amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"Atti delle Autorità amministrative indipendenti ed eterointegrazione (rectius eteroconformazione) del contratto e degli atti di autonomia privata."

di Federica Laura Maggio

(Abilitata all'esercizio della professione forense e specializzata in Diritto civile, presso la S.S.D.C. dell'Università di Camerino)

Sommario

1. Autonomia contrattuale, suoi limiti e integrazione del contratto. - 2. Interpretazione evolutiva dell'autonomia contrattuale e integrazione a fini protettivi. - 3. Eteronomia e integrazione del contratto da parte delle Autorità amministrative indipendenti. - 3.1. Il contratto come punto di incontro di istanze privatistiche e pubblicistiche. - 3.2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto. - 4. Tipologie di integrazione. - 4.1. Fase precontrattuale. - 4.2. Fase costitutiva ed esecutiva. - 4.3. Obblighi a contrarre, divieti di contrarre. - 5. Caratteristiche della delibera integratrice del contratto. - 6. Presupposti e limiti dell'eterointegrazione. - 7. Funzione di regolazione, eterointegrazione e principi costituzionali. - 8. Una nota metodologica allo studio dei poteri delle Authorities. - 9. Inquadramento dell'attività delle Autorità indipendenti in rapporto alla funzione di regolazione. - 9.1. Principio di sussidiarietà. - 9.2. Personalismo, solidarismo e uguaglianza. - 10. Conclusioni

Abstract

The paper examines the subject of integration and correction of the contract by the Independent Authorities' powers. Particularly, the independent regulation is seen from the point of view of its function on the bargaining in general: rebalance the relationship between the contractors, in favour of the weaker party. The significant market regulation' power, is thus read back in axiological terms, as a «conformation in a protective key».

ISSN 2036-7821

1. Autonomia contrattuale, suoi limiti e integrazione del contratto.

"Autonomia", dal greco *autòs* e *nòmos*, letteralmente "dar legge a sé stessi" "*indica la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)*"[1].

L'art. 1322 c.c., rubricato proprio "Autonomia contrattuale", dispone che "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

È indubbio che l'idea stessa di autonomia contrattuale evochi immediatamente i concetti di libertà e di volontà[2]: l'accordo contrattuale è accordo di volontà e libertà, le parti cioè sono libere di decidere se ed, eventualmente, in che modo, lasciare che il contratto incida sulle loro sfere giuridiche.

Il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale, in difetto di una espressa previsione, è stato a lungo messo in discussione dalla dottrina.

Secondo alcuni[3], il richiamo alla tutela dei diritti inviolabili e della personalità umana di cui all'art. 2, sarebbe il più adatto per esprimere la valorizzazione della più generale libertà personale e dunque, anche, negoziale. Ponendo al centro del sistema costituzionale la tutela della persona, la disposizione darebbe copertura costituzionale anche all'autonomia contrattuale, in quanto anche la conclusione di contratti è una delle modalità di sviluppo della personalità, che si esprime attraverso l'instaurazione di rapporti giuridici con gli altri consociati.

Secondo altri[4], invece, sarebbe preferibile rinvenire nell'art. 41 Cost. e dunque nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica, il referente costituzionale dell'autonomia privata. Nonostante alcune perplessità su tale conclusione – determinate dalla sostanziale differenza tra i due concetti e soprattutto dall'afferenza dell'autonomia privata a qualunque soggetto e dell'iniziativa economica, invece, ai soli soggetti imprenditori/operatori economici – nel complesso è quella che ha avuto maggior seguito in letteratura, per due ordini di ragioni.

Intanto la tutela dell'autonomia privata è innegabilmente collegata a quella dell'iniziativa economica in quanto quest'ultima presuppone necessariamente l'esistenza della prima e ne è condizionata nei limiti imposti e nelle facoltà

[1] R. SACCO, voce *"Autonomia nel diritto privato"* in *Dig. disc. prev.*, sez. civ., I, Torino, Utet, 1987, p. 516; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 e ss.

[2] V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37.

[3] R. SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, I, Torino, Utet, 2004, p. 30 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 21-24.

[4] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2019, p. 791 e ss.; P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, Utet, 2006, p. XLVII ss.; A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 134.

riconosciute. Inoltre è sembrato calzante anche per l'autonomia negoziale il richiamo effettuato dall'art. 41 al sistema di confini che circoscrivono la libertà nell'iniziativa economica: l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché la possibilità che l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.
Una elaborazione alternativa[5] procede a ricercare il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale respingendo innanzitutto le soluzioni aprioristiche e generalizzanti e basandosi sull'esame dell'esperienza giuridica in chiave assiologica. Nell'ottica di identificazione delle finalità che sostengono le singole norme, osservato che l'autonomia negoziale si esplica in tutti i settori che riguardano le attività umane e sono rilevanti per il diritto, l'attività economico-commerciale, certamente, ma anche i rapporti familiari, quelli successori, quelli di tipo associativo, ecc., essa trova non un solo riferimento costituzionale, bensì si fonda su differenti norme, a seconda dell'ambito in cui essa si esplica: l'autonomia negoziale personale, sugli artt. 2, 13, 32; quella familiare, sugli artt. 29, 30, 31; sull'art. 18 l'autonomia privata relativa ai rapporti associativi; sugli artt. 41 e 42, quella a contenuto più strettamente patrimoniale, etc..
A prescindere dal fondamento (o dai fondamenti) che le si riconosca, l'autonomia negoziale, trova una legittimazione costituzionale in quanto espressione di una delle libertà dell'individuo, che l'ordinamento protegge e incoraggia a fini socio-economici. Ma, pur essendo un diritto di libertà, l'autonomia privata non è un dogma assoluto e sconfinato, bensì è soggetto a limitazioni che, a loro volta, sono giustificabili solo se, previo opportuno giudizio di bilanciamento, corrispondono a valori che siano altrettanto rilevanti dal punto di vista costituzionale[6].
La stessa norma fondamentale dell'art. 1322 c.c., fa riferimento ai "limiti" dell'autonomia contrattuale, al primo comma citando espressamente i "*limiti imposti dall'ordinamento giuridico*" (o limiti legali) e al secondo, imponendo un limite di tipo funzionale: la necessità di realizzare attraverso il contratto "*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".
La categoria di limiti c.d. oggettivi all'autonomia contrattuale (ovvero quelli posti a tutela di valori superiori, tramite norme imperative), sono stati suddivisi da un'interessante classificazione[7], in due macro-categorie: limiti negativi, che condizionerebbero la validità o l'efficacia del negozio, generando dei veri e propri "divieti di negoziare" o comunque dei vincoli alle modalità di negoziazione (ad es. il rinvio dell'art. 1343 c.c. all'illiceità della causa per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume; le norme imperative di cui agli artt. 1343 e 1418 c.c.) e limiti positivi, che sarebbero invece in grado di incidere sul contenuto della pattuizione, generando,

[5] Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 290 e ss.
[6] P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 e ss.; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*
[7] A. PLAISANT, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*. Cagliari, Forum Libri, 2018, p. 188-189 e 241-244.

attraverso vari meccanismi, il fenomeno della "integrazione del contratto" (ad es. l'art 1339 c.c.). È proprio all'interno di questa seconda categoria di limiti ordinamentali all'autonomia negoziale, che viene ricompresa l'integrazione del contratto, ovvero "*la costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome, cioè diverse dalla volontà delle parti.*"[8].

L'integrazione si pone cioè in termini antitetici rispetto all'autonomia contrattuale, poiché presuppone una *etero-nomìa*, una dipendenza da leggi esterne, ovvero una situazione in cui i contraenti ricevono dal di fuori rispetto alle loro volontà, la norma delle proprie azioni. In proposito è stato autorevolmente sostenuto che "*L'eteronomia consiste nella creazione di regole non da parte del titolare dell'interesse cui quelle regole vanno applicate, ma da parte di un soggetto estraneo provvisto di un potere pubblico. Sono pertanto atti di eteronomia la legge, il provvedimento amministrativo, la sentenza, perché provengono da soggetti […] che hanno il potere di regolare quell'interesse indipendentemente dalla volontà del suo titolare*"[9].

La disposizione fondamentale in materia è l'art. 1374 c.c., che prevede che "*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*". Tale norma insieme agli artt. 1339 c.c., sulla sostituzione automatica di clausole da parte di norme imperative; 1340 c.c. sulle clausole d'uso e 1375 c.c., su cui si fondano le costruzioni sull'integrazione del contratto ad opera della buona fede; disegna l'area dell'integrazione del contratto[10].

