

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

APRILE / GIUGNO

2024

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO  
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI  
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA  
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO  
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,  
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,  
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**Rivista** | dottrina  
di Diritto Bancario | e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## Le Autorità indipendenti “economiche” ed il prisma delle conformazioni dei contratti

**SOMMARIO:** 1. Coordinate essenziali. – 2. Le componenti strutturali delle conformazioni dei contratti (e di “zone collegate”). – 3. La varietà delle conformazioni contrattuali da parte delle Autorità indipendenti “economiche”. – 4. Caratteri e limiti, delle potestà precettive delle Autorità riguardo ai contratti.

### 1. *Coordinate essenziali*

In retrospettiva la costruzione dogmatica delle conformazioni imposte, o “indotte”, da Autorità indipendenti che sovrintendono ad attività economiche, (*breviter* “economiche”) si può far derivare dal “classico” studio di Rodotà, in *parte qua* trattava delle fonti pubblicistiche d’integrazione, leggi ma anche provvedimenti generali, ad esempio di determinazione autoritativa dei prezzi<sup>1</sup>.

Una derivazione da intendersi come origine (*incunabulum*)<sup>2</sup> di una tematica di teoria generale, ma non in senso propriamente *diacronico*, cioè di una problematica rinvenibile già in quel “classico” della dottrina civilistica.

*In primo luogo* per l’ovvio motivo che, all’epoca, di Autorità indipendenti nel nostro Paese non ne esistevano.

Ancora una dozzina d’anni dopo (1981) la stessa Banca d’Italia non era qualificabile tale, pur riconoscendosene, già allora, dagli studiosi avvertiti, la piena autonomia, per quanto atteneva la potestà monetaria, e l’egemonia tecnica, per la vigilanza bancaria, ma senza poteri diretti in materia di interventi straordinari o sanzionatori, al tempo riservati al Ministro del Tesoro<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, ristampa 2004, 40 ss.; coevo, a spettro tematico assai più ampio, P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969.

<sup>2</sup> M. T. CICERONE, *De oratore*, 1.23.

<sup>3</sup> Ma v. F. MERUSI, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* IV, 1981, 1081 ss., il quale sosteneva, *in allora*, la natura di organo costituzionale della Banca d’Italia in relazione alle sue funzioni di governo della moneta; tesi totalmente priva di riscontri nel disegno costituzionale, più fondata apparendo, all’epoca, quella della piena autonomia, anche alla luce del coevo

In *secondo luogo* perché, da allora, gli scenari generali sono mutati, più e più volte, da tutte le prospettive:

- a causa dell'andamento storicamente pendolare – in senso espansivo, poi restrittivo, da ultimo riespansivo – dei rapporti tra poteri (e normazioni) pubblici ed attività economiche private: dallo “Stato” (in senso lato) “dirigista”, a quello “regolatore”, all'attuale neointerventismo<sup>4</sup>;

- per la progressiva marginalizzazione, soprattutto nelle materie “economiche”, della legge nazionale<sup>5</sup> ad opera di regolamentazioni comunitarie, poi eurounitarie e della moltiplicazione di altri atti precettivi, sino alle regolazioni “tecniche”<sup>6</sup>;

- per l'erompere<sup>7</sup>, nell'ordinamento interno ed in quello eurounitario, di Autorità indipendenti (e, nell'UE, anche di Agenzie autonome), alle quali sono affidati i compiti di assicurare mercati concorrenziali ed efficienti, in senso sia settoriale che “trasversale”.

Più di lunghe retrospettive, due esempi, relativi ad epoche diverse, sono immediatamente evocativi di “quanta acqua sia passata sotto i ponti”, sino al progressivo, discusso, affermarsi dei variegati “poteri conformativi” delle Autorità indipendenti in materia di discipline contrattuali.

---

«divorzio» dal Ministero del Tesoro in materia di collocazione dei BOT; A. PREDIERI, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, 1996, 219, a proposito della tesi di Merusi, affermò icasticamente «Non è ... utile, anzi può essere pericoloso, affermare che è organo costituzionale» perché metteva il percorso dell'indipendenza su una falsa pista.

<sup>4</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna 2020, 211 ss.; sulle transizioni tra le varie fasi v., approfonditamente, C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi del diritto privato regolatorio*, Napoli, 2022, 25 ss; sul “reinterventismo” v. G. AMATO, *Bentornato Stato ma*, Bologna 2021.

<sup>5</sup> G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto* in Aa. Vv., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, G. Gitti (a cura di), Bologna, 2006, 25 ss.; A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione di direzione politica?* in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, II, 575 ss.

<sup>6</sup> S. AMOROSINO, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche*, Torino 2021, 3 ss.

<sup>7</sup> Piace ricordare A. PREDIERI, *L'erompere della autorità indipendenti*, Firenze, 1997.

Si pensi, da un lato, negli anni 70 del secolo scorso, alle discussioni sulla legge n. 392/1978, il cd “equo canone”<sup>8</sup>, con la contrastata predeterminazione legislativa di contenuti essenziali (quali il tasso di rendimento) dei contratti di locazione urbana.

