

ANDREA ZOPPINI

LE NORME GENERALI DEL CODICE CIVILE E I CONTRATTI DEI MERCATI REGOLAMENTATI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Teoria delle fonti, codice civile e regolazione del mercato. – 3. Principi generali e mercati regolamentati. – 4. Categorie del codice civile e interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati. – 5. Interpretazione contrattuale e regole comunitarie. – 6. Fattispecie settoriali e interpretazione estensiva – 7. Regolazione del mercato e dialettica pubblico-privato. – 8. Conclusione.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema del rapporto tra le norme generali del codice civile e i contratti dei mercati regolamentati impone un mutamento rispetto alla prospettiva tradizionale, atteso che ci chiede di guardare al diritto privato generale dalla prospettiva, senz'altro esterna, della regolazione del mercato.

Il quesito su cui impernare la riflessione è allora se, in che misura e con quali limiti, le norme del codice civile – a iniziare da quello vigente, poi eventualmente quelle di un futuro codice riformato – possano esprimere principi interpretativi generali anche per la disciplina dei mercati regolamentati. Segnatamente, quale rapporto sussista tra le norme generali del codice civile e la disciplina propria dei contratti dei mercati regolamentati.

Mi proverò a formulare una duplice premessa di ordine metodologico alla mia analisi e, poi, svolgerò quattro punti:

- (i) un punto d'avvio giusrealisticamente significativo del discorso: quanto effettivamente soccorre il codice civile quando si tratta di disciplinare i contratti dei mercati regolamentati (e ciò sarà rilevante anche nella prospettiva del legislatore di una futura riforma);
- (ii) un problema di teoria dell'interpretazione, e cioè se all'interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati si applichino le medesime regole di cui ci avvaliamo nell'interpretare le norme del codice;
- (iii) ancóra, se i due comparti facciano appello e siano governati dagli stessi principi generali e dalle medesime norme generali;
- (iv) infine, proverò a formulare una qualche conclusione.

2. Teoria delle fonti, codice civile e regolazione del mercato

La prima delle premesse. Con riferimento all'inquadramento del tema nella cornice d'una prospettica riforma del codice civile mi sia consentita un'osservazione che non intende essere critica ma, semmai, *autocritica*.

Quando ci occupiamo della ricodificazione del codice civile non possiamo non constatare un ritardo veramente significativo – sia qualitativo sia anche quantitativo – nella riflessione della dottrina civilistica italiana, rispetto ai dibattiti proposti dalla dottrina francese o tedesca.

La minore attenzione al tema della riforma del codice non credo possa ascrivere (solo) ai limiti individuali degli interpreti italiani, mentre una spiegazione può cogliersi nella nostra formazione collettiva.

Ricordo che quando proposti al mio Maestro di scrivere un saggio *de iure condendo*, lui non mi scoraggiò in senso assoluto – come era nel suo costume – , ma prese a ricordare il monito dei suoi maestri, primo fra tutti Francesco Santoro-Passarelli, i quali insegnavano che il civilista consegue i propri risultati sul terreno del diritto positivo; perché – dicevano allora, come rammentava il Professor Rescigno – troppo facile sarebbe argomentare soluzioni *de iure condendo*, ove non sussistono gli argini imposti dalle regole vigenti e dalla tradizione consolidata dell'interpretazione del codice¹.

Si tratta d'una opzione culturale, di cui qui non c'è tempo per indagare le ragioni, che non trova parimenti riscontro nella cultura giuridica tedesca. Basti pensare alle giornate dei giuristi tedeschi che regolarmente sono dedicate alla riforma di un singolo settore, e s'intitolano con una formula ricorrente che recita *Deutscher Juristentag – Recht mitgestalten*.

V'è anche un'altra ragione del ritardo culturale. A me sembra che la matrice normativista che ha caratterizzato la scienza giuridica dominante italiana, cioè l'attitudine ad essere interprete ed esegeta di norme descrittive di fattispecie, ha fatto sì che la dottrina – pur con qualche rilevante eccezione – abbia avuto un'oggettiva minor propensione sia a maneggiare i principi sia a governare e ordinare il diritto giurisprudenziale².

¹ V. N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 81 ss., p. 123 ss. Sul ruolo del diritto positivo, M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, p. 349 ss.; V. CARIELLO, *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in V. DI CATALDO-V. MELI-R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, p. 1713 ss.

² Sul valore dei principi, L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto* (Atti dei Convegni Lincei, 27-29 maggio 1991), Roma (Accademia Nazionale dei Lincei), 1992, p. 317 ss. Più di recente, cfr. le considerazioni di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*,

Questi aspetti incrociano un duplice momento della tecnica normativa di regolazione del mercato e della teoria dell'interpretazione: da un lato, la dialettica tra *rules* e *principles*, ove vengono preferiti i secondi sulla base di una loro maggiore attitudine a governare con plasticità e adeguatezza la situazione concreta (si pensi, su un piano più generale, alla formazione dei principi di diritto comune europeo che ha largamente soppiantato il progetto di una codificazione continentale di diritto privato³); dall'altro, la capacità di ordinare e sistematizzare il portato della concretizzazione giurisprudenziale – come attesta esemplarmente ancora l'esperienza tedesca –, che impone uno sforzo di analisi critica, che tipicamente si concretizza nella elaborazione delle *Fallgruppen*⁴.

Si tratta di due punti che porto alla riflessione sulle prospettive di riforma del codice civile, ma che mi paiono pure necessari per la comprensione del sistema del diritto dei mercati regolamentati, che si affida principalmente a principi di regolazione e alla concretizzazione del precedente.

3. *Principi generali e mercati regolamentati*

Una seconda premessa.

Lo studioso del diritto privato aspira a governare con la regola generale gli specialismi settoriali. Quest'attitudine, come ben ha mostrato Mario Libertini, spesso confina il *soi disant* teorico generale, ma incapace di governare e approfondire la regola speciale, in un generalismo astratto e sterile, talora a dirittura frustrante⁵.