2. Interpretazione evolutiva dell'autonomia contrattuale e integrazione a fini protettivi.

Nel quadro fin qui delineato relativamente all'autonomia contrattuale e ai suoi limiti, non si può non procedere con un riferimento all'influenza che sul concetto hanno spiegato lo sviluppo dell'economia globalizzata e l'integrazione europea.

Il diritto europeo non prende in considerazione direttamente il contratto, non rientrando la regolamentazione dell'istituto tra le materie che sono attribuite alla sua competenza, tuttavia esso si è occupato sempre più frequentemente di disciplinare il fenomeno contrattuale allo scopo di tutelare il consumatore - o, più in generale, di quella che viene definita parte debole della contrattazione[11] - di regolare il mercato, e di tutelare la concorrenza. Il contratto è stato cioè preso in esame quale strumento

[8] V. ROPPO, *op. cit.*, p. 457.

[9] P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, Esi, 2000, pag. 327 -328.

[10] R. SACCO, *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, p. 996.

[11] I contraente deboli sono definiti come "*coloro la cui libertà di scelta tra più opzioni confrontabili è compromessa o esclusa da un assetto del mercato che favorisce comportamenti abusivi, collusivi, non trasparenti, discriminatori, da una dinamica mercantile non correttamente competitiva*" da D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 110.

ISSN 2036-7821

mediante il quale, nel mercato, si realizzano gli scambi economici e pertanto è stato oggetto di disciplina europea al fine ultimo di incidere sulle dinamiche di mercato.
È grazie alla armonizzazione e all'introduzione nel nostro ordinamento di prescrizioni europee sulla contrattualistica, che si è assistito alla frammentazione della previgente unitarietà dell'istituto del contratto in plurime categorie[12], che prevedono la forte limitazione dell'autonomia negoziale a scopi protettivi di una delle parti del rapporto[13]. Il richiamo è evidentemente ai contratti dei consumatori (c.d. secondo contratto) e ai contratti d'impresa asimmetrici (c.d. terzo contratto).
Il tentativo di garantire protezione alla parte contrattuale debole è sfociato nella predisposizione di un maggior numero di norme imperative che limitano l'autonomia negoziale (integrazione cogente) nelle due tipologie di contratti da ultimo richiamate[14], nonché in interventi conformativi da parte del giudice di sempre maggiore intensità e ricchezza.

3. Eteronomia e integrazione del contratto da parte delle Autorità amministrative indipendenti.

In questo contesto si innestano i poteri integrativi/correttivi e dell'integrazione eteronoma del contratto da parte delle Autorità indipendenti[15], che con sempre maggiore incisività influiscono sulle caratteristiche della stipulazione sostituendosi alle deliberazioni di volontà delle parti e alla legge come fonte integrativa.
Il fenomeno si inserisce invero nel solco già tracciato dalla tendenza ad evolvere, definitivamente, verso il "policentrismo normativo", che, come appurato, ormai ricomprende in sé anche gli atti regolatori delle Autorità indipendenti, i quali possono incidere anche nel settore del diritto dei contratti. Da questo assunto sarebbe giusto, quindi prendere le mosse per reinterpretare anche le disposizioni di cui agli artt. 1339, 1374, 1419 c.c., nei quali il riferimento alla "legge" - quale fonte di introduzione di elementi nuovi nel regolamento negoziale originariamente stabilito dalle parti - dovrebbe essere piuttosto considerato come un riferimento al "diritto oggettivo" in generale, nel suo complesso, ricomprendente perciò l'insieme delle fonti interne e comunitarie[16] e non alla legge puntuale e formale dello Stato[17].

---

[12] A. GENTILI, *Il contratto dopo il Novecento*, in B. MONTANARI (a cura di) *Il diritto dopo il '900 ovvero dell'"incertezza"*, Mimesis - Teoria e critica della regolazione sociale, I, 10/2015, p. 23.
[13] Sul tema: V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1326 ss.
[14] V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 892.
[15] F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *Il contratto le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna, Il Mulino, 2006.
[16] M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 1/2016, Napoli, Esi, p. 105.

In definitiva, i nuclei concettuali da cui partire per dipanare il ragionamento sono sostanzialmente due: il primo è che la volontà delle parti e il ruolo del loro accordo, principi generali e capisaldi di tutto l'ordinamento privatistico, sembrano essere sempre più sminuiti dinanzi alla prepotenza con cui si propongono le fonti imperative in grado di incidere sul contenuto del contratto. Occorre quindi domandarsi a che fine sia destinata la disposizione di cui all'art. 1372, c. 1, secondo cui "*Il contratto ha forza di legge tra le parti*".
Il secondo punto si incentra invece sulla possibilità che a derogare all'esclusività della volontà delle parti rispetto alla disciplina del contratto siano fonti di rango non primario, in particolare che tale integrazione possa discendere dalla espressione dei poteri regolatori delle Autorità indipendenti.

3.1. Il contratto come punto di incontro di istanze privatistiche e pubblicistiche.
Quanto alla prima delle due tematiche accennate, la proliferazione di nuove fonti di disciplina del testo pattizio è ormai un dato assodato. Si tratta non di un pluralismo"*meramente nominale attuato nella modernità, quando il rigido assetto gerarchico isteriliva tutte le fonti collocate in gradini inferiori al primo riservato esclusivamente alla legge, bensì una pluralità di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il paesaggio giuridico segnala più una rete che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di invenzione*"[18].
Storicamente, tale cambiamento coincide, e in parte deriva, dalla trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale che, nel tentativo di rimediare ai "fallimenti del mercato" e di conciliare la libertà contrattuale con finalità di protezione del contraente debole, dunque piegando sostanzialmente le dinamiche economico-mercantilistiche a finalità sociali, ha determinato l'incremento dell'incisività della regolamentazione di tipo pubblicistico del contratto.
In tutto ciò non deve dimenticarsi anche il ruolo della Costituzione repubblicana che, attraverso le istanze personalistiche e solidaristiche (artt. 2 e 3) ha richiamato il legislatore alla previsione di vincoli e limiti all'autonomia negoziale, in funzione garantistica: spontaneamente il mercato non riesce a determinare una posizione di equilibrio per tutti gli operatori, né il contratto, se i contraenti partono da situazioni di diseguaglianza e asimmetria, economica o informativa, può aspirare a risultatati di giustizia sociale ed equità. Per ottenere un'attività contrattuale che, pur improntata al criterio volontaristico, sia rispettosa dei dettami costituzionali e comunitari, è necessario predisporre "*lo svolgimento di attività di controllo, direzione e governo dei*

[17] Sulla ricomprensione degli atti normativi e provvedimentali delle Autorità nel catalogo delle fonti del diritto oggettivo, cui fa riferimento il principio di legalità costituzionale: P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2005, p. 16.
[18] P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), in *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018.

ISSN 2036-7821

singoli settori considerati, tese essenzialmente ad operare una etero determinazione dei fini perseguiti dai singoli operatori i quali non sono, pertanto, totalmente liberi di operare sul mercato."[19].

Di certo, l'idea giusnaturalistica del contratto come "signoria della volontà" perde totalmente di significato, eppure, il fatto che la pattuizione privata venga integrata e conformata, non significa che la stessa non debba più essere considerata come un atto di autonomia negoziale.

Piuttosto, le operazioni contrattuali sono crocevia tra istanze egoistiche delle parti e realizzazione di obiettivi generali da parte dell'ordinamento, sicché l'incisività dell'integrazione normativa da parte delle Authorities rispetto all'autonomia negoziale deve essere inquadrata proprio nella più generale attività di *market regulation* che viene perseguita attraverso la conformazione dei contratti[20]. Il contratto, cioè, deve ormai essere valutato come uno strumento utile al raggiungimento di più fini, privatistici, ma anche pubblicistici[21].

Dunque, che il ruolo della volontà dei contraenti nella definizione delle pattuizioni non sia assoluto e che delle previsioni di tipo pubblicistico possano intervenire e, limitandolo, integrare il contenuto del contratto, non è una novità[22]. Ciò che piuttosto importa è chiarificare quali siano i confini entro i quali l'attività di condizionamento dell'autonomia negoziale possa essere considerata legittima e quali siano i limiti che la stessa deve rispettare affinché abbia ancora senso parlare di autonomia e di manifestazione di volontà dei privati, senza che queste siano ridotte a sterili apparenze.

Così, già la Relazione al Codice Civile, nel 1942, affermava – sebbene avendo riguardo ad un contesto giuridico storicamente superato – che "*Se si traggono le logiche conseguenze dal principio corporativo che assoggetta la libertà del singolo all'interesse di tutti, si scorge che, in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello più proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa […] l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto*"[23].

