

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

ANTONIO JANNARELLI

Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo . . . . .</i>	p.918
<b>PAOLO GROSSI</b>	
<i>Sulla odierna “incertezza” del diritto. . . . .</i>	p.921
<b>GUIDO ALPA</b>	
<i>I principi generali. Una lettura giusrealistica . . . . .</i>	p.957
<b>ANTONIO JANNARELLI</b>	
<i>Dall’età delle regole all’età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno . . . . .</i>	p.991
<b>CLAUDIO CONSOLÒ</b>	
<i>È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla “degiurisdizionalizzazione” arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva . . . . .</i>	p.1061
<b>RAFFAELE DI RAIMO</b>	
<i>Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati . . . . .</i>	p.1095
<b>FRANCESCO FIMMANÒ</b>	
<i>Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell’attività. . . . .</i>	p.1135
<b>MASSIMO RUBINO DE RITIS</b>	
<i>Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all’autonomia privata . . . . .</i>	p.1191

# Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno

---

Il saggio affronta il tema relativo all'emersione sempre più ampia nel diritto scritto di principî collocati a fianco delle regole, prima nelle carte costituzionali e, poi, nella legislazione speciale. La presenza crescente di un diritto per principî si è accentuata nel diritto europeo sino a rappresentare attualmente una caratteristica del diritto post-moderno. Le positive ragioni della scelta dovute alla presenza di società multietniche e fondate sul pluralismo dei valori, convivono però con le singolari distorsioni intervenute nel diritto dell'economia per via del passaggio dalla regolamentazione alla regolazione. Nell'esperienza giuridica post-moderna, la crisi della statualità, l'emersione, accanto al legislatore, di nuovi soggetti protagonisti della produzione normativa (si pensi in particolare alle c.d. Autorità indipendenti) rimettono in discussione la divisione dei poteri, rimescolano la distinzione tra pubblico e privato, tra la giurisdizione civile e quella amministrativa. In particolare, la promozione e la tutela della libera concorrenza sui mercati tendono oggi, paradossalmente, a porsi in maniera autoreferenziale al centro delle discipline: di qui il prevalere, a proposito del diritto delle relazioni economiche, della disciplina amministra-

991

tiva su quella propria del diritto privato, il crescente rischio tanto di una frantumazione delle sfere di giustizia quanto dello sviluppo di molti centri di potere in termini di neofeudalesimo a danno dei più deboli.

*This essay deals with a subject related to the ever broader emergence in the written law of principles accompanying the rules; first, in the Constitution and, then, in special legislation. The growing presence of the right for principles has increased in European law until now where it represents a characteristic of the post-modern right. The positive reasons for the choice are due to the presence of societies that are multi-ethnic and based on a pluralism of values, which coexist, however, with the unique distortion that has occurred in the law of the economy due to the transition from regulation to regulation. Legal post-modern experience, the crisis of statehood, the emergence, alongside the legislature, of new protagonists in the production of rules (think in particular of the so-called independent authorities) call into question the separation of powers, reshuffle the distinction between public and private, and between the civil and administrative jurisdiction. In particular, the promotion and protection of free competition in the markets today tend, paradoxically, to place themselves in a self-referential manner at the center of subject matters: hence the predominance, of the law of economic relations, of administrative law over private law, and the increasing risk of a crack in the sphere of justice as much as in the development of many centers of power in terms of neo-feudalism to the detriment of the weakest.*

Sommario: 1. La normativa per principî nel diritto moderno: una considerazione d'insieme. – 2. I principî nel diritto dell'economia: dalle regole del mercato alla "regolazione" dei mercati. – 3. Il rapporto tra privato e pubblico nel diritto dell'economia: questioni aperte tra diritto dei privati ed i privati dei diritti. – 4. Una conclusione provvisoria e provocatoria. La frantumazione delle sfere di giustizia: dall'età dei principî ad una nuova età dei prìncipi?

## 1. - La normativa per principî nel diritto moderno: una considerazione d'insieme.

Nell'esperienza giuridica europea del Novecento, i principî hanno conosciuto una singolare fortuna, non solo in ordine al rilievo tradizionale avuto nella riflessione della cultura giuridica con specifico riferimento al *Beruf* dei giuristi quanto al mettere ordine nel materiale offerto innanzitutto dal legislatore, ma anche per via dell'intrecciarsi di questa "costante", interna all'indagine dei giuristi, alla circostanza intervenuta nella modernità, dovuta al neocostituzionalismo.

Alla lunga stagione in cui i principî sono stati "impliciti" e, dunque, ricavabili dal diritto scritto si è affiancata quella, apertasi con il Costituzionalismo del Novecento, in cui essi sono entrati esplicitamente tra le modalità di manifestazione espressa del giuridico per cui le norme scritte possono presentarsi formulate in termini appunto di regole o di principî<sup>1</sup>. A voler schematicamente riassumere questo percorso, si potrebbe dire, pur con tutti i *caveat* indispensabili al fine di evitare equivoci, che i principî espliciti sono in definitiva presenti negli ordinamenti giuridici in termini di "*norma statuita*", posto che risultano oggi formalmente inseriti nel diritto scritto, e al tempo stesso di "*norma statuens*", in quanto per la loro concreta operatività richiedono in sede applicativa la concretizzazione in una puntuale *regula juris* o *ratio decidendi*.

L'ampio dibattito intervenuto non solo in sede di teoria delle norme e dell'argomentazione giuridica, ma nella stessa dottrina costituzionalistica a proposito dell'ermeneutica giuridica, ha trovato il suo più significativo terreno di scontro proprio in ragione della configurazione in termini di *principii* di molte disposizioni costituzionali e del legame che sussiste tra principî e diritti, tra principî e valori<sup>2</sup>. L'esistenza di principî chiamati a coesistere e, però, tra loro non facilmente conciliabili, ha evidenziato da

<sup>1</sup> Sul punto si rinvia per tutti a L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, I, 95 ss.

<sup>2</sup> Su questo ultimo problema, in particolare sulla persistenza stessa dell'autonomia piena del giuridico dalla morale si v., in riferimento al dibattito costituzionale, G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Aleyx e Habermas*, in 10 *Ars Interpretandi*, 2005, 177 ss.; sul punto v. anche G. BERTI, *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, ivi, 255 ss.

un lato l'improponibilità dell'applicazione ad essi dei criteri elaborati per la soluzione dei conflitti che normalmente possono riguardare le regole, dall'altro la necessità di individuare ed applicare criteri originali per rispondere a tale problema: criteri variabili in relazione alle singole concrete situazioni che possono presentarsi, con riferimento dunque al loro diverso bilanciamento o alla riconosciuta prevalenza esclusiva di uno di essi, in considerazione delle concrete circostanze applicative.

In questa prospettiva, per via del primato della “ponderazione” sulla tecnica della “sussunzione”, della “ragionevolezza” sulla “ragione”<sup>3</sup>, la cultura giuridica, proprio sulla scorta dell’esperienza giurisprudenziale delle corti costituzionali, ha registrato con sempre maggiore consapevolezza la netta distanza tra le costruzioni sistematiche e coerenti di tipo tradizionale, valide per le regole, ed il quadro originale entro cui si colloca l’operatività dei principî.

Infatti, se nel primo caso, l’applicazione della regola generale alla situazione concreta si realizza sotto forma di sillogismo, nell’ambito del quale la fattispecie assume un rilievo fondamentale ed il profilo procedurale si risolve appunto nello svolgimento del sillogismo, nel caso dell’applicazione dei principî costituzionali e della loro ponderazione, al fine di rinvenire la specifica soluzione, la modalità operativa è determinante: in questo caso non si tratta semplicemente di dare applicazione alla regola, bensì di scoprirla e di formalizzarla attraverso appunto il bilanciamento tra i principî<sup>4</sup> che compongono il sistema dei valori costituzionali. In questo caso, dunque, la qualità argomentativa della singola decisione non è legata alle modalità con cui si utilizza la logica astratta e formale, ma dal modo in cui

---

<sup>3</sup> Sul punto si è accumulata una letteratura immensa: *ex multis* M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, ivi ampia bibliografia, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee* (Roma, 24-27 ottobre 2013), rinvenibile al sito della corte costituzionale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009; F. VIOLA, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in *Persona y derecho*, 2002, vol. 46, 35 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

<sup>4</sup> In questi termini, in particolare sul rilievo del profilo procedimentale legato all’applicazione dei principî anche nel diritto privato, si v. X. LAGARD, *La procéduralisation du droit (privé)*, in C. PIGACHE (a cura di), *Les évolutions du droit: Contractualisation et procéduralisation*, Rouen, 2004, 142.

nella specifica situazione da vagliare si coglie e si applica il sistema dei valori costituzionali<sup>5</sup>.

Per via della loro elasticità di contenuto e, in presenza di conflitti, della loro diversa rilevanza ed operatività secondo i concreti casi che emergono nella prassi, i principî costituzionali e, per il loro tramite, lo stesso diritto costituzionale non sfuggirebbero al “principio di indeterminatezza” individuato dalla fisica moderna a proposito del comportamento delle particelle atomiche<sup>6</sup>.

A ben vedere, questa conclusione, importante per un corretto approccio ermeneutico al diritto costituzionale, in quanto impone la necessità da sottrarre dunque a pregiudizi e inutili resistenze l’individuazione per il diritto costituzionale di un itinerario in sede di interpretazione diverso da quello tradizionalmente applicato al diritto positivo, finisce, nella sua *pars destruens*, con il rendere comprensibile il persistente atteggiamento di cautela, se non ostilità, da parte dei giuristi positivi nei confronti della presenza dei principî espressi in norme scritte: atteggiamento, a ben vedere, ampiamente registrato e tuttora persistente anche per quanto riguarda

---

995

<sup>5</sup> Come è stato di recente rimarcato [A. RUGGIERI, *La Corte costituzionale, la “logica” del caso e la motivazione insufficiente (dialogando con alcuni matematici sulla sent. n. 310 del 2010)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 26 giugno 2012], è il riferimento al sistema dei diritti costituzionalmente protetti e non al singolo diritto che segna la differenza tra l’approccio della nostra Corte costituzionale (si v. in particolare la decisione 4 dicembre 2009 n. 317) e quello seguito dalla corte europea dei diritti dell’uomo.

<sup>6</sup> In questi termini, le recenti conclusioni di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, che formalizza, con riferimento ai più moderni sviluppi della fisica, il crescente grado di indeterminatezza che accompagna la prassi costituzionale (sul punto si v. per una sintesi M.F. TENUTA, *Linee di tendenza del costituzionalismo contemporaneo: «spostamento di potere» ed «effetto di indeterminazione»*, in A. BALLARINI, *Diritti Interessi Ermenutica*, Torino, 2012, 155 ss. Al di là dell’accostamento, resta indubbia la diversa portata operativa del principio di indeterminatezza. Infatti, nell’ambito della fisica, esso segnala la presenza di un disordine cognitivo che, in realtà, convive pur sempre con l’oggettiva armonia disarmonica del cosmo. Applicato al diritto contemporaneo, esso segnala, viceversa, un disordine funzionale ed operativo del diritto, quale sottosistema di controllo sociale emerso nella modernità. In questo caso, il disordine cognitivo quanto alla riduzione a sistema delle norme giuridiche, si lega e riflette una concreta difficoltà operativa delle stesse norme che inevitabilmente apre uno scenario del tutto nuovo in quanto si prospetta un diverso complessivo assetto dei rapporti sociali, dentro e fuori le realtà statuali, totalmente lontano dalla calcolabilità weberiana: assetto che potrebbe da un lato ridefinire il ruolo del diritto, dall’altro portare ad un nuovo diverso equilibrio (al riguardo, in termini disincantati ma senza pregiudizi, si v. S. CASSESE, *C’è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in D. GALLI-M. CAPPELLETTI, *La qualità delle regole nella società contemporanea*, Roma, 2014, 19 ss.; sul punto, v. *infra* nel testo) ma che pur sempre rifletterebbe un «monde d’incertitudine, di relativisme, d’indetermination» (così J. CHEVALLIER, *L’état post-moderne*, Parigi, 2004, 93).

da le clausole generali pur presenti nella stessa codificazione civile e, però, a tutt'oggi molto poco praticate nella nostra prassi giurisprudenziale<sup>7</sup>. In effetti, nella modernità giuridica, fatta la debita tara delle carte costituzionali, in particolare del ruolo fondamentale che in esse assolvono i principî anche come *guidelines* che il legislatore è tenuto a rispettare, la legislazione ordinaria si è tradotta fondamentalmente nella fissazione di regole generali ed astratte caratterizzate, in definitiva, dalla previsione di molteplici fattispecie, piuttosto che nell' introduzione di semplici principî. Conclusione, questa, del tutto comprensibile in quanto in piena coerenza con la divisione dei poteri introdotta negli Stati moderni e con la centralità istituzionale riconosciuta al Parlamento quanto alla monopolistica produzione della legislazione. Del resto, come si è cercato di evidenziare in precedenza, è già a partire dalla stessa codificazione civile che si è avviato siffatto indirizzo: indirizzo che in passato né la legislazione speciale, ancorché ispirata a principî diversi da quelli alla base della codificazione civile, né la cauta previsione di clausole generali nell'ambito del diritto privato hanno sostanzialmente scalfito. Per altro verso, nonostante i significativi mutamenti intervenuti nella teoria dell'interpretazione che hanno esaltato il ruolo creativo dell'interprete, il concreto ambito di azione di quest'ultimo resta pur sempre e comunque condizionato dalle puntuali

<sup>7</sup> Sul punto esiste un'ampissima letteratura, a partire dalle fondamentali riflessioni aviate da S. ROTOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; da ultimo per una approfondita disamina si v. E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 183 ss. A nostro avviso, se da una parte può convenirsi con conclusione secondo la quale sul piano strutturale le clausole generali si presentano simili ai principî (per una piena equiparazione si v. per tutti G. ALPA, *I principî generali*, cit., 360), esse si differenziano dai principî proprio in quanto questi ultimi presentano un contenuto al tempo stesso assiologico e assiomatico: come tali dunque i principî sono di rango superiore rispetto alle clausole: sul punto si v. S. ROTOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss. secondo il quale «le clausole generali non sono principî, anzi sono destinate ad operare nell'ambito dei principî»; nei medesimi termini si v. da ultimo M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, ivi, 2011, 345 ss. Al riguardo, è esemplare il caso della "buona fede": il termine ricorre in molte norme del codice civile sotto forma di diverse clausole generali (in tema di interpretazione, di esecuzione, di integrazione del contratto). Ebbene le norme che contengono queste clausole generali sono, a loro volta, tutte riconducibili ad un comune più generale paradigma: il principio di buona fede. Sulle clausole generali nell'esperienza europea con riferimento in particolare alla disciplina del contratto, si v. i saggi raccolti da S. GRUNDMANN-D. MAZEAUD, *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law*, in *EC Law and Contract Law Codification*, 2006; per altri riferimenti M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio norme a contenuto indeterminato*, cit.

modalità di formulazione delle norme da interpretare, secondo che queste si presentino in termini di regole o di principî.

Ebbene, le considerazioni da ultime svolte permettono di cogliere la significativa discontinuità, rispetto al *trend* ora richiamato, dell' indirizzo che negli ultimi anni sta emergendo in misura singolare nella nostra legislazione ordinaria, anche a fronte di quanto sta analogamente avvenendo in altri paesi, europei e non.

A ben vedere, infatti, e senza pretese di esaustività, la legislazione ordinaria degli ultimi anni registra un' espansione inusuale del ricorso a principî espressi. In effetti, come si è giustamente osservato da tempo da più parti, il multiculturalismo ed il pluralismo dei valori, propri delle società multietniche contemporanee, hanno favorito in molti campi l'avvento di una legislazione che non può più affidarsi sempre alla fissazione di regole tarate su specifiche fattispecie. Essa richiede sempre di più strumenti di intervento flessibili che si limitino a segnalare gli obiettivi da perseguire, il modello procedimentale da rispettare, al di fuori di una rigida predeterminazione di tutte le condizioni necessarie per il loro raggiungimento. La crescente complessità della società e delle sue articolazioni, il pluralismo crescente dei valori ivi presenti hanno da tempo registrato la caducità della idea weberiana circa la capacità e sufficienza della sola razionalità alla base delle regole presenti nella legislazione statale in ordine al governo dei fatti sociali.

Sotto questo profilo, dunque, il ricorso ai principî, più che riflettere un'impotenza del legislatore, risponderebbe ad un *selfrestraint*, per certi versi doveroso, da parte dello stesso. Infatti, nelle aree in cui il rispetto del pluralismo è ineludibile, l'introduzione di regole precise ben potrebbe integrare una scelta di campo a favore di taluni valori nei confronti di altri. Inoltre, vi sono situazioni in cui, proprio per via della natura squisitamente etica delle questioni in gioco, le decisioni vanno tenute fuori dall'area del giuridico: sotto questo profilo, il ricorso ai principî può costituire lo strumento più idoneo a porre un freno alla regolamentazione, rappresentare, dunque, il presidio indispensabile per prevenire una compiuta quanto inaccettabile giuridificazione. A titolo meramente esemplificativo circa le situazioni in cui la fissazione di regole si rivelerrebbe non solo inadeguata, ma anche foriera di effetti più che discutibili dal punto di vista della

stessa legittimità costituzionale delle scelte disciplinari, si considerino le problematiche al centro della bioetica quali appunto quelle che riguardano l'inizio e la fine della vita<sup>8</sup> e che coinvolgono la salute delle persone<sup>9</sup>. In altri termini, nei casi in cui più accentuato è il pluralismo dei valori in gioco, il ricorso a regole si rivela inadeguato posto che, se è pur vero che esse si caratterizzano per la prevedibilità e per la calcolabilità weberiana<sup>10</sup>, è altrettanto indubbio che esse potrebbero rivelarsi deboli sul piano della legittimazione sociale, in quanto sono necessariamente selettive nelle scelte di valore. Viceversa, i principî, sebbene non soddisfacenti sul piano della prevedibilità, godono di maggiore legittimazione sociale, proprio perché flessibili e dunque aperti al pluralismo valoriale<sup>11</sup>: come tali appaiono più in linea con il ruolo da assegnare al diritto nelle società c.d. postmoderne<sup>12</sup>. Il che non esclude che anche in questi ambiti operativi il ricorso ai principî presenti margini di debolezza e discutibilità: non solo perché i valori in gioco ben potrebbero non rispondere ad un più generale *ethos* condiviso, ossia riflettere irriducibili distanze in termini di *Weltschauung*<sup>13</sup>, ma anche perché l'ambito soggettivo dei conflitti priva-

<sup>8</sup> Si pensi alla vicenda di Eluana Englaro (in stato vegetativo dal 1992 sino alla morte intervenuta nel febbraio del 2009) al centro di una lunga vertenza giudiziaria iniziata nel 1999 e culminata con una decisione della suprema corte di cassazione del 16 ottobre 1997 cui sono seguite, accanto ad altre, rispettivamente la sentenza della corte di appello di Milano del 8 luglio del 2008, quelle della corte costituzionale del 8 ottobre 2008 sul conflitto di attribuzione avanzato dal parlamento italiano, e del TAR del 26 gennaio 2009 nonché il disegno di decreto legge del governo Berlusconi non firmato dal presidente della Repubblica. Sul caso, per una ricognizione puntuale degli eventi ed una ampia bibliografia si v. M.C. BARBIERI, *Il caso Englaro e Welby: diritto e fine della vita fuori dei 'casì di scuola'*, in *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2010, n. 1, 106 ss. Sui problemi di bioetica e di biodiritto suscitati da tale vicenda si v. per tutti M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Bologna, 2008; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato ed i suoi limiti*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, 191 ss.

<sup>9</sup> Sul punto si rinvia alla sempre ricche e stimolanti osservazioni di S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006.

<sup>10</sup> Sulla razionalità del diritto nella prospettiva weberiana si v. la ricerca di M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Laval, 1995; sul punto si v. R. MARRA, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in *Sociologia del diritto*, 2005, 43 ss.

<sup>11</sup> Sul punto si v. C. DAHLMAN, *Predictable Rules and Flexible Principles. The Problem of Ideological Pluralism and Legitimacy*, in L. WINTGENS, *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, 2002, 81 ss.

<sup>12</sup> Sui caratteri del diritto postmoderno appaiono ancora preziose le osservazioni di P. MAISANI-F. WIENER, *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, in *Droit e société*, 1994, 443 ss.

<sup>13</sup> Sulla problematicità che si prospetta a fronte del multiculturalismo delle società contemporanee si v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 85 ss.

tistici da prendere in considerazione potrebbe non essere circoscritto, bensì presentare rilievo di massa e, dunque, assumere un'effettiva incidenza sociale. A titolo esemplificativo, mentre il principio del *best interest of the child* si rivela adeguato sul piano funzionale, in quanto interviene in contesti di conflitti ben delineati sul piano dei soggetti coinvolti, il principio del consenso al trattamento sanitario risulta improponibile in caso di trattamenti sanitari obbligatori in cui rileva anche la salute di terzi soggetti; per lo stesso motivo, nel caso della disciplina relativa all'aborto, l'obiezione di coscienza individuale dei medici deve confrontarsi con la domanda sociale di assistenza sanitaria nei caso di interruzione della gravidanza. Più difficile, per le medesime ragioni, può presentarsi la soluzione del problema relativo al rispetto del velo o di particolari abbigliamenti per ragioni religiose, in cui la regola sociale corrispondente ad un particolare culto e all'appartenenza ad una comunità religiosa entra in contrasto con l'esigenza della sicurezza collettiva<sup>14</sup>, ovvero il caso in cui le mutilazioni legate a particolari pratiche religiose di specifiche comunità entrano in conflitto con il rispetto della integrità del corpo elevato a diritto inviolabile dell'uomo<sup>15</sup>.

---

999

<sup>14</sup> Si considerino al riguardo le leggi adottate in Francia: quella 15 marzo 2004, n. 2004-228 relativa al divieto di portare segni o abiti che manifestino una appartenenza religiosa nelle scuole, nei collegi e nei licei pubblici, quella dell'11 ottobre 2010 (su cui si v. M.C. IVALDI, *Verso una nuova definizione della laicità? La recente normativa a proposito dei segni religiosi nella scuola in Francia*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2004, 1133 ss.) e la più recente del 11 ottobre 2010, n. 2010-1192 sul divieto di tenere celato il viso in pubblico, cui è seguita la circolare applicativa del 2 marzo 2011: questa ultima legge (già passata al vaglio del Consiglio di Stato francese che l'ha ritenuta conforme alla costituzionalità con la decisione 7 ottobre 2010, n. 2010-613 facendo leva sull'esigenza di tutelare l'ordine pubblico) è attualmente al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo che si pronuncerà a metà del 2014.

<sup>15</sup> Sul tema si v., per una utile rassegna, A. RANDAZZO, *Ruolo genitoriale e società interculturale*, rinvenibile al sito [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it). Con specifico riferimento alla circoncisione, è significativo l'acceso dibattito emerso anche in sede politica. Infatti, a seguito di una sentenza della corte di appello di Colonia che ha ritenuto la circoncisione praticata su un bambino per ragioni religiose lesiva del diritto fondamentale all'integrità fisica, il Parlamento tedesco ha nel dicembre del 2012 adottato una legge che ne permette l'esecuzione sempre che essa sia effettuata su bambini entro sei mesi dalla loro nascita da persona idonea anche se non medico. A fronte di questa decisione, intervenuta dopo le rimostranze della comunità ebraica, il Consiglio di Europa con la risoluzione 1952 del 2013 ha ritenuto la circoncisione una violazione dell'integrità fisica dei minori, chiedendo tra l'altro agli Stati membri di legiferare anche su operazioni per tatuaggi e piercing al fine di assicurarsi che il minore sia in grado di dare il suo consenso. Quanto alle mutilazioni femminili, si v. la Risoluzione del Parlamento europeo 2001/2035, in GUCE C 77 E/126 ss.

## 2. - I principî nel diritto dell'economia: dalle regole del mercato alla "regolazione" dei mercati.

In realtà, se si analizzano più da vicino sia le altre molteplici ipotesi in cui nella legislazione ordinaria emerge il ricorso ai principî, sia le modalità con cui il fenomeno si presenta, è possibile individuare alla loro base anche ben altre e diverse ragioni, tutte peraltro convergenti nel segnalare da un lato il diffuso malessere che attraversa il tradizionale potere legislativo incentrato sulle assemblee parlamentari, manifestazione propria della moderna sovranità statale, dall'altro, il moltiplicarsi delle situazioni in cui entra in crisi la divisione stessa dei poteri.

