si trovano facilitati nel preferire altri professionisti. Mentre è più difficile immaginare un effetto realmente dissuasivo nei confronti di professionisti la cui posizione di mercato, consolidata e dominante, sia tale da neutralizzare la mera sanzione reputazionale o condizionare comunque le adesioni dei consumatori, ai quali, nonostante la dichiarata vessatorietà delle clausole contrattuali, non si offrono in quel settore di mercato alternative reali e convenienti».

⁴⁶Sul punto, L. ROSSI CARLEO, *o.c.*, p. 497, osserva che le Camere svolgono un ruolo di promozione e di impulso che si attua non tanto attraverso un'opera di controllo, ma piuttosto attraverso un'opera di mediazione volta a far sì che le parti possano realizzare in maniera corretta ed efficace il potere di autoregolazione degli interessi.

⁴⁷C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 79, segnala come la mancata organizzazione della categoria e la disparità sofferta dal singolo a livello di contrattazione individuale determinino una situazione di predominio, superabile «a livello di una contrattazione collettiva dove ciascuna categoria può fare valere la forza della sua essenziale partecipazione al discorso economico comune» (ID., *o.c.*, p. 80).

⁴⁸C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 89 s.



gnificativo che questo impulso, dal basso, alla attività di vigilanza⁴⁹ venga contemplato all'art. 62 dello stesso d. liberalizzazioni in ordine al rispetto della disciplina delle relazioni commerciali (dunque tra imprenditori), in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Coinvolgimento destinato peraltro ad ampliarsi nella prospettiva sistematica e assiologica - confortata dalla lettera dell'art. 62, comma 2, ove si discorre genericamente di «relazioni commerciali» -che riconosce valenza generalizzata in tutti i rapporti tra imprese al divieto di imposizione di condizioni «ingiustificatamente gravose»⁵⁰.

La logica della sussidiarietà, in secondo luogo, prevede la già richiamata partecipazione «alla consultazione delle associazioni di categoria rappresentative dei professionisti a livello nazionale e delle camere di commercio o loro unioni che risultino interessate dalle clausole oggetto del procedimento, in ragione della specifica esperienza maturata nel settore» (v. art. 23, comma 6, reg. AGCM, n. 25411 del 2015).

5. Allargando lo sguardo, occorre rimarcare, a fronte del variegato processo di amministrativizzazione, la tendenza, per certi versi speculare, delle Autorità indipendenti a plasmare la regolazione secondo moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. Valenza paradigmatica riveste la legge istitutiva della AEEGSI che contempla (v. art. 2, comma 23, l. n. 481 del 1995) la possibilità di disciplinare, *ex art.* 13, l. n. 241 del 1990 (che, a sua volta, rinvia alle «particolari norme»), le audizioni periodiche delle associazioni dei consumatori e degli utenti o, comunque, dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione di atti normativi e atti a contenuto generale (fra i quali rientrano i provvedimenti di determinazione delle tariffe, di definizione dei livelli qualitativi delle prestazioni e delle altre condizioni). L'art. 5 della delibera 20 maggio 1997, n. 61, dispone che i procedimenti per la formazione di atti normativi e di atti a contenuto generale di competenza dell'autorità si svolgono mediante procedure di *notice and comment* e nel 2012 è stata avviata dall'Autorità una nuova procedura, denominata “*Notice and Comment: Iniziativa Sperimentale*” orientata ad estendere la partecipazione a consumatori domestici e piccole e medie imprese. Al-

⁴⁹Al riguardo, L. ROSSI CARLEO, *Nuovi principi, grandi potenzialità*, in R. FONTOLAN e A. ALTINA (a cura di), *Lo Statuto delle imprese*, Roma, 2012, p. 30; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 390, indica nella *class action* lo strumento costitutivo di nuove soggettività rappresentative di interessi che si aggregano e si legittimano ‘dal basso’. Sul *countervailing power* che organizzazioni e soggetti collettivi esercitano, in via preventiva o successiva, nella negoziazione o nelle controversie, si sofferma A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 3/2010, p. 50 s.

⁵⁰Sul punto, sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, cit., p. 112 ss.



tre recenti disposizioni⁵¹, nel formalizzare esplicitamente la partecipazione delle categorie interessate nella formazione dei regolamenti delle *Authorities*, riecheggiano anch'esse il metodo c.d. di *notice and comment*, tipico del modello dell'*interest representation*⁵².