---

[19] F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 604.

[20] E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ*, 2005, p. 183 e ss.

[21] L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, Napoli, Esi, 2008, p. 19-20.

[22] L. DI BONA, *id*., p. 26; E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), in *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018, p. 135-166.

[23] Relazione al Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, §603, reperibile su www.consiglionazionaleforense.it.

3.2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto.

Chiarito che tra i limiti all'autonomia privata rientrano le misure atte a soddisfare la necessità di correggere le dinamiche del mercato e di tutelare i contraenti deboli, i provvedimenti delle Authorities di integrazione del contratto devono essere considerati nell'alveo di tale cornice concettuale.

Secondo alcuni l'indagine sull'eteroregolamentazione del contratto e sui limiti dell'autonomia privata, anche quando queste sono attuate per il tramite dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, sarebbe un falso problema, poiché la stessa nozione di autonomia privata, si connoterebbe dei suoi stessi limiti[24] e perché non è più seriamente messo in dubbio da alcuno che le prescrizioni regolamentari delle Autorità possano integrare il contratto[25].

Ciò che, invece, continuerebbe ad essere problematico sono il fondamento, le condizioni, i limiti, le regole, dello svolgimento di questa funzione integrativo-conformativa, da parte di fonti di tipo pubblicistico: la questione dell'eterointegrazione, di per sé non nuova per gli interpreti, né complessa, lo diventerebbe perché i soggetti attivi della vicenda, che agiscono attraverso poteri normativi, non appaiono espressivi di una legittimazione democratica diretta e non sono responsabili di tali funzioni davanti al potere politico.

Per giungere a delle risposte in merito però, giova analizzare alcune delle fattispecie di eterointegrazione del contratto da parte delle Authorities, attraverso la lente delle pronunce giurisprudenziali in materia.

4. Tipologie di integrazione.

Nel tempo sono stati effettuati vari tentativi di classificazione e ordinazione delle varie tipologie di interventi integrativi del contratto da parte delle Autorità indipendenti.

Innanzitutto riguardo il presupposto che giustifica l'integrazione, si possono distinguere tra sussistenza di lacune del contenuto, che devono essere colmate, oppure presenza di clausole difformi rispetto ai principi o alle norme che regolano la materia, che devono essere sostituite.

Le conseguenze della sostanziale riconduzione della pattuizione delle parti, ai fondamenti concettuali e valoriali e alle condizioni che la normativa di settore desidera siano applicati, sono le medesime nelle due opzioni, ma sono ottenute attraverso strumenti pratici differenti: l'istituto di cui all'art. 1374 c.c. prevede la presenza di aspetti non regolati dalle parti e dunque svolge una funzione di

[24] L. DI BONA, *op. loc. cit.*

[25] M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, Esi, 2012, p. 97-98.

integrazione suppletiva; l'art. 1339 c.c., invece, è espressivo di integrazione cogente, ovvero di "*imposizione di un regolamento ritenuto autoritativamente dovuto*"[26].
Un'altra classificazione si fonda, invece, sull'intensità dell'incidenza del potere spiegato[27]. Al riguardo, preliminarmente si consideri che le più importanti statuizioni della giurisprudenza di legittimità e del Consiglio di Stato, a proposito di integrazione del contratto da parte delle Autorità, sono perlopiù concentrate sulle determinazioni dell'(odierna) ARERA e sulle Autorità di regolazione dei settori bancario, assicurativo e finanziario. Ciononostante, bisogna ritenere che le conclusioni interpretative raggiunte in tali materie, valgano in generale per tutte le Autorità indipendenti, compatibilmente con le peculiarità di ciascuna di esse.
Proprio con riferimento all'autorità per l'energia elettrica il gas, è stato evidenziato[28] che le sue delibere con effetti sui contratti sono diverse a seconda che siano destinate a incidere nel mercato libero oppure nel c.d. mercato "di maggior tutela", ovvero quello in cui i consumatori hanno accesso ai beni o ai servizi alle condizioni economiche e contrattuali (tra cui le tariffe) fissate dall'Autorità di settore. Nel primo caso, infatti, benché residuino spazi per l'autonoma negoziazione delle condizioni contrattuali tra utenti e imprese, alcune clausole sono comunque oggetto di regolazione autoritativa e sono di obbligatoria inserzione; laddove non siano quantunque contemplate, sono destinate a successiva applicazione mediante sostituzione. I contratti del mercato di maggior tutela, invece, prevedono la predeterminazione pressoché totale delle condizioni giuridiche ed economiche dei contratti, con uno spazio lasciato alla libertà contrattuale delle parti pressoché inesistente.
Un'ulteriore possibile catalogazione, si incentra sul momento della vicenda contrattuale in cui incide l'eterointegrazione[29] e analizza partitamente gli interventi che incidono sulla fase precontrattuale, su quella costitutiva o esecutiva.

4.1. Fase precontrattuale.

Per quanto riguarda la fase prenegoziale[30], generalmente le Autorità, specie nei settori bancario, finanziario e assicurativo, impongono alcuni stringenti obblighi informativi e di trasparenza alle imprese (banche[31], società di investimento e intermediari finanziari[32], imprese di assicurazione ecc.), considerate soggetti forti

[26] Cass. civ., Sez. III, 30 agosto 2011, n. 17786, su www.dejure.it.
[27] Ad es. M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in A.A.V.V., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, Esi, 2012, p. 299-314.
[28] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 15-16.
[29] M. ANGELONE, *Diritto privato regolatorio, conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie* 3/2017, p. 442-443.
[30] V. ROPPO, *op. cit.*, p. 169 e ss.
[31] art. 116 t.u.b.
[32] artt. 94 e 102 t.u.f.

ISSN 2036-7821

della stipulazione, in antitesi rispetto ai soggetti deboli (consumatori, risparmiatori, assicurati ecc.).

I doveri di informazione sono particolarmente pregnanti in tutti i settori dei contratti dei consumatori, tanto che l'art. 49, c. 5 cod. cons., prevede che le informazioni oggetto di comunicazione obbligatoria "*formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali*". Si tratta di una tutela particolarmente forte che determina, in caso di inosservanza assoluta dell'obbligo, una responsabilità.

Ma il settore dove è più evidente la forza integratrice degli interventi autoritativi dei regolatori è probabilmente quello dei rapporti tra intermediari finanziari e clienti investitori/risparmiatori: il T.U.F. e alcuni specifici regolamenti della Consob[33] stabiliscono infatti specifici obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari. Si tratta però di "norme senza sanzione"[34] – cioè di norme imperative che non prevedono testualmente un regime di nullità per il caso di loro violazione – per le quali ci si domanda quale sia, nel silenzio del legislatore italiano ed europeo, il rimedio sanzionatorio da azionare: rimedi di validità, destinati a travolgere il contratto d'investimento (nullità, annullabilità o di risoluzione del contratto per inadempimento), oppure rimedi di responsabilità, precontrattuale o contrattuale, a seconda che l'obbligo di informazione sia stato violato nella fase delle trattative ovvero nella fase di esecuzione del contratto stesso.

Sul punto dottrina e giurisprudenza non hanno visioni unanimi, nonostante nel 2007, con due sentenze gemelle[35], la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si sia determinata in modo chiaro.

Le due pronunce hanno affermato che la violazione dei doveri d'informazione può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del c.d. "contratto quadro", ovvero quello di intermediazione, destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di singoli atti di esecuzione del contratto principale.

La Corte ha, altresì, radicalmente escluso l'esperibilità in tali casi del rimedio della nullità contrattuale *ex* art. 1418 primo comma, poiché, mancando una previsione normativa specifica, troverebbe applicazione la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità. Le prime, tra cui sono ricompresi anche gli obblighi di informazione, non possono essere trattate al pari delle seconde e pertanto la loro violazione non determina la nullità del contratto.

[33] In particolare gli artt. 27 e ss. del regolamento Consob n. 11690/2007.

[34] V. LOPILATO, *op. ult. cit.*, p. 1462.

[35] Cass., Sez. Un. Civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, entrambe su www.dejure.it.

ISSN 2036-7821

Nonostante le precedenti affermazioni, derivanti da pronunce autorevolissime, sembravano aver stabilito un punto di arresto, la successiva giurisprudenza di merito ha emesso alcune sentenze difformi, riconoscendo talvolta possibile l'annullamento per vizio del consenso del contratto concluso in difetto di informazioni essenziali; talaltra, invece, la nullità virtuale per violazione dell'art. 21 t.u.f. Successive sentenze della stessa Corte di legittimità propongono invece quale rimedio la risoluzione del contratto per inadempimento[36]; infine, sempre recentemente, è stato riconosciuto il solo rimedio di responsabilità, ovvero il risarcimento del danno contrattuale[37]. La questione sembra tuttora aperta.