Senza alcuna pretesa di esaustività, è sufficiente limitarsi a richiamare in questa sede quanto sta avvenendo nell'ambito del diritto dell'economia e della disciplina delle attività economiche, ossia nell'area in cui, la globalizzazione delle relazioni economiche ha contribuito in maniera decisiva a mettere in crisi il monopolio statale della legislazione, a vantaggio di un policentrismo che vede il coinvolgimento di una pluralità di istituzioni nazionali e sovranazionali, pubbliche e private. La perdita di forza centripeta degli Stati, la crisi stessa dei moduli organizzativi, in particolare dei partiti politici e dei sindacati, ossia delle entità collettive che hanno permesso alla società civile di dialogare con la politica, hanno innescato un singolare processo che non ha inciso soltanto su alcuni pilastri delle moderne democrazie rappresentative<sup>16</sup>, ma anche sul complessivo assetto dell'ordinamento giuridico. Come è stato sinteticamente segnalato, «un filtrante movimento di destrutturazione ha cominciato ormai ad attraversare lo stesso ordine giuridico sempre più esposto a una persistente spinta

<sup>16</sup> Sul punto, vi è una ampia letteratura: si rinvia per tutti all'agile sintesi di C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003. Peraltra un sintomo eloquente della crisi o se si vuole della "trasformazione" della democrazia (in questi termini N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2005) può rinvenirsi nella singolare riscoperta da parte della letteratura storico-politica del tema classico della democrazia: si v. al riguardo *ex multis* L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2004. Sul piano della riflessione più strettamente giuridica, il tema si è focalizzato sulla crisi della democrazia rappresentativa secondo la moderna forma parlamentare, nonché sul possibile rapporto con altre modalità di "partecipazione": sul punto si rinvia per tutti a U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

centrifuga di moltiplicazione, frammentazione, differenziazione e vera e propria dispersione dei luoghi stessi della produzione giuridica (...)»<sup>17</sup>.

Non è questa la sede per entrare nel merito del più ampio fenomeno legato alla globalizzazione, che ha inciso in maniera significativa sul sistema delle fonti, segnando il passaggio nel sistema giuridico, anche all'interno delle stesse esperienze nazionali, dal paradigma kelseniano della piramide proprio degli stati sovrani a quello della rete, del *network*<sup>18</sup>, per cui all'indebolirsi delle sovranità statali, per via della tendenziale autonomizzazione dell'economia dalla politica, si è accompagnato non solo una sensibile divaricazione tra Stati e le rispettive strutture dell'amministrazione<sup>19</sup>, ma il dislocarsi di rilevanti poteri decisionali in una costellazione di nuovi soggetti privati e pubblici presenti in una arena globale de-territorializzata<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Così V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, XIII. Sulla dissoluzione dell'idea di "polis" e di "civica" ed il disfacimento della sfera pubblica si v. le meditate pagine di A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; quanto alla complessiva "segmentation de la raison juridique" connessa alla crisi della sovranità degli Stati si v. anche l'ampio studio di A.J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, 2, *Gouvernance sans frontières, entre mondialisation et post-mondialisation*, Parigi, 2003. Più articolato, nel senso dell'ottimismo, il giudizio sull'attuale momento storico suggerito da S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Siviglia, 2012, il quale vede nella partecipazione un utile surrogato rispetto ad un compiuto percorso democratico.

<sup>18</sup> Si v. al riguardo il lavoro di F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Quanto alla molteplicità delle metafore utilizzate per segnalare la crisi del monopolio statuale circa la produzione legislativa del diritto si v. F. OST, *Dalla piramide alla rete un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo. Estratti da: Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2013, 36.

<sup>19</sup> Su questo specifico punto, cui si lega anche l'emergere della c.d. *Global Administrative Law*, si rinvia per tutti a S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2008; S. CASSESE-P. SCHIERA-A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2010; B. KINSBURY-N. KRISCH-R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in 68 *Law and Contemporary Problems*, 2005, 15 ss.: fascicolo tutto dedicato al tema. Nella prospettiva europea si v. E. CHITI-B.G. MATTARELLA, *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011; nonché i saggi di giuristi italiani presenti in AA.VV., *Global Administrative Law: an Italian Perspective*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Global Governance Programme (RSCAS) Policy Paper*, 2012/04.

<sup>20</sup> L'attuale *global legalism* appare ben delineato nelle tre caratteristiche individuate da E.A. POSNER, *The Perils of Global Legalism*, Chicago, 2009, 28 ss., il quale ha parlato appunto di *legislation without legislators, enforcement without enforcers, adjudication without courts*. Sul tema si v. la stimolante lettura in chiave storica offerta da A. SUPROT, *The Territorial Inscription of Laws*, in G.P. CALLIESS-A. FISCHER-LESCANO-D. WIELSCH-P. ZUMBANSEN (a cura di), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin, 2009, 375 ss.; Id., *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Parigi, 2005, 164 ss. (nella traduzione italiana, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, 133 ss.). Per questo

Preme qui soffermarsi, sia pure schematicamente, sui mutamenti intervenuti quanto alle forme ed alle tecniche con cui si manifesta la produzione normativa. Tradizionalmente, infatti, la regolamentazione privatistica dell'economia è stata affidata alla disciplina generale in materia di contratto nonché a quella dei contratti speciali prevista nel codice od introdotta dalla successiva legislazione. Ad entrambe siffatte discipline si è affiancato l'intervento pubblico dello Stato manifestatosi attraverso il suo diretto coinvolgimento nelle attività produttive grazie alle imprese pubbliche ovvero in virtù di un più spinto dirigismo economico che nell'esperienza giuridica europea di larga parte del Novecento si è manifestata, tra l'altro, sotto forma di fissazione autoritativa dei prezzi, controllo della produzione e delle importazioni, controllo dei movimenti dei capitali, limitazione incisive dell'autonomia privata etc.

Ebbene, nel quadro della crisi del *welfare State* e della ripresa neoliberista intervenuta negli ultimi decenni del secolo scorso<sup>21</sup>, la disciplina generale codicistica sugli atti di autonomia privata se da un lato è stata riscoperta, a causa del venir meno dei regimi vincolistici adottati in precedenza, dall'altro si è rivelata del tutto inadeguata a fronteggiare la varietà e la complessità delle situazioni che emergono nei singoli mercati<sup>22</sup>.

Infatti, a tacer d'altro, ciascuno di questi ultimi presenta attualmente caratteristiche strutturali e peculiarità dovute sia alla singolarità dei beni e dei servizi, volta a volta coinvolti, sia alle modalità stesse di attuazione delle

---

quadro, in cui il potere decisionale dell'economia planetaria è nelle mani di pochi soggetti, non necessariamente coincidenti peraltro con Stati sovrani, bensì con potenti gruppi privati, a fronte dei quali si colloca, in una posizione comunque subordinata, una sempre più frammentata congerie di piccoli poteri, si è finito con il parlare di un neofeudalesimo: in questi termini, si v. tra gli altri, T. DUVAL, *The New Feudalism: Globalization, the Market, and the Great Chain of Consumption*, in 25 *New Political Science*, 2003, 81 ss.; nonché i saggi a cura di J. LEFEBVRE, *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, Parigi, 2006; sul punto v. *infra* nel testo.

<sup>21</sup> Per una felice quanto limpida sintesi dei mutamenti intervenuti nel rapporto tra diritto ed economia nel nostro paese si rinvia per tutti a S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1995.

<sup>22</sup> In senso critico circa la mitizzazione dirigistica, tirannofoica, del modello tradizionale di intervento pubblico negli States, effettuato secondo la logica del "command and control", alla base della "regulatory reform" inaugurata da Reagan e immezzante alla "selfregulation", si v. la ricerca sulla letteratura effettuata da J.L. SHORT, *The Paranoid Style in Regulatory Reform*, in 63 *Hastings L.J.*, 2012, 633 ss. Sull'evoluzione che il contratto ha registrato nella nostra esperienza a partire dalla codificazione sino ai numerosi interventi del diritto europeo si v. la sintesi offerta da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

operazioni economiche (ciascuna delle quali è in grado di favorire ulteriori segmentazioni del mercato unitario), sia, infine, alle caratteristiche dei protagonisti delle relazioni economiche e della diversità degli scopi perseguiti da questi ultimi.

In questa vicenda, a ben vedere, si coglie il mutamento più imponente intervenuto nell'economia mondiale, dopo l'avvento degli Stati moderni e l'avvio del capitalismo industriale. Infatti, in epoca premoderna, a prescindere dalla relativa limitatezza degli scambi commerciali affidati ai mercanti, la prevalente presenza di circuiti di scambio assoggettati a rigorosi controlli pubblici, a rigidità corporative, a meccanismi protezionistici ispirati al modello della c.d. “economia morale”<sup>23</sup>, ha comportato la frantumazione delle regole disciplinatrici anche degli scambi avverso la quale, come si è visto in precedenza, si è cercato di porre rimedio già nel corso dell’Ancien Régime.

Siffatta frantumazione, legata anche alla prevalenza degli usi locali, non dipendeva dalla natura dei beni e dei servizi coinvolti, bensì quasi esclusivamente dalla limitatezza territoriale di operatività delle regole adottate nell’ambito della quale si realizzavano in prevalenza gli scambi. In questa prospettiva, la nascita degli Stati moderni, con la progressiva unificazione della legislazione civile culminata nelle codificazioni (sia quella civile, sia quella commerciale), ha favorito, traendone al tempo stesso una spinta propulsiva, proprio la formazione di mercati unici nazionali: mercati unici, appunto, in quanto strutturati giuridicamente sulla base di legislazione civili uniformi per tutto il territorio nazionale e, in larga parte, indifferenti rispetto alla natura dei beni e dei servizi coinvolti.

Ebbene, il mutamento radicale intervenuto nelle società a capitalismo avanzato nel corso del Novecento e accentuatosi in occasione della crisi del *welfare state* e dell'interventismo pubblico nell'economia, è che il ripre-

<sup>23</sup> Il riferimento è al celebre saggio di E.P. THOMPSON, *L'economia morale*, Milano, 2009, a proposito del modello praticato nell'economia premoderna europea fondato su un controllo istituzionale del mercato e in rispondenza, per altro, con una idea popolare di giustizia. Modello, è il caso di osservare, che è entrato in crisi progressivamente alla fine del Seicento a partire dall'Inghilterra: non a caso un acuto osservatore come Ch.-L. MONTESQUEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2013, 498, scrivendo nei primi decenni del Settecento, già coglieva la differenza dell'esperienza dell'Inghilterra da quella dell'Europa continentale proprio nel fatto che «altre nazioni hanno sottoposto gli interessi del commercio agli interessi politici: questa ha sempre sottoposto gli interessi politici agli interessi commerciali».

sentarsi della frantumazione dei mercati e della loro diversificazione quanto a funzionalità non è più dovuta, come è accaduto in età premoderna, alla limitata dimensione territoriale degli stessi, posto che ormai si è venuto a determinare un vero e proprio *continuum* spaziale nei traffici, siano essi nazionali od internazionali<sup>24</sup>.

Attualmente, la differenziazione e la distinzione più macroscopiche tra i mercati e che hanno inciso in maniera significativa sulla funzionalità del sistema concorrenziale, sono dovute a ragioni interne ai singoli segmenti, in particolare dipendono dalle caratteristiche anche tecniche delle merci coinvolte (siano essi beni o servizi) e soprattutto, anche a causa di queste, dalle singolari peculiarità acquisite dai contenuti disciplinari delle relative operazioni negoziali introdotte dall'autonomia privata. Si tratta, in questo ultimo caso, di un mutamento radicale dovuto al pieno ed incontrollato dispiegamento dell'iniziativa privata. Nel far leva prepotentemente sul diritto dispositivo<sup>25</sup>, previsto dalla disciplina generale dei contratti e da quella dei singoli contratti speciali, e sfruttando la crescente asimmetria informativa degli interlocutori negoziali, l'articolata prassi negoziale ha contribuito, pur nella fissità dei contratti nominati e dei tipi c.d. sociali, all'effettiva diversificazione regolativa dei contratti secondo distinti settori, merceologici e non. Di conseguenza, per via della crescente opacità e mancanza di trasparenza dei contenuti regolativi dei contratti, si è accentuata nel tempo la disfunzionalità operativa dei mercati a danno dell'intero sistema sociale ed economico.

In altre parole, la realtà effettuale ha evidenziato in misura crescente che le discipline generali, a partire da quella destinata a tutti i contratti sino a quelle presenti per i singoli tipi contrattuali, si sono rivelate sempre più inadeguate per fronteggiare i concreti processi economici, proprio per via della riscontrata accresciuta distanza tra l'articolarsi delle prassi – secondo i beni ed i servizi coinvolti e le diverse “qualità” socio-economiche e

---

<sup>24</sup> Su questo aspetto della globalizzazione si v. le dense pagine di N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

<sup>25</sup> Sul diritto dispositivo dei contratti, ma in una prospettiva di indagine circoscritta agli orientamenti degli interpreti professionali, si v. il recente contributo di M. GRANDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011; nei termini critici qui richiamati si v. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 673 ss.

professionali dei contraenti – e l’inevitabile generalità ed astrattezza delle regole presenti nella codificazione civile in materia contrattuale<sup>26</sup>, che riflettevano un concreto orizzonte economico attualmente non più esistente. Queste ultime regole, infatti, rispondevano, nel migliore dei casi, ad una configurazione, ormai tramontata, di un mercato generico ed onnicomprensivo, peraltro assunto come perfettamente funzionante, dunque senza costi di transazione, come tale del tutto indifferente alla diversità sia delle “merci” coinvolte, sia dei soggetti impegnati nelle operazioni negoziali.

Per altro verso, il carattere di “massa” assunto da molte negoziazioni, diversificantesi in relazione allo specifico mercato o segmento dello stesso, pur nell’unicità del tipo contrattuale utilizzato (si pensi alla vendita, alla somministrazione, al mandato, etc.), ha altresì reso evidente da un lato l’inadeguatezza di possibili risposte puntiformi su singole controversie fondate sull’applicazione giudiziale della sola clausola generale di buona fede, dall’altro, l’improponibilità di affidare a quest’ultima il compito “erculeo”<sup>27</sup> di fronteggiare le asimmetrie informative alla base dei molti squilibri che si determinano nello stesso semplice assetto giuridico delle relazioni negoziali<sup>28</sup>. In altri termini, a fronte della contrattazione di

---

1005

<sup>26</sup> Per questo rilievo si v. per tutti G. Grrri, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2008, 461 ss.

<sup>27</sup> Il termine usato nel testo riferisce alla clausola di buona fede l’attributo che nella sua impostazione R. DWORAKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 203 ss., ha suggerito per qualificare il giudice in grado di individuare la soluzione giusta e unica per tutti i casi possibili, grazie all’elaborazione di un sistema di principi da coniugare con tutti i testi normativi vigenti.

<sup>28</sup> In questo contesto, a ben vedere, al di là dello scetticismo autorevolmente già evidenziato circa la possibilità di addivenire alla costruzione di un codice civile europeo (si v. per tutti L. Mengoni, *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa*, Roma, 1993, 3 ss.) e a prescindere dalle reazioni anche scomposte emerse a difesa della propria esperienza nazionale, pur considerata modello per altre realtà (in ordine a quanto emerso in proposito nella letteratura giuridica francese a metà degli anni 2000 si v. R. MICHAELS, *Code vs. Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code civil in the French Resistance to a European Codification*, in *8 European Review of Contract Law*, 2012), l’elaborazione di una codificazione civile a livello europeo che tenga pur conto delle esigenze specifiche dei consumatori non può essere assunta come credibile alternativa al particolarismo disciplinare sin qui emerso a livello europeo e non solo dei singoli Stati. Infatti, ciò equivarrebbe al ritorno ad una prospettiva irrealistica e comunque politicamente in contrasto con gli obiettivi sinora perseguiti a livello europeo di dare effettività al funzionamento nei territori dell’Unione non certo di un indifferenziato mercato, bensì di una molteplicità di mercati aventi caratteristiche diverse e come tali esigenti risposte normative differenti: sul punto, si v. le considerazioni di S. GRUNDMANN, *The Future of Contract*

massa, tipica dei moderni rapporti contrattuali di mercato, il problema

---

*Law*, in *7 European R. of Contract Law*, 2011, 490 ss., in part. 513 ss. Come dire, dunque, che una nuova disciplina generale del contratto non può costituire la risposta adeguata alla molteplicità dei problemi che si presentano sul piano della concreta *regulation*, sia pure in chiave competitiva dei singoli mercati: per un giudizio critico con riferimento all'esperienza derivante dal progetto di cui al *Draft Common Frame of Reference* cit. siv. G. BELLANTUONO, *The Limits of Contract Law in the Regulatory State*, in *6 European Review of Contract Law*, 2010, 155 ss.

Sotto questo profilo, solo in una prospettiva nostalgica di un sistema fondato su una formale quanto astratta uguaglianza formale può ritenersi l'articolazione disciplinare di recente praticata (sempre che giustificata dal riferimento a posizioni effettivamente asimmetriche) quale espressione del carattere “regressivo” che la nuova legislazione presenterebbe rispetto alle codificazioni civili secondo l'opinione di v. B. OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Parigi, 1990, 317 ss.; B. RUDDEN, *Civil Law, Civil Society and Russian Constitution*, in *110 Law Quarterly Rev.*, 1994, 56 ss., in part. 67.

È significativo, al riguardo, che il recente progetto europeo in materia di disciplina della vendita, la cui utilizzazione da parte dei privati è lasciata alla loro libera scelta, sia al centro di considerazioni critiche radicalmente opposte: tra coloro che considerano siffatta proposta paternalistica nei contenuti normativi (che pur presentano alcune distinzioni disciplinari secondo che si tratti di rapporti *business to business* o con un consumatore) e coloro che, viceversa, denunciano l'arretramento del livello delle tutele dei soggetti deboli ivi consacrata, a partire ovviamente dalla stessa non obbligatorietà dell'intera regolamentazione (sul progetto v. *ex multis* le considerazioni critiche di C. CASTRONOVO, *L'Utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles: dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eu. e dir. priv.*, 2011, 837 ss.; M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. impr. EU*, 2012, 350 ss.). Sull'obiettiva difficoltà in questo momento di dare effettività all'introduzione di un diritto privato europeo sia pure nelle forme limitate delle iniziative sopra richiamate si v. R. ZIMMERMANN, *The Present State of European Private Law*, 57 *Am. J. Comp. L.*, 2009, 479 ss.

Non a caso il progetto di regolamento dell'11 ottobre 2011 [COM(2011)635 def.], ha incontrato pareri critici da parte del Bundesrat austriaco, della Camera Comuni del Regno Unito, dal Bundestag tedesco e dal senato belga e, a nostro avviso, non certo per via di quel presunto rigurgito di nazionalismo giuridico al centro dei saggi ospitati dall'*European Rev. of Contract Law* nel fascicolo 3 del 2012. Sul tema si v. l'ampia recente raccolta di saggi a cura di J. DEVENNEY-M. KENNY, *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013. Non sorprende, in questo contesto, l'incertezza che caratterizza la questione circa la stessa esistenza di “common principles of private law” anche alla luce delle sortite che si rinvengono nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: sul punto si v. per tutti H. W. MICKLITZ, *The Eu as a Federal Order of Competences and the Private Law*, in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competence in European Union*, Oxford, 2014, 125 ss., in part. 145 testo e nt. 87.

In questo medesimo quadro, d'altronde, può cogliersi il dibattito di recente emerso nella nostra civilistica tra coloro che prendono atto dell'articolazione sempre più marcata che la disciplina dei contratti presenta secondo la qualità dei soggetti coinvolti (privati-privati; operatori professionali-consumatori; operatori-operatori) – si pensi al tema del c.d. “terzo contratto” (su cui v., anche per utili riferimenti, R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Problemi ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010) – e coloro che intendono resistere a questa frantumazione, nel tentativo di salvaguardare l'orizzonte dottrinario rappresentato dal diritto privato comune, anche a costo di accontentarsi di un comune denominatore disciplinare che si rivelì, per via della resistente diversità delle situa-

della “giustizia contrattuale”, tradizionalmente affrontato nella codificazione civile nella prospettiva della singola relazione negoziale, risulta attualmente impostata anche in un’altra ben più ampia che abbraccia e coinvolge le relazioni negoziali di mercato nel loro complesso<sup>29</sup>. Infatti, i più recenti interventi regolativi sulle operazioni economiche, di origine sia europea sia nazionali, per quanto pur sempre destinati a ricadere anche sui singoli atti, incidono direttamente sull’attività economica posta in essere dagli operatori professionali<sup>30</sup> al fine di programmare i loro futuri rapporti con i consumatori<sup>31</sup> e, di conseguenza, esigono l’entrata in campo di rimedi “collettivi” anche in funzione di prevenzione, siano essi affidati esclusivamente a nuove strutture istituzionali costituite al tal fine ovvero

---

zioni effettuali di riferimento, sbilanciato ora per troppo rigore, ora per eccessiva tolleranza (sul punto si v. l’ampio saggio di V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract law?*, in *5 European Review of Contract Law*, 2009, 304 ss.). Questo secondo indirizzo, è bene rammentarlo, si fonda pur sempre su alcuni indici disciplinari che appaiono confortare questa impostazione: si pensi in particolare alla modifica introdotta negli artt. 18 e 19 del codice del consumo da parte della legge n. 27 del 2012 per cui la disciplina della pratiche scorrette si applica non solo nei rapporti tra professionisti e consumatori, ma anche a quelli che intervengono tra i primi e le c.d. microimprese (su questa novella si v. ora il commento elaborato da DE CRISTOFARO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014). Più in generale, infine, è da osservare che la frantumazione disciplinare riechiamata nel testo si colloca nel più ampio contesto della crisi che attraversa il tradizionale dualismo tra pubblico e privato in linea con l’articolazione pluralistica delle relazioni sociali e delle stesse risposte dell’ordinamento: su questi punti si v. i preziosi contributi rispettivamente di G. TEUBNER, *After Privatization: The Many Autonomies of Private Law*, in *51 Current Legal Problems*, 1998, 393 ss.; e M. WALZER, *Sfere di Giustizia*, Roma-Bari, 2008.

<sup>29</sup> Con specifico riferimento al diritto contrattuale dei consumatori si v. la recente messa a punto di P. STOFFEL-MUNCK, *L’autonomie du droit contractuel de la consommation: d’une logique civiliste à une logique de régulation*, in *Rev. trim. droit com.*, 2012, 705 ss. Sugli indirizzi del diritto privato europeo, si v. per tutti il recente contributo di H.W. MICKLITZ, *Introduction*, in H.W. MICKLITZ-Y. SVETIEV (a cura di), *A Self-Sufficient European Private Law – A Viable Concept?*, in *EUI Working Papers LAW*, 2012/31; Id., *The Visible Hand of European Regulatory Private Law, The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, ivi, 2008/14. Sulla pluralità delle prospettive presenti già nella esperienza nazionali e, oggi, determinante a livello europeo nel segnare le difficoltà di sviluppo del diritto contrattuale v. la messa a punto di R. MICHAELS, *Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law*, in R. BROWNSWORD e al. (a cura di), *The Foundation of European Private Law*, Oxford, 2011, 139 ss.

<sup>30</sup> Su questa prospettiva si è accumulata una vasta letteratura: tra i primi contributi ci permettiamo di rinviare al nostro saggio *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, vol. III, 3 ss.; tra i più recenti lavori si v. S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Bari, 2012.

