

INDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Prefazione</i> | 7 |
| CAPITOLO I | |
| <i>Prescrizioni dell'Unione europea e indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione: sistemi italiano e tedesco a confronto</i> | |
| 1. Le ragioni della crescita esponenziale degli studi sulle Autorità amministrative indipendenti: la mancanza di un dato legislativo unitario e la necessità di denunciare i numerosi problemi di compatibilità che l'istituzione di tali organismi ha sollevato. La rilevante incidenza dell'attività delle <i>Authorities</i> nei rapporti intersoggettivi suggerisce l'opportunità/necessità di un controllo effettivo sull'operato di questi organismi. Il sindacato giurisdizionale quale componente imprescindibile per controbilanciare la mancanza di responsabilità e soggezione delle <i>Authorities</i> a qualsivoglia potere costituito. Le ragioni della scelta del metodo comparatistico. La necessaria riconduzione di ciascun potere delle Autorità indipendenti al quadro costituzionale | 16 |
| 2. Le discrasie tra sistema tedesco e italiano delle Autorità (in) dipendenti: l'esistenza di un fondamento costituzionale e il profilo dell'indipendenza. L'assenza di indipendenza delle Autorità tedesche di regolamentazione, problemi di compatibilità costituzionale e di legittimazione democratica (artt. 20 e 65 della <i>Grundgesetz</i>): il rigido orientamento della <i>Bundverfassungsericht</i> e le recenti tesi dottrinali. Verso una rinnovata concezione del principio democratico | 25 |
| 2a. Segue. L'Autorità tedesca garante della concorrenza e del mercato: la <i>Bundeskartellamt</i> . Il potere di incidenza del Ministero dell'Economia e delle Tecnologie nella scelta dei vertici dell'Autorità e nell'espletamento dell'attività | 32 |
| | 273 |

| | |
|--|----|
| 2b. L'Autorità tedesca garante del corretto svolgimento dei mercati dei servizi di pubblica utilità (elettricità, gas, telecomunicazioni, poste e reti ferroviarie): la <i>Bundesnetzagentur</i> . L'ingerenza del Ministero di riferimento | 35 |
| 2c. L'Autorità tedesca preposta alla vigilanza del settore bancario, assicurativo e mobiliare: la <i>Bafin</i> . La dipendenza di tale organismo dal Ministero delle finanze | 38 |
| 3. Comparazione tra il profilo dell'indipendenza delle Autorità tedesche e di quelle italiane. La forte analogia tra l'art. 20 della <i>Grundgesetz</i> e l'art. 95 della costituzione italiana. La delicata questione della dichiarata, ma non sempre effettiva, indipendenza delle Autorità italiane | 39 |
| 4. Prescrizioni europee e indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione. Il principio della tutela delle identità costituzionali nazionali e la condanna della Repubblica federale tedesca da parte della Corte di Lussemburgo per mancata indipendenza degli enti regolatori nazionali. Necessità di prospettare soluzioni nuove, idonee a far convergere sia in Italia sia in Germania l'indipendenza delle Autorità nazionali e il rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali | 44 |
| 5. La messa in rete o europeizzazione delle Autorità indipendenti quale fattore di indebolimento delle stesse. Dubbi in ordine all'indipendenza delle Autorità nazionali rispetto alla Commissione europea. L'aggravarsi delle problematiche alla luce della ancora dubbia legittimazione delle Autorità indipendenti ad esperire rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha l'obbligo di applicare la normativa europea e non può contare sul prezioso ausilio interpretativo della Corte di Giustizia. La legittimazione delle Autorità ad esperire rinvio pregiudiziale quale strumento di coerenza sistemica in funzione di recupero di una legalità costituzionale ed europea | 55 |

CAPITOLO II

Potere normativo delle Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto: il controllo quale criterio legittimante

| | |
|---|----|
| 6. Il <i>Regulierungsverwaltungsrecht</i> : natura degli atti e limiti di discrezionalità degli enti regolatori federali. L'orientamento della Corte di Lussemburgo | 68 |
|---|----|

