

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELLA TUSCIA

Facoltà di economia
Dipartimento di scienze giuridiche

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E PRIVATI
XXIII ciclo

***Autonomia negoziale delle parti e potestà regolatoria delle autorità
amministrative indipendenti***

Coordinatore
Cl. mo Prof. Nicola Corbo

Tutor
Cl. mo Prof. Stefano D'Andrea

Dott. Stefano Rosati

*Autonomia negoziale delle parti e potestà regolatoria
delle autorità amministrative indipendenti*

INDICE

INTRODUZIONE

Capitolo I - AUTONOMIA ED ETERONOMIA NEGOZIALE.

Paragrafo I - IL RAPPORTO TRA VOLONTÀ INDIVIDUALE E ORDINAMENTO GIURIDICO DELLO STATO.

Paragrafo II - LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA NEGOZIALE.

æææ æææ

Capitolo II – EFFETTI DEI POTERI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI SULL’AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE PARTI.

Paragrafo I - LE AUTORITA’ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo II – FONTI E TIPI DI POTERI DELLE AUTORITA’ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo III – PRINCIPIO DI LEGALITA’, RISERVA DI LEGGE E ATTI DELLE AUTORITA’ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo IV – EFFETTI DEI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITA’ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI SUI CONTRATTI.

INTRODUZIONE.

Intorno al rapporto tra poteri delle autorità amministrative indipendenti e l'autonomia negoziale nel nostro ordinamento si registrano fondamentalmente due posizioni.

Alcuni, prevalentemente studiosi del diritto civile, invocano la riserva di legge posta dall'articolo 1322 codice civile, al fine di preservare l'autonomia negoziale da interventi conformativi delle autorità amministrative indipendenti.

L'antinomia tra precetto negoziale e precetto eteronomo recato da un atto sub legislativo, secondo questa ricostruzione, non potrebbe che risolversi a favore del primo.

Altri, invece, ritengono che l'operato delle autorità amministrative indipendenti sia sostanzialmente volto a tutelare l'autonomia negoziale, correggendone i fallimenti.

Di conseguenza, ogni tipo di provvedimento di queste autorità sarebbe legittimo.

Posto che l'atto di regolazione è teleologicamente funzionale alla garanzia dell'autonomia privata, il principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri non verrebbe in rilievo¹.

Ormai recessivo è, invece, il dibattito sul fondamento costituzionale di queste amministrazioni.

Si ritiene, infatti, che il ruolo delle autorità amministrative indipendenti si è "consolidato, è divenuto parte integrante del diritto vivente, si è incastonato nelle maglie, fortunatamente non troppo strette, della nostra carta costituzionale"².

Può rilevarsi che probabilmente la questione è mal posta.

La questione della etero integrazione del contratto a opera dei provvedimenti normativi o amministrativi delle autorità amministrative indipendenti e, quindi, quella dei limiti dei poteri di queste autorità, non trova spiegazione nella tutela offerta all'autonomia negoziale dall'articolo 1322 codice civile.

Questa disposizione può essere letta come una norma sulla competenza.

Individua, cioè, il soggetto abilitato a disciplinare (i limiti del) l'autonomia negoziale dei privati.

Di conseguenza, come ogni fattispecie che ponga una riserva a favore di una determinata fonte del diritto, da un lato, disciplina i rapporti tra le varie fonti del diritto – tali non possono essere

¹Così Merusi, "Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti", in "L'autonomia privata e le autorità amministrative indipendenti", a cura di Gitti, Il Mulino, 2006, p. 45.

² Cintioli, "I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione", intervento al convegno "Le autorità amministrative indipendenti", in www.giustizia-amministrativa.it.

considerati i provvedimenti amministrativi – dall'altro, specularmente, non disciplina in alcun modo gli effetti degli atti amministrativi sull'autonomia negoziale.

Logicamente pregiudiziale alla soluzione del problema dei limiti dei poteri delle autorità amministrative indipendenti è, a nostro avviso, l'accertamento della legittimità costituzionale del modello di amministrazione rappresentato dalle autorità amministrative indipendenti.

Prima di procedere alla verifica della compatibilità del modello delle amministrazioni indipendenti, pare opportuno esaminare il concetto giuridico di autonomia negoziale.

Si tratta di dare contenuto giuridico a un sintagma che, invocato spesso in modo strumentale, ha assunto le fattezze della formula esoterica.

