

GIORNATE DI STUDIO DEGLI AFFARI GIURIDICI

DELL'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA IL GAS E IL SISTEMA IDRICO

SECONDA GIORNATA – LA TUTELA DEL CREDITO NEL DIRITTO DELL'ENERGIA

MILANO, 7 LUGLIO 2014

Alessandro D'Adda*

L'AUTOTUTELA DEL CREDITORE NEL MERCATO DELL'ENERGIA E DEL GAS: I LIMITI ALL'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa: la morosità del mercato dell'energia e del gas e gli interventi normativi dell'AEEG – 2. Tutela del credito e regolazione: di taluni conflitti potenziali – 3. Disciplina della morosità nel mercato dell'energia ed eccezione di inadempimento – 4. Legittimità della disciplina che limita la sospensione della fornitura (e quindi i rimedi ex art. 1460 e 1565 c.c.): i poteri dell'AEEG – 5. (segue) I limiti all'exceptio: di alcune conferme “di sistema” – 6. La ricerca di un (difficile) equilibrio – 7. I clienti non disalimentabili – 8. Quando l'eccezione di inadempimento non è per sua natura esercitabile: cenni al sistema indennitario.

1. Premessa: la morosità nel mercato dell'energia e del gas e gli interventi normativi dell'AEEG

La consistenza assunta dal fenomeno dell'inadempimento degli utenti agli obblighi discendenti dai contratti di somministrazione⁽¹⁾ del gas e dell'energia elettrica ha, nell'ultimo decennio, indotto in più occasioni il regolatore ad intervenire sulla materia.

Diversi, e di non agevole contemperamento, sono però gli interessi in conflitto che l'AEEG è stata chiamata a conciliare.

E' infatti evidente, per un verso, che i somministranti mirano ad avere piena disponibilità, quanto meno, degli ordinari strumenti di reazione all'inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive; d'altro lato, nel nostro caso, gli utenti sono “consumatori” di servizi essenziali, e la circostanza potrebbe indurre una qualche cautela nel considerare operanti senza limiti rimedi drastici come quelli che comportano, in autotutela, la interruzione della somministrazione (magari in fattispecie in cui il cliente finale non paghi perché contesta i criteri di calcolo adottati in fattura).

* Ordinario di Diritto privato. Università Cattolica di Milano.

⁽¹⁾ Il tipo negoziale di riferimento è qui quello della somministrazione, sebbene sovente, talora anche nei provvedimenti dell'AEEG, i somministranti sono qualificati come “esercenti la vendita di gas o di energia”.

Inoltre, anche le diverse categorie di operatori del mercato del gas e dell'energia – ove a seguito della liberalizzazione del settore ⁽²⁾ le figure del somministrante e del distributore sono oggi, *ex lege*, distinte – si rivelano portatrici di interessi sovente confliggenti al riguardo: in particolare, a fronte della morosità del somministrato, all'interesse del fornitore di attivare ogni rimedio, specie in autotutela, idoneo ad assicurare l'adempimento del cliente finale, si contrappone quello del distributore, che, provvedendo materialmente ad assicurare la somministrazione, è gravato della “fisica” *mise en oeuvre* delle attività funzionali alla sospensione della fornitura.

Ma non è tutto. Il problema dell'operatività dell'eccezione di inadempimento nel mercato dell'energia si pone pure in diversa prospettiva: è quel che accade nei casi in cui l'utente finale si avvalga strumentalmente del proprio diritto allo *switching* verso un nuovo somministrante lasciando impagate le ultime fatture del fornitore uscente; il quale, però, sciolto il contratto, perde la disponibilità dei rimedi sinallagmatici ai fini della tutela del proprio credito. Proprio con riguardo a tali ipotesi il regolatore si è di recente impegnato a costruire un dispositivo in grado di soddisfare le aspettative del creditore oramai privato dei rimedi in autotutela, cercando anche qui di calibrare gli interessi di una pluralità di soggetti e di operatori: fornitori uscenti da garantire, venditori entranti (potenzialmente gravati da detta garanzia), distributori (si allude al c.d. sistema indennitario nel settore dell'energia elettrica, introdotto con la deliberazione ARG/elt/191/09) ⁽³⁾.

A fronte dei conflitti sinteticamente tratteggiati, il regolatore ha inteso dotare il settore di una serie di strumenti volti a gestire il fenomeno della morosità assicurando una soddisfazione (che vorrebbe essere) equilibrata dei contrapposti interessi in gioco.

Diversa è però la natura delle tecniche adottate, che taluno ⁽⁴⁾ ha voluto inquadrare in due grandi modelli: quello, *prima facie* più ortodosso, che recepisce nel settore del mercato dell'energia, *adattandoli* ⁽⁵⁾, rimedi già conosciuti dal diritto comune dei contratti. Quello, più creativo, dell'elaborazione di meccanismi di salvaguardia del credito non privi di connotazioni pubblicistiche e, comunque, innovativi e del tutto peculiari al settore in esame.

⁽²⁾ Con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 92, di recepimento della direttiva 96/92/CE (per l'energia elettrica); e poi con il d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164 di attuazione della direttiva 98/30/CE (per il gas naturale).

⁽³⁾ Nel testo si fa riferimento al problema della morosità dell'utente finale, oggetto di indagine in questa sede; gli interessi in gioco si modulano invece diversamente – e richiedono soluzioni tecniche diverse – nei casi in cui l'inadempimento non abbia riguardo al contratto di somministrazione, bensì al contratto di distribuzione; in relazione al quale a rivelarsi moroso potrebbe, questa volta, essere proprio il fornitore che si avvale dei servizi di distribuzione per raggiungere il proprio cliente finale somministrato. Al riguardo speciali soluzioni sono individuate dal regolatore con la deliberazione 138/04/gas: sul punto si veda GITTI, *Strutture contrattuali nei mercati del gas naturale*, in *Il nuovo mercato del gas naturale*, *Atti della prima giornata di Studi degli Affari giuridici dell'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico* (20 gennaio 2014), in www.autorita.energia.it/eventi/studigiuridici.htm, p. 19); M. Q. SILVI, *Tipi regolatori per la tutela del credito nei mercati dell'energia*, in corso di pubblicazione, p. 11 del dattiloscritto cortesemente reso disponibile dall'Autore.

⁽⁴⁾ M. Q. SILVI, *Tipi regolatori per la tutela del credito nei mercati dell'energia*, cit., p. 5, che rileva come gli interventi del primo tipo (“attuativo”) trarrebbero in linea di massima legittimità dalla corrispondenza con un modello di tutela tipizzato, mentre qualche maggiore problema potrebbe porre l'adozione di tecniche di gestione del “rischio credito” più eccentriche rispetto ai modelli consolidati (definite di tipo “creativo”).

⁽⁵⁾ In caso contrario non si intenderebbe in via logica una loro speciale regolazione.

Esempio del primo tipo di tecnica d'intervento sarebbe proprio la regolazione, da parte dell'AEEG, delle modalità di esercizio dell'eccezione di inadempimento, legittimata in via generale dall'art. 1460 c.c. (nonché dall'art. 1565 c.c. con riferimento al contratto di somministrazione).

Si colloca invece nel secondo dei modelli delineati il c.d. sistema indennitario, che trasferisce dal vecchio al nuovo fornitore il rischio dell'insolvenza dell'utente moroso che abbia opportunisticamente esercitato il proprio diritto di *switching* verso un nuovo venditore.

Specie quest'ultima scelta è stata oggetto di rilievi critici (ed anche di iniziative giudiziali innanzi al giudice amministrativo) da parte di taluni operatori, che hanno in radice contestato la legittimità – sul piano del sistema delle fonti del diritto – di un intervento del regolatore considerato fortemente eccentrico rispetto all'assetto ordinario degli strumenti di tutela del credito, ed in ogni caso confliggente con l'autonomia negoziale.

Ma anche gli interventi del primo tipo necessitano di una verifica (insieme di legittimità e di efficienza), cui dedicheremo larga parte di questo lavoro. E' invero evidente che disciplinare un rimedio, ma per correggerlo e limitarne l'area operativa, è scelta che, in primo luogo, deve trovare legittimazione sul piano dei poteri regolatori; e che, poi, impone un'attenta verifica in termini, questa volta più sostanziali, di tenuta sistematica e di efficienza degli esiti operativi generati.

La “sterilizzazione” dell'eccezione di inadempimento nei contratti di somministrazione pone infatti a carico del somministrante il rischio del credito non solo con riguardo ai corrispettivi già dovuti dal cliente ma pure in ordine a quelli relativi a prestazioni successive (che andranno a maturarsi fino, appunto, alla effettiva sospensione della fornitura) ⁽⁶⁾; e preclude l'operatività di uno strumento dalle inequivoche potenzialità preventive dell'altrui inadempimento.

2. Tutela del credito e regolazione: di taluni conflitti potenziali

Gli strumenti operativi che, nel mercato dell'energia, costituiscono esercizio dell'eccezione di inadempimento sono la sospensione e l'interruzione (come vedremo si tratta di tecniche non coincidenti) della somministrazione di gas e di energia.