<sup>31</sup> Sul rilievo che i mercati finali hanno avuto nell’elaborazione del nuovo diritto privato europeo dei contratti si v. per tutti la preziosa sintesi offerta da S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham-Camberley-Northampton, 2013.

all'autonomia privata sotto forma di costituzione di enti esponenziali: si pensi, in particolare alle associazioni dei consumatori o degli utenti. Ciò è particolarmente evidente proprio quando è in discussione la “giustizia economica” del contratto: in questo caso, infatti, la valenza collettiva del problema trova la sua manifestazione emblematica nella connessione tra la presenza di situazioni lesive del mercato concorrenziale affidata alle autorità di vigilanza sui mercati a partire da quella antitrust e la conseguente tutela dell'equilibrio economico dei singoli contratti dei consumatori da conseguirsi per il tramite di iniziative risarcitorie individuali o collettive<sup>32</sup>. A fronte di questa situazione, a prescindere dalla contrazione della c.d. mano pubblica, dalle liberalizzazioni e dalle privatizzazioni (che hanno ridimensionato fortemente la presenza diretta dello Stato imprenditore), dalla crisi del dirigismo economico e, con esso, dalla complessiva contrazione del welfare State<sup>33</sup>, la risposta elaborata in termini di politica del diritto, tanto a livello sovranazionale – si pensi in particolare proprio all'esperienza giuridica europea – quanto a livello nazionale, si è collocata nella prospettiva politico-ideologica di dare effettività ad una economia di libero mercato senza, per questo, doversi arrendere al neoliberismo integrale fondato sulle presunte capacità autocorrettive del mercato, peraltro smentite dalla drammatica crisi finanziaria globale del 2008. È in questo contesto che, superata progressivamente la mitizzazione della semplice demolizione dell'intervento pubblico in termini di *de-regulation*, si è aperta l'attuale stagione del c.d. *Regulatory-Capitalism*<sup>34</sup>, nel quale si affermano come esigenze primarie quelle di ridefinire le “regole del gioco” nei rapporti di mercato, rimuovere le cause che favoriscono il malfunzionamento

---

<sup>32</sup> Su questo specifico percorso, avviatosi già in sede europea per via di interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, si v. la fondamentale pronuncia della nostra Corte di Cassazione 4 febbraio 2005, n. 2207: sull'indirizzo giurisprudenziale inaugurato da questa sentenza si v. L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, 253. Sullo specifico punto, fonte di tuttora irrisolte problematiche, si v. *infra*.

<sup>33</sup> Quanto alla complessiva incidenza della contrazione della sfera pubblica a vantaggio di quella privata nell'attuale esperienza amministrativa, si v. le sintetiche pagine di S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la Société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 879 ss.

<sup>34</sup> In questi termini si v. il prezioso contributo di J. BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Cheltenham, 2008, sulla scia del saggio di D. LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in 598 *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 2005, 12-32.

dei mercati alla luce delle specifiche peculiarità che questi conoscono dal punto di vista oggettivo e soggettivo nel quadro di una impostazione in cui la tutela del contraente debole tende ad essere strumentalizzata in vista dell'obiettivo primario individuato nel solo funzionamento competitivo del mercato, sino al punto da correre il serio rischio di scolorire e di ridimensionarsi<sup>35</sup>.

In definitiva, si è registrata negli ultimi decenni l'affermarsi di una politica del diritto volta: *a) a modulare*, a prescindere dai diversi tipi contrattuali utilizzati, comuni discipline trasversali destinate ad intervenire su operazioni ricadenti su un medesimo mercato nonché a differenziare le soluzioni regolative, tenendo conto della diversa qualità dei soggetti coinvolti, a partire dalla stessa attività che precede ed organizza la contrattazione di massa sul mercato; *b) a dettare*, al tempo stesso, regolamentazioni puntuali su specifiche operazioni in relazione al concreto mercato di riferimento; *c) a prevedere* molteplici meccanismi istituzionali in grado di monitorare costantemente i singoli mercati, introducendo i correttivi necessari a promuovere ed a salvaguardare la concorrenza, ossia adottando tutti i mezzi dinamici in grado di mantenere l'equilibrio nei singoli settori economici. Come dire, dunque, che in questo processo i mutamenti qualitativi e contenutistici del quadro normativo sono direttamente collegati con i mutamenti istituzionali che coinvolgono le fonti stesse del diritto e che si collocano in uno scenario non più riducibile alle sole esperienze nazionali<sup>36</sup>.

---

1009

<sup>35</sup> Su questa effettiva tendenza del diritto contrattuale europeo (che smentisce costanti mitologie consumeristiche) ormai diffusasi autonomamente anche nel nostro paese, ci permettiamo di rinviare al nostro *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, vol. III; tra gli ultimi contributi di v. H.-W. MICKLITZ-D. PATTERSON, *From the Nation State to the Market: The Evolution of EU Private Law*, in *EUI Working Papers LAW*, n. 2012/15. Tornando sulle sue riflessioni, assai di recente H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, in ID., *Constitutionalization of European Private Law*, cit., ha ribadito che l'«European Private Law is regulatory in nature. It serves the opening of the markets establishing opportunities for the market participants and the embedding of markets opportunities in a tight legal framework». Sul punto v. *infra* nel testo.

<sup>36</sup> Come è stato correttamente osservato (D. LEVI-FAUR, *Regulation & Regulatory Governance*, in *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, in *Working Papers Series 2010*, n. 1) «The notion of regulatory capitalism suggests that the study of regulatory governance should proceed beyond states, markets and societies into the identification of hybrid forms of regulation and towards the creation of autonomous regulatory spaces that blur the distinctions between the global and the national». Del resto, la globalizzazione dei mercati, a partire da quelli finanziari, ha spostato a livello sovranazionale l'emersione di nuovi centri dotati di poteri rego-

A tacer d'altro, il semplice passaggio dall'esclusiva rilevanza della tradizionale disciplina generale del contratto e di quella elaborata per tipi contrattuali a vantaggio di discipline differenziate secondo le indicazioni sopra richiamate ha comportato, come prima conseguenza "di ordine istituzionale", peraltro destinata ad incidere sulle tecniche utilizzate nella formulazione delle norme, il trasferimento del potere normativo da una unica autorità centrale, ossia l'organo legislativo per eccellenza nato per adottare norme astratte e generali, a più autorità "tecniche"<sup>37</sup>, chiamate ad intervenire in termini regolativi sui singoli mercati<sup>38</sup>: autorità, a loro volta

---

latori, in risposta di organismi internazionali ovvero anche del tutto privati (per una rassegna si v. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012) la cui attività, in assenza di un rispondente governo sovrano, ha dato origine ad un singolare sistema amministrativo sganciato dalla tradizionale sovranità (sul punto si rinvia per tutti a S. CASSESE e al. (a cura di), *Global Administrative Law: the Casebook*, 3<sup>a</sup> ed., Roma, 2012).

<sup>37</sup> È il caso di rimarcare che il primato riconosciuto al profilo "tecnico" al fine di giustificare lo spostamento della funzione normativa dagli organi propri della democrazia rappresentativa, ad altre istituzioni "ibride", costituite da esperti, indubbiamente riprende, per un campo molto più vasto e diverso, una modalità operativa presente nella moderna società industriale emersa a proposito dell'elaborazione della normativa "tecnica" in senso stretto: normativa tradizionalmente elaborata dagli stessi privati e progressivamente affidata a strutture internazionali: sul punto si rinvia per tutti alle lucide pagine di L. BOY, *Normes techniques et normes juridiques*, Cahiers du Conseil constitutionnel n. 21 (Dossier: La Normativité), rinvenibile al sito [www.conseil-costitutionnel.fr](http://www.conseil-costitutionnel.fr). A nostro avviso, ciò è sufficiente, al tempo stesso, sia per comprendere i limiti teorici e culturali alla base di questa impostazione, forieri di molteplici conseguenze sull'intero sistema giuridico – su cui si tornerà *infra* nel testo – sia per cogliere il profondo contenuto ideologico e politico della soluzione adottata. Infatti, ricondurre la *gouvernance* giuridica del mercato all'applicazione di soluzioni normative che si vorrebbero ridimensionare quali sostanzialmente solo "tecniche" nei loro contenuti postula, consapevolmente, da un lato l'idea circa la definitiva "dis-Embeddedness" dell'economia dalla politica (tanto lucidamente avversata in passato da K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 2000, il quale, alla metà del Novecento, si era illuso circa il suo superamento), dall'altro una configurazione semplicistica della stessa scienza economica quasi che tutte le ricette economiche siano comunque politicamente "neutre" e dotate di "oggettività". Considerazione, quest'ultima, non solo smentita da una risalente quanto vastissima letteratura (si pensi a G. MYRDAL, *L'obiettività nella scienze sociali*, Torino, 1973), ma altresì emersa prepotentemente all'interno stesso della c.d. scuola di *Law and Economics* in ragione sia della presenza di una pluralità di approcci che ne smentiscono la monoliticità), sia dell'attuale crisi degli indirizzi c.d. prescrittivi, a fronte di quelli volti a valorizzare la funzione squisitamente euristica delle metodologie di indagini sul diritto.

<sup>38</sup> Al suo apparire, il fenomeno ha indotto parte della dottrina a parlare appunto di un mutamento costituzionale non scritto: si v. M. CALISE, *La costituzione silenziosa Geografia dei nuovi poteri*, Roma-Bari, 1998. È il caso di osservare che lo svilupparsi delle autorità amministrative indipendenti chiamate ad intervenire come strutture indipendenti ed imparziali nella *governance* di specifici settori ha fatto emergere in maniera esponenziale il tema relativo alla differenza tra la discrezionalità tecnica (sulla quale si v. per tutti P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, *Aggiornamento*, Torino, 2010, 168) e quella amministrativa con tutti i problemi che ne sono derivati in ordine appunto al controllo giurisdizionale dei

destinate a coordinarsi con l'unica autorità, quella antitrust, alla quale è

---

provvedimenti adottati da tali istituzioni (si v. al riguardo, AA.VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*. 7° Colloquio italiano-spagnolo, Milano, 2009; più in generale M. ASPRONE-M. MARASCA-A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995). A titolo esemplificativo, nella disciplina antitrust la valutazione di intese o pratiche discende dalla specifica individuazione del “mercato rilevante di riferimento”. Questo ultimo, a ben vedere, rientra a pieno titolo tra i concetti giuridici e.d. indeterminati (al riguardo si v. il saggio di S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)): sul punto si v. la recente importante sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 14 gennaio 2014, n. 1013, est. Rordorf, in materia di provvedimenti dell'Autorità, garante per il mercato e la concorrenza in linea con l'indirizzo del Consiglio di Stato ribadito nelle recenti pronunce Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873 e 17 luglio 2013, n. 3900: secondo quest'ultima «risulta, quindi, ormai pacificamente censurabile l'apprezzamento tecnico, che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia; non per questo, tuttavia, può darsi superato il principio dell'insindacabilità nel merito delle valutazioni discrezionali, in assenza di errori oggettivamente verificabili».

Quanto, in particolare, alla valutazione delle operazioni di concentrazione da parte dell'autorità antitrust, Corte costituzionale 22 luglio 2010, n. 270 ha affermato che «si tratta di una valutazione che va al di là del controllo *ex post* sulla condotta delle imprese tipico della funzione di garanzia e, proprio in quanto si esercita *ex ante*, cioè su un progetto di concentrazione, finisce per avvicinarsi e toccare il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato. Ciò nonostante, è pur sempre una valutazione prevalentemente economica, che resta coerente con la natura tecnica e indipendente dell'Autorità, in quanto limitata alla verifica del perseguitamento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale».

Non diversa la posizione del Consiglio di Stato a proposito della sussistenza di una posizione dominante. Infatti nella sentenza 1 ottobre 2002, n. 5156, il Consiglio di Stato ha sostenuto che il riconoscere la posizione dominante di una determinata impresa «non costituisce un accertamento di mero fatto, né la sussistenza di tale posizione può risolversi in un semplice presupposto di fatto che può essere travisato o ignorato nella sua realtà o nella sua esistenza storica; al contrario, essa implica un apprezzamento significativo che si risolve in una valutazione tecnica complessa, fondata, come è stato osservato, non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l'affermazione dell'esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l'operazione è destinata a produrre sul mercato, preso in considerazione. (...) La valutazione tecnica complessa implica l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza».

stato assegnato uno spettro operativo che in linea di principio abbraccia tutti i mercati<sup>39</sup>. Infatti, l'obiettivo primario comune della loro attività è pur sempre quello di istaurare o preservare il funzionamento di un mercato competitivo<sup>40</sup> ossia favorire condizioni di concorrenza sui mercati:

---

<sup>39</sup> Sulle diverse articolazioni dei rapporti tra le autorità amministrative indipendenti, si v. l'analisi di recente offerta da L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato concorrenza regole*, XV, 2013, 507 ss. L'emersione di conflitti tra le autorità indipendenti, ciascuna delle quali interviene per il funzionamento del mercato e della libera competizione in singoli settori è da tempo al centro dell'attenzione nelle esperienze dei paesi europei e degli States: su tema nonché sulle diverse soluzioni anche di ingegneria istituzionale praticabili per risolvere o evitare i conflitti, si v. l'ampio studio di M. MEDINAH, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, Parigi, 2013. La questione è di recente apparsa anche in sede giurisdizionale nel nostro paese a proposito del rapporto tra le competenze generali assegnate all'autorità antitrust a tutela dei consumatori e quelle attribuite all'autorità garante delle comunicazioni: al riguardo si v. in particolare le importanti decisioni del Consiglio di Stato 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 (su cui si v. L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 953 ss.; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 26 giugno 2012 e R. Perna, *La concorrenza ed il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze al vaglio del Giudice amministrativo*, in [www.ilnuovodirittoamministrativo.it](http://www.ilnuovodirittoamministrativo.it)) a cui è seguito anche la sentenza del TAR Lazio 22 luglio 2013. Soluzione analoga ha accolto il TAR Lazio 17/01/2013 n. 535 con la conseguente soluzione a favore dell'ISVAP del conflitto di competenze con l'AGCM in merito sia all'applicazione della normativa in materia di tutela del consumatore con riguardo ai prodotti assicurativi sia all'esclusione dell'applicazione delle norme generali del Codice del Consumo in presenza di pratiche commerciali scorrette.

Nel quadro di questa lotta senza quartiere emersa tra i nuovi "signori" della regolazione per l'investitura del potere, si inserisce la recente disposizione di cui all'art. 1, comma 6, lett. a), del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 che ha introdotto nell'art. 27 del codice del consumo un aggiuntivo comma 1-bis il quale riafferma il primato dell'autorità antitrust, stabilendo che «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedimentali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

Con questa disposizione si è andato oltre l'adeguamento alle decisioni del Consiglio di Stato sopra richiamate attuato con l'art. 23, comma 12-quinquiesdecies, del d.l. n. 95 del 2012 poi convertito nella legge n. 135 del 2012: articolo fondamentalmente limitato a fissare a livello normativo i criteri di riparto già identificati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria, ma che non ha impedito all'Agcm di continuare di fatto ad intervenire con molti provvedimenti poi annullati dal Tar Lazio.

<sup>40</sup> È significativo il legame strutturale e funzionale che si riconosce tra la presenza di una autorità indipendente e la tutela della concorrenza: si v. al riguardo, a titolo esemplificativo quanto si legge nella pronuncia della corte costituzionale n. 41 del 2013 che, a proposito dell'autorità di nuova introduzione per la regolazione dei trasporti rileva che «l'istituzione di

obiettivo cui si aggiunge altresì anche quello, sempre al primo collegato, di conseguire puntuali fini pubblici in relazione ai settori specifici di riferimento, quali ad es. l'osservanza di certi *standards* nei servizi, la trasparenza dei mercati, la vigilanza sulle tariffe ed i prezzi praticati e così via.

Si tratta delle c.d. autorità indipendenti ormai operanti in tutte le esperienze giuridiche dei paesi europei. Nella loro strutturazione interna esse sono caratterizzate dalla presenza di professionalità e di *expertise*, in rispondenza dei rispettivi mercati sui quali sono chiamate ad operare. La novità più rilevante è che queste singolari strutture istituzionali svolgono al tempo stesso non solo l'attività di *regolamentazione*, ma anche quella del tutto originale di *regolazione*<sup>41</sup> finalizzata appunto all'instaurazione e alla salvaguardia della concorrenza e, di conseguenza, anche alla vigilanza, al controllo ovvero, più in generale, alla *governance* dei mercati di riferimento<sup>42</sup>.

---

una Autorità nazionale dei trasporti s'inscrive nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità (...) e, come tale, è volta a realizzare un mercato concorrenziale nei servizi di trasporto».

<sup>41</sup> Sulla regolazione, al centro di un non sotito dibattito anche relativo agli incerti contorni del fenomeno già presenti sul piano anche lessicale, si è accumulata una vastissima letteratura in Europa: per una prima ricognizione si rinvia tra gli altri contributi J. CHEVALLIER, *La régulation juridique en question*, in *Droit et Société*, 2001, 827 ss.; C. CHAMPAUD, *Régulation et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2002, 23 ss.; assai di recente si v. le ampie indagini di G. CLAMOUR, *Intérêt générale et concurrence*, Parigi, 2006, 643 ss.; L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Parigi, 2008, e di R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation: Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Parigi, 2012; preziosa altresì la ricca sintesi offerta da M. MEDJNAH, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, cit., 8 ss.

È opportuno altresì evidenziare che in alcuni contesti culturali, quali quelli di lingua inglese, il termine *regulation* assume un significato più tradizionale, coincidente con la regolamentazione, ossia con l'intervento dello Stato nell'economia con finalità redistributive (sul punto si rinvia per tutti a J. DEN HERTOG, *General Theories of Regulation*, in *Encyclopedia of Law and Economics*). Di conseguenza, per contrapporre la nuova modalità di produzione normativa rispetto al sistema interventistico, si preferisce utilizzare il termine *governance* come alternativa alla *de-regulation*. In particolare, per l'esperienza nord-americana si v. O. LOBEL, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, in *89 Minnesota Law Review*, 2004, 342 ss. Quanto alla *governance*, si v. la nota seguente.

<sup>42</sup> Come è stato efficacemente segnalato attualmente «la réglementation laisse sa place à la régulation, le gouvernement à la gouvernance» (così M. MEDJNAH, *Les rapports entre autorités de régulation en matière de concurrence*, cit., 5). A proposito del carattere polisemico del termine *governance* e del rilievo che ha ricevuto negli ultimi decenni si v. per una prima ricognizione J. CHEVALLIER, *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?*, in *Revue française d'administration publique*, 2003/1, n. 105-106, 203-217. È il caso di osservare che nelle società post moderne alla coppia regolazione/regolamentazione si affianca, in corrispondenza, quella tra governance e governo (su questa ultima distinzione si v. J. CHEVALLIER, *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?*, in *Revue française d'administration publique*, 2003, 203 ss.). Pur nella vaghezza del termine, la *governance* presenta due significati fondamentali: «da una

Infatti, nella sua accezione più comune, il termine stesso *regolazione* evoca il processo mediante il quale si provvede a correggere, in conformità ad un principio ovvero ad un risultato da raggiungere, una pluralità di movimenti, di atti o dei loro effetti o prodotti, che, per via della loro diversità o successione, resterebbero tra loro separati. Nel caso delle autorità indipendenti, si tratta appunto di una funzione tecnico economica e sociale volta ad assicurare che in un particolare settore economico operi un mercato aperto alla concorrenza. In questo senso la regolazione è necessariamente progressiva, attuandosi con mezzi diversi, anche puntuali se necessario, al fine di perseguire gli obiettivi assegnati che sono al tempo stesso "statici", in quanto diretti a conservare il libero mercato competitivo, e "dinamici", in quanto indirizzati a favorire l'avvento ed il consolidarsi della concorrenza.

A tali fini, se la fissazione di regole appare come una componente certamente essenziale, ma non certo unica ed esaustiva del sistema di regolazione, l'attività regolatrice, come avviene nei processi cibernetici, presenta due dimensioni: una anticipatrice, indirizzata a prevenire deviazioni dal percorso ritenuto ottimale, ed una reattiva, volta a ripristinare il funzionamento del mercato. Quanto basta per comprendere che la novità rappresentata dalla presenza di queste nuove istituzioni non si è certo esaurita nell'erosione dello spazio spettante per tradizione al legislatore e, dunque, nella frantumazione del potere normativo, sulla falsariga di quanto tradi-

parte, esso viene usato in modo generico, per indicare il modo in cui "di fatto" funziona un certo fenomeno o una certa istituzione, e l'insieme di regole e soggetti che contribuiscono a governarli e/o a regolarli: questo uso ha caratterizzato, ad esempio, la diffusione dell'espressione "corporate governance", che per prima ha catturato l'attenzione, a partire dagli anni Ottanta del Novecento. Dall'altra parte, con tale espressione si indicano più specifiche dinamiche istituzionali, che contribuiscono a forgiare le regole giuridiche, e le modalità della loro assunzione, sia all'interno degli stati, specie nelle realtà territoriali locali, sia nei rapporti internazionali o transnazionali» (così M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010; sul punto, si v. D. MOCKLE, *La gouvernance publique et le droit*, in *Les Chaires de droit*, 2006, 89 ss. Del resto, come è stato puntualizzato, «la gouvernance désigne ici clairement un processus et non une institution ou une structure, un système en réseau régissant les relations d'acteurs réunis avec l'objectif d'engendrer un profit ou une meilleure gestion» (così, R. JOURARD, *Le concept de gouvernance*, in *L'ET 0910. Rapport de recherche*, 2009). Sul punto, per una lucida messa a punto, anche in prospettiva critica, si v. J. DUCHASTEL, *Du gouvernement à la gouvernance: crise ou ajustement de la régulation*, in R. CANET-J. DUCHASTEL (a cura di), *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement?*, Montréal, 2004; F. MOREAU DEFARGES, *Gouvernance*, Parigi, 2008, nonché il recente contributo di G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.

zionalmente è già presente nella produzione di regole affidata al governo sulla base di leggi delega<sup>43</sup>. In effetti, è ben vero che in molti casi la legislazione statale si limita alla fissazione di norme di principio, affidando alle autorità indipendenti il compito di puntualizzare le rispondenti regole attraverso l'esercizio di un vero e proprio potere normativo<sup>44</sup>. Tuttavia il *proprium* del fenomeno è rappresentato sia dal fatto che molte volte le discipline sono adottate pur in mancanza di un'attribuzione del relativo potere, con un indubbia ricaduta quanto al rispetto del principio di legalità<sup>45</sup>, sia anche dal fatto che a sua volta il ricorso ad una normazione per principî costituisce una costante della stessa attività di queste istituzioni: il ricorso ai principî, infatti, si colloca in un modulo operativo di tali autorità che permette la possibilità di risposte puntuale in relazione alle singole situazioni che la prassi prospetta e, al tempo stesso, di processi di provvi-

---

<sup>43</sup> Il dato, in ogni caso, è del tutto singolare rispetto alla tradizione: si v. infatti, S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 8, il quale già a metà degli anni novanta rimarcava che «mai tanto potere normativo è stato “delegato” dal Parlamento. Si può dire che si assiste, negli ordinamenti moderni, ad una dualizzazione del potere normativo, una parte del quale viene conservata dal Parlamento, mentre un’altra parte viene attribuita ad Autorità indipendenti». Inoltre, le forme attraverso le quali il potere normativo passa nelle mani di autorità anche private sono molteplici in connessione con la diversità dei mercati su cui queste intervengono e di cui sono parte strutturante: sul punto, per un’ampia disamina anche in chiave storica si v. il recente contributo di S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti Assemblaggi dal Medioevo all’età globale*, Milano, 2008, 189 ss.

<sup>44</sup> Per una recente rassegna sul tema si v. R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti Report annuale 2013 Italia*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 2013. Si vedano anche V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri nel mercato Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 75 ss.; nonché M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, 499 ss.; per la letteratura di fine secolo si v. F. ANGELINI, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari, *Quaderno n. 7 seminario 1996*, Torino, 1997, 195 ss. Sul carattere di primarie o di paraprimarie delle potestà normative delle autorità amministrative indipendenti si v. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002, 78 il quale sottolinea che le leggi istitutive delle autorità si presentano come leggi di carattere organizzatorio, «come norme sulla formazione» si da attribuire loro «un potere regolamentare o comunque il compito di promuovere la formazione di regole da parte dei soggetti attivi nel settore interessato (es. accordi, contratti, codici di autoregolamentazione)». Sul punto si v. anche R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 31 ss., che suggerisce l'esistenza di un legame tra il termine *soft law* e la *governance*, con la conseguenza che la «soft law rappresenterebbe una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvierebbe piuttosto a modi “nuovi”, comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la governance per l'appunto».

<sup>45</sup> Su questo delicatissimo tema si v. M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. I, Napoli, 2009, 191 ss.

soria consolidazione, in termini di regole aventi portata generale, di quanto intervenuto per casi concreti, anche sulla base di sollecitazioni e quesiti preventivi sollevati dagli operatori privati interessati<sup>46</sup>.

