



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DIRITTO AMMINISTRATIVO E SCIENZA DELL’AMMINISTRAZIONE

Dottorato di ricerca

“La programmazione negoziale
per lo sviluppo e la tutela del territorio”

Ciclo XXVIII° - Settore disciplinare IUS/10

Autonomia ed eteronomia al tempo delle Authorities.

Il Regolatore AGCOM

Coordinatore del Dottorato

Ch.mo Prof. Fiorenzo Liguori

Tutor di ricerca

Ch.ma Prof.ssa Silvia Tuccillo

Dottoranda

Dott.ssa Ida Perna

SOMMARIO

INTRODUZIONE: *pag. 4*

CAPITOLO I

AUTONOMIA ED ETERONOMIA CONTRATTUALE.

UN ORIGINALE "RAPPORTO CIRCOLARE".

1. Contratto, iniziativa economica, mercato, concorrenza: un "rapporto circolare": *pag. 7*
2. I "punti della circonferenza": *pag. 16*
 - 2.1. La regolazione: *pag. 16*
 - 2.2. Il contratto; *recte* l'autonomia privata: *pag. 23*
 - 2.3. L'iniziativa economica: *pag. 30*
 - 2.4. Il mercato: *pag. 37*
 - 2.5. La concorrenza: *pag. 41*
3. La (non impossibile) "quadratura del cerchio": *pag. 54*

CAPITOLO II

LE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE

1. Il connotato tipico dello Stato regolatore: *pag. 58*
2. Dalle peculiarità ontologiche a talune questioni esegetiche: *pag. 63*
 - 2.1. In particolare: sulla legittimazione all'esercizio del potere regolamentare e sulle caratteristiche dei provvedimenti di regolazione: *pag. 84*
 - 2.2.a. Segue: sul sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione: *pag. 90*
 - 2.2.b. Segue: raffronto col controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori: *pag. 94*

3. Le Autorità di regolazione e la “conformazione” dell’autonomia privata (rinvio): *pag. 101*

CAPITOLO III

AUTORITÀ E LIBERTÀ

FRA REGULATION E CONFORMAZIONE DELL’AUTONOMIA PRIVATA

1. Premessa: *pag. 103*

2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto nel “policentrismo normativo” tra integrazione e deroga alle previsioni di legge: *pag. 104*

3. Il fondamento dell’eteronomia regolamentare delle *Authorities* in materia contrattuale: *pag. 117*

4. La protezione dell’autonomia privata al cospetto dell’eteronomia promanante dalla normativa dei Garanti: *pag. 125*

5.1. Le ripercussioni sul contratto dei provvedimenti normativi delle *Authorities*: la nullità della pattuizione difforme: *pag. 131*

5.2. Segue: le nullità speciali dei contratti in contrasto con le norme delle Autorità di regolazione: *pag. 138*

5.3. Segue: l’integrazione del contratto lacunoso attraverso le clausole determinate dai Garanti: *pag. 144*

CAPITOLO IV

ETERONOMIA E AUTONOMIA

NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI:

IL REGOLATORE AGCOM

1. Premessa: *pag. 147*

2. L’evoluzione del quadro regolatorio in materia di comunicazioni: *pag. 152*

2.1. Segue: sulla regolazione *ex ante* del comparto delle comunicazioni: *pag. 161*

3. L’incisione dell’autonomia contrattuale ad opera di AGCOM: *pag. 164*

3.1. Segue: la particolare incisione dell'autonomia privata in riferimento alle condizioni di contratto: *pag. 171*

3.2. Segue: la peculiare incisione dell'autonomia contrattuale attraverso la declaratoria di illegittimità delle clausole vessatorie: *pag. 173*

4. La *regulation by litigation* del Garante delle Comunicazioni: *pag. 177*

5. L'incidenza sulla autonomia privata in materia di reti e impianti di comunicazione elettronica: *pag. 184*

6. Conclusioni: *pag. 189*

BIBLIOGRAFIA: *pag. 194*

INTRODUZIONE

L'attività regolativa espletata dalle Autorità amministrative indipendenti *de jure* e *de facto* rappresenta, oggi, una delle più importanti modalità di conformazione dell'autonomia privata, intesa quale situazione di potere ordinante spettante ai consociati.

Invero, l'insieme dei provvedimenti regolatori - anche a contenuto singolare e concreto - adottati dalle *Authorities* integra fonti di diritto eteronomo rilevanti, tali da costituire un ineludibile vincolo teleologico per i privati che effettuino l'autoregolamentazione dei propri interessi: la convenzione privatistica viene così a emanciparsi dalla sua dimensione intersoggettiva per elevarsi a patto di interesse generale, rispetto al quale l'azione istituzionale dei Garanti ritrova l'occasione per perseguire il fine della tutela della competitività del mercato e lo scopo della protezione di quanti in esso operano.

Per vero, l'"eccentrico crogiuolo di potestà pubblicistiche"¹ assegnate alle Autorità indipendenti nel contesto dello Stato regolatore conferisce una rinnovata precettività all'autonomia negoziale e concorre alla sua configurazione in termini di indefettibile sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione.

Tanto, dunque, evidenzia l'emersione di una rinnovata accezione delle relazioni fra pubblico e privato, da sempre attenzionate perché centrali per la ricostruzione dell'assiologia connotativa di un ordinamento giuridico e della dinamica diade autorità-libertà: "l'evoluzione dei rapporti fra pubblico e privato [è sempre] stata l'indice più significativo dell'evoluzione degli ordinamenti, essendo collocata nella cerniera tra 'Stato' e 'Società', in modo che gli allargamenti dell'una o dell'altra sfera hanno l'immediato effetto di spostare (e complicare rispetto ai parametri precedenti) la linea di confine"². In siffatta "cerniera", peraltro, si situano le *Authorities*, se è vero che, com'è stato osservato, la "Società" medesima è destinataria e, contestualmente, fondamento

¹ ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 50.

² ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 223.

legittimante la regolazione dei mercati per il tramite di fonti non legislative³ quali sono le determinazioni regolatorie dei Garanti.

I pubblici poteri – in disparte la misura maggiore o minore dell'intervento – hanno da sempre agito in ambito economico e ciò in regime di coesistenza rispetto alle attività intraprese dai privati: l'ontologia delle loro azioni, col tempo, per il progressivo inverarsi dei valori costituzionali, prima, e comunitari, poi, è mutata, nel mentre, il loro orientamento teleologico alla soddisfazione di interessi superindividuali è rimasto immutato.

La prefata coesistenza risulta significativamente riflessa nell'odierna dialettica tra l'azione regolatoria delle *Authorities* e l'attività privatistica, che si pone in quello che, attingendo ad una suggestiva metafora, è stato definito un "evidente [...] rapporto circolare che si determina, già sul piano semantico e poi normativo, tra il contratto, l'iniziativa economica, il mercato, la concorrenza"⁴ e che sarà scrutinato nel primo capitolo.

Lo scandaglio della conformazione delle attività privatistiche ad opera dei Garanti non può prescindere dall'analisi delle caratteristiche precipuamente rinvenibili nelle *Authorities*, che si è inteso approfondire al capitolo secondo.

Il terzo capitolo è quindi interamente incentrato sulla disamina della complessa regolazione delle attività private da parte delle Autorità indipendenti, che finisce persino con l'estendere la panoplia degli strumenti di tutela che il diritto privato offre a presidio di interessi generali, alimentando le perplessità di Quanti intravedono nelle liberalizzazioni (prodromiche proprio all'istituzione dei Garanti) il paradosso dell'incremento delle regole coartanti il libero scambio⁵.

Gli esiti della ricerca sono, infine, "calati" nello specifico comparto delle comunicazioni, il cui preminente rilievo erompe dalla primarietà dei valori, delle situazioni subiettive e delle libertà nel medesimo involti e di rilievo sia costituzionale, che europeo, nonché dalla sua essenzialità per la salvaguardia della nostra democrazia.

³ BERTI, *Normatività e nuovo disordine delle fonti*, in Jus, 2003.

⁴ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ZOPPINI, OLIVIERI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma, 2008.

⁵ Cfr. NAPOLITANO, ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, *passim*.

L'itinerario argomentativo così delineato mira, anzitutto, a porre in luce l'insufficienza dell'autonomia privata nella realizzazione spontanea delle condizioni di concorrenzialità nel mercato e di obiettivi di sviluppo equo ed equilibrato, in ragione della naturale tendenza alla prevaricazione di una delle parti contrattuali sull'altra più "debole"; in secondo luogo, vuol sottolineare la imprescindibilità di regole e interventi correttivi da parte delle *Authorities* di settore. Al contempo, nondimeno, si rimarca la necessità di preservare l'equilibrio nei rapporti fra il potere di regolazione del mercato affidato ai Garanti e il mantenimento di condizioni congrue alla valorizzazione dell'autonomia privata, garantendo il coinvolgimento dei consociati nei procedimenti attraverso cui si espleta la funzione regolatoria (soprattutto mediante il rinvigorismento delle loro garanzie partecipative), nonché attraverso l'osservanza ad opera delle Autorità di regolazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza; per tal via, l'interferenza in senso restrittivo con l'autonomia riconosciuta ai privati si palesa come un'*extrema ratio* e l'eterno dubbio tra mercato e regolazione pare superabile a favore di una *giusta* regolazione.

CAPITOLO I

AUTONOMIA ED ETERONOMIA CONTRATTUALE.

UN ORIGINALE "RAPPORTO CIRCOLARE".

SOMMARIO: 1. Contratto, iniziativa economica, mercato, concorrenza: un "rapporto circolare"; 2. I "punti della circonferenza"; 2.1. La regolazione; 2.2. Il contratto; *recte* l'autonomia privata; 2.3. L'iniziativa economica; 2.4. Il mercato; 2.5. La concorrenza; 3. La (non impossibile) "quadratura del cerchio".

1. Contratto, iniziativa economica, mercato, concorrenza: un "rapporto circolare".

L'interrelazione fra autonomia ed eteronomia contrattuale costituisce oggetto di costante interesse e, pertanto, di molteplici indagini⁶, in quanto riflette – più in generale – le coordinate

⁶ Cfr., *ex multis*, SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, I, 1999, 229; SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 571 e ss.; DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 1/2012, 5 e ss.; nonché SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 735 e ss., e ID., *Forma solenne e regolamento conformativo: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, *ibidem*, 415 e ss.. Al riguardo, risultano particolarmente pregnanti le seguenti statuizioni del Massimo Consesso di Giustizia Amministrativa, secondo cui: "Il meccanismo dell'eterointegrazione ha origine e trova la sua collocazione sistematica e il suo terreno d'elezione nel diritto privato, che contempla, accanto alla fonte principale dell'autonomia contrattuale, la volontà delle parti, quelle che la più autorevole dottrina civilistica ha chiamato le cc.dd. fonti eteronome da individuarsi, secondo la definizione dell'art. 1374 c.c., nella legge o, in mancanza, negli usi e nell'equità. L'autonomia privata, che certo assume un ruolo centrale e propulsivo in tutto il diritto delle obbligazioni e dei contratti, non è in altri termini fonte esclusiva e assoluta del regolamento negoziale, essendo pur essa soggetta ai limiti previsti dalla legge (e dalle altre fonti del diritto privato), sicché il regolamento negoziale, quale regola obiettiva del concreto assetto di interessi divisato dalle parti, è costituito e integrato anche da tutte quelle regole cogenti, esterne alla volontà dei contraenti ed eventualmente da questa difformi, dettate dalla legge o dalle altre

assiologiche (e, dunque, ideologiche) sottese ad un ordinamento giuridico: “[...] non può negarsi che il problema dell’autonomia privata (di cui l’autonomia contrattuale è espressione) finisce per confondersi, al livello di diritto civile, con il più generale problema dei rapporti tra Stato e cittadini, della dialettica autorità-libertà⁷: esso è, in sostanza, un problema sociale e politico prima ancora che giuridico”⁸.

Ad oggi, la citata connessione si complica e arricchisce di relazioni ulteriori, in quanto è apparso “[...] Evidente il rapporto circolare che si determina, già sul piano semantico e poi normativo, tra il contratto, l’iniziativa economica, il mercato, la concorrenza”, posto che la stipula del primo consegue all’esercizio del potere di autonormazione che, a sua volta, dà luogo all’iniziativa in ambito economico la quale, unitamente e congiuntamente ad altre iniziative di tal fatta, postula la libertà di contrarre e si iscrive nel mercato concorrenziale, regolamentato specificamente⁹ - in particolare limitando in vario modo il potere di pervenire a determinati accordi contrattuali - allo scopo precipuo di preservare la contendibilità del mercato predetto¹⁰.

fonti”; così Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, in *www.iusexplorer.it*.

⁷ Per la definizione di questi concetti cfr. i classici saggi ordinati da SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977.

⁸ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 776.

⁹ Cfr. la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”.

¹⁰ Invero, “[...] L’autonomia contrattuale genera l’iniziativa economica e, quale potere di dettare regole per se medesimo, non può esprimersi senza la possibilità d’una scelta che consenta alla domanda e all’offerta di chiudersi in un accordo. La concorrenza è la veste che assumono più iniziative economiche nei loro rapporti reciproci: essa non è neppure pensabile senza la libertà di chi sceglie la regola e l’interesse disciplinato; è solo nel mercato concorrenziale che è possibile determinare e garantire il corretto svolgersi dei rapporti di scambio. Ma anche l’iniziativa economica anticoncorrenziale si realizza attraverso l’accordo: è con il contratto che si riduce o preclude l’iniziativa economica di altri, che si realizza l’intesa vietata, che si abusa dell’altrui dipendenza economica ovvero che si fa valere la posizione dominante occupata nel mercato. Al fine di tutelare e assicurare la contendibilità del mercato è, dunque, necessario porre un limite all’autonomia contrattuale, perché non ogni disciplina degli interessi privati è coerente e garantisce una pari libertà agli operatori economici. Per questo il diritto della concorrenza riduce il campo delle

La dinamica relazione fra i citati parametri di riferimento risente della differente prospettiva concettuale adottata alla base della sua composizione che, semplificando, può compendiarsi: nello Stato liberale - improntato al *laissez faire*¹¹, onde assicurare il libero dispiegarsi delle forze economiche, scevro da condizionamenti statuali -; nello Stato dirigista - direttamente interveniente nell'economia e in misura preponderante rispetto ai privati -; nello Stato regolatore - che mira a rimediare a eventuali fallimenti del mercato e si propone la tutela del gioco concorrenziale o anche il perseguimento di fini sociali; siffatti peculiari orientamenti che, non di rado, coesistono nel moderno diritto dei contratti¹², si riscontrano, sebbene secondo tratti peculiari, nell'evoluzione storica che ha riguardato il nostro sistema ordinamentale che, quindi, non è agevole considerare diacronicamente.

Invero, le prescrizioni contenute nel codice civile del 1942 risultano sintomatiche della chiara adesione del legislatore dell'epoca al sistema liberale¹³. Tuttavia, a riprova della riferita

scelte lecite e in astratto possibili, vieta taluni accordi, impone talora gravosi vincoli economici. Così che la garanzia della libertà e dell'autonomia contrattuale implica e sottende rilevanti limiti che proprio quella libertà e quella scelta finiscono in misura significativa per sacrificare"; così ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ZOPPINI, OLIVIERI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma, 2008.

¹¹ Il *laissez-faire* (letteralmente "lasciate fare" in francese) è un principio proprio del liberalismo economico, contrario all'intervento statale in economia poiché l'azione del singolo individuo, nella ricerca del proprio benessere, sarebbe sufficiente a garantire la prosperità economica della società. L'espressione viene per lo più attribuita al protoliberalista J.C.M. Vincent de Gournay (1712-1759), ministro del commercio francese, avversario del tradizionale centralismo regolamentatore colbertista.

¹² ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

¹³ L'ideologia liberale e il correlato modello statale qualificano il mercato come il naturale meccanismo di autodisciplina dei rapporti economici interprivatistici, sicché coerenti con tale impostazione "pro-concorrenziale" risultano i precetti che assicurano la libera circolazione dei beni (tra questi si colloca la disposizione inerente agli "Effetti della simulazione rispetto ai terzi" di cui al primo comma dell'art. 1415 c.c., a termini della quale "la simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della

coesistenza, non si possono obliterare talune disposizioni allora recate da testi normativi di rango primario¹⁴, con cui lo Stato escludeva gli operatori privati da settori economici significativi, assumendone la gestione, talvolta direttamente, talaltra in modo indiretto, attraverso concessioni, enti pubblici, soprattutto mediante società a partecipazione pubblica¹⁵, e ciò quale riflesso della nuova morfologia assunta dallo Stato, protagonista della scena economica anche in veste di produttore¹⁶.

Lo Stato dirigista, invece, quantunque secondo caratteri propri e a causa di ragioni anche di segno opposto, si rinviene sia nell'ordinamento corporativo che ha connotato il ventennio fascista, sia nello Stato sociale costituzionale¹⁷.

Invero, l'entrata in vigore della Carta Costituzionale, intimamente connessa all'avvenuta emersione di istanze sociali solidaristiche e sostanzialmente egalitarie, fonda l'espansione dell'intervento pubblico nell'economia, tuttavia nel rispetto di

domanda di simulazione"); precludono la costituzione di vincoli o di limiti di durata eccessiva (in tal senso si spiega il divieto di "usufrutto successivo" *ex art. 698 c.c.*); agevolano lo scioglimento di rapporti giuridici a tempo indeterminato (il nostro codice civile mostra disfavore per i rapporti contrattuali perpetui - solo l'atto di fondazione può costituire sui beni un vincolo di tal fatta - e, pertanto, prevede il termine finale massimo come requisito essenziale di diversi contratti ad esecuzione continuata o periodica - quali: il contratto di società di capitali, *ex art. 2328 n. 13 c.c.*; la locazione, *ex art. 1573 c.c.*; il patto di non concorrenza, *ex art. 2596 c.c.* - nonché disciplina il recesso legale, contemplato per talune tipologie contrattuali, la cui efficacia può avere durata indeterminata nel tempo: cfr., ad esempio, il disposto dell'art. 1896, comma primo, c.c. in tema di assicurazione, alla cui stregua "Il contratto si scioglie se il rischio cessa di esistere dopo la conclusione del contratto stesso, ma l'assicuratore ha diritto al pagamento dei premi finché la cessazione del rischio non gli sia comunicata o non venga altrimenti a sua conoscenza. I premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della comunicazione o della conoscenza sono dovuti per intero").

¹⁴ Si pensi, esemplificativamente, alla legge del 1922 per il trasporto marittimo e per il servizio di telefonia, nonché a quella del 1933 per le acque.

¹⁵ Fra queste l'Azienda generale italiana petroli (AGIP) e la Raffinerie oli minerali società per azioni (ROMSA).

¹⁶ MERUSI, SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2088.

¹⁷ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

coordinate che sfuggono a un rigido inquadramento: il sistema economico è ritenuto ordinabile secondo una vasta gamma di assetti fra gli estremi del liberismo e del collettivismo, i Costituenti non aderendo né all'uno né all'altro¹⁸. Piuttosto, la nostra Carta fondamentale, come altre costituzioni del dopoguerra, opera il tentativo "qualitativo" di rendere compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale giusto, di cui si delineano *ex ante* i connotati essenziali o "costituzionali", senza rimetterli al risultato *ex post* della competizione fra le forze economiche¹⁹; l'originalità della Costituzione consiste nell'ineguale bilanciamento delle ragioni del calcolo economico e dello sviluppo sociale, nella finalizzazione della disciplina dell'economia al progetto di trasformazione *ex art. 3*, comma secondo, Cost.²⁰, tale da escludere che l'efficienza economica sia in sé un valore.

Di talché, al fine di attuare le norme costituzionali²¹, lo Stato cominciò altresì a soddisfare i bisogni sociali, producendo ed

¹⁸ Le norme costituzionali, lungi dal perseguire un'impossibile coniugazione delle istanze liberista e collettivistica, le delegittimano entrambe. La pari ordinata considerazione delle attività economiche pubbliche e private (art. 41, comma terzo, Cost.), l'assunzione che esse vadano indirizzate e coordinate, secondo legge, a fini sociali (*ibidem*); la pari ordinata considerazione della proprietà privata e della proprietà pubblica e dell'appartenenza dei beni economici a soggetti tanto pubblici quanto privati (art. 41, comma primo, Cost.); il riconoscimento della proprietà privata nelle forme in cui la legge la disciplina, non come diritto naturale, unitamente alla previsione per cui la legge debba assicurare all'istituto dominicale la sua funzione sociale (art. 42, comma secondo, Cost.) danno luogo ad opzioni segnatamente antiliberiste. Viceversa, il riconoscimento dell'iniziativa economica privata come libera, non quale funzione (art. 41, comma primo, Cost.); l'assunzione della proprietà privata a materia di disciplina costituzionale, come diritto avente funzione sociale, ma non riducibile a mera funzione sociale (art. 42, commi primo e secondo Cost.); la legittimazione della collettivizzazione di imprese solo per casi tassativamente previsti e contro indennizzo degli imprenditori eventualmente espropriati (art. 43 Cost.) configurano opzioni che precludono al legislatore la via del collettivismo; cfr. BUCCI, voce *Economia (Intervento pubblico nell')*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Torino, 1990, 368.

¹⁹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 136.

²⁰ LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 377 e ss..

²¹ Le norme della nostra Carta costituzionale afferenti ai "rapporti economici", nello specifico desumibili dagli articoli 41 - 47 Cost.,

erogando direttamente i corrispondenti beni e servizi necessari, nonché adottando programmi e interventi normativi di integrazione e di correzione delle attività poste in essere dai privati²².

L'influenza del diritto europeo ha poi provocato "lo stato di quiescenza" dei limiti previsti dall'art. 41 Cost.²³, quali i "programmi" e i "controlli" prescritti da fonti di rango primario, in favore della progressiva affermazione "dell'esistenza di un "unico macro-limite" alla libertà economica individuale, immanente a quest'ultima e per ciò stesso penetrante. Si tratta, nello specifico, dell'esigenza di tutela del sistema economico di mercato, *recte* concorrenziale, in funzione del quale la predetta libertà risulterebbe univocamente conformata"; inoltre, ha agevolato l'arretramento statuale in economia mediante l'erosione dei regimi di riserva *ex* art. 43 Cost. e il venir meno dei monopoli pubblici²⁴. In tale contesto lo Stato ha gradualmente dismesso le vesti di produttore per indossare quelle di regolatore del mercato, atteso che "in assenza di regole, il mercato produce 'fallimenti' evidenti e l'iniziativa economica genera un inevitabile processo di autofagia che consuma ed elimina la stessa libertà di

concernono sia la disciplina dell'attività dei singoli nell'economia, sia la scelta dei criteri di intervento pubblico nel mercato. La Costituzione enuncia, altresì, disposizioni normative di contenuto sociale - *in primis* il menzionato art. 3, comma secondo, Cost. sull'eguaglianza sostanziale dei consociati - che in un sistema a "economia mista" ovvero informato a un'"economia sociale di mercato" [MERUSI, SPATTINI, voce *Economia (Intervento pubblico nell')* *cit.*, 2092] quale quello italiano, rappresentano l'indefettibile completamento delle norme dal contenuto più prettamente economico.

²² In proposito si suole distinguere fra l'intervento pubblico nell'economia di carattere diretto e fra quello cosiddetto indiretto, talvolta denominato "regolazione" o "regolamentazione"; cfr. SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 10 e ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 2003, 107; OTTAVIANO, *La regolazione del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 435 e ss.; GIANI, POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2006, 510.

²³ Secondo cui, invero, "La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

²⁴ ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale*, in *Ianus*, 5/2011, 79.

contrarre”²⁵. A regolare i rapporti fra libertà presupposta e intervento pubblico è ora il principio di proporzionalità di derivazione europea²⁶, che impone ai pubblici poteri di essere selettivi nella selezione dei mezzi d’azione e di osservare un onere di giustificazione allo scopo di dimostrare anzitutto l’esistenza di una situazione di fallimento del mercato e, in secondo luogo, onde evidenziare la ragione per la quale la misura opzionata – in raffronto ad una serie di strumenti alternativi – realizza nel modo migliore la tutela dell’interesse pubblico, senza ingerirsi eccessivamente nella libertà riconosciuta ai privati²⁷.

Le immediate conseguenze del mutamento fisionomico del ruolo statale sulla scena economica si rintracciano nella connotazione pluralistica del mercato, dapprima appannaggio quasi esclusivo dello Stato²⁸, nonché nella correlata necessità di eliminare le guarentigie caratterizzanti il sistema di pubblica produzione di beni e servizi²⁹.

L’affermazione dello Stato regolatore, per tali vie, determina – fra l’altro – la definizione di nuovi limiti all’esercizio del potere privato di autonormazione³⁰, così rinverdendo il dibattito sui rapporti fra autonomia ed eteronomia contrattuale, che sottende, altresì, quello fra contratto e regolazione del mercato.

È pur vero che il regolamento contrattuale, volontariamente posto dalle parti, teleologicamente orientato a conferire un

²⁵ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*

²⁶ Il principio di proporzionalità è infatti enunciato nei trattati istitutivi dell’Unione Europea e in numerose direttive di settore.

²⁷ CLARICH, *Introduzione al tema*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni - Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 14 e 15.

²⁸ È stato tuttavia osservato che alla liberalizzazione di alcuni settori nell’Unione Europea ha corrisposto un aumento esponenziale della regolazione e la creazione di nuovi soggetti “i quali sono fra i più attivi produttori di norme”; sicché l’apertura dei mercati – dapprima appannaggio esclusivo di soggetti pubblici – “ha sì consentito ai privati di entrarvi ma con condizioni di libertà assai limitate rispetto ad altri settori”; così ZENO ZENCOVICH, *Una “sunset clause” per le autorità di regolazione?*, in BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 221.

²⁹ LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 69.

³⁰ Su cui ci si soffermerà più diffusamente *infra*.

determinato assetto a interessi di natura patrimoniale³¹, risulta inscindibilmente connesso al mercato, ove le relazioni economiche trovano privilegiata espressione nell'accordo negoziale, attraverso il quale s'invera l'attività d'impresa, nonché, coerentemente e più in generale, l'iniziativa economica (privata e pubblica)³², precipuamente tutelata dalla nostra Costituzione mediante la prescrizione recata dall'art. 41³³; tuttavia, il riferito nesso tra contratto e mercato attualmente riflette anche la peculiare funzione strategica assunta dal primo rispetto al secondo: il contratto funge da strumento utile alla costruzione dei mercati ad opera di privati che – sempre più frequentemente – attingono a modelli contrattuali uniformi³⁴ e, soprattutto, assurge a mezzo di regolazione del mercato nella disponibilità di Autorità titolari del potere di *regulation*, preposte a garanzia della concorrenza³⁵. Quest'ultima prospettiva trascende la dimensione interprivata, in quanto il diritto regolatorio incidente su rapporti negoziali, (pur) intervenendo sulla singola operazione, intende condizionare gli scambi nel loro complesso, onde appunto favorire il gioco concorrenziale³⁶: “la regolazione proprio perché mira a correggere e/o a ripristinare il funzionamento del mercato non vuole dirigere l'economia, né imporre un disegno di politica industriale; le norme volte a preservare la contendibilità del mercato si ergono a tutela della concorrenza, il che non vuol dire (o almeno *non direttamente*) a tutela del singolo concorrente o

³¹ Cfr. l'art. 1321 c.c. che, nel precisare la “nozione” di patto contrattuale, chiarisce che “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

³² SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura e di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e Impr.*, 6/2010, 1368.

³³ Sulla correlazione fra la libertà d'iniziativa economica e la libertà contrattuale cfr. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Principi e problemi di diritto privato*, I, Padova, 2000, 31.

³⁴ Tale fenomeno è agevolato dalla globalizzazione degli scambi commerciali e dalla crisi della sovranità statale; cfr. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

³⁵ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

³⁶ SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura e di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato cit.*.

contraente, rispetto al quale un pregiudizio individuale può talora essere del tutto assente”³⁷.

Tale constatazione non sembra inficiata dalla mancanza nell’ordinamento di una norma che rechi la puntuale definizione della regolazione del mercato che, difatti, non è un concetto normativo, ma rimesso all’elaborazione dell’interprete³⁸ e, pertanto, variamente circoscritto³⁹.

La conclusione surriferita, infatti, pare suffragata dall’esperienza recentemente sperimentata con riguardo ad alcune *Authorities*, fra le quali, in particolare, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in prosieguo “AGCOM”)⁴⁰ e quella per l’Energia Elettrica e il Gas e il Sistema idrico⁴¹ (d’ora in poi - *breviter* - “AEEGSI”)⁴², titolari - per volontà legislativa⁴³

³⁷ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

³⁸ Su cui meglio *infra*.

³⁹ Una nozione troppo ampia di regolazione, comprensiva di ogni intervento normativo inteso a disciplinare i contratti dei consumatori e quelli di scambio, potrebbe ingenerare incertezza, ponendo problemi di distinzione rispetto alla disciplina; di tanto avverte, con riguardo alla materia *antitrust*, CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 265.

⁴⁰ Per una discettazione più esaustiva sui poteri di cui è investita l’AGCOM si consiglia di consultare CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

⁴¹ A seguito di una recente riforma normativa alle già note competenze dell’Autorità in materia di energia elettrica e gas sono state accorpate quelle afferenti al sistema idrico integrato. Infatti, a tenore dell’art. 21, diciannovesimo comma, della legge 22 dicembre 2011, n. 214, in conversione del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (cosiddetto decreto Salva-Italia), è previsto che le attribuzioni attinenti ai servizi idrici vengano esercitate dall’*Authority* con i medesimi poteri spettanti in forza della legge 14 novembre 1995, n. n. 481.

⁴² Per una trattazione più completa dei poteri normativi (con funzione conformativa del contratto) di cui è investita l’AEEGSI si consiglia di consultare SCLAFANI, ZANETTINI, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti cit.*.

⁴³ La legge 14 novembre 1995, n. 481, reca “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità” e istituisce le “Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”, fra cui - appunto - l’AGCOM e l’AEEGSI; cfr. il relativo art. 2, rubricato “Istituzione delle Autorità per i servizi di pubblica utilità”, i cui commi primo e secondo prevedono che “1. Sono istituite le Autorità di regolazione di servizi

- del potere di regolazione in funzione pro-competitiva che, infatti, si esprime altresì mediante la disciplina del potere negoziale e che - pertanto - sarà scrutinato *amplius* nel corso della presente disamina.

Di talché, nell'ideale "rapporto circolare" *supra* disegnato allo scopo di evidenziare l'indefettibile interazione fra i menzionati termini di riferimento è attualmente possibile (oltre che condivisibile) ricomprendere quale elemento ulteriore e del pari necessario la regolazione, sulla cui perimetrazione concettuale (e scientifica) tuttora si dibatte.

2. I "punti della circonferenza".

Attingere alla metafora del suddetto "rapporto circolare" per meglio lumeggiare il nesso - sempre più stringente - fra contratto, iniziativa economica, mercato, concorrenza e, come riferito, regolazione, impone di precisare le caratteristiche di questi parametri di raffronto che, volendo ancora ricorrere alla suddetta figura retorica, possiamo immaginare come i più rilevanti "punti della circonferenza" delimitante quel cerchio ideale di cui si è detto.

2.1. La regolazione.

L'importanza del concetto di "regolazione" ai fini della presente indagine suggerisce di principiare dalla sua chiarificazione.

Si è già accennato alla varietà delle opzioni interpretative relative alla nozione (non solo) giuridica di "regolazione". In proposito, occorre pure precisare come la funzione regolatoria sia stata prerogativa costante dei pubblici poteri⁴⁴; per vero, lo Stato, e prima di esso gli ordinamenti generali, hanno sempre

di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e per le telecomunicazioni. Tenuto conto del quadro complessivo del sistema delle comunicazioni, all'Autorità per le telecomunicazioni potranno essere attribuite competenze su altri aspetti di tale sistema. 2. Le disposizioni del presente articolo costituiscono principi generali cui si ispira la normativa relativa alle Autorità".

⁴⁴ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato cit., passim.*

disciplinato fatti afferenti all'economia, assumendo ciò come "una delle loro attribuzioni fondamentali"⁴⁵.

Tuttavia, il concetto predetto non sfugge ad una caratterizzazione storicamente determinata⁴⁶, nel senso che l'attuale definizione non può non connotarsi peculiarmente rispetto a concezioni più risalenti. Al riguardo, per vero, l'ermeneusi rivela differenti approcci: taluni studiosi definiscono la regolazione in termini generici, rapportandola all'intero comparto dei pubblici poteri in ambito sociale ed economico; altri la identificano con le regole giuridiche in materia economica, quantunque una nozione troppo ampia di regolazione, comprensiva di ogni intervento normativo inteso a disciplinare i contratti dei consumatori e quelli di scambio, potrebbe ingenerare incertezza, ponendo problemi di distinzione rispetto ai precetti⁴⁷. Altri, ancora, vi intravedono la funzione idonea alla costruzione di mercati al fine di soddisfare bisogni superindividuali e mediare fra valori di carattere economico o non economico⁴⁸.

Ulteriori opzioni interpretative hanno ravvisato nella regolazione una delle forme di intervento pubblico nell'economia ovvero una modalità di impiego di strumenti amministrativi volta a migliorare le norme di legge atte a disciplinare il mercato⁴⁹.

V'è pure Chi ha sostenuto la neutralità della regolazione, in quanto funzionale a salvaguardare la concorrenza o gli utenti a seconda della sua strutturazione ovvero delle specifiche finalità perseguite⁵⁰.

⁴⁵ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1996, 20.

⁴⁶ D'altronde, come insegna GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 41, "il diritto è nella storia", siccome "non esiste un diritto senza tempo e senza spazio, valido ovunque e sempre [...]", nel mentre un diritto storico sarebbe una "creatura impossibile".

⁴⁷ Di tanto avverte, con riguardo alla materia *antitrust*, CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole cit.*, 265.

⁴⁸ MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. di dir. pubblico europeo*, 2006, 19.

⁴⁹ SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura e di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato cit*, sub nota n. 7.

⁵⁰ GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, 94.

Nonostante la sussistenza di diversi orientamenti esegetici, qui solo succintamente riferiti, la tesi più diffusa - di cui si è già dato conto *supra* - sottolinea come la nozione di regolazione non possa prescindere dalla considerazione del suo collegamento funzionale con la concorrenza, posto che, come pure riferito, il diritto regolatorio tende a correggere e/o ripristinare il funzionamento del mercato⁵¹, ciò che ha imposto (e invero continuamente impone) l'adeguamento delle istituzioni e dell'ordito normativo rispetto a siffatta particolare e odierna accezione di regolazione.

Pertanto, si coglie la novità - rispetto ad assetti previgenti - e, insieme, la rilevanza della funzione regolatoria assegnata *ex lege* a(d alcune) Autorità amministrative indipendenti, espressione di una rinnovata fisionomia del pubblico potere⁵², in quanto "si distaccano e si differenziano dalla Pubblica Amministrazione perché non sono preposte alla ponderazione dell'interesse pubblico, ma alla tutela dell'ordine privatistico dell'economia e della società, il quale è basato sul riconoscimento e sull'esercizio delle libertà private come *prius* rispetto al potere pubblico e allo Stato. Le Autorità Indipendenti servono quindi alla realizzazione di una società che individua gli strumenti per migliorare il proprio benessere (non solo economico) nel diritto privato e nei suoi istituti caratteristici, ossia l'autonomia negoziale, la libertà contrattuale, la concorrenza, la proprietà privata"⁵³.

L'attuazione della funzione regolatoria ha favorito l'emanazione di una nuova tipologia di norme, la cui inerenza alle attività economiche ha fondato la loro innovativa formulazione rispetto al consueto schema impositivo: invero, "l'intervento regolatorio compatibile con il mercato concorrenziale contempla la predisposizione di disposizioni i cui contenuti possono essere semplicemente adesivi o neutrali rispetto alla struttura ed alle regole del mercato stesso o, tuttalpiù, correttivi dello stesso (si pensi alla disciplina delle intese o delle concentrazioni di intese), ma al solo fine di

⁵¹ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

⁵² Su cui torneremo *infra*.

⁵³ SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 442 e ss..

garantire la concorrenzialità, e dunque il suo funzionamento⁵⁴. Siffatta impostazione riecheggia l'opzione dottrinarie incline a classificare le regole del mercato sulla scorta della incidenza dell'intervento autoritativo sull'incontro fra domanda e offerta, in disparte la competitività del contesto, individuando nel legislatore, nell'autorità giudiziaria e nell'Amministrazione i soggetti capaci di influire in modo "correttivo", "distorsivo", "adesivo" o neutro sul mercato medesimo, rispettivamente attraverso leggi, sentenze e provvedimenti amministrativi⁵⁵. Anche tale risvolto appare significativo con riferimento alle *Authorities* istituzionalmente investite del potere regolatorio, in ragione della particolarità della normativa da loro prodotta rispetto ai precetti posti dalle tradizionali fonti del diritto.

Peraltro, intendendo la regolazione quale nuova forma di intervento pubblico nell'economia che, per quanto qui interessa, è attualmente rimessa (non solo, ma soprattutto) a soggetti istituzionali peculiari, quali le Autorità amministrative indipendenti, onde incrementare e preservare la competitività del mercato (anche perseguendo obiettivi socialmente utili), siffatta funzione acquisisce un contenuto più complesso che, oltre all'esercizio di poteri propriamente normativi, contempla anche il ricorso al potere di vigilanza, a quello sanzionatorio e a quello che si esplica nel condizionamento indiretto di comportamenti negoziali e imprenditoriali o in pratiche di *moral suasion*, proprio allo scopo di assicurare l'osservanza del diritto regolatorio; del resto, è stato osservato che, con particolare riferimento all'attività istituzionalmente devoluta ad AGCOM, la regolazione "rappresenta una forma indiretta e condizionale di tutela dell'interesse pubblico in un'attività economica rimessa alla autonomia privata", perseguendo "la cura mediata di interessi" superindividuali "quali la introduzione e la stabilizzazione della concorrenza, l'uso efficiente delle risorse infrastrutturali, la duplicazione delle reti nell'ambito del più generale avanzamento tecnologico"⁵⁶.

⁵⁴ GIANI, POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato cit.*, 510. Per la disciplina di intese e concentrazioni, cfr. la legge 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 2, 4 e 5.

⁵⁵ ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Contratto e impresa*, 1989, 370 e 371.

⁵⁶ SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, 2008, *passim*.

Non a caso, su “tutti i provvedimenti” delle Autorità indipendenti il legislatore prevede la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo⁵⁷ che, significativamente, la Relazione illustrativa al codice del processo amministrativo (d’ora in avanti, *breviter*, c.p.a.)⁵⁸ qualifica come “omnicomprensiva” in funzione di una maggiore effettività della tutela⁵⁹, mediante la concentrazione di poteri cognitori e decisori in capo al plesso giurisdizionale amministrativo, senza che rilevi più come criterio dirimente la situazione giuridica soggettiva della quale si chiede protezione⁶⁰. Invero, nei mercati regolati, in cui il

⁵⁷ *Ex art. 133, comma primo, lett. l), c.p.a.*, che sottopone alla citata giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo “le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli Organismi di cui agli articoli 112-bis, 113 e 128-*duodecies* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, [dalla Commissione nazionale per le società e la borsa,] dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dalla Commissione vigilanza fondi pensione, dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209”.

⁵⁸ In *www.lexitalia.it*.

⁵⁹ Significativamente il codice del processo amministrativo esordisce, nel Capo I intitolato ai “Principi generali”, con l’articolo 1, rubricato appunto “Effettività”, ove è esplicitamente indicato l’obiettivo primariamente perseguito dalla giustizia amministrativa: “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.

⁶⁰ “Criterio cardine in materia di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo è quello fondato sulla natura della posizione giuridica soggettiva, lesa dall’operato della Pubblica Amministrazione e, in particolare sulla dicotomia fra diritto soggettivo e interesse legittimo. Laddove venga in rilievo la lesione di un diritto soggettivo, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario; diversamente, nel caso in cui emerga la lesione di un interesse legittimo, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. È opportuno, peraltro, sin d’ora considerare che se quello della *causa petendi*, basato sulla consistenza della posizione soggettiva di cui si assume la lesione, è e continua ad essere il fondamentale criterio di riparto di giurisdizione, occorre ora fare i conti con il parametro

fisiologico dispiegarsi dell'iniziativa imprenditoriale degli operatori economici è sottoposto - alla stregua della suddetta nozione di regolazione - a funzioni di normazione, vigilanza, controllo e repressione, demandate ad Autorità settoriali, indipendenti e autonome dal potere esecutivo, il modello della giurisdizione esclusiva, forgiata sulle direttrici disegnate dalla Corte Costituzionale con le note sentenze del 2004 e del 2006⁶¹, trova la sua "più congeniale modalità di applicazione", dato che quella attribuita al Giudice amministrativo dal primo comma, lett. l), dell'art. 133 c.p.a. si atteggia come giurisdizione "piena" con riferimento a tutte le varie modalità con cui si esplicano le ampie e pervasive prerogative delle Autorità di garanzia: non soltanto quelle espressive di funzioni di normazione secondaria⁶² o destinate a regolamentare analiticamente interi segmenti di mercato⁶³, bensì - appunto - anche quelle repressive, che si estrinsecano mediante la irrogazione di sanzioni altresì interdittive/precettive⁶⁴. Inoltre, leggendo la norma suddetta in combinato disposto con l'art. 134, comma primo, lett. c), del c.p.a. (che devolve alla giurisdizione di merito del giudice amministrativo anche le controversie aventi ad oggetto le "sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del G.A.", comprese quelle applicate dalle Autorità indipendenti) si comprende come sulla medesima

complementare costituito dall'afferenza al potere del contenzioso proprio del giudice amministrativo, parametro come noto valorizzato da Corte Cost. n. 204 del 6 luglio 2004 e recepito dal Codice del processo amministrativo laddove all'art. 7, comma primo, dispone che "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni""; così GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1929.

⁶¹ Ci si riferisce alle pronunce della Consulta del 6 luglio 2004, n. 204, e dell'11 maggio 2006, n. 191, consultabili *online* in www.cortecostituzionale.it.

⁶² Si pensi, esemplificativamente, ai regolamenti per lo svolgimento di procedimenti istruttori o per la disciplina dell'accesso documentale.

⁶³ Rilevano, al riguardo, le delibere AGCOM con le quali vengono effettuate le cosiddette analisi di mercato.

⁶⁴ Si pensi alle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") accertative di un abuso di posizione dominante, con cui venga ordinata anche la cessazione della condotta illecita.

materia delle sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità di garanzia l'organo giurisdizionale amministrativo eserciti contemporaneamente i poteri propri della giurisdizione esclusiva estesa anche ai diritti soggettivi, ma anche poteri decisorii integralmente sostitutivi, che costituiscono il carattere costitutivo della giurisdizione di merito⁶⁵, il che, oltre a confermare la compatibilità di una giurisdizione amministrativa assoluta, che cumula ed esaurisce in sé la cognizione su tutte le modalità di tutela nei confronti dell'uso autoritativo del potere in quei particolari settori, positivizza e definisce al tempo stesso la fisionomia di un plesso giurisdizionale ritenuto così specializzato da essere in grado di esercitare in via surrogatoria tipici poteri di amministrazione attiva, tra cui - come si vedrà⁶⁶ - quello di rideterminare le sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità indipendenti nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo dei mercati affidati alla loro cura.

Tuttavia, in ragione della vastità dell'appena menzionata nozione di regolazione, la presente analisi sarà incentrata sull'accezione che fa coincidere la predetta funzione con l'esercizio di poteri di normazione ad opera delle *Authorities*, avendo siffatta accezione il crisma della giuridicità, in ragione della vigenza della summenzionata legge 14 novembre 1995, n. 481, che - come già riferito - istituisce taluni Garanti, altresì abilitandoli alla regolazione mediante la posizione di norme specifiche che, in aggiunta al perseguimento di fini primariamente pro-concorrenziali, mirano al conseguimento di obiettivi sociali parimenti importanti, tanto da legittimare la qualificazione normativa dell'economia europea in termini di "economia sociale di mercato" (*ex art. 3 del Trattato sull'Unione Europea - o "TUE"*)⁶⁷. In aggiunta al concetto di regolazione

⁶⁵ Il che, oltre a confermare la compatibilità di una giurisdizione amministrativa assoluta, che cumula ed esaurisce in sé la cognizione su tutte le modalità di tutela nei confronti dell'uso autoritativo del potere nei particolari settori affidati alle *Authorities*, positivizza e definisce al tempo stesso la fisionomia di un plesso giurisdizionale ritenuto così specializzato da essere in grado di esercitare in via surrogatoria tipici poteri di amministrazione attiva, come quello di rideterminare le sanzioni pecuniarie irrogate dalle Autorità indipendenti nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo dei mercati attribuiti alla loro cura.

⁶⁶ Cfr., sul punto, il paragrafo n. 2.2.b. del successivo capitolo II.

⁶⁷ "La regolazione nata negli USA ha trovato, com'è noto, in Europa la sua più compiuta realizzazione, in mercati relevantissimi (energia,

appena descritto, la presente disamina indagherà anche la funzione regolatoria esercitata dai Garanti per così dire *de facto*, ossia per il tramite di provvedimenti singolari e concreti e, cionondimeno, idonei a trascendere la dimensione interpretata dei loro destinatari onde regolamentare efficacemente anche la generalità dei rapporti di scambio; difatti, siffatta nozione risulta del pari corroborata dalla vigenza di specifiche norme giuridiche, quali quelle recate dall'art. 23 del codice delle comunicazioni elettroniche che, come sarà più diffusamente scrutinato, abilita l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni a dirimere le controversie insorgenti tra le imprese del settore presidiato.

2.2. Il contratto; *recte* l'autonomia privata.

Indagare il contratto come termine di raffronto della suesposta relazione "circolare" implica, per quanto qui interessa, di scandagliare, piuttosto, il concetto di "autonomia privata", ontologicamente diverso dal primo, che - unitamente al negozio giuridico - ne costituisce giuridica manifestazione.

Invero, "autonomia" significa facoltà di autoregolamentare i propri interessi⁶⁸, cosicché - a determinate condizioni stabilite dall'ordinamento - i consociati possono giuridicizzare una data

telecomunicazioni, trasporti, ecc.). Smentendo alcuni luoghi comuni presenti nel dibattito pubblico, possiamo dire che l'UE non abbraccia alcun fondamentalismo di mercato ma, al contrario, configura il mercato unico quale mezzo per realizzare altri obiettivi, quali il benessere economico, la piena occupazione, una crescita equilibrata e sostenibile (come si esprime l'art. 3 del TUE). Le stesse logiche di mercato devono essere bilanciate con altri interessi, quali il miglioramento della qualità dell'ambiente e tutta quella serie di valori consacrati nel titolo primo del TUE, quali la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc. (artt. 2 e 3). Coerentemente con questo quadro costituzionale l'art. 3 parla di economia sociale di mercato per qualificare l'economia dell'UE, riallacciandosi ad una grande tradizione culturale"; così PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 ottobre 2014, in www.astrid-online.it. Sulla dimensione anche sociale della regolazione cfr. PIGA, *Regolazione sociale e promozione di solidarietà. Processi di cambiamento nelle politiche sociali*, Milano, 2012.

⁶⁸ SACCO, *Autonomia del diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione Civile*, I, Torino, 1987, 517.

operazione economica e tutelarsi al cospetto dell'autorità giurisdizionale in ipotesi di inadempienza al patto ad opera della controparte⁶⁹. Siffatta pratica trova la propria sede elettiva nella stipula di accordi contrattuali che, ai sensi dell'art. 1321 c.c., consentono ai paciscenti – attraverso l'espressione della loro concorde volontà⁷⁰ – di dar luogo a effetti giuridici costitutivi, regolatori o estintivi di un rapporto patrimoniale; per tal via il regolamento di interessi pattuito si pone quale manifestazione dell'autonomia contrattuale delle parti [che “ha modo di esplicarsi pienamente da più punti di vista⁷¹ e precisamente (tralasciando ulteriori prospettazioni pur possibili quali ad esempio quella della libertà di scegliere la forma o di farsi sostituire nell'attività giuridica): a) libertà di concludere o meno il contratto; b) libertà di fissarne il contenuto (art. 1322, comma primo, c.c.); c) libertà di scegliere la persona del contraente; d) libertà di dar vita a contratti atipici (art. 1322, comma secondo, c.c.)”]⁷², la quale è specificazione dell'autonomia negoziale⁷³ e – secondo la prospettiva

⁶⁹ Cfr. GIORGIANNI, voce *Inadempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, 860 e ss..

⁷⁰ È stato autorevolmente affermato che la volontà delle parti che confluisce nell'accordo è “fondamento e sostanza del contratto”; così ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 37.

⁷¹ Il potere negoziale, tuttavia, non può mai sconfinare nell'arbitrio: cfr., in tal senso, le forti prese di posizione della giurisprudenza in materia di abuso del diritto e, in concreto, di abuso del processo [emblematica di siffatto orientamento è la decisione di Cass. S.U., 15 novembre 2007, n. 23726 (consultabile in *www.iusexplorer.it*) in tema di abusivo frazionamento della pretesa creditoria unitaria, secondo cui la scissione strumentale del contenuto dell'obbligazione, comportante inutile aggravamento della posizione del debitore senza apprezzabile interesse del creditore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto obbligatorio anche nella fase dell'azione giudiziale di adempimento, sia con il principio del giusto processo e, nell'ambito della considerazione complessiva del funzionamento degli organi di giustizia, della ragionevole durata del medesimo].

⁷² GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 782.

⁷³ Attraverso l'autonomia negoziale e la posizione in essere di un negozio giuridico “[...] il soggetto crea egli stesso la regola che disciplina gli interessi perseguiti (ed infatti si parla del negozio in termini di *autoregolamento impegnativo*), cosicché gli effetti che ne conseguono non potranno non corrispondere all'intento”; così GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 84. Su autonomia negoziale e autonomia contrattuale cfr. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.

maggiormente accolta - rinviene giuridico fondamento nel menzionato art. 41 Cost.⁷⁴.

Sicché, ad ogni evidenza, autonomia contrattuale e autonomia negoziale sono esplicazione dell'autonomia privata⁷⁵, nozione che in questa sede - data la comune base costituzionale e in ragione dell'estraneità alla presente analisi delle esplicazioni della predetta autonomia mediante atti di natura non negoziale - può legittimamente adoperarsi come sinonimo di quella contrattuale, oltre che negoziale.

L'autonomia così intesa, dunque, trova riconoscimento - sia pure non esplicito - nella Carta; ne consegue che ogni limitazione alla stessa non può che servire alla soddisfazione di

⁷⁴ Per vero la nostra Carta fondamentale salvaguarda espressamente soltanto l'"iniziativa economica", non anche il potere di autonormazione spettante ai privati. Pertanto, allo scopo di conferire fondamento costituzionale al citato potere si è reso necessario estendere, sul piano interpretativo, la portata dell'art. 41 Cost. anche all'autonomia privata, sino a intendere questa come potere di autoregolamentazione dei propri interessi, implicitamente riconosciuto dalla Costituzione. Siffatta esegesi si ritrova, significativamente, in talune pronunce della Consulta: cfr. Corte Cost., 28 marzo 1968, n. 16, in *Giur. Cost.*, 1968; Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 53, in *www.cortecostituzionale.it*. V'è pure Chi ha ritenuto di ritrovare il rango costituzionale dell'autonomia privata, oltre che nell'art. 41 Cost., nelle norme previste dalla Carta a tutela della proprietà privata e recate dall'art. 42, cosicché l'intervento pubblico in materia di libertà negoziale sarebbe sottoposto non solo al vincolo derivante dalla riserva di legge, ma anche a quello consistente nel doveroso perseguimento di un'utilità sociale: cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 45 e ss.. Su di un piano differente si ritrova un'impostazione incline a fondare l'autonomia negoziale sulla norma contenuta nell'art. 2 Cost., in quanto ritenuta strumento di esplicazione della personalità del singolo; cfr. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 30.

⁷⁵ Ovviamente l'autonomia privata può ben esercitarsi anche mediante atti non negoziali: in tal caso, essa "[...] si esplica al fine di perseguire dati interessi, non già nella creazione della disciplina, ma esclusivamente nella scelta del mezzo offerto dall'ordinamento giuridico. Non vi è dunque alcuna partecipazione del soggetto alla elaborazione della regola ma solo una utilizzazione di strumenti di regolamentazione che sono frutto non già di autonomia ma, come si suol tecnicamente dire, di *eteronomia*, intendendosi per *regola eteronomia* quella dettata da poteri diversi ed esterni all'autonomia del privato, in particolare, quindi, dal potere legislativo"; così GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 84.

interessi più ampi e deve quindi essere legislativamente prevista e connotarsi per ragionevolezza, congruità, proporzione⁷⁶. Fra tali limitazioni, in disparte i limiti di matrice convenzionale⁷⁷, i quali – in realtà – costituiscono espressione (e non deroga) all'autonomia contrattuale, vi sono ipotesi in cui la legge obbliga a concludere un contratto⁷⁸, ovvero ne amplia il contenuto mediante previsioni che si inseriscono in via automatica nel regolamento di interessi pattuito⁷⁹ o, ancora, circoscrive la libertà di scelta della controparte⁸⁰.

A riprova della riferita interrelazione fra autonomia ed eteronomia, che può ben essere diversamente intesa, in quanto ritenuta più o meno stringente, le elaborazioni riguardanti il concetto predetto si dividono fra le impostazioni di matrice

⁷⁶ È il legislatore il primo protagonista nella gestione (discrezionale) dello spazio che esiste tra autonomia privata e funzione sociale, gestione comunque vincolata ai valori costituzionali, quali il principio di ragionevolezza, congruità e proporzione (allo scopo); così si espresse la Corte Costituzionale il 23 aprile 1965, con la sentenza n. 30, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Qual è ritenuto, esemplificativamente, il contratto preliminare.

⁷⁸ Cfr. quanto disposto dall'art. 1679 c.c. (e, in particolare, il corrispondente comma primo, secondo cui: "Coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose sono obbligati a accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico") e dall'art. 2597 c.c. (alla stregua del quale: "Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento").