4.2. Fase costitutiva ed esecutiva.

I poteri di eterointegrazione del contratto delle Autorità indipendenti, che spiegano la loro efficacia sulla fase costitutiva dello stesso, sono in assoluto quelli più incisivi e impattanti sull'autonomia privata. Si tratta di interventi regolatori che impongono obblighi di forma o sostanziali, attraverso la predisposizione di requisiti contenutistici minimi o l'inserzione obbligatoria di clausole.

Quanto alla forma, si possono citare, esemplificando, gli artt. 115 e 117 t.u.b. e 23 e 24 t.u.f., che impongono una forma solenne per i contratti dei settori bancario-creditizio e finanziario, pena la loro nullità (testuale). Al riguardo la dottrina ha coniato l'espressione "neoformalismo negoziale"[38], per indicare tutte quelle ipotesi in cui norme speciali (spesso di matrice comunitaria), richiedono la forma scritta *ad substantiam* per il compimento di alcuni atti, perseguendo obbiettivi di trasparenza, ponderatezza e informazione della parte debole.

Salvo che per le ipotesi testè citate, in fase costitutiva del regolamento negoziale, la nullità *tout court* quale rimedio per le ipotesi di contrasto tra contratto - o più probabilmente, singole clausole - rispetto alle determinazioni dell'autorità di settore, è piuttosto residuale e invero, da un punto di vista pratico-utilitaristico, sarebbe alquanto inutile per raggiungere le finalità stesse previste dall'Autorità. È proprio in questi casi che si assiste a veri e propri fenomeni integrativi e/o sostitutivi, mediante il meccanismo che si ricava dall'applicazione congiunta dell'art. 1339 c.c., per cui "*Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*" e

[36] Cass. Civ, Sez. I, 18 giugno 2018, n. 15936, su www.dejure.it, secondo cui "*l'intermediario finanziario è tenuto a fornire al cliente una dettagliata informazione preventiva circa i titoli mobiliari e, segnatamente, con particolare riferimento alla natura di essi e ai caratteri propri dell'emittente, ricorrendo un inadempimento sanzionabile ogni qualvolta detti obblighi informativi non siano integrati*".

[37] Cass. Civ., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6920, su www.dejure.it.

[38] A. PLAISANT, *op. cit.*, p. 491 e ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto, cit.*, p. 175 e ss.

ISSN 2036-7821

dell'art. 1419, 2 c., c.c., in base al quale "*[…] le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*".

L'integrazione, in questi casi, può spiegarsi nei più vari contenuti: la predisposizione dei regimi tariffari e dei prezzi dei servizi[39]; l'imposizione agli esercenti di offrire ai clienti determinate modalità di pagamento delle bollette[40]; la definizione degli elementi minimi da includere nei contratti di fornitura[41]; la determinazione del periodo di scadenza della fatturazione[42], ecc.

Il Consiglio di Stato ha, infatti affermato che tra le prescrizioni integrative dei contratti "*possono rientrare anche prescrizioni che incidono sulle obbligazioni caratterizzanti lo svolgimento dei singoli rapporti di utenza, trattandosi di previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative*"[43].

Da ultimo, è interessante che i giudici di Palazzo Spada[44] abbiano ritenuto legittimamente esercitabile da parte della Consob una particolare tipologia di potere che, pur non essendo strettamente integrativo di clausole o di elementi contenutistici, è pur in qualche modo integrativo in senso lato, poiché incide sulla qualificazione del contratto e, dunque, ricade di riflesso sulle modalità esecutive e sui rapporti che da tale contratto derivano. Si tratta del potere dichiarativo: nella fattispecie, la Consob, con sua delibera, ha esercitato un potere di qualificazione del rapporto intercorrente tra due società, come rapporto di controllo, anche ai sensi del codice civile, cioè ha accertato unilateralmente la sussistenza di una fattispecie di controllo civilistico nei rapporti interni di società. Così come nel diritto privato si ritiene che l'autonomia negoziale giustifichi la configurabilità di negozi di regolazione individuale con funzione dichiarativa – consistenti nella possibilità per le parti di stipulare un negozio di accertamento – nel diritto amministrativo, tradizionalmente, si ritiene che la funzione di regolazione del mercato possa ricomprendere anche una funzione dichiarativa, esercitata mediante specifici atti (in particolare, acclaramenti, accertamenti, certazioni), allo scopo di dare certezza a fatti o a rapporti giuridici. Nel caso in esame, però, la Consob ha esercitato un potere peculiare rispetto alla suddetta configurazione consueta, cioè un potere di regolazione con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra due soggetti privati (imprese), che il Consiglio di

[39] Delibera n. 106/2020 del 18 giugno 2020 dell'A.R.T.

[40] Cass. civ., Sez. III, 31 agosto 2015, n. 17301; Cass. civ., Sez. VI , 31 ottobre 2014, n. 23184, entrambe su www.dejure.it

[41] Delibera 313/2019/R/tlr dell'A.R.E.R.A., che ha approvato il *Testo integrato in tema di trasparenza del servizio di teleriscaldamento e teleraffrescamento* (TITT).

[42] Delibera n. 121/17/CONS dell'A.G.COM.

[43] Cons. St., Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, su www.dejure.it.

[44] Cons. St., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 su www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Stato ha valutato come rientrante tra i poteri di cui l'Autorità è titolare, genericamente per esserle attribuita la funzione di regolazione del settore.

4.3. Obblighi a contrarre, divieti di contrarre.

Infine, deve essere citata anche la possibilità che l'attività di regolazione giunga fino a imporre dei veri e propri obblighi di negoziare e obblighi di contrarre. Il riferimento è, ad esempio, ai contratti di accesso e l'interconnessione tra operatori della telefonia e ad alcuni contratti di utenza tra operatori e utenti[45].

Nel primo caso, l'Autorità può, per disposizione legislativa[46], imporre l'obbligo a negoziare in buonafede con gli operatori che richiedono l'accesso (ovvero che richiedono ad altra impresa di rendere accessibili risorse o servizi) e a partire da tale potere, ha altresì disposto, con sua delibera[47], che i gestori telefonici, detentori di un significativo potere di mercato, abbiano un vero e proprio dovere di concedere tale facoltà e che siano obbligati a concordare - con gli operatori richiedenti - le norme che regolano la gestione degli spazi di co-locazione. Si tratta di situazioni in cui si rinvengono nella prassi veri e propri contratti imposti dall'Autorità, in cui le imprese non sono più libere di determinarsi a contrarre o meno, ma possono essere costrette all'operazione contrattuale.

Del pari, è anche possibile che i Regolatori vietino alle imprese di contrarre in particolari circostanze. Esempi paradigmatici si ritrovano in proposito all'art. 68-duodecies del Regolamento IVASS n. 40 del 2 agosto 2018 che, dopo aver stabilito che gli intermediari e le imprese di assicurazione sono obbligati a fornire consulenza per la vendita dei prodotti di investimento assicurativi (salvo che si tratti di particolari prodotti d'investimento assicurativi non complessi), al secondo comma prevede che "*Nel caso di consulenza obbligatoria, se gli intermediari e le imprese di assicurazione ritengono che il prodotto d'investimento assicurativo non è coerente con le richieste e le esigenze assicurative del contraente, non è adeguato per il contraente o potenziale contraente, o non ottengono dal contraente le informazioni previste a tal fine, si astengono dalla distribuzione, anche in caso di iniziativa contrattuale proveniente dal contraente.*"

5. Caratteristiche della delibera integratrice del contratto.

La Suprema Corte ha inoltre avuto modo di chiarire le caratteristiche che l'atto integratore del contratto dovrebbe avere, affinché lo stesso possa considerarsi legittimo.

Prendendo in considerazione un provvedimento dell'Autorità Garante per l'Energia Elettrica e il Gas - che prevedeva l'obbligo per il fornitore di predisporre una

[45] D. FAUCEGLIA, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *i Contratti 4/2018*, p. 482 e ss.

[46] Art. 49, comma 1, lett. b), Codice delle comunicazioni elettroniche.

[47] Delibera n. 731/09/CONS, AGCOM.