Occorre premettere che in una «società basata sulle libertà dei privati»⁵³ la regolazione, quale risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati⁵⁴, non può non tener conto del rischio di un fallimento degli stessi regolatori, a causa tanto della asimmetria informativa che questi ultimi scontano nei confronti dei regolati quanto della difficoltà di prevedere le variabili di contesto⁵⁵. Questa consapevolezza fa sì che la regolazione

⁵¹V., ad es., art. 23, l. n. 262 del 2005 (legge per la tutela del risparmio), ove si prevede che i provvedimenti aventi natura regolamentare o contenuto generale adottati da Banca d'Italia, Consob, Isvap (ora Ivass) e Covip debbono essere motivati e soprattutto debbono coinvolgere – nel rispetto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine – gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori; art. 191, comma 4, d. lgs. n. 209 del 2005 (c.d. Codice delle assicurazioni private) che sancisce che i regolamenti dell'Isvap (ora Ivass) «sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto»; art. 11, d.lgs. n. 259 del 2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che disciplina un meccanismo di consultazione e trasparenza tale da consentire a tutte le parti interessate di prendere visione e di esprimersi sulla proposta di provvedimento.

⁵² Il *notice and comment*, introdotto nell'ordinamento statunitense con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946, si articola nella comunicazione dell'avvio del procedimento di regolazione, nella pubblicazione dello schema di regolazione, nella fissazione di un termine per la presentazione dei commenti ed, infine, nell'adozione del provvedimento finale. In argomento, v. G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 277 ss.; e, più in generale, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere strutturali*, Milano, 2010, p. 1 ss., e spec. p. 97, quanto alla partecipazione anche come dovere del cittadino *ex art. 2 cost.*, in linea con l'origine etimologica del termine partecipazione che richiama immediatamente ad un prendere parte ad un progetto o ad un'azione di comune interesse. In giurisprudenza, da ultimo, Tar Lazio - Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, nel senso che: «La procedura del *notice and comment*, imposta nella fattispecie dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nel legittimare l'esercizio del potere regolatorio da parte di soggetti istituzionali posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 cost., attraverso l'imposizione di un procedimento partecipativo sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative per il cui tramite arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione acquisendo gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere ed il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, non si traduce nell'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale, essendo sufficiente che risulti che l'Autorità abbia preso in considerazione i contributi elaborati durante la consultazione pubblica e vi abbia dato riscontro attraverso l'indicazione delle ragioni sostanziali sottese alla decisione, costituente idonea motivazione».

⁵³ Si rinvia, ancora, alle dense pagine di P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., p. 101 ss., spec. p. 113; ID., *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2012, p. 449 (anche in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*. Atti del 6° Convegno Nazionale Sisdir, Napoli, 2012, p. 315).

⁵⁴Sulla regolazione pubblica come risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati, si rinvia alle interessanti riflessioni di G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in G. ROJASELQUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 191 ss.

⁵⁵L'intervento pubblico – avverte acutamente A. GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, p. 305 – «non dà garanzia di ripristino della razionalità degli individui e del mercato [...]. La razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò spesso fallisce», degenerando in burocrazia. In definitiva, i rimedi offerti scontano a loro volta la razionalità limitata dei regolatori, connessa tanto alla asimmetria informativa nei confronti



si sostanziano in un processo continuo di elaborazione e adeguamento, tale cioè da svilupparsi per successivi gradi di approssimazione⁵⁶ - cui concorre altresì l'analisi di impatto⁵⁷ (come ad es., nella ipotesi del già citato art. 23, l. risparmio, che richiede una relazione che illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sulle attività delle imprese e degli operatori, sugli interessi dei risparmiatori) - secondo una logica prettamente compositiva, resa possibile non soltanto dalla maggiore prossimità delle Autorità indipendenti con il soggetto destinatario della normativa, ma anche dal «dialogo costruttivo con i soggetti interessati, il quale costituisce un incessante procedimento di scoperta»⁵⁸, funzionale alla costruzione negoziata della regola.