⁷⁹ Cfr. le norme recate dall'art. 1339 c.c. sull'"Inserzione automatica di clausole", secondo 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".

⁸⁰ Cfr. quanto stabilito dall'art. 732 c.c. sul "Diritto di prelazione", ove si prevede che "Il coerede, che vuol alienare a un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione. Questo diritto deve essere esercitato nel termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni. In mancanza della notificazione, i coeredi hanno diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria. Se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più, la quota è assegnata a tutti in parti uguali".

giusnaturalistica⁸¹, che valorizzano la volontà espressa dai contraenti, perché considerata capace di produrre direttamente effetti giuridici (atteso che all'ordinamento compete esclusivamente di limitare *ab externo* l'autonomia contrattuale)⁸², e quelle di derivazione giuspositivista⁸³, le quali - all'opposto - assegnano soltanto all'ordinamento giuridico il

⁸¹ Sulla libertà contrattuale nel modello di Stato liberale cfr. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civile francais. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, Paris, 1973; IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in ID., *Codice civile e società politica*, Roma - Bari, 1995, 85 e ss.. Sulla definizione cosiddetta negativa di autonomia negoziale cfr. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.* 1970, 448 e ss..

⁸² Alla stregua di tale impostazione diritto statale non crea, bensì incontra l'autonomia privata e la riconosce quale essa è nella natura delle cose. Invero, allo stesso modo della volontà generale, anche la volontà dei contraenti trasfusa nel patto ha forza nomotetica, è in grado di generare norme giuridiche: non a caso, nel codice civile francese, all'art. 1134, si legge che "les conventions légalment formées tinent lieu de la loi à ceux qui les ont faites" e nel codice civile italiano, all'art. 1372, che "il contratto ha forza di legge tra le parti". Sicché, in siffatto contesto, l'autonomia privata è definibile in negativo: "La libertà contrattuale s'identifica con la pagina bianca in cui i privati scrivono la legge destinata a regolare i rapporti reciproci. Non è necessario e forse neanche possibile aggiungere altro al potere di disciplinare giuridicamente i propri interessi nel rispetto delle norme dettate a tutela di interessi altrui: entro questi limiti naturalmente si estende la conformazione del rapporto secondo la volontà del destinatario degli effetti giuridici". Cfr., sul punto, ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*

⁸³ Sulla ricostruzione "positiva" dell'autonomia contrattuale cfr. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968, 529 e ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

potere di fissare gli effetti negoziali⁸⁴; entrambe le opzioni, a loro volta, risultano ulteriormente declinate in diverse sotto-teorie⁸⁵.

In realtà, a prescindere dall'adesione all'uno o all'altro orientamento, è innegabile come l'autonomia privata rappresenti una delle fonti di disciplina dei rapporti economici, poiché rappresentante una situazione di potere ordinante spettante ai consociati, che – come tale – va rapportata alla sua definizione da parte dell'ordinamento giuridico e, quindi, alle condizioni e agli ambiti possibili per la sua esplicazione⁸⁶.

In tale prospettiva, nello Stato cosiddetto regolatore l'autonomia contrattuale diviene “funzionale”⁸⁷; essa, infatti, non si configura più come la libertà riconosciuta dall'ordinamento quale “diritto naturale”, immanente al soggetto che ne è titolare, né s'identifica con i precetti e le relative eccezioni posti da norme giuridiche, bensì “si definisce in ragione di limiti che assumono un connotato necessariamente *funzionale*, in quanto ad essi si chiede di garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale e, dunque, necessariamente di conformarsi a un *fine*. La regola eteronoma che s'impone alla libertà dei privati non si risolve (solo) nel limite all'agire negoziale, né postula la (mera) determinazione imperativa del contenuto del contratto: essa, piuttosto, produce un vincolo teleologico, in quanto orienta gli operatori verso quei

⁸⁴ I contorni dell'autonomia spettante ai consociati si delineano sulla base di quanto previsto nelle norme contemplate dall'ordinamento e, quindi, sulla scorta di nozioni delle quali sia certo il radicamento nel sistema positivo. Per tal via “[...] le limitazioni [all'autonomia dei privati], singolarmente e complessivamente considerate, rimangono la eccezione, e perciò non possono venire introdotte o estese fuori dei casi in cui non sono previste”; così RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994.

⁸⁵ Sulle differenti declinazioni dell'autonomia contrattuale cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 775 e ss. e la bibliografia ivi citata.

⁸⁶ SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 355.

⁸⁷ Sulla visione “funzionale” dell'autonomia privata cfr. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, 43, e ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, 91, entrambi in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

modelli comportamentali ritenuti idonei ad assicurare un grado di concorrenzialità in senso dinamico del mercato”⁸⁸.

Di talché, assume rilievo preminente la considerazione del rapporto fra regolazione pubblica e autonomia privata, che porta a evidenziare un duplice aspetto: *in primis* il rinnovamento dei margini di espressione dell'autonomia alla luce dell'accertata incidenza della regolazione sul contenuto delle pattuizioni, le quali – in tal modo – sono sottoponibili a nuove valutazioni di legittimità⁸⁹, oltre che di meritevolezza⁹⁰; in secondo luogo, il mutamento dei parametri dei giudizi di conformità ordinamentale cui soggiacciono gli interventi regolatori.

Peraltro, affrontare siffatte questioni esegetiche è ad oggi reso più complicato dall'innegabile circostanza per cui si è di fronte ad una fase di transizione del sistema giuridico, in cui i contorni tra le categorie sono sfumati e le “paratie normative” che in passato hanno fatto da contenitore agli istituti del diritto si stanno lentamente sgretolando in favore del progresso,

⁸⁸ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

⁸⁹ Cfr., al riguardo, i paragrafi nn. 5.1., 5.2. e 5.3. del successivo capitolo III.

⁹⁰ Significativamente l'art. 1322 c.c. – rubricato “Autonomia contrattuale” – dopo aver sancito, al primo comma che “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative]”, prevede, al comma secondo, l'espansione dei margini operativi della medesima autonomia nei limiti – appunto – della meritevolezza degli interessi perseguiti dai paciscenti: “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”. Si è detto che il giudizio di meritevolezza degli interessi che il contratto tende a realizzare integra un “limite interno” all'autonomia negoziale che, nonostante la legge (e, in specie, l'art. 1322, comma secondo, c.c.) riferisca solamente ai contratti atipici, riguarda tutti i contratti, quand'anche appartenenti al novero di quelli tipizzati dal legislatore, e ciò in ragione della recente adesione alla teoria della cosiddetta causa in concreto del contratto (non più quale funzione economico-sociale dell'accordo, bensì come sintesi dei reali interessi che il negozio è diretto a realizzare), la cui valutazione – in termini di liceità e meritevolezza – diventa essenziale tanto per i contratti atipici che per quelli tipici; cfr. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2014, 5.

dell'evoluzione, cui tanto contribuisce anche il diritto comunitario⁹¹.

2.3. L'iniziativa economica.

Come anticipato, la nostra Costituzione sancisce la libertà di iniziativa economica privata attraverso la disposizione di cui al primo comma dell'art. 41, contenuta nella parte che la Carta fondamentale dedica alla disciplina dei "Rapporti economici"⁹².

⁹¹ Sullo sgretolamento delle "paratie normative" cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, che, ad esempio, con riguardo alla responsabilità civile, nutre dubbi sulla rigidità della tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in ragione della sussistenza di figure che in qualche modo si sottraggono a tale suddivisione.

⁹² Si tratta della Parte I, Titolo III della Costituzione. Prima dell'avvento della Repubblica la Carta del lavoro - il documento programmatico con il quale vennero fissate le principali linee guida della politica sociale durante il fascismo - aveva limitato l'intervento pubblico nell'economia a casi specifici e sussidiari, manifestando maggiore favore per l'attività economica dei privati. L'attuale formulazione dell'art. 41, invece, deriva dall'oculata commistione di due distinti articoli redatti dalla Terza Sottocommissione durante i lavori dell'Assemblea Costituente (gli artt. 37 e 39), espressivi, rispettivamente, di differenti concezioni circa la qualificazione dell'iniziativa economica privata e la definizione degli ambiti di intervento dello Stato. In dettaglio, l'art. 37 delineava l'attività economica come finalizzata interamente al perseguimento esclusivo del benessere collettivo e, dunque, funzionalizzabile a fini sociali, che lo Stato avrebbe definito con "piani vincolanti per i privati" (in tal senso si era espresso soprattutto il giurista MORTATI, come evincibile dagli atti della seduta del 13 maggio 1947, consultabili in www.nascitacostituzione.it); l'art. 39, invece, riconosceva la libertà di iniziativa economica privata, che non doveva comunque esplicarsi recando nocimento all'utile pubblico. All'esito del dibattito prevalse la tesi della soppressione della previsione delle necessarie finalità da perseguire mediante l'attività economica, pubblica e privata, di cui all'art. 37, che precedeva qualsiasi altra affermazione sull'iniziativa economica nella disposizione. Fu quindi recepita la proposta contenuta nell'art. 39 e fu inserito all'interno dell'articolo 41 il comma secondo dell'originario testo dell'art. 37 del progetto, da cui veniva però espunto il riferimento ai "piani vincolanti", ritenuti deleteri per la libertà dell'attività economica dei privati. Il risultato conseguente fu l'odierna formulazione dell'art. 41 Cost..

La medesima prescrizione, nei due commi successivi, pone due limitazioni alla suddetta libertà: anzitutto, vieta l'esercizio dell'iniziativa economica contrastante con l'utilità sociale o tale da arrecare pregiudizio alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, comma secondo, Cost.); inoltre, riserva alla legge la determinazione di programmi e controlli opportuni per indirizzare e coordinare l'attività economica a fini sociali (art. 41, comma terzo, Cost.).

Tale previsione pone rilevanti problemi esegetici; non a caso la sua formulazione è conseguita a uno dei dibattiti più accesi e significativi avutisi nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente⁹³ e le sue prescrizioni sono state oggetto di una pluralità di letture, talvolta condizionate ideologicamente⁹⁴.

Il testo della disposizione, tacciato di disarmonia⁹⁵ e di contraddittorietà⁹⁶, ha invero favorito interpretazioni di segno opposto.

Taluni vi hanno individuato la base di un sistema a "economia mista", nel quale la libertà di iniziativa economica si configura come un diritto fondamentale, alla stessa stregua della libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e di religione⁹⁷. In tal senso si valorizza la proclamazione della libertà di intraprendere attività economiche posta dal primo comma, rispetto alla quale la riserva di legge, di cui al comma terzo, assolverebbe a una funzione garantistica.

È stato notato, per contro, che la collocazione topografica dell'articolo 41 nel contesto della normativa costituzionale dedicata ai "Rapporti economici", nonché la esplicita prescrizione di limiti all'esercizio dell'iniziativa economica privata, depongono per l'impossibilità di identificare nella

⁹³ Il dibattito svoltosi in seno all'Assemblea Costituente circa il rapporto fra iniziativa economica pubblica e iniziativa economica privata fu tra i più accesi e significativi; così NIRO, *Commento sub art. 41*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 848.

⁹⁴ Si è tentato, invero, di "leggere la Costituzione con gli occhiali dell'ideologia"; così ROMAGNOLI, *La costituzione economica*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, 140.

⁹⁵ Cfr. NIRO, *Commento sub art. 41 cit.*, 850.

⁹⁶ Cfr. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia cit.*.

⁹⁷ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1962, 228 e ss..

stessa un diritto assoluto⁹⁸. Non si è mancato di estremizzare siffatte considerazioni sino a rinvenire nei limiti costituzionalmente previsti alla libertà di iniziativa economica il fondamento, persino, della socializzazione dei mezzi di produzione⁹⁹.

Tuttavia, l'art. 41 Cost. è distante sia dalla prospettiva liberistica, che da quella collettivistica o, meglio, positivizza – come le altre norme della Carta – entrambi gli ordini di opzioni, in modo da caratterizzare peculiarmente la nostra economia come modulabile secondo una vasta gamma di assetti tra gli estremi del liberismo e del collettivismo¹⁰⁰.

Il (presunto) carattere compromissorio dell'art. 41 Cost., comprensivo di istanze diversificate, non costituisce un'anomalia, un difetto, bensì si appalesa come una caratteristica congrua alla funzione che la Costituzione e le sue affermazioni di principio debbono svolgere: considerare e contemperare necessità diverse, se non opposte. Per tale ragione le norme della Carta devono potersi prestare a differenti interpretazioni e applicazioni, fondate, volta per volta, sulla valorizzazione di una o dell'altra di quelle esigenze e degli enunciati normativi che più direttamente le esprimono. Ciò vale specialmente per le previsioni costituzionali riguardanti i rapporti economici¹⁰¹.

Quanto al contenuto della libertà riconosciuta dalla predetta norma costituzionale, "Occorre [...] rilevare il rapporto di continenza esistente tra la libertà di iniziativa economica e di impresa, laddove la prima ha una portata più ampia comprendendo, altresì, l'attività non etero-organizzata ed occasionale, ma non anche quella subordinata"¹⁰².

⁹⁸ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

⁹⁹ Lo riferisce NIRO, *Commento sub art. 41 cit.*.

¹⁰⁰ Cfr. quanto argomentato *supra* al paragrafo 1, *sub nota n. 12*.

¹⁰¹ Cfr. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AMATO, BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I, Diritto pubblico generale*, Bologna, 1984, 90 e 91; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia cit.*, 9 e ss..

¹⁰² Così ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale cit.*, 88.

Invero, giurisprudenza e dottrina - nonostante qualche opinione contraria¹⁰³ - hanno chiarito che “la garanzia posta nel 1° comma dell’art. 41 [...] riguarda(sse) non soltanto la fase iniziale di scelta dell’attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento”¹⁰⁴, ossia la libertà “di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre”¹⁰⁵ e, più in generale, “la [...] libertà di determinazione, di scelta, di organizzazione e articolazione degli strumenti operativi, libertà di continuare o cessare” l’attività¹⁰⁶; di talché l’estensione della garanzia *ex art. 41*, comma primo, Cost. sia alla fase propulsiva, che a quella di svolgimento dell’attività economica, legittima anche il riferimento dei limiti che l’art. 41, comma secondo, Cost. stabilisce, testualmente, per la sola iniziativa economica privata, a entrambe le predette fasi in cui si dipana l’attività economica¹⁰⁷.

Difatti, poiché l’iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost. differisce, anche concettualmente, dall’autonomia contrattuale¹⁰⁸ - in quanto coincidente con una pluralità di atti di destinazione, con una organizzazione stabile, oltre che con condotte avvinte da uno stringente nesso teleologico, che sfuggono a qualsivoglia identificazione con una mera somma di atti che, invece, ben possono costituire manifestazione della suddetta autonomia - la medesima iniziativa risulta ontologicamente diversa “dai singoli atti, esecutivi o funzionali o comportamentali, anche a carattere contrattuale, che ne sono espressione”¹⁰⁹. Cionondimeno, può ritenersi che l’autonomia

¹⁰³ Fra queste cfr. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, paragrafo n. 7, secondo cui l’iniziativa economica e il suo svolgimento sono disciplinati “separatamente dai primi due commi dell’art. 41” Cost., mentre “l’attività economica in tutta la sua estensione, dal suo inizio fino al suo completo spiegamento” integrerebbe “l’oggetto della disciplina prevista nel terzo comma”.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 31 maggio 1960, n. 35; Corte Cost., 14 giugno 1962, n. 54, entrambe richiamate da NIRO, *Commento sub art. 41 cit.*, 851.

¹⁰⁵ Cfr. GALGANO, *Sub art. 41*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, 152.

¹⁰⁶ Cfr. OPPO, *L’iniziativa economica cit.*, 30.

¹⁰⁷ Cfr. COSTANTINI, *Limiti all’iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd. clausole sociali*, in *Ianus*, n. 5/2011, 204.

¹⁰⁸ Cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata cit.*.

¹⁰⁹ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 787.

contrattuale sia uno strumento “senza dubbio necessario” dell’iniziativa economica, tanto che ciascuna limitazione legislativamente prescritta per la prima “si risolve in un limite alla seconda e come tale è legittimo solo se in armonia con quanto previsto dall’art. 41, commi secondo e terzo, Cost.”¹¹⁰

Peraltro, la natura dei limiti citati ha rappresentato oggetto di una diatriba interpretativa dagli importanti risvolti pratici.

Un’impostazione¹¹¹ (per vero rimasta minoritaria) li ha considerati immediatamente precettivi e, per siffatta motivazione, non necessitanti l’intermediazione di norme di legge a fini applicativi, cosicché i menzionati valori contemplati dal comma secondo dell’art. 41 per circoscrivere l’ambito esplicativo dell’iniziativa economica sono non soltanto fonti di legittimazione del potere destinato a comprimere l’esercizio della libertà contrattuale, bensì risultano anche direttamente limitativi della libertà medesima, posto che la discussione sulla possibilità di rintracciare nell’art. 41 Cost. il fondamento costituzionale dell’autonomia privata, è stata risolta positivamente - come anticipato - dal Giudice delle Leggi¹¹², che ha statuito che “l’autonomia contrattuale è tutelata dall’art. 41 Cost. in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può essere limitato per ragioni di utilità sociale”¹¹³. La conseguenza di siffatta opzione esegetica consiste nella riconosciuta possibilità di giudicare la legittimità costituzionale delle leggi limitative della libertà di autonomia (proprio) sulla scorta della norma *ex* art. 41, comma secondo, Cost., ritenuta immediatamente precettiva.

Altro orientamento, per converso, disconosce la connotazione precettiva della mentovata disposizione e, per questo, considera indefettibile l’intervento del legislatore onde definire i limiti individuati dall’art. 41, comma secondo, Cost., che, infatti, alla stregua di siffatta prospettazione, contiene un’implicita riserva di legge¹¹⁴. A sostegno di tale conclusione si sottolinea l’evanescenza della locuzione “utilità sociale” impiegata dai

¹¹⁰ ID., *ibidem*.

¹¹¹ Cfr. OPPO, *L’iniziativa economica cit.*, 19.

¹¹² Cfr. Corte Cost., 28 marzo 1968, n. 16, e Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 53 *cit.*.

¹¹³ Così Corte Cost. 22 maggio 2009, n. 162, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹¹⁴ Cfr. GALGANO, *Sub art. 41 cit.*, 42 e 43.

Costituenti, particolarmente avvertita in dottrina¹¹⁵, per vero anche in relazione all'ampiezza dei concetti di "sicurezza", "libertà" e "dignità umana" recati dalla medesima disposizione¹¹⁶.

Inoltre, l'opinione prevalente ritiene che i limiti menzionati non siano "interni", ma "esterni" all'essenza della libertà di iniziativa economica¹¹⁷, sicché si esclude che l'utilità sociale integri uno scopo legittimante la stessa iniziativa, che quindi non può necessariamente funzionalizzarsi al soddisfacimento del socialmente utile¹¹⁸.

Per quanto concerne le limitazioni fraposte dal comma terzo dell'art. 41 all'esercizio dell'"attività economica pubblica e privata", si è già detto che la Carta ne impone l'indirizzo e il coordinamento "a fini sociali"¹¹⁹ mediante controlli e programmi prescritti solamente da disposizioni legislative; come pure già ricordato¹²⁰, la lettura di siffatta norma si è modificata all'esito del progressivo mutamento dello Stato imprenditore-interventista in Stato regolatore del mercato.

È stato osservato che la sfiducia nella capacità di autoregolazione del mercato, giudicato non idoneo a raggiungere automaticamente le situazioni di "ottimo sociale", nonché l'attribuzione alla decisione politica, sotto forma di legge, del primato in materia di disciplina dell'attività economica, sono gli elementi decisivi nella caratterizzazione

¹¹⁵ "Utilità sociale e fini sociali si risolvono in clausole generali talmente ampie e malleabili da minare costantemente la certezza del diritto"; così ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale cit.*, 88. Ancora, sull'aleatorietà del comma secondo (e del comma terzo) dell'art. 41 Cost., cfr. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata, cit.*, 3; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata cit.*, 599 e ss.; NIRO, *Commento sub art. 41 cit.*, 489; EINAUDI, nella seduta dell'Assemblea Costituente tenutasi il 13 maggio 1947, ha dichiarato che la formula "utilità sociale" pare priva di preciso significato (cfr. i relativi atti consultabili in www.nascitacostituzione.it).

¹¹⁶ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica cit.*, 237-241.

¹¹⁷ Cfr. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd. clausole sociali cit.*, 206.

¹¹⁸ Cfr. GALGANO, *Sub art. 41 cit.*, 4, nota 3.

¹¹⁹ Cfr. quanto precisato alla precedente nota n. 110.

¹²⁰ Cfr. il precedente paragrafo n. 1.

della norma¹²¹. Ne consegue la doverosa ponderata valutazione di tutti gli interessi sociali nella sede istituzionale a ciò deputata secondo procedimenti democratici, che riflettono e realizzano la partecipazione all'organizzazione economica e sociale del Paese¹²² ad opera dei consociati, i quali delegano la sovranità, che loro costituzionalmente spetta¹²³, a rappresentanti legittimamente individuati e ciò secondo logiche rinnovate nel contesto dello Stato divenuto regolatore.

Ad ogni modo, gli interventi sul regolamento contrattuale non dovrebbero mutare "in via generale i criteri di soluzione dei problemi demandati al sistema del contratto, riducendo sistematicamente l'accordo a criterio di accesso a regolazioni sempre suscettibili di correzioni eteronome, non previamente vincolate a settori di intervento determinati". Di contro, la "scorporazione dal sistema del contratto di problemi economico-sociali, la soluzione dei quali non si ritiene più ad esso demandare, e la contemporanea formazione di sottosistemi distinti preposti a loro soluzioni diversificate" è "certamente compatibile con il valore sistematico del contratto" come atto espressivo di autonomia: l'affermazione costituzionale della libertà di iniziativa economica e, per tal via - sebbene indirettamente - della libertà contrattuale, nonché la previsione contenuta nella Carta di possibili corrispondenti limitazioni esclusivamente di matrice legislativa, configurano le compressioni dell'autonomia contrattuale - quale potere di autoregolamentazione privata dei propri interessi e, dunque, dei propri rapporti - in termini "eccezionali"¹²⁴.

Ogni limitazione legislativamente apposta all'iniziativa economica in ragione della riserva costituzionalmente stabilita, infatti, deve servire all'attuazione degli scopi costituzionali - e non a soddisfare esigenze contingenti -: l'interesse individuale, *recte* l'autonomia contrattuale, può sopportare compressioni allorché ciò serva alla salvaguardia e alla garanzia di interessi

¹²¹ BARTOLE, BIN, *Commento sub art. 41*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 418.

¹²² Cfr. il disposto di cui all'art. 3, comma secondo, Cost..

¹²³ L'art. 1, comma secondo, Cost., invero, stabilisce che "La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione".

¹²⁴ BARCELONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 389 e ss.

più ampi, sempre che il limite sia ragionevole e, quindi, congruo e proporzionato rispetto allo scopo da conseguire¹²⁵.

Peraltro, occorre evidenziare come la Costituzione consideri paritariamente attività economica pubblica e attività economica privata: la libertà di iniziativa economica non riguarda soltanto gli operatori privati, bensì concerne necessariamente anche l'intervento pubblico nell'economia. La Carta, invero, legittima del pari l'iniziativa pubblica e quella privata nel nostro sistema economico e, in particolare, nega all'imprenditoria privata l'esclusivo svolgimento delle attività economiche¹²⁶. Le dimensioni delle rispettive attività non sono determinabili *a priori*, ma il ruolo ineludibile dello Stato (e degli altri enti pubblici) è sancito dalla prevista stabile coesistenza di pubblico e privato.

L'art. 41, comma terzo, Cost., ha altresì sollevato il problema della natura della riserva demandata al legislatore circa l'individuazione dei limiti cui è soggetta l'attività economica e, alla luce di quanto dapprima osservato, l'autonomia privata.

Il relativo dibattito ha evidenziato il prevalere della tesi della natura relativa¹²⁷. D'altronde, come è stato scritto, "la regolazione del mercato non si manifesta necessariamente nella forma della norma generale e astratta, atteso che la fonte normativa è scelta in relazione alla sua concreta idoneità a produrre un effetto 'sostitutivo'¹²⁸ dell'autonomia privata nel mercato, e dunque anche avvalendosi del potere regolamentare particolare e della normazione amministrativa consegnata alla discrezionalità tecnica di autorità indipendenti"¹²⁹.

2.4. Il mercato.

In ogni economia fondata sulla divisione del lavoro, il mercato s'identifica col "momento dello scambio generalizzato di beni e

¹²⁵ Cfr. le statuizioni di Cass. S.U., 29 maggio 1993, n. 6031, consultabile in *www.iusexplorer.it*, nonché di Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30 *cit.*.

¹²⁶ PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli, 1988, 64.

¹²⁷ Cfr. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 686.

¹²⁸ Sull'effetto "sostitutivo" sortito dalla regolazione nei confronti dell'autonomia privata cfr. la tesi di MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti cit.*, 48 e 49, e quanto argomentato *amplius* al paragrafo successivo.

¹²⁹ Cfr. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

servizi”¹³⁰. Tuttavia, tale nozione pecca di eccessiva generalizzazione e astrattezza e impone una perimetrazione più precisa, che evidenzi il legame che legittima l’inserimento del mercato nella ricordata relazione “circolare”.

Invero, le considerazioni suesposte consentono, a questo punto, di chiarire che l’implementazione dello Stato regolatore e l’affermazione del correlato concetto funzionale – nei limiti ricordati – di autonomia privata, hanno posto in luce che “mercato concorrenziale” e “mercato rilevante” sono entrambi frutto di una valutazione, di un’interpretazione, integrando concetti per così dire relazionali, dimodoché risultino indistinguibili le condotte lecitamente attuabili nella dinamica degli scambi: il “mercato concorrenziale”, effettivamente orientato alla competitività degli operatori agenti in condizioni di parità, costituisce il fine cui tende l’esercizio dell’iniziativa economica – latamente intesa, comprensiva dell’attività economica nel suo complesso e della autonomia privata – oggetto di regolazione; dall’individuazione del “mercato rilevante” e, per tal via, degli interessi che nel medesimo devono trovare protezione, derivano le regole e i comportamenti che informano le dinamiche di scambio. In altri termini, “il mercato, proprio in quanto attiene all’individuazione dei comportamenti consentiti e quindi leciti, non appartiene al piano dell’essere, non costituisce un dato che possa essere descritto *a priori* sulla base della mera osservazione empirica ovvero desunto attraverso la mera sommatoria dell’iniziativa economica dei singoli; né, per altro verso, dalla conformità al mercato se ne può trarre un indizio di liceità, quando prima non sia accertato il rispetto del paradigma concorrenziale”¹³¹.

La disciplina del mercato, dunque, si arricchisce di nuove, indispensabili regole conformanti.

Invero, la liberalizzazione dei mercati¹³² e la loro ricostruzione in senso competitivo – presupponendo la regolazione –

¹³⁰ Tale generalizzata accezione è integrata da significati più specifici: cfr. la voce “mercato” consultabile su www.treccani.it.

¹³¹ Cfr., ancora, ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*

¹³² “Liberalizzare - ma con intensità e livelli diversificati in ragione dei settori incisi - è l’obiettivo dichiarato di una produzione normativa ultraventennale orientata a ridimensionare il ruolo dell’amministrazione e dei suoi poteri di disciplina, conformazione e controllo delle attività economiche, ma anche, in definitiva, a

importano un aumento dell'elemento pubblico nelle negoziazioni ora orientate al raggiungimento di assetti di mercato concorrenziali: "[...] Ogni aspetto delle contrattazioni, dalla capacità d'agire al comportamento prenegoziale, dal contenuto agli atti prenegoziali, dalla forma alla stabilità del vincolo, ecc., è suscettibile di essere modellato dall'Autorità di regolazione per le esigenze del mercato (si accompagnino o meno queste ultime anche a fini sociali)".

La delicatezza e, insieme, la difficoltà di tale situazione conseguono, come riferito e come sarà meglio indagato *infra*¹³³, dalla stretta connessione tra le misure di regolazione del mercato e le misure di disciplina del regolamento contrattuale, che "avviene in un contesto legislativo nel quale i poteri sono genericamente individuati e la tipologia della loro incidenza sul meccanismo contrattuale è spesso confusa e incerta, soprattutto in ragione del fatto che è ancora aperto il dibattito relativo alla natura e ai limiti delle azioni di regolazione di questi soggetti"¹³⁴, ossia le *Authorities*, il cui potere regolatorio deve, quindi, risultare conforme non solo al principio di legalità dell'azione amministrativa¹³⁵, ma anche alle norme recate dall'art. 41 Cost., tra cui quella contemplata dal corrispondente comma terzo, che prevede la riserva di legge, nonché dall'art. 23

ridisegnare la fisionomia stessa dell'azione amministrativa - e delle regole che ne definiscono la latitudine - in coerenza con il rovesciamento dei paradigmi tradizionali e con una visione caratterizzata dalla prevalenza della dimensione della libertà individuale piuttosto che del potere pubblico"; così LIGUORI, ACOCELLA, *Presentazione*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni - Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo cit.*, 9, cui si rimanda per la ricostruzione dello stato dell'arte in tema di liberalizzazioni e per la disamina delle "invarianti" del fenomeno.

¹³³ Cfr. i successivi capitoli III e IV.

¹³⁴ Così SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato cit.*

¹³⁵ *Ex art. 97, comma primo, Cost.*, secondo cui: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Nonostante la norma sia testualmente riferita al solo ambito organizzativo, la stessa è pacificamente considerata estensibile all'intera attività espletata dalla Pubblica Amministrazione: depone in tal senso la posizione di supremazia riconosciuta alla legge rispetto all'attività degli uffici dalla citata previsione costituzionale; cfr. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 593.

Cost.¹³⁶ che, assoggettando qualsivoglia imposizione di prestazioni personali o patrimoniali a corrispondenti previsioni normative di rango legislativo, diviene un altrettanto ineludibile parametro di riferimento nello scrutinio delle interrelazioni fra regolazione del mercato e autonomia privata.

I suddetti rapporti, con specifico riguardo alla *potestas* regolatoria in titolarità delle Autorità amministrative indipendenti, sono da Taluno intesi in modo peculiare: piuttosto che come attività di indirizzo e/o condizionamento dell'autonomia privata, la funzione di regolazione svolta dai Garanti sarebbe sussumibile entro un'azione "sostitutiva" - *in toto* o in parte - degli "atti negoziali dei privati che partecipano o dovrebbero partecipare al contraddittorio concorrenziale quando questi non si manifestano spontaneamente"; in altre parole, la regolazione operata dalle *Authorities*, posta su di un piano paritario rispetto all'attività omessa dagli operatori, è utile a preservare la competitività del mercato siccome garantita dalla Carta e dal diritto europeo e, pertanto, non è soggetta alla riserva in favore del legislatore, dal momento che "per l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede [...] la riserva di legge, per la regolazione no, perché è una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza". Invero, allorché i consociati "alterano" i presupposti del gioco concorrenziale non compiendo le attività che risultino indispensabili

¹³⁶ L'art. 23 Cost. dispone che "nessuna prestazione, personale o patrimoniale, può essere imposta, se non in base alla legge". La prescrizione appena riportata reca, dunque, una riserva di legge, interpretata come indubbiamente relativa; cfr. la pronuncia resa dalla Corte Costituzionale il 7 aprile 2011, n. 115 (in www.cortecostituzionale.it), in cui dalla menzionata disposizione la Consulta desume il "rafforzamento" del principio di legalità sostanziale dettato con riguardo all'attività amministrativa: l'espressione "in base alla legge", infatti, deve interpretarsi "in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale". Ne deriva che il rapporto fra la legge e gli atti amministrativi concreti, per essere coerente col principio di legalità come *supra* precisato, non può esaurirsi nel "mero richiamo formale a una prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata a un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale della libertà dei cittadini"; così GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 594 e 595.

all'implementazione della dinamica competitiva degli scambi, le Autorità di regolazione intervengono in via sussidiaria onde colmare la lacuna creatasi, realizzando quelle operazioni che i privati hanno omesso di porre in essere: in tale ipotesi "le autorità indipendenti non esercitano una 'frazione' della sovranità come l'esecutivo tradizionale, svolgono una funzione di 'supplenza' nei confronti della libertà economica"; inoltre, in qualità di atto sostitutivo, il precetto regolatorio può essere sia generale - e quindi destinato a una pluralità di operatori - sia particolare - volto a regolamentare una situazione specifica e/o indirizzato "a un singolo operatore 'recalcitrante' alla concorrenza"¹³⁷.

Tuttavia, la tesi appena esposta tradisce una sostanziale omogeneità delle conclusioni cui perviene rispetto a quanto *supra* argomentato: certamente, l'azione di sostituzione dell'attività dei privati si traduce, nel contempo, in una sua limitazione e, in quanto tale, non può esimersi dall'osservanza della disciplina in tema di limiti all'autonomia e della riserva di legge.

Il "mercato" regolato secondo le modalità riferite, implica - quindi - limiti all'autonomia spettante ai privati, le cui forme esplicative possono esaminarsi alla stregua del tradizionale criterio gerarchico, nonché di quello di competenza¹³⁸, che pur ritrova nella Carta la propria base di legittimazione, sicché non esonera dall'ineffettibile riferimento al principio di riserva di legge.

2.5. La concorrenza.

Tradizionalmente, la nozione di "concorrenza" concerne una forma di mercato che viene contrapposta al monopolio¹³⁹

¹³⁷ Cfr. MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti cit.*, 48 e 49.

¹³⁸ Cfr. BERTI, *Normatività e nuovo disordine delle fonti*, in *Jus*, 2003. I regolamenti adottati dalle Autorità Indipendenti - come meglio *infra* - non sono gerarchicamente inferiori ai regolamenti governativi dai quali si differenziano per competenza: cfr. POLITI, voce *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 1.

¹³⁹ Il monopolio identifica un mercato in cui opera una sola impresa, la quale - non essendo soggetta ad alcuna pressione concorrenziale - è pertanto in condizioni di praticare prezzi superiori ai costi, fissandoli a un livello che massimizzi i suoi profitti. È stato osservato che il monopolio produce inefficienze allocative e produttive: i prezzi più

ovvero identificata come uno degli atteggiamenti che astrattamente può assumere l'iniziativa economica¹⁴⁰.

Più precisamente, "la concorrenza è la veste che assumono più iniziative economiche nei loro rapporti reciproci"¹⁴¹.

Tuttavia, non v'è una definizione del predetto concetto che, in termini giuridici, lasci pienamente soddisfatti.

Occorre, pertanto, essere consci che "Cosa si intenda precisamente per economia di concorrenza non è chiaro, né negli scritti giuridici, né nella giurisprudenza". Nondimeno, "Portata sul terreno giuridico, l'economia di concorrenza non pretende certo che siano realizzate le condizioni che definiscono il modello teorico di mercato di concorrenza: basti pensare alla concentrazione di imprese, che il diritto *antitrust* europeo e nazionale ammettono, benché esse riducano la concorrenza, ed anche al trattamento fatto ai monopoli, dei quali sono contrastati gli abusi ma non l'esistenza. Alla indeterminatezza della nozione giuridica si accompagna la fiducia nei benefici della concorrenza, ricavata — questa sì — dalla teoria economica neoclassica"¹⁴².

Il diritto europeo della concorrenza — che origina dalle speculazioni degli ordoliberali in Germania¹⁴³ sulla necessità di

alti determinati dal monopolista provocano l'abbassamento della domanda e, correlativamente, la diminuzione della produzione, sicché "minori volumi di produzione e prezzi elevati danno così luogo a una perdita di efficienza allocativa. Inoltre, nonostante inizialmente l'impresa monopolista tenda al controllo dei costi nel tentativo di elevare i profitti, essa tenderà con il passare del tempo a evitare di migliorare i propri prodotti e le tecniche produttive, lasciando così che i costi si gonfino rispetto a una situazione di mercato concorrenziale. Ecco quindi che alla perdita di efficienza allocativa si associa, in una situazione di monopolio, anche una perdita di efficienza produttiva". Così AA.VV., MARTELLINI (a cura di), *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, Milano, 2007, 24.

¹⁴⁰ Cfr. FERRI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 532 e 533; GUGLIEMMETTI GIA., GUGLIEMMETTI GIO., voce *Concorrenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, III, Torino, 1988, 301 e ss..

¹⁴¹ Cfr. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*.

¹⁴² Cfr. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio" di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 1-2/2013, 15.

¹⁴³ La scuola ordoliberale di Friburgo, negli anni immediatamente seguenti alla fine del secondo conflitto mondiale, costituì una delle

teorie economiche maggiormente accreditate nel Vecchio Continente. Trattavasi di una corrente di pensiero sviluppatasi in Germania negli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso; i suoi fondatori furono il giurista Franz Böhm e l'economista Walter Eucken. I fondamenti della loro teoria, mutuati dal liberalismo classico, potevano così sintetizzarsi: la concorrenza è ritenuta necessaria per lo sviluppo economico; la libertà economica è strettamente connessa alla libertà politica. Di talché, gli ordoliberali “[...] ritenevano che fossero le decisioni assunte dai privati a dover guidare la crescita delle risorse economiche piuttosto che quelle dell'autorità governativa; poiché soltanto in questo modo si sarebbe ottenuto un sistema economico produttivo e affidabile e si sarebbe, allo stesso tempo, ridotto il potere del governo. Essi infatti erano interessati a prevenire il formarsi di un nuovo regime totalitario e di tutto ciò che esso aveva provocato in Europa nel ventennio precedente”. Siffatti concetti, tuttavia, costituirono soltanto il punto di partenza della costruzione ordolibérale che, invero, “[...] andò oltre le assunzioni del liberalismo, ritenendo che non fosse sufficiente proteggere l'individuo dal potere di governo, poiché quest'ultimo non era l'unico pericolo per la libertà individuale. Le potenti istituzioni economiche erano anch'esse in grado di distruggere o di limitare la libertà, soprattutto quella economica. Gli ordoliberali pertanto si concentrarono sullo studio di un sistema sociale fondato su un'economia di mercato e cercarono di capire quali fossero i meccanismi che ne disciplinavano il funzionamento”, così pervenendo a configurare il mercato come “[...] un ordine spontaneo prodotto da un sistema auto-organizzato”. In tale contesto lo Stato “[...] era chiamato a svolgere un ruolo costitutivo e sussidiario nei confronti della libertà economica: costitutivo perché una sua scelta fondava l'esistenza dell'economia di mercato; sussidiario poiché lo Stato doveva solo limitarsi a garantire che la concorrenza non fosse distorta”. Peraltro, occorre sottolineare che “[...] i capisaldi del pensiero ordolibérale erano i valori sociali e umani, obiettivi da raggiungere con un sistema competitivo; gli studiosi di Friburgo non avevano in mente alcun tipo di concetto puramente economico, come ad esempio l'efficienza. Una politica statale che prevenisse delle posizioni di potere di mercato non era dunque contraria alla libertà contrattuale, ma anzi era costitutiva di quella libertà. Il modello di *competition law* degli ordoliberali aveva pertanto come obiettivo la prevenzione dei monopoli, l'abolizione del potere monopolistico esistente e, laddove non possibile, il controllo del comportamento del monopolista”; questa, in sintesi, la puntuale ricostruzione di MESSINA, *L'efficienza e il benessere dei consumatori nella valutazione dell'abuso di posizione dominante, Usa-Eu a confronto*, Roma, 2009, 43 e ss. Cfr. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, II, Milano, 2005, 1434. In altri termini, l'impostazione ordolibérale di Friburgo si resse su quattro punti cardine: “a) ogni mercato ha bisogno, per poter funzionare come tale,

difendere la libertà individuale, tra cui, segnatamente, quella di iniziativa economica, sia dal potere dello Stato, che da quello privato economico¹⁴⁴ - ha fatto ingresso nel nostro ordinamento all'esito della ratifica dei trattati¹⁴⁵ e "si è *de facto* scontrato con

di regole certe e di istituzioni che le facciano rispettare; b) il funzionamento "spontaneo" dei mercati conduce ad assetti non conformi all'utilità sociale, perché comporta normalmente l'insorgere di potere di mercato in capo ad alcuni soggetti e conseguente compressione della libertà e del benessere di altri; c) è compito dello Stato dare un ordine giuridico ai mercati, si dà orientarne l'azione verso risultati di massimo benessere collettivo; d) in questo quadro si rende necessaria anche un'attiva politica *antitrust*, volta a combattere i cartelli e gli abusi di potere monopolistico"; così LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana cit.*, 1434.

¹⁴⁴ "Lo scenario che caratterizzò la Germania negli anni Trenta, in cui la concertazione tra il governo nazista e i cartelli privati fu uno dei veicoli del lavoro forzato e dello sterminio degli ebrei, offrì gli spunti di riflessione per gli economisti e i giuristi dell'università di Friburgo. Questi ultimi compresero la necessità di una solida cornice istituzionale volta ad evitare che si formasse un potere privato non legittimato e che, agganciandosi al potere pubblico, potesse generare delle tragedie come quelle che la Germania stava vivendo". Così AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, 44.

¹⁴⁵ L'origine di un diritto europeo della concorrenza a connotazione sovranazionale può farsi risalire al Trattato di Parigi del 1951, che introdusse diverse misure pro-competitive, le quali portarono alla istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio ("CECA"). Siffatto Trattato - adottato da Francia, Italia, Germania Occidentale, Belgio e Paesi Bassi - esitò nella creazione di un mercato comune nel settore del carbone e dell'acciaio, sopprimendo i diritti di dogana e le restrizioni quantitative che frenavano la libera circolazione di queste merci; sopprese, altresì, tutte le misure discriminatorie, gli aiuti e le sovvenzioni che erano accordati dai vari Stati alla propria produzione nazionale. Sicché, il principio di concorrenza libera in tale settore consentiva di mantenere i prezzi al livello più basso possibile, pur assicurando agli Stati il controllo sugli approvvigionamenti. A fondamento della firma del citato Trattato vi furono: da un lato, il desiderio di diminuire il potere della Germania - mettendo a disposizione anche di altri Paesi europei l'accesso a due risorse considerate indispensabili -; dall'altro, la constatazione che un mercato improntato al gioco competitivo risulta più efficiente, come verosimilmente poteva apprezzarsi in riferimento all'esperienza statunitense, da tempo caratterizzata dall'orientamento della propria economia in senso concorrenziale; cfr. MESSINA, *L'efficienza e il benessere dei consumatori nella valutazione dell'abuso di posizione dominante, Usa-Eu a confronto cit.*, 39 e 40.

la cultura giuridica del Paese, meno incline a mercati concorrenziali e più incline al controllo pubblico dell'economia, concezione sancita nell'impianto costituzionale tradizionale"¹⁴⁶ e, in particolare, alla base delle letture più risalenti delle disposizioni inerenti ai "Rapporti economici" contenute nella Carta.

D'altronde, prima della riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nell'anno 2001¹⁴⁷, non è dato ravvisare nel nostro ordinamento un espresso riconoscimento della tutela della concorrenza a livello costituzionale.

Con la citata modifica dell'art. 117 della Carta, invece, si prevede, esplicitamente, la "tutela della concorrenza" quale materia di rilevanza costituzionale riservata alla competenza legislativa statale esclusiva¹⁴⁸ ai fini della sua doverosa salvaguardia¹⁴⁹. Al contempo, il principio di concorrenza viene considerato come principio al quale è improntato il diritto dell'Unione europea e, per questa via, esso assume la forza di vincolo nel senso dell'art. 117, comma primo, della Costituzione¹⁵⁰.

Invero, le norme codicistiche, entrate in vigore prima della Costituzione, di cui agli artt. 2595 ss. c.c.¹⁵¹, concernono i

¹⁴⁶ Cfr. ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale cit.*, 81 e 82.

¹⁴⁷ Avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

¹⁴⁸ L'art. 117, comma secondo, Cost. affida alla competenza legislativa statale esclusiva diverse materie, fra cui, alla lettera e) dello stesso articolo, sono ricomprese quelle della "moneta", della "tutela del risparmio e mercati finanziari"; della "tutela della concorrenza", del "sistema valutario"; del "sistema tributario e contabile dello Stato"; dell'"armonizzazione dei bilanci pubblici"; della "perequazione delle risorse finanziarie".

¹⁴⁹ Cfr. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2002, 440-441.

¹⁵⁰ Cfr. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio" di concorrenza: proprietà e fondamento cit.*.

¹⁵¹ L'art. 2595 c.c., intitolato ai "limiti legali alla concorrenza", introduce le disposizioni generali (di cui alla Sezione I) relative alla disciplina della concorrenza (di cui al Capo I) nell'ambito della sua più generale regolamentazione (di cui al Titolo X, ex artt. 2595-2620 c.c.). La disposizione di cui all'art. predetto così prevede: "La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge [e dalle norme corporative]". La Corte Costituzionale ha sottolineato la sostanziale affinità concettuale tra il criterio del rispetto degli "interessi

rapporti interprivati; inoltre, come riferito, le prime interpretazioni dell'art. 41 Cost. non erano interessate all'aspetto pluralistico della libera iniziativa economica.

Di talché, si comprende la rilevanza dell'impulso al riconoscimento (anche soltanto in via interpretativa) della doverosa salvaguardia della competitività del mercato promosso dall'intervento del legislatore comunitario¹⁵².

Ciononostante, i moniti sovranazionali circa la necessità di incrementare i profili concorrenziali della nostra economia rimasero a lungo inattuati; nel nostro ordinamento l'emanazione di una disciplina organica in materia di concorrenza è rinvenibile con notevole ritardo rispetto agli altri

dell'economia nazionale", entro cui, *ex art. 2595 c.c.*, deve mantenersi lo svolgimento della iniziativa economica, e quello della compatibilità con i "*fini di utilità sociale*" da cui è condizionata la realizzazione della correlata libertà: cfr. Corte Cost., 21 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. Cost.*, 404 e ss..

¹⁵² Decisiva, al riguardo, fu la firma - il 25 marzo 1957 - del Trattato della Comunità economica europea (o "TCEE") ad opera degli Stati che già avevano preso parte al Trattato di Parigi; si convenne che il nuovo patto avesse vigenza a tempo indeterminato. Le finalità di tale Trattato furono esplicitate dal relativo art. 2 e coincidevano, oltre che con il mantenimento della pace, con "lo sviluppo armonioso delle attività economiche all'interno della Comunità", con un'"espansione equilibrata e continua, una maggiore stabilità, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano". Il medesimo art. 2 indicava pure i mezzi da impiegare onde conseguire i predetti obiettivi: "la creazione di un mercato comune e il ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri". Inoltre, allo scopo di salvaguardare il mercato comune furono previsti: la politica commerciale comune (*ex art. 110 TCEE*) - onde evitare la stipula di accordi fra gli Stati aderenti al Trattato e altri Stati od organizzazioni extra-comunitarie che potessero provocare discriminazioni e distorsioni della concorrenza -; il divieto di limitare la circolazione di persone, servizi, merci e capitali sulla base di discriminazioni fondate sulla nazionalità (trattasi delle cosiddette "quattro libertà commerciali") - al fine di contrastare possibili condotte poste in essere dagli Stati membri, lesivi per la concorrenza -; i divieti per le imprese di limitare la competitività, in particolare attraverso le previsioni di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, che sancivano la illiceità di intese restrittive della concorrenza il divieto di abuso di posizione dominante. Il Trattato CEE, a differenza di quello istitutivo della CECA, non recava norme in tema di concentrazioni, le quali sarebbero poi state introdotte con il Regolamento n. 4064/1989.

Stati industrializzati¹⁵³: Germania, Regno Unito e Francia adottarono le prime legislazioni in materia verso la fine degli anni Quaranta del secolo scorso, mentre in ambito comunitario le regole della concorrenza già figuravano nei Trattati di Parigi del 1952 e di Roma del 1957. Rispetto alla normativa statunitense, l'Italia intervenne con quasi un secolo di ritardo rispetto allo *Sherman Act* del 1890¹⁵⁴.

Difatti, come autorevolmente sunteggiato dalla Suprema Corte in una nota pronuncia resa a Sezioni Unite nell'anno 2005¹⁵⁵, fu soltanto l'irrompere sulla scena istituzionale della cosiddetta legge *antitrust* 10 ottobre 1990, n. 287, a rappresentare una "[...] novità nel panorama nazionale che, pur nella vigenza del Trattato CE e dunque anche dei principi desumibili dagli artt. 85 (art. 81) e ss., era tuttavia imperniato sulla logica codicistica della concorrenza sleale e, dunque, sulla tutela dell'imprenditore dall'attività scorretta del concorrente", a sua volta strumentale alla "tutela del corretto rapporto di

¹⁵³ Cfr. la ricostruzione di CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma - Bari, 2001, ove si precisa che il ritardo è verosimilmente dovuto al perseguimento, nel periodo fascista e fino agli anni Ottanta, di un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico intensivo, in un contesto caratterizzato da una strutturale debolezza del sistema produttivo nazionale. Solo verso la fine degli anni Ottanta, sotto l'impulso delle iniziative liberalizzatrici delle Comunità Europee e con l'accelerazione del processo di integrazione europea, è venuta maturando la convinzione che la crisi dell'industria pubblica altro non fosse che la diretta conseguenza di decenni di interventi statali. Parallelamente, le iniziative di liberalizzazione delle Comunità Europee in alcuni settori di servizi di pubblica utilità e l'applicazione delle regole comunitarie in materia di aiuti di Stato hanno permesso un intervento per il riassetto di molti settori dell'economia nazionale. Così, attraverso un ripensamento circa il ruolo dello Stato nell'economia nazionale, si è giunti a riconoscere il mercato come meccanismo ordinatore dei comportamenti degli operatori economici, ridimensionando conseguentemente il ruolo e le modalità dell'intervento pubblico nella sfera economica. In questo scenario, si assiste alla privatizzazione delle imprese pubbliche e alla liberalizzazione di settori precedentemente sottratti alla libera concorrenza e coperti da regime di riserva legale, favorendo il dibattito circa l'introduzione di una disciplina che regolasse la concorrenza tra le imprese.

¹⁵⁴ Lo *Sherman Act* rappresenta la più antica legge *antitrust* degli Stati Uniti e la prima azione del governo statunitense volta a limitare monopoli e cartelli.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. S.U., 4 febbraio 2005, 2207, in *www.iusexplorer.it*.

concorrenza”, calato in una “[...] dimensione essenzialmente interindividuale dei conflitti”. Ne deriva che “La normativa che difende l’imprenditore dalla concorrenza sleale, dunque, ancorché la si possa ritenere consapevole della dimensione necessariamente concorrenziale del mercato, provvede pur sempre alla riparazione dello squilibrio che ad uno *specifico*¹⁵⁶ rapporto di concorrenza viene cagionato dalla scorrettezza di un concorrente”. I Supremi Giudici evidenziano il carattere assolutamente innovativo del Trattato CE che, diversamente dalla normativa recata dal codice civile italiano, contempla precetti volti a salvaguardare la struttura e la logica competitiva del mercato che, “[...] in quanto luogo nel quale si esplica la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l’esercizio dell’impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività perché diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione, è illecito. In particolare, poiché l’esercizio della concorrenza presuppone l’autonomia delle imprese concorrenti nell’esercizio delle rispettive scelte di mercato, è illecito ogni fatto che porta a ridurre questa autonomia¹⁵⁷”.

Le riportate perentorie statuizioni vanno oggi rilette alla luce di quella che si palesa come un’ineludibile sintesi da operare fra le necessarie compressioni dell’autonomia privata a fini regolatori, che la Carta – siccome riletta di recente – prevede all’art. 41, commi secondo e terzo – e il principio della doverosa protezione da garantire al gioco concorrenziale, costituzionalizzato dal riformato art. 117, comma secondo, lett. e), Cost., il quale individua nella protezione della competitività del mercato un limite “di carattere trasversale” all’introduzione di discipline anti-concorrenziali, tale da influire significativamente anche sulla dinamica dei rapporti fra Stato e Regioni¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Corsivo nostro.

¹⁵⁷ “[...] assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all’esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione”; così specifica possibili *exempla* di condotte illecite la Corte di legittimità.

¹⁵⁸ Cfr. quanto statuito da Corte Cost., 18 aprile 2014, n. 104 (in *www.iusexplorer.it*) che, in materia di relazioni fra Stato e Regioni (ad autonomia speciale), ha statuito che “È costituzionalmente illegittimo l’art. 2 l. reg. Valle d’Aosta 25 febbraio 2013, n. 5. Premesso che la

D'altronde, le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione precisano che la legge *antitrust*, nel proprio articolo di esordio, identifica la propria normativa come attuativa dell'art. 41 Cost. (oltre che da interpretare indefettibilmente in base ai principi dell'ordinamento comunitario)¹⁵⁹, ossia della disposizione della

materia "tutela della concorrenza", dato il suo carattere finalistico, non è una materia di estensione certa o delimitata, ma è configurabile come trasversale, corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento e in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regioni; che, proprio per il carattere trasversale della competenza esclusiva statale il titolo competenziale delle regioni a statuto speciale in materia di commercio non è idoneo ad impedirne il pieno esercizio; che la disciplina statale della concorrenza costituisce un limite alla disciplina che le medesime regioni possono adottare in altre materie di loro competenza, la disposizione censurata, la quale, nell'inserire l'art. 1 bis nella l. reg. 7 giugno 1999, n. 12, attribuisce alla Giunta regionale il compito di individuare, sentite le associazioni delle imprese, gli indirizzi per il conseguimento degli obiettivi di equilibrio della rete distributiva in rapporto alle diverse categorie e alla dimensione degli esercizi, tenendo conto anche dell'interesse dei consumatori alla qualità, alla varietà, all'accessibilità e alla convenienza dell'offerta, così consentendo alla Regione interventi che ben possono risolversi in limiti alle possibilità di accesso sul mercato degli operatori economici, viola la detta competenza esclusiva statale, nell'esercizio della quale è stato adottato l'art. 31, comma 2 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., in l. 22 dicembre 2011, n. 214, che detta una disciplina di liberalizzazione e di eliminazione di vincoli all'esplicarsi dell'attività imprenditoriale nel settore commerciale stabilendo che "costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali" sentt. n. 401, 430 del 2007, 160 del 2009, 45, 270 del 2010, 299 del 2012, 38 del 2013".