Non che la teoria generale e i principi generali non abbiano molto da esprimere nel settore dei mercati regolamentati, ma questo impone sempre un approfondimento delle regole speciali che lì valgono. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al radicale rinnovamento che la sentenza *Franzo Grande* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha prodotto sull'accertamento dei principi sanzionatori nei mercati regolamentati, segnatamente in quello finanziario

ivi, 2015, p. 11 ss.; e la diversa prospettiva di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ivi*, 2015, p. 245 ss. V., altresì, G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1103 ss.

³ P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 608 ss.

⁴ V. in particolare R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1992, p. 516 ss., la replica di A. BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*, *ivi*, 1994, p. 82 ss., e poi ancora lo stesso R. WEBER, *Erwidern*, che si legge di seguito a p. 90 ss.

⁵ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 265 ss.

e poi in quello bancario⁶. Fino a tale pronuncia, un consolidato orientamento giurisprudenziale interno aveva affermato la legittimità costituzionale (anche rispetto alle norme interposte di recepimento della normativa sovranazionale) di un sistema sanzionatorio che per la stessa violazione finanziaria prevedesse una duplice sanzione (e quindi un duplice procedimento), penale e amministrativa⁷. Alla base dell'assunto si sosteneva che il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu si riferisse ai meri procedimenti penali, non potendo dunque riguardare le ipotesi di applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa⁸. Ad avviso dei giudici europei, viceversa, dopo la comminazione di sanzioni da parte del regolatore (nel caso di specie, la Consob), l'attivazione di un giudizio penale sui medesimi fatti violerebbe il principio del *ne bis in idem*⁹. Pur avendo il procedimento innanzi all'*Authority* natura amministrativa, in caso di sanzioni particolarmente afflittive, queste ultime possono essere considerate, sulla scorta dei criteri *Engel*, come misure sostanzialmente penali¹⁰.

⁶ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014. Per un approfondimento, v. M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 528 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 478 ss. Tra le decisioni della giurisprudenza convenzionale che sono risultate in linea con quanto deciso nella controversia *Grande Stevens e altri c. Italia*, v. i casi, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, 16 aprile 2019. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla decisione della Corte EDU in rassegna, v. Corte giust., C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri c. Consob*, 20 marzo 2018.

⁷ Cfr. Corte cost., ord. n. 409/1991 nella parte in cui afferma che “il principio del cumulo delle pene pecuniarie e delle sanzioni penali – quale posto dalla norma censurata – rappresenta, sì, una disciplina differenziata rispetto all'opposto principio della specialità operante in generale per le sanzioni amministrative irrogabili per fatti che integrerebbero anche gli estremi di un reato, ma è nient'affatto irragionevole, né lesivo del principio di eguaglianza, attesa l'assoluta diversità degli illeciti ai quali le due disposizioni si riferiscono e la peculiarità delle violazioni finanziarie, per le quali legittimamente il legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità – può modulare la reazione dell'ordinamento giuridico al comportamento illecito del contribuente con una duplice sanzione, pecuniaria e penale”.

⁸ Corte giust. UE, C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013; Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424.

⁹ Sulla mancata violazione del *ne-bis in idem* in caso di reazione ordinamentale coordinata e di sufficiente connessione tra procedimenti penali e amministrativi, v. Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016; nonché, Corte giust. UE, C-524/15, *Menci*, 20 marzo 2018. In tema, C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *federalismi.it*, 2019, 23, p. 1 ss.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. I criteri che devono guidare l'interprete nell'attribuzione della corretta natura alla sanzione sono, alternativamente, rappresentati: *i*) dalla qualificazione giuridica della sanzione secondo il diritto interno; *ii*) dalla natura dell'illecito; *iii*) dal grado di severità della sanzione. In tema, v. E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti a doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti*

L'esempio appena prospettato mi pare prodromico a comprendere che la dialettica concettuale costruita sul rapporto generale *vs* speciale e poi sul tema della decodificazione – che, come noto, lega il lemma al nome autorevole di Natalino Irti – presenta caratteristiche molto distanti rispetto ai temi propri dei mercati regolamentati¹¹.

A iniziare da un interrogativo: se sia metodologicamente corretto indagare il diritto dei mercati regolamentati come se si trattasse di discipline suscettibili di unificazione. E allora, se abbia senso un discorso generalissimo, come quello che si può fare sugli istituti del codice civile¹².

Con il sintagma 'mercati regolamentati' facciamo, per solito, riferimento a quell'insieme di regole che coincide e ha accompagnato i processi di liberalizzazione di mercati che erano prima gestiti in regime di privativa da pubblici poteri o eventualmente da loro concessionari; e che oggi sono stati privatizzati e affidati al controllo delle autorità di regolazione. I processi di privatizzazione hanno generato un rilevante fenomeno normativo e le autorità del mercato sono esse stesse fonte di produzione di regole¹³.

Quando si prova a costruire una teoria del diritto privato regolatorio si fa riferimento a un regime di regole perimetrabile dall'intersezione tra le regole di diritto privato e il diritto della regolazione pubblica, e che presenta caratteristiche suscettibili di unificazione concettuale¹⁴.

Al contempo, tuttavia, occorre essere consapevoli che quando si discute di mercati regolamentati un discorso generale non sempre è metodologicamente coerente o fruttuoso. Lo dimostra, per esempio, il tema della possibilità di utilizzare analogicamente le regole elaborate per i settori che sono stati liberalizzati per primi, tipicamente le telecomunicazioni, ai settori liberalizzati successivamente, quali per esempio quelli dell'energia e dei trasporti¹⁵.

dell'Uomo, Torino, 2018, spec. p. 52 ss., p. 157 ss.

¹¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; ID., *Codici di settore: compimento della "decodificazione"*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss.

¹² V. F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, p. 565 ss.

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni* in ID., C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007. In tema, F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 57 ss.; nonché, G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, *ivi*, p. 125 ss.