ISSN 2036-7821

modalità gratuita di pagamento dell'energia, in tal senso integrando, ex art. 1339 c.c., il contratto di somministrazione - i giudici di legittimità hanno affermato che il potere deve concretizzarsi nell'"*imposizione di un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi*": è questo il presupposto indefettibile perché le delibere delle Autorità possano spiegare i loro effetti integrativi sui contratti, la determinatezza. Solo così "*l'imposizione di un precetto specifico si può connotare sub specie di clausola, cioè di diretta regolamentazione prima del regolamento di servizio e, quindi, del contratto di utenza. Invero, una clausola, identificando una parte del regolamento contrattuale, deve avere di norma un contenuto determinato, cioè specifico (art. 1346 c.c.). È vero che la clausola può avere anche un contenuto determinabile (sempre art. 1346 c.c.), ma allora – ammesso che sia sostenibile un'integrazione ai sensi dell'art. 1339 c.c. di un contratto, attraverso una norma che si limiti a prevedere che debba assicurarsi un risultato, lasciandone però i modi alla determinazione di una delle parti del contratto – l'onere di specificazione si trasferisce almeno al procedimento ed ai contenuti della determinazione*"[48].

La regolazione che promana dalle Autorità indipendenti, che persegue insieme fini di governo del mercato e di tutela degli utenti/consumatori, può, proprio per assolvere a tali finalità, estrinsecarsi anche nella previsione di prescrizioni capaci di integrare il regolamento contrattuale, ma le delibere del regolatore possono sostituirsi a clausole contrattuali, solo se il loro contenuto è puntuale, cioè determinato (o comunque determinabile), giacché solo così può effettuarsi un giudizio comparativo tra testo contrattuale predisposto dalle parti e principi previsti dal legislatore in materia ed espressi mediante le delibere delle Autorità.

La soluzione, se da un lato giustifica l'intervento eteronomo del regolatore, dall'altro lo circoscrive entro dei limiti che sono posti a tutela dell'utente/parte debole del contratto: solo incidendo al fine di ridurre gli squilibri tra le parti si può, mediante quello che sembra essere una minaccia all'autonomia privata, difenderla veramente. O almeno, questa sarebbe stata, nelle dichiarazioni, l'intenzione dei giudici di legittimità. In realtà è stata condivisibilmente rilevata[49] la contraddittorietà logica della pronuncia *de qua* che, avendo ritenuto che l'integrazione del contratto di utenza non potesse operare, in quanto la delibera dell'Autorità non conteneva un precetto sufficientemente determinato e, volendo invece disporre di un testo che nel dettaglio provvedesse alla tutela dell'utente, ha di fatto ritenuto non integrativa del contratto di utenza la delibera del regolatore, circostanza che ha portato inevitabilmente a sterilizzare la funzione protettiva del consumatore cui era orientata la delibera stessa.

[48] Cass., Sez. VI, ord., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Il Corriere giuridico*, 5/2013, p. 603 ss., con nota di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*.

[49] M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, cit., p. 612.

ISSN 2036-7821

La Corte di Cassazione, nella medesima ordinanza[50], ha individuato ulteriori due specifiche condizioni di legittimità del potere di integrazione in deroga a disposizioni di legge: lo stesso può essere esercitato dall'Autorità purché le norme di legge eventualmente derogate rivestano natura meramente dispositiva (il che le renderebbe derogabili dalle stesse parti), e, ancora una volta, che suddetta deroga abbia il fine di tutelare l'utente o il consumatore, non essendo altrimenti diversamente possibile - salvo una specifica previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria in tal senso - la deroga a disposizioni di legge imperative o dispositive ma con finalità in contrasto con gli interessi dei consumatori/utenti[51].

6. Presupposti e limiti dell'eterointegrazione.

Delineati alcuni contorni della figura, non sembra poter essere contestata l'affermazione secondo cui i poteri integrativi delle Autorità amministrative indipendenti costituiscono elementi di notevole impatto sull'autonomia privata e sul contratto quale espressione della "volontà dell'individuo".

Anche alla luce delle considerazioni riportate nel precedente paragrafo, appare ora necessario chiedersi quali siano dunque i limiti e i presupposti dell'attività integrativa, soprattutto allorché questa, come già ampiamente descritto, sia di matrice regolamentare.

Del resto gli artt. 1339 e 1374 recano un chiaro riferimento alla legge, rispettivamente quale fonte imperativa da cui derivano la sostituzione automatica di clausole o prezzi stabiliti dalle parti e quale origine di obblighi e conseguenze ulteriori rispetto a quelli espressi nel contratto.

Inoltre, non si può non considerare quanto disposto dall'art. 1322 c.c., secondo cui i limiti che derivano alle parti nella libertà di definizione del contenuto del contratto, sono solo quelli derivanti dalla "legge". Poiché la libertà contrattuale è conferita ai privati dalla norma di cui in parola, che ha rango primario, una disposizione regolamentare che volesse sostituirsi ad una pattuizione contrattuale, senza la presenza di una previsione al riguardo del legislatore ordinario, sarebbe sospetta di illegittimità in quanto in contrasto con la gerarchia delle fonti.

Si ritorna dunque al nodo irrisolto di cui già si è accennato nel capitolo precedente, ovvero della problematicità di osservare che spesso quelle che dovrebbero essere le norme attributive e regolative del potere normativo delle Autorità, spesso altro non sono che mere "deleghe in bianco", si pensi all'art. 2, comma 37[52], della legge

[50] Che conferma le statuizioni già espresse in Cass. Civ., sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401 e Cass. Civ., sez. VI, 13 luglio 2012, n. 11992, entrambe su www.dejure.it.

[51] E. Quadri, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

[52] Art. 2, comma 37, L. n. 481 del 1995: "*Il soggetto esercente il servizio predispone un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al comma 36. Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio.*"

istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità - L. n. 481 del 1995 - secondo cui le direttive adottate dall'Authority possono contenere prescrizioni direttamente incidenti sul contratto, senza ulteriori specificazioni su modalità e limiti dell'intervento.

Come può ritenersi, allora, che gli interventi autoritativi del regolatore indipendente, mediante regolamenti, possano legittimamente spiegare un potere di condizionamento dell'autonomia negoziale privata? Occorre necessariamente una "legge" in senso formale perché sia possibile integrare un contratto?

Innanzitutto giova tener presente che l'autonomia privata, per il tramite della libertà di iniziativa economica, è sì sottoposta a una riserva di legge costituzionale (art. 41 Cost.), ma si tratta di una riserva di legge relativa che, come già anticipato, non esige che l'intera disciplina sia regolamentata con atto primario, purché siano determinati i criteri e principi generali entro i quali l'eventuale atto secondario debba muoversi.

Dunque, di certo un fondamento normativo della possibile integrazione del contenuto contrattuale ad opera di un atto (regolamentare) di un'Autorità indipendente deve necessariamente essere rintracciato dall'interprete. Ma il riferimento alla "legge", contenuto agli artt. 1339 e 1374 c.c., deve essere inteso in senso atecnico ed ampio, quale riferimento non ai soli provvedimenti formalmente legislativi, ma anche ai regolamenti e agli atti amministrativi cui la legge attribuisca il potere di statuire in materia, avendo però a monte predeterminato i criteri generali e i limiti del potere regolamentare[53]. La Cassazione ha infatti ritenuto che "*Le deliberazioni adottate dall'Autorità* […] *possono integrare, ex art. 1339 cod. civ., il contenuto dei rapporti di utenza individuali (in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione di entrambi i contraenti), perché la citata disposizione codicistica, nel menzionare le clausole imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata*"[54].

Ancora una volta, osservando la capacità di "creare diritto" di una pluralità di centri normativi inediti e il contestuale venir meno dei "*caposaldi sui quali poggiava l'ammirevole edificio eretto dalla scienza giuridica otto/novecentesca: il monopolio statuale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo)*"[55], occorre dunque individuare presupposti e limiti dell'eterointegrazione da parte delle Autorità indipendenti, anche al fine di poter ricavare i parametri in base ai quali poter effettuare un sindacato di legittimità sia delle delibere integrative dei regolatori di settore, sia dei contratti conformati[56].

[53] Così: Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2004, n. 19531, su www.dejure.it.

[54] Cass. Civ., sez. VI , 31 ottobre 2014 , n. 23184, *cit.*

[55] G. CONTE, F. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato* 2/2018, p. 2.