¹⁵⁹ Cfr. il disposto di cui all'art. 1, comma primo, legge 10 ottobre 1990, n. 287, rubricato "Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario" che, testualmente, così prevede: "1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

Carta che - si ribadisce - individua limiti peculiari all'esplicazione dell'autonomia privata, *sub specie* di iniziativa e di attività economica.

Fra le conclusioni suesposte non v'è antinomia: "oggetto della tutela della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come già del Trattato, è appunto la struttura concorrenziale del mercato di riferimento", posto che "[...] la legge non si occupa dell'intesa tra i piccoli barbieri di paese" e, dunque, non attiene al "[...] pregiudizio del concorrente, ancorché questo possa essere riparato dalla repressione della intesa [...]", piuttosto avendo riguardo a un "più generale bene giuridico", da rintracciarsi nella competitività del mercato¹⁶⁰. Non a caso, la Corte Suprema chiarisce che "[...] la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato"¹⁶¹.

In effetti, anche il richiamo alla norma costituzionale *ex art.* 41 Cost. da parte dell'art. 1, primo comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha dato origine a discussioni e critiche sulla possibilità di conciliare la tutela della concorrenza e del mercato con la tutela della libertà di iniziativa economica.

In dettaglio, i differenti orientamenti hanno indagato se le regole poste a presidio della competitività del mercato debbano ricondursi al primo ovvero al secondo comma del menzionato art. 41 Cost..

Secondo Talano la legge *antitrust* sarebbe affetta da "strabismo costituzionale": essa si autoqualifica di "attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica" e, nel contempo, pone limiti, oneri, condizioni e divieti che, siccome incidenti sull'esercizio di una libertà preesistente, non possono considerarsi posti "a garanzia" della libertà medesima, bensì esclusivamente di valori che la sovrastano, i quali vengono individuati in quelli precisati dal secondo comma del medesimo art. 41 Cost. e, anzitutto, nella "utilità sociale"¹⁶². È

¹⁶⁰ In proposito, peraltro, i Giudici Supremi chiariscono che la protezione garantita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, onde assicurare la competitività del mercato nel suo complesso, non trascura di considerare la eventuale portata plurioffensiva della condotta vietata, atteso che un'intesa non consentita, perché illecita, può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori dell'intesa.

¹⁶¹ Cfr. Cass. S.U., 4 febbraio 2005, 2207 *cit.*.

¹⁶² Cfr. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1993, 543 e 545.

stato notato che “la rilevanza sul piano giuridico di siffatta impostazione sta in ciò che, se i comportamenti repressi ledessero un diritto di libertà, la loro condanna dovrebbe considerarsi necessaria e incondizionata e, ove contenuti in fattispecie negoziali, ne risulterebbe viziata la causa. Dato, invece, che di regola è necessario apprezzare l'utilità sociale in concreto, soprattutto laddove vi sia una pluralità di esigenze da conciliare o da mettere in ordine secondo un criterio di prevalenza, occorre allora una scelta successiva: è quanto avviene in particolare nella repressione delle intese e delle concentrazioni, le quali sono vietate in quanto pregiudichino la concorrenza nel mercato ma, d'altra parte, possono essere dispensate dal divieto ove il sacrificio della concorrenza sia richiesto o compensato da esigenze ovvero benefici di ordine economico e sociale”¹⁶³.

Per converso, altra ricostruzione riconosce la libertà di concorrenza e del mercato quale strumento necessario e naturale per realizzare la tutela e la garanzia del diritto di iniziativa economica¹⁶⁴.

Un'ulteriore opzione esegetica ritiene che una legge che tutela la libertà di concorrenza non può ritenersi un limite alla libertà di iniziativa economica; di contro, essa sopperisce all'insufficienza dei meccanismi autocorrettivi che spesso il mercato non riesce a esprimere¹⁶⁵.

V'è ancora Chi ha evidenziato come l'espressa derivazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dal primo comma dell'art. 41 Cost. e, quindi, dall'affermazione del principio di libertà di iniziativa economica, importi che anche il luogo in cui la stessa libertà si esercita - il mercato - sia strutturato in modo libero: oggetto della tutela della legge *antitrust* è, dunque, il mercato concorrenziale in quanto tale¹⁶⁶.

Per vero, l'art. 1 della legge *antitrust* fornisce all'esegeta un'indicazione privilegiata riguardo all'interpretazione dell'art.

¹⁶³ Così MESCHINI, *Nota a Cass. Civ. S. U. n. 2207 del 2005*, in *Giurisprudenza commerciale*, VI, 2005, 721.

¹⁶⁴ Cfr. PINNARÒ, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1993, 430.

¹⁶⁵ Cfr. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, 38 e 319.

¹⁶⁶ Cfr. BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000, 397.

41 Cost., cosicché questo sia inteso come posto a protezione di un diritto di iniziativa economica - nella sua più ampia accezione: comprensivo non solo della decisione iniziale di investimento, bensì dell'intera attività d'impresa -, che ha ad oggetto anche l'attività concorrenziale; la concorrenza, peraltro, rileva non soltanto come situazione soggettiva protetta, bensì anche come situazione di fatto socialmente utile, per cui l'esercizio della libertà di iniziativa economica per finalità contrastanti con la dinamica concorrenziale è valutato come confliggente con l'utilità sociale; dunque, la libertà di iniziativa, e quindi anche la concorrenza, sono "tutelate e garantite"¹⁶⁷.

Ne deriva il riconoscimento della "concorrenza" come autonomo bene giuridico¹⁶⁸, distinto dalla "libertà di concorrenza", la quale è libertà di scegliere *se e come* concorrere nel mercato¹⁶⁹ e, pertanto, è stata indicata come "concorrenza soggettiva".

La concorrenza effettiva o in senso oggettivo, quale autonomo bene giuridico tutelato, è tesa, invece, proprio a rivolgersi ai privati che esercitino negativamente la propria libertà di concorrenza¹⁷⁰.

D'altronde, è stato evidenziato¹⁷¹ come la giurisprudenza costituzionale, dopo qualche risalente titubanza e impropria sovrapposizione, recentemente si sia dimostrata consapevole dell'alterità fra "libertà di concorrenza" e "concorrenza effettiva"¹⁷². In tale solco interpretativo è stato chiarito che "dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che

¹⁶⁷ Cfr. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del convegno di Roma, 9-10 ottobre 2000*.

¹⁶⁸ Cfr. ID., *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana cit.*, 1435. Lo stesso Autore dà conto di un'altra impostazione secondo la quale si rinviene il giuridico fondamento della concorrenza quale bene autonomo nella "utilità sociale" positivizzata dall'art. 41, comma secondo, Cost. allo scopo di limitare l'iniziativa economica; nonché, ancora, riferisce di un ulteriore orientamento che sostiene, per converso, l'assenza di alcuna copertura normativa a favore del suddetto bene.

¹⁶⁹ Rientrano in siffatta nozione anche condotte negative.

¹⁷⁰ Ad esempio, mediante la negoziazione di cartelli.

¹⁷¹ Cfr. ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale cit.*, 93 e ss..

¹⁷² Cfr. Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 14, in *www.federalismi.it*.

comprende interventi regolativi, misure *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza”; del resto, la tutela della concorrenza “costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”: il mercato concorrenziale, dunque, assurge a rilevanza in quanto sistema economico oggettivamente considerato, in ossequioso richiamo al principio ordinatore della politica economica dell’Unione Europea di un’“economia di mercato aperta ed in libera concorrenza” (cfr. art. 119, comma primo, Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea o “TFUE”), per la cui realizzazione sarebbe possibile “il sacrificio o comunque la compressione delle medesime sfere di libertà economica (nonché di concorrenza) consacrate” nell’art. 41 Cost.¹⁷³.

Quanto al contenuto proprio del bene “concorrenza effettiva”, col tempo e a seguito di molteplici speculazioni, si è progressivamente consolidata una concezione più “inclusiva”, nella quale convergono obiettivi di efficienza allocativa, di efficienza produttiva e di efficienza dinamica. In sostanza la concorrenza, secondo la tesi attualmente più diffusa, deve constare di tre elementi affinché possa dirsi effettiva: “a) la mancanza di barriere artificiali all’entrata, b) l’esistenza di una effettiva libertà di scelta dei consumatori e c) l’esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche, commerciali ed organizzative”¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. NIRO, *Commento sub art. 41 cit.*, 860.

¹⁷⁴ Cfr. ALTIERI, DELL’ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale cit.*, 95.

3. La (non impossibile) “quadratura del cerchio”¹⁷⁵.

Regolazione, autonomia privata, iniziativa economica, mercato, concorrenza, alla luce delle esposte osservazioni, convergono oggi nel “rapporto circolare” di cui si è dato conto.

Trattasi di una constatazione, oltre che attuale, tutt'altro che scontata, ove si consideri che - com'è emerso *supra* - taluni termini della riferita relazione per lungo tempo sono risultati, se non in antinomia, quanto meno distanti: così è stato, emblematicamente, per “concorrenza” e “iniziativa economica”, ovvero per “autonomia privata” e “mercato” all'epoca dello Stato imprenditore.

Tuttavia, l'avvento dello Stato regolatore rende possibile ciò che sembrava impossibile: coniugare i suddetti elementi, cosicché risultino imprescindibili l'uno senza l'altro.

Per tal via la distinzione fra regolazione e tutela della concorrenza - alla cui stregua la prima sarebbe talmente

¹⁷⁵ L'espressione, qui (forse arditamente) utilizzata in senso contrario al suo usuale significato metaforico (quale sinonimo di un'impresa vana, senza speranza o priva di un significato concreto) al fine di evidenziare come sia divenuto possibile “mettere insieme” in un unico “rapporto circolare” regolazione, autonomia privata, iniziativa economica, mercato e concorrenza - così realizzando ciò che dapprima era considerato impossibile -, origina da un problema matematico appunto rimasto privo di soluzione, che così è stato efficacemente sintetizzato: “Dato un cerchio, il problema della sua quadratura consiste nel disegnare un quadrato che abbia la sua stessa area, imponendo di: 1) utilizzare una riga non graduata e un compasso; 2) utilizzare un numero finito di passaggi intermedi. [...] Quello della quadratura del cerchio è un problema che si è protratto dall'antichità fino al XIX secolo. Nel 1775 l'Accademia delle Scienze di Parigi fu costretta a non accettare più le presunte *soluzioni* della quadratura del cerchio, perché ne pervenivano talmente tante che la loro revisione impegnava a tempo pieno il lavoro di molti geometri dell'Accademia. I tentativi continuarono anche dopo che Ferdinand von Lindermann (Carl Louis Ferdinand von Lindermann; Hannover 1852 - Monaco di Baviera 1939) nel 1882 dimostrò la trascendenza di π (un numero si dice trascendente se non è soluzione di alcuna equazione algebrica). Va sottolineato che la dimostrazione di π numero trascendente implica l'impossibilità di risolvere il problema della quadratura del cerchio. Ma, così come avvenne per il quinto postulato di Euclide, per più di duemila anni, i matematici tentarono invano di risolvere un problema irrisolvibile. I loro tentativi condussero comunque ad approssimazioni sempre più precise di π ”. Così ZUCCHINI, *La quadratura del cerchio*, Mnamon, 2013.

limitativa della seconda in guisa da riflettere la tradizionale contrapposizione tra autorità e libertà - tende a dissolversi, "lasci[ando] spazio all'attribuzione al medesimo organismo di funzioni di regolamentazione e di promozione della concorrenza, finalità di garanzia e finalità più propriamente politiche, che si esprimono attraverso atti di contenuto precettivo"¹⁷⁶.

In particolare, l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti e l'esercizio delle loro originali prerogative rendono chiare le finalità della moderna regolazione, ossia la garanzia della competitività del mercato e il perseguimento di obiettivi sociali di sviluppo equo ed equilibrato, di coesione e di redistribuzione, che, giuridicamente, postulano un rinnovato assetto delle istituzioni e una nuova tipologia di norme¹⁷⁷.

Si spiega, in tal modo, anzitutto, la mutazione fisionomica di parte della soggettività pubblica, se è vero che i Garanti sono stati definiti come "enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti"¹⁷⁸; si comprende, inoltre, la legittima ricompressione della peculiare normativa promanata dalle *Authorities* fra le fonti attuali del diritto dei contratti, la quale - come è stato autorevolmente sottolineato - presenta una connotazione del tutto particolare, posto che "[...] il fenomeno significativo non è che le autorità abbiano un potere normativo, o regolamentare, e che quindi i contratti trovano la loro disciplina (anche) nei regolamenti delle autorità indipendenti", bensì bisogna non obliterare che "qualunque dichiarazione dell'autorità indipendente viene considerata come norma per chi deve svolgere un'attività soggetta a quell'autorità indipendente. Poiché l'autorità indipendente è anche giudice, *il* giudice, e, dunque, ogni sua dichiarazione diventa norma, precedente

¹⁷⁶ Così, perspicuamente, ACOCELLA, *Le scelte di politica economica e gli interventi a tutela della concorrenza*, in *www.luiss.it*.

¹⁷⁷ Cfr. quanto argomentato *supra* al paragrafo n. 2.1..

¹⁷⁸ Così AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 16.

vincolante l'operato quotidiano"¹⁷⁹. Del resto, a sostegno di quanto testé affermato, si pongono la molteplicità e la complessità dei poteri in titolarità delle *Authorities*, che hanno posto notevoli problemi interpretativi, in specie in relazione alla natura giuridica di tali enti e alla loro legittimazione costituzionale¹⁸⁰.

Invero, l'Italia, come altri Paesi, all'esito dell'apertura del mercato alla concorrenza, ha affidato funzioni di regolazione a organismi (più o meno) indipendenti dal Governo, la cui istituzione si è tradotta in enti dalla notevole varietà tipologica, a riprova della quale si pone – tuttora – la mancanza di una normativa unitaria che disciplini il fenomeno¹⁸¹.

Sicché, ai molteplici tipi di Garanti contemplati dall'ordinamento corrisponde la varietà dei loro atti che, di conseguenza, importano differenti gradi di possibilità di conformazione dell'autonomia privata.

Nondimeno, in disparte la riflessione sul *quantum* di conformazione eventualmente realizzabile dalle *Authorities*, resta certo l'*an* della sua attuazione a fini regolatori, siccome persino suffragato da specifiche disposizioni di legge¹⁸². Per tal via, s'invera il citato "rapporto circolare", dando quindi la stura a una (non più impossibile, quantunque sicuramente difficile e,

¹⁷⁹ Così DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti cit.*, 60. L'Autore, oltre alla "normativa" prodotta dai Garanti, include fra le odierne fonti del diritto dei contratti anche la legislazione regionale e quella comunitaria che, rispettivamente, pongono problemi rispetto alla delimitazione degli spazi privatistici in cui potersi esplicitare e alla ricezione ad opera della legge e della prassi italiane.

¹⁸⁰ Su cui, *funditus*, al successivo capitolo II, paragrafo n. 2.

¹⁸¹ Ne dà atto TORANO, *Contributo sulla definizione di "Pubblica Amministrazione" rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm. CDS*, 4/2013, 1051 e ss., quando ricorda che la disciplina delle *Authorities* non è improntata ad un regime giuridico comune.

¹⁸² Oltre alla già ricordata legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità", istitutiva di "Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" (fra cui l'AGCOM e l'AEEGSI), rileva quanto altresì disposto dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari, che ha espressamente assegnato poteri regolamentari ad *Authorities* come la Banca d'Italia e la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (*breviter*, "CONSOB").

come meglio *infra*, grvida di questioni) “quadratura del cerchio”, che avvince i menzionati elementi fra loro in necessaria interazione.

CAPITOLO II

LE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE.

SOMMARIO: 1. Il connotato tipico dello Stato regolatore; 2. Dalle peculiarità ontologiche a talune questioni esegetiche; 2.1. In particolare: sulla legittimazione all'esercizio del potere regolamentare e sulle caratteristiche dei provvedimenti di regolazione; 2.2.a. Segue: sul sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione; 2.2.b. Segue: raffronto col controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori; 3. Le Autorità di regolazione e la "conformazione" dell'autonomia privata (rinvio).

1. Il connotato tipico dello Stato regolatore.

Nel capitolo che precede si è posta in luce l'interrelazione che attualmente involge autonomia privata, iniziativa economica, mercato e concorrenza nel contesto dello Stato regolatore e in ragione dell'esercizio di particolari poteri istituzionalmente devoluti ai Garanti.

Invero, la genesi delle Autorità amministrative indipendenti risale, come anticipato, proprio all'affermazione dello Stato regolatore, che si connota, rispetto ad altre forme di Stato, proprio per la presenza di siffatte *Authorities*, e che, pertanto, può ben 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 Autorità regolative lì dove possibile ed opportuno". Tali Autorità operano non soltanto esercitando un potere normativo in senso stretto, bensì anche mediante "ordini, dispense, raccomandazioni, indagini, autorizzazioni, sanzioni amministrative o pecuniarie"; 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"¹⁸³. Difatti, negli ambiti esplicativi delle

¹⁸³ Così LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 32 e 33. Inoltre, segnala siffatta peculiare caratterizzazione dello Stato

potestates assegnate ai Garanti la molteplicità e la diversità degli interessi in gioco – che impongono l’attuazione di interventi di differente intensità onde perseguire un loro (difficile quanto necessario) equilibrio – comportano difficoltà nella individuazione dell’interesse generale ad opera del legislatore, richiedendo – per contro – la creazione di peculiari comparti nei quali interessi inevitabilmente eterogenei possano trovare adeguata definizione e appropriata composizione anche rispetto agli interessi in titolarità dei privati¹⁸⁴, dimodoché il loro perseguimento sia funzionale alla realizzazione di effetti determinati; ne deriva una prospettiva per così dire rovesciata rispetto a quella tradizionale (in virtù della quale, invece, alla “identificazione” legislativa dell’interesse pubblico specificamente da perseguire segue la “entificazione” dello stesso all’esito dell’esercizio del potere amministrativo¹⁸⁵), posto che nei settori di pertinenza delle attività delle *Authorities* “l’interesse generale non è più un archetipo, ma un risultato”¹⁸⁶.

regolatore anche PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi *cit.*.

¹⁸⁴ Siffatto contemperamento costituisce, invero, l’essenza del principio di imparzialità, nella cui ricostruzione “occorre favorirne il nucleo centrale che è dato dalla risultante di due forze: massimo profitto *sociale* – minimo costo *sociale*, la quale a sua volta si traduce nel principio di azione del perseguimento del massimo soddisfacimento degli interessi coinvolti (ivi compreso innanzitutto l’interesse pubblico specifico, elemento teleologico del potere esercitato) e ciò si consegue attribuendo la massima aderenza dell’assetto giuridico prescritto alla realtà (vera) della situazione sociale su cui si interviene [... sicché] la legge è destinata a perdere il suo ruolo, che si era disposti a riconoscerle nel passato anche recente, di cristallizzare esaustivamente l’interesse (pubblico specifico) perseguibile e pertanto si impone, a mo’ di imperativo categorico, il concorso attuativo su questo piano dell’attività amministrativa; operazione sì delicata che viene qui riassunta con il termine storicizzazione, vale a dire la necessità di concorrere a determinare la reale e definitiva entità dell’interesse da soddisfare, percependo ed assecondando l’esatta cifra che esso assume nel reticolo degli interessi sociali (pubblici e privati) che dall’azione intrapresa vengono coinvolti”; in tal senso opina, autorevolmente, PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 241 e 242.

¹⁸⁵ ID., *ibidem*, *passim*.

¹⁸⁶ TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, 1996, 66 e ss.

Del resto, l'attività di regolazione economica svolta dai Garanti si dimostra complessa, poiché atta a svolgere due funzioni: una "macro", che condiziona la struttura del mercato, e un'altra "micro", che incide sul rapporto giuridico e sulla disciplina dei contratti prescrivendo le regole di condotta degli operatori economici; mentre la prima è volta a conseguire scopi tecnico-economici, mirando alla promozione di dinamiche concorrenziali, la seconda persegue la finalità di ristabilire un contraddittorio paritario tra le parti, fronteggiando i casi in cui – in realtà – manchi un'autonomia contrattuale in ragione della sussistenza di asimmetrie informative e squilibri economici, così prevenendo risultati socialmente indesiderabili¹⁸⁷.

Coerentemente, invero, le Autorità indipendenti presentano caratteristiche particolari sul piano soggettivo-organizzativo¹⁸⁸, nonché sul piano oggettivo-funzionale¹⁸⁹, nonché fanno uso della cosiddetta discrezionalità tecnica, ossia di un sapere specialistico indispensabile allorché la norma attributiva del potere rinvii a nozioni tecniche al fine di decodificare un fatto complesso; per tale ragione la giurisprudenza amministrativa ha "disaggregato" il provvedimento amministrativo adottato dai Garanti in diverse parti, corrispondenti ad altrettante fasi di controllo svolte dalle Autorità: una prima fase di accertamento dei fatti; una seconda di contestualizzazione della norma che,

¹⁸⁷ In tal senso si esprime la pronunzia emessa dal T.A.R. Lombardia, Sez. III, 14 marzo 2013, n. 683, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2014, 169, con commento di IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, *ibidem*.

¹⁸⁸ Si pensi, infatti, alle peculiari regole previste dalle leggi istitutive dei Garanti per la disciplina delle modalità di nomina dei componenti e i relativi regimi di incompatibilità, anche più stringenti di quelli contemplati per gli organi del potere giurisdizionale, in modo da preservarne effettivamente l'indipendenza; cfr. CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE, FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 221.

¹⁸⁹ "Dal punto di vista oggettivo-funzionale, se per un verso vi sono indubbiamente settori in cui le funzioni delle *Authorities* non si discostano da quelle tradizionalmente svolte dalla pubblica amministrazione, ove la peculiarità delle autorità risiede, non nella natura delle funzioni esercitate, quanto nel loro esercizio da parte di organi muniti di un alto tasso di tecnicismo e di indipendenza valutativa, per altro verso, invece, le funzioni espletate dalle autorità "si affrancano" dalle categorie amministrativistiche classiche per essere inquadrare piuttosto nell'ambito delle funzioni normative e regolatorie, tutorie e paragiurisdizionali"; così SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 300.

riferendosi ai cosiddetti concetti giuridici indeterminati, abbisogna di una esatta individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie; una terza di confronto dei fatti accertati con il parametro normativo contestualizzato; un'ultima fase di applicazione della norma ai fini dell'adozione del provvedimento previsto dalla normativa vigente¹⁹⁰.

Di talché, emerge come la regolazione giuridica dell'economia sia affidata principalmente¹⁹¹ ai predetti soggetti, abilitati a predeterminare *ex ante* regole di comportamento vincolanti le condotte degli operatori di un dato mercato, allo scopo di assicurarne la efficienza, ma anche legittimati allo svolgimento di funzioni diverse, come quella giustiziale e sanzionatoria, che nondimeno si dimostrano idonee al perseguimento della finalità regolativa: "la giustizia delle Autorità indipendenti può dare vita a peculiari intrecci tra tutela individuale e regolazione. La segnata sovrapposizione di finalità differenti può, a sua volta, risolversi nell'osmosi tra fase giustiziale e fasi sanzionatoria o regolamentare, ovvero assumere le forme cangianti del *regolare giudicando*"¹⁹²; di tanto è emblematica la procedura contenziosa contemplata dall'art. 23 del codice delle comunicazioni elettroniche, mediante la quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, componendo liti fra operatori, indirettamente persegue gli scopi della regolazione¹⁹³.

¹⁹⁰ Paradigmatica della riferita "disaggregazione" dei provvedimenti adottati dai Garanti risulta la pronuncia della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, III, 2002, 482, con note di LAMBO, SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*; FRACCHIA, VIDETTA, *La tecnica come potere*; PARDOLESI, *Sul "nuovo" che avanza in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*, OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*.

¹⁹¹ Principalmente ma, per vero, non esclusivamente assegnata a tali enti; ad esempio, sono deputate allo svolgimento della funzione regolatoria anche alcune autorità ministeriali invero preposte alla definizione di tariffe, delle regole di accesso alla rete e degli standard di qualità.

¹⁹² LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, 216.

¹⁹³ L'art. 23 del codice delle comunicazioni elettroniche recato dal decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, rubricato "Risoluzione delle controversie tra imprese", così dispone: "1. Qualora sorga una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, l'Autorità, a richiesta di una delle parti e fatte salve le disposizioni del comma 2, adotta quanto prima, e comunque entro un termine di

Attraverso l'esercizio dei riferiti poteri, quindi, "le Autorità si pongono come soggetti regolatori dei meccanismi di mercato e della loro rispondenza a valori talvolta improntati alla concorrenza, talvolta a finalità non egoistiche (sociali), talvolta al pluralismo (come nel caso della informazione)"¹⁹⁴, a dimostrazione della riferita possibilità che la regolazione persegua non esclusivamente finalità concorrenziali, ma miri – altresì – a soddisfare interessi superindividuali di natura differente.

Sicché, la funzione regolatoria assegnata alle *Authorities* si estrinseca sia sul piano giuridico, che fattuale, in coerenza con la pluralità dei poteri attribuiti ai Garanti, attraverso il cui esercizio gli stessi pervengono a condizionare o a conformare il

quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia. 2. L'Autorità dichiara la propria incompetenza a risolvere una controversia con decisione vincolante, qualora entrambe le parti vi abbiano espressamente derogato prevedendo altri mezzi per la soluzione della controversia, conformemente a quanto disposto dall'articolo 13. L'Autorità comunica immediatamente alle parti la propria decisione. Se la controversia non è risolta dalle parti entro quattro mesi da tale comunicazione, e se la parte che si ritiene lesa non ha adito un organo giurisdizionale, l'Autorità adotta al più presto e comunque non oltre quattro mesi, su richiesta di una delle parti, una decisione vincolante diretta a dirimere la controversia. 3. Nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13. Gli obblighi che possono essere imposti ad un'impresa dall'Autorità nel quadro della risoluzione di una controversia sono conformi alle disposizioni del Codice. 4. La decisione dell'Autorità deve essere motivata, nonché pubblicata sul Bollettino ufficiale e sul sito Internet dell'Autorità nel rispetto delle norme in materia di riservatezza ed ha efficacia dalla data di notifica alle parti interessate ed è ricorribile in via giurisdizionale. 5. La procedura di cui ai commi 1, 3 e 4 non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale". Sul punto cfr. il paragrafo n. 4 del successivo capitolo III.

¹⁹⁴ Così CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni cit.*, ove gli Autori sottolineano come le Autorità indipendenti si distinguano dal resto della Pubblica Amministrazione per la specializzazione dei compiti e l'indubbia *expertise* tecnica richiesta dalla delicata funzione, cui – per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – si aggiunge il compito qualificante di difesa di "diritti sensibili", quali la libertà di iniziativa economica, la sicurezza dei servizi e delle reti, la tutela del consumatore e il pluralismo della informazione.

contratto nella *qualitas* di fonti della sua disciplina¹⁹⁵. Difatti, come ricordato, la “conformazione” delle attività private ad opera dei Garanti avviene sia mediante la posizione di un’autentica disciplina normativa, sia attraverso lo svolgimento di attività ontologicamente differenti - quali quelle giustiziali, di vigilanza e/o riconducibili a profili di *moral suasion* -, che si risolvono in statuizioni concrete con cui “il giudice”-Garante applica principi generali a date situazioni; mentre la prima ha posto da subito problemi in ordine alla natura e alla legittimità del relativo intervento¹⁹⁶, le seconde hanno ancor più evidenziato il mutamento della consistenza dell’autonomia privata nei settori correlati a mercati regolati, così rivitalizzando il dibattito sulla relazione fra autonomia ed eteronomia e, per tal via, quello *sousjacent* del rapporto fra autorità e libertà¹⁹⁷.

2. Dalle peculiarità ontologiche a talune questioni esegetiche.

Preliminare all’indagine sul nesso fra l’autonomia privata e l’azione istituzionale delle Autorità indipendenti è la disamina delle peculiarità ontologiche proprie dei Garanti, da cui sono scaturite rilevanti questioni ermeneutiche, tra cui - non ultima - quella inerente alla qualificazione dei loro atti normativi.

Non è ultroneo allora ricordare che il fenomeno delle *Authorities* affonda le sue radici nell’ordinamento statunitense ove, sul finire del diciannovesimo secolo, furono istituite le *Independent Regulatory Agencies*, le cui pregnanti competenze tecniche costituivano un limite per il controllo giurisdizionale sui corrispondenti atti¹⁹⁸; del resto, allorché si “importano”

¹⁹⁵ DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti cit.*, 60.

¹⁹⁶ Su cui meglio *infra*: cfr. il paragrafo 2.1..

¹⁹⁷ Come meglio *infra*, cfr. il successivo capitolo III.

¹⁹⁸ Nella pronuncia resa dalla Suprema Corte americana nel celebre caso *Chevron* (*Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defense Council*, 104 <<S. Ct.>>, 1984, 2778) si invitava espressamente i giudici ad usare una maggiore “deferenza” nei confronti delle *agencies*, ritenendo che i magistrati possano disattendere l’interpretazione che un’*agency* abbia dato ad una legge di cui il Garante debba curare l’applicazione solamente allorché siffatta esegesi sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore oppure sia irragionevole. Cfr., al riguardo, DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 469 e ss., ove si sottolinea la sussistenza di

esperienze e/o istituti giuridici originatisi in altri contesti ordinamentali, è inevitabile l'insorgere di significative questioni esegetiche.

In Italia l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti¹⁹⁹ si deve a numerosi interventi del legislatore²⁰⁰ che, allo scopo di tutelare settori ritenuti "sensibili", poiché afferenti a valori costituzionalmente rilevanti²⁰¹, ha inteso affidare determinati comparti ovvero competenze trasversali²⁰²

taluni margini di ambiguità nella cosiddetta dottrina *Chevron*, evidenti in quelle pronunce giurisdizionali che, contrariamente all'orientamento più "deferente", paiono averla richiamata per rendere più incisivo il sindacato giurisdizionale sull'attività delle *Authorities*.

¹⁹⁹ Come è noto, la dottrina in tema di Autorità indipendenti è alquanto vasta. Solamente a scopo esemplificativo si menziona nuovamente lo scritto di CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti cit.*, rimandandosi all'ampia bibliografia ivi citata. Sui caratteri delle Autorità amministrative indipendenti, inoltre, cfr., fra gli altri, MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1995, 1 e ss.; PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996, 133 e ss.; CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole cit.*, Bologna, 1996; PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, 645 e ss.; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, II, Milano, 2007, 255 e ss.; POTO, voce *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 2008, 54 e ss.; LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

²⁰⁰ Il primo di tali interventi risale all'anno 1974 quando, il 7 giugno, con legge n. 216, fu istituita la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ("CONSOB").

²⁰¹ Tra questi si segnalano il mercato dei valori mobiliari, la *privacy*, i servizi pubblici, la concorrenza.

²⁰² L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, istituita con legge 31 luglio 1997, n. 249, è paradigmatica delle cosiddette Autorità di settore che, appunto, operano in relazione ad un comparto ben individuato, quale quello inerente alle telecomunicazioni, editoria e

a soggetti dotati di elevata specializzazione tecnica²⁰³, in posizione di indipendenza dal potere politico - difatti sottratti al circuito di responsabilità *ex art. 95 Cost.*²⁰⁴ -, nonché caratterizzati da neutralità in riferimento agli interessi incisi dalla loro attività²⁰⁵.

Invero, l'esigenza di salvaguardia dei suddetti settori "sensibili" ha evidenziato tutta l'insufficienza del modello tradizionale di Pubblica Amministrazione in relazione alla loro cura doverosa²⁰⁶, anche e soprattutto in considerazione della

radiotelevisione. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita con legge 10 ottobre 1990, n. 287, è invece tipico *exemplum* di Autorità dotata di competenze non limitate oggettualmente ad un singolo ambito. Sulla distinzione fra Autorità di settore e Autorità cosiddette trasversali, cfr. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 327 e ss..

²⁰³ Invero, le particolari competenze assegnate a siffatte Autorità implicano un alto tasso di competenza tecnica nel loro esercizio; si pensi, esemplificativamente, alla necessaria *expertise* da usare al fine di delimitare un mercato rilevante.

²⁰⁴ Rilevano, in particolare, le disposizioni di cui al primo e al secondo comma dell'art. 95 Cost., alla cui stregua: "Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri. I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri"; tali previsioni sono inapplicabili ai Garanti.

²⁰⁵ "Neutralità e indipendenza sono le due caratteristiche principali delle Autorità amministrative indipendenti. Neutralità come indifferenza rispetto agli interessi in gioco; indipendenza intesa come comportamento senza discriminazioni arbitrarie nei confronti di tutti i soggetti dell'azione amministrativa. L'indipendenza deve essere nei confronti della politica così come delle imprese"; così FROSINI, *Attribuzioni delle Autorità e fondamento costituzionale*, in *www.giustamm.it*.

²⁰⁶ Rispetto all'Amministrazione tradizionalmente intesa, l'istituzione delle Autorità indipendenti mira ad attribuire funzioni - frequentemente non amministrative in senso classico, ma a connotazione regolatoria, contenziosa e sanzionatoria - a soggetti capaci di garantirne meglio un esercizio terzo e imparziale, oltre che tecnicamente adeguato. Sull'inadeguatezza delle Amministrazioni tradizionali a intervenire in settori economici in continua evoluzione, oltre agli Autori citati alla nota n. 187, si vedano le considerazioni svolte PERICU, *Brevi considerazioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1/1996, 1 e ss.. Sul necessario arretramento in ambito economico dello Stato in senso

“crisi istituzionale” attraversata dal nostro Paese, dovuta in gran parte alle inefficienze di un’Amministrazione eccessivamente legata al sistema dei partiti²⁰⁷.

La predetta necessità ha pure dimostrato l’inadeguatezza della legge in riferimento alla posizione della disciplina idonea alla regolamentazione dei comparti ora affidati ai Garanti²⁰⁸.

Inoltre, ha sospinto in direzione della creazione di tali Enti anche la normativa comunitaria²⁰⁹, giunta persino a disporre l’integrazione delle Autorità di regolazione nazionali in sistemi “a rete” coordinati a livello sopranazionale²¹⁰.

tradizionale in favore delle Autorità di regolazione cfr. SATTÀ, *Indirizzo politico, autorità di regolazione e autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio di libera concorrenza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

²⁰⁷ Cfr. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 40.

²⁰⁸ La legge, infatti, postula tempi lunghi e procedure complesse per la sua formazione ed entrata in vigore ed è inoltre soggetta a rapida obsolescenza, in ragione della sua incapacità di predeterminare, nel rispetto dei requisiti della generalità e dell’astrattezza, un sistema preciso e completo di regole di comportamento, tale da consentire ai corrispondenti destinatari di valutare autonomamente, *ex ante*, con un elevato grado di certezza, la liceità o meno delle proprie condotte e di quelle altrui. Cfr. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti in memoria di Vincenzo Caianiello*, Palazzo Spada 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it, allorché cita HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, 511.

²⁰⁹ Infatti, “nel *framework* europeo le autorità nazionali di regolamentazione assumono un ruolo centrale in quanto condividono con la Commissione [...] l’esercizio della funzione regolatoria. In particolare, l’articolo 3 della Direttiva Quadro delinea un’organica normazione comunitaria delle autorità di regolamentazione dei mercati, dettando i requisiti organizzativi e funzionali che gli Stati membri devono rispettare nell’attribuire compiti regolatori a organismi nazionali”; così MARINIELLO, VOLPI, *Soggetti, funzioni e procedure di regolazione (articoli 7, 8, 10-12)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014, 56.

²¹⁰ Si pensi, esemplificativamente, al “BEREC” (Body of European Regulators for Electronic Communications), istituito dal regolamento n. 1211/2009 adottato dal Parlamento e dal Consiglio d’Europa, in continuità con gli orientamenti risalenti già all’anno 2002 (in specie con le direttive allora emanate; cfr., al riguardo, il paragrafo n. 2 del successivo capitolo IV).

D'altronde, l'impulso comunitario allo sviluppo di fenomeni di privatizzazione e di liberalizzazione in molti settori economici prima caratterizzati dalla riserva a favore di poteri pubblici o comunque dall'affidamento diretto dell'attività d'impresa a soggetti pubblici²¹¹ ha concorso, significativamente, al superamento del modello di intervento pubblico dirigitico e interventista e alla contestuale apertura al mercato di comparti economici rilevanti²¹²; siffatto processo di trasformazione si è dimostrato rischioso per il conseguimento delle finalità sociali cui l'ordinamento continua ad attribuire rilevanza, nonché per la protezione degli interessi degli operatori più deboli del mercato (in particolare per gli utenti e per i consumatori). Pertanto, alla (di per sé rischiosa) liberalizzazione si è deciso di porre come ineludibile "contraltare": *in primis*, la determinazione di adeguate "regole del gioco" - allo scopo di tutelare la stabilità, la concorrenza e la trasparenza del mercato e di inserire nel funzionamento della dinamica di quest'ultimo anche la considerazione di particolari finalità sociali²¹³ -; in secondo luogo, l'istituzione di organismi tecnici specializzati, capaci di operare in modo neutrale e indipendente al fine precipuo di incrementare e far rispettare proprio le suddette regole²¹⁴.

Le peculiarità ontologiche dei Garanti si riflettono, come già ricordato, nella perdurante assenza di una loro disciplina unitaria²¹⁵, ciò che ha indotto la giurisprudenza amministrativa alla ricostruzione del relativo modello organizzativo: il Consiglio di Stato ha individuato una serie di "indici normativi" capaci di disvelare l'ascrivibilità di un organismo pubblico alla citata categoria, purché siano riscontrabili in esso in misura

²¹¹ Per un'analisi della matrice comunitaria delle norme fondanti il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici, anche e soprattutto con riguardo al comparto delle comunicazioni, cfr. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002 (segnatamente, cfr. le sez. I e II, 18 e ss.).

²¹² Sul punto si rinvia all'ampia trattazione di LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000.

²¹³ Cfr. BOMBARDELLI, *Le Autorità amministrative indipendenti - report annuale - 2013 - Italia*, in www.ius-publicum.com.

²¹⁴ Sulla connessione tra lo sviluppo delle autorità indipendenti e i cambiamenti nelle modalità dell'intervento pubblico nell'economia si veda TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, 127 e ss..

²¹⁵ Cfr. il paragrafo n. 3 del precedente capitolo I.

prevalente²¹⁶. In particolare, i predetti elementi rivelatori sono stati identificati: nella espressa qualificazione normativa; nella natura delle funzioni e nella loro riferibilità alla tutela di valori aventi in qualche misura rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica di governo e, quindi, di maggioranza; nella mancanza di poteri di direttiva o d'indirizzo in capo all'Esecutivo e nella conseguente assenza di un centro di imputazione politica dell'attività dell'organismo; nell'autonomia organizzativa e di bilancio; nella disciplina della nomina dei componenti, con particolare riguardo ai requisiti richiesti, al sistema di nomina e al sistema di incompatibilità; nella posizione dell'organismo nell'ambito della rete di rapporti interistituzionali in cui è inserito²¹⁷.

Le peculiarità ontologiche di cui si è detto, inoltre, si traducono nella molteplicità delle funzioni di cui le Autorità amministrative indipendenti sono titolari, le quali hanno condotto gli interpreti a interrogarsi in riferimento a diverse questioni, tra cui, anzitutto, quella relativa allo scrutinio della natura giuridica propria delle *Authorities*²¹⁸, tuttavia ad oggi

²¹⁶ Cons. St., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 1081, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²¹⁷ Cons. St., Sez. I, 22 marzo 2010 n. 1081 *cit.*.

²¹⁸ La caratteristica della indipendenza dei Garanti si traduce nell'assenza di un vincolo di sottoposizione gerarchica al Governo e nell'attribuzione di potestà proprie in materia di organizzazione, contabilità e personale. Nessun Ministro e neppure il Consiglio dei Ministri o il suo Presidente, dunque, può impartire direttive politico-amministrative alle Autorità, controllarne i provvedimenti o approvarne i bilanci, né può essere chiamato a risponderne politicamente dell'operato, introducendosi così una cesura nel circuito democratico della rappresentanza elettorale [FOLLIERI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, 679 e ss.]. Nei limiti in cui importa l'affrancamento da vincoli di subordinazione, condizionamento o direzione ad opera di altri soggetti istituzionali o imprenditoriali, l'indipendenza suddetta tende a corrispondere con la soggezione del Garante alla sola legge, da cui l'accostamento fra Autorità amministrative indipendenti e mondo giudiziario: in tal senso si spiegano i raffronti con l'autorità giudiziaria, l'espressione "magistratura economica" o il richiamo alla paragiurisdizionalità delle funzioni (la definizione di "magistratura economica" è di PIGA, *Modernizzazione dello Stato: le istituzioni della funzione di controllo*, in *Foro amm.*, I, 1987, 809; CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 87, invece, parla di "organi formalmente amministrativi

ritenute pacificamente Pubbliche Amministrazioni²¹⁹. In proposito, risultano inequivoche le seguenti recenti statuizioni

con funzioni paragiurisdizionali”). Altra impostazione, all’opposto, sottolinea l'intrinseca politicità dell'attività posta in essere dalle *Authorities*: l'individuazione di precetti normativi consacrati in “clausole generali” di fonte legislativa passa attraverso la selezione, tra più alternative, delle opzioni regolamentari ed applicative che su di esse si fondano; il che avviene attraverso una comparazione di interessi che dà luogo a una scelta politica sull'assetto finale. Nondimeno, poiché i concetti del sapere specialistico sottostanti a dette clausole generali non trovano sempre immediato e diretto riscontro nella realtà, le Autorità procedono altresì all'accertamento del fatto nel grado e nella quantità in cui si presenta in concreto, con conseguente esistenza di margini di apprezzamento tecnico discrezionale (RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 337).

²¹⁹ “Quanto alla natura giuridica delle Autorità, data per scontata la matrice pubblicistica delle stesse, le perplessità si sono concentrate sul plesso costituzionale di appartenenza. Ci si è chiesti se le *Authorities* siano da ricondurre nell’alveo della Pubblica Amministrazione o se, invece, siano da assimilare – in considerazione della loro spiccata indipendenza strutturale e della natura neutrale delle funzioni loro assegnate – al potere giudiziario”; così GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 348. Al riguardo, la Prima Sezione della Suprema Corte, con la sentenza 20 maggio 2002, n. 7341 (in *www.iusexplorer.it*), adempiendo alla propria funzione di nomofilachia, ha negato che il ruolo del Garante della protezione dei dati personali - che adopera il procedimento di cui all'articolo 29, legge 31 dicembre 1996, n. 675 - è, per ciò stesso e per la terzietà che conseguirebbe al perseguimento di un interesse pubblico, del tutto analogo a quello del giudice nel processo: “L'ordinamento anzitutto non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli articoli 111 e 97. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante, distinta dalle due predette, ma piuttosto con l'uso di tale termine descrittivo si suole diffusamente indicare organi pubblici dotati di poteri la cui collocazione ha suscitato dubbi. Va altresì osservato che parte della dottrina nella immediatezza del sorgere nel paese del fenomeno delle autorità indipendenti, e la stessa sentenza impugnata, fondano la suddetta paragiurisdizionalità e sollevano i dubbi relativi al rapporto di siffatti soggetti pubblici con il giudice, sul connotato della terzietà. Nozione che solo di recente la Costituzione ha adottato in modo espresso nel testo novellato dell'articolo 111, ma che da tempo è compresa nel lessico giuridico. Con essa si indica specificamente un carattere del giudice, che affianca quello ulteriore e diverso della imparzialità, costituito dal suo distacco, dal suo essere altro, rispetto

agli interessi in conflitto. Si tratta dunque di stabilire se nel caso della autorità in questione si possa parlare di terzietà, almeno nel senso che tale carattere basti a stabilire una natura assimilabile a quella giudiziaria e giustifichi la esclusione del soggetto pubblico così caratterizzato dal giudizio di impugnazione di un suo provvedimento. Ciò premesso, va osservato che l'articolo 102 della Costituzione stabilisce che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Quindi al secondo comma vieta l'istituzione di giudici speciali straordinari. È noto, provenendo dalla più accreditata dottrina cui il collegio aderisce, che non si istituisce un giudice speciale solo con l'attribuzione ad organo pubblico di un procedimento speciale. È noto anche, ed il collegio condivide anche questa impostazione, che si considera giudice quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. Non è dunque decisiva la considerazione dell'oggetto del decidere, giacché anche alle pubbliche amministrazioni è dato di provvedere su diritti in forme che la dottrina definisce giustiziali, e parimenti non è decisiva la considerazione dell'interesse pubblico costituente il riferimento fondamentale del giudice, perché in via di principio la pubblica amministrazione provvede per l'appunto in considerazione di un interesse pubblico generale, la cui forza talvolta attenua la stessa protezione della posizione soggettiva, che degrada ad interesse legittimo. Quanto alla struttura particolare del procedimento seguito dall'organo va osservato che a partire dalla legge 241/1990 l'ordinamento giuridico ha impresso alla attività della pubblica amministrazione una svolta decisiva attenuando progressivamente la storica caratterizzazione autoritativa del procedimento che sfocia in un provvedimento, per favorire il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo per forza di cose, a quello giudiziario che ne costituisce il modello, in coerenza con una lettura ormai dominante dell'articolo 97 della Costituzione e dunque delle finalità di buon andamento e di imparzialità della amministrazione. È noto infatti, come afferma la migliore dottrina, che tra le funzioni del procedimento amministrativo vi è quella di far emergere con chiarezza il punto di contrasto tra il privato e la pubblica amministrazione, cosicché anche il controllo giudiziario eventuale possa risultare perspicuo. In tale ottica pertanto la diffusa tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessi al suo esito che consentono alla pubblica amministrazione di apprezzare tutti gli interessi in gioco, fa sì che l'uso di tali tecniche non significhi abbandono del procedimento in favore del processo. Ma piuttosto che

del Consiglio di Stato: “È evidente che le Autorità indipendenti sono amministrazioni pubbliche in senso stretto, poiché composte da soggetti ai quali è attribuito lo *status* di pubblici ufficiali (art. 2 comma 10 legge n. 481 del 1995); svolgono, in virtù del trasferimento di funzioni operato dall'art. 2, comma 14 della medesima legge istitutiva, compiti propri dello Stato, e così di potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) (art. 2, comma 12, lett. h), l. n. 481 del 1995), di poteri sanzionatori, di ispezione e di controllo; hanno, in conclusione, poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati che si giustificano solo in forza della natura pubblica che deve – necessariamente – essere loro riconosciuta. D'altra parte, le “Autorità amministrative indipendenti” sono definite tali dal legislatore (anche per l'applicazione delle disposizioni processuali sui riti speciali: v. art. 119, comma 1, lett. b)) in ragione della loro “piena indipendenza di giudizio e di valutazione”, la quale non va intesa come ragione di esonero dalla applicazione della disciplina di carattere generale riguardante le pubbliche amministrazioni, ma comporta, più limitatamente che, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento, nel senso che non può influire sull'esercizio dei poteri tecnico-discrezionali, spettanti alle Autorità”²²⁰.

l'obbligo di imparzialità, il quale richiede nella applicazione della legge la consapevolezza di tutte le posizioni tutelate, ancorché spettanti al soggetto sottoposto alla autoritarità del provvedimento da emanare, viene realizzato anzitutto con l'articolazione del procedimento. In questo senso dire la pubblica amministrazione, ovvero una particolare pubblica amministrazione, è terza, vuol dire che essa, ancorché provveda a soddisfare l'interesse pubblico di cui è esponente, qualificando con gli effetti dell'atto amministrativo posizioni di parti anche contrapposte e da essa considerate in contraddittorio, fa uso del principio di imparzialità. Risulta pertanto decisivo, in adesione alla dominante dottrina, ad escludere la natura giurisdizionale, o paragiurisdizionale, se con tale termine si intende richiamare la predetta fonte giudiziaria del provvedimento, la sottoposizione della decisione dell'organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice nei termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo. Giacché essa fa desumere che il potere di attuare la legge a tali organi affidato non è comunque definitivo”.

²²⁰ Così Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818, in *www.iusexplorer.it*.

Inoltre, ulteriori perplessità sono state avanzate in riferimento alla possibilità di ricercare una copertura costituzionale e una legittimazione democratica per le *Authorities*²²¹. Infatti, i Garanti sono sottratti al rapporto di subordinazione che contraddistingue tutte le Amministrazioni statali rispetto al Governo e al conseguente rapporto di responsabilità dell'Esecutivo verso il Parlamento²²²; per di più, essi derogano al principio di separazione dei poteri - secondo il quale le funzioni normative, amministrative e giurisdizionali devono allocarsi in capo a soggetti differenti²²³ -; ancora e soprattutto, le

²²¹ In dettaglio, i dubbi che hanno attanagliato gli interpreti hanno riguardato la conciliabilità dell'istituzione di Autorità indipendenti dal Governo con l'art. 95 Cost. - secondo cui i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri -, nonché con l'art. 101 Cost. - a mente del quale "La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge", sicché funzioni giurisdizionali sono esercitabili solamente da soggetti facenti parte del potere giudiziario - in ragione dell'esercizio di funzioni anche "paragiurisdizionali" ad opera delle *Authorities*. Entrambe le questioni sono ad oggi superate: "quanto ai dubbi di contrasto con l'art. 95 Cost., si è osservato che il disposto costituzionale e la sua stessa concreta invocabilità presuppongono che l'ente pubblico costituisca braccio esecutivo utilizzato dal Governo per l'attuazione dell'indirizzo politico; quest'ultimo, in tal caso, deve essere messo in grado di imporre all'ente il proprio indirizzo amministrativo - esercitando poteri di direttiva, vigilanza e controllo - onde evitare che le proprie istanze programmatiche possano venire sostanzialmente neutralizzate dall'ostruzionismo di talune P.A.. Un rapporto di dipendenza, viceversa, non si giustifica ove si consideri l'ottica, essenzialmente regolatoria e paragiurisdizionale, che orienta l'agire delle *Authorities*; in questa seconda ipotesi ben si giustifica e spiega il riconoscimento di una posizione di indipendenza e terzietà"; in ordine all'asserita incompatibilità con l'art. 101 della Carta, "si è osservato che la previsione costituzionale richiamata, lungi dal precludere che un'autentica indipendenza strutturale e funzioni contenziose possano essere riconosciute in capo a soggetti diversi dalla magistratura, impone solo che sia questa a dettare l'ultima parola sulle vicende conflittuali, senza che possa riconoscersi autorità di cosa giudicata a determinazioni di autorità diverse, necessariamente assoggettate quindi al vaglio giurisdizionale". Così GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 349 e 350.

²²² Cfr. quanto argomentato *supra* al capitolo I. Cfr. inoltre, PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, 205.

²²³ FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità*

Autorità predette sono prive dei requisiti di rappresentatività e democraticità, ciò che ha condotto a ravvisare un loro elemento legittimante “dal basso” nel corrispondente procedimento partecipativo. Per tal via, alcuni cardini del procedimento amministrativo, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, hanno ricevuto una disciplina più avanzata dinanzi ai Garanti mediante la previsione normativa di garanzie procedurali “rinforzate”, nonché attraverso l’elaborazione pretoria della giurisprudenza amministrativa²²⁴.

Il riferito rinvigorismento delle garanzie procedimentali ha contribuito al superamento dei dubbi che hanno attanagliato gli esecuti in relazione alla conciliabilità con le previsioni costituzionali di siffatte *Authorities* e ha quindi consentito di focalizzare le condizioni che - per converso - sono necessarie per “validare” il fenomeno, sicché al *deficit* di legittimazione formale supplisce una legittimazione sostanziale “mista”: in parte soggettiva, fondata sulle qualità e sulla struttura dell’organo come garanzia della correttezza delle decisioni assunte; in parte oggettiva, fondata sul contenuto delle decisioni capaci di perseguire in modo tecnicamente affidabile gli interessi tutelati²²⁵.

In particolare, la legittimazione di tali Autorità deriva dalla garanzia della ineludibile controllabilità delle corrispondenti determinazioni, che debbono adottarsi in ossequio ai principi

indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese cit., 79.

²²⁴ PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi cit.*, 207, ove l’Autrice riferisce della pronuncia n. 1215, emessa il 2 marzo 2010 dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con cui il Giudice amministrativo ha chiarito che la legge 7 agosto 1990, n. 241, reca la disciplina generale del procedimento amministrativo in quanto identifica i principi fondamentali che la normazione successiva, primaria o secondaria, deve ossequiare. Quale commento alla prefata decisione si segnala quello di DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti, Commento a Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010, 947 e ss..

²²⁵ Cfr. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it.

del contraddittorio²²⁶, della trasparenza²²⁷, della motivazione²²⁸ e della indefettibile sindacabilità giurisdizionale dei relativi provvedimenti²²⁹. Invero, “[...] la giurisprudenza

²²⁶ Emblematica, in tal senso, la previsione della necessità di procedere alla cosiddetta consultazione pubblica in conformità a quanto prescritto dall’art. 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (cosiddetto codice delle comunicazioni elettroniche). Il rinvigorismento della legalità procedimentale allo scopo di compensare eventuali “perdite” di legalità sostanziale è ravvisabile anche in altre fattispecie contemplate dall’ordinamento: in tale direzione promana la suggestione rinveniente dalle cosiddette ordinanze di necessità e urgenza le quali, per potersi giustificare nel nostro sistema improntato alla legalità dell’*agere* amministrativo, abbisognano di un denso apparato motivazionale che riflette, evidentemente, un aggravio procedimentale in chiave di recupero della legalità sostanziale nella specie sacrificata dalla impossibilità di predeterminare le eccezionali ipotesi nelle quali questi provvedimenti si rendano indispensabili; cfr., in proposito, ancora GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, p. 65 e ss..