Per l’attualità si pensi alle prescrizioni poste dall’AGCM, talora “per le vie brevi”, a fronte degli “*impegni*” – presentati, o *presentandi*, da imprese nei confronti delle quali è in corso un procedimento sanzionatorio<sup>9</sup> – relativi ai *comportamenti contrattuali* da tenersi, in futuro, nel mercato.

Non sembra dubbio che si configuri un caso di “condizionamento” dell’autonomia contrattuale futura: per evitare la sanzione immanente l’operatore di mercato si impegna ad adottare specifici comportamenti contrattuali corretti che, nella fase procedimentale a ciò dedicata, sono stati ovviamente *negoziati* con l’Autorità.

Si è usata l’espressione generica “*condizionamento*” perché in queste fattispecie gli impegni sono formalmente formulati dall’operatore, ma in molte altre si ha una *eteroconformazione*<sup>10</sup> in senso proprio.

L’impegno, ove accettato dall’AGCM e formalizzato in un suo provvedimento, ha l’effetto di sospendere il procedimento sanzionatorio ed ha, dunque, una doppia efficacia (*Doppelwirkung*): *pubblicistica* (di accordo procedimentale<sup>11</sup>, in seguito formalizzato nel

---

<sup>8</sup> AA. VV. *Equo canone*, in *Le nuove leggi civili commentate*, IV, C.M. Bianca, N. Irti, N. Lipari, A. Proto Pisani, G. Tarzia (a cura di), Padova 1978.

<sup>9</sup> F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino 2019, 311 ss.

<sup>10</sup> M. ANGELONE, *Diritto privato regolatorio, conformazione dell’autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities* in *Nuove autonomie*, 2017, 441 ss. L’uso della locuzione appare non solo appropriato a ricomprendere la multiforità del “fenomeno eterointegrativo”, ma anche dogmaticamente fondato: M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna 1995, 181 ss.

<sup>11</sup> F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento* in Aa.Vv., *Codice dell’azione amministrativa*, M. A. Sandulli (a cura di), Milano, 2017, 655 ss.; come esattamente ha rilevato G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2021, 111, nel caso degli accordi amministrativi, delle varie specie, «*il procedimento, al pari delle facoltà prenegoziali per la conclusione del contratto, è l’insieme dei poteri e delle facoltà predisposti per l’ottenimento del provvedimento favorevole*». Non appare, dunque, convincente la qualificazione della sequenza “*impegni/accettazione*” come una fattispecie transattiva, proposta da G. GITTI,

provvedimento) e *privatistica*, nei futuri *rapporti contrattuali* con i clienti/consumatori, a favore dei quali determina una situazione di vantaggio.

I due esempi mostrano “a colpo d’occhio” come, da allora ad oggi, si siano moltiplicate e complicate le fattispecie di “condizionamento” dell’autonomia contrattuale mediante atti e comportamenti<sup>12</sup> di fonte pubblica; non solo – è il caso di ricordarlo – da parte di Autorità indipendenti; si pensi, ad esempio, alle *convenzioni*, stipulate tra il MIT e le società concessionarie, che disciplinano le gestioni di autostrade, nelle quali sono predeterminate le tariffe per gli utenti, com’è fisiologico trattandosi di concessioni *su* beni pubblici, con rilevanti profili finanziari<sup>13</sup>.

## 2. *Le componenti strutturali delle conformazioni dei contratti (e di “zone collegate”)*

Una sommaria panoramica delle fonti e delle modalità d’incidenza delle *decisioni*<sup>14</sup> delle Autorità di regolazione “economiche” sui contratti (ed anche su altri ambiti, ad essi funzionalmente collegati: v. *infra*) può utilmente iniziare da una messa a fuoco degli elementi strutturali che accomunano le *decisioni* stesse:

- *l’attribuzione – a monte – di poteri istituzionali*, relativi alle varie *funzioni* assegnate, dalle leggi o da norme eurounitarie, alle diverse Autorità;

- *la precettività* che accomuna gli eterogenei tipi di atti delle Autorità che incidono, anche mediatamente, sulla “libertà contrattuale”;

- *la forte tecnicità – inerente, volta a volta, allo specifico mercato –* che contraddistingue i precetti condizionanti i contratti (ad esempio: le

---

*Autonomia privata ed autorità indipendenti*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, V, 2012, 134 ss.

<sup>12</sup> Sottolinea E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Milano, 2018, 271, nei *rapporti amministrativi*, quali sono quelli intercorrenti tra le Autorità ed i soggetti del mercato, vengono in rilievo i comportamenti di entrambe le parti; v. ora l’art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990.

<sup>13</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, II, 1993, 673; per un’approfondita analisi v. D. MARESCA, *I parametri finanziari dello Stato imprenditore e committente*, Torino, 2020, 105 ss.

