

VINCENZO RICCIUTO

*Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*

*estratto da*  
STUDI IN ONORE DI GIUSEPPE BENEDETTI



Edizioni Scientifiche Italiane  
NAPOLI 2008

VINCENZO RICCIUTO

## Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto

SOMMARIO: 1. La regolazione del mercato. – 2. Regolazione e diritto privato. – 3. L'interesse pubblico nello svolgimento della singola vicenda contrattuale. – 4. Le Autorità indipendenti, la riserva di legge in materia di contratti e i confini della regolazione. – 5. Conclusioni e prospettive. La "funzionalizzazione" del contratto.

1. I tentativi di definire la «regolazione» del mercato sono stati numerosi, ma più voci hanno denunciato l'eccessiva atecnicità e genericità della maggioranza delle nozioni suggerite<sup>1</sup>.

Una prima definizione di essa è quella che identifica nella regolazione una «forma di intervento pubblico in economia»<sup>2</sup>. Questa definizione, seb-

<sup>1</sup> Finora la dottrina italiana ha affrontato il tema della regolazione dei mercati soprattutto attraverso l'analisi delle Autorità indipendenti, organismi di rilievo e principali protagonisti nel fenomeno della regolazione dei mercati, studiandone in particolare la natura, la legittimazione, la composizione. Gli studi dedicati appositamente al tema della regolazione sono invece più numerosi nella letteratura straniera, la quale si prodiga in numerosi tentativi di definizione di «regolazione», ma anch'essi non sempre sufficientemente puntuali ed utili per la comprensione della materia. Nella letteratura straniera cfr. M. MORAN, *Review article: Understanding the Regulatory State*, in *Bell Journal of Political Science*, (32) 2002, p. 391. Nel panorama italiano, accanto agli scritti dedicati appositamente alle Autorità indipendenti, per una rassegna dei quali si rinvia a V. RICCIUTO, *I Regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto, Napoli, 2006, cfr. S. CASSESE, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, 2000, p. 11 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*. Atti del convegno di studi tenuto a Bologna il 14 dicembre 1996, Milano, 1997, p. 3 ss.; A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Nel senso della genericità di molte delle definizioni di origine straniera, v. S. CASSESE, «Regulation» e «deregulation», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 718. Una rassegna delle definizioni di «regolazione» è suggerita da F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 984 ss.; e A. LA SPINA e G. MAJONE, *o.c.*, p. 16 ss.

<sup>2</sup> Questo il significato che al termine viene attribuito nell'esperienza britannica. Cfr. A. BONOMO, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in *Le privatizzazioni in Europa*, a cura di R.G. Rodio, in *Tratt. dir. amm.* Santaniello, Padova, 2003, pp. 525 e 532. Per la nozione di regolazione come tecnica di intervento in attività economiche private, v. G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 ss. Tuttavia, a parere di alcuni, anche questa definizione sarebbe eccessivamente impropria e generica. Scrive L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, p. 250, che

bene estremamente generica e inadeguata ad enucleare le peculiarità dell'attuale fase economica, ha comunque il merito di collocare il problema della regolazione nel solco della evoluzione delle forme di intervento dello Stato nell'economia<sup>3</sup>. Come nelle passate esperienze, anche in quella dello Stato regolatore il pubblico gioca un ruolo diverso da quello di mero spettatore delle altrui vicende produttive e di scambio. Difatti, l'apertura dei mercati alle logiche della concorrenza e della libertà delle attività economiche private da vincoli amministrativi (autorizzazioni, concessioni, ecc.), pur superando l'ottica dirigista, non coincide con la scomparsa di forme di ingerenza pubblica negli affari economici dei privati. Al contrario, talvolta l'interferenza ed il condizionamento delle scelte economiche e negoziali dei privati sono ben più intensi nell'esperienza della regolazione dei mercati che in passato. Qualcuno, esasperando la relazione tra i processi di privatizzazione e liberalizzazione, ha visto nell'epoca presente un «arretramento» dello Stato dall'economia, ma la regolazione pare essere più un «mutamento» della tipologia di presenza pubblica.

Com'è noto, il capitalismo italiano non ha mai conosciuto l'esperienza di un'economia di mercato pura, in cui la presenza del pubblico a vantaggio del privato nello svolgimento dei rapporti economici fosse completamente assente, ammesso, tra l'altro, che ciò sia empiricamente possibile. Lo Stato ha sempre avuto una parte più o meno rilevante nel funzionamento dell'economia<sup>4</sup>. L'esperienza del secolo scorso è ben significativa in tal senso. Lo Stato dirigista, che ha indubbiamente rappresentato il momento di più forte ingerenza del pubblico negli affari dei privati<sup>5</sup>, e, prima di esso, quello corporativo, non «appare» laddove lo Stato era assente. L'economia ed il mercato non sono oggetti ad esso del tutto sconosciuti. Se, storicamente, anche lo Stato liberale ottocentesco poteva definirsi, in taluni casi, «interventista» in economia<sup>6</sup>, anche da un punto di vista logico esso non può rimanere totalmente estraneo al mondo degli scambi tra pri-

una cosa sono gli interventi pubblici economici, un'altra gli interventi regolativi, tra loro distinguibili soprattutto per il fatto di avere un diverso impatto sulle regole e sulle strutture del mercato.

<sup>3</sup> Un'ipotesi che si è già avuto occasione di prospettare: cfr. V. RICCIUTO, o.c.

<sup>4</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.* Galgano, III, Padova, 1979, p. 404. Parla di «illusione, [...] slogan semplicistico e superficiale» dello «Stato minimo» S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, II, p. 1370. Affermano A. La SPINA e G. MAJONE, o.c., p. 34, che, diversamente dallo «Stato minimo», lo «Stato regolatore» «si ispira al principio secondo cui le attività economiche vadano in misura minore o maggiore controllate, con riguardo tanto alla loro dinamica interna quanto ai loro effetti esterni».

<sup>5</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 395.

<sup>6</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

vati, che accade pur sempre sotto i suoi auspici<sup>7</sup>. La presenza dunque, quanto

La fase dirigista economica : zioni ai propri o le<sup>8</sup>. Gli strumenti Stato diviene p: na le attività e costituiti da me ne e controllo c tima forma di e dei protagonisti

Altrove<sup>11</sup> eb nomica che car bile ed avvicina l'esperienza italiana di certe tec all'eterointegra quelle finalità s sofia di fondo infatti, si basan mero calcolo p giungere obietti concorrenziale, soi stesse basi con

<sup>7</sup> Sul mercato c 1998 (oggi nella nu

<sup>8</sup> Cfr. V. SPAGNU 1962, p. 10.

<sup>9</sup> N. IRTI, o.c., ] gestore della «attiv programmi e di con un lato, [...] sogge quest'ultima veste, libertà [...]. Sogget

<sup>10</sup> Sulla differen servizi pubblici, tra liberalizzato, v. *Dir.*

<sup>11</sup> Nel Convegr

<sup>12</sup> *Infra*.

vati, che accadono nel proprio territorio, perché questi ultimi si svolgono pur sempre sotto un trama di regole e principi da esso posti o riconosciuti<sup>7</sup>. La presenza pubblica nei traffici economici privati è sempre presente, dunque, quantomeno come disciplina generale di essi.

La fase dirigista dell'economia porta lo Stato ad intervenire nella materia economica adottando peculiari moduli giuridici per garantire prestazioni ai propri consociati, e tutelare e realizzare utilità di carattere generale<sup>8</sup>. Gli strumenti di intervento «diretto» rappresentano ipotesi in cui lo Stato diviene parte delle relazioni economiche ed esercita in prima persona le attività economiche; gli strumenti di intervento «indiretto» sono costituiti da meccanismi, prevalentemente normativi, di regolamentazione e controllo delle attività economiche<sup>9</sup>. Specialmente attraverso quest'ultima forma di azione lo Stato interviene sull'esercizio dei poteri negoziali dei protagonisti del mercato e sulla disciplina dell'autonomia privata<sup>10</sup>.

Altrove<sup>11</sup> ebbi già a sostenere che, indubbiamente, la legislazione economica che caratterizza l'esperienza del c.d. dirigismo non è sovrapponibile ed avvicicabile alla regolazione dei mercati liberalizzati. Eppure, nell'esperienza italiana, alcuni punti di contatto si ritrovano nella condivisione di certe tecniche di «governo» delle scelte negoziali private (si pensi all'eterointegrazione)<sup>12</sup>, di alcune finalità (essendo pur sempre presenti quelle finalità sociali che motivavano l'intervento precedente) e della filosofia di fondo che giustifica l'azione pubblica. Entrambe le esperienze, infatti, si basano sul presupposto che le dinamiche economiche, lasciate al mero calcolo privato dei protagonisti, da sole non sono in grado di raggiungere obiettivi di carattere sociale (anzi, per la teoria del mercato concorrenziale, sono addirittura in grado se lasciate a sé stesse di «minare» le stesse basi competitive del gioco economico). L'interesse pubblico è im-

<sup>7</sup> Sul mercato come ordine giuridico, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998 (oggi nella nuova ed. 2004), *passim*.