Molteplici sono le delibere dell'AEEG che hanno regolato tali strumenti: in particolare per il mercato dell'energia elettrica si segnala la delibera ARG/elt/4/2008; quanto invece al mercato del gas naturale, una disciplina di dettaglio si rinviene oggi nel c.d. TIMG (Testo integrato morosità gas) introdotto con la deliberazione ARG/gas/99/2011 ed oggetto di recenti modifiche, proprio con riguardo ai nostri problemi, da parte delle deliberazioni 533/2013/R/gas ed 84/2014/R/gas.

Il presupposto delle scelte regolatorie in punto di sospensione od interruzione della fornitura si radica nella conformazione “strutturale” dei servizi di rete, trovando ragione nelle peculiarità del sistema di distribuzione di gas ed energia elettrica; come noto, la legge di liberalizzazione impone infatti la c.d. segregazione delle attività di

⁽⁶⁾ Sul punto cfr. M. RICCI, *Gli strumenti per la tutela del credito e la concorrenza*, in *La tutela del credito nel diritto dell'energia*, in *Atti della seconda giornata di Studi degli affari giuridici dell'AEEGSI*, in www.autorita.energia.it/eventi/studigiuridici.htm, p. 19.

trasporto e distribuzione da quelle di vendita; con l'effetto di un necessario intervento del distributore – come per la materiale somministrazione così anche per la sospensione della stessa – ai fini della esecuzione delle attività in cui si declina l'eccezione di inadempimento ⁽⁷⁾.

In questo quadro – e qui sta il problema – l'attività “fisica” di chiusura del punto di riconsegna al cliente finale (lo strumento più naturale di sospensione della fornitura) può però rivelarsi gravosa (molto meno, ovviamente, quando il misuratore sia controllabile mediante sistemi di comando a distanza) per il distributore: in ragione del numero eccessivo delle richieste di intervento a cui non è in grado di fare fronte; ovvero a causa della struttura della rete locale che accede al punto di prelievo. Peraltro, nel caso in cui il misuratore al punto di prelievo non sia liberamente accessibile (perché collocato nei locali di privata proprietà del cliente e non “gestibile” in via telematica) la sospensione mediante chiusura del punto di prelievo potrebbe rivelarsi non praticabile: in tale caso il distributore deve porre in essere – sulla propria rete di distribuzione – attività ulteriori volte ad *interrompere* il flusso dalla rete al punto di prelievo; attività che possono rivelarsi complesse, e necessitare di particolare cura, anche allo scopo di non recare pregiudizio alla fornitura di altri utenti “prossimi” al cliente disalimentato.

Tali peculiarità di ordine tecnico, e le segnalate difficoltà che ne sono corollario, spiegano allora la scelta del regolatore di disciplinare nel dettaglio le modalità esecutive delle attività funzionali alla sospensione della fornitura, e quindi di controllare l'area di operatività del rimedio.

Prima di procedere ad una disamina analitica di tale disciplina, che ne consenta un corretto inquadramento sistematico ed una valutazione di congruità rispetto alle tecniche rimediali proprie dei rapporti sinallagmatici (nonché di ragionevolezza), si debbono però evidenziare le opzioni di fondo che l'hanno ispirata.

Tra di esse vi è, innegabilmente, una qualche *relativizzazione* dell'interesse del creditore all'adempimento (od alla salvaguardia del proprio diritto).

Certo, e viepiù a seguito degli interventi recenti del 2013 e del 2014, gli spazi per gli ordini di sospensione o di interruzione della fornitura non sono solo residuali.

Ma, innegabilmente, la disciplina rivela, al suo fondo, la reale preoccupazione del regolatore: quella appunto di evitare che la complessità tecnica dell'esecuzione fisica dell'ordine di sospensione finisca per rendere gravosa la posizione del distributore; e ciò nella convinzione – ben rilevabile nelle “motivazioni” dei provvedimenti dell'Autorità – che una sottovalutazione degli interessi delle società distributrici finirebbe per pregiudicare l'efficienza del complessivo sistema. Un accesso illimitato all'eccezione di inadempimento, secondo l'Autorità, finirebbe insomma per incidere sul prezzo finale dei servizi, destinato a lievitare per effetto dell'incremento dei costi (traslati sul venditore e poi sul cliente) sostenuti dal distributore per fare fronte ai maggiori oneri che dovrebbe sopportare per soddisfare qualsivoglia richiesta di sospensione della fornitura.

Esattamente in tale linea le recentissime delibere dell'AEEG 533/2013/R/gas ed 84/2014/R/gas – che pur hanno allargato l'area di operatività dell'*exceptio* – ribadiscono

⁽⁷⁾ Per indicazioni di maggiore dettaglio circa tali difficoltà di ordine tecnico, SILVI, *Tipi regolatori per la tutela del credito nei mercati dell'energia*, cit., p. 11 e s.

la necessità di contemperare i “*fini di tutela del (...) credito*” e gli interessi dei distributori, che “*dispongono di risorse e di personale che potrebbero non consentire di soddisfare contestualmente un eccessivo numero di richieste da parte dei venditori (...) senza un incremento dei costi e potenzialmente delle tariffe*”⁽⁸⁾. Per l’Autorità, proprio tale esigenza di contemperamento renderebbe ragionevole la previsione dei limiti all’esperimento di rimedi (avverso l’inadempimento) qui in esame.

Tuttavia, è la definizione del punto di equilibrio tra tali interessi eterogenei a rivelarsi cruciale: perché la evocata separazione tra attività di fornitura e di distribuzione nonché la struttura dei prezzi – il venditore paga il distributore e solo poi recupera i costi di distribuzione sull’utente finale – non genera alcun incentivo all’interruzione del servizio in capo al distributore⁽⁹⁾. Sicché la regolazione deve farsi carico certo della ragionevolezza dei costi di sospensione/interruzione, ma altresì di tale assenza di incentivi che finirebbe per lasciare pregiudicate le istanze di tutela del credito.

Su di un piano ulteriore è poi da aggiungere come gli interessi sin qui evocati (di venditori e distributori) non siano gli unici ad essere tenuti in conto dalla disciplina regolatoria in punto di morosità. Sottesa alle scelte del regolatore è anche, evidentemente, la considerazione degli interessi del somministrato, che nei contratti del mercato dell’energia accede a servizi *essenziali*, ed ha sovente lo *status* di consumatore.

E’ vero che dalla lettura dei “considerato” che motivano gli ultimi provvedimenti dell’Autorità – i cui compiti di regolazione non possono essere integralmente assorbiti da dinamiche meramente consumeristiche ma sono certo da esse influenzati – il dato resta, per così dire, qualche volta “sottotraccia”. Ma il rilievo della peculiare posizione dell’utente di servizi pubblici essenziali è nient’affatto estranea – né lo potrebbe essere, stante il tenore dell’art. 1 della l. 481/1995 – alle scelte limitatrici in discorso; in particolare spiega i pregnanti limiti all’applicazione del rimedio nei riguardi di clienti reputati *tout court* non disalimentabili.

Tali ultimi limiti – seppur modulandosi su contenuti eterogenei – non sono peraltro ignoti alla disciplina regolatrice del mercato dell’energia di altri ordinamenti comunitari: significativa è in particolare la disciplina della “tregua” invernale – che preclude l’interruzione della fornitura nei mesi più freddi – nel Regno Unito e più di recente, in Francia⁽¹⁰⁾; e nello stesso senso si spiegano quelle ulteriori misure calibrate sulla figura dell’utente finale vulnerabile, che tendono ad agevolare – regolamentando l’esercizio dell’eccezione – la posizione del cliente destinatario di tutele sociali⁽¹¹⁾.

Ma indaghiamo ora più nel dettaglio i contenuti della regolamentazione (limitativa) dell’eccezione di inadempimento nel nostro settore.

⁽⁸⁾ Così in particolare la Deliberazione 84/2014/R/gas, IV considerato, punto 1.

⁽⁹⁾ Sul punto v. anche RICCI, *Gli strumenti per la tutela del credito e la concorrenza*, cit., p. 19.

⁽¹⁰⁾ Con la c.d. *Loi Brottes* n. 312 del 15 aprile 2013, in attuazione della quale il decreto n. 2014/274 del 27 febbraio 2014 ha riformato la disciplina relativa “à la procédure applicable en cas d’impayés des factures d’électricité, de gas, de chaleur et d’eau” di cui al decreto 2088/780 (cfr. art. 5).

⁽¹¹⁾ Cfr. al riguardo anche RICCI, *Gli strumenti per la tutela del credito e la concorrenza*, cit., p. 21. In Francia si veda l’art. 115 -3 del *Code de l’action sociale et des familles* che tutela il consumatore che dia prova delle proprie difficoltà economiche ed abbia diritto di beneficiare dell’assistenza sociale.

3. Disciplina della morosità nel mercato dell'energia ed eccezione di inadempimento

Come si diceva, il TIMG (Testo integrato morosità gas) ⁽¹²⁾ contempla una disciplina analitica inerente “*la regolazione dei servizi di vendita e distribuzione nei casi di morosità dei clienti finali*” che, quanto ai nostri problemi, regola in particolare la *disalimentazione dei punti di riconsegna*, effetto che può essere conseguito mediante strumenti tecnici diversi (la chiusura del punto di riconsegna; in difetto, l'interruzione del flusso della somministrazione) ma che tutte rappresentano la modalità di esercizio, nel nostro settore, della *exceptio inadimpleti contractus*.