<sup>14</sup> Per una definizione lata di decisioni pubbliche v. G. CORSO, M. DI BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, 53 ss.

deliberazioni di ARERA in materia di tariffe del servizio idrico; o quelle dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti in tema di condizioni contrattuali di utilizzo, da parte degli operatori di mercato, della rete ferroviaria di R.F.I., in forza dell’*Essential Facility Doctrine*);

- la *finalizzazione* delle “regole” e delle misure singolari conformative alla tutela dei clienti o utenti e, più in generale, all’*efficienza e correttezza* concorrenziale del mercato di riferimento<sup>15</sup>.

Naturalmente ciascuno degli elementi strutturali interagisce con gli altri ed assume configurazioni peculiari in funzione dei settori od oggetti da regolare.

Questi elementi comuni devono esser qualificati alla luce di tre *constatazioni di fatto*:

a) nel tempo si sono venuti ampliando gli ambiti od oggetti relativamente ai quali *decisioni* di Autorità indipendenti vengono ad incidere – si ripete: anche mediatamente – sull’autonomia contrattuale;

b) tali decisioni possono avere diversa natura giuridica: regolamenti veri e propri, regolazioni “terziarie” (sovente contenute in provvedimenti generali, variamente denominati: “deliberazioni”, “istruzioni”, “direttive”, “comunicazioni”), ma anche provvedimenti singolari, adottati nell’ambito di procedimenti di controllo/sanzione (come nel caso dell’accettazione degli “impegni” da parte dell’AGCM);

c) il tema della conformazione dei contratti è *strutturale e diffusivo*, soprattutto per quanto riguarda le attività economicamente rilevanti e le regolazioni di esse (nelle quali, si ricorda, sono comprese sia le regolamentazioni che le funzioni di controllo ed intervento); regolazioni che sono attribuite prevalentemente alle Autorità “economiche”, pur non mancando settori nei quali spettano ad amministrazioni “tradizionali” (alla già richiamata “convenzione tipo” tra il MIT e le concessionarie di autostrade si può aggiungere la predisposizione, da parte dell’Amministrazione delle Dogane e dei Monopoli, degli schemi di “contratti tipo” cui i concessionari dei giochi

---

<sup>15</sup> F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *L’autonomia privata*, 43 ss.; sulla strumentalità della regolazione dei contratti al dispiegarsi della corretta concorrenza v. M. LIBERTINI, *Contratto e concorrenza* (voce), in Aa.Vv., *Contratto*, G. D’Amico (a cura di), *Enc. dir. – I tematici I*, Milano, 2021, 246.

e scommesse devono attenersi nei rapporti con gli operatori al dettaglio<sup>16</sup>).

Appare, dunque, indispensabile un *bagno di realtà*, un’immersione nello “stato effettuale delle cose”, vale a dire concentrarsi sulle molteplici modalità di “condizionamento” dei contratti, senza rimanere incagliati su risalenti questioni di principio come la tassonomia delle Autorità “economiche” (*in primis* se siano di regolazione o, invece, di garanzia)<sup>17</sup>, oppure l’ammissibilità, sotto il profilo dogmatico, di integrazioni, surroghe e/o deroghe di norme primarie ad opera di decisioni amministrative, di regolamentazione ed operative.

Quanto meno per quanto riguarda la tematica del “condizionamento” dei contratti, nella realtà effettuale la separazione tra garanzia e regolazione non è più dirimente.

Riguardo, poi al potere integrativo/derogatorio è necessario uno scrutinio puntuale delle non infrequenti violazioni di disposizioni, codicistiche e legislative settoriali, da parte di regole “terziarie” poste da Autorità; cioè dei casi in cui non può valere la giustificazione della loro “invadenza precettiva” fondata sui fini istitutivi delle Autorità stesse e sui valori costituzionali “affidati” loro, quali la tutela della concorrenza e dei contraenti deboli.

Infine, è da considerare che le conformazioni operate dalle Autorità “economiche” si estendono, in molti settori, in ambiti apparentemente esterni ai contratti, ma in realtà ad essi strettamente interconnessi.

Ciò avviene *innanzitutto* per quanto attiene alla struttura organizzativa ed al funzionamento delle imprese, in forma societaria<sup>18</sup>, operanti nei mercati e può riguardare, ad esempio: i modelli organizzativi societari; le procedure relative all’acquisizione del controllo di società quotate; l’autorizzazione a concentrazioni, ch’è sovente condizionata, a tutela della concorrenzialità del mercato rilevante.

---

<sup>16</sup> A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, 2016, 124 ss.; sulla figura del contratto tipo v. E. BATTELLI, *I contratti tipo: modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura effetti e limiti*, Napoli, 2017.

<sup>17</sup> Giusta la nota distinzione di G. AMATO, *Le autorità indipendenti* (1998) ora in Id., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2014, 309 ss.

<sup>18</sup> M. LAMANDINI, *Società (nozione di)*, in *Il diritto Enciclopedia giuridica*, Milano, XV, 2007, 100 ss., icasticamente definisce la società come congiunto di contratto ed organizzazione.

E' superfluo sottolineare come in questi casi la conformazione strutturale, *organizzatoria, condizioni* i contenuti dei contratti di società (e degli statuti) ed anche dei contratti di acquisizione/cessione di partecipazioni.