<sup>8</sup> Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, p. 10.

<sup>9</sup> N. IRTI, *o.c.*, p. 107: «Soggetto dell'economia, lo Stato, [...] a duplice titolo. Da un lato gestore della "attività economica pubblica", [...] dall'altro, mediante le leggi determinatrici di programmi e di controlli, interprete unitario e imperativo dei "fini sociali". [...] Lo Stato si fa, da un lato, [...] soggetto dell'attività economica [...]. Dall'altro [...] ordinamento giuridico», in quest'ultima veste, «svolge la funzione d'interprete di interessi generali, stabilendo limiti alle libertà [...]. Soggetto, qui, di legislazione economica, che agisce attraverso norme [...]».

<sup>10</sup> Sulla differenza dei meccanismi di normazione (o di regolazione in senso lato), in tema di servizi pubblici, tra attività svolta dal concessionario e attività svolta dal privato in un mercato liberalizzato, v. *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. Valentini, Milano, 2005, p. 26 s.

<sup>11</sup> Nel Convegno di Capri del 2007.

<sup>12</sup> *Infra*.

manente ad ogni esperienza economica e questo giustifica la presenza dello Stato come regolatore del sistema dei traffici privati. Ciò è vero anche quando l'interesse pubblico che rileva nei traffici economici sia, in ipotesi, anche solo quello al libero e consapevole svolgimento delle relazioni economiche interindividuali.

L'accostamento tra il concetto di intervento pubblico nell'economia e regolazione dei mercati è il passaggio fondamentale per impostare l'indagine sui rapporti tra diritto privato e diritto pubblico. Nell'esperienza dello Stato sociale veniva autorevolmente notato che esso «esercita anzitutto un'influenza profonda [...] sull'assetto tradizionale dei rapporti e degli istituti privatistici»<sup>13</sup>. Il concetto di intervento, difatti, sottende l'idea di un'azione diretta verso un oggetto che ne risulta, in conseguenza, modificato e inciso. Esso invita a studiare la regolazione in relazione all'oggetto della sua incidenza e a verificare le conseguenze che questo subisce.

Ciò detto, tuttavia, rimane il problema della caratterizzazione peculiare dell'intervento dello Stato regolatore nel mercato, rispetto allo Stato dirigista<sup>14</sup>. Nel tentativo di caratterizzare questa forma di azione pubblica, sono state fornite diverse definizioni di regolazione. Tra gli altri, si può qui menzionare l'approccio finalistico, che, valorizzando il fine dell'azione pubblica di regolazione, la concepisce come l'insieme di interventi finalizzati al miglior funzionamento delle regole del mercato introdotte da fonti legislative. Altra definizione, assai diffusa, che insiste sulla valorizzazione della tipologia di strumenti della regolazione, è quella che ritiene che l'attività di regolazione del mercato consiste nel porre regole giuridiche attinenti al funzionamento di determinati mercati liberi ed aperti alla concorrenza e ad assicurarne l'osservanza attraverso sanzioni per coloro che non vi si attengono, predisponendo all'uopo apposite autorità pubbliche. Le regole che rappresenterebbero atti di regolazione sono, per questa tesi, quelle relative a: l'ammissione di operatori nel mercato; i comportamenti che essi devono osservare durante la loro presenza sul mercato; le strutture organizzative delle autorità preposte al settore; i provvedimenti che le autorità possono assumere e i poteri istruttori che esse possono esercitare; i rapporti tra le differenti forme della normazione, i rapporti tra le diverse autorità<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *o.c.*, p. 16. Proprio il campo dell'economia consentiva all'a. di analizzare i rapporti «peraltro mai chiari» tra diritto privato e diritto pubblico (p. 18) e notare, nel 1962, come «risorge oggi, proprio in virtù dell'incremento di attività economica pubblica, l'antica polemica sui confini tra diritto privato e diritto pubblico» (p. 18, in nota).

<sup>14</sup> A. LA SPINA e G. MAJONE, *o.c.*

<sup>15</sup> Cfr. *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. Valentini, cit., p. 3 ss.; A. LA SPINA e G. MAJONE, *o.c.*, p. 33, per i quali a caratterizzare lo Stato regolatore, rispetto ad altre forme di

All'esito di fatto che la regola bisogna ammettere<sup>16</sup> -, per la ri strumenti di a: precipue di tale al modo di operare cano sull'oggetto seguito di interdicare la tipologia di intervento d

I significati cati», insieme al emergerà nel pre gli esiti di ur e al valore del

2. L'ottica primari giuridici, c del mercato in quali esso si ordina st'ultima è, d'al Per ciò che sono considerati svolgimento co:

Stato, è la presenza di come uno Stato che i Stato che, nel farsi i Regolative, «li dove normativo in senso : autorizzazioni, sanz intraprende, infatti, p di tutti i possibili «bis piuttosto a fornire ri come Stato regolator come ordinamento g.

<sup>16</sup> Parla di «compl Contributo allo stud

<sup>17</sup> G. OPPO, *Diriti* che «gli strumenti pri il contratto (il negozi elementare, di base [. inserendolo nell'agire

All'esito di queste considerazioni, non si può che prendere atto del fatto che la regolazione dei mercati è fenomeno complesso – per il quale, bisogna ammettere, non esiste ancora una definizione condivisa e precisa<sup>16</sup> –, per la ricostruzione del quale si deve aver riguardo non solo agli strumenti di azione che si ritiene siano atti di regolazione e alle finalità precipue di tale azione pubblica, ma anche – aspetto non meno rilevante – al modo di operare di essi; sarebbe a dire alle conseguenze che essi provocano sull'oggetto, individuato, di incidenza. La consistenza dell'oggetto a seguito di interventi pubblici su esso, difatti, potrebbe essere utile ad indicare la tipologia dell'intervento effettuato (se essa costituisca una forma di intervento dirigista o di regolazione).

I significati che si attribuiscono alla nozione di «regolazione dei mercati», insieme alla individuazione delle forme della regolazione stessa, come emergerà nel prosieguo di queste riflessioni, sono in grado di condizionare gli esiti di un'indagine relativa al rilievo assunto dall'autonomia privata e al valore del contratto nelle esperienze dei mercati concorrenziali.

2. L'ottica prescelta, dunque, è quella relativa alla qualificazione, in termini giuridici, dell'impatto che la regolazione ha non solo sull'andamento del mercato in quanto tale, ma anche sugli istituti giuridici attraverso i quali esso si organizza, soprattutto con riferimento al contratto<sup>17</sup>. Quest'ultima è, d'altra parte, la prospettiva di maggior interesse per il civilista.

Per ciò che concerne il diritto sostanziale, le norme che solitamente sono considerate norme di «regolazione», in quanto volte a garantire uno svolgimento complessivo equilibrato e sostanzialmente virtuoso dei traf-

Stato, è la presenza di Autorità regolative, e per i quali lo Stato regolatore può definirsi «non solo come uno Stato che interviene per lo più tramite regole, ma anche, più specificamente, come uno Stato che, nel farsi carico di tale compito, tende ad avvalersi delle AR», cioè delle Autorità Regolative, «lì dove possibile ed opportuno». Queste operano non solo esercitando un potere normativo in senso stretto, ma anche attraverso «ordini, dispense, raccomandazioni, indagini, autorizzazioni, sanzioni amministrative o pecuniarie» (p. 32); lo «Stato regolatore [...] non intraprende, infatti, programmi assai probabilmente votati all'insuccesso, come il soddisfacimento di tutti i possibili "bisogni" sociali, o la gestione globale dello sviluppo socio-economico, ma mira piuttosto a fornire risposte specifiche a problemi circoscritti» (p. 33). Per N. IRTI, *o.c.*, p. 118, come Stato regolatore, «lo Stato, cessando dall'ufficio di imprenditore, si riafferma e rinvigorisce come ordinamento giuridico, il quale governa l'economia e disciplina il mercato».

<sup>16</sup> Parla di «complessiva impalpabilità» della nozione di regolazione del mercato C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, Bari, 2005, p. 44.