Al riguardo, per un verso, il regolatore assume la necessità di una collaborazione del distributore a fronte delle richieste di sospensione provenienti dal fornitore vittima della morosità del cliente finale; e, per superare l'assenza di incentivi per l'impresa distributrice alla sospensione della somministrazione, prevede in capo a quest'ultima obblighi a fare fronte alle istanze di sospensione pervenute dal fornitore. In termini strettamente civilistici, il regolatore impone pertanto taluni contenuti al contratto di distribuzione prevedendo, quale effetto legale della stipulazione del medesimo, l'obbligo ad assicurare la sospensione, e quindi l'esercizio dell'eccezione di inadempimento, in capo al distributore.

Però, disciplinando detti vincoli gravanti sul distributore, il TIMG – nel quadro del bilanciamento tra interessi sopra evocato – ne limita la portata, al fine di evitare che un incontrollato esercizio dell'eccezione abbia ricadute negative sull'efficienza del funzionamento complessivo della rete.

Il regolatore stabilisce così che taluni punti di riconsegna (e quindi taluni clienti finali) non siano *tout court* disalimentabili per ragioni di interesse pubblico (v. infra § 7).

Quanto invece ai punti di riconsegna che possono essere disalimentati per causa di morosità, il regolatore – e qui sta il punto – pone significative limitazioni alla “disconnessione”.

Un primo ordine di “restrizioni” è di carattere procedimentale ed è analiticamente delineato, nel settore del gas, dall'art. 4 TIMG ⁽¹³⁾. A tale stregua, prima di attivare la richiesta di disalimentazione, il cliente finale deve essere costituito in mora nel rispetto di termini (e di modalità) analiticamente determinati nella misura minima ⁽¹⁴⁾.

Ciò allo scopo di evitare esercizi “abusivi” dell'eccezione di inadempimento sproporzionati rispetto all'inadempimento dell'utente – che dopo la messa in mora potrebbe essere indotto a sanare la propria esposizione per salvare il rapporto di somministrazione – in qualche modo precisando e dando veste normativa a quei limiti

⁽¹²⁾ Per il settore dell'energia elettrica dispone il titolo II (artt. 3-10 *bis*) dell'allegato A alla deliberazione ARG/elt/4/08 (e successive modifiche).

⁽¹³⁾ Vedi anche, nel settore dell'energia elettrica, gli artt. 3 e 4 della deliberazione ARG/elt/4/08.

⁽¹⁴⁾ La violazione di tali prescrizioni è peraltro sanzionata con la previsione di un diritto di indennizzo a favore del cliente che sia stato disalimentato nell'inosservanza di tali “preavvisi”, che neppure può evidentemente essere gravato dei costi relativi alla sospensione e/o alla riattivazione della fornitura.

all'esercizio dell'eccezione di inadempimento che, in via generale, la giurisprudenza fonda sulla clausola di buona fede (talora pure evocando l'*exceptio doli*)⁽¹⁵⁾.

Ma i limiti più penetranti all'autotutela del creditore stanno altrove e hanno riguardo: (i) alla previsione di un ammontare massimo di richieste di *chiusura del punto di riconsegna* per morosità dell'utente; (ii) alla subordinazione dell'*interruzione dell'alimentazione del punto di riconsegna* (tecnica come visto attivabile quando la chiusura del punto non risulti possibile) ad una verifica di fattibilità economica che tenga conto dei costi che il distributore deve assumere per "isolare" la rete dal punto di consegna "moroso". Sovente la morosità di settore ha infatti riguardo a corrispettivi dall'ammontare non particolarmente cospicuo: e la circostanza, se per un verso dovrebbe indurre a rafforzare l'accesso ai rimedi in autotutela (rimedi diversi e "successivi" potrebbero rivelarsi antieconomici rispetto ai crediti attivati), dall'altro non giustificerebbe sospensioni di forniture laddove praticabili solo mediante interventi sulla rete che potrebbero rivelarsi difficoltosi (rischiando finanche di pregiudicare la fornitura ad altri utenti) e comunque onerosi.

Tirando le fila del discorso, il regolatore per un verso ha imposto al distributore di assecondare le richieste di disalimentazione dell'utente moroso; nel contempo ha però previsto significative restrizioni nell'accesso al rimedio. Un siffatto dispositivo assicurerebbe quel temperamento tra tutela del credito ed equilibrio del sistema della distribuzione programmaticamente invocato dall'AEEG nella nostra materia.

Si rende però necessaria, a questo punto, una valutazione delle scelte operate dall'Autorità.

4. Legittimità della disciplina che limita la sospensione della forniture (e quindi i rimedi ex art. 1460 e 1565 c.c.): i poteri dell'AEEG

Andando con ordine, si deve in primo luogo verificare la legittimazione dell'AEEG a regolare, con proprie deliberazioni, le modalità esecutive della sospensione ovvero dell'interruzione della somministrazione.

Il rango di fonte secondaria⁽¹⁶⁾ proprio degli atti dell'Autorità impone infatti di sincerarsi della "copertura", da parte della legge, della disciplina regolatoria.

In altri termini, atteso che, nonostante opinioni diverse, non si può ritenere che il regolatore – quale "*forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza*"⁽¹⁷⁾ – possa direttamente realizzare forme di intervento

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. infra § 5.

⁽¹⁶⁾ Secondo opinione del tutto prevalente in dottrina e comunque accolta dalla giurisprudenza: v. Cass. (ord), 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 3013, 603 e ss.; Cass. 13 luglio 2012, n. 11992, in *Guida al diritto*, 2012, 37, 67; Cass. 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro it.*, 2012, I, 870 e ss.; Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giur.it.*, 2012, 1559. Ma sul problema, e sul prospettarsi di possibili qualificazioni alternative circa il rango delle disposizioni dell'Autorità cfr. L. DI BONA, *Potere normativa delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 84 e ss.

⁽¹⁷⁾ Così F. MERUSI, *Il potere normativo della autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 48. Ma per un orientamento non dissimile v. anche NAPOLITANO – ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 137, per cui l'intervento del regolatore presupponendo un "*fallimento del mercato*" opera "*all'interno della garanzia di interessi essenzialmente privati*"; GITTI, *Autorità indipendenti*,

pubblico sull'economia (che nel nostro caso si traduce nell'integrazione cogente del contratto) che sarebbero così sottratte alla riserva di legge ex art. 41 Cost., si tratta di intendere se nel nostro caso sussista una norma primaria – e quali contenuti essa debba avere – che giustifichi l'esercizio dei poteri regolatori nei termini qui in questione.

Non è evidentemente questa la sede per ripercorrere, *funditus* ed in prospettiva di contribuzione critica, il dibattito in tema di potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e delle modalità con cui la legge deve conferire tale potestà al regolatore.

Basti ricordare come in proposito si fronteggino una posizione restrittiva, che subordina l'esercizio di siffatti poteri normativi ad una delega il più possibile analitica e di dettaglio da parte del legislatore⁽¹⁸⁾; ed una – più duttile e che mi pare preferibile – che rileva come il senso stesso della “normazione” tecnica e “specializzata” della autorità indipendente sarebbe, nella prima prospettiva, compromessa, attesa l'impossibilità per la legge ordinaria di attingere contenuti così specialistici e settoriali come quelli oggetto della disciplina regolatoria. Pur restando evidentemente ferma la necessità che l'attività di regolazione sia coerente con le scelte normative che delineino “*i fini dell'intervento regolatorio, le situazioni soggettive dei privati, la struttura (...) del mercato interessato*”⁽¹⁹⁾ e che la base legislativa sia “adeguata”⁽²⁰⁾, non esaurendosi nella generica delega di funzioni regolatorie (in quanto “l'indicazione di scopi” non crea “poteri nuovi e innominati”⁽²¹⁾)).

Ora, alla stregua di tali canoni sembra arduo ritenere che l'Autorità non possa disciplinare le modalità di sospensione della somministrazione di energia elettrica e gas.

Invero non solo la disciplina qui in esame sembra coerente con le finalità della legge 481 del 1995 istitutiva dell'AEEG, di garantire la promozione dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità.

contrattazione collettiva, singoli contratti, cit., p. 106. Per N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 163, i regolamenti delle Autorità, “spesso adottati in assenza di precisi indirizzi legislativi a monte” finirebbero “di fatto per acquistare “la natura di fonti di rango primario, capaci dunque di modificare norme dispositive di legge”. Evoca una “funzione costituzionale della potestà regolamentare dell'AEEG” che, par di capire, sembrerebbe addirittura conferire un rango “subcostituzionale” agli atti dell'Autorità, A. MUSTO, *La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 665.

⁽¹⁸⁾ Per quest'impostazione, N. BASSI, *Principio di legalità e potrei amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 149 e ss.; 257 e ss.; in tale linea la giurisprudenza del Tar Lombardia: v. ad esempio Tar Lombardia Milano, 14 marzo 2013, n. 683 (sul sistema indennitario), in *Urb. e app.*, 2013, 1220 e ss. con nota di Carrera.