Il postulato implicito sul quale si fonda gran parte della produzione scientifica e giurisprudenziale è l'ipostatizzazione dell'autonomia negoziale come modello razionale di autodeterminazione.

Proprio in quanto capacità di darsi un assetto dispositivo dei propri interessi, questo sarebbe intrinsecamente razionale.

Evidente il carattere ideologico di questo modello "storico" di autonomia negoziale che implica che tutte le norme che con esso interferiscano abbiano carattere eccezionale; debbano intendersi come limiti³.

Il contratto "dettato" sarebbe, quindi, una "anomalia"⁴.

Poste le caratteristiche strutturali di due sistemi ipotetici, basati uno sul principio di autonomia e l'altro sul principio di eteronomia, parrebbe potersi predicare la tendenziale sussumibilità del nostro sistema giuridico nel secondo modello.

Pare chiaro, infatti, che da un punto di vista giuridico l'autonomia negoziale è un fatto stipulativo, essendo irrilevanti, in quanto pre giuridici, i cosiddetti valori.

Per le parti del contratto l'autonomia negoziale costituisce un dato esogeno, un prodotto dell'ordinamento.

Di conseguenza, atteso il carattere derivativo dell'autonomia negoziale, nel senso che la norma autonoma riceve qualificazione giuridica dalla norma dell'ordinamento statale, il problema dell'autonomia negoziale non è quello dei suoi limiti.

L'autonomia negoziale non è qualcosa che resiste alla legge, né ai provvedimenti amministrativi che nella legge trovano il proprio fondamento.

Atteso che l'autonomia negoziale è un prodotto della legge è del pari evidente che la legge, direttamente o indirettamente, provvede alla sua conformazione.

Tanto ciò è vero che il codice civile si caratterizza anche per la presenza di significativi momenti di eteronomia negoziale.

³ Barcellona, "Libertà contrattuale", Enc. Dir., Vol. XXIV, p. 489.

⁴ Messineo, "Contratto in generale", in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, XXI, t. I, p. 55.

Dall'applicazione dei canoni dommatici alla fattispecie delle condizioni generali di contratto si ricava, infatti, che di queste non è predicabile l'autonomia, posto che la loro l'efficacia vincolante si fonda sulla conoscenza anche ipotetica che delle stesse abbia l'aderente.

La mistica dell'autonomia negoziale non ha consentito di comprendere che non c'è coincidenza tra impulso psichico o volontà e autonomia negoziale.

Proprio perché la giuridicità dell'autonomia negoziale è il prodotto della qualificazione ricevuta dall'ordinamento giuridico è necessario osservare il fenomeno delle clausole generali del contratto dal punto di vista della norma giuridica che le disciplina.

Dal punto di vista dell'art. 1341 comma I del codice civile si ricava che l'effetto vincolante per l'aderente non risiede nel consenso, nel senso che quest'ultimo è irrilevante ai fini della produzione dell'effetto giuridico.

Per il perfezionamento della fattispecie è richiesto che vi sia un atto positivo delle condizioni e che l'aderente le conosca o avrebbe dovuto conoscerle.

E' sufficiente il compimento del presupposto, ossia di un contegno umano e consapevole, affinché si produca l'effetto dell'inserimento nel contenuto del contratto delle condizioni generali.

La volontà dell'effetto è assolutamente irrilevante per l'ordinamento ai fini della produzione dell'effetto medesimo.

Nonostante escludere la sussumibilità delle condizioni generali di contratto nel paradigma concettuale dell'autonomia negoziale non sia altro che la conseguenza necessaria dell'applicazione di schemi e canoni pacificamente riconosciuti dalla letteratura civilistica, il pregiudizio concettuale che intende l'autonomia negoziale come un valore e non come un prodotto giuridico, conduce a inquadrare questo istituto nell'ambito delle manifestazioni dell'autonomia contrattuale.

A ben vedere, quindi, la questione dei limiti dei poteri delle autorità amministrative indipendenti, oltre a essere mal posta da un punto di vista logico giuridico, è anche influenzata da una ricostruzione non rigorosa del concetto giuridico di autonomia negoziale.

Poste queste dovute precisazioni in tema di autonomia negoziale, la questione della etero integrazione del contratto per effetto di atti di regolazione di autorità amministrative indipendenti va risolta seguendo l'ordine gerarchico che fonda il nostro ordinamento giuridico.