[56] M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, p. 455

ISSN 2036-7821

La Corte di cassazione e il Consiglio di Stato hanno avuto modo di ribadire che in difetto di una la base legale sostanziale espressa, il potere (normativo) si può comunque rinvenire mediante l'applicazione di criteri di interpretazione sistematica, alla luce della natura del potere esercitato e della sua funzione, richiamando la teoria dei poteri impliciti e rafforzando le regole di garanzia della partecipazione degli operatori economici. Il riferimento è in particolare al "*contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva che, nella specie, dovendo colmare le lacune sostanziali della legge, assume valenza ancora più accentuata*" e che "*dovrebbe essere finalizzato ad acquisire tutti gli elementi e le circostanze di fatto che devono essere posti alla base della valutazione finale e che sono anche nella disponibilità degli operatori economici*"[57], ma anche alle forme di consultazione pubblica.

Riguardo queste ultime bisogna infatti ricordare che in capo alle Autorità indipendenti sono posti obblighi generalizzati di predisposizione di modelli di consultazione preventiva, da attivare all'interno dei procedimenti di formazione degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione[58], che consentano di ottenere dai soggetti interessati, informazioni, osservazioni, valutazioni e pareri, mediante le procedure di c.d. «*notice and comment*» o anche di semplici audizioni[59]. Il fenomeno descritto è stato da alcuni definito "neocorporativismo", per descrivere "*forme sempre più intense di partecipazione delle categorie coinvolte alla definizione delle condizioni e clausole destinate all'inserimento nelle contrattazioni private*"[60].

Il tutto, da considerarsi tenendo conto delle perplessità espresse dagli interpreti riguardo la reale portata partecipativa dei privati alla regolamentazione che, pur se lodevolmente orientata al perseguimento di obiettivi di *better regulation*, si risolve in un coinvolgimento finalizzato alla mera acquisizione da parte del decisore pubblico di informazioni e dati, rimanendo di fatto l'elaborazione della regola "nelle mani" del regolatore[61].

Anche in tema di eterointegrazione delle pattuizioni contrattuali dunque, in parte il recupero della legalità sostanziale, avviene per il tramite della legalità procedimentale e della partecipazione alle forme di consultazione.

Ma ciò che maggiormente rileva è che il discorso relativo all'integrazione automatica di provvedimenti (regolamenti) autoritativi negli atti di autonomia negoziale e il giudizio di legittimità/conformità di entrambe le specie di atti, devono essere soprattutto condotti basandosi sui principi costituzionali fondamentali. Deve cioè

[57] Cons. St., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, *cit.*

[58] M. ANGELONE *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, *cit.*, p. 111.

[59] F. LONGOBUCCO, *La produzione normativa delle* Authorities *nel quadro della contrattazione tra garanzie procedimentali e ruolo dell'interprete*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010.

[60] V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, Esi, 2013, p. 136.

[61] Così M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 138.

essere svolta una valutazione della vicenda in chiave assiologica e non meramente formalistica.

In verità, nei sessant'anni trascorsi dall'entrata in funzione della Corte costituzionale e ben prima dell'avvento delle Authorities, non sono mancate pronunce su questioni riguardanti l'estensione dell'autonomia riconosciuta ai contraenti e sulla possibilità che delle norme contenute in leggi speciali potessero, in alcuni settori del mercato, restringere l'autonomia contrattuale - ad esempio in ordine alla determinazione del prezzo di prodotti[62] o alla determinazione dei canoni di affitto di fondi rustici[63] - alle quali la Corte ha risposto affermativamente, adducendo la necessità di salvaguardare, attraverso la compressione di parte dell'autonomia negoziale, fondamentali diritti dell'individuo e/o interessi della collettività (tutela della salute, della posizione economicamente più debole di una categoria produttiva).

Le facoltà eterointegrative delle Autorità indipendenti, però, pur non aggiungendo niente di nuovo, per certi versi, a quanto già consolidato in materia di limiti all'autonomia privata, aiutano a esplicitare la rinnovata veste precettiva del principio, posto che lo stesso deve essere letto ed applicato sì, entro i limiti specificati, ma alla luce dei principi e dei valori prescrittivi della Costituzione.

Rimanere ancorati a degli assiomi, a dei dogmi, a quelli che sono stati incisivamente indicati come "mitologie giuridiche della modernità"[64] e nello specifico allo stretto legalismo - che richiede un addentellato normativo di legislazione speciale che declami, e dunque legittimi, la normatività dei provvedimenti adottati dai Garanti e la loro capacità di integrare gli atti di autonomia privata - non dona all'interprete alcuna chiave di risoluzione delle antinomie evidenziate in precedenza. Più utile e senza dubbio anche più interessante si rivela osservare l'esercizio del citato potere e vagliarne la compatibilità ordinamentale, sotto la lente dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e di sussidiarietà, principi che possono rappresentare allo stesso tempo le giustificazioni alla parziale deroga ad alcuni precetti e alle guarentigie preposte alla salvaguardia dell'autonomia riconosciuta ai consociati.

7. Funzione di regolazione, eterointegrazione e principi costituzionali.

Quanto appena sostenuto trova conferma nei richiami effettuati dall'art. 1322 c.c. ai "limiti imposti dalla «legge»", agli "interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" e nei dispositivi degli artt. 1339 e 1374 c.c., che si prestano a

[62] Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 29; Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, entrambe su www.cortecostituzionale.it.

[63] Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, su www.cortecostituzionale.it.

[64] *Mitologie giuridiche della modernità*, è il titolo di un'opera di Paolo Grossi (Milano, Giuffrè, 2007) in cui nozioni e principi fondanti della civiltà giuridica moderna, tra cui lo statalismo e il legalismo strenuo, sono analizzati criticamente.

ISSN 2036-7821

diventare veicoli dell'introduzione nel diritto dei contratti, delle norme costituzionali dotate di autonoma ed immediata precettività.
La portata normativa ed integrativa dei provvedimenti delle Autorità dunque trova piena legittimità nei principi di solidarietà sociale (art. 2 Cost.); di uguaglianza, intesa come parità di trattamento nei rapporti di utenza, (art. 3 Cost.); di riconduzione dell'iniziativa economica a forme compatibili con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana e il suo indirizzo verso finalità sociali (art. 41 Cost.); di equità nei rapporti contrattuali e nel loro equilibrio, che non può tollerare la presenza di sperequazioni nei confronti della "parte debole" (artt. 42 e 44 Cost.)
Non solo, gli interventi di regolazione e integrazione del contratto delle Autorità sono sottoposti a un vincolo teleologico che li rende legittimi solo allorché si sviluppino all'insegna della tutela della persona[65].
A tal proposito si è ritenuto di qualificare l'incidenza negoziale degli atti delle Authorities come attività di "conformazione"[66] e non semplice integrazione: in virtù della indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato e della conseguente ontologica reciproca influenza tra le regole dell'uno e dell'altro[67], le Autorità indipendenti incidono sugli scambi e sulle regole del mercato conformando gli atti di autonomia in base ai valori prevalenti nell'ordinamento, allo scopo ultimo di ottenere la concorrenza del primo e raggiungere finalità sociali.

8. In conclusione, una nota metodologica allo studio dei poteri delle Authorities.
Per rispondere agli interrogativi che nel corso della presente trattazione si sono avvicendati, riguardo l'attività regolatoria ed eteroconformativa delle Authorities, occorre anteporre l'analisi della funzione a quella sulla struttura. Partire dagli obbiettivi, dall'assiologia, per poi mettere in relazione a questa delle modalità di azione, delle forme, permette di leggere il complessivo disegno che ruota intorno ai regolatori indipendenti scevri da atteggiamenti di "mentalismo concettualistico"[68].
Tutte le modalità concrete mediante cui agiscono tali soggetti, infatti, si è cercato di evidenziare, destano delle perplessità all'interprete che voglia necessariamente inquadrarle in categorie già note e in ragionamenti logico-giuridici già "battuti".
Occorre allora tornare alle problematiche non del tutto risolte (o risolte in modo non del tutto convincente), riguardanti la legittimazione dei poteri normativi delle Autorità e la giustificazione tecnica della ammissibilità dell'incidenza della regolazione sull'autonomia privata, e tentare di costruirne un fondamento che sia

[65] ANGELONE M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, *cit.*, p. 199-201.
[66] L. DI BONA, *op*, *cit.*, p. 44 e ss; E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 132.; M. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV. (a cura di), *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012.
[67] P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883.
[68] M. GRONDONA, *op.cit.*, p. 612.

insieme stabile e persuasivo. Diversamente il rischio è in alternativa quello di impelagarsi nella impossibilità logica di dare un fondamento e una legittimazione a suddetti poteri, oppure di stagnare in petizioni di principio, che nulla spiegano, pur di giustificare.