Più specificatamente, nel caso delle autorità indipendenti è possibile rinvenire l'operatività di un legame circolare che si instaura tra i processi legati all'esercizio della funzione *regolativa*, di vigilanza e di controllo, che si esprime attraverso decisioni puntuali e singolari, anche sotto forma di responsi<sup>47</sup> nonché di soluzione concordate con gli stessi operatori<sup>48</sup>, e la funzione *regolamentare* ossia quella di fissazione di regole<sup>49</sup> entrambe peraltro esercitate con il ricorso a "principi" e sempre di più con il coinvolgimento degli interessati nel procedimento<sup>50</sup>. Quanto alla funzione

---

<sup>46</sup> Sugli effetti anche di etero-integrazione che l'attività dell'autorità produce sugli atti di autonomia privata, nel quadro di un nuovo assetto delle fonti, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4/2010, 7 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici.

<sup>47</sup> Su questo fenomeno, emerso non solo nella nostra esperienza legata all'attività delle autorità indipendenti, si v. le considerazioni di B. OPPETIT, *La Résurgence du rescrit*, in *Recueil Dalloz*, 1991, doc. 105. A ben vedere, la prassi consolidata per cui molte pubbliche amministrazioni, tra cui le autorità amministrative indipendenti, hanno istituzionalizzato nei siti internet un sistema di interazione con l'utenza attraverso le c.d. faq, *Frequently asked questions*, colloca indubbiamente queste ultime nel quadro delle nuove forme di normatività, tuttora non adeguatamente analizzate dalla letteratura giuridica.

<sup>48</sup> Invero, la singolarità dei procedimenti normativi che vedono come protagoniste le autorità indipendenti è data proprio dal coinvolgimento degli stessi operatori, mediante molteplici forme di partecipazione tra cui consultazioni, audizioni etc. Su questo nuovo paradigma della produzione normativa, si v. il recente contributo di E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità «orizzontale»*, Pisa, 2010. Sul punto si v. anche il prezioso saggio di D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, 275 ss.

<sup>49</sup> Sulla distinzione tra il tradizionale *droit-réglementation*, astratto generale e disincarnato, e le *droit de régulation*, concreto, individualizzato e contestualizzato, proprio della società post-moderna, si v. diffusamente K. BENYEKILEF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Milano, 2008, 761 ss., sulla scia delle lucide riflessioni di G. TIMSIT, *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, in *Revue Français d'administration publique*, 1996, 375 ss.

<sup>50</sup> Sullo specifico punto, un ruolo fondamentale ha svolto la giurisprudenza del Consiglio di Stato con riferimento sia al coinvolgimento degli interessati al procedimento al fine di legittimare dal basso la non democraticità strutturale di tali autorità sia alla necessaria motivazione anche dei provvedimenti generali di regolazione.

Si v. innanzitutto la decisione del 27 dicembre 2006, n. 7972 che, nel sintetizzare l'esperienza maturata sino a quel momento, ha sostenuto che «(...) nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzia del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribu-

regolativa, si è correttamente ritenuto che attualmente essa costituisce una singolare moderna forma di normatività<sup>51</sup>, affidata ad istituzioni di nuova generazione, quali appunto le autorità indipendenti.

zione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori) [sulla motivazione degli atti generali delle autorità, si v. la rassegna curata da M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, in *AIR osservatorio*, P1/2011]. Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati (su questa pronuncia si v. tra gli altri A.M. SOLDANO, *La consultazione dei soggetti "interessati" nei processi decisionali della autorità di regolazione*, in L. AMMANNATI-P. BILANCIA, *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. 2, Milano, 2008, 165 ss.). Non diversa la conclusione accolta da TAR Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative». «Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio. Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di "notice and comment", con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni». A sua volta, la decisione sempre del Consiglio di Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, proprio al riguardo della funzione regolativa spettante alle autorità amministrative indipendenti, ha specificato che, nel quadro dei principi generali in tema di partecipazione procedimentale sanciti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, l'atto di regolazione deve essere motivato, con l'indicazione dei presupposti di fatto e di diritto della decisione, e dunque dotato di giustificazione sostanziale senza per questo richiedere la considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale: su questa decisione, si v. S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 948 ss. In precedenza, nella decisione 27 dicembre 2006, n. 7972, il Consiglio di Stato aveva precisato che l'Autorità, nell'indicare la finalità dell'intervento regolatorio e nel motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate, non è tenuta ad una puntuale replica ad ogni osservazione, «deve però dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria».

<sup>51</sup> Si v. G. TMSIT, *La régulation, une forme moderne de la normativité?*, in L. MATEI, *Normativité, droits fondamentaux et ordre juridique dans l'UE*, Bucarest, 2010, 15 ss. In ordine alla distinzione tra atto amministrativo e atto normativo il Consiglio di Stato è tornato assai di recente richiamando «l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo, utilizza, proprio, al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particola-

L'attività di queste deve, invero, ispirarsi a due fondamentali principî: quelli dell' imparzialità e della proporzionalità. Il primo principio è posto a salvaguardia della terzietà dell'autorità rispetto ai concreti conflitti sui quali è chiamata ad intervenire; il secondo, è destinato ad assicurare che l'attuazione dei principî sostanziali cui deve ispirarsi l'attività di vigilanza e di controllo dell'autorità risponda, di volta in volta, alla concreta situazione effettuale sottoposta alla sua attenzione: il che milita, dunque, a favore di decisioni puntuali che, grazie appunto alla presenza di principî guida, si collocano nel *framework* funzionale di tali autorità. A queste due funzioni primarie, tra loro interconnesse, si aggiunge anche quella represiva, indirizzata a irrogare sanzioni o ad adottare provvedimenti conseguenziali a fronte della violazione del quadro regolativo vigente.

In definitiva, attualmente si assiste ad un crescente ricorso, nel processo normativo, alla fissazione di principî e, sulla base di questi, all'emersione di sciami di pacchetti normativi o di singoli provvedimenti. Nel quadro delle esperienze nazionali e, dunque, tralasciando la produzione normativa proveniente da organizzazioni sovranazionali<sup>52</sup>, questo fenomeno vede come protagonisti non più lo Stato sovrano e tanto meno il governo, bensì nuovi soggetti istituzionali, a partire dalle autorità amministrative indipendenti ora richiamate<sup>53</sup>. Come proclama la loro stessa definizione,

re, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»: così Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9.

<sup>52</sup> A ben vedere, nel quadro della esperienza propria delle istituzioni europee, in presenza del deficit democratico che contraddistingue le strutture di governo, il coinvolgimento dei portatori degli interessi, in termini di partecipazione alla formazione delle regole, costituisce un fenomeno conosciuto e praticato: sul punto si v. per tutti, J. MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, Oxford, 2011; quanto alla comitology, si v. G. BRANDSMA, *Controlling Comitology: Accountability in a Multi-Level System*, London, 2013, nonché H.C.H. HOFMANN-G.C. ROWE-A.H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, 266 ss.

<sup>53</sup> L'alterarsi del modello tradizionale relativo alle fonti del diritto ed incentrato tra l'altro sulla netta distinzione tra atti normativi e atti amministrativi trova una sua manifestazione emblematica nella progressiva problematicità di tale distinzione a fronte, non solo dell'emergere di leggi-provvedimento [per via dell' «affermarsi di una prassi, politica ed economica, che pretende di diventare regola nel momento stesso in cui si manifesta secondo la logica di un potere misurato dalla forza (fosse pure quella elementare del numero) e renitente a qualsiasi meccanismo di controllo»: così N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in [www.europeanrights.eu/](http://www.europeanrights.eu/)] ma anche dello scolorirsi dei confini tra regolamenti e atti amministrativi generali (sul punto si v. da ultimi, M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.); entrambi segni di un erosione della funzione propria del Parlamento nel legiferare e, al tempo stesso, della

esse sono indipendenti dalla politica, per quanto i componenti siano scelti dalle autorità politiche. Tuttavia esse sono comunque coinvolte nell' elaborazione delle strategie legate alla missione loro affidata nei settori economici di competenza<sup>54</sup>. Si tratta, pur sempre di *policy*<sup>55</sup>, come tale non riconducibile solo a valutazioni tecniche: di qui, anche per tali autorità, il problema relativo al c.d. deficit di democraticità<sup>56</sup> che le caratterizzerebbe

---

dislocazione del potere normativo su una pluralità di nuove strutture istituzionali pur a Costituzione invariata. A proposito di norme-provvedimento la giurisprudenza della corte costituzionale ha riconosciuto che la legge ordinaria può attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, ma in tali casi deve osservare il principio di ragionevolezza e non arbitrietà, restando assoggettata ad un rigoroso scrutinio stretto di costituzionalità: *ex multis* si v. Corte cost. n. 270 del 2010

<sup>54</sup> È sufficiente pensare, a tacer d'altro, alle stesse decisioni circa la scelta delle situazioni di cui occuparsi, alla cui base vi sono valutazioni di opportunità e di priorità, a prescindere dalla circostanza per la quale si sia in presenza di iniziative promosse su denuncia.

<sup>55</sup> In termini sintetici si è osservato che la «regolazione» è una funzione a metà strada tra attività normativa e attività amministrativa(...). L'attività di regolazione è normalmente espressione di un potere di scelta non legistativamente predeterminato (in quanto spesso i «regolatori» si muovono in uno spazio che non è occupato da fonti di rango primario) o, come spesso si dice, di un potere di *policy*, nel cui esercizio l'Autorità individua le regole che ritiene più adatte a soddisfare le esigenze del mercato: così R. 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 la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013.

<sup>56</sup> Infatti, nell'ambito della «privatizzazione» dello Stato si colloca lo spostamento del potere normativo dal Parlamento, eletto democraticamente dai cittadini, a favore di istituzioni non rappresentative, indipendenti. La letteratura è ampiamente consapevole del tema: è significativo già il fatto stesso che queste nuove strutture siano sinteticamente individuate con la formula «Non-Majoritarian Regulators/Institutions» (sul punto si v. A.S. SWEET-M. THATCHER, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, in *Yale Faculty Scholarship Series* Paper 74, 2002, ivi ampi riferimenti bibliografici, nonché, D. COEN-M. THACHTER, *The New Governance of Markets and Non-Majoritarian Regulators*, in 18 *Governance. An International Policy, Administration, and Institutions*, 2005, 329 ss.). Per una riflessione comparatistica sul deficit democratico delle autorità, indipendenti dal governo, ma pur sempre coinvolte nella regolamentazione, si v. i saggi raccolti da M. LOMBARD (a cura di), *Régulation économique et démocratie*, Parigi, 2006; Y. MARIQUE, *The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies («QUANGOs»)*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007). Pur se in un contesto molto più complesso, è peraltro significativo quanto sta accadendo negli Stati Uniti. Infatti, il *Regulations From the Executive in Need of Scrutiny Act* of 2011, ovvero il *REINS Act*, adottato dalla Camera dei Rappresentanti nel dicembre del 2011, integra un importantissimo provvedimento legislativo, da taluno ritenuto rivoluzionario e attualmente al centro di un ampio dibattito costituzionale (*ex multis* si v. J.R. SIEGEL, *The Reins Act and the Struggle to Control Agency Rulemaking*, in 16 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y*, 2013, 131 ss.; J.H. ADLER, *Placing “Reins” on Regulations: Assessing the Proposed Reins Act*, ivi, 1 ss.), per effetto del quale i più rilevanti provvedimenti di *regulation* adottati dalle autorità indipendenti nord-americane – le c.d. *major rules* – produrranno effetti solo dopo essere stati approvati dal Congresso. Esso, a ben vedere, si inscrive proprio nel processo sia di ridefinizione dei poteri tra Presidente e Congresso, sia del recupero della centralità di questo ultimo rispetto ai poteri normativi consolidatisi nel tempo in capo alle agencies federali.

e che solo in parte può essere risolto mediante il ricorso a processi di partecipazione e di coinvolgimento nella *governance* dei settori economici di competenza anche degli operatori e degli altri soggetti privati ivi presenti. Invero, in tal modo il dialogo sociale si colloca all'interno del processo regolativo<sup>57</sup>, ma è al tempo stesso destinato a conformarsi alle modalità procedurali ivi presenti e, dunque, in parte risulta imbrigliato nelle logiche ivi istituzionalizzate.

### 3. - Il rapporto tra privato e pubblico nel diritto dell'economia: questioni aperte tra diritto dei privati ed i privati dei diritti.

Al di là di questa prima considerazione, ciò che qui preme rimarcare è che il crescente primato assegnato ad una disciplina affidata alla gestione delle autorità indipendenti basata su “principî” (nonché filtrata, peraltro, in virtù del ricorso a nozioni e concetti giuridici a contenuto indeterminato) evidenzia l'emergere di una nuova forma di normatività che si distanzia tanto dal modello che si affida alle libere determinazioni di un mercato autoregolantesi, quanto da quello fondato su regole imposte dallo Stato centrale: forma che vede le autorità indipendenti procedere alla produzione del diritto e controllarne l'applicazione in un costante coinvolgimento degli stessi soggetti della società civile volta a volta interessati.

Più in particolare, come è stato rimarcato, la recente prospettiva, ruotante sulla *regulation*, vorrebbe costituire una terza via tra quella impersonata dalle decisioni della legge statale, tradizionalmente affidata a regole generali ed astratte che impongono uno specifico punto di equilibrio tra l'interesse individuale e quello generale, e l'altra via che si affida alle sole libere determinazioni dell'autonomia privata, come tali rispondenti esclusivamente al soddisfacimento degli interessi individuali dei contraenti.

In effetti, la concreta esperienza storica alle nostre spalle ha evidenziato i limiti di entrambe le prospettive dianzi segnalate: se la prima ha potuto condurre ad un dirigismo oppressivo delle posizioni individuali, ossia ad uno statalismo destinato a mortificare la vita economica e la libera inizia-

---

<sup>57</sup> Sul punto, si v. i saggi raccolti da P. MARTIN (a cura di), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Bordeaux, 2007, in part. Id., *Dialogue social et régulation juridique. Une problématique européenne*, ivi, 5 ss.

tiva, la seconda ha trascurato, pesantemente, sia le diseconomie esterne che il dispiegarsi senza limiti dell'autonomia privata può portare a svantaggio dei terzi, a fronte delle utilità conseguite dai soggetti coinvolti come parti nelle singole operazioni contrattuali, sia gli squilibri, anche interni alle singole operazioni contrattuali, dovuti alla differenza di potere che tra i contraenti può già esistere o instaurarsi e/o rafforzarsi, con tutti gli effetti distorsivi ulteriori che ne derivano.

A fronte dei modelli alternativi sopra richiamati, la via imboccata di recente si è mossa su due distinti piani. Da un lato, attraverso il processo di privatizzazione, di liberalizzazione dei processi economici e, in generale, della deregolamentazione, si è cercato di ridurre l'apparato statale, il coinvolgimento dello Stato nell'economia, la rigidità delle regole volta a conformare l'esercizio delle attività economiche. Dall'altro, si è ritenuto di sostituire agli interventi regolamentari dello Stato unitario, l'azione di nuove originali strutture istituzionali, ossia delle autorità amministrative indipendenti che, operando in piena indipendenza dal potere politico, potessero assicurare il funzionamento dei diversi mercati di riferimento, sì da porre questi ultimi al riparo da interventi abusivi (pubblici o privati) in grado di esercitare su di loro un'influenza dominante se non esclusiva.

Ciò ha condotto, innanzitutto, ad un mutamento dei contenuti della normatività. Infatti, mentre il tradizionale diritto di fonte legislativa statuale si è contraddistinto, proprio in quanto generale ed impersonale grazie alla imperatività delle disposizioni, alla loro uniformità e stabilità nel tempo, la *regulation*, attuativa di principî e orientata sempre a misurarsi dinamicamente con gli obiettivi da perseguire, si manifesta attraverso determinazioni flessibili, congiunturali, certamente insoddisfacenti sul piano della prevedibilità e della sicurezza: infatti, il rilievo di numerose variabili finisce con l'opacizzare l'individuazione dei confini tra le situazioni giuridiche soggettive destinatarie di tutela e la presenza di deroghe o di eccezioni. La neutralità formale dell'autorità appare pienamente in linea con interventi che, pur incidendo in concreto anche su situazioni specifiche soggettive, sono in realtà focalizzati sulla sola ottimale funzionalità del mercato concorrenziale: sicché anche la tutela dei contraenti "deboli", a partire dai consumatori, non rileva certo, al di là delle apparenze, come fine bensì semplicemente come mezzo. Si è in definitiva passati come è stato osser-

vato, dall'idea di un governo *sul* mercato a quella di un governo *per* il mercato<sup>58</sup>.

Non deve allora meravigliare se, dopo un primo periodo in cui si è enfatizzato in maniera assoluta ed a priori il modello, tuttora ampiamente praticato, della c.d. *principles-based regulation*, attualmente sono molte le ricerche volte a verificare in concreto la funzionalità di un sistema che ha preferito allontanarsi dal ricorso alle *rules*<sup>59</sup>. Senza qui riproporre le analitiche indagini avanzate in ordine alla diversa funzionalità delle *rules* rispetto ai principî, e, dunque, alla valutazione del loro confronto in termini di costi e benefici, la letteratura più recente, liberatasi dalla mitizzazione delle aspettative riposte nell'autoregolementazione degli operatori economici, ha evidenziato la molteplicità dei paradossi<sup>60</sup> presenti nella *principles-based regulation*, non dovuti certo soltanto al fatto che i paradigmi di fondo alla base del funzionamento di queste istituzioni "ibride", tra pubblico e privato, in cui si realizza la *regulation*, si identificano con valori etico-giuridici quali il principî di responsabilità e di fiducia.

Dal punto di vista giuridico, in particolare, tali paradossi segnalano che il sistema di partecipazione dei soggetti interessati al processo di formazione

<sup>58</sup> Così, alla luce delle suggestioni offerte dalla riflessione di Focault, R. CASTORINA, *Bioeconomia: la microfisica delle condotte nell'era globale*, in *Metabasis Rivista internazionale di filosofia on line*, rinvenibile al sito [www.metabasis.it](http://www.metabasis.it), maggio 2011, anno VI, n. 11, 10, secondo la quale «Lo stato non governa *nonostante* il mercato o *a fianco* del mercato, come inizialmente proponeva la dottrina liberale (teoria dello stato minimo). Il neo-liberalismo pone la ragion di governo all'interno del mercato facendo in modo che essa divenga una *razionalità* prettamente *oikonomico-gestionale* che si esercita direttamente sul corpo vivo degli individui e della popolazione, surclassando qualsiasi mediazione politico-simbolica. Nell'ottica foucaultiana, dunque, lo stato non scompare, esso diviene strumento del mercato e dell'estensione e moltiplicazione delle proprie dinamiche produttivo-soggettivanti. Oggi si governa *per* il mercato». È il caso di osservare che il diaframma tra la tutela diretta del consumatore e quella indiretta affidata al solo funzionamento del mercato concorrenziale non caratterizza soltanto la esperienza giuridica europea: per la esperienza nord-americana si v. il recente contributo di J.D. WRIGHT, *The Antitrust/Consumer Protection Paradox: Two Policies at War Each Other*, in *121 Yale L.J.*, 2011-12, 2216 ss.

<sup>59</sup> Al riguardo si v. la puntuale indagine offerta da J. BLACK, *The Rise, Fall and Fate of Principles based regulation*, in *Law Society Economy Working Papers*, n. 17/2010. Quanto all'esperienza nord-americana dei mercati finanziari, si v. V. DE LORENZO, *Principles - based regulation and legislative congruence*, in *15 Legislation and Public Policy*, 2012, 45 ss. il quale tiene conto anche del fatto che, a seguito degli scandali emersi per via dell'eccessiva fiducia assegnata negli States ai meccanismi dell'autoregolamentazione per principi, il recente *Dodd-Frank Act* ha segnato il ritorno alla *rules-based regulation*.

<sup>60</sup> Così J. BLACK, *Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 13/2008.

e di attuazione del diritto può rivelarsi non idoneo a tutelare gli interessi dei soggetti più deboli, si pensi, in particolare, a quelli dei consumatori e degli utenti. In altre parole, il ricorso ai principî che nella loro flessibilità e porosità rispetto alle dinamiche concrete dovrebbero assicurare un ampliamento delle tutele, andando oltre le strette maglie delle regole, può rivelarsi in effetti non solo controproducente per i portatori di interessi meno forti che vengono sacrificati nella concreta gestione dei principî stessi, pur nel rispetto delle modalità procedurali previste, ma anche tale da privare in concreto di giustiziabilità le soluzioni volta a volta adottate e non solo perché esse si rivelano riconducibili nell'area della discrezionalità, peraltro solo in parte tecnica, che è pur sempre connessa all'applicazione di principî.

Come dire, in definitiva, che la presenza di principî nel diritto scritto non sempre si traduce nell'individuazione di situazioni giuridiche soggettive tutelabili né di per sé assicura la loro concreta tutelabilità. A ben vedere, la conclusione qui indicata, con specifico riferimento alle modalità con cui i principî rilevano nell'ambito della *regulation* e della *governance* delle autorità amministrative indipendenti, solo in parte coincide con il tradizionale atteggiamento critico e pregiudizialmente scettico circa l'effettiva configurabilità di diritti soggettivi azionabili in presenza di principî giuridici.

E tuttavia, sempre nel quadro ora individuato, tale conclusione rinviene ulteriore conferma nel fatto che in queste nuove strutture istituzionali si concentrano potere regolamentare, potere regolativo e potere sanzionatorio. Si determina, dunque, un significativo distacco dal principio moderno della divisione dei poteri, con l'ulteriore conseguenza di fornire un nuovo singolare fronte per la rivisitazione e la crisi della tradizionale ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato<sup>61</sup> e della distinzione tra le rispettive giurisdizioni<sup>62</sup>: crisi, o se si vuole trasformazione, che esigono fondamen-

<sup>61</sup> Sul tema si v. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 54 ss.; I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 343 ss.

<sup>62</sup> Quanto al tema della giurisdizione è significativo rammentare che in Francia, proprio la singolare convergenza di poteri in capo all'Autorità per la concorrenza ha indotto il legislatore in via del tutto eccezionale ad attribuire il controllo giurisdizionale sui suoi atti non già al giudice amministrativo bensì all'autorità giudiziaria ordinaria: soluzione, questa ultima,

talmente una rivisitazione dei paradigmi alla base della distinzione tradizionalmente acquisita, la cui conservazione è destinata ad avere effetti distorsivi sia nella comprensione delle vicende in atto, sia nella predisposizione degli strumenti, prima di tutto concettuali, per rispondere alle nuove problematiche<sup>63</sup>.

A ben vedere, proprio nell'ambito del diritto dell'economia, questi due temi, peraltro tra loro intrecciati, sono attualmente al centro dell'attenzione in quanto forieri, nella complessiva esperienza giuridica europea, di tensioni sia negli ordinamenti giuridici nazionali, sia in quello sovranazionale, sempre che l'indagine non si limiti a prendere l'avvio da quello che è a ben vedere già il punto di arrivo di un percorso, ossia dall'avvenuta fissazione a valle di un articolato diritto regolatorio<sup>64</sup>. Infatti, la regolazione attuata per il tramite delle autorità indipendenti si è configurata nell'ordinamento come *esercizio di un potere*: in linea con il sistema si è ritenuto che spettasse al giudice amministrativo intervenire, in quanto giudice del potere. Non sorprende, dunque, che proprio in ragione del significativo rilievo economico-sociale delle controversie, della molteplicità dei soggetti coinvolti e dei relativi interessi, l'attenzione si sia concentrata sul processo amministrativo al fine di verificare l'adeguatezza dei suoi paradigmi operativi, peraltro già adeguatamente aggiornati in occasione della riforma, alla luce della complessità dei problemi che la regolazione affronta e, al tempo stesso, genera al suo interno.

Al riguardo, è sufficiente pensare da un lato alla crisi della tradizionale distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, po-

che ha avuto il via libera dal Consiglio costituzionale con la decisione n. 86-224 DC du 23 janvier 1987. Sull'attività svolta dalla Corte di appello di Parigi a cui è stata assegnata la relativa competenza dalla legge n. 87-499, 6 juill. 1987 seguita dal decreto n. 87-849, 19 oct. 1987, si v. O. ANCELIN-I. FOSSATI-KOTZ, *L'appel des décisions de l'Autorité de la concurrence*, in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2011, 1458. Secondo la dottrina le autorità indipendenti rientrano pur sempre nell'ordine amministrativo, in quanto *exercent un service public de «police économiques»* per cui se «la compétence juridictionnelle peut appartenir à l'ordre judiciaire, la nature même du contentieux ne change pas»: in questi termini Q. EPRON, *Le Statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, 1010.

<sup>63</sup> Sul punto per una prima generale prospettazione del tema, si v. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 513 ss.