Un *secondo ambito* riguarda la conformazione e la circolazione dei *prodotti* destinati a particolari mercati.

Ci si limita, anche qui, a due esempi, in apparenza lontanissimi: i prodotti assicurativi ed i cosmetici.

Una direttiva (2016/97) ed un Regolamento IVASS (n. 45/2020) disciplinano la *Product Oversight and Governance – POG*, definibile – schematizzando al massimo – come una proceduralizzazione analitica dell'elaborazione, “sperimentazione”, autoapprovazione, gestione e *revisione/correzione* dei prodotti assicurativi<sup>19</sup>.

La *proceduralizzazione* “spinta”, imposta dall'Autorità, comporta nuovi obblighi di organizzazione e di predeterminazione di sequenze operative che devono essere osservati dalle imprese di assicurazione già nella fase anteriore all'autoapprovazione e commercializzazione del prodotto e proseguono in quella successiva, di distribuzione; obblighi che si “riversano” sull'oggetto del contratto di assicurazione, “*divenendo fonte di un'ulteriore responsabilità in caso di inadempimento*”<sup>20</sup>.

Analogamente, la normativa eurounitaria (Regolamento 1223/2009 CE) che disciplina minutamente la *circolazione controllata* dei prodotti cosmetici ha evidenti ricadute sul contenuto dei contratti della filiera distributiva, che devono definire e ripartire, “a cascata”, le responsabilità<sup>21</sup>.

Nel primo esempio i poteri di intervento, in caso di “disfunzioni”, sono in capo ad IVASS; nel secondo sono in capo alle autorità sanitarie,

<sup>19</sup> In tema v., diffusamente, R. LO CONTE, *La “Product Oversight and Governance” nel diritto assicurativo*, Milano, 2022, 132 ss.; per gli altri due mercati finanziari v. G. BERTI DE MARINIS, *I poteri conformativi delle autorità di vigilanza in ambito bancario e finanziario: l'impatto della product governance sulle imprese e sui contratti*, in Aa.Vv., *Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, M. Angelone e M. Zarro (a cura di), Napoli, 2022, 123 ss.

<sup>20</sup> *ibidem*, 295; adde M. RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione in questa rivista*, 2020, IV, 147 ss.

<sup>21</sup> C. CAMARDI, *La distribuzione “vigilata” dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali*, in Aa.Vv., *Cosmetici. Diritto, regolazione, bioetica*, V. Zeno Zencovich (a cura di), Roma TrE-Press, 2014, 61 ss.

nazionali ed europee, ma in entrambi le discipline pubblicistiche del prodotto, o della sua circolazione – poste a tutela di interessi “costituzionali”, nazionali ed eurounitari – si riverberano sul contenuto e sulla struttura dei rapporti contrattuali intessuti nei rispettivi mercati.

Con un’immagine: la conformazione del *prodotto* assicurativo e quella della *circolazione* dei prodotti cosmetici – due modelli ben noti al diritto pubblico dell’economia “classico”<sup>22</sup> – discende “per li rami” dei rapporti di mercato sino a conformare i contratti.

### 3. *La varietà delle conformazioni contrattuali da parte delle Autorità indipendenti “economiche”*

Il preannunciato “*bagno di realtà*” impone di concentrarsi sullo scenario attuale delle conformazioni, accantonando alcune questioni apicali che in passato hanno appassionato molti studiosi, ma sono ormai superate od appaiono “passate di moda” (ancorché parzialmente irrisolte).

Appare, viceversa, necessario “fissare” alcuni punti fermi cui è sembra approdata, da ultimo, la dottrina:

I) la derivabilità della conformazione da regolamentazioni, provvedimenti generali e singolari; tutti e tre i tipi di decisioni possono dispiegare *efficacia precettiva* (cogente) di tipo conformativo (mentre *nudges*, *moral suasion* e *soft law* hanno natura suppletiva o di indirizzo);

II) la “stabilizzazione” della nozione di conformazione, riferita ai contratti;

III) il già accennato superamento – grazie al concorso di sopravvenienze normative ed approfondimenti dottrinali – dell’originaria, pretesa, separazione tra (poteri di) regolazione e (funzione di) tutela della concorrenza, con l’originaria, netta esclusione dei primi in capo all’AGCM;

IV) la questione dell’attribuzione del potere di conformare attività economiche alle autorità indipendenti, pur in buona misura irrisolta sul piano costituzionale, è stata sopravanzata, sul piano effettuale, da un’“ondata di piena” di precetti conformativi delle più varie strutture e nature, la cui applicazione è spesso intesa estensivamente non solo

---

<sup>22</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995, 207 ss.

dall’Autorità di settore (ad esempio: l’ARERA), ma anche, “trasversalmente”, da quella di tutela della concorrenza e dei consumatori (l’AGCM).

Il profilo *sub IV* verrà ripreso nel successivo paragrafo 4.

Sui primi tre ci si limita a rapide chiose.

*Sub I*) Vi è sostanziale convergenza sul superamento della tesi che l’attribuzione, alle Autorità, di funzioni *normative* (regolamentari o, almeno, di adozione di norme tecniche) sarebbe l’unico presupposto legittimante del potere conformativo.