La questione non è se solo un atto di legge possa incidere sul contratto, posto che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi - e, implicitamente, l'istituto della riserva di legge - consente all'amministrazione pubblica di incidere anche su diritti costituzionalmente tutelati, ove una disposizione di legge ne disciplini forme e contenuto.

Sotto il profilo degli effetti, infatti, non esistendo nessuna norma giuridica che istituisca e disciplini i così detti atti di regolazione è evidente che i provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti andranno ricondotti negli archetipi classici del provvedimento amministrativo e del regolamento⁵.

L'atto di regolazione non è, indiscutibilmente, una fattispecie giuridica.

⁵ A questa conclusione, seppur seguendo un diverso itinerario, giunge anche Scoca, "Attività amministrativa", Enc. dir., agg. VI, Giuffrè, 2002, p. 80.

Atteso che gli atti delle amministrazioni indipendenti sono, per il diritto positivo, identici agli altri atti delle pubbliche amministrazioni, il problema va spostato sul suo terreno di elezione, ossia quello del rapporto degli atti autoritativi dei pubblici poteri con la legge.

Ciò implica che un provvedimento amministrativo che rispetti l'archetipo posto dall'articolo 23 della Costituzione possa sempre imporre un'obbligazione giuridica a un privato.

In ciò consiste l'imperatività del provvedimento amministrativo.

Obbligazione che non ha l'effetto di sostituirsi al contratto, perché altro è l'imperatività del provvedimento, altro è l'imperatività della norma, come si desume dagli articoli 1339, 1419 comma II, 1418 comma III.

Affinché l'effetto sostitutivo si realizzi, è, infatti, necessario che il provvedimento si inserisca in una fattispecie legislativa, specificandone un elemento.

Allo stesso modo il provvedimento amministrativo non può integrare il contratto, se non in forza del rinvio che la norma di legge ad esso faccia.

L'orientamento della dottrina e della giurisprudenza assolutamente dominante è, tuttavia, diverso.

Si registra, in merito, un atteggiamento di condiscendenza, quando non di rassegnazione, di fronte al "fatto storico irrefutabile"⁶ della presenza di queste peculiari figure soggettive del diritto amministrativo, che dimostra la consapevolezza che qualcosa nella positiva attuazione del modello delle autorità amministrative indipendenti non sia sintonico con il nostro sistema costituzionale.

Le leggi istitutive delle varie autorità indipendenti si rivelano a dir poco insufficienti rispetto alle pretese costituzionali in punto di fattispecie positive dei poteri ablatori delle pubbliche amministrazioni.

Non è possibile affrontare in questa sede il problema del fondamento, della vigenza e della portata del principio di legalità dei pubblici poteri nel nostro ordinamento giuridico.

Può, tuttavia, rilevarsi che il nocciolo duro del principio di legalità relativo agli atti autoritativi dei pubblici poteri assume un contenuto più preciso quando si intersechi con l'istituto della riserva di legge.

Anche perché in tanto la riserva di legge ha senso, in quanto esiste il potere di incidere le situazioni giuridiche tutelate dal precetto che pone la riserva di legge stessa.

Il diritto positivo non offre criteri certi per individuare il coefficiente esatto di prescrittività della norma di legge, ossia quanta parte della fattispecie debba essere legislativamente descritta.

Costituisce, per altro, insegnamento tratteggiato quello secondo cui la legge non potrà mai ordinare con precisione e per tutti la cosa più buona e più giusta⁷.

⁶ Passerin d'Entrevès, "Il negozio giuridico", Giapichelli, 2006, p. 70.

⁷ Platone, "Il politico", 294 b.

Pare, tuttavia, possibile escludere la legittimità di un modello in cui alle pubbliche amministrazioni viene affidato il compito, dalla Costituzione demandato alla legge, di dare assetto agli interessi degli operatori del mercato.

Incidendo su situazioni giuridiche costituzionalmente protette, il provvedimento delle autorità amministrative indipendenti deve rispettare gli standard posti dalla Costituzione per tutti gli atti autoritativi dei pubblici poteri.

Il principio della riserva di legge, in particolare, esige che il legislatore disciplini in modo compiuto gli oggetti a esso riservati.

Dall'esame degli atti istitutivi delle autorità amministrative indipendenti emerge come il legislatore si limiti a individuare una serie di obiettivi che le autorità devono perseguire.