7. I poteri normativi delle Autorità indipendenti italiane: problemi afferenti alla legittimazione costituzionale, alla natura dell'atto e alla inquadrabilità nella gerarchia delle fonti. Il superamento di tali problematiche: cenni alla posizione della dottrina e della giurisprudenza 72
8. La necessaria riconduzione al sistema del policentrismo normativo: l'imprescindibile ruolo dell'ermeneuta nel momento applicativo. Superamento della tradizione di pensiero giuridico che ha fermamente considerato che non rientri tra i compiti del diritto civile intervenire per correggere un contratto ingiusto. Il ruolo dell'integrazione cogente. L'autonomia negoziale tra «libertà» e «giustizia contrattuale». L'oggetto della regolazione delle *Authorities*. La *ratio* dell'intervento eterointegrativo delle Autorità: il profilo teleologico-funzionale di protezione della parte debole 79
9. La difficile ricostruzione del fenomeno di eterointegrazione del contratto delle Autorità indipendenti a causa dell'assenza di una disciplina organica, uniforme ed unitaria. Molteplicità e poliformità dei modelli di intervento dell'Autorità sul contratto quale ostacolo a qualsivoglia tentativo di classificazione. Gli interventi idonei a palesare il profilo teleologico-funzionale del potere normativo delle Autorità, sia quali 'creatori' del diritto sia quali 'custodi del contratto giusto'. Talune esemplificazioni 93
10. La problematica in ordine alla sorte dell'atto di autonomia confliggente con i precetti autoritativi. Principio di differenziazione e «giusto rimedio» intesi quali parametri che, in concreto, sono idonei ad adeguare l'atto di autonomia negoziale alle prescrizioni autoritative. La nullità della pattuizione come *extrema ratio* e conseguente valorizzazione di strumenti protesi alla conservazione del negozio: la nullità di protezione e il meccanismo eterointegrativo ex art. 1339 c.c. Violazione di disposizioni autoritative concernenti obblighi informativi relativi alla fase precedente la conclusione del negozio. Decisivo superamento della astratta distinzione tra regole di condotta e regole di validità 101
11. Necessità di coniugare «giusto rimedio», nuova concezione dei termini «legge» e «norma imperativa» e rinnovato modo di concepire la funzione garantista della riserva di legge. Le opposte interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali in ordine alle norme italiane e tedesche che aprono le porte all'intervento pubblico nell'atto di autonomia. Il § 2 dell' EG BGB e l'art. 1 disp. prel. c.c. La lettura in combinato disposto del § 2 dell' EG BGB, del § 12 dell' EG ZPO con il § 20, abs. 3 GG e conse-

- guente recupero di un approccio sostanziale e non formale nell'accoglimento del concetto di «legge». I recenti orientamenti della Corte di cassazione italiana nel riconoscere ai regolamenti dell'*Authorities* natura di fonte contrattuale a sostegno del necessario passaggio dalla «legge in senso formale» alla «legge in senso sostanziale». La rivalutazione del profilo teleologico-funzionale e la rilettura del concetto di riserva di legge di cui agli artt. 41 e 42 cost.: il superamento della tradizionale concezione formalistica della stessa. L'impostazione funzionale e la relativa affermazione della non necessaria presenza di una fonte primaria che nel dettaglio regoli la potestà normativa delle Autorità, essendo sufficiente che la fonte secondaria persegua gli interessi e gli obiettivi che hanno costituito la ragione del conferimento di potere 114
12. Il controllo degli atti e il perseguimento degli obiettivi di tutela del mercato e della parte debole del rapporto negoziale. Il controllo *ex post* e la legittimità sostanziale e contenutistica. La potestà regolamentare e il controllo degli atti: tra scelta del soggetto chiamato ad effettuare la verifica e qualificazione della situazione bisognosa di tutela. Il necessario recupero dell'unità della giurisdizione 126
13. Il controllo di costituzionalità degli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti. Il superamento della lettura restrittiva dell'art. 134 cost. Il *Verfassungsbeschwerde* del Tribunale federale costituzionale tedesco quale possibile modello da imitare. Rifiuto di un trapianto di modello *sic et simpliciter* e utilizzo di un metodo abduittivo 135
14. Il *soft law* delle Autorità indipendenti e la giustiziabilità del 'diritto morbido' alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione. Il caso degli atti non vincolanti del Mediatore europeo, quale Autorità indipendente europea 143

CAPITOLO III

Attività 'decisoria' delle Autorità indipendenti e incidenza sui rapporti civili

15. Le ragioni dell'indagine del potere decisorio delle Autorità amministrative indipendenti. Irrilevanza della qualifica soggettiva dell'organo. Il potere di *jus dicere* delle Autorità e del Giudice: analogie funzionali. Le argomentazioni della Corte di Strasburgo a sostegno della natura 'sostanzialmente giurisdizionale' di