E’ una tesi opinabile sotto diversi profili:

a) *in teoria generale*, ricordando – con Giannini – come la nozione (dei procedimenti e) degli *atti precettivi* sia più ampia, e comprensiva, di quella di atti normativi (una formula di sintesi può essere: “*tutti gli atti normativi sono precettivi, ma non tutti gli atti precettivi sono normativi*”)<sup>23</sup>;

b) *specularmente* Clemente di San Luca<sup>24</sup> ha dimostrato – una ventina d’anni fa – che fonte di diritto obiettivo possono ben essere atti amministrativi;

c) *ancora*, in un’ottica istituzionale, Berti, parlava di *diffusione della normatività* rilevando che lo Stato, avendo frazionato la sua capacità decisoria, in materia di mercati, “*tra soggetti pubblici creati ad hoc (autorità indipendenti) ha riservato a sé solo una parte della sua intera capacità*”<sup>25</sup> ...;

d) *infine*, due acute studiosi<sup>26</sup> hanno convergentemente dimostrato come atti amministrativi precettivi siano sovente fonte della

---

<sup>23</sup> M. S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1983.

<sup>24</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L’atto amministrativo fonte di diritto obiettivo*, Napoli, 2003.

<sup>25</sup> G. BERTI, *Diffusione della normatività*, 36 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti* (nel medesimo volume collettaneo, Aa.Vv., *L’autonomia privata*, 46 ss.) sottolinea la peculiarità dell’attribuzione alle Autorità – *in primis* dalla “costituzione economica” UE – di garantire la libertà economica “sistemica”; E. DEL PRATO, *Dieci lezioni sul contratto*, Milano, 2011, 23, ha rilevato come si configuri, in capo alle Autorità, un principio di competenza che si affianca a quello di gerarchia delle fonti.

<sup>26</sup> C. SOLINAS, *Il contratto “amministrato”*, Napoli, 2018, 92-95 e 193 ss., nel quale si delinea tale categoria; A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa*, cit.

conformazione contrattuale (come riconosce, da una dozzina d’anni, anche la Cassazione)<sup>27</sup>.

*Sub II*) Il “mutamento di paradigma” è avvenuto tra l’“originaria” *integrazione* e la *conformazione* del contratto.

Studi recenti si interrogano sulla qualificabilità dei contratti *conformati* (o *regolati*) come “*amministrati*”<sup>28</sup> (a sottolineare l’invasività delle discipline precettive).

Al di là della “fascinazione definitoria” sottesa ai *nomina juris* il punto sostanziale è *se e quanto* di autonomia negoziale sopravviva in questi contratti, anche perché i precetti conformativi si riferiscono sovente a contratti *standard*, ai famosi “scambi senza accordo”. L’opinione prevalente è che rimanga in capo ai privati, il più delle volte operatori professionali, non solo la scelta *se* operare nel contesto regolatorio dato, ma anche *come* costruire, sulla base delle “griglie” di precetti autoritativi, modelli di *business* innovativi (si pensi, da ultimo, all’“ambientalizzazione” dei processi e delle scelte imprenditoriali).

*Sub III*) Sul fatto che l’AGCM sia divenuta, prima per via indiretta, poi per vie dirette – tra loro complementari – *anche* autorità di regolazione nell’ambito della “costituzione economica sostanziale”<sup>29</sup> italiana non vi dovrebbero esser dubbi.

L’Autorità esercita multiformi poteri regolatori, in forza di una pluralità di norme primarie, come hanno posto in luce vari studiosi<sup>30</sup>, attenti all’“espansione” dei suoi compiti d’intervento in vari campi delle attività private.

L’ormai risalente<sup>31</sup> contrapposizione tra regolazione e tutela della concorrenza appare attenuata, innanzitutto sotto il profilo propriamente concettuale definendosi «*la regolazione quale fascio di interventi*

---

<sup>27</sup> Cass. Civ., ord. 22 luglio 2011, n. 16141, in *Giur. it.*, 2012, 1559 ss. e ord. 27 luglio 2011, n. 16401 in *Rass. dir. civ.* 2012, 897 ss.

<sup>28</sup> A. SOLINAS cit. alla nota 26; adde C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2022, 179 ss.

<sup>29</sup> S. AMOROSINO, *La “costituzione economica”* in Aa. Vv., *Diritto pubblico dell’economia*, M. Pellegrini (a cura di), Milano, 2023, 95 ss.

<sup>30</sup> C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi*, 92 ss. sottolinea la pluralità e latitudine di significati della locuzione “regolazione”; adde F. TRUBIANI, *Poteri regolatori dell’AGCM ed efficacia conformativa del contratto* in Aa.Vv., *Conformazione degli atti di autonomia*, 13 ss.

<sup>31</sup> S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza* in Aa.Vv., *Regolazione e concorrenza*, G. Tesaurò, M. D’Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, 12.

*normativi (rectius: precettivi) diretti ad operare sul piano del mercato generale non limitatamente a specifici settori»<sup>32</sup>.*

Innanzitutto, l'AGCM adotta regolamenti con efficacia esterna (in tema di *rating* di legalità; conflitto di interessi; lavori, forniture e servizi in economia, etc.).