Icastico in merito è l'articolo 6 comma 1 del D.lgs. 79/1999 che abilita l'autorità per l'energia elettrica ed il gas a statuire clausole contrattuali da inserire nei contratti che siano indispensabili al corretto funzionamento del sistema elettrico.

L'interposizione legislativa, in questa fattispecie, è collegata al presupposto esclusivo dell'indispensabilità della regolamentazione ai fini del corretto funzionamento del mercato.

Pare indiscutibile che il contenuto prescrittivo della disposizione legislativa sia talmente vago da essere anodino.

Si sostiene che i settori o mercati di riferimento postulerebbero una normativa ad alto contenuto tecnico, caratterizzata da rapida obsolescenza, escludendo apprezzamenti di natura politica.

Di conseguenza il parlamento non sarebbe l'organo più indicato a disciplinare tali materie.

Si tratta di argomenti di mero fatto che provano troppo.

Questo modello non rispetta assolutamente la legalità costituzionale, posto che affida a un organo amministrativo la disciplina di rapporti interprivati.

Il che ha, per altro, l'effetto di privare della possibilità del sindacato di legittimità costituzionale una serie assolutamente rilevante di norme giuridiche.

Può, in conclusione, osservarsi che, se sono probabilmente accettabili autorità amministrative indipendenti dal governo, non sono sicuramente ammissibili atti indipendenti (dalla legge).

Capitolo I

AUTONOMIA ED ETERONOMIA NEGOZIALE

SOMMARIO:

PARAGRAFO I. - IL RAPPORTO TRA VOLONTÀ INDIVIDUALE E ORDINAMENTO GIURIDICO DELLO STATO.

PARAGRAFO II. - LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA NEGOZIALE

PARAGRAFO I. - IL RAPPORTO TRA VOLONTÀ INDIVIDUALE E ORDINAMENTO GIURIDICO DELLO STATO.

“non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat”

Il rapporto tra la volontà statale e individuale è un tema classico della riflessione giuridica e della speculazione teoretica in generale.

Tale rapporto, racchiuso nell'alternativa autonomia-eteronomia negoziale, costituirà, in questa sede, oggetto d'analisi secondo il metodo giuridico^{8 9}.

Eteronomo, per il destinatario del precetto giuridico, non è solo il comando recato dalla norma oggettiva dell'ordinamento statale, ma anche quello riconducibile alla volontà di un altro soggetto, abilitato dall'ordinamento a porre precetti vincolanti.

Gli esempi sono molteplici; per chi subisce l'effetto vincolante previsto dall'art. 1341 c.c. anche le condizioni generali di contratto, predisposte da una delle parti, costituiscono un precetto eteronomo.

⁸ La letteratura sul tema dei rapporti tra autonomia ed eteronomia negoziale e, su quello contiguo del negozio giuridico, è praticamente sconfinata. Ci limiteremo, quindi, a un'indicazione di massima. Opere a carattere monografico: Betti, "Teoria generale del negozio giuridico", II ed., Torino, 1960, cap. I; Passerin d'Entreves, "Il negozio giuridico", Torino, 1919; Santi Romano, voce "Autonomia", in "Frammenti di un dizionario giuridico", Milano, 1947, p. 25; Cariota Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Napoli, 1956; Scognamiglio, "Contributo alla teoria del negozio giuridico", Napoli, 1956; G.B. Ferri, "Il negozio giuridico fra libertà e norma", Firenze, 1987; L. Ferri, "L'autonomia privata", Napoli, 1959; Stolfi, "Teoria generale del negozio giuridico", (rist.), Padova, 1961; Santoro Passerelli, "Dottrine generali del diritto civile", ult. ediz., 1988. Notevoli sull'argomento anche Betti, voci, "Autonomia privata", Noviss. dig. it., I, t. 2, p. 1559 e, dello stesso autore, "Negozio giuridico", Noviss., dig., it., XI, p. 209; Scognamiglio "Negozio giuridico", Enc., giur., 1990; L. Ferri, "Nozione giuridica di autonomia privata", riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 129. Altri riferimenti saranno indicati nel testo, in nota.