⁽¹⁹⁾ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 137. E' l'opinione prevalente anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: v. le pronunce sopra citate alla nota 16. Quanto alla giurisprudenza amministrativa, assai larga nella definizione dei poteri (c.d. “impliciti”) dell'AEEG è Cons. Stato 17 ottobre 2005, n. 5827; equilibrata, ma più restrittiva, ritenendo necessaria una indicazione – non analitica ma nemmeno solo di principi – dei poteri conferiti all'Autorità, Cons. Stato 10 maggio 2007, n. 2244, in *Foro amm.*, CDS, 2007, 5, 1558.

⁽²⁰⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti-Pajno, (a cura di) *Arbitri e mercato, Le autorità indipendenti e l'economia* Bologna, 2010, 96; v. anche M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'AEEG e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 918.

⁽²¹⁾ Così la menzionata pronuncia di Tar Lombardia Milano, 14 marzo 2013, n. 683, cit.

Ma anche a ritenere, a mio parere correttamente, che non basti una disposizione di tenore generale e di principio a “delegare” poteri normativi all’Autorità, altre previsioni legali sembrano legittimare un intervento regolatorio quale quello in esame. In particolare l’art. 2 comma 12 della stessa legge che demanda all’Autorità l’emanazione delle direttive concernenti, tra l’altro, “*l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi*”. Inoltre, seppur limitatamente al settore dell’energia elettrica, gioca un certo rilievo quanto alla definizione dell’area del mandato normativo conferito dalla legge all’Autorità, l’art. 6, comma 1, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 che demanda all’AEEG la determinazione delle “*clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell’intero sistema elettrico*” ⁽²²⁾.

Del resto, le scelte dell’Autorità hanno nel nostro caso riguardo alla cooperazione (resa necessaria proprio dalle discipline di liberalizzazione) del “gestore” della rete nell’esecuzione di attività materiali che attengono al rapporto di distribuzione. Siamo così nel “cuore” dell’attività di regolazione: la definizione delle modalità con cui questa cooperazione deve realizzarsi è quasi imposta all’Autorità, dispiegando effetti sul piano del funzionamento complessivo del sistema, incidendo sui costi della distribuzione e, di conseguenza, sul prezzo di cui può essere gravato il cliente finale.

E’ la *struttura* del mercato, per come delineata dalla disciplina di rango primaria, a porsi all’origine della disciplina dell’eccezione di inadempimento; sembra allora compito del soggetto chiamato a regolamentare tale mercato la disciplina delle modalità, anche tecniche ⁽²³⁾, di esercizio di un rimedio in autotutela che, per il peculiare strutturarsi della rete, trascende il rapporto negoziale cui fa riferimento (il contratto di somministrazione) per involgere l’efficienza complessiva del sistema ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Contra, ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., p. 82 che conferisce portata esclusivamente obbligatoria (per gli operatori) alla disciplina del regolatore.

⁽²³⁾ Anche Cons. Stato 10 maggio 2007, n. 2244, cit. – pur esprimendo una posizione prudente circa la delega normativa all’AEEG e ritenendo insufficiente la generica indicazione delle finalità regolatorie e pro-concorrenziali dell’attività dell’Autorità – rileva che “*l’ambito deliberativo dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas è determinato dall’art. 2 comma 12, lett. h) l. n. 481 del 1995, che demanda all’autorità l’emanazione «di direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi», cioè, concernenti momenti della filiera produttiva che attengono all’organizzazione dei fattori che in essa concorrono e alla rete delle prestazioni cui fa richiamo la disposizione medesima*”.

⁽²⁴⁾ Anche nell’esperienza monopolista del passato, peraltro, si poneva la questione dell’ammissibilità – e dei limiti – dei rimedi in autotutela (ex artt. 1460 ma pure 1461 c.c.) nei mercati dell’energia. Ma in termini assai diversi: allora non si trattava di giudicare una disciplina del rimedio compatibile con difficoltà esecutive di ordine “strutturale” (il ricorso alla cooperazione di un soggetto terzo); piuttosto si doveva valutare la compatibilità di tale strumento con l’obbligo legale di contrarre del monopolista. E l’interrogativo trovava una soluzione affermativa (nel senso dell’ammissibilità del rimedio) da parte della giurisprudenza, che rilevava come un conto è l’obbligo legale a contrarre, che attiene alla fase genetica (vincolata) del rapporto negoziale; altro conto, una volta instaurato in adempimento dell’obbligo legale il rapporto sinallagmatico, sono le vicende di quest’ultimo, che debbono essere soggette alla disciplina ordinaria del contratto a prestazioni corrispettive. L’orientamento è costante: tra le tante Cass. 14 settembre 2010, n. 19516; Cass. 15 gennaio 2007, n. 738; Cass. S.U., 23 gennaio 2004, n. 1232 (che ritiene applicabile all’obbligo di contrarre anche il rimedio di cui all’art. 1461 c.c., oltre che quello di cui all’art. 1460 c.c.).

Nello stesso senso, proprio nel nostro settore, è anche la pronuncia del TAR Lombardia 27 dicembre 2013, in www.giustizia.amministrativa.it, che ha annullato la delibera dell’AEEG modificativa del codice di rete di Snam Rete Gas nella parte in cui aveva soppresso le disposizioni che autorizzavano l’esercizio

Né una tale conclusione trova smentita nel fatto che qui la regolazione si sovrappone all'autonomia negoziale: per un verso gravando il distributore dell'obbligo a soddisfare le richieste di sospensione ed interruzione della fornitura pervenutegli dall'esercente la vendita ⁽²⁵⁾; per altro verso delimitando l'area del rimedio in termini diversi da quelli della ordinaria disciplina, e ciò a prescindere da scelte dell'autonomia privata in tal senso ⁽²⁶⁾.

Certo è vero che, a prima vista, il problema si fa più delicato quando le prescrizioni del regolatore si pongano quale fonte eteronoma del contratto. Dovendosi intendere se un tale intervento sia prerogativa della legge, secondo un'interpretazione letterale degli artt. 1339 e 1374 c.c.

Ma anche un tale interrogativo merita risposta affermativa.

Per taluno perché, in radice, le prescrizioni del regolatore, lungi dal limitare l'autonomia privata, predispongano le migliori condizioni per l'esercizio della libertà contrattuale: sicché l'Autorità sarebbe sempre legittimata, nell'ambito dei poteri regolatori pro concorrenziali genericamente attribuiti ⁽²⁷⁾ anche ad incidere i contenuti negoziali.

Ma anche a porsì, come sembra tecnicamente più sicuro e preferibile, nella logica tradizionale della riserva di legge in materia di autonomia privata negoziale ⁽²⁸⁾ – così interrogandoci sulla capacità della normazione secondaria di incidere sull'atto di autonomia – si deve rammentare come per lo più non si dubiti della natura *relativa* ⁽²⁹⁾ della stessa. Sicché i due problemi interpretativi messi in luce – quello generale della copertura dell'intervento regolatorio da parte di norme di legge e quello della legittimità di disposizioni dell'Autorità che incidono sul contenuto contrattuale – trovano a mio parere soluzione comune. Se l'Autorità agisce nell'ambito della “delega” conferita dalla norma primaria, è anche legittimata all'integrazione dei contratti di utenza ⁽³⁰⁾.

Né osta a tale esito la lettera dell'art. 1339 (o dell'art. 1374) c.c.: il dispositivo di integrazione dell'art. 1339 c.c. ⁽³¹⁾ opera pure nel caso in cui la disciplina destinata

dei rimedi di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c. che l'AEEG aveva ritenuto incompatibili con l'obbligo legale di contrarre.

⁽²⁵⁾ RICCI, *Gli strumenti per la tutela del credito e la concorrenza*, cit., p. , rileva come gli interventi dell'AEEG in tema di sospensione ed interruzione della somministrazione non siano solo diretti a circoscrivere l'operare dell'*exceptio* ma tendano pure a gravare il distributore di obblighi di cooperazione funzionali alla messa in opera del rimedio; e ciò sul presupposto – che muove anche l'introduzione del sistema indennitario – per cui la morosità mette a rischio la stabilità del mercato.

⁽²⁶⁾ Sul punto si veda anche SILVI, *Tipi regolatori*, cit., pp. 5 e 13.

⁽²⁷⁾ V. *supra*, nota 17.

⁽²⁸⁾ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 88; DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 61.

⁽²⁹⁾ Per tutti, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 37; nel nostro ambito, da ultimo, v. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 192. In giurisprudenza, di recente, tra le altre, Cons. di Stato, 8 maggio 2012, n. 2674, in Red. Giuffré.

⁽³⁰⁾ Così la giurisprudenza costante della Suprema Corte (si vedano ancora le pronunce menzionate *supra* alla nota 16) che peraltro, come vedremo, pone tuttavia taluni limiti all'integrazione con regole di fonte secondaria: la natura dispositiva della disciplina ordinaria derogata, la finalità di tutela dell'utente consumatore nonché (ma si tratta di limite generale all'integrazione ex art. 1339 c.c.) il contenuto analitico della disciplina destinata ad integrare il contratto.