- talune funzioni delle *Authorities*. L'orientamento della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ricadute in termini negativi per il singolo investito dal *decisum* delle Autorità in caso di disconoscimento di una tale funzione di *jus dicere* 152
16. La stringente connessione tra mancanza di effettività di tutela giurisdizionale, fallimento del processo e riconoscimento alle *Authorities* del potere di giudicare. Esemplicazioni. Il «giusto rimedio» e la pregiudiziale risoluzione della questione del «giusto processo» 165
17. I provvedimenti sanzionatori e il «provvedimento sanzionatorio anomalo»: il potere della *Bundeskartellamt* e della AGCM di stipulare «accordi con impegni». Dubbi in ordine alla natura giuridica da attribuire a tale forma di accordo 172
18. La funzione di controllo e riequilibrio del contratto ad opera delle *Authorities*. Il controllo di meritevolezza non rappresenta più un'esclusiva del giudice civile. Le delibere emanate dalle Autorità in sede di risoluzione delle controversie con funzione correttiva e conservativa dell'atto di autonomia negoziale. Esemplicazioni. La regolazione *ex post* avente efficacia conformativa. Il controllo quale correttivo a possibili decisioni arbitrarie delle Autorità. La necessità di sottoporre a controllo di meritevolezza anche quei contratti il contenuto dei quali sia stato, totalmente o parzialmente, autorizzato dall'Autorità 180
19. La competenza dell'Autorità *antitrust* a sindacare la vessatorietà delle clausole contenute nei contratti stipulati con i consumatori. L'art. 37 bis cod. cons. Le misure di 'diritto morbido' adottate dall'Autorità. Il possibile profilarsi di un differente scenario. L'attribuzione del potere valutativo delle vessatorietà delle clausole quale alternativa alla tutela esperibile dinnanzi al giudice civile 188
20. I 'provvedimenti giurisdizionali' delle *Authorities* espressione del potere inibitorio-cautelare. La tutela inibitoria dell'Autorità *antitrust* in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette. Il recente riconoscimento del potere inibitorio in ordine alla violazione dei diritti del consumatore relativi ai contratti a distanza e ai contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali 194
21. L'inibitoria quale misura caratteristica di tutta la disciplina posta a presidio del mercato. L'art. 15 della l. 287/90: tra inibitoria in senso conformativo dell'AGCM e strumenti coercitivi. La comparazione tra inibitoria affidata in taluni ambiti particolari all'Autorità *antitrust* e inibitoria affidata alle cure del giudice civile. Considerazioni conclusive 206

| | |
|--|-----|
| 22. L'eterogeneità delle ipotesi nelle quali si esplica il potere di <i>jus dicere</i> delle <i>Authorities</i> e problematicità in ordine alla riconduzione in schemi predefiniti. La funzione 'sostanzialmente giurisdizionale' delle Autorità e verifica di compatibilità con l'art. 102 cost.: necessità dell'accoglimento di una nozione oggettiva e non soggettiva di giurisdizione. Applicazione obbligata dei canoni costituzionali relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti dinanzi alle Autorità indipendenti. L'art. 6 CEDU e l'art. 111 cost.: il rilevante problema del cumulo dei poteri e il conseguente difetto di 'imparzialità oggettiva'. I recenti orientamenti del Consiglio di Stato: rilievi problematici legati ad un non corretto atteggiarsi dell'assetto istituzionale | 216 |
| 23. Il problema dell'impugnativa del <i>decisum</i> delle Autorità. Necessità di un controllo sul provvedimento. Il controllo «forte» e «debole» negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Strasburgo. L'effettività del controllo quale correttivo all'estraneità delle <i>Authorities</i> dal circuito istituzionale. Le tecniche di controllo giurisdizionale degli atti delle Autorità (in)dipendenti nel sistema tedesco: la competenza delle sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria. Il sistema tedesco quale modello di ispirazione: la necessità dell'attribuzione della competenza al giudice ordinario, in particolare nei casi nei quali sia necessario tutelare utenti/consumatori nella loro posizione di diritto soggettivo perfetto | 235 |
| 24. Il valore vincolante del precedente reso dall'Autorità <i>antitrust</i> : la direttiva europea n. 104/2014. I riflessi sul giudizio civile risarcitorio da danno <i>antitrust</i> . Dubbi sull'eventuale recepimento <i>tout court</i> dell'art. 9 del nuovo impianto normativo europeo | 249 |
| 25. Considerazioni conclusive. Verso un'unità della giurisdizione. L'imprescindibile ruolo della leale collaborazione tra Corti | 255 |
| Indice autori | 263 |