⁹ Cioè con "fedeltà al diritto positivo[...]. L'impotenza del diritto, così disperante e dolorosa non sa rinunciare a questo brandello di certezza" così Irti, prefazione a "Introduzione allo studio del diritto privato", Padova, 1990. La scelta del metodo, è dettata dall'esigenza di evitare petizioni di principio, apriorismi, forzature ideologiche che paiono annidarsi tra le righe degli scritti di molti autori interrogatisi sul problema in esame, e un altrettanto pericoloso sincretismo metodologico; sul tema in generale del metodo giuridico riferimenti in Irti, *op. cit.*, soprattutto pp. 1-58.

Autonomia, in generale, è il potere di darsi un ordinamento; il darsi delle norme.

Di conseguenza, sotto il profilo oggettivo, la norma negoziale, ossia autonoma, si caratterizza per essere funzionale alla cura di interessi del soggetto che pone il precetto¹⁰.

Norma autonoma ed eteronoma differiscono solo per tale carattere estrinseco.

Il potere di darsi un ordinamento, sotto il profilo soggettivo, potrà essere attribuito da un'istanza superiore, ovvero essere assunto indipendentemente dal soggetto¹¹.

Prima di analizzare il dato positivo e, quindi, il problema del rilievo del riconoscimento dell'autonomia negoziale da parte di una norma statale, può essere utile ricostruire le caratteristiche di due sistemi ipotetici, uno eteronomo l'altro autonomo, in modo che possano fungere da paradigma¹².

Il sistema eteronomo si fonda sul postulato dell'esistenza di una norma dalla quale tutte le altre ripetonò la qualificazione in termini di giuridicità.

In un sistema siffatto la volontà individuale viene in rilievo solo in quanto pone il fatto, conforme a quello descritto dalla fattispecie¹³.

Il principio di eteronomia implica che la volontà privata tragga dalla norma oggettiva dello Stato il predicato di giuridicità.

Avulsa dalla norma, da cui riceve la qualificazione giuridica, la volontà costituisce un mero fatto.

Il precipitato di questa impostazione è che al negozio giuridico sia affidata una funzione di mera concretizzazione della norma statale.

A questa ricostruzione è possibile muovere almeno un'obiezione di ordine logico formale¹⁴.

¹⁰ Secondo la tesi classica, riconducibile al Savigny ("Sistema del diritto romano attuale", trad. it. di V. Scialoja, vol I, Libro I, § 6 22, Torino 1886), la legge sarebbe fonte di regole giuridiche mentre il negozio giuridico sarebbe fonte di rapporti giuridici. Secondo la tesi cosiddetta oggettivistica, invece, anche il negozio costituirebbe fonte di norme oggettive che concretizzano l'ordinamento giuridico generale (cfr. Kelsen, "Il problema della sovranità, etc.", Tubinga, 1920, § 29). Entrambe le tesi, quindi, riconoscono carattere normativo alla volontà negoziale (cfr. Passerin d'Entrèves, "Il Negozio giuridico", cit, p. 21 ss.). A rigore se si nega la capacità del negozio giuridico di porre norme obbiettive bisognerebbe anche escludere che esso sia fonte di rapporti giuridici, posto che solo la norma di diritto oggettivo ha la funzione specifica di costituire il rapporto giuridico ed il correlativo diritto soggettivo. Il problema è quindi di capire da dove deriva la giuridicità della norma negoziale; dalle volontà che le pongono in essere (sistema dell'autonomia), o da una norma superiore non riconducibile alla volontà degli autori del negozio (sistema dell'eteronomia).

¹¹ Così Betti, voce "Autonomia Negoziale", in Nov. dig. ita., vol I, t. 2, p. 1560 .

¹² Per le caratteristiche dei due sistemi si fa riferimento nel testo alle note pagine del saggio di Passerin d'Enreves cit., *passim*.

¹³ Ossia un fatto previsto dalla norma oggettiva come condizionante un rapporto giuridico che trae solo dalla norma la sua qualificazione. Come noto la definizione è del Betti, "Corso di Istituzioni di Diritto Romano", p. 233.

Ove si ravvisi la fonte della giuridicità del sistema nella sovranità dello Stato si rinverrebbe in un fatto, non diverso dagli altri, il fondamento della rilevanza giuridica della volontà statale.

Solo la norma oggettiva, infatti, può costituire, da un punto di vista dommatico, il fondamento della rilevanza giuridica della volontà dello Stato¹⁵.