Del resto alcune risposte suonano come tautologiche, come quella emblematica, data dal Consiglio di Stato in merito a una questione relativa al se l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (oggi Arera) avesse esercitato un potere avente fondamento normativo, ovvero avesse esorbitato dalle sue attribuzioni, allorché, attraverso la direttiva concernente la disciplina della sicurezza e della continuità della distribuzione del gas, ha imposto ai distributori di gas "*l'obbligo di inviare personale da esso incaricato in seguito a chiamata per pronto intervento relativa a segnalazione di dispersione di gas sugli impianti di proprietà o gestiti dal cliente finale a valle del punto di consegna*"[69].

I giudici d'appello, per affermare la piena legittimità dell'intervento autoritativo – data l'importanza, a fini di incolumità pubblica, di garantire, nel caso concreto, l'imposizione di un obbligo di prestazione in capo alle società distributrici – hanno ritenuto legittima l'impugnata delibera, adducendo ragioni di garanzia e salvaguardia della sicurezza degli utenti, pur senza individuare una vera e propria previsione legislativa che fondasse il potere esercitato, ma richiamando unicamente la legge istitutiva dell'Autorità. Piuttosto che fondare il percorso ermeneutico su argomentazioni costituzionalmente orientate, la motivazione, ritenendo sufficiente la mera formulazione di un obiettivo programmatico per fondare il potere del regolatore, ne ha di fatto ricostruito l'essenza in termini di delegificazione, sacrificando quindi i principi di legalità e di riserva di legge.

Acutamente è stato rilevato che la sentenza rappresenta un tentativo riuscito nel perseguimento delle finalità concrete interessate dal giudizio, ma sicuramente fallito dal punto di vista della chiarificazione delle prospettive di sistema e dell'affermazione di compatibilità dei poteri esercitati con il sistema delle fonti: "*un'occasione perduta per squarciare definitivamente il velo dell' "ipocrisia ideologica"*[70].

All'interprete che si confronti con istituzioni e istituti moderni spetta l'arduo compito di tenere in equilibro la sua opera ponendo attenzione a non restare vischiosamente ancorato alla tradizionale e sterile teoria, ma al contempo considerando e valorizzando i principi fondamentali.

Il lavoro di ricerca del fondamento più corretto dei fenomeni giuridici di cui si discorre deve rinunciare "*ad aprioristici patti di fedeltà verso categorie e ricostruzioni tralatizie*"[71] e al contempo rifuggire dall'insidioso rischio di ritenere che se le finalità

[69] Cons. St., Sez. VI, 27 maggio 2002, n. 2987, su www.dirittodeiservizipubblici.it

[70] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 88. Con nota n. 28 viene in tale sede citato F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 32.

[71] L. DI BONA, *op. cit.*, p. 91.

ISSN 2036-7821

dei fenomeni studiati appaiono "buone", giuste, meritevoli o anche solamente utili, allora sia possibile legittimare qualsiasi potere. Così opinando, la tesi di chi obbietta che "*la realizzazione di obiettivi di politica generale (come l'uguaglianza sostanziale) compete agli organi di indirizzo politico e non può essere assegnata ad un organismo tecnico senza la previa definizione delle scelte di politica generale, pena lo stravolgimento delle regole sulla forma di governo*"[72] sarebbe infatti condivisibile.
Occorre dunque ricondurre ogni potere a norme che siano idonee a sostenerne l'esercizio, soprattutto quando ad essere coinvolti sono organismi che già strutturalmente sono slegati dal circuito democratico tradizionale.

9. Inquadramento dell'attività delle Autorità indipendenti in rapporto alla funzione di regolazione.
Il punto di partenza deve essere quindi quello di riconsiderare la funzione e nel farlo, si noterà che il ragionamento si dispiega fisiologicamente in termini circolari, ove ogni passaggio è determinato dal precedente e si riverbera sul successivo.
È un dato di fatto non contestabile l'attuale esistenza di un policentrismo normativo, determinato in parte anche dall'espansione dell'attività normativa del complesso delle pubbliche amministrazioni[73]. In questo contesto, le Authorities, costituenti un paradigma di azione e organizzazione amministrativa indipendente del tutto peculiare, sono investite della funzione di regolazione[74] di alcuni settori economici, in ragione della loro alta specializzazione tecnica.
La regolazione non prevede l'espletamento di valutazioni di politica economica a monte, ma si limita a intervenire su dinamiche spontanee dell'iniziativa economica privata; una volta delineati i principi fondamentali della materia, alla P.A. è delegato il compito di porre in via sublegislativa le regole di dettaglio volte a disciplinare il settore nel complesso e anche i comportamenti dei privati.
Tale funzione, trova nei fallimenti del mercato la sua principale ragione giustificatrice: riconosce primariamente spazio all'autonomia e all'iniziativa privata ma, constatata l'impossibilità per le dinamiche economiche di evolvere spontaneamente verso risultati efficienti e allo stesso tempo giusti ed equi, presuppone come necessario l'intervento sussidiario e proporzionale pubblico.
La regolazione promossa dalle autorità indipendenti può dunque autonomamente generare atti normativi e condizionare l'autonomia negoziale, esercitando tali poteri allo scopo di correggere il funzionamento del mercato. Ciò nonostante non deve

[72] C. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (nota a TAR, Sez. III, Milano, 14 marzo 2013, n. 683)*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2013, p. 1221 e ss.
[73] A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, p. 5.
[74] La nozione di regolazione in senso ampio è fornita dall'Ocse: "*the diverse set of instruments by wich governments set requirements in enterprises and citizens*" (Ocse, Report on Regulatory Reform, Parigi, 1997, reperibile al sito https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf). Per una ricostruzione compiuta del concetto: P. LAZZARA, *op. cit.*.

ritenersi che l'intervento autoritativo del regolatore si auto-giustifichi e che sia assolto, a semplice a cagione della funzione per la quale è istituito, dal rispetto delle riserve di legge costituzionalmente date[75]. Esso piuttosto deve essere sempre riscontrato, quanto alla sua legittimazione, in riferimento ai principi e alla assiologia costituzionale[76]: così impongono gli artt. 41 e 42 Cost., che condizionano l'attività economica e gli interventi su di essa all'utilità sociale alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

In definitiva, la funzione di regolazione esprime un modello di "*giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico, chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato*"[77] ma, nel caso delle autorità indipendenti, l'intervento statale nell'economia ha matrice ordoliberale, deve fornire cioè un ordine di regole tali da garantire il mantenimento della concorrenza e, insieme, l'equità sociale e le pari opportunità per gli individui, la tutela del contraente debole.

Ogni questione problematica in tema di poteri delle Authorities deve dunque essere riletta alla luce della legalità costituzionale, fondamento dell'intero assetto democratico.

Le Authorities sono infatti modelli "*di una amministrazione e di un diritto dell'amministrazione all'altezza dei tempi […] in linea con la Costituzione*" e "*antesignana di una emergente, nuova concezione dell'amministrazione, ancorata alla società e al rispetto dei diritti individuali, […] una concezione in grado di realizzare finalmente nella sostanza i valori costituzionali*"[78]; la loro attività pertanto non può che essere filtrata mediante la prospettiva di tali valori.

9.1. Principio di sussidiarietà.

Il primo principio a rilevare, nella lettura costituzionalmente orientata delle funzioni normative delle Autorità indipendenti che ci si appresta a compiere, è il principio di sussidiarietà,[79] introdotto nell'art. 118, dalla riforma del Titolo V della Costituzione, norma sulla produzione giuridica e di ripartizione delle funzioni e delle competenze amministrative, che sembra rappresentare la risposta chiave alle questioni relative alla legittimazione del potere delle autorità in parola.

Esso racchiude, sia nell'accezione verticale (art. 118, c. 1, Cost.) − che si esplica nell'ambito della distribuzione di competenze tra diversi livelli di governo territoriali (livello sovranazionale: Unione europea-Stati membri; livello nazionale: Stato

[75] Così F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p.71.

[76] ANGELONE M., *op. ult. cit.*, p. 196 e 200.

[77] M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, 91 ss.

[78] N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 76.

[79] Sul quale: V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, XII Aggiornamento, Roma, Treccani, 2004.

ISSN 2036-7821

nazionale-regioni; livello subnazionale: Stato-regioni-autonomie locali) – sia in quella orizzontale[80] (art. 118 c. 4, Cost.) – che si svolge nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà e implica il coinvolgimento della "società civile" (i privati cittadini sia come singoli, sia come associati) nella cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale – l'idea che a provvedere ai bisogni di regolamentazione e di amministrazione debba essere intanto la fonte più abile, in quanto più vicina, più coinvolta e più specialistica, e che solo in seconda battuta, intervenga l'organismo superiore, nel caso in cui l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore sia inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi.