²²⁷ Il principio di trasparenza riceve, oggi, una protezione particolarmente rinvigorita dalla recente approvazione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (“*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*”), avvenuta in ottemperanza alla relativa delega contenuta nella cosiddetta legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”. Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (“*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*”), ha esteso alle Autorità amministrative indipendenti le disposizioni inerenti “alla pubblicità, alla trasparenza e alla diffusione di informazioni” contenute nel predetto decreto legislativo n. 33.

²²⁸ Il dovere di motivare ogni provvedimento è imposto in generale ad ogni Pubblica Amministrazione dall’art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Disposizioni specifiche, talvolta, rinvigoriscono la vincolatività di tale obbligo, prescrivendo che la motivazione sia necessariamente analitica. Fra queste ritroviamo quella imposta dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, per gli atti generali o normativi della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e del Covip.

²²⁹ Cfr. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 59, il quale ritiene che “su questo punto non ci possono essere dubbi”. Del resto, la giurisprudenza amministrativa – con la storica decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 9 aprile 1999 (in *www.iusexplorer.it*) – è giunta ad affermare la diretta sindacabilità della discrezionalità tecnica, sino ad allora oggetto di un controllo

amministrativa ha ritenuto di poter superare il *deficit* di legalità sostanziale e di legittimazione democratica, valorizzando gli aspetti relativi alla cd. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere"²³⁰. In altre parole, "Le numerose peculiarità del modello istituzionale delle Autorità Indipendenti [rendono] imprescindibile, sotto il profilo della coerenza sistematica dell'ordinamento e dal punto di vista della legittimità (anche) costituzionale dell'operato delle Autorità, l'assoggettamento dei loro provvedimenti [ad] una forma, la più piena ed effettiva, di controllo"²³¹.

Di talché, l'osservanza indefettibile del principio del contraddittorio, quale corollario del più generale principio di partecipazione, assicura la dialettica con gli interessati già in

giurisdizionale soltanto estrinseco, riconoscendo - per converso - la possibilità di un sindacato intrinseco, finalizzato a vagliare la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto dall'Amministrazione; d'altronde, se è vero che il concetto di "opportunità" sta ad indicare una scelta fra più opzioni per la cura dell'interesse pubblico, la nozione di "opinabilità" individua, invece, la soggettività di un giudizio tecnico che concerne il fatto (e non investe l'interesse pubblico): appuntandosi sulla "opinabilità" o, meglio, sulla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo, ben può svolgersi un controllo giurisdizionale diretto che, come tale, più efficacemente risponde alle prescrizioni recate dagli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono la piena ed effettiva tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi. Coerentemente - posto che l'attività delle *Authorities* consta del normale utilizzo di discrezionalità tecnica mediante la normale applicazione di concetti giuridici indeterminati, dovendo esse applicare regole specialistiche afferenti a settori specifici, "sensibili" - gli approdi ermeneutici mentovati sono ben utilizzabili per le determinazioni adottate dai Garanti le quali - quindi - del pari soggiacciono a un controllo giurisdizionale diretto o intrinseco; quanto alle valutazioni tecniche che postulano l'impiego di regole non esatte e che, di conseguenza, esitano in risultati non univoci, ma discutibili, è dato riscontrare differenti esegesi concernenti la intensità del sindacato sulle stesse esercitabile.

²³⁰ GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, tenutosi presso il Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, reperibile in www.jusforyou.it.

²³¹ Così SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, Relazione tenuta al Consiglio di Stato il 5 ottobre 2007, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

sede procedimentale, mirando all'elaborazione di una decisione il più possibile condivisa, rispettosa degli interessi dalla medesima involti e, presumibilmente, contraddistinta da maggiore stabilità²³². Invero, il rispetto degli obblighi di partecipazione – mediante la consultazione degli interessati²³³ – garantisce alle Autorità l'*accountability* tradizionalmente derivante al pubblico potere dai suoi collegamenti con gli uffici politici, legittimati, a loro volta, dai principi della democrazia rappresentativa²³⁴. La consultazione preventiva sarebbe tuttavia inutile, secondo la giurisprudenza²³⁵, se le Autorità stesse non prendessero in considerazione le osservazioni pervenute; l'adempimento degli obblighi motivazionali costituisce lo strumento per scrutinare se il predetto vaglio sia stato o meno compiuto.

Per ciò che specificamente concerne il principio di trasparenza, il suo doveroso rispetto ad opera dei Garanti è stato di recente ribadito dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, che ha esteso loro le “disposizioni relative alla pubblicità, alla trasparenza e alla diffusione delle informazioni” contenute nel decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Difatti per le *Authorities* “la

²³² “[...] l'affidamento di poteri normativi a soggetti indipendenti dal potere politico e sottratti al modello di responsabilità di cui all'art. 95 della Costituzione, ha giustificato e, per certi versi, imposto, la ricerca di “filtri di legittimazione” alternativi a quelli offerti dal modello di democrazia maggioritaria e rinvenuti nella garanzia della partecipazione e del contraddittorio”; così, con specifico riferimento alle procedure di regolazione, DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti, Commento a Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 cit.*, 949.

²³³ Molte Autorità indipendenti, infatti, hanno autodisciplinato i procedimenti di propria competenza per l'adozione di atti generali e normativi prevedendo meccanismi di consultazione preventiva, secondo il modello del “notice and comment”: l'Autorità comunica ai soggetti interessati il progetto di atto, consentendo loro di fare pervenire le proprie osservazioni. Così, ad esempio, è stabilito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recato dalla delibera n. 453/03/CONS e reperibile in *www.agcom.it*.

²³⁴ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 *cit.*, in cui i Giudici di Palazzo Spada affermano il cosiddetto diritto al contraddittorio procedimentale in tema di atti di regolazione; così DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti, Commento a Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215 cit.*, 950.

²³⁵ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

conoscibilità di informazioni e documenti costituisce un elemento essenziale per assicurare la trasparenza sia delle modalità con cui esse assumono decisioni, sia della loro organizzazione e attività. Nel primo senso, la trasparenza implica la pubblicità delle informazioni e dei dati raccolti dall'Autorità per assumere le proprie decisioni, assieme alle modalità con cui tali dati sono stati rilevati e all'utilizzo che ne è stato fatto rispetto alla decisione in concreto presa. In questo modo la trasparenza costituisce un indicatore della qualità del processo decisionale. Nel secondo senso, la trasparenza impone l'obbligo di rendere pubblici e accessibili specifici dati o documenti concernenti l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione; l'obiettivo è quello di consentire forme diffuse di controllo sull'adeguato perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'efficiente utilizzo delle risorse pubbliche²³⁶. In tale prospettiva assume un ruolo decisamente importante la previsione che già anni addietro ha stabilito l'obbligatorietà dell'Analisi di impatto della regolazione (o, *breviter*, "AIR") per tutte le Autorità indipendenti in relazione agli atti amministrativi generali di programmazione e pianificazione e di regolazione - ad eccezione di quelli a valenza interna o individuale - in modo da fornire informazioni utili sull'attività espletata dai Garanti tanto ai detentori del potere politico, quanto ai soggetti destinatari degli atti dagli stessi emanati e agli operatori del settore²³⁷.

Dal canto suo, l'osservanza doverosa dell'obbligo di motivazione garantisce - come anticipato - la conoscibilità degli esiti della partecipazione, nonché delle ragioni alla base della scelta finale²³⁸, facilitando l'adesione a quest'ultima da parte dei

²³⁶ PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi cit.*, 212.

²³⁷ Trattasi della disposizione di cui all'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. - Legge di semplificazione 2001".

²³⁸ L'Autorità deve indicare la finalità dell'intervento regolatore e deve motivare la decisione finale anche con riguardo alle osservazioni presentate; pur non occorrendo una puntuale replica ad ogni osservazione, il Garante deve in ogni caso rappresentare le ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto allorché vengano contestati i presupposti dell'azione regolatoria da parte degli interessati: qualora il regolamento sembri recare una disciplina implicita, mancando il parametro di legittimità che consente un sindacato profondo ad opera del Giudice, l'unico controllo che potrà operarsi sarà sulla motivazione nella quale esita la partecipazione dei destinatari al procedimento, e ciò in consonanza col doveroso rispetto

soggetti tenuti ad obbedirvi e, inoltre, “scongiurando i rischi della “cattura” del regolatore, di forme di neocorporativismo e di stallo dovuto alla possibile elevata conflittualità per gli interessi in gioco”²³⁹. In tal senso rileva, esemplificativamente, quanto stabilito dall’art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, per gli atti regolamentari e generali della Banca d’Italia e della CONSOB²⁴⁰ (non anche per quelli individuali), i quali debbono essere motivati e corredati da una relazione sull’impatto della regolamentazione²⁴¹.

Non a caso, dunque, (anche) l’art. 8, comma primo, del decreto legislativo 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, dispone il necessario rispetto dell’obbligo motivazionale da parte dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, allo scopo di rinvigorire l’effettività delle consultazioni dei privati interessati, e ciò alla medesima stregua di quanto analogamente previsto per l’Autorità per le Garanzie

del principio di legalità, atteso che poteri ritenuti “impliciti” saranno comunque sindacabili.

²³⁹ Così PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi cit.*, 212.

²⁴⁰ L’art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, è rubricato “Procedimenti per l’adozione di atti regolamentari e generali” e dispone che i provvedimenti della Banca d’Italia e della Consob, aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all’organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. Tale norma integra un’ipotesi eccezionale, se è vero che l’art. 3, comma secondo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale; del resto, queste due tipologie di atti sfuggono, per espressa previsione legislativa, all’applicazione delle norme di legge in materia di partecipazione al procedimento. Il Legislatore, tuttavia, come reso evidente dal citato art. 23, prevede peculiari e specifici obblighi motivazionali per alcuni atti generali o normativi adottati dalle Autorità amministrative indipendenti.

²⁴¹ Inoltre, sempre in virtù di quanto disposto dal riferito art. 23, gli stessi atti devono tener conto del principio di proporzionalità attraverso la consultazione dei soggetti interessati e debbono essere revisionati a intervalli di tempo periodici²⁴¹. Gli atti individuali, invece, sono assoggettati al rispetto della normativa generale recata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, tuttavia dovendo ossequiare principi più severi in materia di procedimenti sanzionatori ovvero di controllo, in ragione della loro diretta incidenza su singole sfere giuridiche soggettive.

nelle Comunicazioni²⁴², nonché per l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico²⁴³.

Per quanto riguarda il delicato tema del sindacato giurisdizionale sugli atti delle *Authorities*²⁴⁴, l'elevato tecnicismo connotativo degli atti adottati dai Garanti ha favorito, talvolta, un approccio "timido" ad opera del Giudice amministrativo, pervenuto espressamente a limitare il proprio sindacato alla verifica della logicità, congruità, ragionevolezza e correttezza della motivazione e dell'istruttoria proprie di un dato provvedimento, senza sconfinare nella sostituzione delle proprie valutazioni a quelle svolte (e riservate) all'Amministrazione²⁴⁵; valorizzando le peculiarità genetiche delle *Authorities*, ossia la loro indipendenza, neutralità, paragiurisdizionalità e la loro particolare competenza tecnica, si è data la stura ad un sindacato "deferente"²⁴⁶, anche in considerazione di quanto osservato in letteratura: se l'istituzione di tali Garanti in Italia non nasce in opposizione ai giudici, è legittimo chiedersi la ragione dell'attribuzione del compito di decidere questioni di interesse superindividuale ad Autorità appunto indipendenti, i cui componenti vengono scelti in base a parametri particolarmente selettivi, nonché sottoposti a incompatibilità persino superiori a quelle cui soggiacciono i

²⁴² Ex artt. 11, 13 e 83 del citato codice delle comunicazioni elettroniche.

²⁴³ All'esito di quanto autoimpostosi dalla stessa Autorità con la delibera 46/08, recante la *Guida per l'analisi dell'impatto della regolazione nell'Autorità per l'energia e il gas*.

²⁴⁴ Per un quadro d'insieme sulla tutela giurisdizionale di fronte agli atti delle Amministrazioni indipendenti si vedano TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito cit.*, 144 e ss.; CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti cit.*, 91 e ss..

²⁴⁵ Cfr. la decisione n. 1348 del 14 marzo 2000 della Quarta Sezione del Consiglio di Stato che, riformulando il tradizionale orientamento, annulla la pronuncia del Giudice di prime cure che aveva ritenuto inadeguata la individuazione del mercato rilevante effettuata dalla Autorità *Antitrust*.

²⁴⁶ Nella già ricordata pronuncia resa dalla Suprema Corte americana nel celebre caso *Chevron* si invitava espressamente i giudici ad usare proprio una maggiore "deferenza" nei confronti delle *agencies*, ritenendo che i magistrati possano disattendere l'interpretazione che un'*agency* abbia dato ad una legge di cui il Garante debba curare l'applicazione solamente quando siffatta interpretazione sia contraria alla volontà chiara ed espressa del legislatore oppure sia irragionevole.

magistrati, ai quali - comunque - spetta l'esercizio dell'ordinario sindacato giurisdizionale²⁴⁷.

Tuttavia, i giudici di Palazzo Spada hanno nel tempo riconosciuto la necessità di un controllo "intrinseco" altresì sugli atti delle *Authorities*, ossia di un sindacato "forte, pieno ed effettivo [...] comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito [...] sia stato correttamente esercitato"²⁴⁸.

Del resto, un sindacato così pregnante come quello appena delineato si impone come indefettibile o, almeno, si configura come decisamente utile alla risoluzione del riferito problema della (supposta assenza di) legittimazione democratica di tali Autorità, in posizione di ontologica indipendenza dal Governo: secondo tale prospettiva un controllo giurisdizionale "forte" ridimensiona, se non elide, il *deficit* democratico di questi Garanti, sottratti al principio di responsabilità di cui all'art. 95 Cost.. Di eguale avviso, al riguardo, anche il Consiglio di Stato, secondo cui "l'esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche "atipico" o "acefalo", sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di legalità sostanziale, non trovando esso copertura costituzionale e suscitando, quindi non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale, impone al giudice amministrativo di assicurare che la legittimazione di tale potere rinvenga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative che agli operatori del settore sono attribuite, a livello procedimentale, nella fase della consultazione, proprio o almeno nella corretta e coerente applicazione delle regole che informano la materia sulla quale incide. La correttezza, la coerenza, l'armonia delle regole in concreto utilizzate, il loro impiego da parte della Autorità *iuxta propria principia*, secondo, quindi, un'intrinseca razionalità, pur sul presupposto e nel contesto di scelte ampiamente discrezionali, garantiscono e, insieme, comprovano che quel settore dell'ordinamento non sia sottoposto all'esercizio di un potere "errante" e sconfinante nell'abuso o nell'arbitrio, con conseguenti squilibri, disparità di trattamento, ingiustizie

²⁴⁷ CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni cit.*, 221.

²⁴⁸ Cons. St., Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595 *cit.*.

sostanziali, anche e soprattutto nell'applicazione di principi o concetti che, proprio in quanto indeterminati ed elastici, in gran parte reggono, per la loro duttilità, ma condizionano fortemente, per la loro complessità, vasti e rilevanti settori sociali"²⁴⁹.

Tuttavia, la dottrina ha precisato come siffatto controllo "intrinseco" sugli atti delle *Authorities* ceda parte della propria intensità sino a qualificarsi come "debole" in relazione alle cosiddette valutazioni tecniche complesse, le quali attengono alle attività di individuazione della norma di riferimento²⁵⁰ e di raffronto con i fatti accertati: pertanto, per ciò che concerne tali peculiari giudizi tecnici - sul presupposto della inesattezza delle scienze che occorra applicare, piuttosto che sulla scorta della speciale qualificazione del Garante²⁵¹ - "il giudice si attiene... alla valutazione operata dall'Autorità, salvo che non risulti smentita sul piano logico-giuridico, e non si spinge fino al punto di verificare direttamente "in positivo", se essa sia stata ben svolta sotto il profilo tecnico-scientifico"²⁵².

Certamente sussistono difficoltà pratiche collegate all'esigenza interpretativa di distinguere valutazioni tecniche "semplici", "complesse" e questioni "opinabili", in quanto poste su di un confine caratterizzato da oggettiva e inevitabile labilità²⁵³; nondimeno, gli atti delle *Authorities* debbono soggiacere al controllo giurisdizionale, non potendo rivendicare i Garanti spazi valutativi loro "riservati", tantomeno facendo leva sulla rilevanza costituzionale degli interessi affidati alla loro cura o sulla loro particolare *expertise*²⁵⁴. Se mai, di contro, proprio il rilievo degli interessi involti dall'esplicazione dei loro poteri

²⁴⁹ Cfr., ancora, la sentenza della Terza Sezione del Consiglio di Stato n. 1856 del 2 aprile 2013 *cit.*.

²⁵⁰ Si tratta, in altri termini, della mentovata "contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati".

²⁵¹ Ciò in ragione della richiamata necessità, condivisa dalla letteratura e dalla giurisprudenza, di sottoporre gli atti emessi dalle Autorità indipendenti, poste al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, ad un pieno sindacato giurisdizionale anche allo scopo di suffragarne la legittimazione nell'ordinamento vigente.

²⁵² Cfr. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, cap. III.

²⁵³ LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2003, 604 e ss..

²⁵⁴ CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali cit.*, 533.

dovrebbe giustificare un sindacato più penetrante al fine di meglio tutelare le situazioni soggettive²⁵⁵.

Quanto sinora enunciato va coniugato con la constatazione per cui “il sindacato esercitato dal giudice amministrativo sugli atti delle Autorità si configura diversamente a seconda del tipo di potere che esse esercitano”²⁵⁶ e, in specie, come meglio *infra*, in dipendenza dall’esercizio della funzione di regolazione ovvero della funzione sanzionatoria di cui tali Garanti sono titolari.

La letteratura, infine, non ha mancato di notare come la giurisprudenza amministrativa successiva alla storica decisione con cui il Consiglio di Stato, nell’anno 1999, ammise il vaglio intrinseco sugli atti espressivi di discrezionalità tecnica²⁵⁷ (approdo ermeneutico alquanto rinvigorito dalla - quasi coeva, non a caso - introduzione nel processo amministrativo dello strumento istruttorio della consulenza tecnica di cui, quindi, ben può avvalersi il giudice anche per sindacare *ab intra* la discrezionalità tecnica²⁵⁸), nel riflettere la diversità delle opinioni sull’ampiezza del controllo giurisdizionale (comunque “intrinseco” o “diretto”) sulla predetta discrezionalità, “dà luogo ad un quadro disorganico, in cui l’intensità del vaglio giudiziale viene modulata diversamente in rapporto ai diversi settori di attività”²⁵⁹, quasi che sia condizionata dalla rilevanza socio-economica della vicenda trattata. Ciò emerge nitidamente con precipuo riferimento ai provvedimenti resi dalle Autorità indipendenti, rispetto ai quali mette conto rilevare una significativa evoluzione del corrispondente sindacato giurisprudenziale, approdata ad un orientamento ermeneutico sostanzialmente unitario, alla cui stregua il giudice esercita un

²⁵⁵ LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti cit.*, 606.

²⁵⁶ Così GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale cit.*.

²⁵⁷ Trattasi della menzionata decisione 9 aprile 1999, n. 601, resa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

²⁵⁸ La consulenza tecnica d’ufficio è stata infatti introdotta nel giudizio amministrativo ad opera dell’art. 16 della legge 27 luglio 2000, n. 205; la stessa è oggi disciplinata dall’art. 63, comma quarto, e dall’art. 67 del codice del processo amministrativo.

²⁵⁹ In tal senso LIGUORI, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione cit.*, cap. III, cui rinvia altresì AULETTA, nel commento alla pronuncia emessa da Cass. S.U., 24 giugno 2011, n. 13904, in *Rivista Neldiritto*, 2011, 1519.

controllo – al di là di ogni sua sterile qualificazione – “pieno”²⁶⁰, seppure indefettibilmente calibrato sulla esigenza (di non facile realizzazione pratica) di giudicare senza debordare nel campo soggetto alla potestà amministrativa, a meno che non si verta in un giudizio in materia di sanzioni, per le quali si giustifica²⁶¹ e prevede²⁶² un sindacato di merito.

In ogni caso, le menzionate garanzie procedurali e il necessario sindacato giurisdizionale sulle rispettive determinazioni conferiscono legittimazione alle *Authorities*, favorendo la partecipazione degli interessati alla formazione dei relativi atti, nonché l’attento vaglio giurisdizionale degli stessi, ossia - in ultima istanza - il loro controllo nella fase fisiologica del procedimento, come in quella patologica del processo. Significativamente, in tale ottica, una diversa - ma per vero non dissimile - prospettiva ermeneutica ha evidenziato che le previsioni normative recanti garanzie procedurali non conferirebbero direttamente legittimazione democratica alle Autorità indipendenti, bensì “consentirebbero di superare questa deficienza attraverso diversi istituti e canali che potenziano i profili della responsabilità”²⁶³ e, in tal modo, rafforzano gli strumenti e le possibilità di tutela degli amministrati.

²⁶⁰ Cons. St., Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶¹ Cfr., ad esempio, quanto osservato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato nella pronuncia 3 maggio 2010, n. 2502.

²⁶² L’art. 134 del Codice del processo amministrativo assegna al giudice amministrativo giurisdizione estesa al merito sulle controversie in materia di sanzioni pecuniarie comminate dalle *Authorities*; il legislatore, col cosiddetto secondo correttivo al codice del processo amministrativo (di cui al decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160) ha modificato gli artt. 133 e 135 del codice predetto, sottraendo le sanzioni irrogate dalla Consob alla giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria, coerentemente rispetto alle statuizioni sul punto rese dalla Corte regolatrice della giurisdizione (cfr., ad esempio, Cass. S.U., 11 luglio 2001, n. 9383). In passato, per ciò che concerne la materia *antitrust*, la previsione legislativa della giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni pecuniarie era desumibile dall’art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, applicabile in virtù del richiamo contenuto nell’art. 31 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

²⁶³ PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi cit.*, 210.

2.1. In particolare: sulla legittimazione all'esercizio del potere regolamentare e sulle caratteristiche dei provvedimenti di regolazione.

Se, in generale, garanzie procedurali "rafforzate" e sindacato giurisdizionale indefettibile corroborano la legittimazione democratica delle *Authorities*, il riconosciuto - siccome oramai diffuso - "policentrismo normativo"²⁶⁴ contribuisce, in particolare, a legittimare i Garanti all'esercizio del potere regolamentare: secondo la giurisprudenza amministrativa il citato policentrismo connota il nostro sistema delle fonti di produzione del diritto, sicché in aggiunta alla competenza legislativa assegnata agli organi parlamentari, è tutt'altro che infrequente l'attribuzione della *potestas* normativa a soggetti privi di rappresentatività popolare; pertanto, "la configurazione in certi casi di una maggiore discrezionalità delle autorità indipendenti anche nell'esercizio delle loro funzioni normative risulta coerente col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare - in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza, della prassi - l'azione di quanti vi operano"²⁶⁵.

In secondo luogo, ulteriore fondamento giuridico all'assegnazione del potere regolamentare in capo alle *Authorities* è stato rintracciato nella norma *ex art. 97 Cost.*, che sancisce il principio di legalità nell'organizzazione di tutti i pubblici uffici e di tutte le Amministrazioni a prescindere dalla circostanza della loro mancanza di rappresentatività popolare²⁶⁶.

Inoltre, l'affermazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza, libertà di circolazione e di stabilimento, nonché di salvaguardia della parte contrattuale debole - qual è il consumatore o l'investitore-risparmiatore - pure sospinge in direzione della legittimazione delle *Authorities* all'esercizio della *potestas* regolamentare, secondo quanto chiarito dal noto

²⁶⁴ Sulla frantumazione delle fonti normative e sulla collegata difficoltà di preservare un controllo sociale delle regole introdotte, nonché sull'importanza dei provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti in relazione alle attività contrattuali private cfr. ALPA, *Le fonti del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006.

²⁶⁵ Cons. St., Sez. Cons., parere 25 febbraio 2005, n. 11603/2004.

²⁶⁶ SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo cit.*, 301.

Rapporto Lamfalussy²⁶⁷, che contempla un modello bifasico di normazione per la regolamentazione comunitaria, nel quale si compendiano, da un lato, direttive recanti i principi guida e, dall'altro, misure tecniche di dettaglio approvate dalla Commissione coerentemente alla disciplina quadro.

Forti di siffatta legittimazione, dunque, le *Authorities* ben possono esercitare la loro potestà normativa e, così, produrre regolamenti che – a buon diritto – rientrano fra quelli previsti dagli artt. 3 e 4 delle disposizioni preliminari al codice civile²⁶⁸.

Tuttavia - ad eccezione degli atti di regolazione di fatto fondati "su di una sorta di "autoattribuzione", nell'ambito dell'autonomia organizzativa riconosciuta alle singole autorità, ovvero sulla scorta di una pretesa clausola dei poteri impliciti²⁶⁹" - per lo più si ritiene che le manifestazioni del potere

²⁶⁷ Trattasi del rapporto elaborato da un comitato di saggi sulla regolamentazione dei mercati europei dei valori mobiliari, all'esito di un'indagine sullo stato di sviluppo e di integrazione dei mercati finanziari europei. In particolare, nella sua relazione finale, la cosiddetta Commissione Lamfalussy ha raccomandato un approccio innovativo alla regolamentazione dei mercati finanziari attraverso la creazione di un quadro normativo articolato su più livelli, volto ad accrescere la flessibilità, l'efficienza e la trasparenza del processo di regolamentazione a livello europeo nel settore dei valori mobiliari. Tale approccio è stato successivamente accolto sia dal Consiglio Europeo di Stoccolma del 23 e 24 marzo 2001 (nella sua Risoluzione su una regolamentazione più efficace dei mercati dei valori mobiliari nell'Unione europea), sia dal Parlamento Europeo in data 5 febbraio 2002 (www.consob.it), nonché esteso dal Consiglio di Economia e Finanza ("ECOFIN") a tutta la regolamentazione comunitaria in materia di mercati (bancari, assicurativi, di vigilanza su fondi pensionistici).

²⁶⁸ Nello specifico l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile (o "preleggi"), intitolato ai "Regolamenti", così prevede: "Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale. Il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari"; il successivo art. 4 - rubricato "Limiti della disciplina regolamentare" - stabilisce che "I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi. I regolamenti emanati a norma del secondo comma dell'art. 3 non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo".

²⁶⁹ Con specifico riguardo al Garante per l'Energia Elettrica e il Gas, ma con discorso estensibile alle altre *Authorities*, è stato osservato che "La teoria dei poteri impliciti si interroga sulla possibilità di riconoscere agli organi preposti alla regolazione non solo i poteri

regolamentare, anche a rilievo esterno²⁷⁰, proprie dei Garanti debbano rinvenire un esplicito fondamento legislativo²⁷¹. Questo, a ben vedere, si riscontra anche nel caso in cui il potere regolamentare sia considerato “implicito”²⁷², atteso che – come

espressamente attribuiti dalla legge, ma anche quelli che siano <<strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati>>. La legge istitutiva dell’Aeeg(si), così come quella di altre Autorità, attribuisce competenze molto generali ed è caratterizzata nella maggior parte del testo normativo da mere enunciazioni di obiettivi da raggiungere, dato anche il carattere indeterminato e altamente tecnico dei valori da tutelare. In questo contesto, si radica il dibattito sulla configurabilità in capo all’Aeeg(si) di poteri impliciti. Sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise su due approcci differenti in ordine alla portata precettiva del principio di legalità [...]. Il primo è quello che adotta una concezione rigorosa del principio di legalità (ogni potere autoritativo di una pubblica amministrazione deve fondarsi su una norma di legge espressa e precisa). Il secondo, invece, postula una accezione debole dello stesso (<<propendendo per una lettura “pragmatica e smitizzante” del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell’agire amministrativo parimenti munite di riconoscimento costituzionale, prospettando una adeguata tutela offerta dai principi di ragionevolezza, proporzionalità e “raffrontabilità” con gli standards desunti dalla tecnica>>”). Così IMPINNA, *I poteri di regolazione dell’Aeeg, l’autonomia contrattuale e i poteri impliciti cit.*, 174.

²⁷⁰ Cfr., altresì per le relative esemplificazioni, CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in D’ALBERTI, PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 82 e ss..

²⁷¹ PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 326.

²⁷² Per “poteri impliciti” (*implied powers* negli studi anglosassoni) s’intendono – in generale – quei poteri (amministrativi o anche legislativi) che non sono conferiti dalla fonte attributiva del potere, ma che sono necessari per l’esercizio di poteri espressamente assegnati ovvero per il conseguimento degli obiettivi per cui sono stati attribuiti i poteri espliciti. Di talché, i cosiddetti poteri amministrativi impliciti sono caratterizzati dalla mancanza di una loro fonte attributiva che, tuttavia, non osta al loro esercizio ad opera dell’Amministrazione al fine di perseguire le finalità che il legislatore la obbliga a conseguire mediante l’assegnazione di altri poteri conferiti espressamente; pertanto, trattasi di “poteri consequenziali o concomitanti” (così UBALDI, *Poteri impliciti della p.a.: tra legalità e forma*, in *Lexitalia.it*, 4/2013) in riferimento a poteri attribuiti in modo esplicito da una norma di legge, che l’ente ritiene utile – se non necessario – esercitare

anticipato - con riguardo ai settori "sensibili" affidati alle *Authorities* sovente il legislatore esercita la propria competenza normativa soltanto per concetti generali, in considerazione dell'impossibilità che la fonte legislativa predetermini tutti gli aspetti del divenire dell'azione amministrativa e, quindi, della correlata opportunità di lasciare al Garante il perseguimento degli obiettivi istituzionalmente attribuitigli (anche) mediante l'esercizio di poteri implicitamente desumibili dalla fonte normativa²⁷³. Di talché, in siffatte ipotesi, i suddetti poteri regolamentari non paiono propriamente impliciti, bensì rientrano nella previsione - sia pur generica - della legge attributiva, che spetta all'interprete di concretizzare²⁷⁴ e, pertanto, non collidono col principio di legalità, anche in ragione della necessità di motivare i corrispondenti provvedimenti²⁷⁵. La prassi appena riferita risulta invero tollerata nel caso dell'emanazione di regolamenti "indipendenti", ferma la "necessità di accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'autorità, o comunque in altra fonte primaria (anche di livello comunitario), siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione"²⁷⁶.

Talvolta, la fonte attributiva del potere assegna al regolamento adottato dall'*Authority* la capacità di derogare a disposizioni legislative previgenti, alla stregua di una delegificazione che la dottrina ammette purché "[...] naturalmente, l'ambito materiale assegnato alla fonte regolamentare sia circoscritto, sì che possa dirsi che l'abrogazione delle precedenti leggi discenda non

per raggiungere gli scopi previsti dalle norme attributive del potere (esplicito). La teoria dei poteri impliciti ha origine nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi, ma è stata esportata in Europa: la Corte di Giustizia vi ha largamente attinto per assegnare competenze alle istituzioni europee (cfr. Corte Giust. CE, 12 luglio 1973, C-8/1973, *Massey-Ferguson*).

²⁷³ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, che ammette l'esercizio dei poteri impliciti proprio in relazione agli atti regolamentari delle Autorità indipendenti.

²⁷⁴ SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo cit.*, 24 e 25.

²⁷⁵ Cfr., tra gli altri, TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012, e la dottrina ivi citata; ID., *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; ID., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

²⁷⁶ Cons. St., parere 25 febbraio 2005, n. 11603/2004 *cit.*.

tanto dall'esercizio del potere regolamentare, quanto piuttosto dalla creazione a suo favore di una sfera di competenza normativa"²⁷⁷.

Inoltre, a riprova delle peculiarità genetiche e funzionali connotanti i Garanti, i relativi atti di regolazione sfuggono al rigoroso rispetto del criterio gerarchico che informa, tradizionalmente, le relazioni fra le fonti di produzione del diritto; piuttosto, infatti, "appare ragionevole la tesi che esclude l'applicabilità dell'art. 4, secondo comma, delle preleggi ai rapporti fra regolamenti delle autorità indipendenti e regolamenti governativi, nel senso della subordinazione gerarchica dei primi ai secondi, ponendosi piuttosto questi ultimi, rispetto alle altre fonti secondarie, in un rapporto tendenzialmente basato sul criterio di competenza"²⁷⁸.

Le descritte caratteristiche hanno comportato difficoltà nella qualificazione degli atti normativi emanati dai Garanti: un'impostazione vi ha identificato fonti di rango primario o - secondo altra simile prospettazione - "sub-primario"; altra ricostruzione, invece, vi ha individuato fonti *extra ordinem*, come tali legittimate dal fatto di essersi imposte fuori dal sistema come atti di produzione della normativa dei mercati; l'orientamento più diffuso, per contro, vi rintraccia fonti di rango secondario²⁷⁹ che, proprio in quanto tali, possono sottoporsi al controllo giurisdizionale ed essere annullati quando contrastanti col sistema gerarchico delle fonti²⁸⁰.

In ogni caso, i regolamenti in cui per lo più esita l'esercizio del potere di regolazione cui sono legittimate le *Authorities* sono

²⁷⁷ Cfr. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, 266.

²⁷⁸ PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive cit.*, 328. Sulla possibilità di indagare le forme esplicative dei limiti all'autonomia privata anche alla stregua del criterio di competenza, in aggiunta a quello di gerarchia, cfr. BERTI, *Normatività e nuovo disordine delle fonti cit.*

²⁷⁹ *Ex multis*, cfr. Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, secondo cui l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas esercita la potestà normativa che le compete *ex lege* 14 novembre 1995, n. 481, "attraverso atti di natura certamente amministrativa, qualificabili, allorquando abbiano carattere normativo, cioè idoneità a prescrivere comportamenti ai soggetti esercenti, come regolamenti propri del settore cui appartiene il singolo servizio e a cui soppintende la specifica autorità [...]"

²⁸⁰ Dà atto delle varie tesi SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato cit.*

molteplici²⁸¹; fra questi, certamente, rientrano taluni provvedimenti dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico, nonché quelli adottati dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni²⁸², la quale è subentrata nell'esercizio delle competenze regolative dapprima spettanti al Garante per l'Editoria²⁸³.

Controversa, invece, la qualificazione in termini regolamentari di altri atti, quali quelli emanati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cui il codice degli appalti non assegna poteri regolamentari ulteriori rispetto a quelli attribuiti per la disciplina della sua organizzazione interna e dei procedimenti - anche sanzionatori - mediante i quali esercita la sua funzione di vigilanza²⁸⁴; ne deriva che le corrispondenti determinazioni della citata Autorità - recanti chiarimenti interpretativi, linee guida, indicazioni operative - sono talvolta identificate con circolari di carattere interpretativo, talaltra con manifestazioni di *soft law* o *moral suasion* nel contesto di una peculiare attività regolatoria cui, sebbene la giurisprudenza non annetta effetti vincolanti²⁸⁵, si

²⁸¹ Una trattazione esaustiva si riscontra in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti cit.*.

²⁸² Cfr. anche gli artt. 10 ("Competenze in materia di servizi di media audiovisivi e radiodiffusione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni") del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 ("Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici") e 24 ("Disciplina della fase di avvio delle trasmissioni radiofoniche in tecnica digitale") della legge 3 maggio 2004, n. 112 ("Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione").

²⁸³ *Ex* art. 1, ventiduesimo comma, della legge 31 luglio 1997, n. 249 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo". Di talché, ad esempio, Agcom ad oggi è titolare del potere di regolare le campagne elettorali e referendarie, in precedenza oggetto di regolamentazione ad opera del Garante per l'Editoria, il quale, infatti, già disponeva di notevoli poteri regolamentari: cfr. DE MINICO, *I poteri normativi del Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, in *Pol. dir.*, 3, 1995, 511.

²⁸⁴ Cfr. gli artt. 6 e 8 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, concernenti, rispettivamente, le attribuzioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e le disposizioni in materia di organizzazione e di personale e norme finanziarie.

²⁸⁵ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1785 (in *www.altalex.it*), secondo cui la bozza del disciplinare di gara predisposta dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici non ha natura regolamentare, né

riconosce la capacità di orientare le condotte delle stazioni appaltanti e, più in generale, degli operatori del mercato²⁸⁶.

2.2.a. Segue: sul sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione.

Le questioni all'attenzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla intensità del sindacato giurisdizionale riguardo all'attività regolatoria si riconnettono - come anticipato - al supposto difetto di legalità sostanziale inerente al potere di regolazione, spesso non precisato dal legislatore quanto all'oggetto e alle modalità di esercizio, nonché al tema della mancanza di legittimazione democratica di tali Regolatori. Sicché, onde scongiurare inaccettabili vuoti di tutela, si è provveduto all'introduzione legislativa di garanzie procedurali "rafforzate", dimodoché il controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione, da un lato, verifichi il rispetto delle menzionate garanzie - quasi trasponendo nell'ambito di un'attività sostanzialmente normativa principi che, tradizionalmente, alla stessa non si attagliano, quali quello del giusto procedimento e del contraddittorio -, dall'altro, sul piano sostanziale si appunti soprattutto sullo scrutinio del vizio di eccesso di potere, erto a strumento privilegiato di valutazione del rispetto da parte dei Regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità e adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore²⁸⁷.

valore vincolante per le Amministrazioni precedenti, in quanto rientra nell'esercizio del compito alla stessa assegnato dall'articolo 4, sedicesimo comma, lett. g), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, che concerne la "formazione di archivi di settore e la formulazione di tipologie unitarie da mettere a disposizione delle amministrazioni interessate"; invero, i compiti attribuiti all'Autorità sono compiutamente e tassativamente elencati all'articolo 4, comma quarto, della suddetta legge n. 109, non potendosi riconoscere a tale *Authority* competenze ulteriori rispetto a quelle alla stessa puntualmente assegnate.

²⁸⁶ PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive cit.*, 330.

²⁸⁷ Cfr., ancora, GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale cit.*, ove l'Autore chiarisce come "l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere".

Orbene, con precipuo riferimento al secondo degli aspetti appena enucleati acquista valenza paradigmatica il sindacato giurisdizionale (anticipando le conclusioni, sostanzialmente “intrinseco debole”) esitato nella decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato 2 aprile 2003, n. 1856. Tale pronuncia compone il giudizio originato dall’impugnazione di talune delibere AGCOM²⁸⁸ da parte di una società operatrice nel mercato delle comunicazioni elettroniche. Quest’ultima ricorreva avverso alcuni provvedimenti che l’Autorità aveva adottato nell’esercizio della propria funzione di regolazione volta a favorire la concorrenza e a incentivare la infrastrutturazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, assumendo che, in sostanza, nel determinare i prezzi da corrispondere all’operatore ancora oggi in posizione dominante, nonché unico proprietario della rete storica in rame, per la vendita dei servizi di accesso fisico e virtuale alla rete fissa, il Garante non aveva correttamente sviluppato – per alcuni profili – il modello economico di costo dei servizi medesimi²⁸⁹.

Mentre il Tar Lazio, Sezione III *ter*, con la sentenza n. 6321 dell’11 luglio 2012, rigettava tutti i ricorsi proposti, in appello i Giudici di Palazzo Spada hanno parzialmente accolto le doglianze prospettate, caducando – per quanto di ragione – le

²⁸⁸ Trattasi delle delibere n. 731/09/CONS, recante la “Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell’accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/789/CE”, nonché della delibera n. 578/10/CONS, recante la “Definizione di un modello di costo per la determinazione dei prezzi dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia S.p.A. ed al calcolo del valore WACC ai sensi dell’art. 73 della delibera n. 731/09/CONS”. la ricorrente aveva altresì impugnato la delibera n. 121/10/CONS, recante “Consultazione pubblica concernente la definizione di un modello di costo per la determinazione dei prezzi di servizio di accesso all’ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia S.p.A. ed al calcolo del valore del WACC ai sensi dell’art. 73 della delibera n. 731/09/CONS”, tra l’altro assumendo – non a caso per quanto *supra* argomentato in relazione al controllo giurisdizionale sulla legalità procedimentale degli atti di regolazione – la violazione delle regole che governano il giusto procedimento.

²⁸⁹ L’elevata complessità tecnica delle questioni oggetto di giudizio sospingono i Giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato a premettere alla decisione un breve inquadramento della materia regolamentata dalla delibera impugnata: v. il paragrafo n. 1 della sentenza n. 1856 del 2 aprile 2013.

delibere gravate. Siffatto pronunciamento si pone senza soluzione di continuità rispetto al pregresso orientamento giurisprudenziale, che ammette il vaglio comunque diretto sugli atti di regolazione, pur tuttavia “fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell’ambito di opinabilità, cosicché il suo sindacato non resti estrinseco, ma non divenga sostitutivo con l’introduzione di una valutazione parimenti opinabile. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, quindi, il giudice amministrativo non può sostituirsi alla valutazione che spetta alla Autorità, se questa sia attendibile, secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, o da violazioni di legge”²⁹⁰.

La pronuncia suddetta risulta dotata di particolare pregnanza laddove, con statuizioni nitide, conduce il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica entro una visione più matura e moderna che, al contempo, garantisce sia la discrezionalità amministrativa, che l’effettività della tutela giurisdizionale, ossia due valori parimenti irrinunciabili, dei quali, pertanto, si impone un (difficile ma non per questo meno doveroso) bilanciamento in ossequio ai dettami del diritto nazionale ed europeo. Significativamente, i Giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato rintracciano nel predetto temperamento “la centralità e, insieme, la difficoltà del ruolo che, oggi più che mai, spetta al giudice amministrativo quale naturale garante della legalità nell’esercizio del pubblico potere, anche in ambiti così specialistici”²⁹¹.

Ma di ciò la giurisprudenza amministrativa sembra pienamente conscia, se è vero che la riferita opzione esegetica si iscrive in un indirizzo unitario che, peraltro, dà conto delle inevitabili interferenze fra il sindacato giurisdizionale amministrativo e l’esercizio di poteri regolatori ad opera delle *Authorities*: in

²⁹⁰ Cfr. il paragrafo n. 19.2 della sentenza n. 1856 del 2 aprile 2013 citata ove, peraltro, il Consiglio di Stato richiama esplicitamente altri propri arresti, enunciativi dello stesso principio: trattasi, *ex multis*, delle decisioni n. 1274 del 5 marzo 2010 (resa dalla Quarta Sezione), n. 694 del 6 febbraio 2009 (resa dalla Sesta Sezione), n. 4635 del 4 settembre 2007 (resa dalla Sesta Sezione), n. 6201 del 13 ottobre 2003 (resa dalla Quarta Sezione), n. 4283 del 14 luglio 2011 (resa dalla Sesta Sezione), nonché n. 896 del 9 febbraio 2011 (resa dalla Sesta Sezione).

²⁹¹ Così, letteralmente, al paragrafo n. 19.3 della richiamata sentenza n. 1856 del 2 aprile 2013.

occasione della risoluzione di un'altra vicenda che ha visto coinvolto il Garante delle Comunicazioni, condannato ad adottare nuove determinazioni in conseguenza della declaratoria di illegittimità di una sua delibera (n. 366/10/CONS, avente ad oggetto il piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre in chiaro e a pagamento, nonché le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di *media* audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti in tecnica digitale e le relative condizioni di utilizzo), il Consiglio di Stato²⁹², al dichiarato fine di "evitare un vuoto regolamentare" (nella programmazione delle emittenti), ha prorogato l'efficacia della delibera giudicata illegittima nelle more dell'adozione delle relative determinazioni da parte dell'Autorità, sviluppando spunti già offerti dalla (nota) sentenza della Sesta Sezione 10 maggio 2011, n. 2755²⁹³, e, quindi, mettendo in discussione la tradizionale efficacia *ex tunc* della pronuncia giurisdizionale di annullamento; nondimeno, con riguardo ad una controversia attinente alle delibere adottate dall'AGCOM per la regolamentazione degli obblighi di cui all'art. 50 del codice delle comunicazioni elettroniche²⁹⁴, il Consiglio di Stato, a riprova della "centralità" e della "difficoltà" del suo ruolo, ha statuito che, "al fine di prevenire possibili difficoltà in sede esecutiva ed in osservanza del principio del buon andamento, appare opportuno consentire in via straordinaria all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni di disporre il mantenimento degli effetti della delibera (446/08/CONS) annullata, peraltro già storicamente sterilizzati"²⁹⁵, onde appunto bilanciare la salvaguardia della discrezionalità amministrativa con la

²⁹² Ci si riferisce alla decisione del Consiglio di Stato, Sezione Terza, n. 4658 del 31 agosto 2012, con nota di TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm. CDS*, 11/2012, 2817.

²⁹³ Reperibile in *www.iusexplorer.it*. L'indirizzo favorevole alla modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento, inaugurato dalla ricordata pronuncia 10 maggio 2011, n. 2755, è alla base di numerose decisioni di merito successive, quali quelle del T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, del T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 13 luglio 2012, n. 6418, del T.A.R. Lazio, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1432.

²⁹⁴ Di cui al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

²⁹⁵ Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21, in *www.giustizia.amministrativa.it*.

garanzia della effettività della tutela giurisdizionale. Nella fattispecie appena richiamata il necessario contatto fra l'esercizio della potestà giurisdizionale del Giudice amministrativo e l'attuazione dei poteri di regolazione in titolarità di AGCOM si rende ancor più significativo, attesa l'indicazione rivolta dai Giudici di Palazzo Spada - per vero in maniera non del tutto nitida - delle concrete modalità attraverso cui il Garante deve adempiere all'obbligo di prestare ottemperanza alla pronuncia di annullamento menzionata; il Consiglio di Stato, infatti, "suggerisce" all'Autorità oltre al "ripristino della situazione anteriore", la "rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dai vizi riscontrati"²⁹⁶.

2.2.b. Segue: raffronto col controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori.

Quanto riferito in ordine al vaglio giurisdizionale attinente all'esercizio del potere regolatorio in titolarità dei Garanti va parzialmente rimodulato con specifico riferimento al sindacato relativo agli atti espressivi del potere sanzionatorio proprio delle *Authorities*²⁹⁷ e ciò in coerenza con la premessa, secondo la quale l'intensità e i limiti del controllo operato dal Giudice amministrativo sugli atti adottati dalle Autorità indipendenti risentono della specificità del potere azionato²⁹⁸.

²⁹⁶ La non piana intelligibilità della riportata statuizione che, ad esempio, non chiarisce in modo inequivoco se il Consiglio di Stato riconosca due alternative di ottemperanza equivalenti, ovvero se la previsione del mantenimento degli effetti della delibera (446/08/CONS) annullata "in via straordinaria" esprima una preferenza per il ripristino della situazione anteriore, ha condotto l'Autorità a ricorrere allo strumento contemplato (innovativamente) dall'art. 112, comma quinto, del codice del processo amministrativo, che abilita alla richiesta di "chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza", in aderenza - peraltro - alle conclusioni rese sul punto dall'Adunanza Plenaria, la quale ha confermato come siffatto ricorso appaia "proponibile dalla P.A. soccombente" (cfr. Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).

²⁹⁷ Per un'analisi dettagliata dei poteri sanzionatori delle singole Autorità si veda FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

²⁹⁸ In ogni caso, nei procedimenti destinati a sfociare in una riduzione della sfera soggettiva del privato, come quelli sanzionatori, sono previste alcune regole di garanzia procedurale alla stessa stregua di quanto stabilito per l'esercizio della funzione di regolazione: rilevano,

Invero, per quanto concerne i provvedimenti sanzionatori, l'opzione esegetica consolidata è ben sunteggiata dalle seguenti statuizioni del Consiglio di Stato: "non è consentito per il giudice l'esercizio di un potere sostitutivo, salvo [...] per le sanzioni pecuniarie, sulle quali è consentito dalla legge un controllo più penetrante"²⁹⁹; difatti, proprio nell'esercizio di siffatto più incisivo sindacato, i Giudici di Palazzo Spada hanno espressamente enunciato i parametri in base ai quali poter indagare la legittimità del provvedimento con cui il Garante abbia irrogato la sanzione: "a) corretta rappresentazione dei fatti, in base a valutazione sia degli elementi di prova raccolti dalla Autorità Garante che delle prove a difesa fornite dalle imprese interessate; b) coerenza e attendibilità della istruttoria espletata, nonché delle conseguenti iniziative, indirizzate a reprimere le condotte risultate devianti e ad assicurare il ripristino di corrette regole di mercato; congruità e ragionevolezza della motivazione in base a parametri di comune esperienza, con riferimento a tutte le figure sintomatiche di eccesso di potere; c) sussistenza e corretta applicazione, o meno, di regole tecniche, la cui verifica richiede apposite conoscenze specialistiche, ma - in considerazione della peculiare posizione di indipendenza dell'Autorità Garante - senza alcun potere sostitutivo, ove non esattamente riscontrabili ma frutto di un apprezzamento complesso (con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie, sulle quali è ammesso un sindacato esteso al merito)"³⁰⁰.

Con specifico riferimento alla valutazione della congruità del *quantum* della sanzione pecuniaria comminata, lo scrutinio giurisdizionale si palesa più intenso, poiché mira ad apprezzare i diversi caratteri della condotta posta in essere dall'operatore sanzionato, in particolare approfondendo gli aspetti attinenti

in tal senso, quella generale della partecipazione dei soggetti interessati, quella più specifica del contraddittorio "verticale" tra il privato e l'Autorità, quella della verbalizzazione delle riunioni, quella - talvolta prevista - della distinzione fra organismi istruttori (uffici istruttori e "di ascolto") e organi a cui spetta il potere di adottare le decisioni (vertice dell'Autorità); per un quadro generale dei procedimenti amministrativi delle Autorità indipendenti cfr. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito cit.*, 131 e ss..

²⁹⁹ Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722.

³⁰⁰ Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722 *cit.*.

alla durata e, soprattutto, alla gravità del comportamento realizzato³⁰¹.

La decisione sulla sanzione, dunque, implica una rivalutazione compiuta del fatto da cui scaturisce il provvedimento afflittivo. Postulando una penetrante analisi della vicenda fattuale, non è affatto scontato che un controllo giurisdizionale di tal fatta convalidi l'accertamento operato del Garante (e/o quello effettuato dal primo Giudice). Anzi, emblematica della opposta (concreta) possibilità risulta la sentenza 20 dicembre 2010, n. 9306, resa dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha riqualficato la condotta censurata e, pertanto, ha significativamente rimodulato la sanzione pecuniaria comminata dal Garante (decurtandola di ben 270 milioni di euro)³⁰².

³⁰¹ Nel caso attenzionato dalla menzionata sentenza 21 maggio 2013, n. 2722, i Giudici di Palazzo Spada non ritengono che il provvedimento gravato abbia "superato il sussistente principio di proporzionalità della sanzione, espressamente richiamato dal regolamento 4064/89CEE ed affermato dalla Corte di giustizia, secondo cui "i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati" debbono essere "proporzionati e adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti". Quanto sopra sia in rapporto alle disponibilità economiche dell'appellante... sia in rapporto alla pluralità e alla gravità dei comportamenti sanzionati, implicanti anche uso strumentale della Giustizia per finalità diverse da quelle formalmente enunciate (di natura civilistica, o di difesa dell'ambiente)". Di talché, la mera lettura delle statuizioni appena riportate rende chiara la profondità dello scandaglio operato dal Consiglio di Stato che, allo scopo di verificare la correttezza dell'importo della sanzione inflitta, è giunto persino a interpretare il finalismo soggettivo sotteso ai comportamenti tenuti dall'impresa sanzionata.

³⁰² La menzionata decisione è oggetto di approfondito commento ad opera di SPAGNA, *Il Consiglio di Stato riduce di 270 milioni di euro la sanzione per l'abuso di posizione dominante attuato dall'Eni sul gasdotto tunisino*, in *Rivista Neldiritto*, 2011, 617 e ss., ove l'Autrice evidenzia come la pronuncia resa dai Giudici di Palazzo Spada accerti la sussistenza dell'abuso oggettivamente escludente ad opera della Eni S.p.A. e, tuttavia, ritenga che l'erronea previsione della situazione di *oversupply* - invocata dalla impresa a giustificazione del comportamento censurato - sia da considerarsi elemento idoneo a diminuire la gravità dell'illecito; inoltre, la medesima sentenza (in ciò confermando la pronuncia di primo grado) considera errata la valutazione con cui l'Autorità *Antitrust* ha qualificato la condotta abusiva "molto grave", piuttosto che semplicemente "grave", attesa la

È stato osservato che la descritta ampiezza del controllo giurisdizionale sulle sanzioni deriva dalla “speciale connotazione in senso quasi paragiurisdizionale della funzione sanzionatoria”, sicché tale sindacato si risolve nell’“esercizio diretto di un potere ‘proprio’ (quello appunto punitivo)”³⁰³. Invero, la sanzione amministrativa persegue una finalità eminentemente afflittiva, sì da appagare l’interesse generale alla osservanza della legge e reprimere, con apposita punizione, la condotta del soggetto che trasgredisca il precetto; ciò differenzia la funzione sanzionatoria dalla funzione propriamente amministrativa, la quale è teleologicamente orientata alla soddisfazione dell’interesse pubblico specifico individuato dalla norma che attribuisce il potere all’Amministrazione³⁰⁴.

Del resto, la generale regolamentazione in tema di sanzioni amministrative pecuniarie³⁰⁵ permette al giudice ordinario - storicamente e tradizionalmente il giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani³⁰⁶ -, nel precipuo contesto della opposizione alla ordinanza-ingiunzione³⁰⁷, la completa

assenza di dolo in capo alla società sanzionata. Infine, tenendo altresì in considerazione l’apporto dei comportamenti posti in essere successivamente dalla S.p.A. Eni, a titolo di ravvedimento operoso, il Consiglio di Stato ha significativamente ridotto l’importo della sanzione originariamente inflitta dall’*Authority*, essendo la stessa inizialmente pari a 290 milioni di euro e divenuta, in seguito alla decisione di appello, pari a soli 20 milioni di euro.

³⁰³ Così GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale cit.*.

³⁰⁴ ID., *ibidem*.

³⁰⁵ *Ex lege* 24 novembre 1981, n. 689.

³⁰⁶ Non a caso la legge n. 24 novembre 1981, n. 689, è nota come “legge di depenalizzazione”.