¹⁴ Sia consentito rinviare al mio *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 6, p. 1 ss. Con parti-

Non solo, dunque, è problematica un'operazione di unificazione oggettiva della disciplina, ma anche il tema della tutela del consumatore presenta evidenti indizi che suggeriscono di analizzare separatamente i singoli mercati e di mettere in esponente l'esigenza d'una interpretazione orientata alle conseguenze (tanto più se si accolla una prospettiva di analisi *behavioural*¹⁶). Si prenda il caso della interpretazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che autorizzano l'interprete a guardare ai *Realtypen*, e segnatamente al consumatore *medio*, nonostante il medesimo consumatore adotti comportamenti rilevantemente diversi in relazione ai vari mercati di riferimento¹⁷. Ad esempio, è un dato sostanzialmente acquisito che il consumatore in materia di telecomunicazioni sia – almeno tendenzialmente – un consumatore avvertito, informato e sensibile alle modificazioni del prezzo, al contrario lo stesso consumatore nel mercato dell'energia è molto meno informato e reattivo¹⁸.

Se quindi la stessa persona si comporta in maniera assai differente a seconda dei mercati di riferimento, le conseguenze delle proposte interpretative delle medesime norme possono essere molto diverse. In concreto, innalzare la soglia di tutela del consumatore in un mercato, come quello del gas, nel quale il consumatore è meno reattivo e propenso a riallocare in maniera efficiente la propria domanda può avere quale effetto quello di tutelare maggiormente

colare riferimento al mercato energetico, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009. Per un quadro riepilogativo, C. DE VINCENZI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni: riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008.

¹⁶ V. G. ROJAS ELGUETA-N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

¹⁷ Art. 20, comma 2, art. 21, commi 1 e 2, art. 22, commi 1 e 2, c. cons. In tema, cfr. A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, I, p. 297 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.; nonché L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.

¹⁸ C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 695 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, pp. 92-95. Con particolare riferimento al mercato energetico, F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; e i contributi di S. DELLE MONACHE, *La correzione informativa delle asimmetrie di mercato: obblighi a carico degli operatori, funzione pubblica, self o co-regulation* e di G. ROJAS ELGUETA, *Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico*, ambedue in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, 2015, rispettivamente a p. 157 ss. e p. 173 ss.

l'impresa *incumbent*¹⁹.

4. *Categorie del codice civile e interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati*

Provo a questo punto a dare risposta ai quesiti che ho formulato, e, per offrire schiarimenti, mi avvarrò di talune semplificazioni.

Il primo quesito: quanto è utile il codice civile quando analizziamo la disciplina dei mercati regolamentati? Che si tratti di un contributo complessivamente modesto è una risposta può essere relativamente agevole formulare e riterrei che, almeno su questo punto, si possa raggiungere un consenso in chi legge. Su questo piano, un primo elemento problematico attiene alle condizioni alle quali possa riconoscersi una lacuna e se essa possa essere colmata attingendo alle norme del codice. La diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale, in ipotesi alla norma generale proposta dal codice civile, sottende una valutazione dell'interprete che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione evidentemente non agevole quando le fonti e le norme parlino linguaggi molto diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una legittimazione formale molto differente.

Se limitiamo qui l'analisi alla disciplina generale del contratto – e così pure quella dei contratti speciali – non possiamo non considerare che la disciplina del codice costituisce un sistema di regole fondato sulla centralità del soggetto di diritto, assume un modello di agire tipo individualista, presuppone lo Stato nazionale e muove da una netta separazione del diritto pubblico e del diritto privato²⁰. Soprattutto, il codice civile, anche se non è esplicito in nessuna regola, presuppone il mercato perfetto e considera quale unica deviazione da esso il monopolio legale, secondo quanto messo opportunamente in luce da uno storico francese²¹.

Al contrario, la teoria della regolazione – e tutta la disciplina dei mercati regolamentati – presuppongono il fallimento del mercato e muovono dall'esigenza

¹⁹ In tema, v. G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2014. Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, 2014; nonché, PH. FABBIO, *La disciplina comunitaria della concorrenza in funzione di protezione del consumatore energetico* e A. GENOVESE, *Diritto ed energia. La scelta dei consumatori «a condizioni di mercato»*, ambedue in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2015. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, cit., rispettivamente a p. 97 ss. e p. 117 ss.

²⁰ A. ZOPPINI, *Il diritto dei privati e i confini dello Stato nazionale, un itinerario*, in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 17 ss.

²¹ B. OPPETT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Rev. sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ss.

di correggere gli effetti e di emendare le asimmetrie dei rapporti contrattuali²².

Com'è sovente ripetuto, il contratto presuppone la libertà del *se* e del contenuto del contratto: il codice civile vede il contratto come una (manifestazione di) libertà dell'individuo, dell'*io* kantiano²³; al contrario, tutta la prospettiva regolatoria guarda al contratto come una necessità, serialmente ripetuta nei rapporti di consumo, e si pone semmai il problema dell'accesso al mercato²⁴.

Anche la fattispecie del contratto, inteso come accordo vincolante, non sempre orienta la qualificazione degli accordi che si realizzano nei mercati regolamentati.

Perché questo in concreto significa che quando dobbiamo diagnosticare l'esistenza di un accordo, ci dobbiamo interrogare se debbano sussistere *tutti* gli elementi che il codice ritiene costitutivi d'un contratto, ossia lo scambio di volontà, l'oggetto, la causa, la forma. Rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto, nel diritto consumeristico si assiste: *i*) allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'oggettività del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un-bisogno (ciò che ha fatto parlare di «quasi contratto», di «rapporti contrattuali di fatto», e ancora – sempre in questa linea teorica – di «scambi senza accordo»²⁵); *ii*) allo scarto logico tra determinazione all'acquisto e regolamento contrattuale²⁶; *iii*) all'eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo; *iv*) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all'assenza di soluzioni di continuità tra l'informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto e, poi, della prestazione²⁷.

²² A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, ID. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari 2008, p. 3 ss.

²³ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Arch. philosophie du droit*, 1981, p. 35 ss.

²⁴ G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1 ss.

²⁵ Sugli scambi senza accordo il riferimento è naturalmente alla dottrina di N. IRTI (in particolare, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. e al dibattito che ha generato: ID., «È vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.). Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno, Obbligazioni e Contratti*, IX, Torino 1984, p. 23 ss.; ID., voce *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, p. 25 ss.