Pensare ai rapporti tra fonti come regolati dal principio di sussidiarietà e non da rapporti di gerarchia, ovvero di supremazia/subordinazione, consegna all'interprete la possibilità di spiegare la compresenza di fonti normative di vari livelli, scaturenti da plurimi soggetti, tutte legittime, con preferenza accordata a quella che si colloca in una posizione di maggiore vicinanza agli interessi coinvolti. Così opinando le Autorità indipendenti non solo sarebbero pienamente legittimate ad emanare la regolamentazione del settore la cui competenza sia loro attribuita, ma anzi sarebbero centri normativi privilegiati in quanto enti esponenziali di interessi privati, anche in virtù dell'elevato grado di specializzazione e professionalità e della previsione di moduli partecipativi. Il principio di sussidiarietà sarebbe dunque quello più capace di giustificare costituzionalmente l'esistenza del potere normativo da parte delle Autorità amministrative e, talvolta, anche la sua prevalenza rispetto alle fonti legislative, nonché le facoltà di incisione sugli atti di autonomia privati in quanto "*abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale che concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a definire l'assetto delle fonti del diritto. Si scopre un volto nuovo dell'autonomia negoziale quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione*"[81].

Se il presupposto di ammissibilità di fenomeni di normazione e integrazione/conformazione contrattuale ad opera della regolazione indipendente è il principio di sussidiarietà, possono essere abbandonate le poco convincenti ricostruzioni tradizionali tra cui, in particolare, la deificazione della partecipazione procedimentale quale supremo rimedio in grado di colmare qualsivoglia deficit di legalità sostanziale e legittimazione democratica. Si tratta piuttosto di leggerlo quale procedimento che coinvolge i più vicini centri di interesse dei settori coinvolti, in quanto espressione di un intervento da parte dei regolatori indipendenti coerente con il principio di sussidiarietà.

[80] S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2011, p. 593-621; N. POLITO, *Strumenti per la sussidiarietà orizzontale: un'ipotesi per l'applicazione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione*, su www.labusus.org;

[81] P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 21-22.

D'altronde "*non è forse è giunto il momento di rivedere funditus il problema e l'assetto di quelle che i giuristi chiamano 'le fonti del diritto', oggi che il divario sempre più accentuato fra pratica degli affari e norme imperative ufficiali fa emergere un inarrestabile processo di privatizzazione della produzione del diritto? Non è forse giunto il momento di liberarsi del decrepito schema della gerarchia delle fonti oggi che l'assetto delle fonti smentisce, nel fervore dell'esperienza, quello schema e ne vive un altro?*"[82]
In una dinamica di rilettura alla luce del principio di sussidiarietà, anche la concezione vetusta del monopolio statuale della produzione del diritto crolla, così come lo strenuo legalismo: le fonti valide e pienamente espressive della giuridicità sono molteplici, non solo la legge. Si valorizzano in tal senso anche gli atti di *soft law*, che risultano pianamente coerenti con il principi di sussidiarietà e con quello, cui è sovente associato, di proporzionalità in virtù del quale il contenuto e la forma dell'azione del soggetto pubblico si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi per cui il potere è loro attribuito[83].

9.2. Personalismo, solidarismo e uguaglianza.
L'ulteriore requisito per fondare costituzionalmente la legittimità degli interventi normativi e autoritativi limitativi della autonomia privata delle Authorites è di tipo teleologico e risiede nella preordinazione di tali atti al perseguimento di istanze sociali e alla realizzazione dei valori delineati nella Carta costituzionale.
La finalità proconcorrenziale, deputata a rimediare ai fallimenti del mercato e presupposto della funzione di regolazione, non può essere fine a sé stessa e operare in un'ottica di mera produttività o di oggettivo rendimento economico del settore regolato, ma è indispensabile che i poteri normativi e gli atti di conformazione negoziale adottati a garanzia della concorrenza, siano funzionalizzati in chiave protettiva del consumatore/utente/contraente debole[84]. L'orizzonte della disciplina del mercato è dunque l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, *ex* art. 3, comma 2, Cost. che non tollera l'esistenza di posizioni contrattuali (eccessivamente e/o ingiustificatamente) squilibrate ed è teso a realizzare l'assetto più equo possibile fra gli operatori economici.
Solo mediante l'asservimento della regolazione indipendente ai valori costituzionali di tutela della persona, solidarietà ed uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.), si può considerare assolta in maniera corretta la regolazione del mercato e si possono

[82] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 7-8
[83] F. DURANTE, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi dei diritto civile*, Napoli, 2003, p. 437.
[84] F. LONGOBUCCO, *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1310-1316.

considerare rispettate le riserve di legge scolpite negli artt. 41 e 42 Cost, nella loro accezione sostanzialistica di necessaria ricorrenza di precise istanze sociali.
La medesima funzione del mercato, infatti, "*si desume dagli stessi valori che dall'interno vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. […] Le situazioni patrimoniali (impresa, proprietà, contratto) non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona. L'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere*"[85].

10. Conclusioni.
Volendo tentare di tirare le fila della riflessione fin qui condotta (nella piena consapevolezza che si tratta di tematiche di così ampio respiro, da non poter essere ridotte in poche battute), il ragionamento circolare aperto con il richiamo alla funzione di regolazione e ai suoi contenuti, deve essere chiuso nuovamente parlando di tale funzione, per riaffermare che la previsione di potestà normative di tipo regolamentare e, più in generale, di poteri di integrazione/conformazione degli atti di autonomia privata, configurata in termini teleologici, è conseguenza naturale del ruolo assegnato alle autorità indipendenti, deputate, appunto, alla regolazione dei settori di specifica competenza di ciascuna di esse e, attraverso la tutela della concorrenza, all'affermazione dell'uguaglianza delle parti e al ripristino dell'equilibrio economico-normativo dei contratti di quel mercato.
L'aspetto interessante, che si coglie dal complesso delle tematiche esaminate, è l'emersione della tensione dell'ordinamento verso una dimensione etica del mercato, un'etica fondata sul rispetto della dignità della persona, sulla solidarietà e l'uguaglianza, anche se in riferimento a settori economici e non strettamente personalistici.
"È il diritto mera attività economica, o è attività morale?" si domandava Benedetto Croce[86]: un interrogativo complesso, che riecheggia latamente la tensione mai esaurita tra giuspositivismo e giusnaturalismo, e quanto mai attuale nello studio delle potestà dei soggetti regolatori del mercato.
Con la promulgazione della Costituzione repubblicana sono stati scolpiti con nettezza i valori fondanti dell'ordinamento e la centralità della persona e, per correlazione, la solidarietà e l'uguaglianza, hanno acquisito una valenza normativa concreta, ponendosi di fatto quali strumenti di disciplina delle relazioni giuridiche. Tale processo è stato implementato dall'avvento del diritto comunitario che, sebbene dapprima improntato a una logica unicamente economicistica, ha poi virato

[85] P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, Esi, 2004, p. 85.
[86] B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907, in «Atti della Accademia Pontaniana», XXXVII, n. 8 (1907), ed. a cura di C. NITSCH, Milano, 2016, p. 38

ISSN 2036-7821

(positivamente con il Trattato di Lisbona) verso la tutela dei diritti umani che sono stati posti al centro del sistema ordinamentale europeo.
In tale convergenza di influenze, il legislatore interno si muove nel duplice tentativo di edificare un nuovo diritto dei contratti, improntato al rispetto effettivo della dignità della persona e di raggiungere insieme un efficientamento e una "eticizzazione" del mercato, che trova un vertice assiologico unitario nel primato della persona. Il mercato cessa di rappresentare un'area autonoma, in balia delle dinamiche economiche e sottratta alla regolazione positiva-valoriale, per assumere una funzione strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani esistenziali e prioritari della persona. Il rapporto persona-mercato è conformato dall'assiologia costituzionale, così come la stessa autonomia privata, non è più un "dogma", improntato ad una concezione volontarista, ma si tramuta in strumento funzionalizzato all'ingresso nel diritto dei contratti dei diritti fondamentali espressivi della suprema valenza assiologica della persona nell'intero contesto ordinamentale.
Nel descritto contesto le Autorità amministrative indipendenti sono i soggetti deputati alla traduzione pratica dei principi in vita economico-sociale, sono i veri attori del cambiamento e in quanto tali devono essere legittimati all'esercizio di poteri che, per le loro modalità concrete, possono essere considerati "dirompenti" e ma che, in definitiva, si pongono in armonia con quanto richiesto dalla Carta costituzionale.

ISSN 2036-7821