<sup>17</sup> G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 34, il quale ritiene che «gli strumenti privatistici generali dell'agire giuridicamente rilevante sono essenzialmente tre: il contratto (il negozio è categoria ancora disputata), l'impresa, la società. Il contratto è lo strumento elementare, di base [...], impresa e società sono strumenti complessi che utilizzano il contratto inserendolo nell'agire di un'organizzazione patrimoniale e personale».

fici economici, sono fondamentalmente divisibili in quattro grandi tipologie<sup>18</sup>: norme relative ai soggetti, norme relative ai beni, norme di comportamento, norme relative agli atti. Le prime pongono condizioni di accesso al mercato degli operatori, individuano le condizioni soggettive per godere di tutele o benefici, definiscono struttura, composizione, poteri e funzionamento delle Autorità preposte ai diversi settori economici. Le seconde fissano requisiti, soprattutto di sicurezza, e condizioni di commerciabilità dei beni in determinati mercati. Le norme sui comportamenti e sugli atti sono rivolte in maniera più diretta e specifica a disciplinare gli scambi come processi di allocazione delle risorse.

Tutte e quattro le tipologie di norme cui si è fatto riferimento interessano il diritto privato e coinvolgono strutture di matrice civilistica. Le norme che, però, pongono problematiche di maggior interesse sistematico e concettuale sono quelle relative ai comportamenti e agli atti. I maggiori problemi di coordinamento con il diritto civile dei contratti derivano infatti dalla sempre più crescente produzione di queste due tipologie di norme. Non senza un qualche disagio, si deve constatare che alcuni di questi contrasti sono difficilmente superabili, come pure si è tentato di fare, in sede di mera interpretazione del diritto vigente. L'avvicinamento del diritto dei contratti ad un *corpus* normativo diretto alla regolazione del mercato secondo la prospettiva concorrenziale di derivazione comunitaria richiede, infatti, un indubbio ripensamento della funzione e del valore tradizionalmente riconosciuti allo strumento contrattuale; presuppone una concezione di esso sensibilmente diversa da quella indicata dal codice civile del 1942; postula una maggiore attenzione alle c.d. *esternalità* (gli effetti «esterni al rapporto individuale») dell'atto di autonomia; attribuisce indubbia centralità al contesto – di atti e comportamenti – che precede e segue l'atto. Tutto ciò è in grado di avere ricadute di non poco conto sul concetto cardine del diritto privato quale è quello dell'autonomia privata. Per la verità, a prescindere dal problema della regolazione dei mercati, già da tempo alcune voci hanno denunciato la scomparsa del principio di autonomia da una serie di traffici di rilevanza economica, arrivando a proporre quella contrapposizione tra contratti civili e commerciali che, insieme a Filippo Vassalli, pensavamo di averci lasciato alle spalle<sup>19</sup>. L'esperienza della contrattazione di massa e della massiccia predisposizione unilaterale del contenuto di molti contratti della vita commerciale ha fatto

<sup>18</sup> N. IRTI, *o.c.*, p. 51. Le ulteriori classificazioni effettuabili (vedi § precedente) sono, di fatto, riconducibili a questa. Cfr. anche C. SOLINAS, *Contratto e regolazione del mercato*, Torino, 2007, p. 61 ss.

<sup>19</sup> F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in ID., *Scritti giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 605 ss.

sorgere il  
mia delle  
scambi ser  
transazione  
ed irriduci  
giore espai  
di conclud  
mentre pot  
caso che la  
senso qualc  
al "se" del  
massa subis  
della transi  
sibilità di e

Con la r  
principio di  
ulteriori risp  
merciali. Cc  
doveroso pr

3. In cam  
predominan  
di matrice n  
con una cert  
quello, contig  
d'essere dell'  
sono state cc  
dei soggetti i  
come espress  
ligendo, quin  
unità teleolog  
commerciale).  
tive al funzio  
pubblicistica).  
vile, più abitu

<sup>20</sup> G.B. FERRI,  
*diritto civile attua*  
<sup>21</sup> Ma vedi M. C  
*e le autorità indipe*  
scambi di massa son  
principio di autonoi

sorgere il dubbio che, lungi dall'essere quegli atti espressione di autonomia delle parti – *rectius*, di entrambe le parti – essi fossero, in realtà, meri scambi senza accordo. Per recuperare la natura di atto di autonomia delle transazioni commerciali, si è considerato che autonomia è, autenticamente ed irriducibilmente, potere di scelta nell'*an*. Ed, infatti, «nella sua maggiore espansione l'autonomia privata (negoziale) comprende sia la libertà di concludere il contratto che quella di determinarne il contenuto; ma, mentre potrebbe continuarsi a parlare di autonomia dei privati anche nel caso che la seconda venga limitata, non potrebbe concludersi nello stesso senso qualora a mancare dovesse essere la prima, quella, appunto, relativa al "se" del contratto»<sup>20</sup>. Senza dubbio i contratti propri dell'economia di massa subiscono, per effetto della configurazione delle forze economiche della transizione, il massimo di compressione, ma essi conservano la possibilità di essere «scelti». Essi non smettono di essere contratti<sup>21</sup>.

Con la regolazione del mercato, i contratti in esso stipulati, e con essi il principio di autonomia privata, subiscono prove di resistenza diverse ed ulteriori rispetto a quelle occasionate dalla massificazione dei rapporti commerciali. Come è stato fatto di fronte a quest'ultima esperienza, allora, è doveroso procedere ad una verifica del loro stato di salute.

3. In campo civilistico, un po' per ragioni culturali ed un po' per la predominanza nella legislazione economica passata di strutture e interessi di matrice non schiettamente privatistica, più di una volta si è guardato con una certa diffidenza al tema generale della disciplina del mercato e a quello, contiguo, della concorrenza (specialmente quando intesa quale modo d'essere dell'assetto di un determinato mercato). Le regole del mercato sono state concepite prevalentemente come regole relative alla struttura dei soggetti imprenditori e allo svolgimento dell'attività di questi ultimi come espressione di esercizio della libertà di iniziativa economica (prediligendo, quindi, la prospettiva della disciplina dell'«attività», intesa come unità teleologica dei singoli atti di impresa, secondo l'ottica del diritto commerciale). Oppure esse sono state ritenute un insieme di norme relative al funzionamento di imprenditori pubblici (secondo la prospettiva pubblicistica). Così, salvo autorevoli eccezioni, lo studioso del diritto civile, più abituato a ragionare in termini di posizioni giuridiche soggettive

<sup>20</sup> G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in Id., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 281.

<sup>21</sup> Ma vedi M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 89, per il quale «i mercati degli scambi di massa sono estranei alla disciplina dei rapporti civili e nulla condividono con il romantico principio di autonomia».

ed atti, ha concentrato i propri studi prevalentemente su temi apparentemente diversi ed autonomi da quelli della disciplina del mercato, quali quello dell'autonomia contrattuale o, meglio, dell'autonomia negoziale.

Questa tendenziale separazione tra il momento del contratto e dell'autonomia privata e quello del mercato e delle regole della concorrenza, che si è trasfigurata sul piano scientifico nella separazione e costituzione di spazi di indagine riservati, rispettivamente, a civilisti e commercialisti, negli ultimi anni va via via scemando.

L'odierna esperienza di disciplina dei mercati concepisce e regola l'atto di scambio (il contratto) come momento e tassello di un intricato tessuto di relazioni ed atti interdipendenti ed interconnessi, secondo una concezione sistematica e complessa dei traffici economici.

Il contratto stipulato tra soggetti che agiscono in un mercato regolato è, al contempo, l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale; uno degli atti attraverso i quali si realizza una specifica attività di impresa, intesa come unità teleologica di singoli atti di impresa<sup>22</sup>; un'operazione in grado di condizionare economicamente, ed esserne a sua volta condizionata, l'assetto del più ampio contesto di traffici nel quale essa è naturalmente inserita. Quest'ultimo «luogo», pur a prescindere dal dibattito ormai non più così recente relativo alla sua natura<sup>23</sup>, è strutturato come «sistema», soprattutto nell'ottica del diritto comunitario ed interno della regolazione.

Il contratto è parte del sistema mercato, destinato ad interagire con altri elementi del sistema, reclamando criteri di composizione e decodificazione di queste interazioni. Ma, soprattutto, esso è altresì destinato a volgere verso quelle mete cui con proprie leggi generali "evolve" il mercato.