²⁶ Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà, di R. BROWNSWORD-G. HOWELLS-T. WILHELMSSON (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney 1994.

²⁷ G. D'AMICO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova 2015, p. 7 ss.

Lo stesso può dirsi per i mercati regolamentati, ove lo stesso concetto di *accordo* quale elemento essenziale del contratto ha una valenza oggettivamente diversa.

Si pensi alla qualificazione della collusione ovvero delle intese illecite. Ove si ritenesse di adottare lo schema proprio del codice civile, fondato sull'incontro di volontà, sull'esistenza di un accordo, sull'esistenza di una causa, molti di questi fenomeni sarebbero di difficile diagnosi²⁸. Si pensi per esempio al tema dell'accertamento del patto occulto, ove l'autorità di regolazione del mercato tende a riconoscere la collusione anche nella mera coincidenza di comportamenti attuati a prescindere da qualsiasi accordo²⁹.

Ancor di più, una opzione selettiva fondata sulla fattispecie contrattuale non ha spazio quando si faccia riferimento all'accordo anticoncorrenziale e a tutte quelle discipline che generalizzano lo schema concettuale della disciplina anticoncorrenziale, rispetto alla quale l'accordo si risolve sostanzialmente in un dato che viene accettato *ex post* sulla base degli effetti che si producono nel mercato e della convergenza materiale dei comportamenti³⁰.

Quindi su questo punto potremmo dire – ed è il punto su cui dovrebbe essere, tutto sommato, di più agevole raccogliere il consenso – che le categorie del codice civile e i suoi principi ordinanti offrono strumenti poco efficaci quando si tratta di orientare il processo interpretativo nei mercati regolamentati³¹.

²⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 89 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 55 ss.

²⁹ V. la Delibera 19360 del 17 settembre 2015 della Consob, con la quale veniva irrogata una sanzione pecuniaria in violazione dell'art. 149, comma 1, lett. a), TUF da parte dei componenti del consiglio di sorveglianza di Ubi Banca, per omessa vigilanza circa l'assenza di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 123-*bis*, comma 1, lett. l) e comma 2, lett. d), TUF. La misura sanzionatoria è stata ritenuta illegittima da Cass., Sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962, non configurandosi, a monte, una responsabilità legale per i membri del consiglio di sorveglianza (il provvedimento è risultato, quindi, in contrasto con i principi di legalità, tassatività e determinatezza). Per una sintesi, in precedenza, v. F. VENTURINI, *I patti parasociali e la Consob: il caso Unipol – BNL*, in *Soc.*, 2010, p. 595 ss.

³⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 533 ss.

³¹ S. GRUNDMANN, *Europa – und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen 2007, p. 105 ss. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberali, U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Tübingen, 1971.

5. Interpretazione contrattuale e regole comunitarie

Passiamo al secondo punto che è insieme più problematico e forse più stimolante in termini anche teorici: quando interpretiamo le norme che disciplinano i mercati regolamentati utilizziamo le stesse regole con cui interpretiamo il codice civile³²?

La mia risposta sotto questo profilo è negativa per una serie concorrente di ragioni.

La prima è giusrealista: in materia di mercati regolamentati, molti dei quesiti che noi poniamo al giudice non sono rivolti al giudice civile, ma sono risolti dal giudice amministrativo. Questo è tutt'altro che insignificante ai fini poi del risultato che ne scaturisce.

Vi sono difatti temi rilevanti del diritto dei consumatori e del rapporto tra esso e il diritto dei contratti che sono stati decisi dal Tar del Lazio e poi dai giudici di Palazzo Spada. Penso ad esempio al tema dello *ius variandi*, ovvero al tema della trasparenza del contratto (che sottende l'applicabilità estensiva delle norme a tutela del consumatore)³³.

Fatta questa premessa, provo a illustrare il tema della divergente teoria dell'interpretazione con due esempi.

(i) Vige nel nostro ordinamento una norma che vieta il cosiddetto *gold plating* – è una norma che s'indirizza al legislatore, ma che ritengo pacificamente viga anche per le autorità indipendenti che attuano il diritto di derivazione unionista, e a maggior ragione per l'interprete³⁴. A mente di tale norma «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle

³² A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

³³ Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1424. I giudici amministrativi, intervenendo in tema di *ius variandi* nei contratti delle comunicazioni elettroniche, hanno ritenuto legittimo il regolamento dell'AGCOM – “Recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche” (adottato con delibera n. 519/2015) – nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono esercitare lo *ius variandi* solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo. Ciò in quanto “la norma regolamentare recepisce una regola posta da disposizioni primarie che pongono limiti all'esercizio dello *ius variandi* ulteriori rispetto alla sola previsione del diritto di recesso”. L'affermazione tradisce un'interpretazione estensiva delle norme a tutela del consumatore, basata, nello specifico, sulla lettura coordinata degli artt. 70, c. com. el. e 33, comma 2, lett. m), c. cons. Tale ultima disposizione è stata ritenuta applicabile al caso di specie dal giudice amministrativo, in quanto, pur essendo norma generale, individua una maggior tutela per il consumatore. Sul rapporto tra teoria generale del contratto e *ius variandi* si v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. ROPPO, *Effetti*, III, Milano 2006, p. 141 ss.

³⁴ Il riferimento è all'art. 15, comma 2, lett. b), legge 12 novembre 2011, n. 183, attraverso il quale sono stati aggiunti i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater all'art. 14 legge 28 novembre 2005, n. 246.

direttive stesse», specificando altresì che «costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive».

Quindi, cosa significa per il legislatore e per il regolatore il divieto di *gold plating* e quali implicazioni ha in termini interpretativi?

In sostanza, nell'ascrivere un significato alla norma, l'interprete non dovrà accrescere o arricchire la soglia dell'armonizzazione minima prevista a livello comunitario.

Questo ha, a mio parere, rilevanti conseguenze ermeneutiche, atteso che, di volta in volta, l'interpretazione dovrà esser ponderata, al fine di evitare che la disposizione violi il *level playing field* sotteso all'armonizzazione comunitaria.