⁽³¹⁾ Per la verità, a volere esser rigorosi, si potrebbe approfondire l'indagine circa le modalità tecniche con le quali la disciplina regolatoria interviene sugli atti di autonomia negoziale. Non si tratta solo di

all'inserzione nel contratto abbia fonte in norme di rango secondario, se "autorizzate" ⁽³²⁾; del resto sempre più si ritiene, nella stessa logica, che il carattere imperativo di una norma non sia esclusiva della disciplina di rango primario ⁽³³⁾.

Tutto ciò ovviamente – ma il problema non si pone nel nostro caso – sempre che, in linea con l'interpretazione tradizionale dell'art. 1339 c.c., la disciplina "sostitutiva" abbia un contenuto sufficientemente determinato sì da consentirne un'integrazione non mediata, e quindi non richieda ulteriori attività ricostruttive e creative ad opera del giudice ⁽³⁴⁾.

Del resto non mancano indicazioni, nel nostro settore, che suggeriscono come la "delega" legale autorizzi un intervento autoritativo sul contratto: in particolare il comma 37 dell'art. 2 legge 481/1995, per cui "*le determinazioni dell'Autorità (...) costituiscono modifiche o integrazione del regolamento di servizio predisposto dall'esercente*" ⁽³⁵⁾ – ma altresì il più recente art. 43 comma 5 d.lgs. 93/2011, per cui l'Autorità può "*adottare*

accertare, come nel testo, l'operare del congegno di cui agli artt. 1339 e 1419² c.c. per il caso in cui le clausole "imposte" non abbiano fonte direttamente nella legge primaria; si tratta pure di accertare la compatibilità del meccanismo della sostituzione automatica ex art. 1339 c.c. con le fattispecie in cui non sia dato individuare una porzione di contratto affetta da nullità, e da sostituire con l'inserzione della disciplina regolatoria, ma si ponga il problema di imporre pattuizioni omesse dalle parti. Siamo qui in un'area che potremmo definire di confine tra quella coperta dall'art. 1374 c.c. (l'area dell'integrazione suppletiva) e quella di cui all'art. 1339 c.c. (ove si fa questione di un'integrazione cogente, ma che in prima battuta sembra realizzarsi mediante sostituzione di clausole *di cui sia previamente accertata la nullità*). Il problema è serio (e ben colto da D. FARACE, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 660 e ss.) ma viene sovente risolto rilevando come "*l'art. 1339 c.c. non opera solo laddove si tratti di sostituire le clausole difformi apposte dalle parti, ma anche laddove le parti non abbiano disposto alcunché*" ma il legislatore in via cogente intenda colmare tale lacuna (aggiungiamo noi): così M.R. MAUGERI, *Commento* sub art. 1339, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, (*Dei contratti in generale* a cura di Navarretta ed Orestano), Torino, 2011, p. 512; v. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, Milano, 1999, p. 21 e ss. Ma in senso diverso, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 2000, 514; M. ORLANDI, *Autonomia privata ed autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 77. ⁽³²⁾ Così la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte: Cass. 8 novembre 2012 (ord.), n. 19333; Cass. 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giur.it.*, 2012, 1559 e s. Nello stesso senso l'indirizzo oggi oramai prevalente in letteratura: M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, 63 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 44 e ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 243. MAUGERI, *Commento* sub art. 1339, cit., 516 e s. Ma *contra* ORLANDI, *Autonomia privata ed autorità indipendenti*, cit., p. 83.

⁽³³⁾ Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p.111; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 520 e ss.

⁽³⁴⁾ Così da ultimo – ma si tratta di orientamento oramai consolidato – Cass. (ord.) 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 606 (di identico tenore la motivazione di Cass. 28 luglio 2011, n. 16519, cit.). Sulla necessaria determinatezza della disciplina destinata ad inserirsi nel contratto ex art. 1339 c.c. mi permetto di rinviare ad A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Milano, 2008, p. 242 e s. Critico invece M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'AEEG: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 608 e cit., 611 e ss., per cui un approccio "ermeneutico assiologico" che dovrebbe prevalere su quello improntato al "positivismo normativistico" imporrebbe di assicurare largamente l'integrazione favorevole all'utente. Ma ci si può chiedere se il criterio assiologico sia in grado di allontanare il contratto dall'autonomia privata e dall'ordinaria disciplina dispositiva anche quando non sia certo il contenuto delle stesse previsioni regolatorie.

⁽³⁵⁾ Evocato anche dalla giurisprudenza favorevole all'integrazione ex art. 1339 c.c. con precetti di rango secondario (si vedano ancora le pronunce alla nota 16). Nel senso del testo v. anche GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 105.

e imporre i provvedimenti opportuni necessari e proporzionati” ai fini di assicurare “concorrenza e buon funzionamento del mercato”.

Peraltro, quantomeno con riguardo all'imposizione di obblighi “di distacco” della somministrazione, è da aggiungere che un siffatto intervento integrativo non solo è legittimato in quanto tipico esercizio delle facoltà regolatorie demandate dalla legge all'Autorità; ma di più sembra sin qui connotato da una portata autoritativa particolarmente modesta. Non solo perché – come è stato detto ⁽³⁶⁾ – l'integrazione ha ad oggetto l'applicazione di un rimedio già previsto quale strumento di portata generale dalla legge (in particolare dagli artt. 1460 e 1565 c.c.). Ma soprattutto perché si fa qui questione dell'imposizione di un obbligo che è sviluppo del tutto coerente dell'assetto di impegni assunti dal distributore, e ne è quasi corollario, se non già in via logica quanto meno per l'operare del generale criterio di integrazione (non cogente ma suppletiva) dei contratti mediante buona fede.

5. (segue) I limiti all'*exceptio*: di alcune conferme “di sistema”

Ma gli interrogativi suscitati dalla disciplina in esame evidentemente non stanno qui.

Perché il punto cruciale – e discusso – delle scelte regolatorie riguarda il secondo profilo della disciplina evocata: quello che ha a che vedere con le significative limitazioni all'operare del rimedio. Giustificate ora dalla posizione peculiare del somministrato (così in particolare l'“esonero” relativo ai punti di prelievo non disalimentabili) ora dalla necessità di non gravare irragionevolmente la posizione del distributore, con rischio di aumenti delle tariffe di distribuzione e, a cascata, del costo finale dei servizi.

Ed infatti, come si è visto, sono proprio le limitazioni, repute troppo draconiane, all'operare del rimedio ad avere attivato i rilievi critici rivolti da talune categorie di operatori (le imprese somministranti) nei riguardi delle scelte di “*regolazione dei servizi di vendita e distribuzione in caso di morosità dei clienti finali*” compiute dall'autorità ⁽³⁷⁾.

Tuttavia, convergenti indicazioni di ordine sistematico suggeriscono come il tema della compressione dell'area operativa dell'eccezione di inadempimento non sia certo estraneo né alla disciplina legale né alle riflessioni degli interpreti.

Una prima indicazione significativa si trae dalla natura *disponibile* dell'eccezione di inadempimento: il codificatore si è infatti preso cura di regolare espressamente i patti – c.d. di *solve et repete*: art. 1462 c.c. – con cui i contraenti possono escludere la proponibilità dell'eccezione di inadempimento. E' vero che una cosa sono le limitazioni volute dalle parti mentre altra cosa sono quelle disposte dal regolatore (ed anzi l'art. 1462 c.c. è considerato proprio presidio di un'autonomia privata che si può spingere sino ad eludere le scelte rimediali predisposte, ai nostri fini, dal legislatore).

⁽³⁶⁾ Ancora SILVI, *Tipi regolatori*, cit., p. 13.

⁽³⁷⁾ Così il Titolo II del Testo Integrato morosità gas (TIMG), allegato A alla deliberazione ARG/gas 99/11, poi integrato e modificato, da ultimo con la deliberazione 84/2014/R/gas.

Ma l'argomento non è certo ininfluenza ai nostri scopi, perché segnala come l'*exceptio*, quanto meno, non sia reputata strumento essenziale a salvaguardia del vincolo sinallagmatico.

Circostanza, questa, decisiva per valutare la legittimità dell'esercizio del potere regolatorio.

Perché, secondo un'opinione oramai radicata nella giurisprudenza ⁽³⁸⁾, la deroga "regolatoria" alla disciplina negoziale – si rammenti che qui la disciplina dell'AEEG preclude alle parti l'utilizzo di un rimedio cui esse non hanno rinunciato e che è previsto dalla disciplina legale ordinaria – è legittima solo quando la disciplina legale di cui si inibisce l'operatività abbia natura *dispositiva*.

E' vero che, a rigore, un conto è la deroga negoziale altro conto quella, operata dal regolatore, autorizzata dalla legge. Sicché in astratto si potrebbe finanche ipotizzare che la legge possa autorizzare il regolatore a derogare a precedenti discipline legali, a prescindere dalla natura derogabile od inderogabile (*ma dalle parti*) delle stesse.

Tuttavia pare comprensibile che norme imperative, frutto di scelte di politica del diritto nette, possano trovare smentita solo in scelte diverse operate direttamente, ed allo stesso livello sul piano della gerarchia delle fonti, dal legislatore.