Per superare l'ostacolo, in sostanza, sarà necessario postulare che tale fatto, ossia la volontà dello Stato, si traduca in una norma.

Norma della quale si assume l'autonomia.

Solo la norma statale, in questa logica, è autonoma.

Passando ad analizzare la morfologia di un sistema basato sul principio di autonomia, può osservarsi che questo postula il carattere originario della norma negoziale.

Tale ultima proposizione implica l'eteronomia di tutte le altre norme, compresa quella statale.

Ciò è, infatti, consequenziale per il carattere di unicità ed esclusività di ogni sistema giuridico¹⁶.

Non sarebbe, per altro, incompatibile con il principio di autonomia, il monopolio dell'apparato coattivo in capo allo Stato¹⁷.

In un sistema fondato sul carattere originario della norma negoziale, da un punto di vista dommatico, il fondamento della giuridicità può essere solo la norma negoziale.

E', di conseguenza, necessario che la volontà privata si traduca in una norma oggettiva, la quale per conservare il suo carattere originario non deve ricevere qualificazione giuridica da altra norma superiore.

Anche qui, dunque, il fatto della volontà individuale dovrà trovare qualificazione ad opera della norma in cui si traduce.

Autonomia della norma altro non significa, quindi, se non sovranità dell'individuo¹⁸.

¹⁴ Tale ricostruzione, da un punto di vista empirico, pare in contraddizione con la precedenza storica del diritto allo Stato. Riconoscere al negozio giuridico solo una funzione di concretizzazione del comando giuridico statale sembra smentito dalla semplice osservazione della realtà. Per altro, posta l'indipendenza concettuale del diritto dallo Stato, il richiamo all'esperienza storica è superfluo.

¹⁵ La ricostruzione dommatica del sistema eteronomo comporta l'interruzione della catena di norme giustificatrice della giuridicità, rinvenendosi in un mero fatto il principio della normatività. In tal modo sarebbe la "tautologia di una brutale effettualità" a giustificare il carattere normativo della volontà dello Stato, Schmitt, "Verfassungsglehre", Munchen, 1928, § 9 e 12-14.

¹⁶ Cesarini Sforza, "Volontà privata ed autonomia", in riv. intern. filos. dir, a. X, 1930.

¹⁷ In sostanza questo non è altro che lo schema classico della teoria del contratto sociale che, concentrandosi esclusivamente sulla volontà individuale, nega la liceità per l'individuo di ogni esercizio diretto della forza.

Nel sistema dell'eteronomia la volontà individuale è una creazione dell'ordinamento mentre, nel sistema dell'autonomia, questa è il fatto da cui la norma negoziale trae esistenza.

Se, dunque, autonomia significa facoltà di porre un regolamento dei propri interessi, posto che è funzione dell'ordinamento generale statale dettare discipline che conformano assetti d'interessi, il problema è individuare il rapporto tra ordinamento dello Stato e autonomia negoziale¹⁹.

Un angolo prospettico da cui la questione è stata a lungo analizzata e che riecheggia note dispute filosofiche, è quello di stabilire se la causa degli effetti giuridici risieda direttamente nella volontà privata o in quella statale.

Le ricostruzioni offerte dalle teorie maggiormente accreditate possono raggrupparsi, con un margine accettabile di approssimazione, intorno all'uno o all'altro capo del rapporto volontà individuale - volontà statale.

Gli effetti giuridici, secondo una prima, più datata, impostazione, troverebbero fonte nella volontà individuale, limitata solo dall'esterno dalle norme statali²⁰.

L'ordinamento generale, in quest'ottica, si limiterebbe a offrire tutela ai rapporti giuridici.

In tal modo si confondono, tuttavia, i piani; altro è l'impulso psichico che dà causa all'atto, altro è la fonte dell'effetto giuridico²¹.

Tale tesi, in particolare, non offre spiegazione della singolare eterogenesi della volontà individuale in effetto giuridico²².

La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici ha cercato di offrire soluzione al problema ponendo in luce i rapporti tra realtà sociale e ordinamento giuridico, sotto il profilo dell'attuazione coercitiva della regola privata²³.

¹⁸ Un sistema fondato sulla volontà individuale farà capo a premesse giusnaturalistiche, mentre per i sistemi fondati sulla volontà statale vale "il fatto storico irrefutabile" dell'esistenza di tale sovranità, così Passerin d'Entrevès op. cit., p. 70.