<sup>64</sup> Appare questa la prospettiva seguita da parte della letteratura privatistica: si v. al riguardo A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit.

sto che a seguito della recente riforma del nostro processo amministrativo, le due giurisdizioni appaiono sempre di più come articolazioni interne ad una giurisdizione unica<sup>65</sup>, dall'altro alle tensioni, di recente emerse nella giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale<sup>66</sup>, oltre che significativamente presenti anche nella complessiva esperienza europea, relative appunto ai poteri repressivi assegnati alle autorità amministrative indipendenti<sup>67</sup>, in particolare, alle tutele da approntare a fronte delle sanzioni da queste irrogate<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Sul punto si v. la recente riflessione di S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, 1 ss.

<sup>66</sup> V. *infra*.

<sup>67</sup> Il tema è al centro dell'attenzione come emerge dal rapporto elaborato dal *Club des juristes* e pubblicato il 29 maggio 2012 vertente su *Des principes communs pour les autorités administratives dotés d'attribution répressive*: rapporto al riguardo del quale si v. l'utile commento di G. ECKERT, *Pour un régime commun des sanctions prononcées par les autorités de concurrence et de régulation sectorielles*, in *Semaine Juridique*, ed. gen., 9 luglio 2012, n. 28, 1360 ss. Invero, il sistema sanzionatorio è indispensabile per l'effettivo funzionamento della *regulation* (si v. al riguardo l'importante *Final Report* curato in Inghilterra da R.B. MACROBY, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, 2006).

<sup>68</sup> Nel caso particolare dell'Autorità garante per la tutela del mercato e della concorrenza, l'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990 prevede la possibilità che l'istruttoria aperta dalla AGCM possa chiudersi in presenza di impegni prospettati dalla impresa coinvolta e che l'autorità può accogliere rendendoli vincolanti: in ordine a tali decisioni dell'AGCM, il TAR Lazio nella sentenza 10 maggio 2010, n. 10571, pur riconoscendo la loro discrezionalità, ha ribadito che anche esse restano sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità, oltre che per violazione di legge, anche per illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti nonché per carenza di motivazione o di istruttoria, potendosi inoltre estendere il sindacato giurisdizionale nell'ambito dell'esame dei presupposti di fatto e della congruità e ragionevolezza della motivazione a base delle stesse decisione nonché dell'accertamento del nesso logico di conseguenzialità tra presupposti e conclusioni: su questi "impegni", sostitutivi di provvedimenti sanzionatori si v. C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012. È bene rammentare che anche a proposito del controllo delle pratiche scorrette, l'art. 27, comma 7, del codice del consumo prevede la possibilità nei casi meno gravi che l'autorità possa «ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità» nonché «disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione». Sulla dimensione regolatoria che in definitiva assumerebbe il sistema sanzionatorio messo a disposizione delle autorità indipendenti, si v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *RULES Research Unit Law and Economics Studies*, Paper n. 15 del 2013. In realtà, la più recente giurisprudenza è oltremodo critica sulla possibilità che gli impegni adottati ex art. 14-bis travalichino la rimozione delle criticità evidenziate da parte della stessa autorità antitrust sino ad «integrare una determinazione "regolativa" del mercato»: secondo TAR Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, l'attività regolativa è da ritenersi «esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competi-

Infatti, a proposito della nuova *regulation* è opinione diffusa e condivisa che sia il giudice amministrativo il vero e proprio giudice del diritto dell'economia. In effetti, gli atti attraverso i quali le autorità amministrative indipendenti svolgono le funzioni ad esse assegnate, in particolare quella normativa e quella regolativa, si configurano come provvedimenti amministrativi (siano essi generali o puntuali) come tali soggetti, in definitiva, dal punto di vista del loro controllo di legittimità, al vaglio della giurisdizione amministrativa<sup>69</sup>. Al momento, inoltre, risulta articolata la stessa individuazione del giudice competente, in quanto a seguito di soluzioni legislative pasticciate, puntualmente demolite dalla corte costituzionale, solo per alcune autorità amministrative indipendenti, la competenza è affidata al TAR Lazio.

Quanto, alla funzione sanzionatoria, negli ultimi tempi è emerso un singolare braccio di ferro tra il “diritto vivente”, quale individuato negli orientamenti interpretativi prospettati dalla Corte di Cassazione e dalla stessa Corte costituzionale<sup>70</sup> e indirizzato ad assegnare alla giurisdizione ordi-

tive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'Antitrust; in termini non diversi a proposito del potere sanzionatorio, si v. anche TAR Lazio 18 febbraio 2013, n. 1742, in esito alla controversia intervenuta tra l'AGCM e l'AGCOM risolta dall'ordinanza del Consiglio di Stato 24 marzo 2009, n. 1515.

<sup>69</sup> Circa la natura amministrativa della “regolazione” si è sinteticamente, ma efficacemente, rimarcato che gli atti dei regolatori non sono atti legislativi (laddove si fissano norme o si introducono regolamenti) e tantomeno giurisdizionali: in questi termini, traducendo dal testo francese, D. SORACE, *Régulation économique et démocratie politique: un point de vue italien*, in M. LOMBARD (a cura di), *Régulation économique et démocratie*, Parigi, 2006, 154. Pur concordando in termini generali con la conclusione prospettata è da osservare però che talune autorità intervengono molto spesso sul contenzioso tra privati esercitando funzioni in parte assimilabili a quelle dei giudici: sul tema presente anche in altri paesi v. ora l'ampio studio di T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Parigi, 2013; per la nostra esperienza, si v. ora S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013.

<sup>70</sup> Ci si riferisce al complesso quanto fondamentale tema relativo all'individuazione della giurisdizione chiamata ad intervenire in occasione di provvedimenti sanzionatori delle autorità che non necessariamente si collegano alla potestà di vigilanza di un particolare settore e che in molti casi sono destinati ad incidere anche su diritti fondamentali dei privati coinvolti. La questione, che meriterebbe un'autonoma indagine, è emersa, in particolare, a proposito della modifica intervenuta con il decreto legislativo 2 luglio 20120, n. 104, in attuazione della delega al governo di cui all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69: con essa l'assetto disciplinare previgente è stato mutato nel senso di assegnare alla giurisdizione amministrativa del TAR Lazio il controllo delle sanzioni irrogate dalla Consob in passato spettante alle Corti di Appello. Premesso che nella delega relativa al semplice riordino si richiedeva che il legislatore dovesse operare tenendo conto della giurisprudenza della corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, la Corte costituzionale con la decisione n. 162

naria il controllo relativo ai provvedimenti sanzionatori adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ed alcune soluzioni legislative propense a spostare anche questo controllo in capo al giudice amministrativo. Pur con tutti i limiti di ordine culturale legati alla tradizionale distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, è significativo che nel caso di specie sia stato proprio il riferimento ai diritti soggettivi di libertà economica e di iniziativa ad essere invocato per esigere il rispetto ed il primato della giurisdizione ordinaria, a fronte della contrapposta soluzione che sembrerebbe appunto segnare paradossalmente il rischio di

---

del 27 giugno 2012 ha dichiarato la illegittimità costituzionale della modifica per violazione della delega con il conseguente ripristino della giurisdizione delle corti di appello. Nella sua motivazione la Corte, senza volutamente riprendere le indicazioni di cui alla sua stessa pronuncia n. 204 del 2004 pur invocata nell'ordinanza di rimessione e implicitamente richiamata nella stessa legge delega, ai fini della fissazione di possibili "paletti" alla discrezionalità del legislatore nella invocazione della giurisdizione, ha richiamato esclusivamente l'indirizzo più volte ribadito dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato che si erano pronunciati a favore della giurisdizione ordinaria avendo escluso la presenza di una discrezionalità amministrativa nel caso di sanzioni che possono essere sia di natura pecuniaria, sia di contenuto interdittivo, ivi compresa quella per cui il soggetto sanzionato non possa continuare ad esercitare l'attività intrapresa. Su questa pronuncia della Corte costituzionale, in particolare anche sui rilievi sistematici che il tema comporta a proposito dei contenuti della "regolazione", si v. il commento di A. NICOTRA, *Il giudice naturale delle sanzioni CONSOB e Banca d'Italia*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), ivi ampi riferimenti. Quanto al rapporto tra la discrezionalità amministrativa e l'autoratività della sanzione e, in definitiva, a favore del riconoscimento della giurisdizione amministrativa in ordine al giudizio sull'esercizio della potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione, si v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoratività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 79 ss.; sul tema si è nel passato accumulata una ampia letteratura: si v. M. FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007; L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni regionali*, 2007, 601 ss.; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti*, Torino, 2000.

Con la recentissima pronuncia 15 aprile 2014, n. 94 la stessa Corte costituzionale ha esteso la dichiarazione di in costituzionalità delle medesime stesse disposizioni nella parte in cui attribuiscono le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, in particolare alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma: di conseguenza è stata ripristinata la giurisdizione funzionale della Corte di appello di Roma. È il caso di ricordare, infine, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio alla luce dell'effettivo controllo posto in essere dal giudice amministrativo a proposito dei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità antitrust italiana, con la decisione del 29 settembre 2011 nel caso *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia* ha riconosciuto che il sistema italiano di controllo giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti è conforme all'art. 6, § 1, CEDU. Tuttavia, il suo giudizio risulta decisamente mutato alla luce della recente pronuncia 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - *Grande Stevens e altri c. Italia*, su cui v. *infra* nel testo.

un declino e di un possibile degrado di siffatte situazioni giuridiche nella complessiva *governance* dell'economia affidata alle autorità c.d. indipendenti e che si esprime in maniera sempre più evidente sotto forma di un “diritto negoziato”<sup>71</sup>.

Esula dalla nostra indagine affrontare questo più ampio ed impegnativo tema. Tuttavia preme qui limitarsi ad osservare che se la contrapposizione storica tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa non ha più ragion d'essere e che la distinzione tende a collocarsi sul piano meramente funzionale, diventa allora assolutamente necessaria una completa rivisitazione sia dei paradigmi sui quali è stata fondata la distinzione tradizionale, sia dei corollari teorici da tempo individuati e collaudati dalla prassi, prima ancora di adottare i necessari interventi disciplinari conseguenti.

Infatti, se è vero, come si è cercato di delineare, sia pure schematicamente, nelle pagine precedenti, che il complessivo fenomeno della nuova *regulation*, incentrata sui principî, si colloca a metà strada tra Stato e mercato e, però, essa viene attratta nella sfera operativa della giurisdizione amministrativa, configurata sempre in termini tradizionali, ossia contrapposta a quella ordinaria, è indispensabile che anche il modello giurisdizionale amministrativo venga modificato, a partire dagli stessi presupposti culturali indispensabili per cogliere a pieno il *proprium* della nuova funzione ad esso assegnato<sup>72</sup>. Infatti, il singolare paradosso con cui i sistemi giuridici sono chiamati a confrontarsi discende proprio dal fatto che se da un lato si assiste ad una crescente privatizzazione nei processi di formazione delle regole, attraverso molteplici tecniche, ivi compresa l'autoregolazione, dall'altro, la loro “procedimentalizzazione”, al fine di assicurare una parteci-

---

<sup>71</sup> In questi termini A.J. ARNAUD, *Le sfide della globalizzazione alla modernità giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, 77 ss., in part. 84 ss. Sul punto si v. anche G. MAJONE, *The Transformations of the Regulatory State*, Paper I, in AIR Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, settembre 2010.

<sup>72</sup> Resta fuori dalla nostra riflessione l'analisi del più ampio tema circa i mutamenti intervenuti nella giustizia amministrativa a seguito della recente riforma. È sufficiente qui limitarsi a rimarcare che le novità introdotte, a partire dalla tutela del contraddittorio e dal coinvolgimento dei soggetti interessati nei procedimenti e dalla maggiore trasparenza di questi ultimi, evidenziano, a tacer d'altro, una diversa configurazione della P.A. che si colloca nel quadro da un lato del declino della complessiva sovranità statuale, dall'altro della ridefinizione, in parte conseguenziale, della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

pazione adeguata da parte di tutti i soggetti interessati, implica l'assoggettamento dell'intera vicenda al governo di istituzioni "terze", le autorità amministrative indipendenti. Autorità chiamate ad intervenire per l'appunto come arbitri (imparziali ed indipendenti) e, al tempo stesso, come custodi del funzionamento virtuoso dei rispettivi mercati di riferimento. Di qui, il primato della giustizia amministrativa a proposito tanto dei procedimenti di regolazione che si svolgono davanti alle autorità, i quali portano all'emanazione di misure aventi contenuto ed effetti anche generali<sup>73</sup>, quanto dei conflitti che possono emergere tra l'autorità stessa e un operatore economico, ovvero tra operatori economici ed utenti e tra operatori economici<sup>74</sup>: come dire, dunque, che tanto i provvedimenti amministrativi, quanto le determinazioni della giustizia amministrativa persino nei caso in cui appaiono destinati a governare semplicemente conflitti tra la amministrazione pubblica ed il cittadino, in realtà incidono nelle relazioni orizzontali tra soggetti privati<sup>75</sup>. In altre parole, come è stato colto

---

<sup>73</sup> A questo riguardo, è importante segnalare che il Consiglio di Stato Commissione Speciale con il suo parere 26 giugno 2013, n. 3014 ha puntualizzato la questione relativa alle tutela avverso atti normativi. In particolare, ha chiarito che il singolo è legittimato ad impugnare l'atto solo quando si concretizza in sede applicativa la lesione della sua situazione giuridica soggettiva posto che «proprio la generalità e l'astrattezza che caratterizza (sic!) le prescrizioni normative impugnate impedisce (sic!) di ravvisare l'attualità della lesione» per cui «La lesione è, allo stato, meramente potenziale, essendo destinata a concretizzarsi e attualizzarsi». Viceversa, gli enti esponenziali di interessi diffusi che grazie a loro si prospettano come interessi collettivi di un gruppo omogeneo ben possono impugnare l'atto normativo in quanto tale. In questo caso «L'utilità perseguita con il ricorso non è la rimozione di una lesione già verificatisi nella sfera giuridica della singola impresa (non potendo, anzi, l'ente esponenziale sostituirsi al singolo e agire in giudizio per far valere una lesione subita dall'individuo appartenente al gruppo dei cui interessi omogenei si fa portatore), quanto la rimozione di una lesione subita dal gruppo in quanto tale». Il parere precisa al riguardo che deve trattarsi di «un interesse omogeneo, ovvero, un interesse comune a tutti gli appartenenti alla collettività rappresentata. L'ente collettivo non può agire a tutela degli interessi di alcuni appartenenti al gruppo contro gli altri. Al contrario, verrebbero meno la sua funzione e la sua stessa ragion d'essere e, quindi, l'interesse collettivo del quale l'ente è titolare». Sulla differenza in ordine all'ambito di intervento degli enti secondo che essi siano soltanto esponenziali di interessi diffusi ovvero espressamente legittimati dalla legge, e dunque, sulla più articolata distinzione tra interessi diffusi, interessi collettivi e interessi generali, si v. l'importante sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 gennaio 2014, n. 36.

<sup>74</sup> Sul punto, si v. le efficaci puntualizzazioni di V. CAPUTI LAMBRENGHI, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione come fonte di nuovo diritto*, in A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 455 ss.

<sup>75</sup> Per una recente ricognizione sull'attuale adeguatezza della disciplina del processo amministrativo rispetto alle problemistiche del diritto dell'economia si v. G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 677 ss.

dalla migliore dottrina<sup>76</sup>, il giudizio amministrativo, originariamente concentrato sull'atto, è progressivamente diventato direttamente o indirettamente giudizio sul rapporto: di conseguenza ai limiti "partecipativi", soprattutto dei soggetti deboli, nella fase formativa della regolazione, rischiano di aggiungersi anche quelli legati all'immutata applicazione della specifica "logica" interna al processo amministrativo<sup>77</sup>.

Nella prospettiva della riflessione qui avviata può essere utile, al fine di cogliere la frontiera ovvero il cortocircuito che si prospettano all'orizzonte, segnalare, esemplificativamente, alcuni temi e problemi tra loro strettamente correlati e che attendono ancora risposte adeguate.

Quanto ai temi, mette conto qui evidenziare in primo luogo la singolare frattura che rischia di determinarsi in ordine al legame tra disciplina degli atti e disciplina dell'attività: ossia il legame che ha costituito sul piano del rinnovo del diritto privato di fonte europea la principale novità della complessiva esperienza giuridica degli ultimi decenni. Infatti, taluni recenti sviluppi legislativi tendono non solo a ridimensionare l'area operativa del diritto privato, ma a legare ambiguumamente l'operatività del suo strumentario tecnico alle determinazioni poste in essere da autorità amministrative con l'effetto non solo di indebolire la tutela dei diritti individuali e collettivi nelle forme tecniche proprie del diritto privato a favore di procedure amministrative i cui esiti sono sottratti al sindacato pieno di merito, ma anche di condizionare l'autonoma operatività delle prima all'avvenuto dispiegarsi delle seconde.

Una prima manifestazione di questo indirizzo può rinvenirsi nell'art. 37-bis introdotto di recente<sup>78</sup> nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e riguardante

---

<sup>76</sup> In realtà, attualmente anche se non ne sono state tratte tutte le implicazioni che ci si dovrebbe attendere (sul punto si v. le considerazioni critiche di F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit.) lo stesso Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria del 23 marzo 2011, n. 3 ha riconosciuto l'avvenuta trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

<sup>77</sup> Si v. al riguardo G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 401 ss. e A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu).

<sup>78</sup> Esso è stato previsto dall'art. 5 del decreto-legge n. 1 del 2012 convertito, con modifiche, in legge 24 marzo 2012, n. 27 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" e si inserisce in un complesso di misure indirizzate al potenziamento del ruolo complessivo dell'AGCM nel nostro paese. Sulla disposizione si v. tra i primi commenti L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 492 ss.; T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in

appunto la «tutela amministrativa contro le clausole vessatorie»<sup>79</sup>. Questa disposizione attribuisce innanzitutto all'autorità antitrust il potere, da esercitarsi d'ufficio o su denuncia, sentire le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni, di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. Il comma 2 della disposizione puntualizza che «il provvedimento accertante la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore» con conseguente applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in caso di inottemperanza. L'obiettivo della disposizione sembrerebbe quello di assicurare che l'accertamento della vessatorietà si collochi sul piano del controllo generale sull'attività negoziale degli operatori professionali<sup>80</sup>, lasciando soltanto al giudice ordinario la verifica riguardante gli effetti sul singolo contratto in occasione di concrete vertenze.

Al tempo stesso, la medesima norma facoltizza gli operatori, prima che l'autorità avvii una propria iniziativa, ad interpellare preventivamente

---

1031

---

*Contratti*, 2012, 638 ss.; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole abusive*, in *Corr. giur.* (speciale n. 2), 2012, 47 ss.

<sup>79</sup> Il relativo procedimento istruttorio è stato introdotto dal provvedimento n. 23788 dell'autorità garante del mercato e della concorrenza pubblicato nel Bollettino della stessa n. 34 del 10 settembre 2012.

<sup>80</sup> A nostro avviso, tanto l'art. 37-bis quanto il regolamento adottato dall'autorità per l'istruttoria non sembrano legittimare la conclusione prospettata in dottrina (si v. E. QUADRI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 5666) secondo la quale il controllo successivo prescrittivo di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 37-bis dovrebbe sempre coinvolgere i moduli ed i formulari nella loro interezza, laddove per l'ipotesi di cui al comma 3 il controllo preventivo potrebbe riguardare anche una sola clausola. In realtà, una cosa è che ai fini del controllo si tenga conto sempre del complessivo contesto in cui si colloca la clausola oggetto della denuncia o dell'avvio di ufficio del procedimento, anche alla luce di «altre clausole contenute (...) in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende» (così l'art. 22, comma 2, del provvedimento n. 23788, cit.), altra è che l'istruttoria nel caso del controllo successivo debba riguardare sempre tutte le clausole.

l’Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori<sup>81</sup>.

A questo ultimo riguardo, la norma da un lato dispone che «le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall’Autorità», dall’altro precisa che «resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori». A sua volta, a proposito dei provvedimenti adottati dall’autorità, siano essi dichiarativi o non della vessatorietà delle clausole sottoposte al suo vaglio, il successivo comma 4 da una parte puntualizza che in ordine alla relativa tutela giurisdizionale è «competente il giudice amministrativo», dall’altra, fa «salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno».

Nonostante i primi, per quanto autorevoli, commenti si siano orientati a valutare positivamente la disciplina qui richiamata, a nostro avviso essa presenta ampi margini di ambiguità. Infatti, il dato singolare è che, paradossalmente, la valutazione positiva della disposizione coincide con una lettura minimalista dell’intervento del legislatore il quale, in definitiva, non fornirebbe in concreto alcuna risposta al problema più significativo costituito appunto dalla tutela collettiva avverso la presenza di clausole vessatorie nei rapporti contrattuali tra operatori professionali e consumatori: problema rimasto tuttora irrisolto alla luce sia dell’inadeguato e scarso ricorso all’inibitoria collettiva dinanzi al giudice ordinario già prevista nell’art. 37 del codice del consumo, sia delle difficoltà applicative che questa ultima norma ha registrato.

Infatti, il possibile conflitto tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria sotteso alla nuova disposizione di cui all’art. 37-bis viene disinnescato preventivamente da questa interpretazione. Invero, essa assume come presupposto che la dichiarazione di vessatorietà della clausola da parte dell’autorità sortirebbe il solo effetto di “esserci” e di essere resa

<sup>81</sup> Al riguardo la norma precisa che «l’Autorità si pronuncia sull’interpello entro il termine di centoventi giorni dalla richiesta, salvo che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritieri» e puntualizza che «le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall’Autorità per gli effetti di cui al comma 2. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori».

nota<sup>82</sup>, senza avere alcuna incidenza nei rapporti contrattuali in atto ed in fieri circa l'efficacia e validità della stessa clausola vessatoria, la cui valutazione resterebbe pur sempre affidata al giudice ordinario. Ebbene, se così fosse, la norma porrebbe a carico dell'autorità un compito oltremodo gravoso nella sua applicazione, vista la necessità di coinvolgere nel procedimento istruttorio i diversi soggetti interessati previa consultazione, con il solo auspicabile risultato, nel caso di accertata vessatorietà della clausola, che gli operatori professionali decidano, se riterranno di farlo, di eliminare la clausola o di non avvalersene. In altre parole, la dichiarazione di vessatorietà da parte dell'autorità, destinata a comunicarsi ai consumatori, avrebbe in definitiva soltanto un effetto reputazionale nei confronti degli operatori professionali, incidendo semplicemente in termini di *moral suation* per l'eventuale rimozione o disattivazione delle clausole dichiarate vessatorie. Sotto questo profilo, in definitiva, è fondata l'osservazione secondo la quale l'apertura di un'istruttoria dinanzi all'autorità, sia in sede preventiva su iniziativa degli operatori sia su denuncia o di ufficio, mira in sostanza a collocare il controllo sulle clausole vessatorie su di un piano che di fatto contribuisce a neutralizzare i conflitti e che favorirebbe soltanto processi autocorrettivi da parte dei predisponenti in un dialogo con l'aut-

---

1033

<sup>82</sup> In altri termini, questa interpretazione della norma (accolta tra gli altri da L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, cit.; e da G. NATALI, *La tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori* (art. 37-bis D.Lgs. n. 206/2005): il caso della clausola limitativa della cessione del credito risarcitorio nel contratto r.c. auto, in *Amministrazione in Cammino*; E. QUADRI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., 569) induce a sostenere che la declaratoria circa la vessatorietà della clausola sarebbe funzionale alla mera informazione dei consumatori quanto alla vessatorietà della clausola secondo le indicazioni di cui al comma 2 della disposizione. Ma questa conclusione, a ben vedere, è contraddittoria rispetto all'obiettivo di fornire una "tutela" sia pure amministrativa contro le clausole vessatorie. A tacer d'altro, non può certo parlarsi di tutela ove ci si limiti al solo carattere afflitivo della pubblicazione relativa alla declaratoria di vessatorietà della clausola per i suoi effetti sulla reputazione dell'operatore. In altri termini, ove si neghi una concreta rilevanza sul piano privatistico alla determinazione assunta dalla autorità, l'informazione al consumatore non riguarderebbe, come si continua a sostenere ambiguumamente, l'accertamento della vessatorietà della clausola; più semplicemente essa avrebbe ad oggetto la sola *opinione* per quanto autorevole dell'autorità antitrust che, in quanto tale, non avrebbe però alcun rilievo sul successivo concreto giudizio civile in cui soltanto continuerebbe ad aversi l'effettivo accertamento della vessatorietà e l'applicazione delle relative conseguenze. Come dire, dunque, che formalmente non muta il quadro delle determinazioni che possono spingere il consumatore ad avviare un contentioso dinanzi al giudice ordinario. Sotto questo profilo, e a tacer d'altro, il gap operativo della disciplina, con specifico riferimento anche alla tutela collettiva dei consumatori, resterebbe del tutto immodificato.

torità<sup>83</sup>. Conclusione, questa, confortata anche dal fatto che nel caso del controllo preventivo, il procedimento non prevede la presenza di contro interessati, all'infuori dei soggetti istituzionali ai quali il responsabile del procedimento potrebbe eventualmente chiedere un parere<sup>84</sup>.