*In secondo luogo*, produce regole in via indiretta, attraverso la *stratificazione* e *progressiva articolazione* e *specificazione* delle decisioni relative a tematiche generali o a singole fattispecie.

L'accumulo dei "precedenti conformi", compone di fatto un insieme di "linee guida", per tipologie di comportamenti, cui si accompagnano, vari "breviari" di settore", con valenza quanto meno *predittiva* se non precettiva dei tipi di condotte ritenute illecite nei rapporti contrattuali di mercato.

La "giurisprudenza dei precedenti", una volta relativamente stabilizzata (com'è ormai in molti settori) costituisce una sorta di *regolamentazione riflessa* che condiziona le condotte contrattuali degli operatori di mercato.

All'obiezione che tale "giurisprudenza" è per sua natura mutevole – in relazione alle peculiarità delle fattispecie, al mutare dell'assetto dei mercati, alle evoluzioni degli indirizzi normativi – è agevole rispondere che altrettanto accade – com'è di comune esperienza – per quanto riguarda le altre regolazioni di fonte normativa, in particolare di natura tecnica.

Si discute variamente di *regulation by litigation*, o, se si vuole, "*by adjudication*", o, ancora, di criptoregolazione<sup>33</sup> o di *dissuasion*<sup>34</sup>; in tutti i casi, il punto di caduta "sostanziale" è un effetto di condizionamento delle pratiche contrattuali.

Com'è stato notato tra regolazione e soluzione delle controversie non vi è cesura, ma «*una linea continua*»<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> C. ATTANASIO, *ibidem*.

<sup>33</sup> M. ANGELONE, *Diritto privato regolatorio, conformazione dell'autonomi*, cit.

<sup>34</sup> C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale*, cit., 25.

<sup>35</sup> G. NAPOLITANO, *Regulation and Litigation. La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie*, in Aa.Vv., *Tra giurisdizione e regolazione: in ricordo di Antonio Preto*, A. Zoppini (a cura di), Roma, 2017, 139 ss.

E pur se «*Regolare by Litigation non può significar cogliere l'occasione per porre (surrettiziamente) regole nuove*»<sup>36</sup> è pur vero che la *litigation* è il *locus proprius* per l'interpretazione specificativa di regole esistenti e la formulazione di principi di criteri applicativi (proconcorrenziali e riequilibratori) aderenti alla fattispecie in esame.

In sintesi, vi è una sommatoria, in capo all'AGCM:

- sia di poteri regolatori (in senso stretto), attribuitile da disposizioni di vario tipo (l. n. 287/1990 e successive integrazioni, leggi annuali sulla concorrenza, Codice del consumo, etc.);

- sia di poteri di condizionamento dei comportamenti degli operatori professionali, derivanti dai suoi indirizzi costanti “similgiurisprudenziali”.

L'esercizio di entrambi i poteri, il loro “*cumularsi*”, ha prodotto e produce una sorta di “quasi sistema” regolatorio, eterogeneo ma convergente agli effetti pratici che, com'è stato acutamente notato<sup>37</sup>, *sembra coinvolgere almeno due tipologie di livelli*;

a) *un primo livello «procedimentale» nel quale vengono dettati obblighi di condotta, relativi alla fase precontrattuale, contrattuale e di esecuzione*;

b) *di tipo «sostanziale» ... ove la regolazione autoritativa individua una serie di clausole che ... plasmano il contenuto «minimo» dell'accordo regolato.*

#### 4. *Caratteri e limiti, delle potestà precettive delle Autorità riguardo ai contratti*

La soprarichiamata suddistinzione dei poteri regolatori dell'AGCM, in tema di contratti, in “*procedimentali*” e “*sostanziali*” si attaglia, a ben vedere, anche alle Autorità di regolazione “settoriali”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, I, 63.

<sup>37</sup> F. TRUBIANI, *Poteri regolatori dell'AGCM ed efficacia conformativa del contratto* in *Aa.Vv.*, *Conformazione degli atti di autonomia*, 18.

<sup>38</sup> In realtà le Autorità “economiche” sono quasi tutte “multisetoriali”: dalla CONSOB, alla Banca d'Italia, all'IVASS (dalla RCA ai prodotti assicurativi/finanziari), all'AGCM, all'ARERA, all'ART. L'ANAC merita un cenno a parte.

Ciò in quanto ai fini regolatori (nel senso lato, qui accolto) viene in rilievo essenzialmente *l'operazione economica*:

*“Al tempo delle autorità indipendenti la latitudine dell'intervento pubblico appare poi estesa non solo alla morfologia del contratto, ma all'intera operazione economica cui lo stesso contratto accede”*<sup>39</sup>.