Questa prospettiva presenta non banali ricadute anche con riguardo, ad esempio, alla revisione concettuale della tesi di coloro i quali ritengono che nel nostro ordinamento viga il principio di massima tutela del consumatore (ossia il principio in ordine al quale debba sempre applicarsi la regola di massima tutela del consumatore)³⁵.

Provo però a esemplificare quanto affermo mediante il richiamo di una novità legislativa: vale a dire le misure per il contrasto alla ludopatia, previste da parte d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. Decreto dignità)³⁶, mediante le quali si intende vietare la pubblicità e la sponsorizzazione di giochi e scommesse e intendendo, così, rafforzare la tutela del consumatore³⁷.

A livello comunitario, allo stato attuale, difetta una regolamentazione vincolante ed uniforme per il mercato dei giochi e delle scommesse³⁸: tale lacuna

³⁵ S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, p. 487 ss.; T. DALLA MASSARA, *La "maggior tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 743 ss. V., anche, G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, *Mercati regolati*, V, Milano 2014, p. 5 ss. e A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159 ss.

³⁶ Si tratta degli artt. 9 e 9 *quinquies* del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, così come convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

³⁷ Uniche eccezioni sono i loghi sul gioco sicuro dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, le manifestazioni di carattere puramente locale o ricreativo/culturale e le lotterie nazionali a estrazione differita

³⁸ L'art. 2, par. 2, lett. b), direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dal campo di applicazione attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse; l'art. 1, par. 5, lett. d), Direttiva 2000/31/

normativa non può, tuttavia, legittimare una regolamentazione settoriale di matrice nazionale che si ponga in contrasto con i principi e le regole del diritto europeo, tra cui rientrano le libertà di stabilimento e circolazione dei servizi. Il problema principale è quello del giusto bilanciamento tra il mercato interno e la salvaguardia di interessi nazionali extra-economici, di carattere generale e di natura pubblicistica, riconducibili alla tutela dei consumatori e alla protezione della salute. Le autorità nazionali devono dimostrare che le misure adottate per esigenze imperative di interesse generale siano idonee, necessarie e proporzionate al raggiungimento dello scopo prefissato nella normativa di riferimento, non integrando alcuna forma di discriminazione: diversamente, i provvedimenti statali genererebbero effetti restrittivi sulla concorrenza.

Giova intanto premettere che il legislatore italiano ha trascurato – come pure avrebbe dovuto – di notificare queste regole tecniche, in base a quanto previsto dall'art. 8 della direttiva 98/34/CE³⁹ e che il caso italiano risulta essere un *unicum* sul piano europeo per l'ampiezza del divieto sancito nell'art. 9 d.l. n. 87/2018. Infatti, seppure forme di regolamentazione stringente della pubblicità e sponsorizzazione dei giochi e delle scommesse siano previste in diversi Paesi, la pervasività del divieto italiano non ha equivalenti in altri ordinamenti nazionali, anche laddove la regolamentazione del settore risulta essere guidata da regole mirate a riservare un trattamento speciale ad attività collegate a servizi potenzialmente dannosi per l'individuo, pure attraverso la costituzione di monopoli pubblici o privati⁴⁰.

Nelle materie non armonizzate, ove permanga in capo all'ordinamento nazionale la potestà normativa, l'armonizzazione minima si attua attraverso le libertà fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'unione europea: il divieto valevole in Italia, sicuramente non vincolerebbe, infatti, tutti gli operatori esteri che operano all'interno del mercato comunitario (così, ad esempio, è possibile che il Barcellona disputi le gare di Champions League in Italia pubblicizzando attività di *gaming*). In questo quadro ordinamentale, l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato permette che la forza imperativa di queste ultime s'indirizzi, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all'ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali. Da qui può ricavarsi, inoltre, come il principio che vieta il *gold plating* possa o debba indurre una interpretazione restrittiva delle regole domestiche. Naturalmente, a fronte di questa lettura, un'obiezione potrebbe

CE, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, esclude dal perimetro della propria applicazione i giochi d'azzardo, le lotterie e le scommesse.

³⁹ Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁴⁰ A.M. GAMBINO, F. CORRADO, *Il divieto di pubblicità di gioco e scommesse. Il modello italiano*, in *giustiziacivile.com*, 24 agosto 2018.

consistere nel valorizzare gli interessi generali e le finalità sottese alla normazione statale proibitiva, in quanto volta a tutelare la persona⁴¹.

(ii) Un secondo esempio può dimostrare lo strabismo ermeneutico che provo ad illustrare: l'interpretazione della norma di derivazione unionista è comunque governata dalla fonte comunitaria, con la pratica conseguenza che al lemma di derivazione europea si dovrà assegnare un significato coerente a quello della fonte originaria. E il presidio della sua corretta interpretazione è costituito dalla Corte di giustizia dell'unione europea del Lussemburgo.

Provo a fare un esempio. La direttiva in materia di offerte pubbliche d'acquisto prevede che il legislatore nazionale possa arricchire di nuove fattispecie la regolamentazione della materia, purché ciò avvenga in modo preciso e con regole chiare e definite: come previsto dall'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/25/CE, «gli Stati membri possono fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte dalla presente direttiva per regolamentare le offerte» per dare concreta applicazione ai principi generali previsti dall'art. 3, par. 1⁴².

Alla Corte europea è stato domandato se la richiesta di una norma di precisa ed esatta individuazione precluda al legislatore nazionale l'utilizzo di concetti indeterminati ovvero di norme generali: nel caso specifico si trattava d'interpretare, alla luce dell'art. 5, par. 4, comma 2, lett. d)⁴³, della direttiva, una normativa nazionale, come quella dell'art. 106, comma 3, lettera d), n. 2), TUF e dell'articolo 47-*octies* del Regolamento emittenti, nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad aumentare l'offerta pubblica di acquisto, di cui all'art. 106 TUF, qualora ricorra la circostanza che «vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo

⁴¹ Per più ampi riferimenti, sia consentito un rinvio al mio *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 9 ss. In tema, v. E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017.