Il traguardo verso il quale guarda il mercato (*rectius*, i mercati) e per il raggiungimento del quale muove la relativa disciplina, è uno svolgimento di traffici economici tale da assicurare interessi ormai sempre più a forma collettiva (di consumatori, utenti, operatori commerciali) e sopra essi l'interesse generale al mercato concorrenziale. Si sostiene che l'esercizio della libertà contrattuale dei consumatori permetta loro di incidere su prezzo e qualità di servizi e prodotti commerciati, e quindi di ottenere la più vantaggiosa soddisfazione dei propri bisogni. L'idea politica di fondo è che, sacrificato dalla contrattazione di massa, tale potere ritrovi possibilità di

<sup>22</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, 3ª ed., Torino, rist. 2001, p. 3.

<sup>23</sup> Il dibattito si è incentrato, com'è noto, sul carattere di naturalità o artificialità del mercato. Il riferimento è, naturalmente, al contributo di N. IRTI, *o.c.*, e alla discussione che ne è seguita.

espressione pr  
alla propria ba  
offerte del me  
sce ai consum  
gestione politi  
loro sottratto<sup>2</sup>

Questa stes  
un., 4 febbraio  
connessione t  
mercato conce  
tesa anticonco  
era posto un p  
In quella occa  
differenza del  
una normativa  
con lo *status*  
delle intese an  
cato concorrer  
componente d  
nomico della p

<sup>24</sup> La separazio  
(interessi di collet  
quello al mercato c  
dire che il merca  
massima realizzaz  
concettualmente l'  
l'interesse alla migl  
*o.c.*, p. 56.

<sup>25</sup> Sui contribu  
*per il benessere (e*  
SCODITTI, *L'antitu  
unite che antitrust,  
contro gli illeciti a  
e tutela del cons  
anticompetitive"*  
INZITARI, *Abuso  
lesione della liber  
regole della conco  
ss.*; L. DELLI PRIS  
949 ss.; ID., *Equili  
G. MASTRODONA  
da condotta anti  
contratti a valle e:  
una rilettura siste  
2006, p. 562 ss.*

espressione proprio nei meccanismi del gioco concorrenziale, che hanno alla propria base la scelta ad opera del consumatore della migliore tra le offerte del mercato. Perciò, si ritiene, il mercato concorrenziale restituisce ai consumatori parte di quella libertà contrattuale che la precedente gestione politica, economica e legislativa della produzione di massa aveva loro sottratto<sup>24</sup>.

Questa stessa idea è sottesa alla ormai nota sentenza della Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207<sup>25</sup>. Essa esprime il principio di una stretta connessione tra finalità sociali o di tutela del consumatore e assetto di mercato concorrenziale. La vicenda è conosciuta. Essa riguardava un'intesa anticoncorrenziale tra imprese assicurative, in relazione alla quale si era posto un problema di competenza alla luce della normativa *antitrust*. In quella occasione la Corte ebbe a dichiarare che la normativa *antitrust*, a differenza della normativa codicistica relativa alla concorrenza sleale, è una normativa riferibile a tutti i soggetti del mercato, non soltanto a quelli con lo *status* di imprenditori. Si affermava la immanenza, nella materia delle intese anticoncorrenziali, dell'interesse del consumatore ad un mercato concorrenziale. Si sosteneva così che il consumatore (individuato come componente di una categoria di protagonisti del complesso sistema economico della produzione e degli scambi, alla cui tutela l'ideologia *antitrust*

<sup>24</sup> La separazione in categorie degli interessi alla base della regolazione pubblica del mercato (interessi di collettività da un lato – consumatori, utenti, imprenditori – e interesse generale – quello al mercato concorrenziale – dall'altro) non è, tuttavia, netta e marcata. Al contrario, si può dire che il mercato concorrenziale spesso sia concepito come funzionale e necessario per la massima realizzazione delle moderne finalità sociali. Ciononostante, è opportuno distinguere concettualmente l'interesse ad un sistema economico e commerciale competitivo ed equilibrato e l'interesse alla migliore soddisfazione dei bisogni di consumatori o utenti. Sul punto cfr. C. SOLINAS, o.c., p. 56.

<sup>25</sup> Sui contributi relativi alla sentenza, tra gli altri, v. AL PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1015 ss.; E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, *ivi*, c. 1018 ss.; C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 444 ss.; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.; S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 907 ss.; I. SABBATELLI, "Cospirazioni anticompetitive" e interesse del consumatore, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 701 ss.; B. INZITARI, *Abuso di intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione della libertà negoziale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 911 ss.; E. MUSI, *Le violazioni delle regole della concorrenza e la tutela giurisdizionale del consumatore*, in *Danno resp.*, 2005, p. 956 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, *ivi*, p. 949 ss.; ID., *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 253 ss.; G. MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2062 ss.; G. TADDEI ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 40 ss.; R. MANCO, *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 562 ss.

veniva riconosciuta funzionale) occupa la posizione economica di acquirente finale del prodotto offerto dal mercato e chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto, la stessa funzione illecita di una intesa, di per sé estranea alle singole vicende commerciali, si realizza con la sostituzione del diritto di quell'acquirente finale a scegliere effettivamente tra prodotti in concorrenza. La scelta effettiva del consumatore viene sostituita con una scelta apparente. L'intesa anticoncorrenziale, pertanto, lungi dall'aver effetti solo sull'assetto complessivo del mercato, appare in grado di comprimere la stessa libertà contrattuale del singolo o, perlomeno, quella parte di essa che è tutt'oggi riconoscibile nei contratti di massa.

Le regole del contratto e le regole del mercato sono così entrate in stretta connessione anche nell'esperienza giurisprudenziale. Ad essa si affianca la prospettiva teorica che, partendo dalla considerazione della regolazione del mercato come organizzazione di un sistema orientato al principio concorrenziale, arriva ad interrogarsi sul ruolo e le prospettive dello strumento contrattuale in quanto inserito *nel* sistema<sup>26</sup>. D'altra parte, è forse grazie a tale accostamento tra il concetto di contratto e il concetto di mercato che si possono scoprire nuove chiavi di lettura per quei fenomeni contrattuali per comprendere i quali si è talvolta dovuto procedere a qualche forzatura sistematica del diritto civile codicistico. Esempi di questioni problematiche innanzi alle quali, a torto o a ragione, il diritto civile di stampo codicistico ha mostrato segni di sofferenza si possono trarre dal dibattito relativo alla validità dei contratti c.d. «a valle» dell'intesa anticoncorrenziale<sup>27</sup> o, più di recente, da quello della sorte del contratto concluso in costanza di violazione di obblighi di comportamento imposti al-

<sup>26</sup> D'altra parte le stesse Sezioni Unite, nella sentenza *de qua*, hanno condotto il proprio ragionamento osservando il mercato nella sua interezza ed unitarietà sistematica, cercando di cogliere in essa il valore del singolo episodio contrattuale. Si legge nella sentenza, infatti, che il contratto c.d. «a valle» «costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti». La sentenza fa propria la distinzione tra il contratto c.d. «a monte», cioè il contratto concluso tra imprenditori che partecipano all'intesa anticoncorrenziale, quindi all'intesa illecita, e i contratti c.d. «a valle», che sono quelli conclusi tra l'impresa che ha partecipato all'accordo illecito, elusivo della concorrenza, e il consumatore. In quest'ottica essa analizza il rapporto tra le due operazioni, una collocata a monte e l'altra collocata a valle e di fatto condizionata direttamente dalla prima. Sottolineando la rilevanza del mercato e precisando che esso e la sua disciplina riguardano tutte le situazioni e quindi anche quelle individuali dei partecipanti a questo fenomeno, le Sezioni Unite autorizzano a studiare la materia contrattuale in un'ottica che non si soffermi ad analizzare i meccanismi del singolo scambio (contratto), ma che, guardando al luogo in cui questo è collocato (mercato) consenta di cogliere la connessione tra le strutture normative di questo e le regole dell'altro.