Da altra prospettiva, ci sono poi ulteriori indicazioni "di sistema" che evidenziano il carattere non eccentrico degli interventi limitativi in esame. E' infatti la stessa disciplina legale dei rimedi in autotutela a subordinare l'operare a talune condizioni: in particolare il capoverso dell'art. 1460 c.c. prevede che non possa "*rifiutarsi l'esecuzione se avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede*", mentre l'art. 1565 c.c., regolando il rimedio della sospensione della prestazione del somministrante soggiunge che se "*l'inadempimento è di lieve entità*" al somministrato dovrà essere accordato un "*congruo preavviso*".

Per la verità, si potrebbe dubitare della pertinenza, ai nostri fini di legittimazione delle scelte regolatorie, di tali previsioni.

In particolare il limite della buona fede all'esercizio dell'*exceptio* è di regola ritenuto funzionale ad evitare un utilizzo strumentale del rimedio, a copertura di condotte dilatorie dell'eccipiente; ovvero nell'ipotesi di sproporzione tra l'entità della prestazione rifiutata *ex art. 1460 c.c.* e quella dell'inadempimento, magari solo parziale, cui si intende reagire. Insomma, il senso del limite della buona fede è quello di evitare che il rimedio sia utilizzato non in una logica di "*autodifesa*" ed al fine di "*stimolare l'altrui adempimento*", bensì allo scopo di "*coprire il proprio inadempimento*,

⁽³⁸⁾ Che fa dipendere proprio dalla natura dispositiva ovvero cogente della disciplina legale derogata la stessa legittimità della deroga regolatoria: si veda in proposito, ancora, Cass., 8 novembre 2012 (ord), n. 19333, cit. (nonché di Cass. 28 luglio 2011, n. 16519, cit.). Un cenno in tale senso si coglie anche in LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 163. Nel caso deciso da entrambe le pronunzie menzionate, si faceva questione dell'integrazione di un contratto di utenza individuale di energia elettrica con una regole posta dall'AEEG (quella che impone all' esercente di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta: cfr. delibera ARG/elt/200/1999) *divergente* rispetto all'ordinaria disciplina legale – l'art. 1196 c.c. – che grava il debitore delle spese di pagamento. Per la Suprema Corte tale ultima norma, proprio perché derogabile dall'accordo delle parti, in egual misura potrebbe essere derogata dalla disciplina di rango "secondario" dell'Autorità.

ammantandolo di una giustificazione che il giudizio di correttezza rivela essere concretamente inconsistente” ⁽³⁹⁾.

Ma una tale *ratio* non pare certo connotare, almeno di regola, la strutturale morosità nel settore del mercato dell'energia. Quanto al termine di preavviso espressamente evocato dall'art. 1565 c.c., il richiamo della norma ai nostri fini potrebbe invece sembrare più immediatamente pertinente, tanto più se si considera che i ritardi nel pagamento sono talora connessi alla contestazione dei (complessi) calcoli della fatturazione: ma si limita ad evidenziare la coerenza con il “sistema” delle regole dell'AEEG che “procedimentalizzano” – prevedendo oneri di messa in mora – l'istanza di sospensione, *mentre nulla dice con riguardo alla possibile obliterazione del rimedio*.

Eppure gli interpreti da qualche tempo invocano l'argomento della “buona fede” per giustificare limiti allo svolgimento dell'eccezione di inadempimento proprio nel nostro settore, enfatizzando lo *status* di consumatore dell'utente dei servizi di fornitura di gas ed energia elettrica.

In questa linea, l'argomento *ex fide bona* avrebbe una portata un poco diversa da quella tradizionalmente evocata: non si limiterebbe a contrastare usi strumentali – rispetto al reale assetto del rapporto sinallagmatico – dell'*exceptio*, delineando canoni di valutazione delle condotte dei contraenti che si pongono comunque in linea con quanto voluto dalle parti. Di più, valuterebbe la legittimità dell'esercizio dell'eccezione tenendo conto altresì di scelte protettive dell'ordinamento in qualche modo “esterne” all'area dell'autonomia.

Sicché, nei contratti con utenti e consumatori, il limite della buona fede già disposto in via generale dall'art. 1460 c.c. si colorerebbe di tonalità più accese, introducendo cautele sia di tenore sostanziale sia di carattere procedimentale. In particolare: (i) ponendo limiti alla pattuizione di clausole che escludano l'opponibilità dell'eccezione (*solve et repete*) ad opera del consumatore (cfr. oggi anche l'art. 33, capoverso, lett. r) cod. cons.); (ii) specularmente, circoscrivendo la sospensione dell'esecuzione della prestazione a favore dell'utente, che dovrebbe invocarsi solo quale *extrema ratio*. Senza contare che l'esercizio in buona fede dell'eccezione nei riguardi del consumatore – ma al riguardo come visto si tratterebbe di un'integrazione di quanto già l'art. 1565 c.c. dispone – rafforzerebbe le cautele di carattere procedimentale in termini di preavviso (o di preferenza per la riduzione rispetto all'integrale sospensione della somministrazione) ⁽⁴⁰⁾.

In definitiva, secondo un orientamento viepiù diffuso, l'applicazione del canone/limite della buona fede al settore del mercato dell'energia imporrebbe un “*utilizzo controllato dell'exceptio inadimpleti contractus, non solo e non tanto per l'operare di disposizioni speciali, che pure esistono e che limitano le facoltà degli*”

⁽³⁹⁾ Le espressioni in corsivo nel testo sono di A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2011, p. 51.

⁽⁴⁰⁾ Per un'approfondita considerazione di tutti i profili segnalati, v. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 84 e ss.; ID, *L'eccezione di inadempimento del (e contro il) contraente debole*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 566 e ss. Riflessioni consimili in M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 608 e ss.

erogatori di sospendere i servizi offerti, ma perché questo rimedio deve essere esercitato, in tutti i casi, in modo conforme a buona fede” ⁽⁴¹⁾.

Il quadro complessivo della disciplina generale sembra allora, quanto meno, indicare come le scelte speciali operate dall’AEEG non solo siano esercizio delle facoltà regolatorie, ma neppure si rivelino eccentriche rispetto alle indicazioni “di sistema”. Sebbene si debba evidenziare una sorta di disomogeneità negli argomenti evocati a sostegno delle scelte limitative: taluni (quelli *ex fide bona*) sono giocati sulla considerazione della peculiare connotazione soggettiva dell’utente somministrato (e sono perciò spendibili per giustificare le restrizioni al rimedio *solo nell’ipotesi di cliente consumatore* ⁽⁴²⁾); altri, quelli dell’Autorità, risultano più focalizzati sulle esigenze dello speciale mercato dell’energia, e sul contemperamento tra gli interessi di diverse categorie di operatori.

6. (segue) La ricerca di un (difficile) punto di equilibrio

Ma il discorso non può così dirsi concluso: come si è visto, decisiva è la verifica circa la ragionevolezza ⁽⁴³⁾ del punto di equilibrio tra interessi confliggenti raggiunto dalla disciplina regolatoria.

Nulla quaestio quanto alle prescrizioni di carattere procedimentale che subordinano l’esercizio dell’eccezione di inadempimento ad una rigorosa procedura di messa in mora: esse sono correttamente precisate dall’AEEG (e del resto analoghe, analitiche, discipline si rinvengono in tutti i principali ordinamenti europei: ad esempio in Francia, in Spagna e nel Regno Unito ⁽⁴⁴⁾) e sono del tutto in linea con le cautele palesate già dagli artt. 1460 e, ancor più puntualmente, 1565 c.c.

Una riflessione più attenta deve invece svolgersi quanto alle limitazioni all’accesso al rimedio.

Per un verso, infatti, l’argomento *ex fide bona* non appare in sé decisivo nel legittimare le limitazioni in esame: anche se modulato in funzione protettiva, osta all’esercizio dell’*exceptio* quando il rimedio, tenuto conto delle esigenze sociali di somministrazione di servizi essenziali, si riveli *eccessivo* rispetto alla portata dell’inadempimento, ovvero in ragione della disponibilità di rimedi diversi e più moderati del “taglio” della fornitura. Ma evidentemente si tratta di argomento che non può in alcuno modo sottrarre al creditore la disponibilità dell’autotutela nel caso, frequente nel settore in esame, di morosità *strutturale*, in cui il somministrato reiteratamente lasci impagate le fatture trasmesse.

⁽⁴¹⁾ BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 86.

⁽⁴²⁾ Sul prevalente utilizzo di tali argomenti nell’esperienza del Regno Unito ed in quella francese, si veda subito appresso il § 6, in conclusione.

⁽⁴³⁾ Sul rilievo del canone di ragionevolezza e di proporzionalità nella valutazione dell’esercizio del potere regolamentare cfr. per tutti M. ANGELONE, *Autorità indipendenti, e eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 199 e ss.

⁽⁴⁴⁾ In Francia l’art. 1 del citato decreto 2008/780 (modificato dal decreto 2014-274 attuativo della *Loi Brottes* 2013-312, del 15 aprile 2013); in Spagna l’art. 52, comma 3, Ley del Sector Eléctrico 24/2013, 26 dicembre 2013; nel Regno Unito sono le condizioni di licenza predisposte dall’OFGEM (Office of Gas and Electricity Markets) a stabilire che “*suppliers are prohibited from disconnecting a domestic customer's premises for non-payment of charges unless and until they have first taken all reasonable steps to recover those charges*”.