¹⁹ Norma privata, autonoma, e norma dello stato, come detto, sono, infatti, equivalenti da un punto di vista funzionale.

²⁰ Il riferimento è alla tesi del Savigny, circa la "capacità naturale della volontà di porre rapporti giuridici", op. cit., vol. III, § 113. Tale tesi è stata autorevolmente sostenuta in Italia negli anni '60 del secolo scorso dallo Stolfi, "Teoria del negozio giuridico".

²¹ La cosiddetta causa giuridica dell'effetto.

²² Per altro, secondo questa impostazione, non potrebbe distinguersi tra atti negoziali e non negoziali, posto che anche per i secondi dovrebbe essere pur sempre la volontà individuale la causa dell'atto, mentre è sempre stata pacifica, anche tra i sostenitori di tale teoria, la riconduzione dell'efficacia giuridica alla legge. Evidenti la dottrina politica e la matrice filosofica di tale teoria, che ha lo scopo di costruire i rapporti tra stato e individuo nell'area degli affari economici secondo una rigida sussidiarietà orizzontale.

²³ S. Romano, "L'ordinamento giuridico", Firenze, II ed., 1951. Si veda, altresì, Salv. Romano, "Ordinamento sistematico del diritto privato", I, 1964, p. 212.

La soluzione prospettata è, tuttavia, il problema.

Il contratto, secondo questa tesi, costituisce un ordinamento in sé compiuto e autonomo.

L'ordinamento generale dello Stato, tuttavia, dettando le condizioni per l'attuazione coattiva del precetto, lo qualifica.

La giuridicità discende dalla norma statale che qualifica in termini di validità un regolamento altrimenti solo socialmente impegnativo²⁴.

Nell'ambito delle teorie che ricollegano alla volontà individuale gli effetti giuridici può ricondursi anche la teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento.

Il tentativo di superare la dipendenza dell'ordinamento posto dal privato da quello generale, da cui il primo trae la qualifica di giuridicità, ha indotto i sostenitori di tale tesi a ricondurre, annullandolo, il primo nel secondo²⁵.

Quasi che il risultato di questa kenosi fosse la consustanziazione dei due ordinamenti²⁶.

La giuridicità della regola contrattuale discende dalla sua appartenenza ad un unico e complessivo sistema normativo²⁷.

I privati, secondo questa tesi, nel porre la regola con cui danno assetto ai propri interessi, attuano l'ordinamento divenendo produttori di norme giuridiche oggettive.

A ben vedere, tuttavia, questa ricostruzione sostanzialmente si concentra solo sull'attuazione coattiva del diritto, trascurando l'esecuzione spontanea dei patti, degradando così il diritto soggettivo in diritto all'azione.

²⁴ Può anche dirsi, su un piano descrittivo e, comunque, non giuridico che tale teoria coglie i legami tra legge e società; un regolamento socialmente impegnativo, tuttavia, da un punto di vista giuridico, è una contraddizione in termini.

²⁵ Nel pensiero di Hans Kelsen, magistralmente espresso ne "La dottrina pura del diritto", trad. it., di Losano, Torino 1966, l'unità dell'ordinamento è il risultato di un'impostazione logica e consequenziale; una ricostruzione per così dire *more geometrico*. L'ordinamento giuridico sarebbe un *ordo normarum*, appartenente al mondo del dover essere (*Sollen*), e va perciò distinto dall'*ordo rerum*, secondo il linguaggio di Spinoza, che appartiene al mondo dell'essere (*Sein*). Cfr. Frosini, voce Ordinamento giuridico (filosofia del diritto), Enc. Dir., Vol. XXX, p. 648.

²⁶ In sostanza la soluzione del problema è stata ravvisata nell'eliminazione del problema, in un atto di cannibalismo giuridico.

²⁷ L'ordinamento giuridico sarebbe, quindi, raffigurabile come una sorta di scala costituita, in ordine decrescente, dalla Costituzione, dalla legislazione ordinaria, dalla giurisdizione, dagli atti amministrativi, e, infine, dalla realizzazione dell'atto coattivo sanzionatorio, consequenziale all'illecito. L'atto coattivo avrebbe il carattere di pura esecuzione mentre il presupposto della Costituzione avrebbe il carattere di pura posizione di norme. Tutto ciò che è intermedio, viceversa, è contemporaneamente posizione ed esecuzione di norme: posizione per quanto riguarda la fonte sottordinata, esecuzione per quanto riguarda la fonte sopraordinata.