<sup>27</sup> Spunti in A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza* (note a margine a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207), in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 495 ss.

l'intermediario  
gnificativa. Per  
contratti di int  
di comportam  
vo contrasto tr  
Unite. La sent  
me imperative  
norme di comp  
motivazioni si  
tative di un sis  
un modello di  
prevalentemen  
incalzante e ca  
a concepire l'ir  
(con le relative  
ta l'assenza di  
non può, nond  
delle categorie

Nell'ottica  
unitariamente

to», rappresen  
Per il raggit  
variamente in  
che, oltre a reg

In tal modc  
anche, come si  
la libertà contr  
vati verso l'ass  
na, la conform:

<sup>28</sup> Cfr. C. SOLI

<sup>29</sup> Cass., Sez. un.  
E. SCODITTI, *La v  
sezioni unite*. Unit  
con nota di G. GE  
unico precedente di  
norme di comport  
prime, tanto nella f  
stabilito dalla legge  
trada in una for  
specifici obblighi di  
quanto meno nel se

nica di acqui-  
era che inizia  
llecita di una  
i realizza con  
iere effettiva-  
consumatore  
renziale, per-  
del mercato,  
del singolo o,  
nei contratti

osi entrate in  
e. Ad essa si  
ione della re-  
ntato al prin-  
spettive dello  
l'altra parte, è  
il concetto di  
uei fenomeni  
cedere a qual-  
i di questioni  
ritto civile di  
no trarre dal  
ll'intesa anti-  
ontratto con-  
to imposti al-

dotto il proprio  
itica, cercando di  
nza, infatti, che il  
ne gli effetti». La  
atto concluso tra  
ecita, e i contratti  
lo illecito, elusivo  
le due operazioni,  
ente dalla prima.  
guardano tutte le  
, le Sezioni Unite  
ni ad analizzare i  
questo è collocato  
questo e le regole

ella concorrenza  
2005, I, p. 495 ss.

l'intermediario finanziario<sup>28</sup>. Quest'ultima vicenda è particolarmente significativa. Per orientare una giurisprudenza assai insicura sulla sorte dei contratti di intermediazione finanziaria stipulati con violazione di doveri di comportamento legislativamente imposti, e pur in assenza di un effettivo contrasto tra sezioni, sono state in breve tempo interpellate le Sezioni Unite. La sentenza esclude l'invalidità dei contratti per violazione di norme imperative (ex art. 1418, comma 1, c.c.) quando siano state violate norme di comportamento (in particolare doveri di informazione)<sup>29</sup>. Nelle motivazioni si riafferma l'esigenza di non procedere a forzature interpretative di un sistema di regole – quello codicistico – concepito attorno ad un modello di contratto le cui vicende sono di interesse essenzialmente e prevalentemente privato. Tuttavia, si dà conto di una tendenza sempre più incalzante e caratterizzante l'evoluzione della disciplina dei mercati, volta a concepire l'intera vicenda contrattuale come di interesse *anche* pubblico (con le relative conseguenze in tema di rimedi esperibili). Viene denunciata l'assenza di sistematicità delle diverse normative di riferimento, la quale non può, nondimeno, essere recuperata attraverso arbitrari stravolgimenti delle categorie codicistiche.

Nell'ottica dei singoli contraenti le mete ed i traguardi del mercato unitariamente considerato o, come detto *supra*, «considerato come un tutto», rappresentano, tecnicamente, fini ultraindividuali.

Per il raggiungimento di queste finalità il legislatore e gli altri soggetti variamente in grado di disciplinare il mercato adottano, naturalmente, atti che, oltre a regolare il mercato in quanto tale, regolano i suoi elementi.

In tal modo soggetti pubblici posti a presidio dei mercati liberalizzati, anche, come si è visto, per restituire parte del potere negoziale e garantire la libertà contrattuale al consumatore, guidano l'andamento dei traffici privati verso l'assetto di mercato concorrenziale. L'intervento sulla disciplina, la conformazione e l'assetto degli elementi del sistema-mercato, *in pri-*

<sup>28</sup> Cfr. C. SOLINAS, *o.c.*, pp. 51 ss. e 67 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 (s.m.), con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. Unitamente a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corr. giur.*, 2006, p. 672 ss., con nota di G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*, unico precedente di legittimità sul tema, le Sezioni Unite si rifanno alla tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: «la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità».

mis il contratto, si inserisce, pertanto, in tale processo di governo del mercato o, se si vuole, di regolazione di esso.

4. La regolazione giuridica dell'economia è principalmente affidata a soggetti "terzi" rispetto agli attori del mercato. Tali organismi sono posti a «presidio» della legalità e del regolare andamento di settori di mercato ed al loro «governo» e sono comunemente chiamati Autorità indipendenti<sup>30</sup>. Essi sono formalmente sciolti da vincoli istituzionali con il potere esecutivo e da condizionamenti politici e privi di potere legislativo che, naturalmente, rimane esclusivo del Parlamento.

La guida dell'andamento del mercato verso meccanismi virtuosi e concorrenziali viene svolta da parte degli organismi di settore non soltanto agendo sui contratti privati tramite condizionamenti indiretti delle scelte autonome (è questo il caso di quegli atti che vengono comunemente classificati di *moral suasion*), ma anche intervenendo direttamente sul *quomodo* delle scelte private. I Regolatori del mercato, istituzionalmente chiamati a regolare il mercato e politicamente acclamati come garanti di finalità sociali quali la tutela di consumatori e utenti, hanno iniziato a disciplinare in vario modo il fenomeno contrattuale, varcando nella pratica quel labile confine teorico tra disciplina del mercato e disciplina del contratto. Ciò non stupisce perché è la stessa prospettiva speculativa del rapporto tra contratto e mercato – inteso come sistema – a concepire il primo come componente del secondo e quindi a collocarlo in un luogo nel quale rilevano interessi ulteriori e più generali rispetto a quelli delle parti dell'atto privato; interessi, questi, che non possono che essere rilevanti anche per il singolo negozio. Ma gli interrogativi che questo fenomeno pone sono numerosi. L'attuale assetto legislativo dei mercati e, soprattutto, la prassi seguita dalle diverse Autorità nello svolgimento dei propri compiti sollevano qualche perplessità di ordine sistematico. In altri termini: non c'è dubbio che l'Autorità indipendente sia opportunamente legittimata a sostituirsi ai privati, ponendo in essere un'attività giuridica conforme a determinati obiettivi di politica economica e sociale nei casi in cui il privato non voglia o non sia in grado di farlo e laddove le forme giuridiche utilizzate dall'attività economica privata non siano compatibili con l'interesse prevalente pubblico sul piano dell'ordinamento. Tuttavia, questo non esclude che l'autonomia contrattuale subisca una più o meno intensa contaminazione dall'attività pubblica di regolazione, e non comporta, perciò, che

<sup>30</sup> Sulle Autorità indipendenti la letteratura è ormai vasta. Per i riferimenti bibliografici sul tema ed una ricostruzione dei significati della predicata indipendenza, sia consentito rinviare a V. RICCIUTO, *o.c.*

per questo me  
Regolatori ve:  
l'ordinamento

La prima e  
stenza di una  
cost.)<sup>31</sup>. La pr  
di legge in ma  
piscono l'attiv  
limitativa dell  
le manifestazi  
l'autonomia p  
sioni linguisti  
munque susce  
concretament  
re da un serio  
denti con la r  
principio di a  
condizioni in  
legislatori del  
può coincider

Bisogna an  
dei limiti dell  
di essi sulla c  
modo misurat  
ra trovare ad  
provvediment

<sup>31</sup> Sull'argome  
<sup>32</sup> F. MERUSI,  
*autorità indipena*  
mercati non si ope  
(nel perseguim  
di regolazione ris  
provenienza pubb  
economico, come

<sup>33</sup> G. NAPOL  
*garanzia dei priv*  
p. 125 ss.

<sup>34</sup> Non può, ti  
costituzionale del

<sup>35</sup> Ma altra inte  
le forme e i limiti  
di riferimento la d  
confronto tra l'ar

rno del mercato

ente affidata a  
smi sono posti  
ori di mercato  
tà indipenden-  
i con il potere  
legislativo che,

virtuosi e con-  
e non soltanto  
etti delle scelte  
inamente clas-  
nente sul *quo-*  
nalmente chia-  
ranti di finalità  
a disciplinare  
tica quel labile  
contratto. Ciò  
l rapporto tra  
l primo come  
el quale rileva-  
parti dell'atto  
ti anche per il  
no pone sono  
utto, la prassi  
compiti solle-  
mini: non c'è  
ittimata a so-  
nforme a de-  
cui il privato  
ridiche utiliz-  
on l'interesse  
sto non esclu-  
nsa contami-  
a, perciò, che

i bibliografici sul  
ntito rinviare a V.

per questo motivo l'interprete sia dispensato dal verificare se l'attività dei Regolatori venga esercitata nel rispetto delle garanzie riconosciute dall'ordinamento alle libertà contrattuali.