degli stessi regolati quanto alla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: sul punto, v. ancora, G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, cit., p. 194. I più recenti approdi della economia comportamentale e della psicologia cognitiva applicata anche ai regolatori - «i quali sono degli Umani», puntualizza F. DI PORTO, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 975, che affronta il problema della razionalità limitata dei regolatori in specie nei mercati ad alto tasso di innovazione tecnologica; su regolazione e scienze cognitive, v., ID., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, spec. p. 197 ss. - enfatizzano il ruolo dell'informazione non soltanto come «strumento» ma anche come «oggetto» di regolazione: il regolatore si pone cioè l'obiettivo di creare una informazione adeguata e in funzione di ciò assume la veste di arbitro per la condivisione dell'informazione e della conoscenza tra gli *stakeholders*. Aspetto, quest'ultimo, che, occorre aggiungere, non può ignorare la tendenza alla concentrazione del potere informativo in capo a pochi attori del mercato, in un'ottica di standardizzazione dei servizi che possa garantire una maggiore sicurezza ed il ripristino di forme di equilibrio nei rapporti contrattuali con gli utenti ed i consumatori di beni e servizi in rete. Infatti, la stessa profilatura, anche in vista di una «personalizzazione» dei prezzi che potrebbe rivelarsi un'efficace strumento di ri-composizione dell'asimmetria (atteso che garantisce il bene o servizio più idoneo al soddisfacimento del bisogno del singolo consumatore al miglior prezzo), può presentare altri e diversi rischi che si spostano sul piano dell'efficienza del mercato delle informazioni, sembra giustificare la creazione di interventi regolatori attraverso la predisposizione di modelli trasparenti di raccolta e di uso delle informazioni: sul punto, v. ancora ID., *o.u.c.*, p. 158. Né può essere taciuto che la recente crisi finanziaria ed economica ha mostrato i limiti della regolazione di settore, tanto da indurre a prospettare oltre al fallimento del mercato anche il fallimento dei regolatori (così, R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 71; sul tema, si rinvia, in generale a G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Le Autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009), e a riproporre «la centralità dell'azione pubblica»: sul punto, v., ancora, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., p. 376; cfr. anche N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, p. 11 s., a parere del quale la crisi ha evidenziato l'esigenza di un rafforzamento della regolazione indipendente.

⁵⁶V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 256, evidenzia la «funzione omeostatica» delle Autorità indipendenti, consistente cioè nel produrre «un adattamento continuo della regolazione giuridica a una realtà mobile», qual è il mercato.

⁵⁷In argomento, v. i diversi contributi raccolti in D. GALLI e M. CAPPELLETTI (a cura di), *La qualità delle regole nella società contemporanea. Una prospettiva multilivello*, Roma, 2014, e, segnatamente, N. RANGONE, *Qualità delle regole: solo utopia?*, p. 61 ss.; E. GIARDINO, *La regolazione amministrativa: evoluzione concettuale e metamorfosi teologica*, p. 85 ss.; F. CANNATA, *L'analisi d'impatto della regolamentazione: l'esperienza della Banca d'Italia*, p. 97 ss.; F. SARPI, *L'esperienza dell'utilizzo dell'AIR nelle autorità indipendenti*, p. 163 ss. Cfr., inoltre, M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 68 ss.

⁵⁸P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati*, cit., p. 449, evidenziando altresì che questo dialogo è «animato dalla consapevolezza che la regolazione perfetta non sarà mai raggiunta, ma che, proprio per questo, essa può sempre essere migliorata attraverso la discussione pubblica».



6. Volendo procedere a qualche riflessione conclusiva, si può, anzi tutto, sottolineare la compenetrazione tra il carattere flessibile, dinamico e adattivo della regolazione e il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale (art. 118 cost.), che da mero criterio formale ordinatore delle fonti assurge a strumento di selezione del potere normativo più «abile», compresa l'autonomia negoziale, a far fronte alle peculiarità delle istanze di tutela in concreto rilevabili. Riguardata in questa prospettiva, la partecipazione degli organismi rappresentativi alle dinamiche regolative conferma l'idea che l'autonomia privata nella dimensione regolativa del mercato non necessariamente viene sacrificata, potendo «acquistare» rilievo in forme nuove, *in primis* in quella forma di negoziazione associativa che fa dei provvedimenti delle autorità atti a normazione «diffusa» o «sociale»⁵⁹, pur dovendosene constatare, allo stato attuale, il carattere asimmetrico, atteso che è l'Autorità a decidere se tener conto o meno delle osservazioni prodotte dai privati⁶⁰.