⁴² Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto. La direttiva è stata recepita attraverso il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229, cui successivamente ha fatto seguito il d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146, volto ad integrare e correggere il precedente decreto attuativo. La disciplina di riferimento è contenuta nel TUF all'interno della Parte IV, Titolo II, Capo II, Artt. 101-*bis* – 112.

⁴³ «Nel rispetto dei principi generali contenuti nell'articolo 3, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare le autorità di vigilanza a modificare il prezzo di cui al comma precedente in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati. A tale scopo, possono redigere un elenco di circostanze nelle quali il prezzo massimo può essere modificato, verso l'alto o verso il basso, come ad esempio se il prezzo massimo è stato concordato tra l'acquirente ed un venditore, se i prezzi di mercato dei titoli in oggetto sono stati manipolati, se i prezzi di mercato in generale o in particolare sono stati influenzati da eventi eccezionali, o per permettere il salvataggio di un'impresa in difficoltà. Possono altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio il valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziari».

e uno o più venditori», senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto⁴⁴.

La risposta dei giudici lussemburghesi è particolarmente interessante, proprio nella traiettoria di una riflessione sulla teoria dell'interpretazione: secondo la Corte europea, non è precluso l'utilizzo di concetti indeterminati o astratti, però a una sola condizione: che essi siano in grado di descrivere con certezza le circostanze applicative – sulla base del processo interpretativo condiviso – e, pertanto, individuabili *ex ante*. A condizione quindi che la loro concretizzazione non sia rimessa ad un processo interpretativo *ex post*, perché evidentemente nella materia dei mercati finanziari la conoscibilità *ex ante* è una regola fondamentale dell'efficienza, della legittimità, della legalità, del funzionamento del mercato⁴⁵.

Con questo ho provato a dare una risposta al secondo punto: credo che ci siano molti argomenti per sostenere che il processo interpretativo che riguarda il codice civile consegna all'interprete una discrezionalità obiettivamente differente, oltre a essere diversamente governata, rispetto all'interpretazione dei mercati regolati, ove l'attività ermeneutica è vagliata dalla Corte di Lussemburgo con riguardo all'interpretazione delle norme di derivazione europea.

6. *Fattispecie settoriali e interpretazione estensiva*

Terzo punto: ci si riferisce alle medesime regole generali quando si discute della disciplina del codice civile e della disciplina dei mercati regolamentati?

Una risposta a siffatto interrogativo è contenuta in un contributo di Thomas Ackermann, che attiene alla tensione sistematica che si determina per

⁴⁴ Corte giust. UE, C-206/16, *Marco Tronchetti Provera SpA e altri c. Consob*, 20 luglio 2017. L'indirizzo interpretativo trova conferma in Corte giust. UE, cause riunite C-655/16 e C-656/16, *Hitachi Rail Italy Investments Srl e Finmeccanica SpA c. Consob*; Corte giust. UE, cause riunite C-654/16, C-657/16 e C-658/16, *Amber Capital Italia Sgr SpA e altri c. Consob*, 11 gennaio 2018.

⁴⁵ Corte giust. UE, C-206/16, cit., par. 48: “[...] l'articolo 5, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/25 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che consente all'autorità nazionale di vigilanza di aumentare il prezzo di un'OPA in caso di «collusione» senza precisare le condotte specifiche che caratterizzano tale nozione, a condizione che l'interpretazione della suddetta nozione possa essere desunta da tale normativa in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno”. Sui “metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno”, v. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, con nota di S. DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, p. 295 ss.

l'intersezione del diritto privato generale e del diritto europeo⁴⁶. L'autore di quelle pagine innanzitutto esordisce citando Niklas Luhmann, ricordando che il sistema è *insieme* e lo strumento e l'oggetto dello studio del giurista, quindi, in un certo senso, il pensiero sistematico è al contempo sia il metodo sia ciò su cui insiste l'analisi. Dunque, posto che gli obiettivi del sistema sono la coerenza e la prevedibilità, occorre domandarsi se, quando si guarda ai settori regolati dalla disciplina unionista nel rispetto degli obiettivi politici del Trattato, si debba utilizzare la prospettiva del diritto europeo ovvero il punto di vista degli ordinamenti domestici⁴⁷. Si tratta evidentemente di punti di osservazione molto diversi. Quando si discorre delle norme generali con riguardo ai mercati regolamentati, sovengono principi quali la parità di trattamento e la non discriminazione, nonché regole correlate all'accesso al mercato e all'individuazione di obblighi di prestazione o di *standard* qualitativi. Si tratta di elementi che, mi preme ripetermi, sono estranei alla *ratio* e ai presupposti delle norme del codice civile.

Qui, raccogliendo uno spunto di Mario Libertini, può emergere un interrogativo che ritengo sia necessario formulare, ovvero se e in che misura sia possibile un'interpretazione analogica o generalizzante delle regole di settore, in ragione del fatto che esse realizzano il precetto dell'utilità sociale previsto dall'art. 41 comma 2 della Costituzione⁴⁸.

Provo a fare un'esemplificazione per dare concretezza al discorso.

Come è noto, uno degli illeciti tipici dei mercati finanziari è la manipolazione del mercato, configurabile in caso di diffusione di notizie false, di realizzazione di operazioni fittizie, ovvero di altre condotte in grado di alterare il prezzo di strumenti finanziari⁴⁹.

Una fattispecie analoga è tuttavia oggi prevista anche nel mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, secondo quanto indicato dall'art. 5 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (c.d. "REMIT", cui è stata data attuazione in Italia con la legge 30 ottobre 2014, n. 161), che sanziona l'adozione di pratiche abusive capaci di influenzare gli scambi di energia e il corso dei valori nei mercati all'ingrosso, e dall'art. 2, comma 2, n. 2 del medesimo Regolamento, che offre

⁴⁶ T. ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, in ZEuP, 2018, p. 741 ss.

⁴⁷ Sul tema si vedano i saggi contenuti in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. e in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit.

⁴⁸ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 50 ss.