³⁰⁷ È stato notato che l’art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, assegna al giudice il potere di annullare in tutto o in parte il provvedimento sanzionatorio o di modificarlo anche limitatamente alla entità della sanzione dovuta. Siffatta previsione è stata sostituita per effetto di quanto disposto dal decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, il cui art. 6, dodicesimo comma, tuttavia, ripropone la formula già propria del predetto art. 23. Ne consegue la possibilità di riferire osservazioni elaborate per l’art. 23 citato altresì al menzionato art. 6 del decreto 1 settembre 2011, n. 150. Per entrambe le ipotesi valga considerare che il potere conferito al giudice della opposizione, “consentendo l’intervento giurisdizionale di riesame retroattivo all’interno dell’atto amministrativo, interviene nel merito del rapporto punitivo, rendendo il giudice *dominus* della valutazione circa l’entità della pena e investendolo dello stesso potere di piena valutazione

rivalutazione della vicenda controversa, al fine di appurare la fondatezza o meno della pretesa creditoria fatta valere dal pubblico potere, cosicché ogni potestà sanzionatoria punitiva resti appannaggio della giurisdizione. L'attribuzione *ex lege* al giudice ordinario di una *cognitio* così piena in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, anche in considerazione della specifica finalità perseguita mediante l'esercizio del potere sanzionatorio, si riverbera - ma entro certi irrinunciabili limiti - sull'intensità del controllo giurisdizionale avente ad oggetto le misure sanzionatorie inflitte dalle Autorità indipendenti, che il legislatore devolve alla giurisdizione - "di merito" - del Giudice amministrativo.

La pienezza di tale ultimo sindacato è stata valorizzata anche in sede sovranazionale: la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel noto caso *Menarini*³⁰⁸, ha esplicitamente affrontato la questione del tipo di controllo praticato dal Giudice amministrativo italiano sulle sanzioni delle Autorità indipendenti e, segnatamente, su quelle comminate dal Garante della Concorrenza e del Mercato, interrogandosi sulla compatibilità dello stesso rispetto alle previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU") e, in special modo, con quanto prescritto dal relativo art. 6, § 1, che riconosce a chiunque subisca l'inflizione di una punizione il diritto ad una tutela piena ed effettiva³⁰⁹. Secondo la Corte di Strasburgo le misure sanzionatorie irrogate dall'Autorità *Antitrust* possiedono, ai sensi della Convenzione, natura di "pene" e, in quanto tali, rientrano nell'alveo applicativo del citato art. 6, § 1, CEDU; tanto è desumibile dal duplice scopo perseguito attraverso la comminatoria di queste sanzioni: prevenire e reprimere le

esercitato da parte della amministrazione con l'adozione del provvedimento sanzionatorio: è un riesame non del solo atto, ma dell'intera pretesa punitiva"; così SEVERINI, voce *Sanzioni Amministrative (processo civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2000, 1007.

³⁰⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italie*, pubblicata sul sito della stessa, all'indirizzo <http://www.echr.coe.it/echr>.

³⁰⁹ Testualmente, l'art. 6, § 1, CEDU così prevede: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti".

condotte anticoncorrenziali mediante misure di carattere certamente afflittivo. Dalla riscontrata applicazione dell'art. 6, § 1, predetto, deriva l'ineludibile necessità di assicurare al soggetto sanzionato il diritto di accedere a una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, che si traduca in un penetrante sindacato ad opera del magistrato. Di talché, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che - nel caso concretamente sottoposto al loro vaglio - è dato riscontrare siffatto intenso controllo ad opera del Giudice amministrativo che, invero, in consonanza con la prescrizione recata dall'art. 6 della Convenzione³¹⁰, aveva verificato l'adeguatezza dell'esercizio del potere ad opera del Garante, nonché la congruenza e la proporzionalità della misura inflitta.

L'esigenza di un penetrante controllo giurisdizionale sulle sanzioni comminate dalle *Authorities* è, dunque, avallata altresì dalla giurisprudenza europea che, a sostegno di un tal genere di sindacato, pone proprio le peculiarità insite nella funzione sanzionatoria³¹¹.

Tuttavia, occorre effettuare sul punto un'importante precisazione, che dia conto di quegli irrinunciabili limiti *supra*

³¹⁰ La Corte, con sei voti contro uno, ha infatti dichiarato non sussistente - nella specie - la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU.

³¹¹ Sulla scorta delle suggestioni promananti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siccome interpretato dalla Corte di Strasburgo nella mentovata sentenza *Menarini*, v'è Chi ha sottolineato la necessità di un controllo giurisdizionale pieno sui giudizi tecnici complessi "salvo (in relazione agli obblighi CEDU) che non si sia pervenuti alla decisione amministrativa attraverso un procedimento davvero paritario e paragiurisdizionale" e, pertanto, ha paventato l'opportunità della conformazione del sindacato operato dal giudice amministrativo su siffatte valutazioni ad un "modello appellatorio": "alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla CEDU, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della Cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità è, in realtà, sempre più quella di un giudice di appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella della amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato" (così ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, nota a Cass. S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.* 4/2012, 1602).

accennati: il sindacato esercitato dal Giudice amministrativo sugli atti sanzionatori delle Autorità indipendenti, se certamente può definirsi più intenso rispetto a quello praticato dal medesimo Giudice in ordine ai provvedimenti espressivi della funzione di regolazione spettante ai Garanti (in quanto persino capace di pervenire alla rideterminazione del *quantum* della sanzione irrogata), non può in ogni caso affatto equipararsi - sul piano della pienezza - a quello devoluto al Giudice ordinario sulle sanzioni amministrative pecuniarie³¹²: le premesse applicative della sanzione comminata dall'*Authority*, invero, sfuggono al controllo giurisdizionale nella misura in cui è precluso al Giudice amministrativo accertare la concreta esistenza di un comportamento illecito sanzionabile quale presupposto della sanzione: "con riferimento alle Autorità indipendenti sembrano, quindi, non utilizzabili le considerazioni che depongono a favore di un sindacato tendenzialmente pieno (sul rapporto più che sull'atto) sulla sanzione. Nel caso delle sanzioni delle Autorità indipendenti deve escludersi che il Giudice amministrativo, adito in sede di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, si riappropri, in sede processuale, di una potestà punitiva di cui ha la piena titolarità (e che solo provvisoriamente è stata "delegata" alla Amministrazione). In questo caso, al contrario, la potestà sanzionatoria è attribuita all'Autorità indipendente come funzione sua propria, attribuzione giustificata proprio in nome delle caratteristiche di tecnicità, indipendenza, neutralità che connotano tale soggetto"³¹³.

Sicché, anche il più penetrante sindacato giurisdizionale sulle sanzioni inflitte dalle *Authorities*, sembra doversi "indebolire" al cospetto della valutazione compiuta dall'Autorità circa la sussistenza dei presupposti fondanti l'applicazione della misura sanzionatoria.

³¹² SPAGNA, *Il Consiglio di Stato riduce di 270 milioni di euro la sanzione per l'abuso di posizione dominante attuato dall'Eni sul gasdotto tunisino cit.*; nella fattispecie ivi analizzata, tuttavia, l'Autrice riscontra che "quel che il Supremo tribunale sembra aver censurato, non è tanto la mera congruità e correttezza dei criteri utilizzati dalla Autorità per determinare l'importo delle sanzioni, quanto le valutazioni svolte dalla Autorità relative alla qualificazione dei fatti presupposti".

³¹³ GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale cit.*.

Dal canto suo, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha reso recenti statuizioni coerenti con i richiamati indirizzi ermeneutici, invalsi presso la giurisprudenza amministrativa, rilevando che l'organo giurisdizionale chiamato a sindacare gli atti adottati dai Garanti è tenuto ad arrestarsi ogniqualvolta non si riscontrino illegittimità, bensì soltanto l'intrinseca opinabilità delle scelte amministrative³¹⁴.

Le suesposte constatazioni acquistano pregnante rilievo considerando esplicazione della funzione di regolazione non solo gli "strumenti adottati in via preventiva" per ostacolare il "verificarsi di situazioni *contra legem*", bensì anche quelli "di repressione", "volti a sanzionare comportamenti *contra legem* e a ripristinare una situazione giuridicamente conforme"³¹⁵.

3. Le Autorità di regolazione e la "conformazione" dell'autonomia privata (rinvio).

Nelle pagine precedenti si è cercato di evidenziare che "una porzione consistente dei compiti di vigilanza e di controllo demandati alle *Authorities* si estrinseca [...] in attività di regolazione realizzata attraverso l'esercizio di poteri

³¹⁴ Cass. S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013; in proposito si segnala il commento di GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2014, 1057.

³¹⁵ TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria cit.*, 4. Tale (condivisibile) opzione esegetica collide con quella incline a ravvisare una distinzione ontologica tra la funzione regolatoria e quella sanzionatoria, alla cui stregua la prima si sostanzia in un intervento *ex ante* dell'Autorità, volto anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato, attraverso la fissazione di indirizzi di carattere più o meno generale, aventi lo scopo di disciplinare l'ambito di operatività dei soggetti regolati e di eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato efficiente ed effettivamente libero; viceversa, la seconda – che nella regolazione trova in linea di massima il suo presupposto e la sua premessa in un mercato già operante secondo modelli di libera concorrenza – colpisce con interventi *ex post* i comportamenti che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo e, conseguentemente, ledono gli interessi della categoria dei consumatori: in tal senso opina MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21 octies comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *www.dimt.it*.

sostanzialmente normativi, che vanno ad affiancarsi, in un eccentrico crogiuolo di potestà pubblicistiche, alle funzioni più propriamente amministrative [...] ed a quelle 'giustiziali' o 'contenziose', concernenti la composizione delle controversie"³¹⁶.

La complessità del fenomeno delle Autorità di regolazione sollecita, quindi, una molteplicità di problemi esegetici di cui – inevitabilmente in parte – si è dato sinora conto. Tra questi si pone, in attuale posizione di assoluta preminenza, quello delle (inevitabili) interferenze fra l'esercizio delle diverse funzioni assegnate alle *Authorities* a valenza sempre più eteronoma e i conseguenti possibili margini di esplicazione ad oggi riconosciuti all'autonomia privata.

Tale questione e le corrispondenti implicazioni saranno oggetto del capitolo che segue, dimodoché si chiarisca – in riferimento a siffatto peculiare ambito – la fisionomia dell'odierno rapporto fra autorità e libertà.

³¹⁶ ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 50.

CAPITOLO III

AUTORITÀ E LIBERTÀ

FRA *REGULATION* E CONFORMAZIONE DELL'AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto nel "policentrismo normativo" tra integrazione e deroga alle previsioni di legge; 3. Il fondamento dell'eteronomia regolamentare delle *Authorities* in materia contrattuale; 4. La protezione dell'autonomia privata al cospetto dell'eteronomia promanante dalla normativa dei Garanti; 5.1. Le ripercussioni sul contratto dei provvedimenti normativi delle *Authorities*: la nullità della pattuizione difforme; 5.2. Segue: le nullità speciali dei contratti in contrasto con le norme delle Autorità di regolazione; 5.3. Segue: l'integrazione del contratto lacunoso attraverso le clausole determinate dai Garanti.

1. Premessa.

Una volta evidenziata la sussistenza dell'ineludibile nesso fra regolazione, autonomia privata, iniziativa economica, mercato e concorrenza, da cui trae linfa e, al contempo, sul quale si riflette l'operato istituzionale di organismi del tutto peculiari quali sono le *Authorities* e, in particolare, l'esercizio della loro funzione di regolazione in diritto e *de facto*³¹⁷, possono più consapevolmente affrontarsi le questioni che, in generale, l'esposta interrelazione solleva e alle quali, pertanto, sarà dedicata la trattazione contenuta nel presente capitolo.

Siffatta indagine si propone di meglio lumeggiare il rapporto attuale fra autorità e libertà e, dunque, fra autonomia ed eteronomia contrattuale, in modo da far emergere la consistenza odierna della prima in ragione della incidenza della seconda; detta analisi sarà seguita dal riscontro dei corrispondenti esiti con riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche e, di conseguenza, in relazione all'attività espletata dall'Autorità per

³¹⁷ DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti cit.*, 60.

le Garanzie nelle Comunicazioni, in quanto affidataria del predetto comparto nella *qualitas* di suo Regolatore.

2. Regolazione amministrativa e disciplina del contratto nel “policentrismo normativo” tra integrazione e deroga alle previsioni di legge.

La devoluzione alle Autorità amministrative indipendenti e neutrali del compito di regolare i settori “sensibili” loro affidati - anche e soprattutto mediante la posizione della disciplina del regolamento di interessi contrattuale³¹⁸ - pone, anzitutto, il problema della conciliabilità di tale prassi con la riserva di legge sancita dall’art. 41 della nostra Carta fondamentale³¹⁹; tale questione sottende, altresì, quella correlata allo scandaglio della natura giuridica da riconoscere agli atti normativi adottati dai Garanti³²⁰.

Per vero, il menzionato fenomeno regolativo concorre al “policentrismo normativo” che, come ricordato, attualmente contraddistingue il nostro sistema di produzione delle norme³²¹, contribuendo a rendere il diritto dei contratti sempre meno di matrice legislativa poiché, all’uopo, si rifugge dall’impiego della legge formale - ossia dal modello affermatosi con l’implementazione dello Stato di diritto - e si attinge, in misura crescente, alla “Società” e, per tal via, a regolazioni settoriali poste da particolari Autorità. In tal modo, le fonti del diritto si moltiplicano e si complicano, arricchendosi di discipline peculiari, le quali non sembrano imporsi *ab externo* ai consociati, piuttosto giustificandosi allo scopo di soddisfare le diffuse e rinnovate esigenze di rapida e specialistica normazione: per tal via, la libertà recupera rilevanti margini di esplicazione rispetto all’imposizione autoritativa di modelli comportamentali.

In altri termini, la “Società” - allo stesso tempo - è destinataria ed è fondamento legittimante la regolazione dei mercati da

³¹⁸ Tale attività viene espletata dai Garanti nell’adempimento della loro funzione di “micro” regolazione; cfr. in tal senso la pronuncia (menzionata nel capitolo precedente) resa da T.A.R. Lombardia, Sez. III, 14 marzo 2013, n. 683 *cit.*.

³¹⁹ Problema di cui si è già dato conto al precedente capitolo I: cfr. i paragrafi n. 2.3. e n. 2.4.

³²⁰ Cfr., sul punto, il paragrafo n. 2.1. del capitolo II.

³²¹ Cfr., ancora, il paragrafo n. 2.1. del capitolo II.

parte di fonti non legislative³²². Quest'opzione, peraltro, riduce – se non elide – il paradosso ingenerato dalle liberalizzazioni e dalla susseguente istituzione delle *Authorities*, ravvisabile – secondo Taluni³²³ – nella circostanza per cui lo Stato liberale, da un lato, si apre al mercato, incentivando l'espressione del libero scambio (*recte*, dell'autonomia privata), mentre, dall'altro, dà la stura a regolamentazioni analitiche (*recte*, restrittive) dei rapporti economici e delle dinamiche di mercato.

Si è detto che i poteri normativi in titolarità dei Garanti sono per lo più previsti dalla legge ordinaria che li istituisce, quand'anche attraverso disposizioni generiche³²⁴ che, talvolta, hanno innescato dubbi sulla titolarità di poteri impliciti in capo alle Autorità indipendenti³²⁵; cionondimeno, la natura di fonte secondaria dei corrispondenti atti non è risultata scontata³²⁶, in considerazione delle peculiarità ontologiche caratterizzanti le *Authorities* e delle conseguenti difficoltà incontrate dagli interpreti nell'identificare i loro regolamenti con quelli tradizionalmente contemplati dal nostro sistema ordinamentale – ossia con quelli adottati dal Governo³²⁷ – e, di conseguenza,

³²² BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto cit.*.

³²³ Cfr. NAPOLITANO, ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti cit.*.

³²⁴ I regolamenti delle *Authorities*, spesso emanati sulla base di una blanda normativa di principio fissata con le leggi istitutive (è il caso della disciplina dei mercati finanziari, contenuta nei regolamenti della Consob), arricchiscono il panorama delle fonti del diritto; così PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv* 4/2010, 14.

³²⁵ Cfr. il precedente capitolo II, al paragrafo n. 2.1.

³²⁶ Il potere normativo, per quanto in via generale, è attribuito alle *Authorities* dalla legge ordinaria o dal diritto comunitario derivato; ciò, unitamente alla considerazione per cui il nostro sistema delle fonti primarie è "chiuso" – come meglio *infra* –, dovrebbe condurre a ritenere – a rigore – che i regolamenti (e gli atti normativi in genere) di siffatti organismi abbiano rango di fonte secondaria.

³²⁷ Di cui all'art 17 ("Regolamenti") della legge 23 agosto 1988, n. 400, intitolata alla "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri". È stato infatti affermato che quelli delle *Authorities* sono "regolamenti *sui generis* per i quali non sembra... adattarsi la tipologia descritta dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988": così FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 143.

nel sottoporli al rispetto del principio di gerarchia che, di regola, governa i rapporti fra le fonti di produzione normativa³²⁸.

Difatti, la regolazione promanante dai Garanti persegue scopi di strutturazione del mercato e pare perciò solo giustificarsi e potersi imporre ai suoi destinatari³²⁹, ciò che ha condotto alla elaborazione di diverse tesi in ordine alla natura giuridica dei relativi atti normativi³³⁰, sottratti da certe impostazioni alla categoria delle fonti secondarie e variamente qualificati come fonti primarie o, addirittura, *extra ordinem*³³¹.

Le citate opzioni sono state tuttavia superate in favore della prevalente adesione alla ricostruzione secondo la quale gli atti espressivi del potere di normazione proprio delle Autorità indipendenti e, in particolare, i loro regolamenti, costituiscono fonti secondarie³³²; in tal senso depone la circostanza che - nel

³²⁸ In base al principio di gerarchia delle fonti, qualora la fattispecie sia regolata da fonti di grado diverso, al giudice si impone l'applicazione della fonte gerarchicamente sovraordinata con contestuale disapplicazione d'ufficio di quella sottordinata (artt. 3 e 4 delle disposizioni preliminari al codice civile); cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, I, 300.

³²⁹ Cfr. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008.

³³⁰ L'inquadramento sistematico di tali atti è arduo: ci si interroga sulla loro equiparabilità agli atti aventi forza di legge o alla normativa secondaria che sfugge al controllo di legittimità costituzionale; cfr. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti cit.*, 1 e ss..

³³¹ Ne dà conto SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato cit.*.

³³² È stata affermata la non divisibilità di un "approccio tendente all'individuazione di una definizione valida per (tutti) i regolamenti delle autorità indipendenti" e, al contempo, la necessità di distinguere fra regolamenti che hanno un rapporto con la legge fondato sul criterio gerarchico e "regolamenti il cui rapporto con la fonte di grado primario appare caratterizzato da una maggiore "indipendenza" e riguardo ai quali richiamare il principio di competenza... appare più consona: una volta tracciate le rispettive sfere, la legge lascia alla fonte secondaria l'intera disciplina del (relativo) settore"; questi ultimi, in ogni caso, pure rimangono fonti secondarie: così FALCON, *Il "primo", il "secondo" e il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in BASSI - MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 96. Ma sul problema e sulla possibile configurazione di tesi alternative cfr. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti*

rinnovato contesto di normazione “policentrica” - i Garanti sono del tutto legittimati all’emanazione di atti normativi poiché mancando, sul punto, un divieto costituzionale, la legge ordinaria - a buon diritto - attribuisce loro la citata *potestas*. D’altronde, negli ambiti non coperti dalla riserva che la Carta, talvolta, conferisce alla legge³³³, quest’ultima definisce le competenze spettanti alle fonti subordinate a quelle di rango primario. La connotazione del nostro sistema costituzionale delle fonti del diritto come “chiuso” è tale, infatti, solamente al livello delle fonti legislative e costituzionali; per converso, al di sotto del livello legislativo il sistema è “aperto” e, pertanto, disponibile all’accoglimento di una vasta normazione secondaria e di relazioni nuove fra le corrispondenti fonti, a condizione che sia rispettato il principio di legalità e quello - collegato al primo - della riserva di legge³³⁴.

Inoltre, a sostegno del carattere normativo di un numero sempre crescente di deliberazioni autoritative³³⁵ si valorizzano la loro formulazione secondo tratti generali e astratti e la forza innovativa del corrispondente nucleo precettivo³³⁶.

Residua, quindi, un’opinione allo stato minoritaria alla cui stregua i provvedimenti delle *Authorities* presentano natura amministrativa, in quanto rivolti al perseguimento di scopi singolarmente individuabili e connotati da estremo tecnicismo³³⁷.

e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas cit., 84 e ss..

³³³ Cfr., ad esempio, quella prevista dall’art. 23 della nostra Carta fondamentale, che riserva a disposizioni di legge la possibile imposizione di prestazioni personali e patrimoniali a carico dei consociati.

³³⁴ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L’ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984, 120.

³³⁵ I regolamenti delle *Authorities* sono quindi considerati fonti del diritto; a conferma di tale qualificazione POLITI, voce *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 1.

³³⁶ CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 5; CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *astrid-online.it*; PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2/2015, 97.

³³⁷ FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Torino, 2002, 66 e ss..

È dunque dato acquisito che le Autorità indipendenti possano ben esercitare poteri normativi³³⁸; del pari, è indubbio che trattasi di un'attribuzione in continua espansione, quantunque nei limiti delle materie di competenza statale, attesa la previsione di cui all'art. 117, comma sesto, Cost.³³⁹. Del resto, il "policentrismo normativo" e la correlata assegnazione di poteri normativi a soggetti differenti dal Parlamento e dal Governo, quali sono i Garanti, si giustifica per l'esigenza di una più razionale distribuzione delle competenze³⁴⁰.

Sicché, dalla qualificazione di fonti secondarie dei precetti normativi posti dalle *Authorities* discendono diverse conseguenze: essi soggiacciono alla doverosa osservanza delle disposizioni di legge e, dunque, possono disciplinare i contratti - frutto di autonomia privata - esclusivamente nel rispetto della relativa regolamentazione legislativa, nonché in virtù dell'attribuzione del corrispondente potere ad opera della legislazione; in secondo luogo, gli atti mediante i quali i Garanti esercitano la loro *potestas* normativa sono sindacabili dall'Autorità giurisdizionale come atti di normazione secondaria (e non come atti aventi rango e forza legislativi); ancora, le determinazioni delle *Authorities* spiegano effetti *erga omnes*, atteso che le corrispondenti disposizioni risultano idonee a vincolare i rapporti che vedono coinvolti gli operatori economici - oltre che con l'Autorità (cosiddetta efficacia unidirezionale o verticale) - anche con gli utenti (cosiddetta efficacia bidirezionale o orizzontale)³⁴¹, dal che discende la loro

³³⁸ Le problematiche afferenti al riconoscimento delle Autorità amministrative indipendenti quali autonomi centri di normazione integrano l'oggetto di una vasta produzione dottrinale. Si segnala *ex multis*: MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti cit.*; ID., *Il potere normativo delle autorità indipendenti cit.*, 43 e ss.; NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; CARETTI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005.

³³⁹ CARETTI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti cit.*, XIV - XV.

³⁴⁰ Cons. St., Sez. Cons. atti normativi, parere 14 febbraio 2005, n. 11603, reso sullo schema del Codice delle Assicurazioni.

³⁴¹ La tesi attualmente prevalente scorge fra i provvedimenti delle Autorità indipendenti e i contratti stipulati nei relativi settori di competenza una "polarità interagente" (e non "respingente"): così MUSTO, *Somministrazione di energia elettrica e potere regolamentare dell'AEEG. Commento a Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010*, in *I Contratti*, 8-9/2010, 766 e ss..

attitudine a incidere concretamente sui rapporti negoziali che vengano stipulati in uno dei mercati regolati³⁴².

Pertanto, con specifico riguardo al diritto dei contratti costituiscono realtà del nostro ordinamento la proliferazione dei centri di disciplina normativa, la settorializzazione degli interventi regolatori, la perdita di centralità degli organi parlamentari e il contestuale incremento della rilevanza dei Garanti³⁴³. Questi pongono precetti talvolta integrativi della normativa legislativa; talaltra, la normativa rinveniente dal Regolatore addirittura deroga alle norme di legge, complicando non poco il lavoro dell'interprete.

Così, ad esempio, nel regolamento "recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche", adottato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni³⁴⁴, la nozione di "utente-consumatore" è ben più estesa di quella contenuta nella disciplina legislativa di cui al codice del consumo: ai sensi di quest'ultimo "consumatore o utente" è "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"³⁴⁵; alla stregua della normativa emanata dall'*Authority*, invece, "consumatore" è "la persona fisica che utilizza o che chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività

³⁴² Come meglio *infra*.

³⁴³ Più in generale è stato osservato che il panorama frastagliato delle fonti secondarie testimonia la graduale perdita della centralità del Parlamento a vantaggio dell'azione svolta da Regioni, Unione europea e Governo; quest'ultimo, con l'affermarsi della prassi della delegificazione, è divenuto sede privilegiata dell'attività di normazione; PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto" cit.*, 14. Sicché l'esperienza attuale rende inconfutabile la tesi secondo la quale "l'ordinamento si regge su un sistema di distribuzione dei poteri normativi tra soggetti non suscettibili di essere inquadrati nelle tradizionali strutture dell'apparato statale": cfr. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *Authorities e tutela della persona, Atti del convegno di Messina 21-22 novembre 1997*, Napoli, 1999, 281; ID., *Prefazione*, in BEAUD, *La potenza dello Stato*, 1994, (trad. it. di TULLIO, Napoli, 2002, VIII).

³⁴⁴ Di cui all'allegato A alla delibera n. 519/15/CONS, consultabile in *www.agcom.it*.

³⁴⁵ *Ex art. 3, comma primo, lett. a)*, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

lavorativa, commerciale o professionale svolta”³⁴⁶, mentre “utente” è “la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico e che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico”³⁴⁷.

Sicché, la tutela consumeristica prevista dal legislatore risulta applicabile soltanto a coloro che possono identificarsi nella ristretta nozione di “consumatore-utente”, ossia esclusivamente alle persone fisiche³⁴⁸ che stipulano il contratto per l’utilizzo privato del bene o del servizio; viceversa, la protezione garantita dal Regolatore è più ampia perché riguarda anche le persone giuridiche-“utenti” e ciò, a ben vedere, coerentemente con altre disposizioni di legge e, in dettaglio, con le previsioni recate dal codice delle comunicazioni elettroniche di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, ove per “contraente” s’intende “la persona fisica o giuridica che sia parte di un contratto con il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, per la fornitura di tali servizi”³⁴⁹.

Invero, le regole di recente poste dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni mediante l’approvazione dell’allegato A alla delibera n. 519/2015/CONS si collocano nel *trend* normativo attuale, volto ad assicurare una protezione quanto più effettiva possibile agli utenti, come nitidamente emerge dalle modifiche al codice delle comunicazioni elettroniche operate poco tempo fa dietro impulso comunitario³⁵⁰.

Alla luce delle riferite osservazioni, l’“estensione” di tutela effettuata dal Garante non si palesa illegittima: piuttosto che in

³⁴⁶ Ex art. 1, comma primo, lett. e), dell’Allegato A alla delibera Agcom n. 519/15/CONS.

³⁴⁷ Ex art. 1, comma primo, lett. d), dell’Allegato A alla delibera Agcom n. 519/15/CONS.

³⁴⁸ Trib. Lucca, 27 aprile 2015, n. 795, in *Redazione Giuffrè 2015*.

³⁴⁹ Ex art. 1, comma primo, lett. a), del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.

³⁵⁰ Il decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, ha introdotto recentemente alcune rilevanti modifiche al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche. In particolare, tali innovazioni sono il risultato dell’attuazione delle direttive 2009/136/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/140/CE, su un quadro comune per le comunicazioni elettroniche. Cfr. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. informatica*, 4-5, 2012, 765 e ss..

contrasto con la volontà manifestata dal legislatore nel codice del consumo, il citato ampliamento risulta consonante con le prescrizioni legislative concernenti specificamente il settore delle comunicazioni elettroniche.

Né la normativa posta dal Regolatore può dirsi derogatoria rispetto al precetto recato dall'art. 1372 c.c.³⁵¹, in forza del quale il contratto ha forza di legge fra le parti e non può sciogliersi che per mutuo consenso o per cause legalmente previste: lo stesso legislatore, mediante la disciplina contenuta nel codice delle comunicazioni elettroniche, pone le persone giuridiche fra i soggetti (ulteriormente) legittimati ad optare per il dissolvimento del vincolo contrattuale.

Ne consegue che l'Agcom, attraverso la dilatazione della nozione di "consumatore-utente" operata con l'allegato alla prefata delibera, integra il contenuto delle disposizioni di legge sul punto, in linea con le riferite esigenze di potenziamento della tutela del contraente in posizione di debolezza economica e informativa³⁵².

Inoltre, lo stesso intervento si palesa legittimo proprio per la sua rispondenza a disposizioni dettate dal legislatore (sia pure differenti da quelle contenute nel codice del consumo, in quanto piuttosto identificabili con quelle recate dal codice delle comunicazioni elettroniche).

Di talché, il regolamento di cui all'allegato A alla citata delibera n. 519/2015/CONS non può qualificarsi come una fonte di produzione normativa primaria o *extra ordinem*, ben potendosi ravvisare nella stessa una fonte di rango secondario di carattere integrativo, dunque sottoposta alla doverosa osservanza dei principi legislativi attinenti alla materia (in specie

³⁵¹ L'art. 1372 c.c., rubricato "Efficacia del contratto", così dispone: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge".

³⁵² Il contraente "debole" è tale in quanto si trova in una posizione di vulnerabilità rispetto alla controparte e ciò - oltre che dal punto di vista economico - sul piano informativo: "L'asimmetria informativa è la condizione in cui un'informazione non è condivisa fra gli individui facenti parte del processo economico, dunque una parte dei soggetti interessati ha maggiori informazioni rispetto al resto dei partecipanti e può trarre vantaggio da questa configurazione"; così FONDERICO, *Diritto della regolazione economica*, in CLARICH, FONDERICO, *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

contrattuale)³⁵³, oltre che soggetta al controllo giurisdizionale di ragionevolezza e di proporzionalità³⁵⁴.

Tuttavia, come riferito, può ben accadere che un Garante detti previsioni regolamentari in deroga a disposizioni di legge.

In proposito, la Corte Suprema - nell'adempiere alla sua funzione istituzionale di nomofilachia - ha chiarito le condizioni in presenza delle quali può attivarsi il richiamato meccanismo: riconosciuto in capo alle *Authorities* [nella specie in capo all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (e il Sistema Idrico)³⁵⁵] un potere propriamente normativo, ha precisato che questo può estrinsecarsi anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l'integrazione del regolamento di servizio³⁵⁶, possono integrare - in via riflessa -, *ex art. 1339 c.c.*³⁵⁷, il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti altresì derogando a norme di legge, purché queste ultime siano meramente dispositive e, pertanto, derogabili dalle stesse parti e purché la deroga sia operata dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore, restando, invece, esclusa (salvo che sia consentita da una disposizione di legge speciale o da una fonte comunitaria a efficacia diretta) la possibilità di derogare a previsioni legislative imperative, nonché la deroga a prescrizioni di legge dispositive bensì sfavorevole per l'utente o consumatore³⁵⁸. Sicché, l'attività di integrazione del contratto di

³⁵³ *Ex art. 3* delle disposizioni preliminari al codice civile.

³⁵⁴ Cfr. quanto argomentato al precedente capitolo II, paragrafo n. 2.2.a.

³⁵⁵ Ci si riferisce, nella specie, al potere normativo esercitato dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (e il Sistema Idrico) mediante la deliberazione n. 200 del 1999.

³⁵⁶ Su cui cfr. meglio il paragrafo seguente.

³⁵⁷ L'art. 1339 c.c., rubricato "Inserzione automatica di clausole", così dispone: "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 di clausole difformi apposte dalle parti".

³⁵⁸ Cass., Sez. VI, ord. 3 - 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corriere giuridico* 5/2013, 603 e ss.. In particolare, il meccanismo ricostruito dalla Corte Suprema risulta fondato sull'art. 2, comma dodicesimo, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481: l'Autorità "emana le direttive concernenti la produzione e la erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente [...]"; tali direttive - in base a quanto disposto dal trentasettesimo comma - "costituiscono modifica o integrazione del

utenza è letta in prospettiva funzionalistica, ossia di protezione dell'utente³⁵⁹, e rientra nell'ambito comunque delineato da previsioni di rango primario.

La giurisprudenza di legittimità si è perlopiù concentrata sui poteri di regolazione dell'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico. Ciononostante, è opinione comune ritenere che l'esito interpretativo a cui si è giunti possa valere in generale per tutte le Amministrazioni indipendenti, compatibilmente con le peculiarità di ciascuna³⁶⁰.

Un orientamento esegetico, valorizzando la portata eteronoma del citato meccanismo integrativo (dell'accordo contrattuale)/derogatorio (della legge), ravvisa nel potere normativo in titolarità delle Autorità la base di "nuove forme di eteroregolamentazione del contratto [...]", che "presuppone il superamento, di là delle enunciazioni di principio, del dogma dell'autonomia privata, e della conseguente pretesa di

regolamento di servizio". Sicché, posto tale quadro normativo, la Corte ammette l'efficacia integrativa, ex art. 1339 c.c., della delibera rispetto al contratto di utenza, poiché il contenuto di questo riflette il contenuto del regolamento di servizio, che a sua volta deriva dal contratto di servizio. Peraltro, tale orientamento è conforme a un'impostazione ermeneutica consolidata, in cui si iscrivono decisioni della Corte di legittimità sia precedenti che successive a quella innanzi citata: fra le prime, ad esempio, si pone Cass., Sez. VI, 27 giugno 2012, n. 10730, in *www.iusexplorer.it* (su cui cfr. VILLA, *L'utente deve pagare la bolletta, anche quando il contratto non preveda una modalità di versamento gratuita*, in *Diritto e Giustizia online*, 0, 2012, 495); tra le seconde si colloca Cass., Sez. VI, 21 luglio 2014, n. 16559, in *Diritto & Giustizia* 2014.

³⁵⁹ GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corriere Giuridico* 5/2013, 610.

³⁶⁰ Cfr. VIII, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 124, La quale, dopo aver constatato chela maggior parte delle decisioni al riguardo prende le mosse dalla medesima prescrizione adottata con deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (si tratta dell'art. 6, comma 40, Delibera AEEGSI, n. 200/1999, dove si prevede che "l'esercente deve offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta"), afferma che "Ciò nonostante, si ritiene di doversi attribuire alle argomentazioni ed ai principi enunciati, soprattutto dalla Suprema Corte, una valenza giuridica che, travalicando il singolo caso, possa essere generalizzata e riferita alla comune tematica dell'integrazione negoziale ad opera dei provvedimenti delle amministrazioni indipendenti".

individuare l'essenza nel potere di determinare il contenuto negoziale"³⁶¹.

Altra impostazione aderisce alla tesi della natura suppletiva dell'intervento regolatorio delle *Authorities*³⁶², non ritenendo che il potere normativo esercitato dai Garanti conduca all'"annientamento" dell'autonomia privata, piuttosto collocandosi nell'alveo del "mercato regolato (nel senso di: ordine costruito)", che, "secondo una visione oggi decisamente dominante, quanto meno nel contesto europeo-continentale (alludo all'ordoliberalismo), funziona meglio, cioè in modo più efficiente, che non il mercato libero (nel senso di: ordine spontaneo), e quindi, non fallendo, consente la massimizzazione dell'utilità economica individuale, donde un beneficio sociale aggregato"; "il ruolo delle autorità indipendenti - nel solco di siffatta linea di politica del diritto - è quindi quello di potenziare, e non già di indebolire, l'autonomia privata: ma si tratta di potenziarla assistendola, perché possa compiutamente operare a favore, e non contro, le parti del contratto, come invece - alla luce di questa prospettiva - accadrebbe se il mercato fosse lasciato a se stesso, perché esso genererebbe situazioni di asimmetria contrattuale, che, se non corretta, incarna una tipologia di fallimento del mercato; detto in altre parole, il mercato va intenzionalmente costruito perché solo la via costruttivistica consente ad esso di perseguire determinati risultati socialmente rilevanti"³⁶³.

Tuttavia, la Corte di legittimità individua nella "imposizione di un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi" il presupposto

³⁶¹ DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto cit.*, 26.

³⁶² La "pubblica amministrazione, *sub specie* di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative. Così l'Autorità può imporre [...] di fornire prestazioni che spontaneamente un operatore economico non fornirebbe [...]. In tutti questi casi lo Stato diventa un attore del mercato. Stabilisce i presupposti del mercato e compie atti negoziali sostitutivi degli atti negoziali dei privati o impone ai privati di compiere atti negoziali che non vengono posti in essere sulla base dell'autonomia privata"; così MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti cit.*, 46 e 47.

³⁶³ Così GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto cit.*, 609 e 610.

necessario affinché la delibera dell'*Authority* possa concretamente integrare il contratto di utenza, posto che – secondo i Giudici Supremi – solamente in questa evenienza “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”³⁶⁴. In altri termini, le delibere dell'Autorità sortiscono effetti integrativi del contenuto contrattuale soltanto se i relativi precetti siano determinati o determinabili, in modo da dar vita a clausole contrattuali altrettanto determinate, rispetto alle quali – solamente – può effettuarsi un eventuale giudizio di inadempimento³⁶⁵.

Tale soluzione ermeneutica, dunque, da un lato legittima l'espansione dell'eteronomia incidente sui rapporti negoziali, veicolata attraverso un atto regolativo del Garante, bensì – al contempo – ridimensiona siffatto ampliamento precisandone i (pregnanti) limiti, le (stringenti) condizioni e le (particolari) modalità esplicative.

Non a caso in dottrina l'opzione seguita dalla Corte Suprema è stata criticata poiché considerata eccessivamente “timida” e, quindi, incoerente rispetto al (pur dichiarato) obiettivo di garantire effettivamente consumatori e utenti: la tesi seguita dai Giudici di Piazza Cavour mira a scongiurare problemi in relazione al funzionamento efficiente del contratto, garantendo un testo contrattuale dettagliato in modo da salvaguardare

³⁶⁴ Cass., Sez. VI, ord.3 – 8 novembre 2012, n. 19333 *cit.*.

³⁶⁵ In dettaglio, la Corte di Cassazione, con la citata ordinanza 3 – 8 novembre 2012, n. 19333, ha ritenuto di qualificare come indeterminato/indeterminabile e, dunque, tanto generico da esser privo di qualsivoglia efficacia normativa il precetto contenuto nella delibera adottata dal Garante per l'energia secondo cui l'operatore Enel avrebbe dovuto garantire ai clienti almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta.

l'utente; nondimeno, l'impossibilità di integrare il contratto di utenza ad opera di una delibera (ritenuta) vaga dal punto di vista precettivo si frappone allo svolgimento delle funzioni istituzionalmente devolute all'Autorità, ossia "ordinare il mercato, sì da tutelarne la struttura aperta e competitiva" e "perseguire obiettivi di giustizia e di solidarietà", atteso che "il moderno interventismo pubblico non mira a distruggere libertà economica e autodeterminazione, ma piuttosto, potenziando concorrenza e lottando contro i fallimenti del mercato che alterano la *par condicio* concorrenziale, a difendere l'autonomia privata"³⁶⁶.

Le riflessioni suesposte tradiscono la complessità del vaglio interpretativo avente ad oggetto gli odierni rapporti fra autonomia ed eteronomia contrattuale - nella specie declinata nelle forme della eteroregolamentazione posta dai Garanti - in ragione dell'impossibilità di compiere indebite generalizzazioni e della necessità, di contro, di tenere in adeguata considerazione le particolarità di ciascun comparto, nonché delle corrispondenti regolazioni.

È stato non a caso sottolineato che "Il coordinamento delle potestà normative chiama in causa l'operatività del principio di sussidiarietà e, sia pure *a latere*, del principio di competenza", atteso che proprio la sussidiarietà³⁶⁷ "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

³⁶⁶ GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto cit.*, 612, ove l'Autore sottolinea l'incoerenza del risultato interpretativo cui sono pervenuti i Supremi Giudici rispetto al dichiarato scopo di protezione dell'utente, atteso che la (ritenuta) vaghezza precettiva della delibera adottata dal Garante per l'Energia Elettrica e il Gas ha impedito la deroga all'art. 1196 c.c.(secondo cui "Le spese del pagamento sono a carico del debitore"), sicché all'obbligato (- cliente Enel) è nella specie applicabile la regola per cui le spese gravano su di lui.

³⁶⁷ Un esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà risale, in ambito comunitario, alla sua introduzione nell'art. 3B del Trattato di Maastricht e, in quello nazionale, all'esplicito inserimento nella legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (di riforma del titolo V della parte II della Costituzione), ove si ammette il duplice atteggiarsi della sussidiarietà: "orizzontale" nei rapporti tra Stato e società civile, "verticale" nei rapporti tra i diversi livelli di governo

negoziale quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione”³⁶⁸.

Invero, l’“erompere” delle *Authorities* nel nostro ordinamento³⁶⁹ evidenzia - fra gli altri - un dato certo: la (sempre più frequente) posizione della disciplina contrattuale anche ad opera di fonti non legislative, nonché la correlata incisione sul contenuto negoziale da parte di queste stesse fonti, nuove e ulteriori rispetto alla legge, che dalle prime può essere integrata (è il caso della prefata delibera AGCOM) o anche derogata (come nella ricordata vicenda che ha riguardato il menzionato provvedimento adottato dall’AEEGSI), sia pure alle condizioni legalmente previste e nei limiti precisati - di volta in volta - dagli interpreti, nell’ineludibile perseguimento delle finalità proprie della regolazione.

3. Il fondamento dell’eteronomia regolamentare delle *Authorities* in materia contrattuale.

Il potere di dettare norme afferenti alla disciplina contrattuale è riconosciuto a talune *Authorities* dallo stesso legislatore, in consonanza con il principio di legalità che connota il nostro ordinamento e, nello specifico, coerentemente rispetto alla sua declinazione nel principio di riserva di legge in tema di autonomia contrattuale: attraverso la previsione di riserve relative di legge la Costituzione, a livelli diversi, impone al legislatore di occuparsi della regolamentazione della materia economica e degli atti mediante i quali si manifesta la corrispondente iniziativa (art. 41 Cost.)³⁷⁰, nonché dei comportamenti dovuti dai consociati (art. 23 Cost.),

³⁶⁸ PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto” cit.*, 21 e 22.

³⁶⁹ L’espressione è tratta dal noto e già menzionato testo di PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti cit.*

³⁷⁰ Cfr. quanto già riferito al capitolo I, paragrafo 2.3.. L’opzione esegetica che ravvisa una riserva di legge relativa in quella contemplata dall’art. 41 Cost. consente di includere fra le fonti di disciplina del contratto, unitamente a quelle di rango primario, anche quelle di rango secondario, fra cui - come ricordato - si suole ricomprendere i provvedimenti normativi delle *Authorities*. In ogni caso, in osservanza del principio di legalità, permane la necessità che la legge continui a costituire tanto il fondamento quanto il limite del potere regolamentare affidato alle Autorità amministrative indipendenti.

riconoscendogli la possibilità di delegare ad altre Autorità l'esercizio di parte di quelle competenze³⁷¹.

Tale acquisizione supera un'impostazione più risalente che, legata ad una rigida gerarchia del sistema delle fonti normative, riteneva le fonti eteronome - quali i provvedimenti autoritativi delle Autorità di regolazione - non in grado di influire sui rapporti tra gestore e utente di cui al contratto da questi stipulato; detto patto, secondo siffatta ricostruzione, rinviene la sua disciplina esclusivamente nelle norme sul contratto in generale e in quelle concernenti il tipo prescelto dalle parti contraenti, frapponendosi l'art. 12, comma primo, delle Preleggi³⁷² a qualsivoglia interazione fra autonomia negoziale ed eteronomia regolamentare: nelle norme di cui agli artt. 1322, 1339 e 1374 c.c.³⁷³ manca un richiamo agli atti regolamentari, sicché, si ritiene, l'intangibilità dell'autonomia negoziale non ammette limitazioni, correzioni o integrazioni ad opera di regolamenti, tanto è vero che - alla stregua di questa prospettazione - solamente previsioni di legge possono fondare l'integrazione negoziale e soltanto clausole e prezzi imposti da norme legislative possono inserirsi automaticamente nelle pattuizioni dei consociati³⁷⁴. Secondo questa lettura le disposizioni promananti dalle Autorità suddette andrebbero considerate non come atti aventi forza di legge, ma come atti amministrativi, efficaci solo nei rapporti fra Garante e gestori (non anche in quelli fra gestori e utenti) e incapaci di integrare automaticamente il rapporto contrattuale fra esercente e consumatore³⁷⁵.

³⁷¹ PALADIN, *Diritto costituzionale cit.*, 172 e ss..

³⁷² Secondo cui "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

³⁷³ Tali articoli del codice civile riguardano, rispettivamente, l'"autonomia contrattuale", l'"inserzione automatica di clausole" e l'"integrazione del contratto".

³⁷⁴ In tal senso Giud. Pace Rossano, 8 settembre 2008, n. 454, in *Giud. Pace*, 2009, 257.

³⁷⁵ In tale direzione muove anche la già citata pronuncia del T.A.R. Lombardia, Sez. III, 14 marzo 2013, n. 683 (in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2014, 169 e ss.), che - a partire dalla desunzione dall'art. 41 Cost. di una riserva di legge sull'autonomia contrattuale - ritiene che soltanto la legge possa dettare le linee portanti della materia, mentre la fonte regolamentare può solamente integrare la disciplina legislativa. Tale sentenza concerne la valutazione della legittimità delle delibere AEEGSI 11 dicembre 2009, n. 191, 30

Ad oggi, invece, l'opinione prevalentemente invalsa presso la Corte Suprema di Cassazione³⁷⁶ considera ammissibili interventi regolatori sulle condizioni giuridico-economiche dei rapporti di utenza: il conferimento e l'ampiezza del potere di regolamentare la materia contrattuale eventualmente in capo alle *Authorities* dipendono, di volta in volta, dalle specifiche previsioni legislative fondanti l'attribuzione di competenza.

Emblematicamente, invero, con riferimento al potere normativo riconosciuto alle "Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità", soccorrono alcune prescrizioni recate dall'art. 2 della corrispondente legge istitutiva³⁷⁷. In particolare, l'art. 2, dodicesimo comma, lett. h), della predetta legge, così dispone: "Ciascuna Autorità nel perseguire le finalità di cui all'articolo 1³⁷⁸ [...] emana le direttive concernenti la produzione e

novembre 2010, n. 219, 25 gennaio 2008, n. 4, 3 agosto 2010, n. 123, 22 marzo 2012, n. 99, 18 maggio 2012, n. 195, in quanto impongono – senza un'adeguata base legislativa, conseguente al principio di legalità sostanziale che, a sua volta, discende dalla riferita riserva di legge – la modifica del corrispettivo dei contratti di distribuzione e di fornitura di energia elettrica, inserendovi l'importo di un indennizzo: l'art. 1372 c.c. – che assegna "forza di legge" alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione – esclude la possibilità di modificare in via amministrativa l'assetto di interessi definito dai contraenti, a meno che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nel medesimo accordo.

³⁷⁶ Cfr. Cass., Sez. III, ord. 22 luglio 2011, n. 16141, che ha valutato la legittimità dell'inserimento di una clausola contrattuale che imponeva all'erogatore del servizio di individuare una modalità gratuita di pagamento del corrispettivo.

³⁷⁷ Trattasi della già citata legge 14 novembre 1995, n. 481 ("Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità").

³⁷⁸ L'art. 1 della citata legge 14 novembre 1995, n. 481, rubricato "Finalità", così stabilisce: "1. Le disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati "servizi" nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari

l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione³⁷⁹; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37"; quest'ultimo comma, invero, dopo aver precisato che "Il soggetto esercente il servizio predisporre un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al comma 36", così prevede: "Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio".

A ben vedere la citata normativa non contempla espressamente il potere dei Garanti di regolamentare la materia contrattuale. In tale constatazione si annida la critica rivolta da certa dottrina all'impostazione ermeneutica adottata dai Supremi Giudici³⁸⁰;

dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse. 2. Per la privatizzazione dei servizi di pubblica utilità, il Governo definisce i criteri per la privatizzazione di ciascuna impresa e le relative modalità di dismissione e li trasmette al Parlamento ai fini dell'espressione del parere da parte delle competenti Commissioni parlamentari".

³⁷⁹ Il potere autoritativo così assegnato alle *Authorities* è definito per obiettivi e finalità di regolazione del settore, mediante una predeterminazione legislativa dei criteri direttivi e dei limiti di massima per il suo esercizio, senza la previsione di puntuali attribuzioni, ciò che ha indotto a ravvisare nell'art. 2, dodicesimo comma, lett. h) della legge 14 novembre 1995, n. 481, un "programma legislativo aperto" (cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, in *Foro Amministrativo*, 2005, X, 3022).

³⁸⁰ "Il ragionamento della Corte è però criticabile perché in realtà la L. n. 481 del 1995 non attribuisce tale potere all'AEEGSI: infatti essa attribuisce solo il potere di modificare le condizioni generali di contratto e questo non significa, di per sé, attribuzione del potere di modificare il contratto perché le condizioni generali entrano nel contratto solo se conosciute o conoscibili, non essendo quindi imposte in senso stretto secondo la disciplina dell'art. 1339 c.c.. Ad ulteriore conferma si consideri che una clausola non conoscibile, se rientra nella logica delle condizioni generali, *non si applica*; invece se rientra nella logica delle clausole imposte *si applica*. Pertanto, è errato desumere dalla L. n. 481/1995 il fondamento del potere di incidere sul contratto"; così CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare*

per altro verso, nella stessa considerazione una certa impostazione rinviene la base fondante la costruzione dei “poteri impliciti” facenti capo alle Autorità, tra cui iscrivere quelli normativi incidenti sulle convenzioni private, posto che - secondo siffatto orientamento - mentre con riferimento all'intervento pubblico in economia di tipo tradizionale la Costituzione prevede la riserva di legge, analoga garanzia non sarebbe necessaria per il caso della regolazione, quale forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di uguaglianza, salvaguardata dalla normativa comunitaria³⁸¹.

Ciononostante, la Corte di legittimità ritiene che l'esplicitazione legislativa degli effetti sortiti dalle delibere adottate dalle Autorità di regolazione, capaci di modificare o integrare il regolamento di servizio predisposto dall'esercente allo scopo di conformare il proprio agire ai principi dettati dalla prefata legge 14 novembre 1995, n. 481, confermi la titolarità in capo alle *Authorities* della *potestas* di disciplinare le negoziazioni private, posto che il menzionato regolamento di servizio si applica direttamente ai rapporti con gli utenti, i quali - dunque - sono del pari interessati dalle direttive con cui l'Autorità dovesse modificare o integrare il predetto regolamento; in tal senso, invero, opina non solo la Corte di legittimità³⁸², bensì anche la giurisprudenza amministrativa.

Il Consiglio di Stato, in modo inequivoco, ha difatti chiarito che “nell'ambito delle “direttive concernenti la produzione ed erogazione di servizi”, direttive con cui possono essere definiti

dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, in *Urbanistica e Appalti* 11/2013, 1226.

³⁸¹ In tale ambito, si aggiunge, le Autorità non eserciterebbero una frazione della sovranità come l'esecutivo tradizionale, bensì svolgerebbero una funzione sostitutiva di atti negoziali allo scopo di ristabilire il contraddittorio concorrenziale; cfr., in dottrina, CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti cit.*, 75 e ss.; MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti cit.*, 48; FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. Econ.*, 2007, 631-656.

³⁸² Nel paragrafo che precede si è dato conto di una rilevante pronuncia con cui la Corte Suprema ha confermato la sussistenza del potere di dettare prescrizioni afferenti alla disciplina contrattuale in capo ai Garanti attraverso l'integrazione del regolamento di servizio, in modo da integrare - in via riflessa -, ex art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti (trattasi di Cass., Sez. VI, ord. 3 - 8 novembre 2012, n. 19333 *cit.*).

anche i “livelli di qualità” generali e specifici (riferiti rispettivamente al “complesso delle prestazioni” e al singolo rapporto di utenza), possono rientrare anche prescrizioni che incidono sul singolo rapporto di utenza. Prescrizioni attinenti alla “produzione”, alla “erogazione” o a livelli di qualità del servizio sono, infatti, per loro natura chiamate a tradursi, se traguardate sotto il profilo dell’esecuzione delle prestazioni del rapporto obbligatorio, in comportamenti attuativi del rapporto individuale di utenza (i.e. contratto di somministrazione). Si tratta, in altri termini, 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”³⁸³.

Dal canto suo, la giurisprudenza ordinaria di merito ha pure evidenziato che il principio esplicitato dal trentasettesimo comma dell’art. 2 della legge istitutiva delle “Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità” - secondo cui le direttive adottate dall’*Authority* possono contenere prescrizioni direttamente incidenti sul contratto - si applica “a prescindere dall’effettività del regolamento di servizio”³⁸⁴. Peraltro, siffatta constatazione si inserisce in un’argomentazione intesa a rintracciare - nella specifica vicenda sottoposta alla cognizione del Giudicante - il fondamento normativo della possibile integrazione del contenuto contrattuale ad opera di una delibera del Garante nelle disposizioni di cui all’art. 1374 c.c.³⁸⁵, piuttosto che nelle previsioni recate dall’art. 1339 c.c.³⁸⁶, “atteso che più che di vera e propria difformità della clausola dovrebbe ritenersi il contratto lacunoso [...] e dunque direttamente integrato dalla legge”, poiché “il riferimento alla “legge” contenuto all’art. 1374 c.c. deve intendersi tecnicamente ed in senso assai ampio potendo essere riferito non solo ai

³⁸³ Cons. St., Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *www.iusexplorer.it*, che rimanda - pur se con riferimento a fattispecie differente - a Cons. St., Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2854 e Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987.

³⁸⁴ Così Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010, in *I Contratti* 8-9/2010, 761.