La prima evidente complicazione di ordine sistematico è data dell'esistenza di una riserva di legge in materia contrattuale (posta dall'art. 41 cost.)<sup>31</sup>. La presenza di un problema relativo alla sussistenza di una riserva di legge in materia di regolazione viene negata da quelle teorie che concepiscono l'attività di regolazione pubblica dei mercati come attività non limitativa dell'autonomia dei privati, ma, secondo le tesi, "sostitutiva" delle manifestazioni private anticoncorrenziali<sup>32</sup> o addirittura "garante" dell'autonomia privata<sup>33</sup>. Tuttavia, al di là degli effetti economici e delle espressioni linguistiche utilizzate, giuridicamente l'attività dei Regolatori è comunque suscettibile di tradursi in limiti al potere autonomo dei privati concretamente attori nel mercato. Per queste ragioni non ci si può esimere da un serio confronto dell'esercizio dei poteri delle Autorità indipendenti con la norma che a livello costituzionale riconosce e garantisce il principio di autonomia<sup>34</sup>. Essa è il parametro per individuare confini e condizioni in cui i Regolatori possono legittimamente operare anche come legislatori del contratto e, dunque, indica quando la disciplina del mercato può coincidere con la disciplina del contratto<sup>35</sup>.

Bisogna ammettere, però, che la ricerca della verifica delle condizioni e dei limiti dell'azione dei Regolatori, soprattutto in relazione all'incidenza di essi sulla consistenza di principi del diritto civile, è stata finora oltremodo misurata nelle aule di giustizia. Certamente, a proposito, deve ancora trovare adesioni condivise il tema relativo alla stessa sindacabilità dei provvedimenti delle Autorità. Del pari, anche la figura delle Autorità in-

<sup>31</sup> Sull'argomento, cfr. C. SOLINAS, *o.c.*, p. 63 ss.

<sup>32</sup> F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, cit., p. 43 ss. Per queste tesi con la regolazione dei mercati non si opera modellando e disciplinando l'attività dei privati rispetto a un fine pubblicistico (nel perseguimento di finalità sociali), ma attraverso un vero e proprio ruolo sostitutivo dell'organismo di regolazione rispetto ai privati medesimi, le cui determinazioni sono surrogate da decisioni di provenienza pubblica, maggiormente rispettose della concorrenza e dei principi di ordine pubblico economico, come diremmo noi utilizzando una categoria concettuale civilistica.

<sup>33</sup> G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, cit., p. 125 ss.

<sup>34</sup> Non può, tuttavia, non segnalarsi anche in questa sede che il dibattito relativo alla copertura costituzionale del principio di autonomia, com'è noto, è risalente e tutt'oggi aperto...

<sup>35</sup> Ma altra interessante prospettiva può essere quella che, anch'essa con l'intento di comprendere le forme e i limiti della disciplina dell'autonomia da parte delle Autorità, assume come parametro di riferimento la disposizione di rango ordinario che prevede il potere autonomo dei privati. Per il confronto tra l'art. 1322 c.c. e l'attività dei Regolatori, cfr. M. ORLANDI, *o.c.*

dipendenti, nonostante ormai esse siano da diversi anni indiscusse protagoniste della vita economica, è stata oggetto delle considerazioni della Corte costituzionale solo in occasione della pronuncia di una sentenza dettata con riguardo all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici<sup>36</sup>. Il conflitto tra Stato e Regioni preso in esame dalla Consulta era stato generato dalla previsione legislativa della possibilità, per l'organismo in discorso, di invadere la competenza regionale. In estrema sintesi: si discuteva della legittimità costituzionale della legge quadro sui lavori pubblici e, incidentalmente in un breve passaggio, la Corte affermava che le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. In conclusione la Corte precisava che tale organismo collegiale è chiamato ad operare in piena autonomia rispetto all'apparato esecutivo e agli organi di ogni amministrazione. Queste sono le uniche affermazioni che la Corte costituzionale ha fatto a proposito di un'Autorità amministrativa indipendente. Ci sono stati, sí, anche pronunciamenti in sede di ordinanza con particolare riferimento all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, ma si è trattato di problemi processuali di legittimazione passiva di questo organismo, senza nulla aggiungere in merito alla funzione e al ruolo delle *Authorities*. In qualche modo è stato, invece, il Consiglio di Stato a precisare la posizione della Corte costituzionale quando ha affermato che la funzione di garanzia svolta dalle Autorità indipendenti nell'attuale assetto costituzionale è incardinata nella funzione amministrativa, attraverso norme che ne regolano l'attività secondo caratteri oggettivi di concretezza, spontaneità e discrezionalità<sup>37</sup>.

In buona sostanza, dinanzi alla Corte costituzionale, il tema dei Regolatori del mercato è capitato quasi occasionalmente. La ragione potrebbe ritrovarsi nel fatto che, al di là del dibattito sempre molto vivo sull'inquadramento istituzionale e costituzionale di questo organismo, si è portati – e il Consiglio di Stato ne è espressione – a ridimensionare in qualche misura la portata innovativa di queste figure, comunque ricondotte a un'attività amministrativa e quindi inquadrate in questa prospettiva. E tuttavia è

<sup>36</sup> Corte cost., 23 ottobre 1995, n. 482, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 397 ss., con nota di A. POLICE, *L'ambito di applicazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici e l'actio finium regundorum della Corte Costituzionale*.

<sup>37</sup> È con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che il Consiglio di Stato dichiara: «l'indipendenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato va intesa non come separazione ed allontanamento generale, ma come esaltazione del carattere dell'imparzialità che prende la forma di un organismo dello Stato, sia pure dotato di un alto grado di indipendenza nei confronti del potere esecutivo».

ragionevole p  
regolativa p  
ziali private, 1  
in maniera o  
mercato e co  
golazione aff  
contratto. Qu  
teoria dell'att  
alla cui soluz  
listica, visto c  
un principio  
fatti, accanto  
vati conclusi  
anche sugli a  
del contratto

Di fronte  
mia privata e  
ziale, il ruolo  
si capisce il p  
qualificazion  
impostare co  
essere studia

Accanto a  
tervenire sull  
minuziosame  
clausole gene  
servare nella  
anche attrave  
tema è ben p  
regola tale ip  
tuale da part  
applica la pr  
dizioni deve  
determinate  
ordinario ap  
si dice, autor

Quello de  
serimento au

<sup>38</sup> Gli esempi  
o del settore elet

discusse prota-  
oni della Corte  
ntenza dettata  
i<sup>36</sup>. Il conflitto  
generato dalla  
iscorso, di in-  
uteva della le-  
i e, incidental-  
ribuzioni del-  
za di ammini-  
di garanzia in  
In conclusio-  
to ad operare  
rgani di ogni  
a Corte costi-  
indipendente.  
con particola-  
azioni, ma si è  
questo organi-  
o delle *Autho-*  
a precisare la  
e la funzione  
setto costitu-  
so norme che  
ezza, sponta-

ma dei Rego-  
one potrebbe  
o sull'inqua-  
si è portati -  
i qualche mi-  
otte a un'atti-  
i. E tuttavia è

, con nota di A.  
*ubblici e l'actio*

re il Consiglio di  
mercato va intesa  
e del carattere  
di un alto grado

ragionevole prevedere che quanto più si estenderà questo tipo di attività regolativa delle Autorità indipendenti, «conformativa» di attività negoziali private, tanto più la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi in maniera organica e diffusa sul tema del rapporto tra regolazione del mercato e contratto, e a soffermarsi sul problema dell'incidenza della regolazione affidata a questi organismi sulla autonomia privata e quindi sul contratto. Questo sarà un banco di prova importante per la disciplina e la teoria dell'attività delle Amministrazioni indipendenti e sarà un problema alla cui soluzione dovrà partecipare inevitabilmente anche la dottrina civilistica, visto che queste forme di regolazione del mercato si scontrano con un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia privata. Infatti, accanto alla disciplina della formazione o della forma dei negozi privati conclusi nei settori cui esse sono preposte, queste Autorità incidono anche sugli aspetti più autentici dell'autonomia privata, l'*an* ed il *quomodo* del contratto.

Di fronte a questo fenomeno è lecito chiedersi cosa accada all'autonomia privata e, da qui, quale sia, rispetto alle logiche dell'autonomia negoziale, il ruolo affidato a questi nuovi soggetti pubblici. Ed, a questo punto, si capisce il perché della necessità prima esposta di procedere ad una valida qualificazione dogmatica della disciplina di regolazione dei mercati, per impostare correttamente il metodo di analisi e comprendere se essa debba essere studiata come ipotesi limitativa dell'autonomia privata oppure no.