Da questa constatazione – e fatte salve le peculiari “modalità regolatorie” dell'ACGM e dell'ANAC – si possono trarre alcuni *minimi comuni denominatori* delle eteroconformazioni dei contratti da parte delle Autorità:

I) la *focalizzazione sull'operazione economica*, comporta che oggetto delle decisioni precettive siano: *i*) la definizione progressiva di *modelli* contrattuali ritenuti conformi rispetto agli obiettivi “canonizzati” per le singole Autorità; *ii*) tali modelli disciplinano diacronicamente tutte le fasi extracontrattuali (promozionali) precontrattuali, contrattuali e del dispiegarsi del rapporto, ivi comprese le procedure di “fuoriuscita” da esso (ad esempio: il passaggio ad altro operatore);

II) la struttura dei precetti o indirizzi, a seconda dei casi conformativa o più genericamente condizionante;

III) i tipi d'incidenza sull'autonomia contrattuale, che si riscontra, volta a volta, nelle discipline relative ai diversi settori o a “tematiche trasversali”;

IV) comune a tutte le regolazioni conformative “dirette” è la delicata, irrisolta questione dei limiti di ammissibilità dei precetti “prodotti” dalle Autorità “economiche” che talvolta derogano o palesemente violano norme primarie o principi generali del diritto civile.

Degli enunciati che precedono il primo è una mera constatazione del contenuto/obiettivo delle decisioni conformative di cui ci occupiamo.

Qualche rapida notazione meritano, invece, le questioni relative alla natura delle decisioni conformative, ai vari modi di possibile incidenza sui contratti ed alla validità ed ai limiti di efficacia delle decisioni conformative delle Autorità.

Quanto alla struttura logica delle regole – “condizionanti” o propriamente conformatrici dei contratti – occorre discernere.

---

<sup>39</sup> C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale*, 58.

Nel caso della regolazione indiretta o mediata, qual è, *in parte*, come si è visto, quella dell'AGCM ed, *in toto*, invece, quella dell'ANAC (con l'entrata in vigore del nuovo “Codice dei contratti pubblici”, d.lgs. n. 36/2023) – ci si interroga se si è in presenza – in una graduazione ascendente d'incidenza – di *nudges*<sup>40</sup>, di indirizzi più o meno articolati e cristallizzati (condizionanti in senso dissuasivo) o di una sostanziale criptoregolazione<sup>41</sup>.

In punto appare convincente l'opinione giusta la quale gli indirizzi cristallizzati e specificati nella stratificazione dei precedenti costituiscono un condizionamento più incisivo rispetto ad una “spinta gentile”, concretandosi in “avvertimenti” sulle conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero da comportamenti “disallineati”; ciò in quanto l'Autorità da cui promanano gli indirizzi stessi ha potestà sanzionatoria.

Appaiono, viceversa, riconducibili al *nudging* i bandi tipo e gli altri atti amministrativi generali adottabili dall'ANAC (ex art. 222, comma 1, d.lgs. n. 36/2023) per promuovere “l'efficienza, la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti” e favorire “lo sviluppo delle migliori pratiche”.

Ad evitare tentazioni “*panregolatorie*” – cui l'ANAC ha ceduto in passato con le discusse “Linee Guida” e con una “cascata” di comunicazioni prescrittive – il legislatore ha circoscritto la funzione degli atti generali da essa adottabili alla *promozione* dell'efficienza e qualità delle stazioni appaltanti.

Venendo ai precetti propriamente conformativi appare persuasiva la tesi<sup>42</sup> della loro inderogabilità relativa (o derogabilità solo *in melius* per le controparti contrattuali degli operatori di mercato).

Appare dunque poco utilizzabile, per quanto qui interessa, la risalente distinzione tra norme cogenti e dispositive.

La tematica delle varie tipologie di interventi “sulla sfera contrattuale” è stata ampiamente “arata” dalla dottrina civilistica, che

---

<sup>40</sup> Tema ben sceverato, in relazione alle regolazioni, da C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi*, 175 ss.

<sup>41</sup> M. ANGELONE, *Diritto privato “regolatorio”*, 453.

<sup>42</sup> v. ancora C. PRUSSIANO, *La conformazione*, 67-69.

ha messo in risalto la molteplicità<sup>43</sup> dei punti d'incidenza andandosi – “per teste di capitolo” – da quelli concernenti la libertà di contrarre, a quelli sulla forma (in particolare a fini informativi) nel procedimento contrattuale<sup>44</sup>, a quelli – numerosi – sul contenuto, in particolare sul regolamento contrattuale, sulla trasparenza, e poi sulle vicende del rapporto e sui rimedi<sup>45</sup>.

Rimane per ultimo – *in cauda venenum* – la questione dei limiti alla profusione e varietà di atti precettivi delle Autorità “economiche” che conformano i contratti.

In altre parole: esiste, e in caso positivo qual' è, la *soglia di ammissibilità* delle discipline derogatorie o *creative* (ad esempio: in materia di contratti bancari, da parte di Banca d'Italia) emanate “a cascata” dalle Autorità?

Fino a che punto può valere la “copertura” assicurata a queste regolazioni un po' solipsistiche, dalla “foglia di fico” procedurale della consultazione degli operatori di settore e dall’“ombrello” della funzione istituzionale, attribuita alle Autorità, di promuovere e tutelare la correttezza (nei confronti dei contraenti” non professionali”) e la piena concorrenzialità dei mercati?