Per altro verso, le scelte speciali del regolatore non possono perdere di vista la centralità che assume, in contratti corrispettivi a prestazioni continuative, il rimedio in autotutela; che rappresenta uno stimolo assai efficace all'adempimento di controparte. E, nel favorire la conservazione del contratto piuttosto che la sua distruzione, può in definitiva costituire un elemento di stabilità apprezzabile non solo al livello del "singolare" rapporto sinallagmatico ma pure a garanzia dell'efficienza del mercato dell'energia inteso nella sua complessità.

Insomma, la potenziale virtuosità del rimedio dovrebbe essere tenuta in conto anche nella prospettiva del regolatore, considerato il pregiudizio per "*la stabilità stessa del mercato*"⁽⁴⁵⁾ che può derivare da un livello di morosità elevata, magari alimentata pure da una pratica di *switching* opportunistico.

Tirando le fila delle nostre riflessioni mi pare allora che le scelte regolatorie⁽⁴⁶⁾ vadano giudicate non in astratto ma in ragione del punto di equilibrio tra istanze diverse – che tutte trovano legittimazione nell'ordinamento – effettivamente attinto.

Perché il vincolo all'esercizio in buona fede dell'*exceptio* (nonché la disciplina a tutela del consumatore) certo impone accortezza e prudenza nella sospensione della somministrazione di servizi essenziali, nonché una rigorosa procedimentalizzazione delle attività prodromiche alla eventuale finale sospensione; ma non giustifica una limitazione troppo radicale del rimedio, che si porrebbe in conflitto con i canoni di ragionevolezza che presiedono anche all'attività regolatoria.

Per altro verso, le peculiarità strutturali del mercato legittimano un intervento regolatorio che tenga in conto dei costi che il rimedio pone in capo ai distributori, che potrebbero poi riversarsi sulle tariffe applicate al cliente somministrato. Ma è pure vero che anche il consolidarsi di livelli patologici di morosità può avere ricadute sui prezzi finali, pregiudicando la (ridotta) platea dei clienti adempienti.

In questa linea, sembrano quindi porsi nel giusto solco le recenti iniziative di revisione del TIMG – culminate nelle deliberazioni AEEG 533/2013/R/gas e poi 84/2014/R/gas – che, preso atto dell'incremento dei tassi di morosità, cercano di guadagnare un nuovo bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, "spostando" a favore della tutela del credito – e quindi dell'invocabilità dell'*exceptio* – il punto di equilibrio.

In particolare, incrementando il numero delle richieste di sospensione che ciascun operatore può avanzare al distributore nonché il numero di tentativi di chiusura del punto di riconsegna cui il distributore è tenuto; ed altresì "rivedendo" le soglie per la valutazione dell'economicità del ricorso alla interruzione della fornitura – mediante "isolamento" della porzione di rete che accede al cliente finale – nel caso in cui non sia stato possibile procedere alla chiusura del punto di riconsegna.

Ma evidentemente solo una verifica *in itinere* sull'evoluzione dei livelli di morosità potrà consentire di giudicare della razionalità (ed efficienza) di siffatto nuovo punto di equilibrio, sin qui oggetto di valutazioni assai eterogenee da parte delle diverse categorie di operatori (prevalendo una valutazione per lo più critica da parte dei somministranti).

⁽⁴⁵⁾ Così RICCI, *Gli strumenti per la tutela del credito e la concorrenza*, cit., p. 20.

⁽⁴⁶⁾ Quelle relative alla disciplina della chiusura del punto di consegna e quelle in punto di "isolamento" di porzione della rete.

Insomma, ed in conclusione, limitazioni all'esercizio dell'eccezione di inadempimento paiono certo ammissibili sul piano tecnico, ma debbono trovare giustificazione in argomenti che a loro volta tengano in conto dell'inevitabile potenzialità preventiva (rispetto al consolidarsi del fenomeno morosità) del rimedio. Tanto più attese le difficoltà registrate sulla strada dell'introduzione di un altro strumento (diversamente) deterrente/preventivo della morosità quale sarebbe il BICSE (acronimo per *Banca dati relativa agli inadempimenti dei clienti finali nel settore energetico*), una sorta di registro dei "cattivi pagatori", avverso dalle associazioni dei consumatori.

7. (segue) I clienti non disalimentabili

Resta, infine, il problema dei c.d punti di prelievo (e quindi dei clienti finali) non disalimentabili, per i quali non è in radice possibile provvedere alla sospensione della fornitura e quindi al rimedio in autotutela⁽⁴⁷⁾; salva ovviamente la "finale" possibilità di attivare la "*cessazione amministrativa per morosità*", vale a dire, utilizzando il linguaggio del diritto civile, il rimedio radicale della risoluzione.

Una tale scelta di maggiore protezione trova ragione nelle peculiari qualità o condizioni del titolare del punto di riconsegna, che rendono socialmente inopportuna una sospensione della somministrazione per morosità; ed è del resto scelta non estranea, seppur operata secondo modalità diverse, alla gran parte delle discipline regolatorie europee⁽⁴⁸⁾.

In chiave critica si può tuttavia segnalare che se la definizione dei punti di riconsegna non disalimentabili nel mercato dell'energia elettrica si rivela più precisa (e riguarda essenzialmente le esigenze dei clienti finali in gravi condizioni di salute), più generica è quella adottata nel mercato del gas ove è "esentata" qualsivoglia "*struttura pubblica o privata che svolge un'attività riconosciuta di assistenza, tra cui ospedali, case di cura e di riposo, carceri e scuole*". Disposizione questa che per un verso solleva qualche incertezza, soprattutto quanto alla definizione dell'area operativa della formula "*attività riconosciuta di assistenza*"; per altro evidenzia il rischio di una deresponsabilizzazione, nel nostro speciale settore, delle pubbliche amministrazioni debitorie.

Come conferma una riflessione di carattere transnazionale. Sul piano della comparazione è infatti da notare – oltre ai tratti comuni di disciplina – qualche profilo di discontinuità tra i modelli europei e quello adottato dalla AEEG.

In particolare, anche in Francia e nel Regno Unito i limiti all'eccezione di inadempimento trovano ragione nella tutela delle posizioni di disagio sociale dei c.d.

⁽⁴⁷⁾ Quanto alla definizione dei punti di prelievo non disalimentabili, cfr., per il mercato del gas, l'art. 2.3 c) TIVG; nonché l'art. 14 e ss. TIMG, che disciplina la morosità relativa a tali punti di riconsegna; per il mercato dell'energia elettrica, l'art. 18 all. A delibera ARG/elt/ 4/08.

⁽⁴⁸⁾ Si veda ancora l'art. 1 del citato decreto 2008/780 (modificato dal decreto 2014-274 attuativo della *Loi Brottes* nel 2014) in Francia; nel Regno Unito a partire dalla seconda metà degli anni 2000 la disciplina regolatoria dell'OFGEM (Office of Gas and Electricity Markets) contempla limitazione alla *disconnection* per certe categorie di *vulnerable customers* (pensionati, famiglie con figli sotto i 16 anni), limitazioni imposte anche come "*licence requirements*" agli operatori (i quali per parte loro, mediante l'adesione a *networks* di categoria, si impegnano, in sede di autoregolamentazione, a limitare la facoltà di sospensione in presenza di particolari condizioni).

vulnerable customers (e semmai è da notare come meno decisiva sia la considerazione dei costi che la *disconnection* arreca al distributore, sicché – prima distinzione rilevante – i limiti al “distacco” ineriscono soprattutto all’area dei contratti con clienti finali consumatori).

Ma per un verso dette limitazioni, anche laddove operanti, non fondano una radicale esclusione del rimedio, bensì, come visto, “tregue” invernali nell’interruzione della fornitura.

Inoltre in quegli ordinamenti non si coglie – stando alla definizione dei soggetti temporalmente non disalimentabili – quello sbilanciamento in favore del debitore-pubblica amministrazione evidenziato dalla legislazione italiana (ed altresì da quella spagnola).

In definitiva, è proprio il capitolo dei “non disalimentabili” che a mio parere necessita di una complessiva rimediazione che eviti di creare, anche nel nostro settore, un incentivo alla prassi del ritardo di pagamento dei debiti della pubblica amministrazione, certamente pregiudizievole per il corretto ed efficiente andamento del mercato dell’energia.

8. Quando l’eccezione di inadempimento non è per sua natura esercitabile: cenni al sistema indennitario

Con la disciplina sin qui delineata il regolatore ha, in qualche misura, adattato alle peculiarità dei mercati dell’energia *post* liberalizzazione (con correlata distinzione soggettiva *ex lege* tra impresa distributrice e fornitrice) quello che costituisce per eccellenza il rimedio in autotutela azionabile nei contratti a prestazioni corrispettive.

Il problema dell’(in)disponibilità dell’eccezione di inadempimento nel moderno mercato dell’energia si pone a ben vedere a fondamento, seppur in prospettiva diversa da quella sin qui descritta, anche di altre scelte regolatorie imposte dalla liberalizzazione del settore, in particolare di quelle relative al c.d. sistema indennitario, previsto dall’allegato B della deliberazione ARG/elt/191/09.