Accanto ad una globale attitudine della regolazione dei mercati ad intervenire sulle vicende economiche private, disciplinandone, talvolta assai minuziosamente, aspetti un tempo rimessi alla sola regola ricavabile da clausole generali (basti pensare alla definizione di obblighi e forme da osservare nella fase precontrattuale), le finalità generali vengono perseguite anche attraverso meccanismi di eterointegrazione del contratto<sup>38</sup>. Questo tema è ben presente al civilista: l'art. 1339 c.c. prevede espressamente e regola tale ipotesi di incidenza sul contenuto e sul regolamento contrattuale da parte del giudice. Si tratta, tuttavia, di un giudice che, in realtà, applica la previsione legislativa. È la *legge* che in taluni casi e a certe condizioni deve essere applicata e che impone la presenza, nel contratto, di determinate clausole non riconducibili alla volontà delle parti: il giudice ordinario applica quelle clausole che integrano il contenuto del contratto, si dice, automaticamente.

Quello dell'eteronomia di cui all'art. 1339 c.c. è un meccanismo di inserimento automatico di condizioni contrattuali eterodisposte affidato al

<sup>38</sup> Gli esempi, tra gli altri, possono essere quelli dei contratti bancari (art. 117 d.lg. n. 385/1993) o del settore elettrico (art. 2 l. 14 novembre 1995, n. 481; art. 6, comma 1, d.lg. n. 79/1999).

giudice ordinario sulla base di una espressa previsione di legge e solo parzialmente avvicinabile all'eterointegrazione del contratto ad opera delle Autorità indipendenti. In questo caso, infatti, ci si trova di fronte ad una questione ulteriore: i soggetti che predispongono le clausole contrattuali sono organismi di normazione secondaria e quindi organismi amministrativi (non tutti, ma in buona misura) dotati di poteri normativi secondari. Un organismo che, nella previsione dell'ordinamento, fosse dotato di siffatti poteri e fosse chiamato o pretendesse di incidere sul contenuto del contratto e sul regolamento contrattuale andrebbe incontro a problemi connessi alla garanzia delle libere determinazioni dei consociati in campo economico e di salvaguardia degli interessi dei privati da ingerenze e condizionamenti pubblici.

Anche questo tema, ovviamente, va ricondotto al problema generale delle fonti del diritto privato e alla questione dell'eventuale riserva di legge in materia contrattuale. Il problema è della massima evidenza di fronte a poteri di intervento sui contratti privati di fatto esercitati dalle Autorità, ma senza alcuna copertura legislativa. Lo stesso legislatore, però, trova limiti nel costruire e prevedere i poteri delle Autorità di settore, specialmente quando questi siano riconoscibili come compressivi dell'autonomia dei privati. La volontà legislativa, nell'attribuire alle Autorità indipendenti la possibilità di dettare il contenuto di determinate clausole contrattuali deve tener conto dell'esistenza della riserva di legge che, com'è noto, rappresenta prima di tutto un limite all'attività legislativa, impedendo al legislativo di "abdicare" al proprio compito di disciplinare alcune materie o perlomeno i principi di essa, a vantaggio di altri poteri.

Il discorso a questo punto apre scenari di tecnica legislativa ancora pressoché inesplorati<sup>39</sup>.

Si pensi, ad esempio, al tema delle conseguenze cui va incontro un contratto stipulato in violazione delle norme poste dai Regolatori. Troppo spesso, anche nella giurisprudenza, si è ritenuto *tout court* di riconoscere nella normativa di settore violata, anche quando posta da questi organismi, il carattere dell'imperatività, facendone automaticamente derivare la nullità dei contratti stipulati dai privati, e pur se la violazione riguardava quelle che propriamente sono regole di comportamento e che a rigore, quando violate, dovrebbero dar luogo ad un obbligo risarcitorio<sup>40</sup>. Eppure, casi e modi in cui dalla violazione di una normativa possa derivare l'invalidità dei contratti devono essere inevitabilmente - e scrupolosamente - previsti dal potere politico (legislativo). In effetti, le regole poste dai Regolatori

<sup>39</sup> Spunti in C. SOLINAS, o.c.

<sup>40</sup> Si pensi alle numerose sentenze rese da alcuni Tribunali in materia di intermediari finanziari.

sono pur senza qualificazioni al legislativo (e le manifestazioni di invalidità). Se legge a stabilire la possibilità di deve svolgersi sanzione può può dubitarsi tanto ampia e verificare quanto finirsi impera di garanzia e si care come imposte ultime, in dunque scegliere di cui all'autore definire a torità devono gue l'invalidità

Come si ve

5. Queste rointegrazioni tratto e l'esplicitazioni autorizzare su una ordinamento e to più compiuto e del contratto considerazione essere il contratto di fini ultrainte

<sup>41</sup> Cfr. M. ORL legislativa ordinaria

<sup>42</sup> Il riferimento ove testualmente: « legislatore ad utilizzare dei due contraenti ulteriori che veng

gge e solo par-  
ad opera delle  
fronte ad una  
le contrattuali  
ni amministrati-  
vativi secondari.  
e dotato di sif-  
contenuto del  
ro a problemi  
ciati in campo  
gerenze e con-

tema generale  
riserva di leg-  
genza di fronte  
dalle Autorità,  
e, però, trova  
ttore, special-  
dell'autonomia  
à indipendenti  
le contrattuali  
n'è noto, rap-  
pendo al legi-  
une materie o

a ancora pres-

ti incontro un  
latori. Troppo  
di riconoscere  
sti organismi,  
rivare la nulli-  
ardava quelle  
gore, quando  
ppure, casi e  
'invalidità dei  
nte - previsti  
ai Regolatori

mediari finanziari.

sono pur sempre di rango secondario, nonostante i tentativi di diverse qualificazioni come fonti «subprimarie» o a «competenza» peculiare. Solo al legislativo è dato, al livello costituzionale o logico<sup>41</sup>, il potere di limitare le manifestazioni dell'autonomia (e limiti sono, in definitiva, le ipotesi di invalidità). Se e quando un contratto è invalido, perciò, può essere solo la legge a stabilirlo. Certo, alle fonti subordinate può essere demandata la possibilità di definire le concrete regole attraverso le quali l'autonomia deve svolgersi, o, detto altrimenti, le singole fattispecie invalide; ma la sanzione può derivare esclusivamente dalla legge. E, in questo contesto, può dubitarsi della possibilità di far ricorso ad una disposizione di legge tanto ampia come l'art. 1418, comma 1, c.c. Occorrerebbe, al riguardo, verificare quando ed in che modo la norma di rango secondario possa definirsi imperativa. Sarebbe sufficiente la generica attribuzione di compiti di garanzia e guida del mercato verso rilevanti interessi generali a qualificare come imperativa la disciplina dei contratti posta dalle Autorità? Queste ultime, in altri termini, sarebbero tendenzialmente libere di definire (e dunque scegliere) quali fattispecie contrattuali far rientrare nella previsione di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.? O, viceversa, spetterebbe al legislatore definire almeno i principi, se non qualcosa in più, che le singole Autorità devono rispettare nel porre regole alla cui contravvenzione consegue l'invalidità degli atti?

• Come si vede i problemi sono tanti e ancora aperti.

5. Queste riflessioni interessano evidentemente anche il tema dell'eterointegrazione, passando quest'ultima attraverso la nullità parziale del contratto e l'espulsione dal suo contenuto delle clausole difformi dalle prescrizioni autoritative. Ma il tema dell'eterointegrazione invita anche a riflettere su una vecchia disputa relativa al ruolo dell'eteronomia nel nostro ordinamento e ad estendere i risultati ottenuti da chi in passato ha riflettuto più compiutamente sul tema<sup>42</sup> al fenomeno della regolazione del mercato e del contratto da parte delle Autorità indipendenti. Se sono vere le considerazioni di chi, leggendo gli artt. 1339 e 1419 c.c., ha sostenuto essere il contratto eterodeterminato uno strumento per il perseguimento di fini ultraindividuali, non può negarsi che questa tecnica di intervento

<sup>41</sup> Cfr. M. ORLANDI, *o.c.*, per la tesi che ricava dall'art. 1322 c.c. la necessità della provenienza legislativa ordinaria dei limiti all'autonomia.