Sotto il profilo dogmatico queste “coperture” “*bonnes a tout faire*” sono molto discusse<sup>46</sup> ma sotto quello effettuale – del “condizionamento” delle contrattualistiche di settore – si rivelano difficilmente scalfibili.

---

<sup>43</sup> G. VILLA, *Autorità indipendenti e conformazione cogente e non del regolamento contrattuale*, relazione al Convegno SISDIC, *Conformazione del contratto e Autorità indipendenti*, ha fatto riferimento ad 11 modi di interferenza.

<sup>44</sup> Che le fasi precontrattuale e contrattuale siano state proceduralizzate, a fini di trasparenza e correttezza, è innegabile, v. S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008.

<sup>45</sup> Si rinvia, per brevità, agli eccellenti studi di C. PRUSSIANI, *La conformazione contrattuale*, 70 ss., per i profili analitici delle varie tipologie di incidenza (e per l'inquadramento nelle problematiche d'apice, ad esempio in tema di oggetto del contratto) e di C. ATTANASIO, *Profili ricostruttivi*, 119 ss. per la collocazione centrale nel diritto privato regolatorio.

<sup>46</sup> A. TRAVI, *Atti normativi delle Authorities, sistema delle fonti e controllo giurisdizionale*, in AA.VV. *Conformazione del contratto e autorità indipendente nel diritto italo-europeo* Napoli, 2023, p. 331.

Ancora una volta torna utile un esempio di attualità, che riguarda la decorrenza della prescrizione biennale dell'obbligo di pagamento delle fatture da parte degli utenti.

Tale obbligo, in passato, era soggetto alla prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art. 2948 cod. civ.

Successivamente, l'art. 1 della l. n. 205/2017 ha riconosciuto ad alcune categorie di utenti il diritto di eccepire la prescrizione biennale del diritto del creditore al pagamento degli importi indicati nelle fatture (relative al servizio idrico) emesse a partire dal 1 gennaio 2020 relativamente alle fatture emesse nei confronti degli utenti domestici o delle microimprese.

L'art. 1, comma 4, della legge ha attribuito all'Autorità di regolazione di settore, l'ARERA, il compito di definire "*le misure in materia di tempistiche di fatturazione tra gli operatori della filiera*".... [In tema l'Autorità, con deliberazione n. 655/2015, aveva stabilito che il documento di fatturazione deve essere emesso entro il quarantacinquesimo giorno successivo alla scadenza del periodo di consumo]. L'ARERA ha *deborato* dal compito assegnatole dalla l. n. 205/2017 – che riguardava unicamente le *tempistiche della fatturazione* – in quanto, con Deliberazione n. 547/2019, ALL. B, paragrafo 2.3., ha disciplinato anche la decorrenza della prescrizione stabilendo che "*La prescrizione biennale di cui alla legge n. 205/17 decorre dal termine entro il quale il gestore è obbligato ad emettere il documento di fatturazione, come individuato dalla regolazione vigente*" [decorre, cioè, dal quarantaseiesimo giorno successivo alla scadenza del periodo di consumo (ad esempio: il bimestre gennaio/febbraio di un determinato anno)].

L'aver fatto decorrere il termine biennale di prescrizione non dalla data effettiva di emissione della fattura, ma dalla data entro la quale la fattura stessa – per prescrizione di ARERA – avrebbe dovuto essere emessa, viola il principio generale enunciato dall'art. 2935 del codice civile: «*La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto [di credito del gestore] può essere fatto valere*», cioè dalla data effettiva di emissione (e di ricevimento) della fattura.

In pratica il combinato disposto delle soprariportate prescrizioni delle Delibere ARERA n. 547/2019 e n. 665/2015 ha determinato la retroattività dell'applicabilità della prescrizione biennale, alla data nella quale la fattura avrebbe dovuto essere emessa, in contrasto con quanto

previsto dalle norme primarie: l'art. 2935 c.c. e l'art. 1 della l. n. 205/2017.

Sulla questione si è aperto un vivace contenzioso risolto dai giudici ordinari nel senso, ovvio, dell'applicazione dell'art. 2935. Da ultimo la (Presidente della) Cassazione con ordinanza n. 12522 del 10 maggio 2023 ha dichiarato inammissibile la questione in punto, ad essa rimessa da un giudice di merito, con la dirimente motivazione che la l. n. 205/2017 «*determina esplicitamente l'evento temporalmente rilevante ai fini della decorrenza del regime prescrizione biennale, individuandolo nella data di scadenza del pagamento delle fatture e non nella erogazione od effettuazione dei consumi*».

Gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Gli studiosi che si dedicano a settori/mercati a maggiore tasso di tecnica ed innovazioni tecnologiche ben sanno che per "fronteggiarle" le Autorità "economiche" e, prima, quelle dell'UE devono costruire combinazioni "regolatorie/contrattuali" inedite.

Se, tuttavia, alle obiettive difficoltà dei contesti si aggiunge lo zelo regolatorio venato di onnipotenza possono sortirne effetti perversi.