Il temasi intreccia con la portata del principio di legalità, che l'evoluzione del modello istituzionale - dalla separazione all'«equilibrio fra i poteri»⁶¹ - allontana dalla sua accezione tradizionale e conforma al principio di proporzionalità il quale peraltro, inteso come espressione di idoneità e adeguatezza delle scelte e dei mezzi rispetto ai fini da perseguire, caratterizza da sempre l'agire dei privati⁶². Il *deficit* di legalità sostanziale (attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco; esercizio di poteri impliciti) potrebbe essere compensato - secondo l'orientamento del Consiglio di Stato⁶³, favorevolmente accolto dalla Corte costituzionale⁶⁴ - dal potenziamento

⁵⁹G. GITTI e P. SPADA, *Regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 19.

⁶⁰V., fra l'altro, Tar Lombardia - Milano, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1164.

⁶¹L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in www.irpa.eu, p. 2.

⁶²V., ancora, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 10.

⁶³Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in www.giustizia-amministrativa.it, configura un «fondamento dal basso» della indipendenza e neutralità delle Autorità, «a condizione che siano assicurate le condizioni del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale». In senso conforme, più di recente, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro Amm.*, 2014, 10, p. 2565: «L'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture *stricto sensu* rappresentative». Sulla «democrazia procedimentale», quale fondamento della peculiare legittimazione delle autorità indipendenti, v. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 42. In argomento, cfr., altresì, R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Tratt. di dir. amm. diretto da G. Santaniello, Padova, 2010, p. 73 s., secondo il quale le garanzie partecipative costituiscono «un elemento insopprimibile» del procedimento innanzi alle Autorità indipendenti, «che caratterizza le funzioni svolte da tali organismi» (ID., *o.c.*, p. 82); 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.*,



della legalità procedurale, mediante il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento. La effettività della partecipazione dei soggetti interessati (di là dalla condivisibile osservazione che «Solo gli interessati meglio organizzati sapranno far valere la loro opinione»⁶⁵) dipende peraltro dalla «possibilità di un contraddittorio effettivo (non solo in forma scritta, ma anche in forma orale)» e dall'«obbligo di motivazione delle determinazioni e degli atti delle Autorità»⁶⁶. Elementi, questi, che attengono alla neutralità delle Autorità indipendenti e pertanto «devono ritenersi imposti dall'art. 111, comma 2, cost., come presidi di un giusto processo»⁶⁷. Da qui la possibilità di impugnare gli atti regolatori per vizi da inesatto svolgimento delle consultazioni e da mancata considerazione dei relativi risultati nei provvedimenti finali, incentivando, per questa via, l'agire responsabile delle autorità medesime.

In definitiva, la descritta dinamica di reciproca «ibridazione»⁶⁸ del potere pubblico e della libertà privata, che si compie nella regolazione, supera in certo qual modo l'interrogativo che Bianca si poneva⁶⁹, circa la tutela pubblica o privata da accordare al soggetto sottoposto all'altrui autorità privata. La logica collaborativa, di dialogo e di negoziazione, che informa l'attività procedimentale delle *Authorities*, sembra collocarsi nel solco di quella soluzione «partecipativa» che l'Autore, nel fare riferimento agli accordi delle categorie interessate, indicava come «soluzione ottimale»⁷⁰ al problema delle «posizioni di dominio

2008, I, p. 257 ss., spec. p. 269, reputa applicabile il modello di partecipazione consultiva in tutte le materie rette dal principio di sussidiarietà sociale. Se tale partecipazione conforma l'ambito della discrezionalità del decisore pubblico, resta tuttavia aperto il problema per alcuni degli interessati di essere emarginati dalla partecipazione; problema cui si potrebbe sopperire – ipotizza l'a. – con un onere di motivazione.

⁶⁴Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69, nel richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato sulla declinazione procedurale del principio di legalità, puntualizza che nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti, là dove vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica, «la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

⁶⁵ È quanto rileva, opportunamente, E. DEL PRATO, *o.c.*, p. 269, *sub* nt. 45.

⁶⁶P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati*, cit., p. 449. Considerazioni critiche sulla posizione della giurisprudenza amministrativa riguardo alla effettività della partecipazione degli interessati ai procedimenti dell'attuale AEEGSI sono mosse da A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 74 ss., spec. p. 79 ss.