³⁸⁵ L’art. 1374 c.c., intitolato “Integrazione del contratto”, così prevede: “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”.

³⁸⁶ Come per vero indicato da Cass., Sez. VI, ord. 3 - 8 novembre 2012, n. 19333 *cit.*.

provvedimenti formali di atti legislativi, ma anche ai regolamenti e agli atti amministrativi cui la legge (come nel caso di specie l'art. 2 comma 37 della legge 481/1995) attribuisca il potere di statuire in materia predeterminando i criteri direttivi ed i limiti di massima del suo esercizio (cfr. Cass. n. 11032/1994; Cass. n. 19531/2004)³⁸⁷.

Più in generale, quindi, può affermarsi che anche secondo gli orientamenti invalsi presso i giudici di merito i provvedimenti dell'Autorità di regolazione (nella specie adottati dall'AEEGSI) si ripercuotono sugli effetti sortiti dai contratti di utenza, in particolare per il tramite del meccanismo dell'integrazione (*ex art. 1374 c.c.*) o dell'inserzione automatica (*ex art. 1339 c.c.*): per tal via, autonomia contrattuale ed eteronomia regolamentare sono necessariamente interagenti³⁸⁸.

Nondimeno, la Corte Suprema ha avuto cura di chiarire che la "pertinenza nella specie dell'istituto di cui all'art. 1374 c.c., sembrerebbe doversi escludere, poiché la norma postula l'integrazione del contratto con riguardo ad aspetti non regolati dalle parti e, quindi, svolge tradizionalmente una funzione suppletiva e non di imposizione di una disciplina imperativa, come accade per l'istituto di cui all'art. 1339 c.c." e che "Nella logica del sistema di cui alla L. n. 481 del 1995, la previsione del potere di integrazione del contratto di utenza, esercitabile dall'A.E.E.G. nei sensi su indicati, è certamente espressione non di supplenza, ma di imposizione di un regolamento ritenuto autoritativamente dovuto"³⁸⁹.

La letteratura, nel commentare la decisione appena mentovata, si è spinta oltre, approcciando la questione dell'integrazione automatica di provvedimenti autoritativi in atti di autonomia negoziale in chiave assiologica e non meramente formalistica: siffatta dottrina ravvisa la base legittimante la normatività dei provvedimenti adottati dai Garanti e, dunque, il fondamento della loro idoneità a costituire fonti di integrazione del contratto, non in un addentellato normativo di legislazione speciale che la declami (qual è quello di cui all'art. 2, dodicesimo

³⁸⁷ Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010 *cit.*.

³⁸⁸ E ciò quali termini della menzionata "polarità interagente" evocata da MUSTO, *Somministrazione di energia elettrica e potere regolamentare dell'AEEG. Commento a Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010 cit.*, 766 e ss..

³⁸⁹ Cass., Sez. III, 30 agosto 2011, n. 17786, in *www.iusexplorer.it*.

comma, lett. h), legge 14 novembre 1995, n. 481), bensì nei principi e valori prescrittivi della Costituzione; in dettaglio, la precettività delle delibere emanate dalle Autorità di regolazione si spiega avendo riguardo al profilo assiologico del potere regolamentare attribuito alle *Authorities* siccome delineato dalla nostra Carta fondamentale; sicché, con specifico riferimento alla normatività propria dei provvedimenti adottati dall’Autorità per l’Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico, è stato osservato che “[...] la legittimità di un rapporto interagente fra provvedimenti autoritativi e contratti di utenza può essere radicata ai principi di solidarietà sociale, art. 2 Cost.; di parità di trattamento nei rapporti di utenza [...], art. 3 Cost.; di omogeneità delle tariffe basate sui costi del servizio, che non devono essere rimessi alla singola contrattazione ma fissati nel prisma del comma 3 dell’art. 41 Cost.; di equità dei rapporti contrattuali, che non devono essere sperequati a danno di una delle parti, artt. 42 e 44 della Carta Costituzionale”³⁹⁰. Sicché, il potere di integrazione contrattuale riconosciuto al citato Garante ritrova il proprio fondamento direttamente nella Carta, nonché conduce a ravvisare nel precetto di cui all’art. 1339 c.c. il veicolo idoneo a trasporre nel diritto dei contratti tutte le fonti attuative del principio di uguaglianza sostanziale: poiché le norme costituzionali si applicano con immediatezza ai rapporti fra privati, ne deriva che le fonti – ancorché non legislative in senso formale – volte ad attuare l’uguaglianza sostanziale, devono ritenersi comprese nel dettato dell’art. 1339 c.c., nel quale “il termine “legge” [...] deve essere inteso, non nella sua accezione meramente letterale, propria di un rigido formalismo, ma in senso sostanziale e, quindi, riferibile non soltanto ai provvedimenti muniti della veste formale di atti legislativi, ma altresì ai regolamenti”³⁹¹.

La prospettazione ermeneutica testé riferita è stata, tuttavia, oggetto di un’obiezione: “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

³⁹⁰ MUSTO, *Somministrazione di energia elettrica e potere regolamentare dell’AEEG. Commento a Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia*, 31 maggio 2010 cit., 771.

³⁹¹ ID., *ibidem*, 767.

politica generale, pena lo stravolgimento delle regole sulla forma di governo”³⁹².

In ogni caso, dinanzi alla complessità del descritto fenomeno integrativo, attestato – una volta di più – dalle difficoltà incontrate dagli interpreti nel rintracciarne il fondamento, emerge la necessità di garantire l’autonomia privata dalle incursioni dei Regolatori, indagando se questi rispettino le regole sull’attività di regolazione normativa con cui, concretamente, possono incidere sulle vicende negoziali alla stregua di quanto osservato, e ciò sia quando manchino precise norme legislative di attribuzione del potere predetto, sia quando siffatte norme sussistano, anche in questa evenienza risultando indispensabile verificare se il potere conferito sia stato correttamente esercitato.

4. La protezione dell’autonomia privata al cospetto dell’eteronomia promanante dalla normativa dei Garanti.

Il riconoscimento della *potestas* normativa in capo ai Garanti altresì per quanto concerne la materia contrattuale implica un notevole e significativo ampliamento delle maglie dell’eteronomia, al cui cospetto si stagliano, dunque, preminenti esigenze di salvaguardia dell’autonomia privata; d’altronde, la tendenza propria di talune determinazioni normative delle *Authorities* a riflettersi sulla disciplina dei negozi giuridici deriva dalla connotazione del contratto quale elemento ontologico del mercato e che, al contempo, dipende dall’esistenza di questo, ossia dalla “interdipendenza funzionale” fra siffatti elementi, tale per cui le vicende dell’uno sono suscettive di tradursi nelle vicende dell’altro³⁹³.

Inoltre, il rango costituzionale ricoperto – seppur indirettamente – dalla libertà contrattuale³⁹⁴, rinvigorisce detta necessità di assicurare protezione al potere di

³⁹² Così CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas cit.*, 1227.

³⁹³ Cfr. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 95. La mentovata “interdipendenza funzionale” si inserisce, ad ogni evidenza, nell’ambito di quel “rapporto circolare” che si è tentato di descrivere al capitolo I.

³⁹⁴ Cfr., in tal senso, quanto argomentato al precedente capitolo I, paragrafo n. 2.2..

autoregolamentazione dei propri interessi spettante ai consociati.

Allo scopo predetto, oltre alla doverosa verifica del rispetto del principio di legalità o, *melius*, del principio di riserva di legge, contemplato a presidio dell'autonomia privata, si rende indefettibile il controllo sull'osservanza delle regole formali e sostanziali che disciplinano l'esercizio del potere menzionato: fra le prime si situano quelle intese ad assicurare dinanzi ai Garanti lo svolgimento di procedimenti amministrativi partecipati dagli interessati, anche mediante la garanzia di forme di consultazione preventiva e l'adempimento di peculiari obblighi motivazionali³⁹⁵; sotto l'aspetto sostanziale, l'Autorità di regolazione non può esimersi dall'osservare lo statuto legislativo dell'autonomia privata introducendo precetti difformi da quelli legali per un preteso migliore soddisfacimento delle finalità regolative. In tal senso, si spiegano le prefate coordinate ermeneutiche che ammettono soltanto a date condizioni - predeterminate dalla legge medesima, quand'anche attraverso prescrizioni generali - la deroga a previsioni di rango primario ad opera delle disposizioni normative adottate dai Regolatori, dai più identificate con fonti di produzione di norme giuridiche di carattere secondario³⁹⁶.

Di talché, il principio dell'autonomia privata dimostra una rinnovata precettività, posto che la serie di norme legislative che lo tutelano non solo presidia la sua libera esplicazione da parte dei consociati, ma segna anche i limiti entro i quali i Garanti possono porre regole giuridiche volte a disciplinare le contrattazioni in cui esita l'esercizio del potere di autonormazione nella disponibilità dei privati.

Non a caso, la giurisprudenza amministrativa ha rimarcato proprio l'esigenza di presidiare l'autonomia negoziale onde circoscrivere la latitudine dei poteri di normazione in titolarità del Garante per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico. Quest'ultimo - attraverso l'approntamento di differenti strumenti finalizzati a fronteggiare l'inadempimento dei clienti finali agli obblighi derivanti dai contratti di somministrazione di energia a seguito della liberalizzazione del corrispondente mercato e il corrispondente fenomeno del cosiddetto turismo energetico - ha inteso contrastare le numerose condotte

³⁹⁵ Cfr. il paragrafo n. 2 del precedente capitolo II.

³⁹⁶ Cfr. il precedente paragrafo n. 2.

opportunistiche poste in essere dagli utenti morosi, i quali non pagavano le ultime bollette al loro venditore e, contestualmente, recedevano dal relativo contratto, sottoscrivendo altra pattuizione con un nuovo e diverso venditore, così pregiudicando le possibilità per il precedente fornitore di recuperare il proprio credito, non potendo questi evidentemente sospendere la fornitura al cliente divenuto moroso, né potendo attingere alla tutela civilistica, il cui esperimento si palesa troppo esoso in relazione a crediti di modesta entità.

Allo scopo, quindi, di avversare il fenomeno della morosità e il conseguente *switch*³⁹⁷ opportunistico ad opera dei fruitori, l'AEEGSI, da un lato, ha recepito le usuali tecniche rimediali contemplate dal diritto comune dei contratti, adattandole al peculiare mercato dell'energia, ad esempio, regolamentando in modo del tutto originale le "modalità di esercizio dell'eccezione di inadempimento, legittimata in via generale dall'art. 1460 c.c. (nonché dall'art. 1565 c.c. con riferimento al contratto di somministrazione)"; dall'altro, ha introdotto *ex novo* un sistema indennitario, "che trasferisce dal vecchio al nuovo fornitore il rischio dell'insolvenza dell'utente moroso che abbia opportunisticamente esercitato il proprio diritto di *switching* verso un nuovo venditore"³⁹⁸.

Il Garante, mediante la rinnovata regolazione dell'eccezione di inadempimento e il conio dell'eccentrico meccanismo indennitario³⁹⁹, ha voluto così dirimere i conflitti fra gli opposti interessi involti dalle attività di fornitura e vantati, rispettivamente, dai soggetti somministranti, dagli utenti-consumatori e dai distributori⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Tecnicamente "passaggio" ad altro operatore da parte dell'utente.

³⁹⁸ D'ADDA, *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento*, in *Contratto e Impresa* 1/2015, 80.

³⁹⁹ Siffatti interventi regolatori posti in essere dall'*Authority* perseguono fini di "micro - regolazione" (cfr. il paragrafo n. 1 del precedente capitolo II) la quale, secondo il Giudice amministrativo lombardo, concerne i singoli rapporti giuridici, prescrive le regole di condotta degli operatori economici ed è quindi capace di incidere sul contratto.

⁴⁰⁰ "È infatti evidente, per un verso, che i somministranti mirano ad avere piena disponibilità, quanto meno, degli ordinari strumenti di reazione all'inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive; dall'altro lato, nel nostro caso, gli utenti sono "consumatori" di servizi essenziali, e la circostanza potrebbe indurre una qualche cautela nel

Tuttavia, con specifico riguardo all'introduzione del sistema indennitario, l'autorità giurisdizionale amministrativa lombarda⁴⁰¹ - in consonanza con i rilievi mossi dalla società ricorrente alle relative delibere adottate dal Garante - ha ritenuto che siffatti provvedimenti, incidendo sull'autonomia negoziale, necessitavano di un'adeguata base legislativa che, nella specie, non è dato rinvenire: "La circostanza che regole, persino restrittive della libertà contrattuale, scaturiscono da atti di autorità amministrative solleva il dubbio se tali fonti subprimarie possano disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge, come deve ritenersi in adesione della teoria della tutela costituzionale indiretta del contratto e della libertà contrattuale"; in siffatta prospettiva, il Collegio ha constatato la mancanza di una norma di legge che assegni alla competenza dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas il potere di incidere sull'assetto contrattuale, secondo il T.A.R. non potendo rilevare a tal fine neanche quanto disposto dall'art. 2, dodicesimo comma, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

Invero, il Tribunale Amministrativo della Regione Lombardia considera preclusa alla via amministrativa la possibilità di modificare la volontà negoziale dei contraenti, salvo che tale potere non discenda da un atto legislativo, e ciò in quanto gli artt. 1372 e 1374 c.c., nel sancire la "forza" dispiegata dal contratto e la possibilità di una sua integrazione dal punto di vista contenutistico, si riferiscono testualmente alla "legge"; i Giudici meneghini, infatti, allo scopo di conferire massima tutela all'autonomia contrattuale, statuiscono che "essendo il

considerare operanti senza limiti rimedi drastici come quelli che comportano, in autotutela, la interruzione della somministrazione (magari in fattispecie in cui il cliente finale non paghi perché contesta i criteri di calcolo adottati in fattura). Inoltre, anche le diverse categorie di operatori del mercato del gas e dell'energia - ove, a seguito di liberalizzazione del settore, le figure del somministrante e del distributore sono *ex lege* distinte - si rivelano portatrici di interessi sovente confliggenti al riguardo: in particolare, a fronte della morosità del somministrato, all'interesse del fornitore ad attivare ogni rimedio, specie in autotutela, idoneo ad assicurare l'adempimento del cliente finale, si contrappone quello del distributore che, provvedendo materialmente ad assicurare la somministrazione, è gravato dalla fisica *mise en oeuvre* delle attività funzionali alla sospensione della fornitura"; così, ancora, D'ADDA, *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento cit.*, 79.

⁴⁰¹ Con la già menzionata decisione 14 marzo 2013, n. 683.

potere di autoregolamentazione attribuito dalla legge, la conformazione amministrativa del contratto richiede(rebbe) un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti”⁴⁰².

Del resto, nell’ottica del T.A.R. Milano, è impossibile giuridicamente che fonti secondarie – che agirebbero come regolamenti indipendenti – determinino le sanzioni conseguenti alla violazione e/o mancanza di conformità del contratto. Difatti, alla stregua di tale prospettazione – che aderisce ad una concezione sostanziale della legalità – il potere regolatorio spettante alle *Authorities* e incidente sulle pattuizioni dei privati non può fondarsi sul perseguimento di un generale scopo di tutela del mercato, non potendosi riscontrare in capo alle Autorità la titolarità di poteri impliciti⁴⁰³.

Alla luce delle predette osservazioni emerge come i Regolatori non abbiano il potere di coartare autonomamente l’esercizio della libertà contrattuale spettante ai privati, all’uopo occorrendo previsioni legislative *ad hoc*; invero, i principi posti a protezione della stessa libertà, *in primis* quello di legalità, *sub specie* di riserva di legge, si impongono anche alle Autorità chiamate a regolamentare la materia dei contratti.

Sicché, proprio l’indefettibile osservanza del principio di riserva di legge, alla base del conferimento della delega del potere di normazione in favore delle *Authorities* mediante disposizioni legislative, ma anche l’esercizio del citato potere in ossequio ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché la garanzia del sindacato giurisdizionale sulla normativa sul contratto posta dal Garante, rappresentano le rilevanti

⁴⁰² Così, ancora, la pronuncia 14 marzo 2013, n. 683, del T.A.R. Lombardia, Milano, *cit.*.

⁴⁰³ Sintetizza in tal modo le argomentazioni del T.A.R. Milano IMPINNA, *I poteri di regolazione dell’Aeeg, l’autonomia contrattuale e i poteri impliciti cit.*, 175. Sull’adesione del Tribunale amministrativo lombardo alla concezione sostanziale della legalità cfr. CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas cit.*, 1223, il quale desume siffatta adesione dalle seguenti inequivoche statuizioni: “con riguardo all’esercizio di poteri puntuali ad effetto ablatorio e sanzionatorio, non si vede come si possa superare la valenza costituzionale del principio di generalizzata sottoposizione dell’azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione”.

guarentigie preposte dall'ordinamento a tutela dell'autonomia riconosciuta ai consociati.

Tuttavia, la necessità di apprestare adeguata salvaguardia all'autonomia privata a fronte delle "incursioni" regolatorie operate dai Garanti dischiude, altresì, itinerari speculativi di segno opposto a quello appena tracciato.

Invero, l'intervento dell'*Authority*, apparentemente (più o meno) limitante l'autonomia contrattuale riconosciuta ai privati, può prestarsi a letture diverse, sicché è stato notato che, in taluni settori, l'eteroregolazione rinveniente dalla normativa posta dalle Autorità indipendenti (non restringe, bensì) addirittura ritempra l'autonomia contrattuale sostanziale: in tal senso rileva il potere tipizzante⁴⁰⁴ assegnato alla Banca d'Italia dall'art. 117, ottavo comma, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia o "TUB")⁴⁰⁵, poiché "[...] ha incentivato il riemergere di un'autonomia contrattuale su base associativa (associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori e degli utenti), ed un discorso analogo, in termini cioè di impulso alla negoziazione associativa, può farsi rispetto al settore dei servizi di pubblica utilità"⁴⁰⁶.

I provvedimenti normativi adottati dai Regolatori divengono così catalizzatori della esplicazione della libertà contrattuale a livello collettivo, evocando forme di "neocorporativismo"⁴⁰⁷ coincidenti proprio con la partecipazione dell'associazionismo

⁴⁰⁴ In verità, in merito alla previsione di cui al citato art. 117, ottavo comma, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, si dibatte se conferisca alla Banca d'Italia un potere di tipizzazione ovvero di mera connotazione; cfr. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in GITTI (a cura di), *Autonomia privata e autorità indipendenti cit.*, 97 e ss..

⁴⁰⁵ Secondo cui "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia".

⁴⁰⁶ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo (seconda edizione)*, Torino, 2015, 152

⁴⁰⁷ GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti cit.*, 107.

alla funzione di normazione e, conseguentemente, di eteroregolazione del contratto.

5.1. Le ripercussioni sul contratto dei provvedimenti normativi delle *Authorities*: la nullità della pattuizione difforme.

Quanto osservato nei paragrafi che precedono conferma come la normativa promanante dagli atti delle Autorità indipendenti - in osservanza della delega di potere conferita dal legislatore - sia legittimata a concorrere nella disciplina delle convenzioni fra privati⁴⁰⁸ e, per tal via, a incidere sulle situazioni giuridiche soggettive private.

Pertanto, si pone il problema di indagare le conseguenze derivanti dalla infrazione delle regole poste dalle *Authorities*, cui è correlata la questione dello scrutinio dei corrispondenti rimedi.

Il problema dell'antinomia tra l'atto regolativo di fonte secondaria e l'atto negoziale, invero, costituisce un profilo d'indagine essenziale ai fini della corretta circoscrizione del potere delle Autorità indipendenti di conformazione degli atti dei privati: il quesito involge la possibilità di desumere dal riconosciuto potere di regolamentazione di un dato settore economico in capo alle *Authorities* l'ulteriore possibilità di individuare i limiti di validità dell'autonomia negoziale, tipizzando specifiche cause di nullità del contratto⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ È stato notato che “[...] le autorità indipendenti mettono capo alle previsioni più diverse. Talvolta si limitano a dettare prescrizioni dal tenore meramente negativo, che si risolvono nel divieto di addivenire alla stipula di determinati accordi. Altre volte, invece, si spingono sino a determinare singole clausole da inserire nel contratto. Non mancano, poi, casi in cui arrivano addirittura a prefigurare il contenuto minimo necessario del negozio, ovvero ad approvare mediante delibera lo schema del contratto tipo da impiegare nell'ambito di una certa negoziazione”; così PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 103 e 104.

⁴⁰⁹ Sulla questione della valutazione dei regolamenti delle Autorità determinativi (in forza di delega legislativa) dei presupposti di validità del contratto senza che la legge preveda espressamente sanzioni v. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti cit.*, 230. Sull'incidenza dei poteri delle *Authorities* sulla disciplina del contratto

Difatti, ad ogni evidenza, detta normativa incide sulla sorte delle pattuizioni anche nel caso in cui non venga rispettata. Tale situazione s'invera quando il contenuto contrattuale sia difforme da quello previsto dal Garante e, quindi, sia quando i paciscenti abbiano stipulato in senso contrario alle prescrizioni dell'Autorità, sia nell'ipotesi in cui abbiano mancato di convenire in ordine ad un certo aspetto del patto.

Nella prima evenienza s'intravede una causa di nullità del contratto per violazione di norma imperativa *ex art. 1418*, comma primo, c.c.⁴¹⁰; in tal senso opina l'orientamento esegetico più diffuso⁴¹¹, che coglie la imperatività - tutt'altro che scontata⁴¹² - delle regole poste dalle *Authorities* nella loro cogenza, nonché nella indisponibilità degli interessi dalle stesse tutelati (quali sono, esemplificativamente, la concorrenzialità, l'efficienza e la razionalità del mercato presidiato, nonché la doverosa salvaguardia del contraente in posizione di "debolezza") e, in ogni caso, a condizione che la suddetta imperatività sia mutuata da fonti gerarchicamente superiori⁴¹³: "[...] le disposizioni di secondo grado - nello specifico, i provvedimenti delle amministrazioni indipendenti - non possiedono in sé carattere imperativo, né possono conferirlo autonomamente a se stesse, ma devono apprenderlo da fonti sovraordinate. Ancora una volta, pertanto, si rinviene la soluzione della questione nell'istituto della delega legislativa, che dovrà essere configurata in modo tale da attribuire essa stessa alle autorità amministrative il potere di intervenire "imperativamente" sulla disciplina dei contratti di settore"⁴¹⁴.

Inoltre, la tesi appena menzionata risulta coerente con l'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione, alla cui

v. anche DE NOVA, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, 519 e ss..

⁴¹⁰ "Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente".

⁴¹¹ Cfr. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 110 e ss.; ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto cit.*, 162 e ss.; SOLINAS, *Contratto e regolazione del mercato*, Torino, 2007.

⁴¹² E ciò in ragione della natura controversa della nozione di "norma imperativa"; ne dà atto PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 106, sub nota n. 47.

⁴¹³ VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 111 e ss..

⁴¹⁴ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 107.

stregua una convenzione è infirmata da nullità virtuale allorché violi “regole di validità” (e non “regole di comportamento”), ossia norme (appunto imperative) che attengono a elementi intrinseci del negozio, quali sono la struttura e il contenuto del patto⁴¹⁵; in proposito, risulta evidente la riconducibilità delle

⁴¹⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (in *www.iusexplorer.it*), la quale, dopo aver affermato che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ha escluso che l’illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase dell’esecuzione del contratto stesso possa esser causa di nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista; cfr., ancora, Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725 (in *www.iusexplorer.it*), secondo cui: “[...] la violazione delle prime [ossia delle regole di comportamento], 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”; le Sezioni Unite, inoltre, quanto alle regole afferenti alla validità della pattuizione, hanno chiarito che “l’area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell’art. 1418 c.c., comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalla legge, o in mancanza dell’iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell’atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell’atto medesimo. Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto

prescrizioni normative emanate dalle Autorità alle norme attive la cui infrazione inficia gravemente la validità del contratto⁴¹⁶.

La predetta invalidità scaturisce dal contrasto fra il regolamento di interessi privato e le (differenti) previsioni recate da provvedimenti di carattere normativo emanati dai Garanti, a tanto abilitati da una legge attributiva del corrispondente potere. Invero, affinché possa invalidarsi la pattuizione con la nullità, siffatta opzione considera del pari essenziali le seguenti condizioni, le quali debbono rinvenirsi cumulativamente: da un lato, la natura normativa del provvedimento trasgredito; dall'altro, la delega legislativa del potere. Qualora, dunque, il provvedimento dell'Autorità manchi anche di una soltanto di queste caratteristiche, non potrà discorrersi di nullità della convenzione difforme. Infatti, nel caso in cui il conflitto insorga tra le previsioni di un patto fra privati e quelle recate da atti delle *Authorities* dal contenuto singolare e concreto non può darsi luogo alla nullità contrattuale, piuttosto dovendosi ricorrere alla comminatoria di sanzioni amministrative.

La riferita applicazione dell'art. 1418, primo comma, c.c. e, dunque, della nullità "virtuale"⁴¹⁷ al patto confliggente con le norme imperative positivizzate dalle Autorità di regolazione, evidenzia la possibile comminatoria di tale invalidità, oltre che nelle ipotesi contemplate da prescrizioni del legislatore, anche allorché tali previsioni non siano individuabili.

impedire. E conviene anche osservare che, pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista".

⁴¹⁶ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 107.

⁴¹⁷ Tale ipotesi rientra nell'ambito della illegalità (a sua volta distinta dalla illiceità, la quale discende da un giudizio di disfavore normativo), "che si configura quando il contratto è contrario a norme imperative secondo il disposto di cui all'art. 1418¹ (cd. nullità virtuale), con incidenza sugli elementi intrinseci del contratto (struttura o contenuto), ma anche su elementi estranei, che vietano di concludere il contratto se non a date condizioni, quali autorizzazioni o iscrizioni in albi. Non è però facile distinguere l'una ipotesi dall'altra, facendo riferimento anche l'illiceità alla contrarietà a norme imperative"; così GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 990.

La prima evenienza è stata argutamente qualificata come inerente a una nullità “in bianco” o *per relationem*, atteso che la legge afferma soltanto il rimedio della invalidità, demandando ad un’altra fonte la identificazione della regola trasgredita⁴¹⁸. Paradigmatica di siffatta ipotesi è la norma recata dal menzionato art. 117, comma ottavo, del Testo Unico in materia bancaria, che rimette all’Autorità di settore, ossia alla Banca d’Italia, il potere di prescrivere che determinate pattuizioni - individuate mediante una denominazione peculiare o sulla scorta di precisi criteri qualificativi - abbiano un determinato contenuto tipico e che, se difformi, siano colpite dalla sanzione della nullità⁴¹⁹.

Peraltro, alla situazione appena delineata si tende ad equiparare quella in cui una fonte di rango secondario provveda - ad un tempo - a porre la regola e a comminare la sanzione della nullità⁴²⁰, circostanza che, per tal via, viene emancipata dalla

⁴¹⁸ VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 69 e ss..

⁴¹⁹ “In questa ipotesi è [...] lo stesso legislatore a prevedere la sanzione della nullità dei contratti eventualmente difformi dal modello predefinito in via regolamentare: il fenomeno appare, così, agevolmente collocabile nell’ambito della delegificazione delle regole del settore bancario e la previsione dell’invalidità, sotto il profilo delle fonti, è comunque da ricondurre ad una norma primaria fondativa del potere stesso di regolazione”: trattasi delle considerazioni di CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato, in Obbligazioni e contratti 12/12*, 914 .

⁴²⁰ Del resto, è stato osservato che la conclusione di un atto normativo ad opera dell’Autorità indipendente, determinativo di una causa di invalidità, se volto a realizzare l’interesse della parte debole, ben potrebbe rappresentare non uno strumento di restrizione, bensì di salvaguardia dell’autonomia privata; in tal senso cfr. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto cit.*, 232.

enunciazione contenuta nella disposizione sottordinata alla legge⁴²¹ e ricondotta nell'alveo della prefata nullità virtuale⁴²².

Per vero, discorrere di nullità - ossia della sanzione di invalidità generalmente posta a presidio di interessi di natura superindividuale⁴²³ - con riferimento al contratto in contrasto

⁴²¹ Ciò in quanto la dottrina tende a negare qualsivoglia efficacia vincolante alla dichiarazione di nullità contenuta in un atto normativo secondario, laddove ad essa non corrisponda alcuna previsione testuale sul piano legislativo. Significative, al riguardo, le seguenti riflessioni: “[...] la capacità innovativa o derogatoria conferita all’Autorità di settore non può spingersi, però, oltre i limiti conferiti dalla norma primaria che fonda detto potere e, pertanto, laddove manchi un’espressa previsione di nullità di atti privati difformi, qualsiasi prescrizione invalidante espressamente comminata dall’Autorità deve ritenersi priva di un fondamento. Dunque, in assenza di una sanzione espressa della nullità del contratto da parte della fonte superiore, il contratto difforme dalle prescrizioni dell’Autorità di regolazione deve reputarsi valido”; così, ancora, CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato cit.*, 915.

⁴²² VIII, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 118 e ss..

⁴²³ “[...] poiché gli interessi da tutelare sono superindividuali, l’iniziativa per la dichiarazione di nullità dell’atto deve poter partire da qualunque interessato ed anche dal giudice al quale i privati si siano rivolti per far valere quanto pattuito. [...] La superindividualità degli interessi pretende inoltre l’imprescrittibilità dell’azione”; in questi termini, GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 993, con riguardo alla legittimazione assoluta, alla rilevabilità d’ufficio e alla imprescrittibilità inerenti all’azione di nullità, previste dagli artt. 1421 (“Salvo diverse disposizioni di legge la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”) e 1422 (“L’azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell’usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione”) c.c., cui segue la regola della insanabilità del contratto nullo contemplata, sempre in ragione della superindividualità degli interessi salvaguardati, appunto dall’art. 1423 c.c. (“Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente”). Accanto a tali caratteristiche tradizionalmente afferenti al regime della nullità contrattuale si staglia la recente emersione delle cosiddette nullità speciali, tra cui rientrano quelle “di protezione”: “I principi della nullità prevista dal codice civile sono talvolta derogati da leggi speciali, senza possibilità di delineare una categoria unitaria, suscettibile, magari, di applicazione analogica. L’unico minimo comun denominatore può ritrovarsi assai spesso nella tutela del consumatore, contraente debole, sicché si tratta di proteggere (si parla infatti di nullità protettive anche nella rubrica

con le prescrizioni normative dettate dalle *Authorities* evidenzia come gli aspetti pubblicistici nelle contrattazioni siano divenute a tal punto rilevanti da elevare le singole convenzioni a patti - per così dire - di interesse generale, posto che il contratto non è più considerato come “affare privato”, bensì viene plasmato dall’Autorità di regolazione allo scopo di conseguire obiettivi di tutela estranei alle parti o, in ogni caso, non perfettamente coincidenti con gli interessi individuali che abbiano indotto i paciscenti alla sua stipulazione⁴²⁴.

D'altronde, non a caso, si è recentemente coniata la locuzione “contratto amministrato” per identificare l’atto principalmente espressivo dell’autonomia privata, ossia un’espressione significativamente volta a sottolineare la pervasività dell’intervento regolatorio in relazione alle pattuizioni dei consociati; invero, oggi si assiste a “un processo di amministrazione in senso tecnico dell’autonomia contrattuale delle parti al punto che la disciplina codicistica viene considerata dalla stessa autorità indipendente preposta al settore di mercato come un catalogo di principi e di regole generali”⁴²⁵.

La nullità dei contratti difformi dalle prescrizioni dei Garanti rinvigorisce la forza spiegata dall’intervento regolatorio sul contratto, così sembrando idonea a ribaltare - con riguardo a tale ambito⁴²⁶ - i termini dell’interrelazione fra eteronomia (e

dell’art. 36, D. Leg. 05/2006) una parte e non già gli interessi generali”; così, ancora, GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 996.

⁴²⁴ Cfr. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008.

⁴²⁵ GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti cit.*, 94 e ss..

⁴²⁶ Non può infatti non darsi conto della recente espansione degli ambiti esplicativi dell’autonomia negoziale in contesti ove, tradizionalmente, la stessa risultava alquanto compressa: si pensi al diritto di famiglia e a quello delle successioni e, in particolare, quanto al primo, possono ad esempio citarsi le decisioni sulla validità degli accordi in vista della separazione e quelli intesi a regolare la convivenza fra i *partners*, mentre, con riferimento al secondo, viene in rilievo, emblematicamente, la ritenuta ammissibilità della clausola diseredativa, nei limiti precisati da Cass., Sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352. Cfr., *amplius*, sull’incremento dei margini di espressione dell’autonomia negoziale SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile cit.*, 3 e ss..

autorità), e autonomia (e libertà) a vantaggio della prima e, giocoforza, a discapito della seconda.

Per converso, muta la prospettiva se l'invalidità suddetta sia intesa come un'ulteriore modalità protettiva dell'autonomia negoziale, che l'intervento autoritativo, in realtà "assistendola", provvede a potenziare⁴²⁷.

5.2. Segue: le nullità speciali dei contratti in contrasto con le norme delle Autorità di regolazione.

Quanto alla connotazione fisionomica della suddetta patologia, "da più parti si avanza l'idea di accostare la casistica in esame al complesso delle nullità cc.dd. speciali"⁴²⁸. Queste ultime, com'è noto, costellano la legislazione più recente e si caratterizzano per la loro devianza dal regime tipico della nullità contrattuale previsto dagli artt. 1418 e seguenti del codice civile⁴²⁹, tanto che la loro diffusione ha avallato l'idea della "destrutturazione" della categoria civilistica della nullità negoziale⁴³⁰: si denuncia la "relativizzazione" del paradigma codicistico e la "frantumazione del metodo interpretativo che ne

⁴²⁷ Cfr., in tal senso, la riferita prospettiva incline a ravvisare negli interventi autoritativi dei Garanti espressioni del potere sostitutivo dell'autonomia privata spettante alle *Authorities* esposta da MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti cit., passim*.

⁴²⁸ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 3/2015, 129.

⁴²⁹ Invero, "[...] queste nuove figure incarnano un esempio di nullità relativa, caratterizzandosi per la previsione di una legittimazione attiva ristretta nonché di una rilevabilità d'ufficio condizionata nell'interesse della parte contraente più debole. Un ulteriore dato significativo è dato, poi, dalla necessaria parzialità che, tendenzialmente, le contraddistingue allorché si presentino sotto forma di nullità parziali"; così, ancora, PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 129, ove si dà anche atto del carattere controverso che investe i profili della "sanabilità" e "prescrittibilità" delle nullità speciali. Sulla specialità dei vari statuti della nullità cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*.

⁴³⁰ RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 136, ove si evidenzia l'attuale e contestuale invero di due processi: da un lato, l'ampliamento applicativo dell'istituto; dall'altro, appunto, la destrutturazione del corrispondente concetto.

rappresentava il prodotto"⁴³¹; si ravvisa "nel nostro ordinamento un variegato sistema della nullità, da tempo non più comprensibile solamente secondo le logiche tradizionali"⁴³², dal che – appunto – deriverebbe "la frantumazione della categoria in vari ed eterogenei statuti normativi"⁴³³.

Di recente la giurisprudenza di legittimità, a Sezioni Unite, ha recisamente negato la prefata "frantumazione", sottolineando la vocazione delle nullità speciali – al pari di quella per così dire tipica – alla protezione di un interesse generale: "Il carattere di specialità della nullità non elide l'essenza della categoria della nullità stessa, coniugandosi entrambe in un sinodo di tutela di interessi eterogenei [...] di tal che quella funzione di tutela di un interesse generale non appare più "fantomatica" [...] poiché quello stesso interesse, ben definito, a che non si dia attuazione a un contratto nullo per via giudiziale forma pur sempre (anche) oggetto di un interesse "generale". Le nullità speciali, pertanto, non hanno "fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942"⁴³⁴.

Non a caso, dunque, in letteratura si è precisato che è in atto, propriamente, una "destrutturazione" della nullità negoziale⁴³⁵, dovendosi constatare che esistono varie tipologie di nullità – fra loro eterogenee – bensì parimenti degne, tanto che si dubita dell'attuale adeguatezza della locuzione "nullità speciali" per designare quelle sanzioni ordinamentali, pur sempre conseguenti al "disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale"⁴³⁶, ma eccentriche rispetto alle nullità connotate dalla soggezione al regime ordinario civilistico⁴³⁷. Invero, a suffragio

⁴³¹ LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 369.

⁴³² PUTTI, voce *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, XVI, Torino, 1997, 703.

⁴³³ SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 490.

⁴³⁴ Così, testualmente, Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *www.iusexplorer.it.*

⁴³⁵ RABITI, *Contratto illecito e norma penale cit.*, 136.

⁴³⁶ Espressione mutuata dalla citata pronuncia resa da Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242, ove la natura della nullità è appunto identificata con quella di "sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale".

⁴³⁷ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 130.

di quanto appena evidenziato si pone la considerazione della nullità negoziale come ampio *genus* nel quale convivono peculiari *species*, di cui costituiscono esempio emblematico le nullità di protezione dall'originale "natura ancipite", poiché "funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)"⁴³⁸.

La possibilità di sussumere fra le mentovate nullità speciali le invalidità del contratto difforme da quanto stabilito dalle prescrizioni normative delle Autorità regolatorie è stata scandagliata dalla dottrina che, dalla disamina della normativa rinveniente dai provvedimenti dei Garanti, ha argomentato a favore di siffatta qualificazione⁴³⁹. In dettaglio, è stato osservato che il legislatore, talvolta, indica nella nullità anomala la sanzione comminata per una data violazione dei precetti posti dalle *Authorities*⁴⁴⁰: tra queste previsioni si situa il disposto di cui all'art. 127, comma secondo, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in materia bancaria; significativamente, proprio tale prescrizione è stata menzionata dalla Corte Suprema nella decisione ricordata *supra* per rimarcare l'odierna possibile convivenza fra la legittimazione ristretta a far valere la nullità e la sua rilevazione officiosa, quest'ultima prefigurandosi essenziale "al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) [...], poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma

⁴³⁸ Così, ancora, Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, che sottolinea, altresì, la rilevabilità officiosa di tali nullità che, se omessa, "finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole". La rilevabilità *ex officio* delle nullità protettive è espressa in contrasto con il principio statuito, sempre *in obiter*, dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 4 settembre 2012, n. 14828; cfr., al riguardo, MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 2, 2015.

⁴³⁹ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 131 e ss..

⁴⁴⁰ Secondo cui: "Le nullità previste dal presente titolo [attinente alla trasparenza delle condizioni contrattuali] operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice".

anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”⁴⁴¹. Talché emerge come gli interessi così presidiati siano evidentemente quelli pertinenti all’attività istituzionalmente demandata alle *Authorities*, ciò che conferma la dipendenza dall’azione di siffatti Enti della sorte degli autoregolamenti privatistici⁴⁴².

Tuttavia, vi sono ipotesi nelle quali il legislatore omette di specificare il regime cui soggiace la sanzione di nullità: questa viene indicata come sanzione da comminare in conseguenza di una data violazione, ma si omette di precisarne la disciplina, deferendo all’interprete il (non facile) compito di individuarla.

Ma il lavoro dell’esegeta si complica ulteriormente al cospetto delle evenienze in cui la legge è al riguardo del tutto silente, omettendo di chiarire sanzione e regime applicabili a fronte di determinate infrazioni: in questi casi, nondimeno, ad oggi prevale l’opinione incline all’applicazione delle cosiddette nullità virtuali di protezione anche ai contratti non conformi alle disposizioni normative dettate dalle Autorità di regolazione⁴⁴³.

Tanto premesso - in disparte le ipotesi nelle quali il legislatore puntualizza il regime giuridico cui sottoporre le predette invalidità -, occorre distinguere le nullità infirmanti *in toto* le pattuizioni fra privati contrarie alla disciplina settoriale - come tali capaci di scardinare la validità dell’intero regolamento d’interessi - da quelle cosiddette parziali, che si appuntano su una o su determinate clausole contrattuali. In questa ultima evenienza, infatti, ci si è interrogati su quale regime applicare: quello previsto dal codice civile (atteso che il primo comma dell’art. 1419 c.c. ammette la possibilità che, in subordine ad un giudizio di essenzialità della clausola invalida, la patologia si estenda all’intera convenzione⁴⁴⁴), ovvero quello contemplato

⁴⁴¹ Così Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁴⁴² I Supremi Giudici, del resto, a sostegno della ammissibilità del potere giudiziale di rilevazione officiosa delle cosiddette nullità di protezione cita - esemplificativamente - la disciplina *antitrust*.

⁴⁴³ Ne dà conto PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 131 e 132.

⁴⁴⁴ L’art. 1419 (“Nullità parziale”), comma primo, c.c., prevede che “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”. Il secondo comma dello stesso articolo stabilisce che “La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

per le nullità speciali (considerate necessariamente parziarie onde più efficacemente salvaguardare il contraente più vulnerabile attraverso la garanzia della sopravvivenza dell'accordo residuo), e ciò per la circostanza che "[...] la tecnica della nullità parziale necessaria viene per lo più in rilievo rispetto alle fattispecie di nullità derivanti dalla violazione della disciplina legale. Quanto, invece, alle invalidità per contrarietà al diritto delle autorità amministrative indipendenti, il legislatore trascura spesso di prendere esplicita posizione".

Fra le diverse opinioni in disputa prevale quella che propende per la caducazione (non dell'intero contratto, ma) delle sole clausole contrattuali non conformi alle norme dettate dalle *Authorities* ogniqualvolta la necessaria parziarietà si dimostri più confacente al raggiungimento degli scopi perseguiti mediante la previsione della riferita sanzione ordinamentale di disvalore⁴⁴⁵.

Ad ogni modo, la questione sulla disciplina applicabile alle nullità parziali inficanti le clausole contrattuali contrastanti con le previsioni normative emanate dai Garanti è risolta attingendo al combinato disposto degli artt. 1419, comma secondo, c.c. e 1339 c.c., che legittima alla sostituzione automatica⁴⁴⁶ delle clausole invalide con quelle che le parti avrebbero dovuto inserire nel patto convenuto⁴⁴⁷, in quanto conformi al

⁴⁴⁵ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 133 e 134, ove l'Autrice dà atto delle difficoltà incontrate dagli interpreti nell'applicazione analogica dell'art. 36 del decreto legislativo 6 settembre 2006, n. 205 (recante il codice del consumo) - che prevede che "Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto" - in ragione della diversità dei fini che possono presiedere alla previsione delle differenti figure di nullità speciali, specialmente allorché queste divergano perché una soltanto precisa il proprio regime giuridico mentre l'altra sia sul punto lacunosa.

⁴⁴⁶ L'automatismo di tale sostituzione risiede nella circostanza che essa avviene senza che sia necessario dapprima indagare la volontà delle parti. Sicché, una volta appurata la nullità parziale della clausola o delle singole clausole si ha *ipso iure* la sua sostituzione con quella o quelle conformi ai *dicta* delle Autorità indipendenti.

⁴⁴⁷ La sostituzione automatica di clausole contrattuali per come legittimata dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1374 c.c. postula la nullità parziale del patto quale momento cronologicamente e logicamente antecedente a quello della inserzione delle clausole

paradigma normativamente delineato dalle Autorità⁴⁴⁸, benché non manchino riserve sulla legittimità dell'impiego della introduzione coattiva di clausole previste da norme di rango secondario⁴⁴⁹ che, se trasgredite, sarebbero forse maggiormente idonee a fondare un inadempimento di obbligazioni giuridiche⁴⁵⁰.

sostitutive di quelle invalidate. Cfr. sul punto ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti cit.*, 77 e ss..

⁴⁴⁸ Le *Authorities*, invero, talvolta intervengono per configurare in positivo quale debba essere il contenuto di determinate clausole contrattuali. Esempio di tali interventi normativi è rappresentato dai provvedimenti *supra* ricordati con cui l'AEEGSI ha imposto che i contratti di fornitura di energia elettrica rechino la previsione di almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta; in proposito, Cass., Sez. VI, ord.3 – 8 novembre 2012, n. 19333 *cit.* non ha esitato a richiamare il precetto di cui al menzionato art. 1339 c.c.. Sulla previsione di inserimento obbligatorio di clausole ad opera delle Autorità indipendenti cfr. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 78 e ss.. Viene in rilievo, inoltre, il già menzionato precetto recato dall'art. 117, ottavo comma, del decreto legislativo 1 settembre 1995, n. 385, sul potere di tipizzazione contrattuale assegnato alla Banca d'Italia, i cui esiti vanno osservati dai paciscenti a pena di nullità della pattuizione.

⁴⁴⁹ Testualmente, invero, la norma recata dall'art. 1339 c.c. abilita a introdurre coattivamente nel contratto "Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge" soltanto. Tuttavia, ad oggi dottrina e giurisprudenza mostrano una propensione favorevole alla configurazione della "legge" *ex art.* 1339 c.c. in chiave polisemica, tale da ricomprendere anche gli atti aventi forza di legge, nonché quelli amministrativi, nondimeno contemperando siffatta lata lettura con le esigenze di tutela dell'autonomia negoziale avute di mira attraverso la previsione costituzionale della riserva di legge in materia; ne deriva - come ricordato *supra* - la necessità di individuare una legge formale che conferisca alla fonte subordinata e, dunque, ai provvedimenti normativi adottati dalle *Authorities* la *potestas* di regolare una data materia in osservanza delle direttive prescritte. Sulle differenti ricostruzioni del termine "legge" contenuto nella predetta disposizione normativa cfr. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti cit.*, 91 e ss..

⁴⁵⁰ Secondo siffatta impostazione critica, qualora le parti non rispettino l'obbligo di convenire una o più clausole contrattuali in modo conforme al contenuto prestabilito dall'Autorità competente, sarebbero inadempienti rispetto a un dovere giuridicamente rilevante, ma la mancata ottemperanza alle determinazioni autoritative non sarebbe in grado di intaccare l'integrità e la validità della convenzione.

Il ricorso al riferito meccanismo della introduzione coattiva delle clausole contrattuali contemplate dai provvedimenti normativi dei Garanti importa l'esigenza di risolvere questioni di *jus superveniens* ogniqualvolta la clausola sostitutiva sia prevista da una determinazione autoritativa sopravvenuta rispetto al momento della stipulazione: siffatta questione, frequente nella prassi⁴⁵¹, risulta sovente risolta "a monte" dai regolamenti di settore che - all'uopo - dispongono l'inserimento in contratto di "clausole di adeguamento automatico", tese a consentire - con effetti *ex tunc* - la modificazione del contenuto della convenzione pattuita in conformità alle determinazioni scaturenti dalla nuova adozione di atti autoritativi ad opera dell'*Authority* competente⁴⁵².

5.3. Segue: l'integrazione del contratto lacunoso attraverso le clausole determinate dai Garanti.

Le ipotesi sinora scrutinate concernono i contrasti che possono ingenerarsi fra le norme dettate dalle Autorità amministrative indipendenti e le previsioni contrattuali.

Tuttavia, può darsi il caso che non si ravvisino conflitti fra le suddette previsioni (e che - di conseguenza - non si abbia a discettare di nullità delle convenzioni ovvero delle singole clausole contrattuali), ma che - piuttosto - la pattuizione manchi di una o più clausole che avrebbe dovuto obbligatoriamente recare alla stregua di quanto stabilito da una

Dà conto di queste perplessità PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 137.

⁴⁵¹ Una delle ragioni che hanno sospinto all'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti risiede nella necessità di regolamentare settori nevralgici per l'economia e, più in generale, per la società, mediante atti che, diversamente dalla legge, siano specialistici ed emanati all'esito di procedure rapide e snelle, nonché siano sottratti alla celere obsolescenza che pure caratterizza i provvedimenti legislativi (cfr. il paragrafo n. 2 del precedente capitolo II). Ciò comporta l'aggiornamento continuo - se non addirittura repentino - degli atti normativi adottati dai Garanti e, conseguentemente, pone di frequente il problema dell'adattamento delle pattuizioni privatistiche allo *jus superveniens* prodotto dalle Autorità di regolazione.

⁴⁵² PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 138, ove l'Autrice ha cura di distinguere la descritta evenienza dal funzionamento delle cosiddette clausole di *hardships* che, diversamente, postulano un'attività di rinegoziazione del contenuto contrattuale ad opera delle parti.

deliberazione autoritativa: in tale evenienza, dunque, il regolamento contrattuale si palesa lacunoso, poiché difetta di contenuti inderogabilmente prescritti dagli organismi di regolazione.

In proposito, è stato osservato che se la lacunosità del patto sia a tal punto rilevante da compromettere la determinatezza e finanche la determinabilità dell'oggetto contrattuale⁴⁵³, può riscontrarsi la nullità dell'intera convenzione⁴⁵⁴.

In alternativa alla soluzione appena delineata - che demanda all'esegeta il compimento di un'attività interpretativa non poco complessa - può operarsi l'integrazione del contratto attingendo ai contenuti normativamente predeterminati dalle *Authorities* e sulla scorta di quanto (ancora) disposto dal citato art. 1339 c.c.: il tenore letterale di quest'ultimo precetto legittima siffatta lettura laddove contempla l'inserimento coattivo nel patto di clausole e prezzi imposti dalla legge (latamente intesa) "anche" in sostituzione delle previsioni contrattuali difformi convenute dai paciscenti; sicché, la disposizione suddetta abilita alla sostituzione automatica di clausole, ma non solo, altresì potendo ben costituire la base normativa fondante l'integrazione di un regolamento di interessi per vero incompleto⁴⁵⁵.

Inoltre, per completezza, occorre menzionare un ulteriore orientamento favorevole al completamento cogente di contratti carenti, ma incline a ravvisarne il fondamento normativo (non

⁴⁵³ Il codice civile indica l'"oggetto" fra i requisiti essenziali del contratto; a termini dell'art. 1325 c.c., infatti, "I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità". Alla stregua di quanto disposto dal successivo art. 1346 c.c. "L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile".

⁴⁵⁴ GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti cit.*, 95.

⁴⁵⁵ PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti cit.*, 139, ove si precisa che - a differenza dell'ipotesi in cui il regolamento di interessi convenuto sia affetto da nullità parziale - nel caso dell'integrazione di una pattuizione manchevole non si dà luogo ad alcuna invalidità; entrambe le evenienze, tuttavia, postulano il ricorso a prescrizioni di carattere imperativo per poter - rispettivamente - sostituire le previsioni contrattuali difformi e integrare quelle carenti.

nell'art. 1339 c.c., ma) nell'art. 1374 c.c.⁴⁵⁶, in quanto norma precipuamente intesa a regolare il fenomeno della "integrazione del contratto"⁴⁵⁷ (intesa come meccanismo ontologicamente diverso da quello attinente alla sostituzione di clausole in contrasto con prescrizioni di carattere imperativo).

⁴⁵⁶ Sui rapporti fra le disposizioni di cui agli artt. 1339 e 1374 c.c. cfr. i contributi di MAUGERI, *Art. 1339 c.c. - Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Torino, 2011, 508 e ss. e MACARIO, *Art. 1374 - Integrazione del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI *cit.*, 682 e ss..

⁴⁵⁷ E ciò in ragione della circostanza che l'art. 1374 c.c. è norma precipuamente intesa a disciplinare il fenomeno integrativo, ontologicamente diverso da quello inerente alla sostituzione di clausole difformi da quelle normativamente prescritte. In tal senso depone anche un'opzione esegetica invalsa presso la giurisprudenza ordinaria di merito, come emerge dalla pronuncia Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010 *cit.*. Tuttavia, siffatto orientamento non si sottrae ad un'obiezione già mossa nei riguardi della diversa tesi che rintraccia nell'art. 1339 c.c. la base fondante l'integrazione di pattuizioni manchevoli: anche l'art. 1374 c.c., testualmente, menziona la "legge" quale possibile fonte integrativa del contratto lacunoso, sicché pure per tale disposizione riemergono i dubbi avanzati in merito alla possibilità di identificare nella "legge" altresì i provvedimenti normativi dei Garanti.

CAPITOLO IV

ETERONOMIA E AUTONOMIA

NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI:

IL REGOLATORE AGCOM.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'evoluzione del quadro regolatorio in materia di comunicazioni; 2.1. Segue: sulla regolazione *ex ante* del comparto delle comunicazioni; 3. L'incisione dell'autonomia contrattuale ad opera di AGCOM; 3.1. Segue: la particolare incisione dell'autonomia privata in riferimento alle condizioni di contratto; 3.2. Segue: la peculiare incisione dell'autonomia contrattuale attraverso la declaratoria di illegittimità delle clausole vessatorie; 4. La *regulation by litigation* del Garante delle Comunicazioni. 5. L'incidenza sulla autonomia privata in materia di reti e impianti di comunicazione elettronica; 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'analisi che precede ha inteso porre in luce la peculiare evoluzione ordinamentale che culmina nella recente emersione di una nuova dimensione dell'autonomia negoziale, ad oggi conformata in misura rilevante dal diritto prodotto da Enti eccentrici rispetto alle tradizionali connotazioni della soggettività pubblica - le Autorità amministrative indipendenti - bensì preposti alla regolamentazione di comparti nevralgici per la nostra economia e, pertanto, capaci di incidere significativamente sulla libertà contrattuale dei consociati.

Il contesto della ridefinizione dell'*ubi consistam* dell'autonomia negoziale s'identifica con l'avvento dello Stato regolatore, che dà la stura, altresì, ad una rinnovata accezione della precettività delle norme di legge in rapporto con le previsioni poste dai Garanti, persino in guisa da ridisegnare i termini del (sempre dinamico) rapporto fra autorità e libertà, per vero alla base degli istituti giuridici afferenti al diritto amministrativo.

Per tal via s'invera quel "rapporto circolare"⁴⁵⁸ tra l'autonomia contrattuale, l'iniziativa economica, il mercato, la concorrenza e la regolazione di cui si è dato atto in apertura della presente ricerca⁴⁵⁹ e che – come si è cercato di evidenziare nel prosieguo dell'analisi – fonda la sempre maggiore incidenza della normativa posta dalle *Authorities* sugli atti espressivi del potere di autoregolamentazione dei propri interessi spettante ai privati⁴⁶⁰, non a caso di recente autorevolmente disegnati come contratti "amministrati"⁴⁶¹, onde sottolineare la rinnovata erosione di spazi di libertà ad opera dell'autorità seppure in modo da meglio ottemperare alle finalità della regolazione, che pur serve a liberalizzare, ma finisce col produrre nuove regole⁴⁶².