La libera recedibilità dal contratto di somministrazione, consente infatti al cliente un uso strumentale ovvero opportunistico dello *switching*. Egli potrebbe infatti recedere dal rapporto di fornitura, trovandosi un altro somministrante, e lasciare impagate le ultime fatture, nella consapevolezza dell’indisponibilità di efficienti rimedi sinallagmatici in capo al venditore “uscente”.

Il quale, per un verso, non essendo più titolare di rapporti di fornitura, è privo di strumenti di autotutela (che peraltro non sono neppure nella disponibilità del nuovo fornitore, estraneo al rapporto sinallagmatico alterato dall’inadempimento). Per altro verso potrebbe essere disincentivato dall’attivazione di rimedi “successivi” volti al recupero del credito, che si rivelano antieconomici se rapportati agli importi, normalmente non ingenti, delle fatture lasciate insolute dallo *switcher*.

Di qui la costruzione da parte del regolatore di un dispositivo, complesso ed articolato, teso a gravare il nuovo fornitore ed il distributore – che hanno ancora in essere rapporti negoziali (mediati o immediati) che coinvolgono il cliente moroso e quindi hanno una disponibilità *attuale* dei connessi rimedi sinallagmatici – del rischio dell’insolvenza del cliente finale.

Il sistema prevede così il diritto del venditore uscente ad un indennizzo nel caso di mancato incasso del credito relativo ai tre mesi antecedenti lo *switching* (per un ammontare massimo corrispondente alla spesa di due mesi di erogazione della fornitura). L'indennizzo è versato dalla Cassa conguaglio per il settore elettrico, ma è finanziato dall'impresa di distribuzione (obbligata a "pagare" la Cassa) che a sua volta applica tale costo alla società esercente la vendita. La quale, infine, grava di tali costi il cliente finale moroso. Con il che, il rischio dell'inadempimento del cliente è "imputato" al nuovo fornitore (od all'impresa distributrice nel caso di inadempimento, nei propri riguardi, del nuovo somministrante).

Non è questa la sede per un'analitica valutazione del sistema indennitario. Ai nostri fini è però utile rilevare la diversa intensità (ovvero invasività) dell'intervento cogente sull'autonomia negoziale nelle due vicende – la regolamentazione dell'*exceptio* ed il sistema indennitario - su cui ci siamo soffermati.

Esso appare più ridotto nel primo caso, ove da un lato si impone una collaborazione del distributore nell'esecuzione delle attività funzionali alla sospensione della fornitura che è del tutto coerente con l'impegno materiale del distributore; e dall'altro si limita l'operare di un rimedio "disponibile".

Si rivela invece più marcato nella fattispecie "indennitaria" ove il regolatore interviene nei rapporti negoziali (di vendita e di distribuzione) non tanto – come è stato sostenuto per enfatizzare il livello di ingerenza nell'autonomia negoziale – per realizzare una cessione imposta del credito dal fornitore uscente a quello entrante (ricostruzione che non rende in alcun modo il senso sostanziale della fattispecie e che è anche tecnicamente discutibile attesa la normale non corrispondenza tra indennità e credito originario e la persistenza della titolarità del credito in capo al creditore originario ⁽⁴⁹⁾). Quanto per imporre a distributore ed a venditore entrante – secondo schemi non agevolmente riconducibili a canoni civilistici tradizionali e piuttosto integranti un peculiare meccanismo regolatorio che postula un'integrazione cogente dei contratti di distribuzione e di somministrazione ⁽⁵⁰⁾ – oneri di recupero della somma dovuta a titolo di indennità.

⁽⁴⁹⁾ Ed infatti l'art. 6 della delibera 191/09 prevede altresì una procedura per la restituzione al cliente dell'indennità corrisposta per il caso (eventuale) di un tardivo pagamento al venditore originario (che per l'appunto conserva la legittimazione a ricevere propria del creditore) da parte del cliente moroso.

⁽⁵⁰⁾ V. sul punto anche C. CARRERA, *Commento* a Tar Lombardia Milano, 14 marzo 2013, n. 683, cit., p. 1224, che correttamente nega la nascita di un rapporto negoziale (nuovo ed imposto) tra venditore entrante ed uscente; ma finisce comunque (*op.cit.*, p. 1225), in linea con la pronuncia del Tar Lombardia, per ritenere non coperta dai poteri regolatori l'imposizione – connaturata al meccanismo indennitario in esame – di clausole integrative di rapporti negoziali pure in essere tra distributore, nuovo fornitore e cliente finale.

Eguale non del tutto convincente appare il richiamo alla figura dell'assunzione del debito altrui (si farebbe qui questione, aggiungiamo noi, di un'assunzione cumulativa e non liberatoria) operato dal Tar Lombardia con la menzionata sentenza 14 marzo 2013, n. 683; è vero che nel caso del mancato pagamento del corrispettivo dell'indennizzo da parte del cliente finale moroso il costo del medesimo resterebbe a carico del distributore o (più probabilmente) del nuovo fornitore, ma sembra difficile configurare qui l'assunzione di un debito altrui attesa ancora una volta la probabile non corrispondenza tra debito ed indennizzo ed in ogni caso l'irriducibilità della peculiare fattispecie regolatoria alla disciplina di cui agli artt. 1268 e ss. c.c. In comune vi è solo il generico profilo di assunzione (sovente parziale) del rischio dell'inadempimento del debitore che passa dal creditore (il primo venditore) al nuovo venditore gravato di un'obbligazione tipicamente regolatoria che trova giustificazione nel potere contrattuale vantato – in ragione dell'attualità del rapporto di fornitura – dal nuovo fornitore nei riguardi

Il sistema così congegnato è stato oggetto di vivaci contestazioni da parte degli operatori, tradottesi in iniziative innanzi alla giustizia amministrativa, talora vittoriose. In particolare, in un primo momento, il TAR Lombardia ⁽⁵¹⁾ ha annullato – anche in base ad un’interpretazione rigorosa della delega di poteri normativi, incidenti sugli atti di autonomia, al regolatore – le deliberazioni dell’Autorità aventi ad oggetto il funzionamento del sistema indennitario previsto all’allegato B della deliberazione ARG/elt191/09. Il Consiglio di Stato ha però successivamente sospeso in via cautelare e poi, preso atto della rinuncia al ricorso, annullato senza rinvio la pronuncia di primo grado ⁽⁵²⁾, “riattivando” il sistema indennitario.

A seguito di tali vicende giudiziali, è da segnalare un certo attenuarsi delle voci critiche; in particolare non risultano intraprese ulteriori iniziative nei riguardi del sistema, peraltro modificato ed integrato da successivi provvedimenti dell’Autorità.

Con il che, conclusivamente, si deve prendere atto di un esito peculiare, e per certi versi – se ci si limita ad una valutazione tecnico-concettuale dei diversi problemi in campo – paradossale.

Le critiche più vivaci degli operatori sembrano infatti oggi direzionarsi verso lo strumento di regolazione più moderato, perché meno conflittuale con l’autonomia negoziale, tra quelli descritti.

Ma il paradosso si scioglie non appena si trapassi dal piano delle considerazioni concettuali a quello, empirico e quindi decisivo, degli effetti della regolazione sulle posizioni degli operatori: le limitazioni all’autotutela sinallagmatica sono percepite come particolarmente punitive per i venditori, in un contesto di patologica diffusione della morosità nel mercato dell’energia ⁽⁵³⁾ mentre il sistema indennitario, se per un verso grava del rischio dell’insolvenza passata il nuovo fornitore, ha dimostrato di soddisfare almeno parzialmente i medesimi venditori, quando “in uscita”, legittimando soluzioni ritenute viepiù accettabili.

del cliente finale moroso (come visto, solo il nuovo esercente la vendita può infatti opporre all’inadempiente i rimedi in autotutela che il fornitore uscente ha oramai perduto).

Seppur plausibile, anche il richiamo, sempre operato dall’evocata pronuncia del TAR, al modello della fideiussione (*ex lege*) sconta l’eterogeneità tra debito ed indennizzo.

In definitiva, resta comunque che il sistema indennitario, nell’imporre ad un soggetto estraneo il rischio dell’inadempimento di un altro contratto, tradisce – seppure in via indiretta – l’instaurazione di un rapporto obbligatorio *ex lege* tra soggetti che non hanno in essere rapporti negoziali (né conseguenti ad un illecito). Di qui la consistenza del problema della “copertura” – sul piano dei poteri regolatori – di un tale intervento.

⁽⁵¹⁾ Tar Lombardia 14 marzo 2013, n. 683, cit.

⁽⁵²⁾ L’ordinanza cautelare è del 10 luglio 2013, n. 2595, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it; la sentenza è del 3 marzo 2014, n. 967, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵³⁾ Stando ai dati dell’Autorità (Documento recante indirizzi generali in tema di informazioni concernenti eventuali inadempimenti contrattuali dei clienti finali dei mercati dell’energia elettrica e del gas 26 aprile 2012) nel biennio 2011/2012 il 12% dei clienti somministrati è stato destinatario di richieste di sospensione per morosità (con una punta del 26% nel segmento piccole imprese operanti nel mezzogiorno).