⁶⁷Così, ancora, P. SIRENA, *o.c.*, p. 447, il quale osserva come la rilevanza costituzionale delle libertà private esiga che i procedimenti dinanzi alle *Authorities*, di là dalla loro discussa qualificazione come «paragiurisdizionali», siano «retti dai valori permanenti del processo», la diffusione dei quali è funzionale alla attuazione delle istanze di politica e di civiltà del diritto (cfr., ID., *o.c.*, p. 448), sì da prospettarsi l'esercizio della funzione amministrativa proprio mediante il processo.

⁶⁸L'espressione è di L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 4.

⁶⁹C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 8.

⁷⁰C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 79. Questi passi della trattazione vengono segnalati da P. RE-SIGNO, *Presentazione*, cit., p. XVI, il quale sottolinea come l'a. si faccia carico di manifestare riserve e obiezioni



nella vita economica». Il procedimento innanzi alle stesse diverrebbe, così, la sede presso la quale i confliggenti (ed equiordinati⁷¹) interessi, ponderati e bilanciati, trovano composizione, ferma restando la opportunità di ripensare il ruolo del giudice civile nel controllo del contratto conformato⁷² e di ipotizzare il sindacato di costituzionalità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità⁷³. L'esame della problematica della giustizia contrattuale e dei poteri di intervento del giudice si arricchisce dunque di elementi nuovi. Il potere eteronomo di incidere sul contratto delle *Authorities* non ridimensiona il ruolo del giudice nella perequazione delle contrattazioni, al contrario lo valorizza e gli conferisce il carattere dell'imprescindibilità. Nell'attuale momento storico in cui molteplici sono gli interrogativi sull'adeguatezza del controllo sugli atti di talune Autorità⁷⁴, e ancora appare essere un miraggio il controllo contenutistico sugli stessi ad opera della Consulta, diviene dirimente ripensare il ruolo del giudice civile di controllo del contratto sì come risultante dall'opera conformativa dell'Autorità. In questa ottica, occorre allora ricavare i parametri sui quali impostare il sindacato ora di legittimità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità di settore ora di liceità e meritevolezza del contratto conformato.

ni, senza svalutare il peso delle soluzioni proposte, senza rinnegare gli strumenti del diritto privato nell'ambito di un sistema, ispirato alla tutela della persona, sempre più oggetto di pubblici interventi.

⁷¹G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, cit., p. 131.

⁷²Il tema è affrontato in chiave sostanziale da P. SIRENA, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, cit., p. 96 ss.

⁷³Nel prendere spunto dalla intuizione di Costantino Mortati in ordine ai regolamenti dell'esecutivo, P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 228 s.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 15 s., è dell'avviso di ammettere la sottoponibilità, in via diretta, dei regolamenti delle *Authorities* al controllo di costituzionalità.

⁷⁴L'inadeguatezza del controllo è data dalla sovrapposizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sovrapposizione che si registra sotto un duplice profilo. Da un lato, in tutte le ipotesi nelle quali il privato adisce il giudice civile per la risoluzione di controversie che attengono al regolamento autoritativo, il magistrato, ai fini di una corretta composizione della controversia, dovrà in via preliminare indagare la legittimità del dato regolamentare. Dall'altro il giudice amministrativo chiamato a sindacare la legittimità dell'atto autoritativo, dovrà valutare non soltanto l'atto in sé considerato ma anche le implicazioni che quell'atto disvela nei rapporti civilistici. Osserva opportunamente F. CRISCUOLO, *Decisioni delle Autorità indipendenti e oggetto della cognizione in sede di controllo giurisdizionale*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 336, che l'eliminazione dell'atto, per effetto dell'intervento del giudice, qualunque esso sia, «non può essere considerata episodio a sé stante, in quanto anche il processo si trova ad essere inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa, momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro di essa». Sul punto v. anche le riflessioni di M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, cit., p. 130. Peraltro, come già esplicitato, proprio suddette implicazioni rendono particolarmente «difficile, se non impossibile, trovare un interesse individuale che non sia anche generale e, viceversa, un interesse generale che non colpisca anche profili di interesse individuale e personale». Così, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in E. FABIANI e A. TARTAGLIA POLCINI, *Sull'unità della giurisdizione*, Napoli, 2011, p. 134. Ed invero, la frattura tra interesse pubblico - *rectius*, della collettività - e interesse privato tende a comporsi.