In proposito, si è già avvertito della necessità di rifuggire da comode generalizzazioni, in ragione delle particolarità che contraddistinguono ciascun comparto e, conseguentemente, l'*Authority* che vi è preposta, sebbene sia possibile riscontrare delle "invarianti" del fenomeno predetto, che nei capitoli precedenti si è cercato di evidenziare.

Nelle pagine che seguiranno, invece, si tenterà di "calare" gli esiti della prefata ricerca nel settore delle comunicazioni cui, in realtà, si è già dato specifico rilievo con riferimento alle questioni inerenti al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle Autorità di regolazione⁴⁶³ e alla portata integrativa e derogatoria delle norme di legge ad opera dei medesimi atti⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Espressione alquanto evocativa per evidenziare la sussistenza dell'intima connessione allo stato sussistente fra l'autonomia contrattuale e gli altri parametri di riferimento *supra* indicati, mutuata – com'è noto – da ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza cit.*

⁴⁵⁹ Sia consentito rinviare, in proposito, alle argomentazioni contenute nel precedente capitolo I.

⁴⁶⁰ Su cui si consenta di rimandare alle osservazioni svolte *amplius* al capitolo III.

⁴⁶¹ GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti cit.*, 94 e ss..

⁴⁶² Come già segnalato, il paradosso così ingenerato è colto da NAPOLITANO - ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati cit.*

⁴⁶³ Cfr. i paragrafi 2.2.a. e 2.2.b. del precedente capitolo II.

⁴⁶⁴ Cfr. il paragrafo 2 del precedente capitolo III.

La scelta di focalizzare l'indagine sul menzionato comparto deriva dalla primaria importanza del mercato delle comunicazioni, che traspare nitidamente già dalle osservazioni suesposte relativamente alle problematiche appena citate, nonché - soprattutto - dalla considerazione delle pregnanti situazioni soggettive e delle rilevanti libertà interessate dalla materia.

Invero, la ricostruzione della disciplina delle comunicazioni elettroniche postula, anzitutto, l'attenta valutazione del principio di uguaglianza - contenuto nell'art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁶⁵, negli artt. 20 e ss. della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁴⁶⁶ e nell'art. 3 della Costituzione⁴⁶⁷ - e ciò perché "[...] una delle caratteristiche delle società moderne e democratiche è l'acquisizione che la comunicazione è strumento indispensabile non solo di arricchimento culturale ed ideologico, ma anche di consapevolezza delle scelte e addirittura di stimolo alle scelte. La comunicazione gioca, cioè, un ruolo fondamentale nella

⁴⁶⁵ L'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rubricato "Divieto di discriminazione", così dispone: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

⁴⁶⁶ L'intero Capo III della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza nell'anno 2000, è intitolato all'"Uguaglianza". Tale Capo consta di sette articoli, rispettivamente dedicati all'"Uguaglianza davanti alla legge" (art. 20), alla "Non discriminazione" (art. 21), alla "Diversità culturale, religiosa e linguistica" (art. 22), alla "Parità tra uomini e donne" (art. 23), ai "Diritti del bambino" (art. 24), ai "Diritti degli anziani" (art. 25), all'"Inserimento dei disabili" (art. 26).

⁴⁶⁷ Secondo cui: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

vivificazione del tessuto democratico di un Paese”⁴⁶⁸; del resto, quale coerente precipitato di tali riflessioni, il secondo comma dell’art. 2 della Dichiarazione dei diritti in internet del 28 luglio 2015⁴⁶⁹ stabilisce che “ogni persona ha eguale diritto di accedere a internet in condizione di parità”. In secondo luogo, è di immediata evidenza la rilevanza della libertà di comunicazione – quest’ultima intesa come messaggio ad una o più persone determinate e, dunque, avente carattere intersoggettivo e riservato -, che si suole tradizionalmente distinguere dalla libertà di informazione e di manifestazione del pensiero - che implica la diffusione del messaggio stesso ad un numero indeterminato di persone⁴⁷⁰ e che viene declinata anche come libertà dei *media*⁴⁷¹ - del pari massimamente significativa per il comparto suddetto⁴⁷²; entrambe le libertà testé menzionate ritrovano prescrizioni di salvaguardia nella Convenzione di

⁴⁶⁸ DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, I, 13.

⁴⁶⁹ Consultabile su www.camera.it.

⁴⁷⁰ Ma tale netta differenziazione tende a scemare con il processo di convergenza tecnologica. Cfr. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 143 e ss..

⁴⁷¹ Siffatto principio nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea assume il significato anche di necessario pluralismo degli stessi *media*.

⁴⁷² Invero, la Corte di Strasburgo ha ricondotto la libertà di comunicare e di ricevere comunicazioni, con riguardo ai *media*, all’essenza stessa di una società democratica, trattandosi di una delle condizioni ineludibili per il suo progresso, nonché per lo sviluppo di ogni uomo (CEDU, Handsyde c. Regno Unito, 7 dicembre 1976).

Strasburgo⁴⁷³, nella Carta di Nizza⁴⁷⁴ e nella nostra Carta costituzionale⁴⁷⁵. Ancora, nell'ambito delle comunicazioni

⁴⁷³ Cfr. quanto disposto dall'art. 10 della Convenzione di Strasburgo, intitolato "Libertà di espressione", secondo il quale: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

⁴⁷⁴ L'art. 11 della Carta di Nizza, rubricato "Libertà di espressione e d'informazione", stabilisce che "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

⁴⁷⁵ Rilevano, al riguardo, le prescrizioni recate dagli artt. 15 e 21 Cost.; mentre il primo (consentendo di ritenere che anche alla stregua della nostra Costituzione la libertà di espressione e di comunicazione nei rapporti individuali sia pienamente tutelata) prevede che "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge", il secondo (sembrando incentrato sulla comunicazione a destinatario indifferenziato: cfr. Corte Cost. 21 luglio 1981, 48) prescrive che "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo

risulta essenziale la garanzia della libertà di iniziativa economica e, in particolare, della libertà d'impresa, presidiate dall'ordito normativo nazionale sezionale⁴⁷⁶ attraverso la creazione di un mercato aperto "sia delle reti e sia nelle reti"⁴⁷⁷: il fine - ispirato dal diritto comunitario e perseguito dalla legislazione di settore - è dato dalla coesistenza nel comparto di una pluralità di operatori tra loro pienamente in concorrenza, i quali gestiscono le reti e offrono al pubblico il relativo accesso, e ciò in un contesto di regole e di processi decisionali trasparenti, sì da assicurare al consumatore e all'utente finale⁴⁷⁸ in genere vantaggi più cospicui di quelli che avrebbero potuto trarre nell'ambito di un mercato eterodiretto.

2. L'evoluzione del quadro regolatorio in materia di comunicazioni.

Le comunicazioni elettroniche costituiscono un'attività economica controllata dai pubblici poteri, quantunque la misura di siffatto controllo e, di conseguenza, delle regole di diritto amministrativo inerenti al settore in esame abbia col tempo subito un profondo mutamento.

Occorre altresì precisare che l'attività regolatoria riguardante il comparto delle comunicazioni origina in sede comunitaria, ma è concretamente determinata in ambito nazionale; inoltre, abbisogna di continue revisioni - di cui è ben consapevole anche il legislatore comunitario⁴⁷⁹ - per meglio adattarsi al contesto

d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni".

⁴⁷⁶ In specie nell'art. 4 del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁴⁷⁷ DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4) cit.*, 19.

⁴⁷⁸ La protezione degli utenti è stata identificata non a caso con l'aspetto strategico delle recenti modifiche apportate al codice delle comunicazioni elettroniche; così BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259) cit.*.

⁴⁷⁹ Un processo di revisione periodica è infatti previsto dal precedente quadro regolatorio del 2002, ossia dal pacchetto delle direttive adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 7 marzo 2002, volte a definire una disciplina uniforme per tutte le reti e i servizi di "comunicazioni elettroniche".

economico e tecnologico di riferimento, nonché per correggere i difetti propri del precedente quadro normativo.

Invero, dall'implementazione di un regime monopolistico si è successivamente passati ad un'ampia liberalizzazione⁴⁸⁰. Tuttavia, quest'ultima non ha eliso il legame che avvince il settore in parola alle regole poste dal diritto amministrativo, posto che le comunicazioni elettroniche mantengono il loro *status* di "servizio pubblico" e che i precetti posti dai poteri pubblici conservano la loro rilevanza, avendo soltanto mutato la rispettiva connotazione fisionomica, confluendo nell'ambito della "regolazione"⁴⁸¹.

Difatti, sintetizzando un processo alquanto complesso e per certi versi ancora *in itinere*, mette conto ribadire che la disciplina amministrativa dei servizi pubblici in generale e quella delle comunicazioni in particolare erano significativamente connotate dall'istituto della riserva originaria, contemplando l'erogazione - diretta o indiretta - del servizio, "quasi sempre in regime di monopolio legale e con determinazione autoritativa del corrispettivo dovuto dall'utente (sistema tariffario)"; successivamente, "Lì dove la teoria del monopolio naturale aveva ipotizzato l'attività di un unico soggetto, solitamente statale (nelle varie forme in cui l'attività può essere organizzata: gestione diretta, creazione di ente pubblico, economico e non, impresa in mano pubblica, concessione a imprese private), il diritto comunitario ha creato le condizioni, giuridiche e fattuali, perché una pluralità di imprese fornitrici potesse operare, sostituendo al regime tariffario quello del prezzo (ancorché, talvolta, variamente regolato)"⁴⁸².

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il settore delle telecomunicazioni è stato infatti interessato da un articolato processo di liberalizzazione, ispirato da direttive comunitarie (le cosiddette direttive di "prima generazione") di volta in volta

⁴⁸⁰ CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI, CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 53 e ss., ove si riscontrano ampi riferimenti bibliografici in ottica comparatistica, con riferimento al diritto comunitario, nonché agli ordinamenti statunitense, inglese, francese e spagnolo.

⁴⁸¹ ARGOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2011, 191.

⁴⁸² MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. *Prime riflessioni*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2, 2007, 325.

trasposte in sede nazionale. Tale riforma è stata incentivata dall'evoluzione delle tecnologie che, consentendo la duplicazione delle reti (non più monopolio naturale) e l'offerta di nuovi servizi di telecomunicazione, ha aperto la strada al progressivo allargamento dei mercati nel rispetto dell'interesse generale alla fornitura diffusa e abbordabile dei servizi basilari (il "servizio universale").

Più in particolare, sono stati aboliti i diritti speciali ed esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni (e dunque le leggi di riserva esistenti); si è sostituito il sistema di accesso ai mercati, basato su concessioni, con autorizzazioni non discrezionali; le funzioni di regolazione sono state affidate all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni⁴⁸³, indipendente dagli operatori di settore e preposta anche alla vigilanza sulla fornitura dei servizi essenziali⁴⁸⁴.

Gli interventi menzionati hanno avuto un notevole impatto sulla disciplina giuridica tradizionale, di modo che anche il comparto delle comunicazioni - non più soggetto alla riserva *ex art. 43 Cost.* perché connotato dallo svolgimento di attività d'impresa *ex art. 41 Cost.* - ha contribuito all'incremento della labilità dei confini fra diritto pubblico e diritto privato⁴⁸⁵.

⁴⁸³ L'AGCOM è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249, intitolata appunto "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo". Cfr., *ex multis*, sulla creazione di siffatto Garante, FRENI, *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1999; CHELI, D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento IV, Milano, 2000; AA.VV., *Sistema radiotelevisivo e Autorità per le telecomunicazioni*, in LIPARI, BOCCHINI, STAMMATI (a cura di), *Commentario alla l. 31 luglio 1997, n. 249*, in *I libri de Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2000; BRUNO, NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Milano, 2006, 105 e ss.; PEREZ, *Comunicazioni elettroniche (ad vocem)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da CHITI e GRECO, Milano, 2007, Parte speciale, Tomo II, 783 e ss.; CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni cit.*.

⁴⁸⁴ ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche cit.*, 192.

⁴⁸⁵ Il primo inteso come diritto caratterizzato dall'esercizio di un potere autoritativo che si impone ai suoi destinatari e che può produrre effetti giuridici nella sfera giuridica dei terzi anche indipendentemente dalla loro volontà; il secondo - invece - contraddistinto dal principio di parità e di intangibilità della sfera

Di talché, il modello così implementato mira a che le imprese – sia pubbliche che private – agiscano in un mercato concorrenziale e siano libere di determinare il corrispettivo richiesto per la erogazione del servizio; la competizione fra gli operatori – cui sia garantito l’accesso al mercato - è considerata fondamentale ai fini del miglioramento della qualità dei servizi, dell’abbassamento dei prezzi e della più efficiente allocazione delle risorse.

In tale contesto il mercato dovrebbe autogovernarsi⁴⁸⁶; tuttavia, la particolare natura dell’attività, che coincide con la prestazione di un “servizio di pubblica utilità”⁴⁸⁷, pretende l’adozione di misure di correzione e di garanzia onde salvaguardare gli interessi pubblici involti, quali sono, nel settore in disamina, la salvaguardia dei livelli di qualità e di

giuridica altrui e, quindi, dalla necessità del consenso per costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali; cfr. le generali notazioni sui vari modelli di organizzazione di un’attività economica per la produzione di beni e servizi di GUARINO, *L’impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. Comm.*, I, 1978, 197, nonché le riflessioni autorevoli di CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell’amministrazione*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, I, Milano, 1998, 173 e ss.. Sull’attuale evanescenza dei confini tra diritto pubblico e diritto privato con notazioni specificamente relative al paradigma dello Stato regolatore si segnala il contributo di ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2013, 10515: secondo l’Autore i predetti diritti configurano, oggi, “sistemi di regole tra loro “reciprocamente interscambiabili”, che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse”.

⁴⁸⁶ “In tesi, se l’attività di regolazione dei mercati appare necessaria appunto per creare artificialmente un mercato che non c’è, essa dovrebbe progressivamente attenuarsi fino a restituire il mercato alle sue dinamiche intrinseche, quando un numero sufficiente di attori abbia fatto il suo ingresso sulla scena. Una volta adeguatamente costruito, il mercato dovrebbe governarsi da sé e la regolazione lasciare spazio al diritto comune (inteso, in particolare, come diritto di iniziativa economica, autonomia contrattuale e regole generali a tutela della concorrenza)”: così ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche cit.*, 192.

⁴⁸⁷ Tale è la dizione impiegata dal legislatore nella citata legge 14 novembre 1995, n. 481, recante norme per la concorrenza e avente ad oggetto la istituzione delle Autorità di regolazione e di garanzia dei servizi pubblici.

sicurezza delle reti, dell'universalità, dell'abbordabilità⁴⁸⁸ e dell'effettiva disponibilità di alcuni servizi ritenuti essenziali per tutti i cittadini⁴⁸⁹. Pertanto, l'istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni persegue uno scopo duplice e parimenti importante: da un lato, la creazione e la tutela di un peculiare comparto; dall'altro, la protezione degli interessi pubblici afferenti allo stesso settore⁴⁹⁰.

Più recentemente, l'avvento della tecnologia digitale, mediante cui telefono, televisore e computer vengono supportati da un'unica piattaforma trasmissiva, ha reso possibile la revisione del quadro regolamentare del settore, esitata nel pacchetto delle direttive (di "seconda generazione") adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 7 marzo 2002⁴⁹¹ per delineare una disciplina uniforme per tutte le reti e i servizi di "comunicazioni elettroniche"⁴⁹².

⁴⁸⁸ Sull'universalità e abbordabilità ("affordability") dei servizi cfr. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; ID., *La disciplina del servizio universale*, in CLARICH, CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 277 e ss..

⁴⁸⁹ Cfr. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.

⁴⁹⁰ Trattasi, più in generale, degli obiettivi avuti di mira con la istituzione delle Autorità amministrative indipendenti *ex lege* 14 novembre 1995, n. 481.

⁴⁹¹ Si tratta, nello specifico, delle direttive n. 2002/19/Ce ("direttiva autorizzazioni"), n. 2002/20/Ce ("direttiva accesso"), n. 2002/21/Ce ("direttiva quadro") e n. 2002/22/Ce ("direttiva servizio universale"), sulle quali si segnalano i contributi di SIRAGUSA, CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 515 e ss. e, nello stesso numero della rivista, di RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, 561 e ss.. Completano, inoltre, il quadro normativo complessivo in materia altre due direttive (la "direttiva privacy" e la "direttiva concorrenza"), una decisione (la decisione radio spettro) e due strumenti interpretativi per facilitarne l'applicazione (le linee guida sulle analisi di mercato e la raccomandazione sui mercati rilevanti e relativo *memorandum* esplicativo).

⁴⁹² Da tale convergenza, però, resta esclusa la disciplina dei contenuti. Come è noto, l'assoggettamento ad una disciplina unitaria ("tecnologicamente neutrale") dell'aspetto tecnico dell'attività radiotelevisiva non ha riguardato l'aspetto editoriale, poiché i contenuti televisivi sono stati disciplinati da altre direttive (la direttiva n. 552/89/Cee, modificata dalla direttiva n. 97/36/Ce). Peraltro,

A rendere significativa l'adozione delle suddette direttive concorre la corrispondente previsione di strumentazioni innovative che supportano il raggiungimento degli obiettivi prefissati (concorrenza, funzionamento del mercato interno, tutela dei consumatori; il tutto in maniera omogenea nel contesto comunitario): "In tale direzione, va evidenziata l'introduzione di meccanismi di coordinamento procedimentale e organizzativo di controllo sul settore, e in particolare la procedura composta, alla quale prendono parte la Commissione Europea e le Anr⁴⁹³, di analisi dei mercati. Con tale strumentazione, dal punto di vista regolamentare, si passa da un controllo *ex post* a meccanismi normativamente proceduralizzati di controllo *ex ante*, ossia volti ad impedire o disincentivare determinate condotte prima che i privati le pongano in essere, ma solo in presenza di rischi concorrenziali concreti. Infine, il pacchetto del 2002 riconferma gli istituti dell'autorizzazione generale e del servizio universale"⁴⁹⁴.

La trasposizione di tali direttive a livello nazionale è avvenuta in Italia con il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche".

Tuttavia, solo pochi anni dopo l'entrata in vigore delle direttive del 2002 e a fronte del rapido sviluppo del settore, si è resa necessaria l'adozione di ulteriori direttive (2009/136/Ce e 2009/140/Ce), di un regolamento (Ce n. 1211/2009) e di una ulteriore raccomandazione da parte della Commissione (avente ad oggetto l'accesso alle reti di nuova generazione "Ngn" - *Next Generation Networks*), al dichiarato scopo di affrontare "la persistente mancanza di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche", atteso che "la frammentazione normativa e le discrepanze nelle attività delle varie autorità nazionali di regolamentazione mettono in pericolo non solo la competitività del settore, ma anche i significativi vantaggi che

anche nell'ambito della disciplina comunitaria relativa ai mezzi si riscontrano importanti deroghe e modifiche per la radiotelevisione (come, ad esempio, nel caso della assegnazione delle frequenze); ne dà atto ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche cit.*, 192.

⁴⁹³ Trattasi dell'acronimo volto a identificare le Autorità nazionali di regolamentazione e impiegato solitamente nelle direttive comunitarie.

⁴⁹⁴ ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche cit.*, 193.

la concorrenza transnazionale può apportare ai consumatori”⁴⁹⁵.

Il recepimento delle direttive appena citate è avvenuto con l’entrata in vigore del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, appunto rubricato “Modifiche al decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche in attuazione delle direttive 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata”. Tale intervento normativo ha apportato *nova* numerosi e rilevanti al quadro nazionale in materia di comunicazioni elettroniche, recentemente così sunteggiati dal Presidente dell’Autorità garante del settore: “Se dovessi riassumere in poche battute il senso di quelle novità direi: rafforzamento del mercato interno dei 27 Paesi dell’Unione in un contesto di regole più favorevoli alla promozione degli investimenti, della competitività e dell’innovazione (ad esempio nei termini di semplificazione all’accesso ad antenne, torri, cavidotti); promozione di una gestione efficiente, flessibile e coordinata dello spettro radio (si pensi all’introduzione del fondamentale principio di neutralità tecnologica e dei servizi); potenziamento dei diritti degli utenti⁴⁹⁶ in particolare con riferimento alla trasparenza nei rapporti con i fornitori di servizi (carta dei servizi, condizioni contrattuali, gestione dei reclami e contenzioso); rafforzamento delle misure di protezione dei dati personali, nonché di sicurezza e riservatezza delle comunicazioni; maggiori garanzie per i diritti dei disabili nell’accesso ai servizi; potenziamento degli obblighi di comunicazione e informazione in capo agli operatori, nei riguardi dell’Autorità, allo scopo di renderne più efficace l’azione di monitoraggio dei mercati in funzione pro concorrenziale”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Così il considerando n. 2 della direttiva 2009/140/Ce.

⁴⁹⁶ Con riferimento al decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, è stato invero affermato che “Uno degli aspetti salienti, oltre ai cambiamenti introdotti in tema di servizio universale e autorità regolatorie (loro poteri e raccordo con le nuove autorità istituite a livello europeo), è l’attenzione verso la protezione dell’utente, nei suoi rapporti contrattuali con gli operatori professionali con specifico riferimento ai contratti per la fruizione di servizi di comunicazione elettronica”; così BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259) cit.*

⁴⁹⁷ CARDANI, *Presentazione*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, I, 9.

Del resto, che la riferita normativa sia particolarmente importante emerge, altresì, dal suo intervento sui “principi generali” in materia di comunicazioni e, segnatamente, dalla riforma dell’art. 3 del codice delle comunicazioni elettroniche⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ L’art. 2 del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, così dispone: “All’articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, dopo le parole: “nel settore delle comunicazioni elettroniche.” sono aggiunte, in fine, le seguenti: “I provvedimenti riguardanti l’accesso o l’uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto dell’Unione europea. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l’accesso o l’uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione deve essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto dell’Unione europea, inclusi un’efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti sono adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d’innocenza e del diritto alla protezione dei dati personali. Deve essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, che fra l’altro assicuri il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Deve essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo.”. È rimasto invece immutato l’art. 4 (“Obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione elettronica”), secondo cui: “La disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica è volta a salvaguardare, nel rispetto del principio della libera circolazione delle persone e delle cose, i diritti costituzionalmente garantiti di: a) libertà di comunicazione; b) segretezza delle comunicazioni, anche attraverso il mantenimento dell’integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica; c) libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. A garanzia dei diritti di cui al comma 1, gli obblighi per le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica, disposti dal Codice, sono imposti secondo principi di trasparenza, non distorsione della concorrenza, non discriminazione e proporzionalità. La

che, a seguito del recente innesto normativo, porta il legislatore italiano – per la prima volta – a conferire rilievo preminente ai principi contenuti nelle convenzioni internazionali e, solo in un secondo momento, a quelli recati dalla nostra Carta fondamentale: gli operatori del diritto, dunque, nell’interpretare e applicare le norme contenute nel codice delle comunicazioni elettroniche, dovranno osservare le nuove coordinate disegnate dalla legge che, al riguardo, pone al centro dell’ordinamento (non più la Costituzione, ma) *in primis* la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, poi i principi generali del diritto dell’Unione Europea e, (solamente) da ultima, la Carta costituzionale. In tal modo, peraltro, “la priorità assegnata alle fonti di carattere internazionale si traduce, nei fatti, in una priorità assegnata alle Corti che sono chiamate ad interpretare

disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica è volta altresì a: a) promuovere la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la partecipazione ad essi dei soggetti interessati, attraverso l’adozione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti nei confronti delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; b) garantire la trasparenza, pubblicità e tempestività delle procedure per la concessione dei diritti di passaggio e di installazione delle reti di comunicazione elettronica sulle proprietà pubbliche e private; c) garantire l’osservanza degli obblighi derivanti dal regime di autorizzazione generale per l’offerta al pubblico di reti e servizi di comunicazione elettronica; d) garantire la fornitura del servizio universale, limitando gli effetti distorsivi della concorrenza; e) promuovere lo sviluppo in regime di concorrenza delle reti e servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi quelli a larga banda e la loro diffusione sul territorio nazionale, dando impulso alla coesione sociale ed economica anche a livello locale; f) garantire in modo flessibile l’accesso e l’interconnessione per le reti di comunicazione elettronica a larga banda, avendo riguardo alle singole tipologie di servizio, in modo da assicurare concorrenza sostenibile, innovazione e vantaggi per i consumatori; g) garantire la convergenza, la interoperabilità tra reti e servizi di comunicazione elettronica e l’utilizzo di standard aperti; h) garantire il rispetto del principio di neutralità tecnologica, inteso come non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell’uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata. La disciplina della fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica tiene conto delle norme e misure tecniche approvate in sede comunitaria, nonché dei piani e raccomandazioni approvati da organismi internazionali cui l’Italia aderisce in virtù di convenzioni e trattati”.

ed applicare quelle fonti. Il che segna l'attribuzione di un ruolo determinante alla Corte di Strasburgo ed alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea"⁴⁹⁹.

Alla richiamata disciplina delle fonti *supra* mentovate occorre aggiungere una vasta mole di disposizioni di carattere regolamentare, adottate a più riprese – anche e soprattutto in attuazione di previsioni normative sovraordinate – dal Garante delle Comunicazioni, nonché la serie di provvedimenti a contenuto singolare e concreto elaborati dalla medesima *Authority* nella sua veste di Regolatore anche *de facto*, ossia quale “giudice” delle controversie tra gli attori del settore⁵⁰⁰.

2.1. Segue: sulla regolazione *ex ante* del comparto delle comunicazioni.

Da quanto appena evidenziato traspare come nel nostro Paese AGCOM sia tra le principali protagoniste dell'esercizio della funzione regolatoria nel settore delle comunicazioni; tuttavia, siffatto ruolo è ricoperto dal Garante unitamente ad altri importanti attori istituzionali, con i quali è chiamato a cooperare. Invero, tanto emerge anzitutto dalle prescrizioni di cui all'art. 7 e all'art. 8 del codice delle comunicazioni elettroniche, rispettivamente intitolati a “Ministero [dello sviluppo economico]⁵⁰¹ e Autorità” e, appunto alla doverosa “Cooperazione tra il Ministero, l'Autorità e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, oltre che dalle disposizioni in tema di interazione reciproca e con i competenti organismi comunitari, nonché con le forze del mercato di cui agli articoli 10 (“Comunicazione di informazioni”), 11 (“Meccanismo di consultazione e di trasparenza”), 12 (“Consolidamento del

⁴⁹⁹ Così DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4) cit.*, 12 e 13, ove l'Autore rimarca come probabilmente il legislatore del nuovo codice abbia dovuto fare i conti con il fatto che proprio il sistema delle comunicazioni elettroniche costituisce dei fattori determinanti della cosiddetta globalizzazione, ciò che importa la necessità di attenzionare maggiormente quelle fonti che – per il loro carattere di internazionalità – sembrano più adeguate ad avere una visione globale dei problemi e delle corrispondenti soluzioni.

⁵⁰⁰ DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti cit.*, 60.

⁵⁰¹ Ogniqualvolta il codice delle comunicazioni elettroniche si riferisce al “Ministero” trattasi del Ministero dello sviluppo economico, come chiarito dall'art. 1, comma primo, lett. r) del medesimo codice.

mercato interno per le comunicazioni elettroniche”) e 12-bis (“Procedura per la coerente applicazione delle misure correttive”) dello stesso codice.

Le richiamate prescrizioni attuano le direttive europee che formano il quadro normativo comune delle telecomunicazioni (ossia il cosiddetto *framework* europeo) e che hanno definito il rapporto tra funzioni di tutela della concorrenza e regolamentazione *ex ante*, affidando la funzione regolatoria alle Autorità nazionali di regolamentazione; in questo ambito assume rilievo particolare quanto previsto dagli articoli 3, 7 e 8 della direttiva 2002/21/CE, emendata nel 2009, che regolamentano il ruolo e le funzioni delle *Authorities* nazionali, nonché i loro rapporti con la Commissione europea e il BEREC, secondo il modello dell’Amministrazione integrata o “mista”⁵⁰².

In dettaglio, l’art. 7 menzionato indica l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni come “autorità nazionale di regolamentazione”⁵⁰³ e il Ministero quale Amministrazione competente per l’esercizio di funzioni specifiche, sul punto ingenerando perplessità poiché la legge sembra ripartire le stesse funzioni regolatorie fra il Garante e l’ente ministeriale, ponendo problemi circa la precisa identificazione dell’organismo effettivamente preposto all’esercizio della funzione di regolazione; l’art. 8 suddetto delinea un complesso sistema di meccanismi di raccordo istituzionale che avvince le Autorità nazionali - ossia AGCOM, AGCM e Ministero -, la Commissione europea e il BEREC, tuttavia dando luogo a questioni di coordinamento emerse nella prassi dei rapporti tra Garante delle Comunicazioni e Autorità *antitrust*, come reso palese dall’emanazione delle diverse pronunce con cui il Massimo Consesso della Giustizia Amministrativa, in tema di pratiche commerciali scorrette, si è schierato a favore della competenza di AGCOM e ciò in applicazione del criterio di specialità (per cui la *lex specialis derogat legi generali*)⁵⁰⁴: il Garante delle Comunicazioni “indossa” la duplice veste di chi concorre *ex ante* a creare le regole finalizzate a conformare le condotte degli operatori e di chi ne valuta *ex post* il rispetto, allo scopo di fornire un adeguato livello di tutela ai fruitori di servizi di

⁵⁰² MARINIELLO, VOLPI, *Soggetti, funzioni e procedure di regolazione (Articoli 7, 8, 10 - 12)*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, 52.

⁵⁰³ Art. 2, comma primo, lett. f), del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁵⁰⁴ Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, sentenze nn. 11 - 16, in *www.iusexplorer.it*.

comunicazione elettronica; tali soggetti, infatti, sono salvaguardati dalla vigenza di regole primarie e secondarie forgiate dalla medesima AGCOM, regole che - secondo il Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria - dettano una disciplina talmente esaustiva di protezione della genuinità delle scelte commerciali dei consumatori da mettere "fuori gioco" le norme sulle pratiche commerciali scorrette contenute nella legge a presidio della concorrenza⁵⁰⁵. Tuttavia, le ricordate statuizioni dei Giudici amministrativi sono state successivamente smentite dall'entrata in vigore del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, in virtù del quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato "riconquista la piena competenza ad occuparsi di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati"⁵⁰⁶.

Nonostante i descritti problemi di riparto delle competenze attinenti all'esercizio della funzione di regolazione nel comparto delle comunicazioni, non è dubbio che ad AGCOM spettino in materia poteri alquanto significativi, tra i quali spiccano quelli relativi all'individuazione dei mercati rilevanti e degli operatori in essi dominanti, siccome previsti in capo all'Autorità di settore dagli artt. 17-19 del codice delle comunicazioni elettroniche⁵⁰⁷. Invero, l'identificazione dei mercati rilevanti nel settore delle comunicazioni elettroniche avviene a livello centrale, ad opera del legislatore dell'Unione

⁵⁰⁵ PARDOLESI, PALMIERI, *Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, nn. 14 e 13), in *Foro it.*, III, 2012, 493 - 496.

⁵⁰⁶ ARGENTATI, *Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il public enforcement?*, in *www.dimt.it*.

⁵⁰⁷ L'art. 17 è dedicato alle "Imprese che dispongono di un significativo potere di mercato" il cui accertamento è demandato all'Autorità (ai sensi del primo comma dello stesso articolo); l'art. 18 concerne la "Procedura per la definizione dei mercati" rilevanti, che l'*Authority* è chiamata ad espletare "tenendo in massima considerazione le Raccomandazioni relative ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche" e osservando i "principi del diritto della concorrenza" e "le caratteristiche e della struttura del mercato nazionale delle comunicazioni elettroniche", potendo altresì "definire mercati diversi da quelli individuati nelle raccomandazioni"; l'art. 19 riguarda la "Procedura per l'analisi del mercato", che AGCOM "effettua, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, [...] tenendo in massima considerazione le linee direttrici" (art. 19, comma primo).

Europea⁵⁰⁸, in modo da enucleare i mercati presuntivamente non concorrenziali e, dunque, da sottoporre alla regolazione *ex ante* per prevenire eventuali abusi di dominanza, essenzialmente derivanti dall'importanza essenziale dell'infrastruttura dell'operatore *incumbent* per la erogazione di servizi e prodotti di comunicazione elettronica inclusi nei mercati di riferimento; altra finalità perseguita dalla individuazione dei mercati rilevanti ad opera del legislatore europeo consiste nell'armonizzazione della regolazione *ex ante* degli Stati membri, cui per vero viene lasciata – attraverso le analisi di mercato effettuate dai Regolatori interni tra cui, in Italia, AGCOM – una certa autonomia per identificare mercati nazionali differenti da quelli individuati a livello sopranazionale ovvero per tener conto delle peculiarità connotanti i mercati enucleati *ope legis*⁵⁰⁹.

3. L'incisione dell'autonomia contrattuale ad opera di AGCOM.

Si è detto della duplice veste regolatoria “indossata” da AGCOM, sia quale *Authority* preposta alla emanazione di atti normativi afferenti al settore presidiato, sia quale Ente compositore delle liti insorgenti nel comparto.

⁵⁰⁸ Cfr. la raccomandazione 2003/311/CE della Commissione europea dell'11 febbraio 2003 sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nell'ambito del nuovo Quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche, relativamente all'applicazione di misure *ex ante* secondo quanto previsto dalla direttiva 2002/21/CE dell'11 febbraio 2003. Tale raccomandazione, che prevedeva diciotto mercati rilevanti soggetti a regolazione, è stata seguita da quella n. 879 del 17 dicembre 2007, che ha ridotto a sette i predetti mercati. Quest'ultima è stata a sua volta seguita dalla raccomandazione n. 710 del 9 ottobre 2014, che ha identificato quattro mercati rilevanti (“Fornitura all'ingrosso del servizio di terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa”; “Fornitura all'ingrosso del servizio di terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili”; “Accesso locale all'ingrosso in postazione fissa” e “Accesso centrale all'ingrosso in postazione fissa per i prodotti di largo consumo”; “Accesso all'ingrosso di alta qualità in postazione fissa”), reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁵⁰⁹ Cfr. MARCANTONIO, LUPI, *Analisi di mercato, dominanza e regolazione ex ante* (Articoli 17 - 19), in *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, 103.

Nello svolgimento dell'attività di regolazione attraverso provvedimenti all'uopo dedicati, il Garante per le Comunicazioni pure incide significativamente sull'autonomia contrattuale spettante ai consociati.

Invero, come già evidenziato⁵¹⁰, l'autonomia di contrarre ha modo di esplicarsi sotto plurimi profili, quali sono la libertà di concludere o meno il contratto, la libertà di fissarne il contenuto (*ex art. 1322, comma primo, c.c.*), la libertà di scegliere la persona del contraente, la libertà di dar vita a contratti atipici (*ex art. 1322, comma secondo, c.c.*)⁵¹¹. Ebbene, Agcom, mediante l'esplicazione della *potestas* regolamentare che le è propria, è capace di incidere sull'autonomia contrattuale di quanti operano nel comparto delle comunicazioni e, in modo particolare, dei gestori, i quali, nella contrattazione tra loro e fra loro e i consumatori, non sono del tutto liberi, e ciò nell'*an*, nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quando* del contratto.

Le ripercussioni sulla sfera di autonomia contrattuale riconosciuta ai consociati quanto all'*an* della contrattazione, oltre che con riferimento alla scelta dell'altro paciscente, risultano lapalissiane dalla considerazione della disciplina in tema di servizio universale⁵¹², definito dalla legislazione

⁵¹⁰ Cfr. il paragrafo n. 2.2. del capitolo I.

⁵¹¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato cit.*, 782.

⁵¹² La definizione di "servizio universale" risale alla storia giuridica dei Paesi di *common law* (cfr. CARTEI, *La disciplina del servizio universale cit.*, 277) ove tale nozione s'identifica con quella di "business affected with a public interest", cioè un'offerta di servizio caratterizzata da taluni doveri fondamentali, ossia il dovere di servire tutti gli utenti e di fornire un servizio adeguato ad una tariffa ragionevole e senza inique differenziazioni [PONTANI, voce *Unbundling (la separazione economica-giudiziaria nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012, 736 e ss.]. Generalmente, il servizio universale viene distinto dai servizi pubblici tradizionali, sia con riferimento al contesto in cui trova origine, sia con riguardo al contenuto: quanto al primo aspetto, il servizio universale ammette ma non coincide con una gestione in regime di riserva; per ciò che concerne il contenuto, il servizio universale - diversamente dai servizi pubblici tradizionali - deve offrirsi a tariffe accessibili, quantunque non remunerative, e deve offrirsi a chiunque ne faccia richiesta, a prescindere dalla sua collocazione geografica (CARTEI, *Il servizio universale cit.*, 283). Tuttavia, servizio universale e servizi pubblici condividono la propensione ad assicurare la fruizione generalizzata di beni e/o servizi da parte dei cittadini previo pagamento di equi corrispettivi [LIBERTINI, *Che cosa*

settoriale come “un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile”⁵¹³.

Invero, l’art. 53, comma primo, del codice delle comunicazioni elettroniche prevede che “sul territorio nazionale i servizi elencati nel presente Capo sono messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall’ubicazione geografica dei medesimi”; nel successivo comma secondo è sancita la garanzia della “fornitura del servizio universale ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità”. Si tratta, come è evidente, di una disposizione di democrazia della comunicazione, finalizzata, in pratica, a evitare che utenti ubicati in aree del territorio nazionale meno redditizie in termini di investimenti commerciali per gli operatori rimangano privi della possibilità di utilizzare almeno un *set* minimo di servizi di comunicazioni elettroniche.

Di talché, la normativa riferita individua nella nozione di universalità il diritto degli utenti alla fruizione di un insieme minimo di servizi di comunicazione elettronica, non limitata dalla collocazione geografica del consumatore, di qualità soddisfacente, ad un prezzo equo e, quindi, non discriminante; del resto, che il diritto al servizio universale sia di centrale importanza si evince anche dalla collocazione topografica della corrispondente disciplina, che costituisce la prima Sezione del Capo IV del Titolo II del codice in materia di comunicazioni, dedicato specificamente ai diritti degli utenti riguardo alle reti e ai servizi di comunicazione elettronica⁵¹⁴.

In dettaglio, le norme di legge dedicate alle prestazioni del servizio universale concernono la “Fornitura dell’accesso agli utenti finali da una postazione fissa e fornitura di servizi

resta del servizio universale, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, 117] oltre che la storicità delle relative nozioni, posto che ciò che in passato poteva considerarsi un bene “superfluo” col tempo può divenire un bene essenziale da garantire alla comunità [CLARICH, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, 21].

⁵¹³ *Ex art. 1, comma 1, lett. LL*), del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁵¹⁴ BALDI, COZZOLINO, *La disciplina del servizio universale (Articoli 53 – 65)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, 187.

telefonici” (art. 54), l’“Elenco abbonati e servizi di consultazione” (art. 55), i “Telefoni pubblici a pagamento e altri punti di accesso pubblico alla telefonia vocale” (art. 56), le “Misure destinate agli utenti finali disabili” (art. 57). Il Garante è legittimato a intervenire su ognuna di queste prestazioni.

La società Telecom Italia S.p.A. è attualmente l'impresa incaricata di garantire la fornitura del servizio universale su tutto il territorio nazionale e per tutte le prestazioni richieste. L'Autorità, comunque, può designare più imprese o gruppi di imprese per fornire i diversi elementi del servizio universale o per coprire differenti parti del territorio nazionale (art. 58).

Qualora l'Autorità ritenga che l'espletamento del servizio universale possa comportare un onere ingiustificato per le imprese designate a fornire tale servizio, è previsto il calcolo dei costi netti di tale fornitura (art. 62). Tali costi sono ripartiti fra i fornitori di reti e servizi di comunicazioni elettroniche nel territorio nazionale, attraverso criteri che rispettino i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità (art. 63).

Quanto ai diritti degli utenti - oggetto della Sezione terza del predetto Capo - è previsto che i consumatori, qualora si abbonino a servizi che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono detti servizi (art. 70, comma primo). Siffatti regolamenti d'interesse, come i contratti stipulati tra consumatori e fornitori di servizi di comunicazione elettronica diversi dai fornitori di connessione o accesso alla rete telefonica pubblica (art. 70, comma terzo), debbono recare un contenuto minimo, stabilito dallo stesso legislatore (al primo comma dell'art. 70); su tanto vigila l'Autorità, cui è altresì conferito il potere di estendere gli obblighi contenutistici predetti (art. 70, commi secondo e terzo) affinché sussistano anche nei confronti di altri utenti finali, e ciò a riprova della capacità dello stesso Garante di incidere sull'autonomia contrattuale dei consociati⁵¹⁵.

⁵¹⁵ L'Autorità provvede inoltre alla definizione, su base annuale, di specifici obiettivi di qualità del servizio (art. 61), nelle aree di *delivery*, *assurance* (manutenzione preventiva e correttiva), fatturazione, assistenza clienti e telefonia pubblica; l'Autorità vigila sul raggiungimento di tali obiettivi da parte dell'impresa incaricata della fornitura del servizio universale (potendo anche adottare misure specifiche di intervento ove mai gli obiettivi stessi non fossero

Ma l'eteroregolazione del contratto ad opera dell'*Authority* competente per il comparto delle comunicazioni presenta ulteriori profili di interesse.

Quanto all'incidenza sul *quid* del contratto, infatti, si pensi all'obbligo di accesso e di interconnessione⁵¹⁶ che AGCOM impone agli operatori con significativo potere di mercato nei confronti degli operatori cosiddetti alternativi: l'art. 45 del codice delle comunicazioni elettroniche, rubricato "Imposizione, modifica o revoca degli obblighi", al primo comma prevede che "Qualora, in esito all'analisi del mercato realizzata a norma dell'articolo 19, un'impresa sia designata come detentrica di un significativo potere di mercato in un mercato specifico, l'Autorità impone, in funzione delle circostanze, gli obblighi previsti agli articoli 46, 47, 48, 49 e 50", ossia i doveri di trasparenza, non discriminazione e separazione contabile, nonché peculiari "Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete" e "in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi". Peraltro, "fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 45" il Garante in siffatto ambito risulta titolare di ulteriori poteri incidenti sull'autonomia contrattuale, come quello di imporre agli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali obblighi di interconnessione delle rispettive reti (art. 42, comma secondo); inoltre, "Ove giustificato, l'Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. In questi casi l'Autorità agisce al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24" (art. 42, comma quinto), potendo

raggiunti), assicurando, inoltre, che vi sia la massima trasparenza delle relative informazioni per gli utenti.

⁵¹⁶ I concetti di accesso ed interconnessione [...] sono strettamente legati alla dottrina delle *essential facility* del diritto della concorrenza. La natura di *essential facility* per un'infrastruttura deriva dall'essere un fattore produttivo essenziale, ossia un *input* necessario per la fornitura di servizi ai clienti finali, la cui duplicazione non è economicamente efficiente, in quanto comporta costi totali di fornitura a livello d'industria superiori a quelli minimi possibili, come nel caso del monopolio naturale"; così IOLLI, CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40 - 52)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, 149.

dunque gravare gli operatori di obblighi generici e di portata generale⁵¹⁷.

L'eteroregolazione del contratto da parte del Garante delle Comunicazioni può inoltre investire il *quomodo* e il *quando* della stipula di un regolamento di interessi: paradigmatiche di tale incidenza sono le delibere emanate dall'*Authority* in relazione alla qualità dei servizi di comunicazione. Difatti - nel rispetto della Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 ("Principi sull'erogazione dei servizi pubblici")⁵¹⁸, della legge 14 novembre 1995, n. 481 ("Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità")⁵¹⁹, della legge 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione

⁵¹⁷ Nell'esercizio di tale potere AGCOM ha adottato la delibera n. 538/13/CONS, che stabilisce l'imposizione di obblighi simmetrici - che prescindono dal significativo potere di mercato - di accesso al segmento di terminazione in fibra (da identificarsi con "la tratta in fibra ottica che collega l'interno dell'abitazione dell'utente al primo punto di distribuzione/concentrazione; tale segmento comprende il cablaggio verticale all'interno dell'edificio e - eventualmente - il cablaggio orizzontale fino a un punto ubicato nel seminterrato dell'edificio o in un pozzetto in prossimità dello stesso") e alla tratta di adduzione (da intendersi come "quella porzione di infrastruttura di posa che ospita i cavi di raccordo tra il primo pozzetto ed il punto ove comincia il cablaggio verticale"), identificati come colli di bottiglia per lo sviluppo di reti a banda larga, risultando la loro duplicazione economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile; cfr. IOLLI, CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40 - 52) cit.*, 155.

⁵¹⁸ La quale definisce e fissa i principi generali cui deve attenersi la fornitura dei servizi pubblici "volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione ... e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas."

⁵¹⁹ La quale istituisce le Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni, cui compete, tra l'altro (art. 2, dodicesimo comma, lett. h e p): emanare direttive relativamente alla produzione e all'erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente; controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adottati, in base alla D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici, una carta dei servizi con indicazione di standard dei singoli servizi; verificare il rispetto di tali standard.

dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo")⁵²⁰, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259⁵²¹ - AGCOM ha adottato diverse delibere capaci di conformare la concreta esplicitazione dell'autonomia contrattuale riconosciuta ai consociati⁵²².

⁵²⁰ La quale conferma la competenza dell'Autorità in materia di emanazione di "direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività" (art. 1, comma sesto, lett. b, numero 2).

⁵²¹ Recante il Codice delle comunicazioni elettroniche che prevede, tra l'altro, che l'Autorità possa imporre alle imprese di fornire informazioni al fine di "pubblicare prospetti comparativi sulla qualità e sui prezzi dei servizi a vantaggio dei consumatori" (art. 33, co. 1, lett. d). In particolare: per le imprese designate alla fornitura del servizio universale (art. 61, co. 3,4 e 5): 3. L'Autorità specifica, con appositi provvedimenti, contenuto, forma e modalità di pubblicazione delle informazioni, in modo da garantire che gli utenti finali e i consumatori abbiano accesso a informazioni complete, comparabili e di facile impiego. 4. L'Autorità fissa obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate ad obblighi di servizio universale almeno ai sensi dell'art 54. ... 5. L'Autorità controlla il rispetto degli obiettivi qualitativi da parte delle imprese designate". Alle imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica (art. 72, co. 1 e 2): 1. L'Autorità [...] può prescrivere di pubblicare, a uso degli utenti finali, informazioni comparabili, adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti. 2. L'Autorità precisa, tra l'altro, i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e le modalità della pubblicazione, per garantire che gli utenti finali abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione, anche utilizzando i parametri, le definizioni e i metodi di misura indicati nell'allegato n. 6".

⁵²² Cfr. esemplificativamente: la Delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003 recante Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249; la Delibera n. 254/04/CSP del 10 novembre 2004 recante Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di telefonia vocale fissa ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249; la Delibera n. 278/04/CSP del 10 dicembre 2004 recante Approvazione della direttiva in materia di carte dei servizi e qualità dei servizi di televisione a pagamento, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249; la Delibera n. 104/05/CSP del 14 luglio 2005 recante Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei

3.1. Segue: la particolare incisione dell'autonomia privata in riferimento alle condizioni di contratto.

Alla luce delle riflessioni *supra* esposte emerge come il Garante delle Comunicazioni abbia un potere penetrante sull'autonomia contrattuale.

Un ambito nel quale il citato potere ritrova peculiare esplicazione è quello relativo alle condizioni di contratto rispetto alle quali l'AGCOM è invero titolare del potere/dovere di richiedere al gestore - in ogni tempo - la modifica di quelle che risultino contrarie alla normativa vigente afferente al comparto, di carattere sia primario che regolamentare.

In particolare, occorre sottolineare che il potere dell'Autorità di modifica delle condizioni contrattuali illegittime/illecite può essere esercitato sia nell'ambito delle funzioni regolatorie, sia all'esito di un procedimento semi-contenzioso.

Infatti, nonostante l'intervenuta abrogazione⁵²³ dell'art. 24, comma secondo, del d.P.R. 11 gennaio 2001, n. 77 (il quale attribuiva *expressis verbis* all'Autorità il potere di richiedere agli operatori la modifica delle condizioni dei contratti)⁵²⁴, si ritiene

servizi di comunicazioni mobili e personali, offerti al pubblico su reti radiomobili terrestri di comunicazione elettronica, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249; la Delibera n. 131/06/CSP del 12 luglio 2006 recante Approvazione della direttiva in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249; la Delibera n. 244/08/CSP del 12 novembre 2008 recante Ulteriori disposizioni in materia di qualità e carte dei servizi di accesso a internet da postazione fissa ad integrazione della delibera n. 131/06/CSP - Testo integrato con modifiche e integrazioni approvate con delibera n. 400/10/CONS; la Delibera n. 79/09/CSP del 14 maggio 2009 recante Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (call center) nel settore delle comunicazioni elettroniche.

⁵²³ Ad opera dell'art. 218, comma terzo, lettera hh), del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁵²⁴ La norma in esame statuiva espressamente che "L'Autorità ha la facoltà, di propria iniziativa o su richiesta di un'organizzazione che difende gli interessi degli utenti o dei consumatori, di richiedere modifiche delle condizioni contrattuali di cui al comma 1 e delle condizioni dei regimi di compensazione e di rimborso applicati, al fine di garantire la tutela dei diritti degli utenti e degli abbonati secondo le disposizioni del presente regolamento".

che il suddetto potere ancora sia di pertinenza del Garante in ragione di quanto disposto dalla legge istitutiva 14 novembre 1995, n. 481, e, segnatamente, dal suo art. 2, dodicesimo comma⁵²⁵.

Come è stato efficacemente osservato in dottrina, la normativa in argomento ha delineato in capo all'*Authority* un potere d'intervento sulla regolamentazione convenzionale particolarmente incisivo⁵²⁶: "L'Autorità [...] opera direttamente sul contenuto del rapporto contrattuale, determinando in modo eteronomo le condizioni di erogazione del servizio, fino ad oggi soggette al regime privatistico: si configura, in tal modo, un meccanismo unilaterale di inserzione automatica di clausole contrattuali"⁵²⁷.

A sua volta, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che il contenuto precipuo della norma consente alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di adottare "previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte,

⁵²⁵ In particolare, le lettere d), g) ed m) dell'art. 2, dodicesimo comma, della legge 14 novembre 1995, n. 481, contemplano, rispettivamente, il potere dell'Autorità di "proporre la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi", di controllare lo svolgimento dei servizi (attribuendo, a tal fine, i più ampi poteri di ispezione, accesso, acquisizione degli atti), e di modificare il regolamento di servizio: e in nessuna delle disposizioni in argomento è specificato l'ambito, regolamentare o semi-contenzioso, nel quale si colloca l'esercizio di tale potere. Infine, alla lettera h), il citato art. 2, comma 12, contempla il compito dell'Autorità di emanare "le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37", laddove, ai sensi del comma 37: "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".

⁵²⁶ Cfr., sul punto, NAPOLITANO, *sub Articolo 2, comma 12, lettere a, b, c, d, g*, in AA. VV., *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 1998.

⁵²⁷ COZZOLI, *sub Articolo 2, comma 12, lettera h)*, in AA. VV., *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481 cit.*

anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative"⁵²⁸.

Quanto osservato trova preciso riscontro nella disciplina più recente: l'art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche non solo stabilisce che l'Autorità vigila e controlla sul rispetto delle disposizioni sui contratti, ma soprattutto richiama "l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori", presidiate da poteri di vigilanza e sanzionatori parimenti intestati, ai sensi dell'art. 98, sedicesimo comma, per lo specifico ambito delle comunicazioni elettroniche, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Si può ritenere, dunque, che sia la legge 14 novembre 1995, n. 481, sia il codice delle comunicazioni elettroniche - orientati alla promozione della concorrenza e dell'efficienza dei servizi di pubblica utilità, ma anche alla tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori - riconoscano all'Autorità il potere di intervenire integrando e modificando il contenuto dei rapporti obbligatori individuali, e ciò tanto a seguito di reclami e segnalazioni provenienti da consumatori singoli o associati, quanto in sede di risoluzione di singole controversie.

3.2. Segue: la peculiare incisione dell'autonomia contrattuale attraverso la declaratoria di illegittimità delle clausole vessatorie.

L'incidenza dell'esercizio dei poteri spettanti al Garante delle Comunicazioni sull'autonomia privata si apprezza anche in relazione alla sua *potestas* di dichiarare illegittime le clausole vessatorie.

Il predetto potere, per vero, è tradizionalmente riservato al vaglio del Giudice civile⁵²⁹ e, recentemente, è stato demandato dall'art. 37-*bis* del codice del consumo - ai soli fini di cui ai commi recato dalla medesima prescrizione - all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; tuttavia, il riferimento alle menzionate autorità giurisdizionale e amministrativa, quali soggetti competenti a valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali, non esclude - alla luce del complessivo contesto

⁵²⁸ Cons. St., Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Cons. Stato*, 2003, 2287.

⁵²⁹ Riferimento contenuto nelle norme di cui agli artt. 1469-*bis* e ss. del codice civile, successivamente trasfuse negli artt. 33 e ss. del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

normativo e regolamentare⁵³⁰ - la possibilità di riconoscere anche in capo ad AGCOM ampi poteri di controllo sulle clausole dei contratti stipulati con i consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche, da esercitarsi sia *ex ante*, sul piano regolamentare, che *ex post*, nell'ambito della risoluzione di specifiche controversie.

Com'è noto, la singola clausola abusiva è affetta dalla patologia più grave, la nullità - ancorché relativa⁵³¹ -, che priva in radice il precetto negoziale dell'attitudine a produrre effetti giuridici⁵³²: sicché la sua condizione giuridica non può non essere rilevata (specialmente in presenza di una conforme richiesta del soggetto da tutelare), oltre che dal Giudice, da ogni altro organo chiamato a conoscere della pattuizione.