<sup>42</sup> Il riferimento è a P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 386, ove testualmente: «Da un punto di vista generale l'inserzione automatica esprime una tendenza del legislatore ad utilizzare il contratto non soltanto come strumento per la composizione di interessi dei due contraenti, ma come strumento per la realizzazione di interessi ulteriori, di obiettivi ulteriori che vengono positivamente attuati attraverso una specie di operazione ortopedica».

sono pur sempre di rango secondario, nonostante i tentativi di diverse qualificazioni come fonti «subprimarie» o a «competenza» peculiare. Solo al legislativo è dato, al livello costituzionale o logico<sup>41</sup>, il potere di limitare le manifestazioni dell'autonomia (e limiti sono, in definitiva, le ipotesi di invalidità). Se e quando un contratto è invalido, perciò, può essere solo la legge a stabilirlo. Certo, alle fonti subordinate può essere demandata la possibilità di definire le concrete regole attraverso le quali l'autonomia deve svolgersi, o, detto altrimenti, le singole fattispecie invalide; ma la sanzione può derivare esclusivamente dalla legge. E, in questo contesto, può dubitarsi della possibilità di far ricorso ad una disposizione di legge tanto ampia come l'art. 1418, comma 1, c.c. Occorrerebbe, al riguardo, verificare quando ed in che modo la norma di rango secondario possa definirsi imperativa. Sarebbe sufficiente la generica attribuzione di compiti di garanzia e guida del mercato verso rilevanti interessi generali a qualificare come imperativa la disciplina dei contratti posta dalle Autorità? Queste ultime, in altri termini, sarebbero tendenzialmente libere di definire (e dunque scegliere) quali fattispecie contrattuali far rientrare nella previsione di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.? O, viceversa, spetterebbe al legislatore definire almeno i principi, se non qualcosa in più, che le singole Autorità devono rispettare nel porre regole alla cui contravvenzione consegue l'invalidità degli atti?

Come si vede i problemi sono tanti e ancora aperti.

5. Queste riflessioni interessano evidentemente anche il tema dell'eterointegrazione, passando quest'ultima attraverso la nullità parziale del contratto e l'espulsione dal suo contenuto delle clausole difformi dalle prescrizioni autoritative. Ma il tema dell'eterointegrazione invita anche a riflettere su una vecchia disputa relativa al ruolo dell'eteronomia nel nostro ordinamento e ad estendere i risultati ottenuti da chi in passato ha riflettuto più compiutamente sul tema<sup>42</sup> al fenomeno della regolazione del mercato e del contratto da parte delle Autorità indipendenti. Se sono vere le considerazioni di chi, leggendo gli artt. 1339 e 1419 c.c., ha sostenuto essere il contratto eterodeterminato uno strumento per il perseguimento di fini ultraindividuali, non può negarsi che questa tecnica di intervento

<sup>41</sup> Cfr. M. ORLANDI, o.c., per la tesi che ricava dall'art. 1322 c.c. la necessità della provenienza legislativa ordinaria dei limiti all'autonomia.

<sup>42</sup> Il riferimento è a P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 386, ove testualmente: «Da un punto di vista generale l'inserzione automatica esprime una tendenza del legislatore ad utilizzare il contratto non soltanto come strumento per la composizione di interessi dei due contraenti, ma come strumento per la realizzazione di interessi ulteriori, di obiettivi ulteriori che vengono positivamente attuati attraverso una specie di operazione ortopedica».

negli affari privati, riproposta oggi ai massimi livelli dalle Autorità di regolazione, condivide con l'eteronormazione di matrice codicistica l'esigenza di utilizzare il contratto per realizzare finalità ultraindividuali.

Pare dunque evidente, sia dallo studio di alcune tecniche effettivamente utilizzate dai Regolatori che dalla concezione dell'atto privato come momento di un sistema complesso chiamato mercato, che il contratto subisce oggi una funzionalizzazione verso obiettivi ulteriori e, fondamentalmente, estranei alle parti<sup>43</sup>.

Spesso si è parlato di un paradosso che, al progetto di liberalizzazione dei mercati e di valorizzazione di scelte private e contratto, contrappone il contestuale aumento quantitativo della normativa, il quale, viceversa, pare sacrificare proprio la dimensione della libertà contrattuale. I termini di questo paradosso creato dalla regolazione dei mercati liberalizzati si compongono considerando che il contratto è sì il centro della definizione dei processi economici, ma ha una immagine diversa o, quantomeno ulteriore rispetto al passato<sup>44</sup>. Il negozio privato è divenuto un affare tra singoli funzionalizzato al perseguimento di obiettivi di interesse generale. Potrebbe dirsi che, attraverso la regolazione, esso divenga un «affare tra privati» sempre meno «privato» e sempre più di «interesse generale». Lo Stato regolatore, si può allora dire riassumendo i termini di questo primo paradosso, pur attribuendo ai soggetti privati e alle loro scelte la gestione diretta della produzione e dei traffici commerciali, e quindi elevando il contratto a fonte «suprema» delle regole degli scambi, non rinuncia alla conduzione dell'andamento generale dei mercati e partecipa sotto spoglie diverse al fenomeno dell'economia, anche attraverso «interventi» diretti a svolgere funzioni diverse da quelle propriamente arbitrali o di garanzia, e più simili ad operazioni di conformazione ed orientamento di quei contratti verso finalità ultraindividuali.

In conclusione, gli spunti di confronto offerti dal diritto della regolazione con le categorie civilistiche sono numerosi. Al centro di tutti si pone, poi, una moderna concezione del contratto, nella quale esso ha or-

mai guadagnat  
na di taluni se  
di autoregolaz  
di parte di una  
ta di propri p  
giovole alle  
tadini, utenti e

Nella nostr  
una normativa  
colare perché  
rattere ammin  
ultraindividua  
tivi di caratter  
pio sono davv  
Tanto per rim  
plina dei cont  
merciali, alla n  
patti parasocia  
legislatore nor  
tratto, ma si s  
zione e addiri  
esempi appare  
contrattuale p  
resse egoistic

La tendenz  
do in generale  
quella di oper  
resse concret  
le, si potrebbe  
correnza perr  
passato ed in c  
tratto è discip  
teressi assai pi  
di interessi in

<sup>43</sup> Cfr. C. SOLINAS, *o.c.*, che distingue tra funzionalizzazione dell'attività dei privati e funzionalizzazione dell'atto dei privati.

<sup>44</sup> Il paradosso di cui qui si parla ritorna nelle riflessioni della più attenta dottrina civilistica che si è interessata al processo del «ritirarsi» della parte pubblica delle relazioni economiche. H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford, 2002, soffermandosi sul tema del sempre crescente peso delle Autorità pubbliche nella costruzione normativa dei mercati, sottolinea il progressivo recesso del diritto privato, inteso come dominio della volontà dei privati, rispetto al diritto pubblico. Cfr., invece, F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, ove si sostiene che, al tempo d'oggi, il principale strumento dell'innovazione giuridica è il contratto e che esso, da annoverare con fermezza tra le fonti normative, ha ormai preso il posto della legge.

mai guadagnato centralità, di fatto e di diritto, come strumento di disciplina di taluni settori, ma a prezzo di non essere più un semplice strumento di autoregolazione privata di interessi. Il contratto acquista *anche* il valore di parte di una rete complessiva di rapporti e operazioni economiche dotata di propri principi e logiche ed indirizzata verso un assetto economico giovevole alle esigenze di categorie soggettive variamente individuate (cittadini, utenti e consumatori).

Nella nostra realtà il regolamento contrattuale è sempre più soggetto a una normativa, quantitativamente importante – e qualitativamente particolare perché per alcuni settori sovente proveniente da organismi di carattere amministrativo –, che finisce con l'attribuire al contratto significati ultraindividuali, nel tentativo di conformarlo per il raggiungimento di obiettivi di carattere generale. Le discipline che possono essere portate ad esempio sono davvero numerose e molte di esse sono casi comunemente noti. Tanto per rimanere a recenti leggi, pensiamo ovviamente a tutta la disciplina dei contratti dei consumatori, alla subfornitura, ai pagamenti commerciali, alla mediazione assicurativa, alla cessione dei crediti d'impresa, ai patti parasociali, alla recente disciplina del *franchising*: in tutti questi casi il legislatore non si ferma a regolare il contenuto minimo essenziale del contratto, ma si spinge anche a precisarne le modalità di conclusione e di redazione e addirittura il comportamento delle parti. Se si fa caso, in questi esempi appare abbastanza chiaro come il legislatore utilizzi lo strumento contrattuale per calare in questo istituto aspetti che vanno ben oltre l'interesse egoistico, individualistico dei contraenti.

La tendenza recente del legislatore dei contratti (in esso comprendendo in generale tutte le Autorità, nazionali e non, anche amministrative) è quella di operare una sorta di funzionalizzazione del contratto e dell'interesse concreto dei privati verso un assetto di mercato che, in linea generale, si potrebbe definire pro-concorrenziale. Lo studio del tema della concorrenza permette di tratteggiare i contorni di un contratto diverso dal passato ed in cui l'operazione economica affidata alla stipulazione del contratto è disciplinata anche in vista di una prospettiva di regolazione di interessi assai più ampia rispetto a quella avente di mira la sola composizione di interessi individuali ed egoistici dei contraenti.