A nostro avviso, premesso che anche alla luce della specifica collocazione della norma nell'ambito del codice del consumo, la valutazione circa la vessatorietà delle clausole affidata all'autorità resta ancorata ai soli parametri<sup>85</sup> di cui agli artt. 33 ss. del medesimo codice del consumo<sup>86</sup>, e che la

---

<sup>83</sup> Sullo specifico punto, si v. le lucide considerazioni di C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritti civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del Consumo*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 305 alle quali si richiama R. ALESSI, *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, ivi, 46 ss.

<sup>84</sup> Si v. infatti, l'art. 22, comma 5, del provvedimento n. 23788.

<sup>85</sup> Il rilievo avanzato nel testo è a nostro avviso importante per chiarire che in questo specifico caso i parametri di cui si deve avvalere l'autorità ai fini della valutazione della vessatorietà non sono diversi da quelli che utilizza il giudice civile: di qui, ovviamente, non solo l'evidente potenzialità del conflitto tra la determinazione effettuata dall'autorità e quella spettante al giudice ordinario, ma la difficoltà di coordinare l'univocità dei criteri di valutazione con la diversità delle giurisdizioni coinvolte. Infatti, come è stato opportunamente ribadito, (A. MIRONE, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod. cons.*, in *AIDA*, 2012, 296 ss.), la valutazione posta in essere dall'autorità in materia di vessatorietà delle clausole non può certo ritenersi espressione né di discrezionalità amministrativa, né di discrezionalità tecnica: sotto questo profilo, dunque, in questo caso il controllo del giudice amministrativo non dovrebbe limitarsi alla mera legittimità del provvedimento, pur investendo, nei termini del c.c. controllo "debole", anche l'esercizio della discrezionalità tecnica.

Quanto detto permette altresì di chiarire che, dovendo essere anche la valutazione dell'autorità ancorata alla verifica del significativo squilibrio giuridico che si determinerebbe nel rapporto contrattuale, sia esso riferito ad uno specifico contratto o ad un complesso di rapporti con i consumatori, l'autorità è chiamata ad una attività che, nonostante l'articolazione adottata al suo interno, continua a mal conciliarsi con la *forma mentis* e l'approccio dei suoi funzionari in quanto travalica la funzione istituzionale legata all'applicazione della disciplina antitrust e si discosta dalla specifica e connaturata modalità operativa a questa legata. Infatti, la concreta funzione spettante all'autorità garante del mercato e della concorrenza è fondamentalmente quella di valutare i comportamenti delle imprese nei loro reciproci rapporti al fine di verificare innanzitutto se le loro intese possano avere effetti negativi su altri operatori e sui consumatori. Come dire, dunque, che l'interesse dei consumatori rileva in tali decisioni dell'autorità quale parametro per verificare l'incidenza sul funzionamento del mercato di tali intese: diverso e più complesso discorso è la individuazione contenutistica dell'interesse dei consumatori da prendere in considerazione, ossia se esso debba limitarsi alla sola valutazione del vantaggio meramente economico in termini di prezzo o di mutamento qualitativo dell'offerta etc. Per altro verso, quando l'autorità è stata chiamata a tutelare direttamente i consumatori a fronte di pratiche scorrette e/o aggressive, la disciplina ha puntualmente individuato le fattispecie di riferimento negli artt. 21-26 del Codice del consumo.

Ne discende, allora, che bisognerà monitorare attentamente l'attività dell'autorità in ordine all'applicazione dell'art. 37-bis al fine di evitare che la logica propria della indagine antitrust alteri la corretta osservazione degli obiettivi previsti dalla disposizione ora richiamata.

problematica relativa alla tutela del consumatore contro le clausole vessatorie ha una sua autonomia rispetto alla repressione delle pratiche scor-

---

Il caveat non è casuale. Infatti, l'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, ha chiamato l'autorità antitrust a sanzionare la violazione di alcuni divieti relativi al contenuto dei contratti tra operatori commerciali, indicati nel medesimo articolo e ulteriormente puntualizzati dal successivo regolamento di attuazione 19 ottobre 2012, n. 199: violazione da ritenersi espressione della avvenuta prevaricazione di uno dei contraenti sull'altro. A proposito della tipizzazione dei comportamenti vietati contenuta nel comma 2 dell'art. 62 la dottrina ha ben evidenziato che «Tali comportamenti sono qualificati come illeciti *ex se*, a prescindere dall'esistenza di «una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante» quale individuata dalla legge sulla tutela della concorrenza, ovvero dall'esistenza di uno «*stato di dipendenza economica nel quale si trova (...) una impresa cliente o fornitrice*» come richiesto dalla legge sulla tutela della subfornitura» [così in termini lucidissimi, F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?)*: ancora un indefinito movimento, in *Riv. dir. alimentare*, Anno VI, n. 2, aprile-giugno 2012]. Ebbene, nel regolamento interno adottato per l'applicazione di tale disciplina, l'autorità, travisando quanto disposto dall'art. 62 e dal decreto ministeriale sopra menzionato, ha indirizzato la propria attività di vigilanza e di intervento non già a tutti i contratti in cui ricorrono siffatte violazioni, ma solo a quelle «relazioni economiche tra gli operatori della filiera *connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale*» [il corsivo è nostro]. Così facendo, ha ritagliato il proprio intervento, non solo autolimitando la sfera dei compiti da svolgere in chiaro contrasto con l'art. 62, ma (il che non è meno grave) alterando la funzione della disposizione: attraverso un'interpretazione erronea, la norma è stata ricondotta nell'area in cui l'autorità esercita la sua più generale competenza in ordine alla tutela del mercato concorrenziale (sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012 n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 545; più di recente si v. l'ampio saggio di S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62 l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 171 ss.).

Non può tacersi, infine, che la tendenza dell'autorità a ricondurre il complesso dei poteri ad essa assegnati sotto il modulo operativo istituzionale ben può rientrare tra le strategie per far fronte, attraverso una selezione preventiva della propria attività, al proliferare eccessivo dei compiti assegnati il cui espletamento potrebbe verisimilmente distogliere l'autorità, come paventato da più parti, dallo svolgimento delle sue attività primarie rivolte alla tutela antitrust. Ma questo atteggiamento «difensivo» del proprio ruolo non può essere accettato. A ben vedere, il continuo allargamento della sfera operativa dell'autorità garante del mercato nello svolgimento di compiti diversi da quelli propri legati all'applicazione della disciplina antitrust indubbiamente sta portando ad una de-specializzazione dell'autorità (A. MIRONE, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod. cons.*, in *AIDA*, 2012, 296 ss. Ma il fatto più inquietante e preoccupante è che l'autorità è propensa a non modificare il proprio approccio nel senso che orienta l'esercizio di questi nuovi diversi compiti a lei assegnati al *modus operandi* e alla impostazione con cui agisce nell'area della tutela antitrust. In altre parole, l'autorità tende a ricomprendersi anche l'esercizio delle attività diverse da quella rispondente all'esercizio della sola tutela antitrust nel modulo operativo previsto per questa ultima funzione, ossia nel modulo contraddistinto dalla presenza di un indubbio margine di discrezionalità. Di conseguenza, ciò determina una sensibile contrazione delle garanzie e dei contenuti della tutela che la legge ha

rette<sup>87</sup>, la nuova disposizione contiene margini di ambiguità che solo la prassi applicativa può dissipare. Infatti, se da un lato ben si può comprendere che l'avvio di una procedura preventiva, anche su iniziativa degli stessi operatori professionali, può favorire un effettivo controllo ad ampio spettro sulla clausole predisposte, dall'altro è tutto da dimostrare, in primo luogo, che la funzione assegnata all'autorità sia sottratta ad una logica “dirigistica” sul versante tanto della salvaguardia delle scelte adottate dagli operatori economici, quanto su quello della tutela dei consumatori. Per la medesima ragione, nel lasciare al giudice ordinario la giurisdizione sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno, la norma sembrerebbe ambiguumamente affidare al giudice ordinario la eventuale dichiarazione di nullità della clausola con riferimento al concreto contratto sottoposto alla sua attenzione, sul presupposto dell'avvenuto accertamento della vessatorietà eventualmente effettuato dall'Autorità: come dire, contrariamente ad una lettura comprensibilmente incline ad aumentare più che restringere la tutela dei diritti dei consumatori, che la lettera della norma non appare limitarsi ad assegnare al giudice ordinario la sola «facoltà di avvalersi degli accertamenti effettuati dell'Autorità garante»<sup>88</sup>.

---

riconosciuto ai soggetti privati: sul rispetto delle differenziate funzioni dell'autorità antitrust si v. F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. economia*, 2010, 23 ss.

<sup>86</sup> Sul punto esiste una letteratura vastissima: per ampi riferimenti bibliografici si v. da ultimo G. NATALI, *La tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori (art. 37-bis D.Lgs. n. 206/2005): il caso della clausola limitativa della cessione del credito risarcitorio nel contratto r.c. auto*, in *Amministrazione in Cammino*.

<sup>87</sup> Sul punto si rinvia all'attente e apprezzabile disamina offerta da A. MIRONE, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust*, cit.

<sup>88</sup> In questi termini L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, cit. In realtà, la lettera della norma sembra orientata in senso opposto. Innanzitutto, l'espressione secondo la quale spetta al giudice ordinario intervenire sulla validità della clausola vessatoria è infelice: infatti, nella disciplina sulle clausole abusive, la dichiarazione di nullità da parte del giudice ordinario interviene come possibile effetto della valutazione preliminare, a lui spettante, che attiene alla vessatorietà della clausola nonché alla verifica circa la concreta negatività della stessa per il consumatore. Viceversa, l'intervento del giudice ordinario a proposito questa volta della «la validità delle clausole (già) vessatorie», come si legge nella norma, può acquisire senso solo se si ammette che il profilo dell'accertamento relativo alla validità/invalidità sia separato da quello preliminare relativo all'accertamento della vessatorietà/non vessatorietà. Per altro verso, posto che la valutazione circa la vessatorietà non è espressione di discrezionalità tecnica, non si vede in base a quale modalità processuale il giudice ordinario possa tener conto ed avvalersi della opinione dell'autorità antitrust.

In definitiva, se l'interpretazione prevalente della dottrina tende a collocare la tutela amministrativa delle clausole su di un terreno diverso da quello proprio derivante dall'attuazione

Al di là delle difficoltà emerse in ordine all'utilizzazione da parte delle associazioni dei consumatori dell'inibitoria *ex art. 37* del medesimo codice di consumo, azionabile in via preventiva innanzi al giudice ordinario, è tutt'altro che inverosimile l'emergere di un possibile conflitto: conflitto, è bene evidenziarlo, che non si prospetta soltanto con riferimento agli effetti del provvedimento dell'Autorità antitrust, eventualmente negativa in ordine alla vessatorietà della clausola, nei confronti dell'accertamento spettante al giudice ordinario, anche in sede di inibitoria sulla base di azione collettiva, ma anche in riferimento all'eventuale decisione del giudice amministrativo che abbia confermato il provvedimento dell'Autorità.

La possibilità di un conflitto nei termini ora richiamati a proposito dell'applicazione dell'art. 37-*bis* non è isolata, ma si colloca in un più ampio quadro dovuto appunto al fatto che le dinamiche relative all'applicazione della *regulation* coinvolgono due giurisdizioni diverse, senza che si sia fatta piena chiarezza sul coordinamento tra i diversi strumenti di tutela da attivare.

Senza qui analizzare nel merito la disciplina coinvolta, è sufficiente rammentare che già a proposito delle pratiche scorrette di cui agli artt. 20 e seguenti del codice del consumo la soluzione adottata nel nostro paese, nell'affidare all'autorità antitrust il compito di accertare la sussistenza delle stesse e in caso di positivo accertamento adottare i provvedimenti consequenziali, nell'art. 27, comma 14, ha altresì disposto che «ove la pratica com-

---

1037

---

della direttiva 93/13 destinata ad incidere effettivamente sul singolo contratto e, però, aperta alla tutela collettiva, e, dunque, si esclude che la valutazione posta in essere dall'autorità possa incidere sulle vicende dei singoli contratti (sì da riportare in conclusione l'attività amministrativa dell'autorità in materia di clausole abusive nella direzione propria dell'intervento in materia di pratiche scorrette), appare indubbio che la nuova disciplina non può certo costituire una risposta soddisfacente alla mancanza di effettività della tutela collettiva delle clausole abusive che deve poter portare anche a concreti effetti inibitori. Come dire, dunque, che, pur invocandosi e prospettandosi la tutela del consumatore avverso le clausole abusive, la nuova disciplina introdotta verrebbe in tale interpretazione indirizzata alla tutela del solo mercato, così perpetuando, in forme nuove, l'equívoco uso strumentale della tutela del consumatore. Se si avalla l'interpretazione secondo la quale l'intervento dell'autorità antitrust e le sue determinazioni siano del tutto prive di incidenza sull'operatività dei meccanismi rimediali privatistici riguardanti il contratto, è inevitabile poi concludere che nel suo agire sulla base della nuova disposizione l'autorità antitrust non tutela il consumatore, «bensì la concorrenza del mercato in senso oggettivo» [così L. ROSSI CARLEO, *Oltre il consumatore nel tempo della crisi: le nuove competenze dell'AGCM*, in G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 280].

merciale sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse, è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento». Nel comma successivo del medesimo articolo si è altresì fatta salva la giurisdizione ordinaria ma in una area ben circoscritta<sup>89</sup>.

Il recente decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 nel dare attuazione alla direttiva 2011/83 sui diritti dei consumatori ha riformulato la disciplina relativa alle informazioni precontrattuali per il consumatore nonché il diritto di recesso (artt. 48-65); al contempo nell'art. 66, richiamando la disciplina già prevista per le pratiche scorrette, in particolare l'art. 27, commi da 2 a 15, ha affidato all'autorità antitrust l'accertamento delle violazioni delle disposizioni ora richiamate. Orbene, se è pur vero che lo stesso art. 66, comma 5, dispone con una formula assai vaga che «è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario» resta comunque indubbio che sull'accertamento delle violazioni operato dall'autorità non solo la giurisdizione è quella amministrativa, ma quella del giudice ordinario è soggetta all'individuazione di cui al comma 15 dello stesso art. 27.

La lettura in sequenza di questi interventi, peraltro non sempre in linea con le indicazioni presenti nelle determinazioni di fonte europea, segnalano un paradossale capovolgimento della linea di politica del diritto in ordine alla disciplina dei rapporti di mercato emersa negli ultimi decenni e che ha contribuito in modo determinante nell'arricchire i contenuti del nostro diritto materiale. In termini oltremodo sintetici può dirsi che la più importante novità intervenuta nel diritto privato dell'economia, grazie soprattutto ai numerosi provvedimenti adottati a livello europeo, a loro volta ispirantisi alle esperienze giuridiche già in atto in alcuni paesi, è stata quella di attrarre il tema relativo alla disciplina dell'attività economica nell'ambito del diritto privato. Ciò è avvenuto attraverso interventi di

---

<sup>89</sup> Infatti, tale comma dispone che «È comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norme dell'articolo 2598 del codice civile, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti».

diritto sostanziale e di diritto processuale con i quali si è individuato un preziosissimo ponte tra disciplina degli atti e disciplina dell'attività. Nella prospettiva offerta dalla strutturale relazionalità propria dell'iniziativa economica indirizzata al mercato di massa, la tutela privatistica dei diritti, a partire da quelli dei consumatori, si è arricchita nel senso di collocarsi non più e soltanto al livello tradizionale del singolo contratto, bensì anche a livello delle stesse fasi che precedono le concrete operazioni negoziali, ossia quelle in cui gli operatori programmano la propria azione sul mercato predisponendo ad es. moduli e formulari ovvero la presentazione anche mediante la pubblicità della loro "merce", sia essa costituita da beni o da servizi. In questa prospettiva, come si è già avuto occasione di rammentare, il quadro si è altresì articolato in quanto la differenziazione disciplinare si è accentuata in relazione alla specificità dei mercati di riferimento.

I più recenti sviluppi, nei quali la "regolazione", come sopra descritta, ha progressivamente inglobato la fissazione delle nuove "regole del gioco" privatistiche destinate a disciplinare l'attività economica anche per il tramite di regole solo apparentemente dettate per gli atti, segnalano un vero e proprio capovolgimento di indirizzo, per certi versi radicale, anche a rispetto al passato. Infatti, da un lato si assiste ad una espansione della disciplina regolatoria dell'attività, dall'altro si registra non solo una progressiva configurazione amministrativistica di tale disciplina, ma, il che è decisamente più grave, una sua emancipazione da quella privatistica (ossia quella in cui in definitiva rilevano e trovano tutela i diritti soggettivi a partire da quelli dei soggetti più deboli): la disciplina di diritto privato diventa ancillare a quella amministrativa se non addirittura del tutto sussurrata sino al punto da risultare "sterilizzata".

A questo riguardo, è sufficiente qui richiamare quanto si legge nell'art. 5, lett. *f*), del regolamento adottato dalla stessa AGMC circa le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie di cui al provvedimento adottato nel 2012: articolo da applicarsi non solo per le pratiche commerciali scorrette, ma anche per le clausole vessatorie come dispone l'art. 21, comma 1, del medesimo regolamento. Ebbene, a dispetto delle esigenze relative alla tutela dei soggetti privati (consumatori, utenti e operatori

concorrenti) che sono alla base dell'intervento affidato all'autorità anti-trust, l'art. 5, lett. *f*), del regolamento ora richiamato prevede che la fase preistruttoria può essere chiusa con un non luogo a provvedere in presenza di «sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti *tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa*». L'Autorità, può individuare «*con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire*» [i corsivi sono nostri]. In definitiva, non può negarsi che la tutela dei diritti e le aspettative di giustizia dei consumatori, ossia proprio gli obiettivi che la disciplina europea esige che siano perseguiti con effettività anche attraverso la tutela amministrativa, sono affidate, in concreto, ad una valutazione discrezionale dell'Autorità sino al punto da essere sacrificate a priori in nome di ragioni, anche di economicità, dell'azione amministrativa. In altri termini, a prescindere dal merito, è l'autorità garante della concorrenza a decidere autonomamente dei casi di cui si vorrà occupare! In questi casi, la “giustizia” si esaurisce in un servizio che deve rispondere alle esigenze non del cittadino, ma di chi è stato individuato per amministrarla.

---

1040

In realtà, un nuovo fronte problematico, che non a caso si colloca nell'orizzonte multilivello in cui si iscrivono le normative aventi ad oggetto i mercati, è assai di recente emerso a seguito dell'indirizzo giurisprudenziale a suo tempo inaugurato dalla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza Courage<sup>90</sup>, con cui, al fine di rafforzare l'effettività del rispetto della disciplina antitrust<sup>91</sup>, sì da coinvolgere attivamente gli stessi consumatori, si è ammessa la possibilità che questi ultimi agiscano innanzi al giudice ordinario per il risarcimento dei danni sofferti a causa di una intesa anticompetitiva intervenuta tra operatori economici. Senza qui affrontare il tema al centro di una vastissima letteratura e di recente riproposto

---

<sup>90</sup> Si tratta della decisione 20 settembre 2001, nella causa C 453/99.

<sup>91</sup> Sull'articolarsi delle competenze a livello europeo e nazionale in materia di concorrenza, si v. la sintesi offerta da G. MONTI, *Legislative and Executive Competences in Competition Law*, in L. AZOULAI, *The Question of Competence in European Union*, Oxford, 2014, 101 ss. Sull'esperienza accumulatasi al riguardo in Europa si rinvia per tutti a saggi raccolti da G.A. BENACCHIO-M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Atti del II Convegno di studio tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009, Padova, 2009.

all'attenzione generale dei paesi europei in virtù della proposta di Direttiva COM(2013)404 final dell'11 giugno 2013<sup>92</sup>, è sufficiente ai nostri fini limitarsi a considerare l'acceso dibattito già intervenuto nel nostro Paese a proposito dell'indirizzo giurisprudenziale, di recente puntualizzato dall'ordinanza della Cassazione 4 marzo 2013, n. 5327, in ordine alla rilevanza, per il giudice civile nel giudizio risarcitorio intentato dal consumatore, delle risultanze fattuali alla base del provvedimento dell'autorità antitrust che ha accertato la presenza di intese anticoncorrenziali: rilevanza che si manifesterebbe in termini sia di prova privilegiata di tale evento, sia di presunzione a favore del consumatore circa la ricorrenza del danno da lui sofferto<sup>93</sup>.

È di tutta evidenza che qui si è, a tacer d'altro, in presenza di un'indubbia forzatura del sistema civilistico della responsabilità per danni con riferimento tanto al ruolo di prova privilegiata che si intende assegnare al provvedimento amministrativo, per di più nella duplice direzione relativa sia alla sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale, sia della sua incidenza causale sul danno presunto sofferto dai consumatori, quanto alla sostanziale inversione dell'onere della prova in ordine al nesso di causalità gravante sul danneggiato. Infatti, la configurazione dell'accertamento effettuato dalla autorità antitrust, sia pure nei termini, che vorrebbero essere *soft*, di semplice prova privilegiata circa la sussistenza del comportamento anticoncorrenziale, integra nel sistema vigente un'alterazione delle regole relative al libero convincimento del giudice e al rispetto dei comuni para-

---

1041

<sup>92</sup> La proposta è intervenuta dopo una lunga gestazione avviatasi nel 2005 con il libro verde COM 2005(672) a sua volta seguito dal libro bianco COM 2008(165). Sulla recente proposta di Direttiva, già oggetto delle riserve presentate nella Relazione elaborata dall'ufficio legislativo del nostro Ministero della Giustizia il 19 luglio del 2013, si v. E. ROSELLO, *Private enforcement: la proposta di direttiva sulle violazioni antitrust ed il risarcimento del danno*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), settembre 2013. Sulla tutela collettiva, si v. R. VAN DEN BERGH, *Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem*, in 20 *Maastricht J.*, 2013, 12 ss.

<sup>93</sup> Sul punto si rinvia per tutti ai saggi pubblicati nella rivista *Mercato concorrenza regole*, 2013: rispettivamente a firma di A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La cassazione in guerra con se stessa*, 429 ss.; L. VASQUES, *La difesa disarmata nella cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*, 449 ss.; A. GIANNACCARI, *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, 473 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, 501 ss. Sul tema si v. anche A. TROTTA, *Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell'AGCM e della Commissione*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.

digni relativi all'onere della prova che incide in maniera discutibile, per via delle modalità con cui si attua, sul rapporto tra determinazioni dell'amministrazione pubblica e l'attività giurisdizionale ordinaria<sup>94</sup>.

In definitiva, l'intreccio sempre più corposo tra interventi amministrativi e disciplina dei rapporti tra privati, tra provvedimenti amministrativi e determinazioni del giudice ordinario, tra i rispettivi ambiti operativi della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa non esigono soltanto una rivisitazione disciplinare, ma, anche a tal fine, richiedono una riflessione senza pregiudizi sui paradigmi ricevuti dalla tradizione e che collocavano funzionalmente la distinzione tra le due giurisdizioni in una specifica prospettiva storica e ideologica: questa, è bene rammentarlo, segnava nettamente il piano dei rapporti tra Stato e cittadini cui si collegava una configurazione della amministrazione pubblica dipendente e del tutto organica allo Stato stesso ed il piano della società civile e dei rapporti economici fondata sull'esercizio delle libertà e dei diritti soggettivi e, in definitiva, rispecchiava uno specifico assetto in ordine alle relazioni tra Stato e mercato<sup>95</sup>.

---

1042

L'insostenibilità di una lettura della situazione attuale con i modelli ed i paradigmi tradizionali, gli esiti paradossali e perversi che discendono dal lasciare immutato lo strumentario concettuale di cui avvalersi nonché, al tempo stesso, l'alternativa che emerge (in termini di incertezza teorica)

---

<sup>94</sup> Il tema, a ben vedere, tocca un paradigma presente nella cultura giuridica privatistica europea: si v. al riguardo D. WILSHIER, *The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damage Culture*, in 3 *The Competition Law Rev.*, 2006, 27 ss.