A tale riguardo deve rilevarsi, anzitutto, che la disciplina dei procedimenti volti alla risoluzione delle controversie tra operatori e utenti è affidata, per effetto di un'espressa scelta legislativa, a disposizioni di rango speciale, nel cui ambito non è dato cogliere limitazioni di sorta all'intervento in funzione giustiziale dell'Autorità.

I poteri riconosciuti all'AGCOM in sede di risoluzione delle controversie tra operatori e utenti sono, infatti, particolarmente ampi, com'è fatto palese dalla piana lettura dell'art. 1, undicesimo comma, della legge 31 luglio 1997, n. 249 che, all'uopo, si riferisce a tutte le "controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze"⁵³³.

⁵³⁰ Come meglio *infra*.

⁵³¹ Ciò ai sensi della norma di cui all'art. 36, comma primo, del codice del consumo.

⁵³² Nella già citata pronuncia n. 26242, resa dalla Sezioni Unite della Corte Suprema il 12 dicembre 2014, è stato invero efficacemente chiarito come "la vera *ratio* della rilevabilità officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (che, altrimenti, l'art. 1421 c.c. sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, come avviene nell'ordinamento francese *ex art. 423 NCPC*), ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici".

⁵³³ La legge menzionata, all'articolo e al comma surriferiti, stabilisce che "Le competenze dell'Autorità sono così individuate: a) la commissione per le infrastrutture e le reti esercita le seguenti funzioni:

Le attribuzioni assegnate all'Autorità dal legislatore del 1997 sono state in seguito coerentemente consolidate ad opera delle norme attualmente vigenti in ambito comunitario e nazionale: sia l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 (cosiddetta direttiva servizio universale), sia l'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche individuano - in via del tutto ampia e generale - le controversie che possono costituire oggetto delle procedure stragiudiziali di risoluzione.

Lo stesso codice del consumo, poi, proprio in riferimento ai rapporti tra consumatore e professionista, nel mentre agevola il ricorso a forme di composizione extragiudiziale delle controversie⁵³⁴, non esclude affatto dal possibile e relativo ambito cognitivo la materia del giudizio di vessatorietà.

In coerenza con le richiamate fonti primarie, il regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con la delibera n. 173/07/CONS e successive modifiche e integrazioni, delinea in termini altrettanto ampi le competenze decisorie dell'Autorità, estendendole espressamente a tutte le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali stabiliti dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi.

Il regolamento suddetto opera, dunque, un riferimento ampio ed in via di principio omnicomprensivo a tutte le controversie inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali, escludendo esplicitamente le sole controversie attinenti al mero recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime, e le cause promosse ai sensi degli articoli 37, 139 e 140 del codice del consumo.

[...] individua, in conformità alla normativa comunitaria, alle leggi, ai regolamenti e in particolare a quanto previsto nell'articolo 5, comma 5, l'ambito oggettivo e soggettivo degli eventuali obblighi di servizio universale e le modalità di determinazione e ripartizione del relativo costo, e ne propone le eventuali modificazioni".

⁵³⁴ Cfr., in tal senso, l'art. 141.

Inoltre, quanto alle possibili implicazioni ermeneutiche della lettera dell'art. 19, comma quarto, del regolamento sulle controversie - nella parte in cui prevede che l'Autorità, "[...] con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi...", si rileva che tale disposizione non pretende affatto di esaurire il ventaglio delle possibilità decisorie spettanti all'Autorità e, dunque, non vale ad escludere, nemmeno in via implicita, il suo potere di accertare la natura vessatoria di singole clausole. Tanto più che le statuizioni di taglio dichiarativo costituiscono il contenuto minimo (ed indefettibile) di ogni decisione⁵³⁵, ivi comprese quelle di condanna, le quali si innestano pur sempre su un momento di contenuto accertativo, al quale aggiungono - quale *quid pluris* - un ordine.

L'ampiezza dell'investitura rinveniente dalla disciplina sopra scrutinata induce, in definitiva, a ricostruire le competenze in tema di procedimento contenzioso in maniera del tutto omologa - salvo il rispetto del principio della domanda - ai poteri che già spettano in via ordinaria all'Autorità in base alla normativa di settore, consentendole di sindacare le singole condizioni contrattuali.

Alla luce di tanto l'Autorità può esercitare, quindi, il potere di accertare e dichiarare la vessatorietà delle clausole contrattuali e, conseguentemente, adottare le specifiche misure ripristinatorie.

È interessante domandarsi, a questo punto, se il giudizio di vessatorietà che può esprimere AGCOM si debba intendere limitato alla controversia nel cui ambito il giudizio è reso ovvero se abbia efficacia *erga omnes*.

In effetti, in disparte la efficacia generale dei provvedimenti regolamentari del Garante, occorre prendere in considerazione la peculiarità dei procedimenti semi-contenziosi pendenti innanzi all'Autorità, ciascuno dei quali è contraddistinto da un oggetto specifico, strettamente dipendente dalle allegazioni compendiate nella domanda introduttiva proposta dal soggetto

⁵³⁵ È stato infatti perspicuamente osservato che il potere giudiziale di accertamento è connaturato al concetto stesso di giurisdizione; cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in www.ambientediritto.it.

istante: la decisione con cui l'Autorità, all'esito del procedimento di risoluzione della controversia, disponga le necessarie misure riparatorie in favore dell'attore che ha ragione, deve quasi inevitabilmente essere calibrata sul singolo caso concreto, a seconda, in particolare, del danno, del disservizio o di quant'altro sia stato lamentato da ciascun cliente. Da qui la conclusione dell'impraticabilità nella specie di provvedimenti decisori cui riconoscere un'efficacia *erga omnes*.

Nondimeno, all'esito della controversia "capostipite" e forte delle conoscenze maturate in quella sede, è auspicabile che l'Autorità si attivi d'ufficio mediante l'esercizio dei propri poteri regolamentari e ciò per ordinare al singolo operatore le necessarie prescrizioni modificative, che valgano a riequilibrare i rapporti - presenti e futuri - contratti con l'utenza. Per tal via, invero, nell'immediato si renderebbero improcedibili almeno alcune delle similari liti già pendenti e, soprattutto per il futuro, si giungerebbe ad impedire il formarsi di nuovo contenzioso.

4. La *regulation by litigation* del Garante delle Comunicazioni.

Le Autorità indipendenti risultano istituzionalmente investite di una pluralità di funzioni, tanto da aver fatto dubitare della loro riconducibilità al *genus* Pubblica Amministrazione⁵³⁶.

D'altronde, non a caso manca nell'ordinamento una disciplina generale in tema di *Authorities*, e ciò "[...] per il diverso tipo di attività svolta dalle Autorità in questione, che in alcuni casi sono titolari di funzioni che spaziano dalla regolazione, alla amministrazione attiva alla risoluzione delle controversie tra privati", proprio come l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni elettroniche⁵³⁷.

Invero, la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 7 marzo 2002⁵³⁸ - nel contesto dell'armonizzazione della regolamentazione delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica - ha assegnato alle Autorità di regolamentazione nazionali il potere di dirimere le liti tra imprese dello stesso

⁵³⁶ Sia consentito rinviare alle osservazioni svolte in proposito al precedente capitolo II, paragrafo n. 2.

⁵³⁷ CLARICH - ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 358 e ss..

⁵³⁸ Trattasi della menzionata direttiva n. 2002/21/CE.

Stato membro⁵³⁹ ovvero appartenenti a Stati membri differenti⁵⁴⁰ in ordine agli obblighi derivanti dal nuovo quadro regolamentare e in modo da meglio perseguire gli obiettivi fissati in sede comunitaria.

In consonanza con le riferite prescrizioni sopranazionali e come anticipato *supra*, la legge istitutiva del Garante delle Comunicazioni ha attribuito a quest'ultimo il potere di risolvere "le controversie in materia di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione entro novanta giorni dalla notifica della controversia"⁵⁴¹, nonché rimette all'AGCOM la disciplina delle "modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro", aggiungendo che "per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità"⁵⁴².

Le regole inerenti al procedimento per la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni sono state inizialmente definite dal Garante mediante l'adozione della delibera n. 148/01/CONS⁵⁴³.

⁵³⁹ *Ex* art. 20 della riferita direttiva.

⁵⁴⁰ Ai sensi dell'art. 21 della direttiva medesima.

⁵⁴¹ Art. 1, sesto comma, lett. a), n. 9, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁵⁴² Art. 1, undicesimo comma, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che inoltre precisa che "A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione".

⁵⁴³ Tale delibera regolamentava due differenti procedure: a) quella di intervento e definizione delle controversie in materia di interconnessione e di accesso speciale alla rete; b) quella per tutte le altre controversie in cui un organismo di telecomunicazioni avesse lamentato la violazione da parte di un altro organismo di un suo interesse o diritto protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme che disciplinavano il settore delle telecomunicazioni. Mentre la prima procedura era connotata dalla possibilità da parte dell'Autorità di intervenire *ex officio* in qualsivoglia momento e, in ogni caso, dal dovere di farlo previa istanza di una parte con una decisione vincolante, volta a definire l'oggetto e le condizioni degli accordi di interconnessione e di accesso speciale alla rete, nel contesto della seconda si prevedeva l'obbligo di esperire in via preliminare un

In siffatto ordito normativo si sono poi inserite le previsioni normative recate dal codice delle comunicazioni elettroniche, i cui articoli 23 e 24, recependo le suddette previsioni contenute nella menzionata direttiva europea, disciplinano, rispettivamente, i poteri d'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nella risoluzione delle controversie tra imprese appartenenti allo stesso Stato membro o a Stati membri diversi.

In particolare, il richiamato articolo 23 abilita il Garante all'adozione di una decisione vincolante per definire - dietro richiesta di uno dei contendenti - ogni lite riguardante gli obblighi previsti dal codice; sicché, l'introduzione legislativa di un unico *modus operandi* nella risoluzione delle controversie ha reso inevitabile il superamento delle due distinte procedure regolamentate dalla citata delibera n. 148/01/CONS. Pertanto, l'*Authority* ha conformato la propria attività risolutiva delle liti tra imprese alla sopravvenuta legislazione sezionale, all'uopo adottando la delibera n. 352/08/CONS, che abroga il precedente provvedimento innanzi citato e prevede il nuovo "Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica".

Tuttavia, l'avvento della direttiva n. 2009/140/CE ha comportato la modifica delle mentovate prescrizioni recate dalla precedente direttiva del 2002, così dando la stura alla recente riforma dei suddetti artt. 23 e 24 ad opera del decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70; dal canto suo, l'Autorità il 20 aprile 2015, con delibera n. 226/15/CONS, ha approvato il nuovo Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori⁵⁴⁴, che a sua volta abroga il precedente Regolamento di cui alla prefata delibera n. 352/08/CONS.

tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi all'Autorità che, solamente in caso di esito negativo, era legittimata ad intervenire adottando una decisione vincolante *inter partes*, a condizione che queste ultime avessero concordemente deciso di investirla formalmente della definizione della lite.

⁵⁴⁴ Le principali novità introdotte dal nuovo Regolamento sono le seguenti: l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione; la previsione di regole in materia di improcedibilità ed inammissibilità della domanda; la revisione della procedura cautelare; la possibilità per il responsabile del procedimento di sospendere, per un periodo non superiore a 1 mese e per non più di 3 volte, le attività istruttorie al fine di consentire alle parti di dar seguito a tentativi di conciliazione; relativamente alla fase di decisione della controversia,

Di talché, la funzione di risoluzione delle controversie tra imprese svolta AGCOM rappresenta un'attribuzione ulteriore, bensì logicamente connessa, a quella di *adjudication*, da intendersi come attività di adozione di provvedimenti puntuali relativi a casi specifici⁵⁴⁵.

L'esercizio di siffatto potere ai sensi di quanto disposto dal ricordato art. 23 del codice delle comunicazioni fa sì che davanti all'Autorità si svolga un procedimento amministrativo di carattere contenzioso, ove la salvaguardia degli interessi delle parti diviene un "modo indiretto e occasionale" per proteggere interessi generali in riferimento ai quali il Garante già svolge la funzione regolatoria⁵⁴⁶.

Difatti, nel procedimento citato gli interessi particolari vantati dalle imprese vengono ponderati dall'*Authority* "per il diverso grado in cui ciascuno di essi condiziona la realizzazione degli obiettivi fondamentali della regolazione": significativamente, l'art. 23 del codice, al terzo comma, stabilisce che "nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13" (rubricato "Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione"), che obbliga il Garante ad adottare - nell'ambito delle proprie competenze - "tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali di cui all'art. 4" (intitolato "Obiettivi generali della disciplina dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica"), il cui primo comma puntualizza che la disciplina recata dal

la precisazione che (i) sulle somme eventualmente riconosciute in sede di definizione della controversia debbono riconoscersi gli interessi legali, (ii) L'Autorità può imporre, a carico della parte che avuto nel corso del procedimento una condotta sleale e/o scorretta tale da determinare un pregiudizio all'attività amministrativa, un rimborso dell'attività inutilmente svolta nei confronti della controparte e/o dell'Autorità stessa e (iii) l'Autorità può imporre, in tutto o in parte all'impresa che ha rifiutato la proposta di conciliazione senza giustificato motivo, il pagamento delle spese documentate per l'esperimento della procedura. Il nuovo Regolamento è entrato in vigore a partire dal giorno della sua pubblicazione sul sito *web* di AGCOM avvenuta in data 12 agosto 2015; pertanto, alle controversie pervenute all'Autorità prima di tale data continua ad applicarsi il Regolamento approvato con delibera n. 352/08/CONS.

⁵⁴⁵ MESSANA, POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra imprese (Articolo 23)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, II, 295.

⁵⁴⁶ DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, 210 e 211.

codice mira ad assicurare i diritti costituzionalmente tutelati di libertà di comunicazione, segretezza delle comunicazioni e libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza; in altri termini, gli scopi che – per volontà del legislatore – l’Autorità deve perseguire quando risolve liti fra operatori di comunicazione coincidono con quelli che deve conseguire nella sua veste di Regolatore⁵⁴⁷. In questo modo, dunque, l’*Authority* “regola giudicando”, ossia compone controversie indirettamente mirando al raggiungimento delle finalità della regolazione⁵⁴⁸.

La natura contenziosa del procedimento prefato implica che lo stesso si svolga nell’osservanza di indefettibili e irrinunciabili garanzie, quali quella del doveroso rispetto del principio del contraddittorio⁵⁴⁹, della necessaria motivazione e pubblicazione della decisione, nonché della ricorribilità in sede giurisdizionale di quest’ultima⁵⁵⁰; nondimeno, tali guarentigie non scalfiscono la natura amministrativa della procedura, né la sua idoneità alla regolazione⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ MESSANA, POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra imprese (Articolo 23) cit.*, 295.

⁵⁴⁸ LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati cit.*, 216.

⁵⁴⁹ CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti in memoria di Vincenzo Caianiello cit.*.

⁵⁵⁰ *Ex art. 23, comma quarto, del codice delle comunicazioni elettroniche* “La decisione dell’Autorità deve essere motivata, nonché pubblicata sul Bollettino ufficiale e sul sito Internet dell’Autorità nel rispetto delle norme in materia di riservatezza ed ha efficacia dalla data di notifica alle parti interessate ed è ricorribile in via giurisdizionale”.

⁵⁵¹ La stessa AGCOM – nel contesto di una lite in cui ha optato per l’estensione del contraddittorio delle parti in disputa anche ad un operatore terzo rispetto al quale la decisione avrebbe potuto dispiegare effetti – ha chiarito che “nel definire la controversie di cui all’art. 23, comma 3 del Codice, al di là di ogni formula descrittiva, svolge sicuramente attività di natura amministrativa perseguendo interessi pubblici (che per il settore delle comunicazioni sono enunciati dall’art. 13 del Codice, richiamato all’art. 23 all’esame) ragion per cui la partecipazione degli interessati deve ispirarsi anche ai principi propri del procedimento amministrativo e non solo a quelli del processo civile”: così nella decisione adottata dal Garante delle Comunicazioni attraverso l’adozione della delibera n. 60/07/CONS del 28 giugno 2007, recante la “Definizione della controversia 1288 Servizio di consultazione telefonica s.r.l./Telecom Italia S.p.A., relativa al prezzo del servizio di fatturazione per l’accesso alle

La riferita circostanza per cui il legislatore impone all'Autorità decidente di perseguire gli obiettivi della regolazione anche nella risoluzione delle controversie è stata ritenuta fattore di aggravamento del rischio che in siffatta ipotesi l'Amministrazione non riesca a essere sufficientemente neutrale rispetto agli interessi in gioco⁵⁵² e utilizzi l'attività di soluzione delle controversie a fini regolatori come surrettizia prosecuzione dell'attività amministrativa, realizzando la cosiddetta *Regulation by Litigation*⁵⁵³.

Ad ogni modo, il descritto peculiare esercizio della funzione regolatoria attraverso la composizione delle liti fra operatori s'identifica con un metodo *case by case*, capace di tradurre in norme decisioni individuali, rendendole (se non dei veri e propri precedenti) quantomeno degli affidabili riferimenti per il futuro. Da tanto consegue un'innegabile utilità per la collettività che, orientandosi sulla base delle decisioni già assunte dall'Autorità, può meglio determinare i propri comportamenti futuri⁵⁵⁴ cosicché siano conformi alle misure adottate

numerazioni non geografiche^{12xy}, ai sensi della delibera n. 19/06/CIR, consultabile in *www.agcom.it*. Nella medesima decisione il Garante ha pure precisato che la decisione assunta all'esito di una contesa fra imprese possiede la forza di un "ordine" ex art. 98, undicesimo comma, del codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui: "Ai soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide, impartiti ai sensi del Codice dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce".

⁵⁵² RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto amministrativo*, 01-02, 2014, 1 e ss..

⁵⁵³ MORRIS, YANDLE, DORCHAK, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004, 403 e ss..

⁵⁵⁴ Sembra di poter così ravvisare nei provvedimenti adottati all'esito della *Regulation by litigation* la tensione verso l'esercizio di una funzione special-preventiva.

concretamente dal Garante-“giudice”⁵⁵⁵, quantunque sia improprio ogni tentativo di sovrapposizione di siffatta funzione dell’*Authority* a quella autenticamente giurisdizionale⁵⁵⁶.

Peraltro, va ribadito che il potere di risoluzione delle controversie tra imprese è assegnato ad AGCOM dall’art. 23 del codice delle comunicazioni in attuazione di quanto stabilito dall’art. 20 della sopracitata Direttiva del 2002, la quale ha conferito alle Autorità di regolamentazione nazionali il potere di dirimere le liti tra operatori perseguendo obiettivi di promozione della concorrenza, sviluppo del mercato interno e tutela degli interessi dei cittadini dell’Unione⁵⁵⁷.

Inoltre, lo stesso art. 23 del decreto 1° agosto 2003, n. 259, al comma terzo ulteriormente precisa che “Gli obblighi che possono essere imposti ad un’impresa dall’Autorità nel quadro della risoluzione di una controversia sono conformi alle disposizioni del Codice”, ossia corrispondono a quelli che il Garante può imporre nell’esecuzione dei propri poteri di vigilanza e regolamentazione, teleologicamente orientati al raggiungimento dei menzionati obiettivi indicati dalla legislazione di settore⁵⁵⁸, non potendo AGCOM comporre una lite tra imprese attingendo a discipline positive estranee alla materia regolamentata⁵⁵⁹.

La *regulation by litigation* esercitata dal Garante delle Comunicazioni si rivela una risorsa sotto due ulteriori profili: *in primis* allorché concerna un mercato per il quale manchino in capo agli operatori doveri puntuali fissati *ex ante* dall’Autorità

⁵⁵⁵ La locuzione del Garante - “giudice”, com’è ormai noto, è mutuata da DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti cit.*, 60.

⁵⁵⁶ “...il solo riconoscimento in capo ad un organo amministrativo del compito di esercitare competenze pure peculiari (e neutrali) non vale a fare dello stesso un giudice speciale, ai sensi dell’art. 102, comma 2, Cost.. Decisivo, in tal senso, inoltre, appare il rilievo che il provvedimento adottato a chiusura dell’istruttoria non è suscettibile di assumere l’autorità di cosa giudicata, come invece necessario perché si possa desumere la natura giurisdizionale dell’organo emanante”: così, testualmente, GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 317.

⁵⁵⁷ Ai sensi dell’art. 8 della medesima direttiva.

⁵⁵⁸ Come anticipato, agli articoli 4 e 13 del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁵⁵⁹ Come, ad esempio, le norme disciplinanti i contratti contenute nel codice civile.

che, nella specie, abbia riconosciuto la sussistenza di adeguate condizioni concorrenziali⁵⁶⁰; in secondo luogo, quando l'*Authority* dirima la lite non solo onde conseguire gli scopi predetti, bensì elaborando a vantaggio delle imprese operanti nel comparto delle comunicazioni anche delle direttive da rispettare relativamente a specifici comportamenti positivi da assumere per evitare il ripetersi di condotte illecite e il conseguente insorgere di altre controversie del medesimo tipo⁵⁶¹.

5. L'incidenza sulla autonomia privata in materia di reti e impianti di comunicazione elettronica.

Occorre infine riferire di un ulteriore ambito nel quale l'incidenza sull'autonomia privata della regolazione afferente al comparto in esame risulta particolarmente significativo: quello delle reti e degli impianti di comunicazione elettronica.

La legislazione settoriale dedica un intero Capo⁵⁶² e ben dieci articoli⁵⁶³ alla disciplina della materia, per vero integrata da

⁵⁶⁰ "In particolare, anche in assenza di obblighi fissati *ex ante* dall'Autorità, quest'ultima può legittimamente intervenire nella risoluzione della controversia per fronteggiare le condotte illegittime delle imprese prevedendo, per la prima volta in quella sede, obblighi e vincoli regolamentari che diano attuazione ai suddetti principi generali adattandoli alla fattispecie concreta. Ciò è senz'altro possibile quando la condotta illegittima dell'impresa è posta in essere in fase di negoziazione in materia di interconnessione o accesso dal momento che l'art. 42, comma 5, del Codice prevede espressamente che "Ove giustificato, l'Autorità può intervenire in materia di accesso e interconnessione, se necessario di propria iniziativa ovvero, in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate. In questi casi l'Autorità agisce al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24.": così MESSANA, POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra imprese (Articolo 23) cit.*, 297.

⁵⁶¹ ID., *ibidem*, ove le Autrici riferiscono che "tale *modus operandi* è stato realizzato non solo attraverso il provvedimento che definisce la controversia ma anche quando l'Autorità è stata chiamata all'adozione di una misura cautelare".

⁵⁶² Trattasi del quinto Capo del Titolo secondo ("Reti e servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico"), appunto rubricato "Disposizioni relative a reti ed impianti".

⁵⁶³ Trattasi degli articoli 86-95.

ulteriori disposizioni legislative, atte ad adeguare la normativa codicistica “alle sempre più pressanti esigenze di semplificazione delle procedure di realizzazione delle reti di nuova generazione, attesa la loro riconosciuta valenza strategica per la modernizzazione del Paese”, sebbene siffatto obiettivo risulti in pratica contraddetto dalla frammentarietà delle fonti normative, alle quali si aggiungono le numerose previsioni regolamentari attuative deliberate da AGCOM⁵⁶⁴.

Invero, la rilevanza delle reti e degli impianti di comunicazione elettronica emerge già dalla semplice constatazione della loro essenzialità ai fini della fruizione del sistema comunicativo e, per tal via, del godimento delle libertà e dei diritti al medesimo strettamente connessi; da tanto consegue, evidentemente, l'importanza della disciplina di tale materia, per la cui identificazione risulta indispensabile dapprima verificare correttamente quale sia la natura delle reti e degli impianti.

L'art. 86 del codice – al terzo comma – assimila “a ogni effetto” le infrastrutture delle reti pubbliche di comunicazione alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, settimo comma, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”. Siffatta assimilazione presenta vantaggi di tipo applicativo, bensì dà anche luogo a talune perplessità: sotto il primo profilo, s'impedisce alle amministrazioni comunali di ostacolare e/o ritardare ingiustificatamente l'installazione degli impianti, nonché si responsabilizzano gli operatori di rete riguardo alla realizzazione effettiva degli stessi per il tramite della possibile applicazione delle sanzioni penali contemplate dall'art. 44 del Testo unico dell'edilizia per i casi di trasgressione delle norme, delle prescrizioni e delle modalità esecutive nell'installazione delle reti; quanto ai dubbi ingenerati dalla menzionata assimilazione, non si può obliterare che la soggezione alle disposizioni specifiche sull'edilizia reca con sé la sottoposizione alle norme che richiedono il permesso di costruire (aggravando il numero degli adempimenti burocratici necessari in spregio alla semplificazione, all'economicità e all'efficienza) anche per gli “interventi di nuova costruzione” e, dunque, per “gli interventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal comune” e per

⁵⁶⁴ CANGIANO, TARALLO, *Disposizioni relative a reti e impianti di comunicazione elettronica destinati ad uso pubblico (Articoli 86 - 95)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche cit.*, II, 262.

“l’installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione”.

Dal canto suo, l’art. 90 del codice delle comunicazioni elettroniche assimila gli impianti di comunicazione elettronica alle opere di pubblica utilità. In dettaglio, il primo comma dello stesso art. 90 stabilisce che “Gli impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico, ovvero esercitati dallo Stato, e le opere accessorie occorrenti per la funzionalità di detti impianti hanno carattere di pubblica utilità, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327”; il secondo comma della medesima disposizione sancisce che “Gli impianti di reti di comunicazioni elettronica e le opere accessorie di uso esclusivamente privato possono essere dichiarati di pubblica utilità con decreto del Ministro delle comunicazioni, ove concorrano motivi di pubblico interesse”, mentre il terzo comma, esplicitamente, ammette l’esperibilità della procedura espropriativa⁵⁶⁵ contemplata dal testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità⁵⁶⁶.

Sicché, la prescrizione da ultimo riferita legittima penetranti limitazioni all’autonomia privata e, in specie, al diritto dominicale allo scopo di implementare le strutture indispensabili alla comunicazioni, tanto più se si considera l’orientamento giurisprudenziale incline a conferire all’uopo prevalenza al procedimento espropriativo piuttosto che al ricorso agli usuali mezzi privatistici: paradigmatica di siffatta opzione risulta una pronuncia con cui la Terza Sezione del Consiglio di Stato⁵⁶⁷ ha riformato la sentenza con cui il Giudice di prime cure aveva accordato prevalenza al diritto del proprietario, riconoscendo, per converso, il legittimo esercizio

⁵⁶⁵ Il terzo comma suddetto, infatti, così dispone: “Per l’acquisizione patrimoniale dei beni immobili necessari alla realizzazione degli impianti e delle opere di cui ai commi 1 e 2, può esperirsi la procedura di esproprio prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. Tale procedura può essere esperita dopo che siano andati falliti, o non sia stato possibile effettuare, i tentativi di bonario componimento con i proprietari dei fondi sul prezzo di vendita offerto, da valutarsi da parte degli uffici tecnici erariali competenti”.

⁵⁶⁶ Recato dal decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327.

⁵⁶⁷ Cons. St., Sez. III, 04 gennaio 2012, n. 11, in *www.iusexplorer.it*, che riforma T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 5 aprile 2011, n. 98.

da parte dell'Amministrazione del potere espropriativo "per la realizzazione di siti attrezzati da destinare agli impianti di telefonia mobile".

Accanto alla procedura espropriativa testé rimembrata la normativa sulle comunicazioni elettroniche abilita ad ulteriori compressioni della proprietà privata: l'art. 91, non a caso, è intitolato proprio "Limitazioni legali della proprietà" e, coerentemente con tale intestazione, reca norme attributive di poteri alquanto invasivi rispetto al diritto dominicale⁵⁶⁸; del pari, anche il successivo art. 92 abilita a possibili compressioni

⁵⁶⁸ Siffatto articolo così invero prevede: "1. Negli impianti di reti di comunicazione elettronica di cui all'articolo 90, commi 1 e 2, i fili o cavi senza appoggio possono passare, anche senza il consenso del proprietario, sia al di sopra delle proprietà pubbliche o private, sia dinanzi a quei lati di edifici ove non siano finestre od altre aperture praticabili a prospetto. 2. Il proprietario od il condominio non può opporsi all'appoggio di antenne, di sostegni, nonché al passaggio di condutture, fili o qualsiasi altro impianto, nell'immobile di sua proprietà occorrente per soddisfare le richieste di utenza degli inquilini o dei condomini. 3. I fili, cavi ed ogni altra installazione debbono essere collocati in guisa da non impedire il libero uso della cosa secondo la sua destinazione. 4. Il proprietario è tenuto a sopportare il passaggio nell'immobile di sua proprietà del personale dell'esercente il servizio che dimostri la necessità di accedervi per l'installazione, riparazione e manutenzione degli impianti di cui sopra. 4-bis. L'operatore di comunicazione durante la fase di sviluppo della [propria] rete in fibra ottica può, in ogni caso, accedere a tutte le parti comuni degli edifici al fine di installare, collegare e mantenere gli elementi di rete, cavi, fili, riparti, linee o simili apparati privi di emissioni elettromagnetiche a radiofrequenza. Il diritto di accesso è consentito anche nel caso di edifici non abitati e di nuova costruzione. L'operatore di comunicazione ha l'obbligo, d'intesa con le proprietà condominiali, di ripristinare a proprie spese le parti comuni degli immobili oggetto di intervento nello stato precedente i lavori e si accolla gli oneri per la riparazione di eventuali danni arrecati. 4-ter. L'operatore di comunicazione, durante la fase di sviluppo della rete in fibra ottica, può installare a proprie spese gli elementi di rete, cavi, fili, ripartilinee o simili, nei percorsi aerei di altri servizi di pubblica utilità sia esterni sia interni all'immobile e in appoggio ad essi, a condizione che sia garantito che l'installazione medesima non alteri l'aspetto esteriore dell'immobile ne' provochi alcun danno o pregiudizio al medesimo. Si applica in ogni caso l'ultimo periodo del comma 4-bis. 5. Nei casi previsti dal presente articolo al proprietario non è dovuta alcuna indennità. 6. L'operatore incaricato del servizio può agire direttamente in giudizio per far cessare eventuali impedimenti e turbative al passaggio ed alla installazione delle infrastrutture".

della proprietà privata attraverso l'imposizione *ex lege* delle servitù necessarie per il passaggio dei fili e dei cavi su suolo pubblico e privato, non occorrendo in tali evenienze il consenso del titolare del diritto dominicale gravato che, diversamente dalle ipotesi in cui ricada ai sensi dell'art. 91 (relativo a passaggi aerei o ad appoggi), ha diritto di essere indennizzato.

Di talché, le ricordate previsioni normative già evidenziano possibili coartazioni dell'autonomia privata, cui ben può concorrere l'*Authority* di settore mediante l'esercizio del potere regolamentare.

Ma è interessante notare come in materia AGCOM possa emettere provvedimenti notevolmente incidenti sull'autonomia riconosciuta ai privati in relazione alla coubicazione e alla condivisione delle infrastrutture di cui all'art. 89 del codice delle comunicazioni elettroniche. Infatti, ad oggi, il Garante delle Comunicazioni non detiene più soltanto il potere di "incoraggiare" la condivisione delle infrastrutture "Quando un operatore che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto di installare infrastrutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse, in base alle disposizioni in materia di limitazioni legali della proprietà, servitù ed espropriazione di cui al [...] Capo" quinto predetto⁵⁶⁹, bensì "quando gli operatori non dispongano di valide alternative a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale, l'Autorità può richiedere ed eventualmente imporre la condivisione di strutture o proprietà, compresa la coubicazione fisica, ad un operatore che gestisce una rete di comunicazione elettronica o adottare ulteriori misure volte a facilitare il coordinamento dei lavori, soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione [...], stabilendo altresì i criteri per la ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà"⁵⁷⁰. In sintesi, il Garante è altresì titolare del potere di imposizione della condivisione delle infrastrutture alle imprese fornitrici di reti di comunicazione elettronica; l'art. 89 citato legittima l'Autorità a prescrivere doveri che prescindono dall'accertamento di un significativo potere di mercato, nonché l'abilità alla regolazione simmetrica, come tale incidente non

⁵⁶⁹ Cfr., in tal senso, il primo comma del citato art. 89 del codice delle comunicazioni elettroniche.

⁵⁷⁰ Cfr., sul punto, il comma secondo del prefato art. 89.

solo sull'operatore *incumbent*, ma su tutti gli operatori controllanti la tratta terminale della rete di accesso in fibra. Sicché, per quanto qui rileva, val la pena rimarcare che, nell'esercizio di siffatto potere, il Garante - tra le diverse misure adottate - è persino giunto a tipizzare il contenuto minimo del contratto di accesso⁵⁷¹.

6. Conclusioni.

L'*excursus* in tema di comunicazioni ha inteso focalizzare, pur nei limiti della presente indagine, alcuni aspetti dell'interrelazione fra l'autonomia privata e l'eteronomia promanante specificamente dalla attività del Garante di tale comparto, invero essenziale per la salvaguardia della concorrenzialità del mercato, la tutela degli utenti e finanche per l'inveramento e la preservazione della nostra democrazia alla

⁵⁷¹ Il suddetto potere è stato esercitato dal Garante mediante l'adozione della delibera n. 538/13/CONS, "che ha individuato nel segmento di terminazione e nella tratta di adduzione i bottleneck di rete, vale a dire i colli di bottiglia che potrebbero ostacolare lo sviluppo delle reti di nuova generazione; ciò in ragione del fatto che la duplicazione dei summenzionati segmenti di rete appare economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile a causa di un insieme di ostacoli di natura tecnica, normativa e/o economica [...]. L'Autorità ha pertanto imposto agli operatori una serie di obblighi di accesso alle suddette infrastrutture [...]. Accanto a tali obblighi di accesso, la delibera n. 538/13/CONS, all'art. 3, ha, altresì, introdotto obblighi di trasparenza e non discriminazione funzionali a rendere effettivo l'accesso così imposto, individuando un contenuto minimo del contratto di accesso e facendo obbligo a quanti controllano l'infrastruttura di realizzare una *database* contenente tutte le informazioni relative alla toponomastica delle reti e alle caratteristiche tecniche delle medesime. Infine, la delibera citata ha definito anche obblighi concernenti i prezzi per la fornitura del servizio di accesso, prezzi che dovranno essere equi e ragionevoli. Con il medesimo provvedimento, l'Autorità ha, quindi, ritenuto opportuno imporre obblighi simmetrici di accesso alle suddette infrastrutture volti ad impedire ai soggetti che ne hanno il controllo di porre in essere pratiche di *foreclosure* e, quindi, di negare l'accesso alle medesime o di concederlo a condizioni non ragionevoli o discriminatorie"; ne danno atto CANGIANO, TARALLO, *Disposizioni relative a reti e impianti di comunicazione elettronica destinati ad uso pubblico (Articoli 86 - 95) cit.*, 278, I quali hanno pure cura di precisare che il richiamato intervento sugli obblighi simmetrici "si pone a completamento della regolamentazione asimmetrica derivante dalle analisi di mercato".

luce della primarietà delle situazioni soggettive dalla medesima involte.

La consapevolezza della sussistenza di ulteriori profili che avrebbero potuto costituire oggetto di disamina si accompagna alla constatazione dell'evoluzione incessante della materia.

Ciononostante, nell'economia della presente analisi, la necessità di enucleare determinati temi si è dimostrata imprescindibile e non inconciliabile con l'illustrazione di un particolare punto di vista in merito all'originale "rapporto circolare" attualmente ravvisabile fra l'autonomia privata, l'iniziativa economica, il mercato, la concorrenza e la regolazione, che si compendia, oggi, nell'attività istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti, risolvendosi in una rinnovata conformazione dell'autonomia riconosciuta ai consociati, anche e soprattutto in relazione all'ambito elettivo della sua esplicazione, il contratto, altresì per ciò che concerne il pregnante settore delle comunicazioni.

Nel comparto appena ricordato si riscontrano pressanti bisogni di tutela di libertà fondamentali, tra cui il diritto alla libera manifestazione del pensiero, presidiato dalla nostra Costituzione all'art. 21. In realtà, nel dettato costituzionale manca qualsivoglia esplicito riferimento a posizioni soggettive tutelate nella materia dell'informazione; tuttavia, l'interpretazione giurisprudenziale ha permesso di ricostruire sia i profili attivi dell'attività di informare, che quelli passivi, riferibili alla circolazione delle informazioni e alla loro ricezione, desumibili dalla stessa prefata norma costituzionale.

Orbene, la predetta esegesi ha progressivamente posto in luce l'ineludibile collegamento tra la libertà di informazione e le forme proprie di una democrazia pluralista come la nostra, per vero coesenziali⁵⁷².

⁵⁷² La forma di stato democratico pretende "pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei alla circolazione delle notizie e delle idee" (Corte Cost. 15 giugno 1972, n. 105, consultabile in www.giurcost.org), sicché l'art. 21 Cost. può ben intendersi come "pietra angolare della democrazia" (Corte Cost., 30 maggio 1977, n. 94, reperibile in www.giurcost.org), nonché, come tutti i diritti fondamentali della persona, diretta emanazione del più generale diritto alla dignità della persona umana, che anima l'art. 2 Cost. e

Peraltro, la flessibilità del dettato costituzionale ha permesso di arricchire i principi enunciati nell'art. 21 con quelli espressi in altre fonti normative, come quelli in tema di libertà economiche⁵⁷³: di talché, il diritto di informare, da una parte, come profilo passivo, è posto a tutela dei singoli utenti, ai fini di una loro effettiva partecipazione alla vita democratica, e dall'altra, come profilo attivo, è teso a proteggere coloro che operano nel sistema dei *media*, per assicurare che le informazioni immesse nel circuito economico contribuiscano alla crescita del mercato, oltretutto a garantire ai singoli utenti la possibilità di scelta tra una molteplicità di fonti informative.

Diventa, pertanto, obbligata una lettura congiunta dell'art. 21 con l'art. 41 della Costituzione inteso in senso ampio (non come mera libera di attività di impresa, ma) come fondamento costituzionale di ogni atto con cui il soggetto scelga il fine economico da perseguire, in linea con la configurazione della libertà economica come diritto di libertà proprio della persona.

In proposito valga ricordare che il principio di concorrenza in senso oggettivo rappresenta un interesse di rango costituzionale, bensì soggetto a tutti i limiti di cui all'art. 41, commi secondo e terzo, Cost.⁵⁷⁴; tuttavia, le esigenze di "utilità sociale" (di cui al comma secondo dell'art. 41) devono essere bilanciate con la stessa concorrenza⁵⁷⁵, non devono individuarsi arbitrariamente, né devono tradursi in misure palesemente incongrue⁵⁷⁶, non potendo dar luogo a un'ingiustificata

permea di sé l'intero ordinamento (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, ordinanza 26 settembre 2014, n. 2, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*).

⁵⁷³ L'informazione, infatti, come frutto del lavoro umano, ha un costo in termini di tempo e investimenti necessari a produrla e a documentarla e un valore di scambio legato alla sua utilità per il conseguimento di obiettivi di vario tipo e l'evoluzione dei mezzi di produzione e comunicazione delle informazioni, poi, ha fatto progressivamente emergere il valore economico dell'informazione dal punto di vista della sua essenzialità per la crescita produttiva, da cui sono nate molteplici iniziative imprenditoriali focalizzate sulla produzione e distribuzione di "informazioni" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, ordinanza 26 settembre 2014, n. 2 *cit.*).

⁵⁷⁴ Sia consentito rimandare, in proposito, alle osservazioni contenute nei paragrafi nn. 2.3. e 2.5. del capitolo I.

⁵⁷⁵ Corte Cost., 5 novembre 1996, n. 386; analogamente, Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *www.giurcost.org*.

⁵⁷⁶ Corte Cost., 19 dicembre 1990, n. 548; Corte Cost., 29 aprile 2010, n. 152, in *www.cortecostituzionale.it*.

disparità di trattamento (stante un'intima connessione altresì tra gli artt. 3 e 41 Cost.).

Il comparto delle comunicazioni – allora – anche in ragione delle riferite coordinate costituzionali (e persino a tacer di quelle pur irrinunciabili di matrice europea) diviene paradigmatico della suesposta interrelazione, che sottende la più generale (e mai vieta) dinamica tra autorità e libertà.

Difatti, la complessa regolazione operata da AGCOM persegue obiettivi di unitarietà e coerenza che, a fronte della frammentarietà della normativa di rango legislativo, tutela operatori e utenti⁵⁷⁷.

Ciò che dunque si è tentato di evidenziare non è soltanto la legittimità del condizionamento dell'esercizio dell'autonomia privata da parte di soggetti pubblici che rimangono tali quantunque presentino un'eccentrica connotazione fisionomica (e in ciò rimandano alla tradizionale problematica delle ingerenze del diritto pubblico nei contesti esplicativi propri del diritto privato), ma anche la possibile convivenza tra diritto privato e diritto amministrativo nella regolazione dei settori "sensibili", sottolineando le specificità e i vantaggi rispettivamente riconducibili all'uno e all'altro nel perseguimento delle finalità della garanzia della concorrenzialità dei mercati e della salvaguardia degli utenti.

Gli interessi pubblici appena richiamati costituiscono il fondamento e, al contempo, segnano il confine dell'intervento eteronomo: in tale prospettiva, l'esplicazione dell'autonomia privata – nei limiti consentiti e tutelati dall'ordinamento e con le garanzie di protezione discendenti dall'esercizio dei poteri anche repressivi e sanzionatori di competenza delle *Authorities* – soddisfa i citati interessi.

La convivenza predetta fra diritto privato e diritto amministrativo indica la sempre maggiore rilevanza dell'eteroregolazione dell'autonomia spettante ai consociati, ma

⁵⁷⁷ Si è infatti riferito che, all'uopo, l'Autorità vigila sull'applicazione uniforme delle regole, nonché mira ad assicurarne la stabilità attraverso istituti efficaci - quali i procedimenti di consultazione preventiva, l'obbligo di ricorrere ad analisi di mercato prima di effettuare eventuali modifiche regolatorie, la sindacabilità delle decisioni regolatorie in sede giurisdizionale - così garantendo la salvaguardia dei menzionati valori costituzionali, oltre che della nostra democrazia.

non deve disperdere il senso e lo scopo della liberalizzazione, che fonda sull'idea che sia la concorrenza in sé a realizzare nel modo ottimale gli interessi superindividuali collegati alla fruizione dei "servizi di pubblica utilità"⁵⁷⁸, tra cui si situano anche quelli relativi al comparto delle comunicazioni.

La delicatezza e, insieme, la rilevanza del ruolo dei Garanti sta anche nel difficile (ma non impossibile) temperamento fra le istanze della regolazione e quelle del libero esercizio dell'autonomia privata, di modo che la concorrenza sia "vigilata, certo, da garanti e arbitri, che stabiliscono le regole del gioco *a priori* e fischiano se qualcuno le infrange, ma che interrompono il gioco il meno possibile, quando è davvero necessario e non vi siano alternative praticabili; intervenendo sempre con prudenza e adottando gli strumenti e le misure meno invasive, secondo il principio di proporzionalità"⁵⁷⁹.

Seguendo siffatta opzione esegetica la libertà può (ri)conquistare spazi di espressione, non a discapito dell'intervento autoritativo, bensì in consonanza con esso.

⁵⁷⁸ Questa, come già chiarito, è l'espressione impiegata dal legislatore nella legge 14 novembre 1995, n. 481, recante norme per la concorrenza e istitutiva delle Autorità di regolazione (appunto) dei "servizi di pubblica utilità".

⁵⁷⁹ MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni cit.*

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Sistema radiotelevisivo e Autorità per le telecomunicazioni*, in LIPARI, BOCCHINI, STAMMATI (a cura di), *Commentario alla l. 31 luglio 1997, n. 249*, in *I libri de Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2000.

AA.VV., MARTELLINI (a cura di), *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, Milano, 2007.

ACOCELLA, *Le scelte di politica economica e gli interventi a tutela della concorrenza*, in *www.luiss.it*.

ALLENNA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, nota a Cass. S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.* 2012, 4.

ALPA, *Le fonti del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006.

ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, in *Contratto e impresa*, 1989.

ALTIERI, DELL'ATTI, DI CRISTINA, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale*, in *Ianus*, 5/2011.

AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998.

AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970.

AMATO, *Le Autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012.

- ARGENTATI, *Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il public enforcement?*, in *www.dimt.it*.
- ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2011.
- ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civile francais. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, Paris, 1973.
- AULETTA A., *Commento a Cass. S.U., 24 giugno 2011, n. 13904*, in *Rivista Neldiritto*, 2011.
- BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971.
- BALDI, COZZOLINO, *La disciplina del servizio universale (Articoli 53 - 65)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.
- BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.
- BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BARTOLE, BIN, *Commento sub art. 41*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.
- BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002.
- BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991.
- BERRUTI, *Le intese anticoncorrenziali vietate*, in *Giust. civ.*, 2000.
- BERTI, *Normatività e nuovo disordine delle fonti*, in *Jus*, 2003.
- BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000.
- BOMBARDELLI, *Le Autorità amministrative indipendenti - report annuale - 2013 - Italia*, in *www.ius-publicum.com*.
- BRUNO, NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Milano, 2006.
- BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.
- BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. informatica*, 4-5, 2012.

BUCCI, voce *Economia (Intervento pubblico nell')*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Torino, 1990.

CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbligazioni e contratti* 12/12.

CANGIANO, TARALLO, *Disposizioni relative a reti e impianti di comunicazione elettronica destinati ad uso pubblico (Articoli 86 - 95)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, II, 2/2014.

CARDANI, *Presentazione*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.

CARETTI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005.

CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011.

CARRERA, *Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, in *Urbanistica e Appalti* 11/2013.

CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

CARTEI, *La disciplina del servizio universale*, in CLARICH, CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004.

CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002.

CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, I, Milano, 1998.

CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI, CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999.

CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma - Bari, 2001.

CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE, FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001.

CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *astrid-online.it*.

CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in D'ALBERTI, PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

CHELL, D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento IV, Milano, 2000.

CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007.

CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Trattato di Diritto amministrativo* diretto da SANTANIELLO, XLI, Padova, 2010.

CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

CLARICH, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999.

CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti in memoria di Vincenzo Caianiello*, Palazzo Spada 9 maggio 2003, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

CLARICH, *Introduzione al tema*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni - Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015.

CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1993.

CLARICH, ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013.

COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd. clausole sociali*, in *Ianus*, n. 5/2011.

COZZOLI, *sub Articolo 2, comma 12, lettera h)*, in AA. VV., *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1998.

CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984.

CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

D'ADDA, *L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas: i limiti all'eccezione di inadempimento*, in *Contratto e Impresa* 1/2015.

D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1995.

DE MINICO, *I poteri normativi del Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, in *Pol. dir.*, 3, 1995.

DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

DE NOVA, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001.

DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, *Commento a Cons. St., Sez. VI*, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010.

DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000.

DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 1/2012.

DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.

DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008.

- DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007.
- FALCON, *Il "primo", il "secondo" e il "terzo" garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in BASSI, MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.
- FERRI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961.
- FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Torino, 2002.
- FOLLIERI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001.
- FONDERICO, *Diritto della regolazione economica*, in CLARICH, FONDERICO, *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. Econ.*, 2007.
- FRACCHIA, VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III.
- FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, 1996.
- FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.
- FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.
- FRENI, *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1999.
- FROSINI, *Attribuzioni delle Autorità e fondamento costituzionale*, in www.giustamm.it.
- GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- GALGANO, *Sub art. 41*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982.
- GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

GIANI, POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2006.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1996.

GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2014.

GIORGIANNI, voce *Inadempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970.

GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione tenuta al Convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, tenutosi presso il Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, in *www.jusforyou.it*.

GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in GITTI (a cura di), *Autonomia privata e autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corriere Giuridico* 5/2013.

GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005.

GUARINO, *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. Comm.*, I, 1978.

GUGLIELMETTI GIA., GUGLIELMETTI GIO., voce *Concorrenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, III, Torino, 1988.

HABERMAS, *Fatti e norme*, Napoli, 1996.

IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2014.

IOLLI, CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40 - 52)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.

- IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in ID., *Codice civile e società politica*, Roma - Bari, 1995.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 2003.
- LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- LAMBO, SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, in *Foro it.*, III, 2002.
- LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2002.
- LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust. Un bilancio a 10 anni dalla legge. Atti del convegno di Roma, 9-10 ottobre 2000*.
- LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009.
- LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, II, Milano, 2005.
- LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000.
- LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2003.
- LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013.
- LIGUORI, ACOCELLA, *Presentazione*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni - Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015.
- LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002.
- LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.
- LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013.
- LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, 1990.

MACARIO, *Art. 1374 - Integrazione del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Torino, 2011.

MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 2, 2015.

MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997.

MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

MARCANTONIO, LUPI, *Analisi di mercato, dominanza e regolazione ex ante (Articoli 17 - 19)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.

MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. di dir. pubblico europeo*, 2006.

MARINIELLO, VOLPI, *Soggetti, funzioni e procedure di regolazione (articoli 7, 8, 10-12)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, I, 2/2014.

MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21 octies comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in www.dimt.it.

MAUGERI, *Art. 1339 c.c. - Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario del codice civile*, diretto da GABRIELLI, Torino, 2011.

MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo (seconda edizione)*, Torino, 2015.

MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

MERUSI, SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

MESCHINI, *Nota a Cass. Civ. S. U. n. 2207 del 2005*, in *Giurisprudenza commerciale*, VI, 2005.

MESSANA, POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie tra imprese (Articolo 23)*, in AA. VV., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, II, 2/2014.

MESSINA, *L'efficienza e il benessere dei consumatori nella valutazione dell'abuso di posizione dominante, Usa-Eu a confronto*, Roma, 2009.

MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2, 2007.

MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989.

MORRIS, YANDLE, DORCHAK, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review*, 2004.

MUSTO, *Somministrazione di energia elettrica e potere regolamentare dell'AEEG. Commento a Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010*, in *I Contratti*, 8-9/2010.

NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, II, Milano, 2007.

NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

NAPOLITANO, sub *Articolo 2, comma 12, lettere a, b, c, d, g*, in AA. VV., *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1998.

NAPOLITANO, ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.

NIRO, *Commento sub art. 41*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AMATO, BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, 1984.

OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1993.

OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Principi e problemi di diritto privato*, I, Padova, 2000.

ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*, in *Foro it.*, III, 2002.

OTTAVIANO, *La regolazione del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979.

PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.

PALMA, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli, 1988.

PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996.

PARDOLESI, *Sul "nuovo" che avanza in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*, in *Foro it.*, III, 2002.

PARDOLESI, PALMIERI, *Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, nn. 14 e 13), in *Foro it.*, III, 2012.

PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. pubb.*, 1996.

PEREZ, *Comunicazioni elettroniche (ad vocem)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da CHITI e GRECO, Milano, 2007, Parte speciale, Tomo II.

PERICU, *Brevi considerazioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1/1996.

PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.

PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.* 4/2010.

PERLINGIERI, *Prefazione*, in BEAUD, *La potenza dello Stato*, 1994, (trad. it. di Tullio, Napoli, 2002, VIII).

PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in ID. (a cura di), *Authorities e tutela della persona, Atti del convegno di Messina 21-22 novembre 1997*, Napoli, 1999.

PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

PIGA, *Modernizzazione dello Stato: le istituzioni della funzione di controllo*, in *Foro amm.*, I, 1987.

PIGA, *Regolazione sociale e promozione di solidarietà. Processi di cambiamento nelle politiche sociali*, Milano, 2012.

PINNARÒ, *Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di talune ellissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1993.

PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18 - 20 ottobre 2014, in *www.astrid-online.it*.

POLITI, voce *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995.

PONTANI, voce *Unbundling (la separazione economica-giudiziaria nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 2012.

POTO, voce *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 2008.

PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997.

PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2/2015.

PUTTI, voce *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, XVI, Torino, 1997.

RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000.

RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002.

RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto amministrativo*, 01-02/2014.

RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968.

RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1994.

RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

ROMAGNOLI, *La costituzione economica*, in GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottant'anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995.

SACCO, *Autonomia del diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Civile*, I, Torino, 1987.

SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, 2008.

SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2014.

SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2014.

SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961.

SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova 1977.

SATTA, *Indirizzo politico, autorità di regolazione e autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio di libera concorrenza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011.

SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformativo: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011.

SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001.

- SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, I, 1999.
- SCLAFANI, ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in CIRILLO, CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.
- SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, Relazione tenuta al Consiglio di Stato il 5 ottobre 2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002.
- SEVERINI, voce *Sanzioni Amministrative (processo civile)*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2000.
- SIRAGUSA, CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002.
- SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012.
- SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura e di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e Impr.*, 6/2010.
- SOLINAS, *Contratto e regolazione del mercato*, Torino, 2007.
- SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004.
- SPAGNA, *Il Consiglio di Stato riduce di 270 milioni di euro la sanzione per l'abuso di posizione dominante attuato dall'Eni sul gasdotto tunisino*, in *Rivista Neldiritto*, 2011.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1962.
- TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm.* CDS 11/2012.
- TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000.

TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007.

TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

TORANO, *Contributo sulla definizione di "Pubblica Amministrazione" rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm.* CDS 4/2013.

TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in CASSESE, FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese*, Bologna, 1996.

TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010.

TRIMARCHI BANFI, *Il "principio" di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo* 1-2/2013.

UBALDI, *Poteri impliciti della p.a.: tra legalità e forma*, in *Lexitalia.it*, 4/2013.

VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001.

VILLA, *L'utente deve pagare la bolletta, anche quando il contratto non preveda una modalità di versamento gratuita*, in *Diritto e Giustizia online*, 0, 2012.

VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013.

ZAGREBELSKY, *il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

ZENO ZENCOVICH, *Una "sunset clause" per le autorità di regolazione?*, in BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012.

ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ZOPPINI, OLIVIERI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma, 2008.

ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2013.

ZUCCHINI, *La quadratura del cerchio*, Mnamon, 2013.