⁴⁹ L'illecito è stato introdotto dall'art. 187-ter TUF, così come riformato dal d.lgs. n. 107/2018, in conformità con l'art. 15 del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato. V. S. VINCENZI, *Abusi di mercato*, in ID., M. ZANCHETTI-A. ZOPPINI, *Market Abuse Regulation. Le nuove regole sugli abusi di mercato*, Roma, 2016, p. 45 ss.

profili definitori dell'illecito⁵⁰. Secondo tale ultima disposizione per “manipolazione del mercato” s'intende la conclusione di contratti o altre operazioni i) che forniscano, o siano in grado di fornire, indicazioni false in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo dei prodotti energetici all'ingrosso; ii) che fissino, ovvero consentano di fissare, il prezzo di mercato di uno o più prodotti energetici all'ingrosso a un livello fittizio, senza adeguata giustificazione; iii) che siano idonee, mediante artifici o raggiri, ad inviare segnali falsi o tendenziosi riguardanti l'offerta, la domanda o il prezzo di prodotti energetici all'ingrosso.

Inoltre, il ‘ponte’ concettuale tra la disciplina dei mercati finanziari e dei mercati elettrici all'ingrosso emerge già dall'art. 1 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (c.d. “REMIT”), il quale, al primo comma stabilisce l'obiettivo della coerenza dei divieti di pratiche abusive capaci di influenzare i mercati dell'energia all'ingrosso con le regole di applicazione dei mercati finanziari, seppur in considerazione delle specificità del mercato dell'energia all'ingrosso. In sostanza, salva la differente cornice giuridico-economica, le due fattispecie paiono effettivamente sovrapponibili ed orientate al medesimo fine della tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato⁵¹.

Occorre allora verificare se dal coordinamento di queste disposizioni possa emergere una regola generale che condanna la manipolazione a prescindere dal mercato specifico di riferimento e dalle fattispecie che espressamente lo prevedono. Se così fosse potremmo ipotizzare un illecito di carattere generale che consiste nella manipolazione del mercato e che ha come presupposto la tutela della *integrità* del mercato (e che si affianca alle tutele di tipo individualista dei vizi della volontà, e ai rimedi della causa, qual è la rescissione, ove essa non si ritenga del tutto assorbita dall'usura reale).

A sostegno della possibilità di costruire un illecito consistente nella manipolazione del mercato può innanzitutto evidenziarsi l'irragionevolezza di una soluzione contraria, che ne limiti l'applicabilità alle sole contrattazioni nei mercati dell'energia elettrica e del gas o degli strumenti finanziari. Alla soluzione affermativa si giunge altresì se si analizza il problema dalla prospettiva del diritto privato regolatorio, che autorizza l'analogia tutte le volte in cui la regola è coerente nel dare risposta a un simile problema di fallimento del mercato⁵².

Vi è poi da considerare che costituisce un principio di ordine pubblico la tutela dell'integrità del mercato, conestato da plurime disposizioni normative

⁵⁰ A. ZOPPINI, *La regolazione dei contratti di vendita all'ingrosso e dei contratti “finanziari”*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 65 ss.

⁵¹ Si v. altresì l'art. 6 del “REMIT” che attribuisce alla Commissione europea la possibilità di adottare atti delegati al fine di adeguare le nozioni di “manipolazione del mercato” e di “tentata manipolazione del mercato” al mercato finanziario e al mercato energetico all'ingrosso.

⁵² A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.

che colpiscono gli abusi di autonomia negoziale⁵³. In sintesi, la *ratio* del divieto e la sua sussumibilità nell'alveo delle condotte *antitrust* consentono di estendere la disciplina della manipolazione del mercato ad altri settori di mercato, a prescindere dalla qualifica soggettiva delle parti.

Dunque, pur trovandoci dinanzi a regole e traiettorie interpretative molto diverse, non può escludersi che, valorizzando il precetto dell'utilità sociale contenuto nell'art. 41 della Costituzione, ad alcune fattispecie settoriali si possa attribuire una valenza generale e una capacità espansiva al di là dell'ambito specifico nel quale sono state disciplinate (allora riscrivendo o sovrascrivendo le norme del codice civile).

7. *Regolazione del mercato e dialettica pubblico-privato*

Vengo al quarto punto e provo a trarre delle conclusioni e a svolgere qualche considerazione di natura sistematica, senza sperare che possano andare a beneficio di un futuro legislatore impegnato nella riforma del Codice.

La primissima considerazione riguarda il fatto che, come di tutta evidenza, il diritto privato sorge sulla netta divisione tra Stato e società civile, mentre molto di quanto ho sinora evidenziato dimostra che diritto privato e diritto pubblico, come dice un libro molto noto di Schmidt-Assmann, sono ormai sistemi di regole interscambiabili⁵⁴. Gli obiettivi conseguibili con una regolazione privatistica spesso sono conseguibili anche attraverso regole di diritto pubblico⁵⁵.

Un esempio di quanto sto dicendo è quello che si è verificato nel settore dell'energia elettrica con riguardo ai cosiddetti sbilanciamenti⁵⁶. All'interno del mercato dell'energia elettrica, ad un singolo operatore è attribuita la competenza esclusiva in merito all'organizzazione del servizio dispacciamento. In

⁵³ D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 67 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 539 ss.

⁵⁴ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht: ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze* in W. HOFFMAN-RIEM, ID. (a cura di), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 41 ss.

⁵⁵ Ad es. v. in tema di sostenibilità le condivisibili osservazioni di G. STRAMPELLI, *Can BlackRock Save the Planet? The Institutional Investors' Role in Stakeholders Capitalism*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3718255, disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3718255>.