<sup>95</sup> Nel rinviare al testo per una esemplificazione paradigmatica dell'inadeguatezza dell'attuale quadro interpretativo, mette conto qui osservare che proprio con riferimento alle aree tematiche in cui entrano in gioco interessi superindividuali, sia tornata al centro dell'attenzione, con specifico riferimento alla giustizia amministrativa, la questione relativa alla distinzione tra giurisdizione soggettiva ed oggettiva con possibili esiti del tutto originali rispetto al passato: sul punto si v. la recente riflessione di G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, cit. nonché R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, 226 ss. Sul tema si v. anche il recente contributo di C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Milano, 2012. Nell'esperienza francese uno dei punti di osservazione più rilevanti dai quali si è presa in esame il mutamento intervenuto è stato quello offerto dall'interesse generale a partire dal fondamentale contributo offerto dallo stesso *Conseil d'Etat* con il *Rapport public* 1999 dal titolo *Réflexions sur l'intérêt général*; sul tema si v. anche G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, cit., 161 ss. nonché M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à un étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Parigi, 2004.

trovano, a nostro avviso, una manifestazione esemplare nella questione, per certi versi ineludibile, al centro di un significativo dibattito in dottrina ed in giurisprudenza: questione apertasi a proposito della valutazione circa il ruolo spettante alle autorità antitrust a seguito dell'introduzione dell'art. 21-bis nella legge n. 287 del 1990 mediante l'art. 35 del d.l. n. 201 del 2011, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

Il comma 1 della nuova disposizione ha ampliato la sfera di competenza assegnata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e riconosciuto alla stessa la legittimazione «ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, dei regolamenti e dei provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»<sup>96</sup>.

Premesso che, a nostro avviso, data l'ampiezza operativa della disposizione, non può escludersi che l'autorità antitrust se ne avvalga anche nei confronti di provvedimenti posti in essere da altre autorità indipendenti<sup>97</sup>, la nuova disposizione ha innescato un significativo dibattito innanzi-

<sup>96</sup> Sulla nuova norma si è accumulata una vasta letteratura: per ampi riferimenti si rinvia alla bibliografia richiamata da M. CAPPAL, *Riflessioni sulle possibili relazioni tra potere di segnalazione e legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: esiste un collegamento tra gli articoli 21 e 21-bis della legge 287/1990?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23 novembre 2013; Id., *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 1607 ss. e da C. CUDIA, *Gli interessi prurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Bologna, 2012.

Il meccanismo previsto nell'art. 21-bis configura l'impugnativa da parte dell'autorità della concorrenza avente ad oggetto gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica soltanto come l' *extrema ratio* (in questi termini si è espressa le decisioni del TAR Lazio 15 marzo 2013, n. 2720, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 1587), a fronte di un intervento finalizzato, in primo luogo, a conseguire una revisione dell'atto in questione da parte della pubblica amministrazione che lo ha adottato. Infatti il comma 2 dell'art. 21-bis dispone, quanto al procedimento da osservare, che «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni». Sui problemi legati all'utilizzo dell'avvocatura dello Stato, la quale dovrebbe assistere anche le altre pubbliche amministrazioni, si v. R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, Nota a Corte costituzionale 14 febbraio 2013, n. 20, in *Giur. cost.*, 2013, 337 ss.

<sup>97</sup> I primi commentatori hanno ritenuto ammissibile l'utilizzazione dell'art. 21-bis da parte dell'Antitrust anche contro atti regolatori generali di altre autorità indipendenti: si v. al riguardo M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2013, 115 ss.; nonché R. PERNÀ, *La concorrenza ed il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze al vaglio*

tutto in ordine alla sua legittimità costituzionale. Questione, quest'ultima, la cui soluzione dipende ovviamente dalla particolare configurazione che si intende dare al “potere” che la norma ha espressamente riconosciuto all'autorità, prevedendo, altresì, nel comma 2 un particolare modalità procedimentale di esercizio<sup>98</sup>. La questione è stata affrontata dalla Corte

*del Giudice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; da ultimo S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, 513 ss. In effetti, pur dovendosi, a nostro avviso, ritenere le autorità amministrative indipendenti “diverse” e “singolari” rispetto all'amministrazione pubblica in senso tradizionale, la giurisprudenza appare incline a negare per molti aspetti siffatta distinzione, in ragione tra l'altro dei mutamenti che più in generale si registrano nella stessa nozione di pubblica amministrazione.

<sup>98</sup> Sul punto, già Corte costituzionale 14 febbraio 2013, n. 20 ha chiarito che l'elaborazione di un parere motivato da parte dell'autorità antitrust integra la “prima fase” del procedimento, come tale necessaria perché l'autorità possa eventualmente avanzare ricorso, in assenza di un intervento da parte della pubblica amministrazione interessata conformativo rispetto al parere ricevuto. In questi termini si era espressa la prima dottrina che si è occupata della norma: *ex multis* si v. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, 3 ss. e M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, d.l. 201/2011)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14 dicembre 2011.

Sullo specifico tema è intervenuta la successiva pronuncia del TAR Lazio 6 maggio 2013, n. 4451, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 1601 ss. decidendo in senso conforme alla soluzione già accolta dal TAR 15 marzo 2013, n. 2720, cit. Nel considerare inammissibile il ricorso avanzato dall'autorità antitrust, questa pronuncia ha chiarito che l'art. 21-bis prevede appunto un procedimento bifasico nel quale la predisposizione del parere motivato da parte dell'autorità non è facoltativa, bensì assicura l'attuazione di una fase consultiva preliminare che “assurge a vero e proprio presupposto processuale” per il ricorso giurisdizionale. Di conseguenza, è stata disattesa l'impostazione prospettata dall'autorità antitrust che riteneva lasciata alla sua libera determinazione l'avvalersi del primo comma dell'art. 21-bis senza necessariamente procedere alla fase consultiva, in quanto, a suo dire, la sua legittimazione ad agire contro atti amministrativi generali sarebbe risultata altrimenti soggetta ad una limitazione che non sussiste in caso di impugnativa avanzata da enti esponenziali di natura privatistica. La decisione, molto accortamente, ha respinto questa conclusione proprio in ragione della differenza sostanziale dell'autorità dagli enti esponenziali di interessi diffusi e/o collettivi. Questi ultimi interessi, secondo la pronuncia del Tar, preesistono al diritto positivo e non sono conformati da esso, pur restando suscettibili di “riconoscimento” da parte del legislatore. Molto opportunamente, la sentenza ha rigettato con forza la pretesa dell'autorità di essere assimilata ad un soggetto collettivo privato al fine di fruire anche delle tutele processuali assicurate a questi ultimi. Al riguardo il Tar non ha tralasciato di rammentare che «la creazione di una autorità amministrativa indipendente (...) rimane comunque il frutto di una scelta politica discrezionale che conferisce a tale organismo non già diritti, bensì potestà amministrative, sia pure non consistenti nella tutela di un interesse pubblico tradizionale quanto nella garanzia di un bene comune, perseguito attraverso la regolazione neutrale degli interessi di imprese, consumatori, utenti (...)» [il corsivo è nostro].

costituzionale, sia pure non in maniera diretta<sup>99</sup>, nonché da alcune pronunce dei giudici amministrativi.

Ebbene, le decisioni, pur concordi nel sostenere la legittimità costituzionale della norma, si differenziano quanto alle argomentazioni offerte in ordine all'interpretazione e configurazione della legittimazione ad agire riconosciuta in capo all'autorità antitrust.

In termini generali, la proiezione “formale” di questa incertezza può evidenziarsi a proposito dell'intrecciarsi di alcuni temi pur sempre legati alla tutela e alla promozione della concorrenza, ormai da considerarsi obiettivi pienamente costituzionalizzati in termini di principî<sup>100</sup>: *a) il primo tema*

---

<sup>99</sup> Invero, nel caso alla base della decisione della Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 20 cit., la regione Veneto aveva fondato la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* sul presupposto che tale disposizione avesse posto in essere «un nuovo e generalizzato controllo di legittimità» su tutti gli atti regolamentari ed amministrativi regionali affidato all'AGCM. La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione, limitandosi ad osservare che «la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi “che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” (norma censurata, comma 1)». Secondo la Corte, tale potere «si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso».

<sup>100</sup> Sulla costituzionalizzazione della concorrenza si è accumulata una vasta letteratura: per una recente analisi degli indirizzi della corte costituzionale si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.; nonché C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, n. 1. Sulla questione, assai di recente è stata la stessa Corte a fare il punto: nella decisione 18 aprile 2014, n. 104 si legge che la nostra nozione di concorrenza «riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: *a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero espandersi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche»». Quanto al penetrante rilievo della competenza esclusiva della Stato in materia di concorrenza *ex art.* 117, la recente decisione di Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 2 ha ribadito che «le materie di competenza esclusiva e nel contempo “trasversali” dello Stato, come la tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost. – stante il loro carattere “finalistico” – possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano».*

riguarda la distinzione tra l'interesse pubblico, tradizionalmente associato all'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione, l'interesse generale, inteso come interesse che trascende i singoli interessi ovvero li rappresenta con o senza contemperamenti<sup>101</sup>, gli interessi collettivi che possono coagularsi, pur nell'ambito dell'interesse generale, intorno a specifici enti esponenziali (si pensi alle associazioni dei consumatori od a quelle ambientalistiche) anche ma non necessariamente attraverso formali interventi legislativi<sup>102</sup>; b) il secondo attiene al concreto ruolo che spetterebbe all'autorità garante del mercato e della concorrenza nello svolgimento dei suoi compiti.

La questione di costituzionalità ha investito il fondamento del singolare potere attribuito dall'art. 21-*bis* all'autorità antitrust in ordine all'impu-

<sup>101</sup> Salvo a rinviare al testo la qualificazione dell'interesse la cui tutela e promozione è affidata all'autorità antitrust dalla legge n. 287 del 1990, è bene rammentare che nell'art. 21 della legge ora richiamata il potere di semplice segnalazione al Parlamento e al Governo attribuito all'autorità può riguardare «norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale» nel caso in cui da un lato essi determinino «distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato» dall'altro tali distorsioni «non siano giustificate da esigenze di interesse generale». Da ciò si deduce, in definitiva, che la salvaguardia e la promozione della concorrenza (ovvero l'interesse a che ciò avvenga) possono essere sacrificate in presenza di «disposizioni» che perseguitano un interesse generale, come tale ritenuto di rango superiore: interesse generale che, a ben vedere, può di fatto ricorrere quale giustificazione non solo di norme di legge, ma anche di regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale, quale che sia l'autorità che li abbia emanati.

La determinazione contenuta nell'art. 21 della legge n. 287 del 1990 è conforme a ben vedere al rilievo che si riconosce a livello costituzionale alla concorrenza sulla base dell'art. 41 nel senso che l'autonomia privata e la concorrenza non sono destinatarie di una «protezione assoluta» potendo subire le limitazioni e gli opportuni coordinamenti tali da assicurare «il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»: in definitiva «l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito» (così Corte cost. n. 270 del 2010). In questo quadro, secondo la Corte (si v. sentenza n. 200 del 2012) «il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale».

Rispetto alla disposizione ora richiamata, l'art. 21-*bis* segna una rafforzata rilevanza della tutela della concorrenza e del mercato posto che la nuova disposizione le riconosce «implicitamente un rango più elevato rispetto ad altri interessi pubblici, a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo al soggetto che agisce in giudizio»: così giustamente M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in [www.justice.luisi.it](http://www.justice.luisi.it), 2013.

<sup>102</sup> Sulla differenza tra le due posizioni si v. ora l'importante puntualizzazione offerta dalla decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 gennaio 2014, n. 36.

gnativa degli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che «violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato». A tale riguardo, sono emerse due fondamentali letture diverse ciascuna delle quali, a ben vedere, implica ricadute di ordine sistematico ancora da esplorare nei loro esiti complessivi.

La prima, sul preciso presupposto secondo cui la tutela della concorrenza risponderebbe alla tutela di un interesse di valenza generale<sup>103</sup>, ha ritenuto che l'autorità, nel ruolo singolare da essa assegnato, interverrebbe in vesti simili a quelle di un pubblico ministero, più volte legittimato nel nostro sistema giuridico, per esigenze di interesse della collettività, ad intervenire d'ufficio e promuovere attività giurisdizionali anche in questioni di rilevanza privatistica. Sotto questo profilo, si sarebbe in presenza di una ipotesi di giurisdizione di tipo oggettivo<sup>104</sup> ovvero di una “azione di ufficio” come tale di dubbia legittimità costituzionale in quanto l'introduzione di una sorta di Pubblico Ministero nel processo amministrativo risulterebbe in evidente contrasto con il carattere strutturalmente soggettivo della giurisdizione amministrativa quale emergente dalla stessa Costituzione<sup>105</sup>.

La seconda, viceversa, ha individuato la soluzione del problema relativo alla qualificazione dell'interesse di cui in questo caso sarebbe portatrice

---

1047

<sup>103</sup> In questi termini si v. M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it).

<sup>104</sup> Così tra gli altri F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., il quale esclude che «l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto». Nei medesimi termini, R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge n. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 12/2012.

<sup>105</sup> Questa impostazione prospettata da parte della dottrina (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.) e ripresa nel ricorso avanzato dalla Regione Veneto innanzi alla Consulta, è stata respinta dalla Corte costituzionale, nella sua decisione n. 20 del 2013. In particolare, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità, la Consulta le ha riservato una stringata valutazione negativa, limitandosi a rammentare nella sua motivazione «il non pertinente richiamo alla figura del pubblico ministero, che sarebbe stato introdotto in modo surrettizio nel processo amministrativo». Analoga, ma più motivata critica, è stata avanzata dalla sentenza del TAR n. 2720 del 2013, cit. la quale ha escluso che l'art. 21-bis abbia introdotto «una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo».

l'autorità antitrust, partendo però dai paradigmi tradizionali che sono alla base della giustizia amministrativa visti anche alla luce del disegno adottato a livello costituzionale dall'art. 113 nella parte in cui dispone che «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa». In particolare, in questa seconda impostazione si è reso necessario individuare il diretto rapporto tra il soggetto pubblico, nella specie l'autorità antitrust, e l'interesse concreto che legittimerebbe, nel rispetto del sistema e, dunque, senza introdurre una devianza dallo stesso, tale autorità ad impugnare dinanzi alla giurisdizione amministrativa gli atti amministrativi ed i provvedimenti indicati nello stesso art. 21-bis<sup>106</sup>. Nel rigoroso rispetto dei paradigmi tradizionali cui si ispira il sistema della giurisdizione amministrativa, questa seconda impostazione ha concluso che l'interesse alla tutela della concorrenza da parte dell'Autorità si configurerebbe come un interesse non già soltanto generale, quale manifestato nella disciplina di cui alla legge n. 287 del 1990 e, come tale, suscettibile di essere sacrificato da un altro interesse generale di rango superiore<sup>107</sup>, bensì come un interesse pubblico soggettivamente riconosciuto e spettante all'autorità, in quanto riflettente un suo preciso “bene della vita” e, dunque, una situazione giuridica soggettiva ad essa spettante<sup>108</sup>. Sotto questo profilo, potendo determinazioni autoritative poste in essere da qualsiasi amministrazione pubblica attraverso atti am-

---

<sup>106</sup> R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Peraltra verso, proprio il riferimento al carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa è apparso improponibile a proposito della legittimazione riconosciuta in capo all'autorità antitrust dall'art. 21-bis. Si è osservato (F. SVITA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 26 novembre 2012) a proposito di questa autorità che «essa non è un operatore del mercato, né parte del rapporto con l'amministrazione il cui provvedimento ritiene di dover impugnare. Il suo ruolo è un altro: è un arbitro che disciplina e promuove la concorrenza tra gli operatori del mercato. In vista di questo fine, e non per perseguire qualche suo interesse, sindaca i comportamenti degli operatori su un piano di assoluta imparzialità, quasi giurisdizionale, ed irroga sanzioni per punire condotte anticoncorrenziali».

<sup>107</sup> Si veda esplicitamente l'art. 21 della legge n. 287 del 1990.

<sup>108</sup> È questa la soluzione accolta dalla pronuncia di TAR, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, cit. con ampia nota di commento di M. CAPPALI, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, cit.; sulle medesima sentenza si v. anche A. D'URBANO, *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM a vaglio del giudice amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14 del 2013.

ministrativi generali, regolamenti e provvedimenti incidere negativamente sulla situazione giuridica spettante all'autorità antitrust, quest'ultima sarebbe pienamente portatrice di un interesse (legittimo) ad impugnare siffatte determinazioni in linea con il sistema<sup>109</sup>.

Quest'ultima interpretazione che si rinviene in sostanza alla base dell'orientamento con cui è stata affrontata e risolta positivamente la questione relativa alla legittimità costituzionale della norma, attraverso una sua interpretazione e configurazione sistematica, appare, a nostro avviso, insoddisfacente non foss'altro perché non riesce neanche a restare fedele al paralogismo che pur innegabilmente si riscontra alla base di una argomentazione che vorrebbe tentare, al medesimo tempo, di ricondurre la fattispecie al sistema, sì da negare la sua singolarità, e, così facendo, risolvere la questione circa la sua legittimità costituzionale<sup>110</sup>. A tacer d'altro, la

---

<sup>109</sup> Nella sua motivazione la decisione di TAR 15 marzo 2013, n. 2720, sostiene che la legittimazione riconosciuta all'autorità antitrust dall'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 costituirebbe «un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale, alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21-bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come «pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa» (cfr. Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207), tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole ed alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato. (...) L'interesse di cui l'Autorità è portatrice è interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta sulla collettività: e si specifica come interesse pubblico alla promozione della concorrenza e alla garanzia del corretto esplicarsi delle dinamiche competitive, come condizione e strumento per il benessere sociale. Lo stesso interesse rispetto al medesimo bene della vita, dunque, viene ad atteggiarsi come pubblico o privato, a seconda del soggetto che ne è portatore nelle diverse fattispecie in cui viene in rilievo l'esigenza primaria di garanzia della concorrenza: e proprio detto interesse, che è pubblico nella tutela apprezzata dalle norme che fissano i poteri e le attribuzioni dell'AGCM, vale a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-bis citato» [i corsivi sono nostri].

<sup>110</sup> In senso critico su questa soluzione si v. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, cit. secondo il quale «se le autorità fossero titolari di situazioni giuridiche sostanziali così individuate dovrebbero poterle esercitare non soltanto in sede processuale per contestare provvedimenti amministrativi illegittimi, ma anche necessariamente, in sede procedimentale (...) si dovrebbe ritenere che all'autorità garante della concorrenza e del mercato debba essere inviata la comunicazione d'avvio del procedimento

soggettivizzazione dell'interesse in capo all'Autorità, sia pure in chiave funzionale e "gestoria" circa la tutela della concorrenza<sup>111</sup>, lascia comunque problematici, e senza una soluzione convincente, non solo il rapporto tra l'"interesse generale", normalmente evocato per giustificare la "regulation" affidata alle autorità indipendenti a partire da quella antitrust, e l'interesse pubblico, ma anche la persistenza della "neutralità" rispetto agli interessi in gioco che per definizione dovrebbe caratterizzare la *mission* delle autorità.

#### **4. - Una conclusione provvisoria e provocatoria. La frantumazione delle sfere di giustizia: dall'età dei principî ad una nuova età dei principî?**

La lunga parabola qui disegnata ha cercato di dar conto, per quanto in misura pur sempre insufficiente e provvisoria, di una vicenda che si è andata snodando nel tempo e che tuttora prosegue. Si è cercato, in particolare, di evidenziare il progressivo affermarsi dei principî, dal diritto non

---

1050

tutte le volte che un provvedimento di una pubblica amministrazione (per esempio il rilascio di una concessione) sia suscettibile di interferire con il bene giuridico della concorrenza». La nozione di bene della vita non può essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa. Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il perseguitamento del quale sono stati istituiti.

<sup>111</sup> Nella successiva sentenza di TAR Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451, cit. la interpretazione dell'art. 21-bis appare indubbiamente più raffinata. Dopo aver richiamato l'alternativa emersa in dottrina tra la tesi favorevole ad evocare una «vera e propria giurisdizione di diritto oggettivo, svincolata dalla titolarità di una posizione soggettiva sostanziale qualificata e differenziata» e l'altra incline a rinvenire l'intestazione in capo ad AGCM l'intestazione «di una sorta di rappresentanza processuale degli interessi diffusi e/o collettivi che lo stesso legislatore ha progressivamente riconosciuto nel campo ambientale, degli interessi economici e delle tutela del consumatore», il Tar ha ritenuto necessario una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione. Di qui, la conclusione secondo la quale: «Al centro, si pone la tesi secondo cui non sarebbe corretto parlare di superamento del processo di parti, quanto piuttosto di "potenziamento" del ruolo del soggetto *affidatario* della tutela di un interesse pubblico particolare, fino al punto di essere legittimato ad agire direttamente in giudizio contro gli atti e i comportamenti che, violando la legge, ne integrino una lesione, in aggiunta a quella dei diritti e degli interessi degli operatori, pubblici o privati, specificamente coinvolti. Secondo tale posizione il nuovo potere dell'Autorità andrebbe inquadrato come azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata. Assumerebbe specifico peso a tale riguardo, l'interesse alla migliore attuazione del valore "concorrenza", che secondo detta ricostruzione non andrebbe ricondotto ad una declinazione del mero interesse generale al rispetto della legge, quanto piuttosto ad un interesse particolare e differenziato di cui l'Autorità sarebbe diretta portatrice; una declinazione di interesse legittimo soggettivizzato in capo all'Autorità e per la cui tutela essa risulterebbe legittimata ex lege a rivolgersi al giudice amministrativo» [i corsivi sono nostri].

scritto al diritto scritto, con particolare riferimento al diritto privato in rispondenza dei mutamenti profondi intervenuti a partire dalla modernità. La crisi del positivismo giuridico, innervata secondo taluni nel costituzionalismo del Novecento, l'avvento di società multiclassi e poi multietniche, sempre meno autorefenzialmente coincidenti con esperienze territorialmente circoscritte nei confini degli Stati sovrani, hanno progressivamente coinvolto anche le forme “narrative” del diritto scritto.

Il primato delle “regole”, in particolare di norme generali e astratte<sup>112</sup> possibilmente determinate nei contenuti, ha costituito indubbiamente la manifestazione più eloquente e significativa del patto sociale che ha avuto come protagonista la borghesia nell'avvento e nel consolidarsi degli Stati moderni quali strutture chiamate a tenere sotto controllo i conflitti ed a incanalare la gestione giuridica dei rapporti sociali in un quadro di regole sostanziali e di regole sulla produzione di regole in linea con la conservazione e la garanzia dei diritti individuali per soggetti tutti eguali davanti alla legge.

Con il costituzionalismo moderno, il ruolo dello Stato si è profondamente modificato in uno con l'affermarsi della democrazia politica e dunque della possibilità di tutti di partecipare alle determinazioni relative alla disciplina della convivenza, pur nel rispetto di condivisi valori fondamentali assunti come comuni. In questa stagione, lo Stato ha progressivamente mutato di ruolo: da semplice garante di equilibri sociali e tutore di specifici interessi elevati a diritti soggettivi, si è fatto protagonista del mutamento stesso di tali equilibri non solo introducendo nuovi diritti, ma intervenendo direttamente nella dialettica attraverso la quale, in definitiva, il disegno costituzionale si sarebbe dovuto attuare (non importa qui ponderarne gli esiti) nei suoi obiettivi valoriali e nelle modalità democratiche attraverso cui essi avrebbero dovuto essere perseguiti<sup>113</sup>.

---

1051

<sup>112</sup> È sin troppo noto, infatti, che l'astrattezza della norma (ossia la sua operatività nei confronti di tutti coloro che si trovano nella condizione prevista dalla regola) è garanzia di uguaglianza di trattamento e, al tempo stesso, di assenza di arbitrio da parte del legislatore. Quanto alla generalità, essa può comprendere tutti i soggetti o soltanto particolari loro categorie.