⁵⁶ R. ALESSI, *Distribuzione di energia elettrica e oneri di sbilanciamento: un caso emblematico di difficile compatibilità tra diritti dei consumatori e regole di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 701 ss.

tale sede, l'impresa di dispacciamento riceve le offerte dei privati in grado di sostenere fisicamente la richiesta del mercato (c.d. "unità abilitate"), stipulando con questi ultimi un apposito contratto ove viene stabilita la quantità precisa di energia che gli operatori devono immettere o prelevare dalla rete, di cui Terna è gestore⁵⁷. Nessuno aveva in origine pensato, né il regolatore né chi ha redatto i contratti quadro attuativi, che ci potessero essere comportamenti opportunistici da parte di operatori che intenzionalmente realizzano sbilanciamenti rispetto al contratto di dispacciamento stipulato con Terna, prelevando maggiori quantità di energia ovvero immettendone minori, al fine di trarne un lucro come se si trattasse di un contratto derivato speculativo⁵⁸. È un caso che invoca un'interpretazione integrativa del contratto e sistematica della disciplina di riferimento: all'interno dei regolamenti contrattuali del settore, di regola non sono previste limitazioni, sicché, in assenza della regola, il comportamento opportunistico potrebbe essere permesso. Tale possibilità, tuttavia, appare contraria al modello di assicurazione di un sistema energetico – dicono le norme – efficiente e bilanciato.

Allora quali sono le prospettive teoriche all'interno delle quali inscrivere questa vicenda?

Abbiamo due sistemi di riferimento: di questi temi se ne occupano, infatti, sia pubblicisti sia privatisti, ciascuno con le proprie sensibilità. Per il pubblicista l'accordo di dispacciamento è un contratto di diritto pubblico e dunque, se c'è una violazione della regolazione eteronoma, bisogna ricostruire la regola violata e sanzionare il comportamento abusivo. Ne consegue che il contratto resta il contratto che conosciamo, mentre ciò che cambia è soltanto la cornice

⁵⁷ Il mercato elettrico è stato istituito in Italia con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, nell'ambito del processo di recepimento della direttiva comunitaria sulla creazione di un mercato interno dell'energia (Dir. 96/92/CE, successivamente abrogata dalla Dir. 2003/54/CE). Il settore è stato oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore unionista, con gli obiettivi dichiarati di attrarre investimenti, fornire incentivi ai consumatori e favorire la produzione di energie rinnovabili. Da ultimo, nel giugno 2019 è stato adottato il c.d. "quarto pacchetto energia", composto dalla Dir. 2019/944/UE, dal Reg. 2019/943/EU, dal Reg. 2019/941/EU e dal Reg. 2019/942/UE sull'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER). Per una più ampia analisi circa la struttura e il funzionamento di tale mercato si rinvia ad A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. II, Torino, 2005, p. 233 ss., e ai saggi contenuti in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia 2013. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013.

⁵⁸ Le condotte opportunistiche degli operatori che non rispettano l'accordo stipulato con Terna comportano difatti un incremento del corrispettivo di approvvigionamento delle risorse nel servizio di dispacciamento (c.d. corrispettivo *uplift*), con evidenti conseguenze negative sull'utente finale, su cui ricadono i costi del servizio. Di qui, l'intervento dell'Autorità di settore, che, per un verso ha operato una riforma generale della disciplina degli sbilanciamenti (con le delibere AEEGSI 368/2013/R/eel, 163/2015/R/eel, 316/2016/R/eel e 444/2016/R/eel); per l'altro, ha adottato provvedimenti prescrittivi e sanzionatori nei confronti dei soggetti responsabili delle condotte abusive.

pubblicistica di riferimento⁵⁹.

Vi è però anche una lettura privatistica, secondo cui il contratto di dispacciamento costituirebbe un tipico esempio delle problematiche rivenienti dal diritto privato regolatorio, perché in questo caso il modello della regolazione modifica la disciplina offerta dal diritto privato generale, che viene adeguata e funzionalmente orientata a soddisfare non solo interessi individuali, ma anche interessi generali, legati al corretto ed efficiente funzionamento del mercato⁶⁰.

Non vi sorprenderà che, avendo allo stato questa alternativa, il Tar della Lombardia, che è competente funzionale in materia di energia, abbia scelto evidentemente la prima strada. Ciò sul presupposto che il mercato del dispacciamento non è liberamente creato dai contraenti, ma dall'azione dell'Autorità dell'energia (ARERA), al fine di tutelare la concorrenza e l'utente finale. Pertanto, l'esecuzione del contratto, nella ricostruzione del Giudice amministrativo, assume rilievo sia dal punto di vista negoziale sia con riguardo all'erogazione del servizio, e "tale duplicazione della funzione svolta della medesima prestazione si giustifica per la necessità di riequilibrare le posizioni delle parti"⁶¹.

Occorre dunque sottolineare che entrambe le ricostruzioni, legittimando il ruolo dell'Autorità di settore e le istanze di correzione dei fallimenti prodotti dagli sbilanciamenti, fanno registrare una coincidenza finalistica verso gli obiettivi di tutela del mercato. Con una significativa differenza perché nell'uno la regola pubblicistica sovrascrive il diritto dei privati; nell'altra, è il diritto privato che va tipologicamente ripensato e adattato in relazione alla funzione regolatoria assolta dal contratto.

8. Conclusione

Cosa ci avrebbe detto Lina Bigliazzi con riguardo agli argomenti sin qui delineati? Io avrei ancora una volta confidato nella sua bontà e nel suo affetto, che però si accompagnava talora a critiche molto pungenti e stimolanti. Il dialogo e la critica ci aiutano ad assolvere e ad aspirare a un'idea alta del nostro

⁵⁹ Tale ricostruzione è prospettata da A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, p. 161 ss.

⁶⁰ Sul punto, D. SIMEOLI, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. IX*, Torino, 2015, p. 94 ss. Il rapporto tra contratto e autorità indipendenti è diffusamente trattato anche da C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018 e C. SOLINAS, *Il contratto "amministrato". La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018.

⁶¹ T.A.R. Milano-Lombardia, n. 2101/2018, con nota di T. SICA, *Il ruolo del contratto di dispacciamento di energia elettrica nel mercato regolato*, in *Giur. it.*, 2019, p. 810 ss. Tale orientamento è piuttosto consolidato. In senso conforme, T.A.R. Milano-Lombardia, nn. 895, 897, 898, 918/2018.

ruolo di dottori del diritto, che è quello di garantire e preservare la coerenza e la prevedibilità del sistema.