<sup>113</sup> Sul significato costituzionale della distinzione moderna tra Stato e società e sui dilemmi che ne derivano alla luce del rapporto tra Stato ed economia, è di particolare interesse la prospettiva di indagine offerta da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari,

È in questa congiuntura storica che l'esperienza del diritto scritto ha conosciuto l'ascesa ed primato dei principî sulle regole. Ebbene, la stagione che stiamo attualmente attraversando riflette uno scenario profondamente diverso e distante da quello ora evocato e che nel mondo occidentale ha caratterizzato larga parte del Novecento.

Attualmente, la globalizzazione dell'economia, la crescente progressiva emancipazione dei mercati dal controllo giuridico assicurato dagli Stati sovrani, tende ad erodere i paradigmi fondativi degli ordinamenti giuridici come si sono consolidati nello sviluppo delle società industriali. In virtù di questa crisi, già i quadri costituzionali dei singoli paesi sono a loro volta chiamati a convivere, anche in termini conflittuali, in un contesto costituzionale sovranazionale in fieri nel quale si collocano molteplici processi di formazione di un diritto deterritorializzato. Nel contempo, all'interno delle singole esperienze nazionali, la crisi della sovranità si manifesta in maniera più corposa atteso che non si è più in grado di contenere il processo centrifugo riguardante la produzione del diritto scritto: processo nel quale, appunto, la centralità dei Parlamenti risulta progressivamente erosa a favore di nuovi regolatori che, con riferimento specifico alla vita economica, diventano i nuovi arbitri nella disciplina dei rapporti relativi ai rispettivi settori operativi<sup>114</sup>.

Dal rapporto tra Stato e mercato che ha contraddistinto sia l'epoca liberale sia quella dell'interventismo pubblico, si è attualmente di fronte alla coesistenza di una pluralità di centri regolatori: essi non solo sono presenti in rispondenza di singoli mercati settoriali che caratterizzano lo svolgimento di molteplici attività economiche nella società civile. A ben vedere, siffatte autorità costituiscono per ciascuno mercato una componente della loro stessa strutturazione giuridica, in considerazione del peculiare ruolo che esse svolgono per assicurare il loro funzionamento, operando a tale riguar-

---

2010, 82 ss., soprattutto se proiettata sulla attuale stagione di complessiva crisi della sovranità e, di conseguenza, della concreta possibilità di tutela dei diritti sociali.

<sup>114</sup> L'emancipazione dell'economia dalla politica depotenzia la stessa forza e pervasività dei principî costituzionali: sul punto si v. le lucide considerazioni di R. BiN, *Lavoro e Costituzione. Le radici comuni di una crisi*, in G.G BALANDI-G. CAZZETTA (a cura di), *Diritto e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dell'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, 279 ss.

do in una posizione neutra ed imparziale<sup>115</sup> rispetto agli interessi in gioco<sup>116</sup>.

Ebbene, in questo processo di diluizione dei poteri sovrani a favore di nuovi settoriali centri chiamati al tempo stesso a produrre norme, controllarne l'applicazione e sanzionarne le violazioni, il ricorso ai principî si è rivelato la modalità adeguata, per la sua flessibilità e adattabilità, a guidare l'intera filiera relativa alla produzione del diritto. Al contempo, l'attribuzione di siffatti poteri ad autorità collocate nella stessa struttura giuridica dei mercati e chiamate funzionalmente dall'interno alla loro *governance* ha, a sua volta, inevitabilmente segnato la sostanziale contrazione della centralità tradizionalmente riconosciuta al giudice civile, quale garante della tutela dei diritti dei singoli, a vantaggio di quello amministrativo che è tuttora tenuto ad un controllo pur sempre fondamentalmente "debole" dell'esercizio del potere pubblico, sebbene attualmente esso si spinga, sia pure in parte, oltre mera sfera della legittimità formale degli atti.

---

<sup>115</sup> A ben vedere, il profilo della "neutralità" è fondamentale per comprendere quale **dovrebbe** essere il ruolo delle autorità indipendenti «al fine di evitare che le medesime funzioni di direzione politica del mercato, in passato esercitate dal governo, passino semplicemente ad autorità che, benché imparziali, siano prive della legittimazione democratica (...).» La neutralità implica che alle autorità «non spetta una direzione politica del mercato, ma ad esse è affidata la tutela del mercato (ad esempio, deve essere chiaro che la politica della concorrenza è qualcosa di diverso dalla tutela della concorrenza e che solo quest'ultima può esser affidata ad autorità indipendenti e neutrali, non anche la prima». Ne discende che nell'esercizio di tali funzioni non vi sarebbe spazio per «alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa» (le citazioni sono tratte da R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. Sc. sup. econ. e fin.*, 2005. In particolare, si è rimarcato che l'attività regolativa è neutrale in quanto è svolta da un'autorità che non è parte nei rapporti e nelle situazioni che essa concerne e che **persegue quel medesimo interesse generale che determina la funzione legislativa e non invece, interessi pubblici di cui sia essa stessa centro e organo** (così G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del controllo mobiliare*, Padova, 1993, 267). A sua volta L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 95 ha chiarito che «l'attività di regolazione non è finalizzata direttamente alla cura di interessi pubblici, ed è conseguentemente attività neutrale, in quanto caratterizzata dalla sostanziale estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi nei cui confronti viene ad operare».

<sup>116</sup> Come è stato acutamente osservato, F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012, 101 la regolazione posta in essere dalle autorità indipendenti «consiste nella creazione artificiale di un mercato concorrenziale attraverso provvedimenti amministrativi, che possono essere generali, e perciò assomigliare a regolamenti, oppure singolari, cioè riferiti a singoli destinatari (...).» Sulle ragioni per le quali, la "regolazione", a differenza dell'intervento pubblico sull'economia, sfuggirebbe alla riserva di legge si v. sempre Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 65 ss.

Si assiste, dunque, allo strutturarsi progressivo di una molteplicità di “sfere di giustizia” in senso ampio in rispondenza dei microsistemi che si coagulano intorno a queste autorità. Tali sfere di giustizia non rispondono, unitariamente all’esigenza di fornire risposte differenziate in relazione alle diverse esigenze e bisogni dei singoli nella prospettiva propria del *welfare state* e, in definitiva, in linea con l’indicazione – che oggi può apparire a molti soltanto nostalgica o semplicemente retrò – di cui parla l’art. 3, comma 2, della costituzione, laddove tra i principî fondamentali pone l’esigenza di ridimensionare le diseguaglianza di fatto tra i cittadini, senza, al tempo stesso, negare il rispetto dell’ uguaglianza formale. Tanto meno esse riflettono un’ evoluzione dei modelli neocorporativi emersi nei decenni precedenti nell’ambito sempre di alcune esperienze del *Welfare-State* e che presupponevano pur sempre la presenza di uno Stato sovrano<sup>117</sup>.

Le sfere di giustizia di cui qui si parla riflettono il caleidoscopio disciplinare in cui sono immersi attualmente i cittadini, assunti, volta a volta, come consumatori, clienti, utenti coinvolti nei diversi mercati e, dunque, semplici destinatari dell’esercizio di poteri da parte di autorità amministrative indipendenti, secondo le diverse modalità in precedenza conside-

<sup>117</sup> Non vi è dubbio che la c.d. concertazione sindacale, da taluno configurata in termini di neocorporativismo, si collocava in un orizzonte che aveva come protagonisti il governo centrale e i sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale (per una utile ricognizione con riferimento alla nostra esperienza si v. la sintesi offerta da S. LEONARDI, *Il Sindacato c’è ancora? Gli anni della concertazione: un excursus storico-politico*, in *Alternative per il Socialismo*, n. 25/2013. A partire dagli inizi degli anni duemila, nel quadro di un mutamento di indirizzo emerso anche a livello europeo [si pensi al Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo» COM(2006)708 cui è poi seguita la comunicazione della Commissione sulla *flexicurity* COM(2007)359 def.], la contrattazione collettiva a livello nazionale ha visto ridimensionare la sua centralità in ragione della debolezza progressiva tanto degli Stati nel guidare ed orientare i processi economici alla luce delle spinte neoliberistiche egemoni, quanto dei sindacati nell’adeguarsi al postfordismo e alla terziarizzazione dell’economia. In questo contesto, il baricentro della regolazione si è sostanzialmente decentrato al livello delle singole aziende, sia con margini di derogabilità della disciplina generale sempre più significativi, sia con la rilevanza riconosciuta alle sole rappresentanze sindacali coinvolte a livello aziendale nella conclusione dei contratti. Del resto, uno dei pilastri della c.d. *flexicurity* è costituita proprio dalla disponibilità ad accordi contrattuali che riescano a offrire flessibilità sia alle imprese sia ai lavoratori. Sotto questo profilo, lo spostamento della contrattazione e dei soggetti collettivi coinvolti a livello aziendale induce a chiarire preliminarmente che l’utilizzazione del termine “neocorporativismo” può rivelarsi insoddisfacente ed ambiguo: la frantumazione della stessa contrattazione a livello aziendale, il primato del localismo sugli accordi nazionali “di categoria” appaiono, piuttosto, legittimamente, sia pure con le cautele del caso, il ricorso al termine “neofeudalesimo”.

rate. Il soggetto privato protagonista del diritto moderno si disarticola in tante figure in relazione ai ruoli che assume ogni qual volta sia partecipe di relazioni economiche sui diversi e distinti mercati<sup>118</sup>. Come dire, dunque, che le “sfere di giustizia” corrispondono sempre di più a sfere di “potere” in cui pubblico e privato si mescolano e coesistono: sfere di potere che governano i mercati e, in definitiva, partecipano alla strutturazione di una pluralità di campi di forze in cui i soggetti socialmente più deboli non hanno concreta cittadinanza attiva, ma fruiscono solo di quanto si intenda di volta in volta loro assegnare.

In questo senso, l’ingegneria istituzionale relativa alla *governance* dei mercati interni appare sempre di più riflettere e riprodurre, in scala ridotta, la frantumazione dei poteri che si registra a livello globale. L’oligarchia ormai presente al livello sovranazionale per la quale pochi soggetti, non necessariamente coincidenti con Stati sovrani, domina ed orienta le relazioni economiche sull’intero pianeta, si ripropone a livello periferico al tempo stesso come causa ed effetto della crisi della sovranità degli Stati. In questo caso, il potere regolatorio si coagula intorno ad autorità chiamate a svolgere un ruolo di arbitri indipendenti rispetto alle dinamiche di cui sono protagonisti nel suo stesso seno i portatori forti degli interessi. Di conseguenza, la concreta disciplina delle relazioni economiche è sempre più frutto di una mediazione che interviene in seno alle singole autorità tra la parte pubblica, arbitra ed indipendente, e gli operatori economici volta a volta riconosciuti come interlocutori privilegiati<sup>119</sup>. Sulla base di prin-

---

1055

<sup>118</sup> Si è acutamente osservato che con l’avvento dello Stato moderno dopo la caduta del sistema feudale la distinzione tra Stato e società ha fatto venir meno gli “status” in cui in precedenza erano collocati giuridicamente tutti i soggetti, con la conseguente sola emersione degli “strati” all’interno della società (si v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, cit., 93 ss.). Ebbene, la frantumazione dello Stato inevitabilmente incide sulla stessa configurazione della società: alle spinte centrifughe che intervengono nel primo corrispondono altrettante spinte nel corpo sociale. Forte diventa allora il rischio che antichi e nuovi “strati” sociali individuati dall’evoluzione dell’economia possano trasformarsi sul piano giuridico in nuovi “status”, all’insegna di quel processo di neofeudalizzazione già richiamato, venendo meno, in seno alla stessa società, gli anticorpi culturali che avevano favorito il rispetto stesso del principio di legalità. Non è un caso che la manifestazione più emblematica di questa deriva si rinvenga nelle posizioni sociali più deboli e marginali: si pensi al riaffiorare di frequenti fenomeni di nuova schiavitù all’interno delle società industriali (al riguardo si rinvia alla fine ricerca di G. TUCCI, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, 2013).

<sup>119</sup> Nella formazione negoziata delle regole, presente nella moderna *regulation*, è alto il rischio che gli interessi forti finiscano con il prevalere. Come è stato ribadito a proposito

cipî guida, siffatta disciplina può esprimersi in forme diverse che vanno dalla fissazioni di regole astratte e generali, sino a determinazioni puntuali e concrete per singole situazioni anche in forma negoziale.

Le regole generali ed astratte, quale modalità operativa di un potere legislativo che, per quanto centralizzato, era pur sempre collocato in un sistema di rappresentanza politica democratica e risultava orientato a promuovere anche l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini, pur sempre nel rispetto dell'uguaglianza formale dinanzi alla legge, tendono dunque a regredire, a fronte di un “nuovo” frantumato modo di produrre diritto. In questo modello, la “partecipazione” al processo regolatorio da parte degli *stakeholders*, lungi dal rilevare come un semplice surrogato della non democraticità della struttura decisionale, appare piuttosto strutturalmente legata all’effettiva esigenza di favorire, in definitiva, una autoregolazione contrattata degli operatori economici quale unica realistica alternativa al puro rinvio all’autoregolazione del libero mercato. Sotto questo profilo, i cittadini fruitori finali della produzione giuridica, quale sia sia la forma diretta o indiretta attraverso cui ciò si determina, continuano a essere pur sempre la parte “debole” di un ordine neo-feudale che progressivamente si sta strutturando non solo a livello globale per via dell’egemonia di pochissime strutture finanziarie, ma anche a livello periferico. IN questo ultimo alla perdita di centralità degli Stati sovrani si accompagna, quale causa ed effetto al tempo stesso della frantumazione del potere, la dispersa ricollocazione di quest’ultimo in nuove entità pubbliche e private che si legittimano fuori dal circuito della democrazia rappresentativa e la cui stessa presenza ed operatività accentuano la perdita di valenza in termini di garanzia e di emancipazione dei singoli assicurata nella modernità dalla cittadinanza.

In definitiva, i signori del diritto non sono più gli Stati sovrani, bensì accanto ai soggetti privati forti si ergono attualmente nuove strutture di

---

dell’esperienza nordamericana (J. Rossi, *Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement*, in 51 *Duke Law J.*, 2001, 1022) «Negotiated regulation has received much discussion in the literature, with many commentators praising the technique, and others raising concerns with the strong potential for interest group domination of the process. At its worst, negotiated regulation can subvert the public interest to the extent that it accommodates the interests of private stakeholders in ways that either ignore important perspectives or conflict with regulatory goals».

potere, anche in lotta tra loro, in cui pubblico e privato si intersecano e si condizionano a vicenda in un quadro sempre più frantumato: non è un caso che suggestivamente si sia parlato da taluno di “capitalesimo”<sup>120</sup> ovvero di un “neofeudalesimo”<sup>121</sup> destinato, quest’ultimo, ad estendersi dalle strutture istituzionali sin qui richiamate, alle stesse singole imprese, legittimate dalla più recente normativa a poter derogare, nella regolazione interna dei rapporti di lavoro, le stesse leggi dello Stato, nella prospettiva appunto costituita dal progressivo depotenziamento del ruolo della legge a vantaggio del contratto<sup>122</sup> diventato il mezzo dominante e prioritario per la regolamentazione anche dei rapporti di lavoro<sup>123</sup>.

I temi evocati in questa pagine conclusive vanno ben oltre l’obiettivo della presente riflessione. È sufficiente solo qui osservare che la diffusa riproposizione oggi della questione relativa ai diritti, a partire da quelli dei

---

<sup>120</sup> È il titolo dell’agile saggio di P. GILA, *Capitalesimo. Il ritorno del feudalesimo nell’economia mondiale*, Milano, 2013.

<sup>121</sup> L’acquisizione pacifica del quadro oggi esistente conduce a prospettare soluzioni che, paradossalmente, in maniera del tutto inconsapevole, accentuano la lettura “privatistica” dei poteri frantumati, pur nella prospettiva di una loro ricomposizione sistematica. È significativo, ad esempio, che, a fronte dei possibili conflitti tra le autorità indipendenti in cui sia coinvolta l’AGCM, oggi dotata del potere di cui all’art. 21-bis sopra analizzato, non è mancato in dottrina il suggerimento di ricorrere a «flessibili e laboriose mediazioni», ossia di affidare il superamento preventivo dei conflitti, che possono danneggiare la certezza e la sicurezza degli operatori economici, alla stipula di protocolli di *intesa* tra le autorità, al fine di «individuare forme e modi di reciproco coordinamento», coordinamento, peraltro, destinato ad apparire come «un momento di garanzia» per i privati e «“dunque essere convertito in una pretesa” alla certezza procedimentale ed alla sicurezza dei rapporti giuridici» [le citazioni sono tratte S. LUGATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica*, cit., 527-531, il quale a sua volta si avvale delle riflessioni di G.D. COMPORTI, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 338 s.]

<sup>122</sup> Sul ruolo che gioca la contrattualizzazione nel processo di frantumazione dell’ordine sociale in un complesso plurimo e caotico di rapporti tale da evocare il modello feudale, si v. L. HENNEBEL-G. LEWKOVICZ, *La contractualisation des droits de l’homme*, in M. XIFARAS-G. LEWKOVICZ (a cura di), *Repenser le contrat*, Parigi, 2009, 221 ss. In termini più convincenti, A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, cit., 133, ha correttamente osservato che «lungi dal disegnare la vittoria del contratto sulla legge “la contrattualizzazione della società” è piuttosto il sintomo di un processo di ibridazione fra legge e contratto e di una riattivazione delle modalità feudali del legame sociale».

<sup>123</sup> Su quest’ultima prospettiva, ormai evidente a livello europeo, si v. le lucide considerazioni di J.-E. RAY, *Du tout-Etat au tout contrat. De l’entreprise citoyenne à l’entreprise législateur*, in *Dr. Soc.*, 2000, 574; per altri riferimenti si rinvia a V.A. LEMAIRE, *Refondation ou Re-feudalisation sociale? L’évolution de la place et des modalités d’élaboration de la norme législative en droit du travail*, in J. LEFEBVRE, *L’hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, cit., 231 ss. ed a A. SUPIOT, *Les deux visages de la contractualisation: déconstruction du Droit et renaissance féodale*, in S. CHASSAGNARD PINET-D. HIEZ (a cura di), *Approche critique de la contractualisation*, in *Librairie juridique de référence en ligne*, 2007.

singoli, in termini di diritti umani e della loro giustiziabilità<sup>124</sup>, peraltro ben al di là degli stessi parametri in cui essa è affrontata nelle Costituzioni vigenti a livello nazionale, appare riflettere, questa volta a livello planetario, un profondo nuovo disagio di civiltà e, al tempo stesso, una ineludibile sfida: disagio ben più grave, a mio avviso, di quello di cui si fece interprete la cultura giuridica di mezzo millennio fa, allorquando provvide ad elaborare un “diritto naturale”, quale possibile futuro antidoto e usbergo alle ingiustizie del mondo<sup>125</sup>; sfida, attualmente ancor più complessa, perché oggi sono in gioco “giustizia e mondo”<sup>126</sup>.

\*\*\*

Quando il presente lavoro era ormai già in fase di conclusiva rifinitura, è intervenuta la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 4 marzo 2014 – Ricorso n. 18640/10 – *Grande Stevens e altri c. Italia*. Essa ha condannato il nostro paese con specifico riferimento ad un caso, di grande rilievo economico, nel quale la Consob, nell’esercizio della sua attività di autorità amministrativa indipendente sui mercati finanziari, ha incisivamente sanzionato alcuni operatori ed amministratori e professionisti con un provvedimento che ha poi trovato il singolare avallo da parte prima della stessa corte di appello di Torino e poi della Corte di Cassazione.

L’importanza della decisione non sta solo nella soluzione accolta dalla Corte di Strasburgo che ha condannato il nostro paese per violazione dell’art.6 della Convenzione in quanto le procedure previste in materia di sanzioni adottate dalla Consob, da ritenersi afflittive e di rilevanza penalistica, non avrebbero assicurato il contraddittorio ai soggetti destinatari di sanzioni peraltro non solo a contenuto pecuniario.

<sup>124</sup> Sul tema è presente una letteratura assai vasta: per una prima ampia ricognizione si rinvia a F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, 321 ss. Sulla rinnovata problematicità della tutela dei diritti civili nell’attuale stagione, si v. il recente contributo di S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

<sup>125</sup> È in questa prospettiva, in definitiva, che può convenirsi con M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 299 ss., laddove in presenza della modernità liquida suggerisce la necessità che si passi «dalla centralità della legge alla centralità dell’*uomo di legge*».

<sup>126</sup> È questo il titolo dell’ultimo capitolo del lucido e denso contributo di A. SEN, *L’idea di giustizia*, Milano, 2010, 393 ss.

La *dissenting opinion* manifestata da due giudici, insoddisfatti non già dalla conclusione cui è pervenuta la corte, bensì dal fatto che essi avrebbero auspicato una condanna ben più grave per lo Stato Italiano e ben più attenta alle attese di giustizia degli operatori che hanno subito la violazione dei propri diritti, costituisce un'impetuosa analisi dei problemi di legalità che derivano proprio dalla concentrazione di poteri normativi e sanzionatori in capo alle autorità indipendenti in sede di svolgimento dell'attività di regolazione al centro delle nostre considerazioni e preoccupazioni: problemi che emergono già dal testo della sentenza, ma sui quali la maggioranza della Corte è apparsa indulgente e che, peraltro, vanno oltre l'orizzonte della sola esperienza giuridica italiana.

Infatti, la *dissenting opinion* non si è limitata semplicemente a ritenere «realmente scioccante» «la mancanza del contraddittorio», il fatto che corte d'appello di Torino abbia «accettato ed avallato senza riserve le testimonianze raccolte dall'accusa senza lasciare ai ricorrenti la possibilità di effettuare un controinterrogatorio dei testimoni sui fatti di causa» e che «sebbene tali mancanze fossero state eccepite dinanzi alla Corte di cassazione, questa non vi abbia posto rimedio (...).»

Nei paragrafi conclusivi (32-33) della loro *dissenting opinion*, i due giudici hanno affrontato il tema più generale relativo alle attuali modalità di azione e di intervento della autorità amministrative indipendenti nei processi regolativi dell'attività economica.

È bene che si mediti sulle loro parole: «Gli Stati europei sono di fronte ad un dilemma. Per assicurare l'integrità dei mercati europei e rilanciare la fiducia degli investitori nei mercati, hanno creato illeciti amministrativi di ampia portata, basati sulla condotta, i quali puniscono il rischio astratto di danno al mercato con pene pecuniarie e non pecuniarie, severe e di importo imprecisato, definite sanzioni amministrative ed inflitte da autorità amministrative "indipendenti" nell'ambito di *procedure inquisitorie, non equalitarie e sbrigative*. Queste autorità dispongono di poteri sanzionatori ed inquisitori, nonché di ampie facoltà di supervisione su un settore particolare del mercato ed esercitano quest'ultima in modo da facilitare l'esercizio dei primi, imponendo talvolta alla persona controllata/sospettata l'obbligo di collaborare con i propri accusatori. La successione di tre o quattro fasi di comunicazione di documenti scritti ai fini della

difesa [nel caso di specie] (due dinanzi all'autorità amministrativa, una dinanzi alla corte d'appello ed eventualmente un'altra dinanzi alla Corte di cassazione) è una garanzia illusoria che non compensa l'intrinseca mancanza di equità del procedimento. È evidente la tentazione di delegare a questi "nuovi" procedimenti amministrativi la repressione di condotte che non possono essere perseguitate con gli strumenti classici del diritto penale e della procedura penale. Tuttavia, *la pressione dei mercati non può prevalere sugli obblighi internazionali di rispetto dei diritti dell'uomo*, sussistenti in capo agli Stati aderenti alla Convenzione. Non si può evitare la repressione dei reati e la severità della pena, che implicano chiaramente il beneficio della tutela fornita dalle garanzie procedurali e materiali sancite dagli articoli 6 e 7 della Convenzione».

«Riteniamo che i ricorrenti siano stati trattati ingiustamente dalla CONSOB e dai giudici nazionali e che la nostra Corte abbia reso loro giustizia solo a metà. Per tale ragione sottoscriviamo solo in parte il ragionamento della maggioranza. *Auspichiamo che la presente sentenza costituisca l'occasione per i giudici nazionali di rendere piena giustizia ai ricorrenti e che la medesima induca il legislatore italiano a porre rimedio alle mancanze strutturali del procedimento amministrativo e del procedimento giudiziario di applicazione e di controllo delle sanzioni amministrative della CONSOB. Se il legislatore raccoglierà tale sfida, ciò potrà rappresentare un esempio ed una fonte di ispirazione per gli altri legislatori che debbano affrontare un analogo problema sistematico»* [i corsivi sono nostri].