Nella sua astratta linearità formale, quindi, questa tesi trascura una porzione essenziale della fenomenologia giuridica.

Altre teorie sciolgono l'alternativa tra volontà individuale e statale quale fonte di effetti giuridici, in favore della seconda.

La volontà privata, in quest'ottica, pone solo il fatto, conforme alla fattispecie descritta dalla norma e alla quale questa ricollega gli effetti.

In tal modo la volontà individuale degrada a mero fatto tra gli altri fatti.

La teoria precettiva, pur attribuendo all'ordinamento generale il compito di configurare gli effetti giuridici del negozio, cerca di recuperare un ruolo alla volontà individuale, ricostituendo sotto altre forme il dualismo società-ordinamento giuridico, già caratteristico della teoria della pluralità degli ordinamenti^{28 29}.

Il negozio giuridico, secondo tale scuola, porrebbe un precetto idoneo a impegnare gli autori sul piano sociale.

Un precetto impegnativo in modo compiuto e autonomo che, tuttavia, dipende per la produzione delle conseguenze giuridiche dalla qualificazione giuridica dell'ordinamento statale.

L'ordinamento, dunque, riceverebbe un precetto, cui deciderebbe poi di attribuire o meno gli effetti giuridici; non un mero fatto, quindi.

Tale precetto, tuttavia, anche volendo ad esso riconoscere vincolatività sociale, trarrebbe solo dalla norma oggettiva la propria qualificazione e, dunque, non sarebbe affatto diverso da qualunque altro fatto³⁰.

Individuati i tratti connotativi peculiari del sistema autonomo e di quello eteronomo, può esaminarsi il problema dei rapporti reciproci tra quei sistemi.

Si pone, cioè, il problema della rilevanza del riconoscimento dell'autonomia da parte di una "istanza superiore, fonte di diritto", ossia dell'ordinamento dello Stato³¹.

L'esistenza di una norma di un ordinamento che riconosce la rilevanza di un altro ordinamento non esclude necessariamente l'autonomia, ossia l'originarietà del sistema di norme riconosciuto.

"Volontà privata autonoma" è, infatti, quella che si pone a fondamento di un sistema di norme, come tale unico ed esclusivo, a prescindere dalla rilevanza e dall'efficacia attribuitegli da altri sistemi di norme³².

²⁸ Betti, "Teoria generale del negozio giuridico", 1994 (rist.), p. 43.

²⁹ Scognamiglio, "Contributo alla teoria del Negozio Giuridico", Napoli 1969.

³⁰ Schlesinger, Giur. It., 1999, p. 230.

³¹ In linea teorica il riconoscimento di autonomia a un soggetto subordinato può avere due funzioni 1) nomogenetica: ossia una delega di potere normativo, sicché le norme poste dal delegato integrano l'ordinamento giuridico delegante; 2) posizione di fatti produttivi di rapporti giuridici, previsti e disciplinati in astratto dalle norme dell'ordinamento generale, così Betti, voce "Autonomia Negoziale", in Noviss. dig. Ita., cit., p. 1559.

Il fatto che una norma dell'ordinamento statale riconosca l'autonomia privata non ha implicazioni, in punto di qualificazione dell'autonomia nei confronti dell'ordinamento statale.

La norma oggettiva statale può "riconoscere" l'ordinamento autonomo, rendendolo rilevante nei suoi confronti, senza operare una formale "recezione" dell'ordinamento riconosciuto³³.

La tecnica della recezione implica che la norma autonoma, negoziale, sia qualificata come preesistente, operando quale fonte di diritto per l'ordinamento statale, innovandolo.

In forza della tecnica della recezione non si avrebbero solo due ordinamenti, reciprocamente rilevanti, ma la norma negoziale, posta dal sistema autonomo, sarebbe recepita come norma propria dall'ordinamento statale.

Il riconoscimento dell'ordinamento autonomo operato dalla norma oggettiva statale, invece, renderebbe il primo rilevante nei confronti del secondo con la funzione di porre le fattispecie normative dell'ordinamento statale³⁴.

Seguendo i rigorosi principi della dommatica non può che constatarsi un fatto; l'autonomia negoziale è un "prodotto" giuridico determinato.

Determinato nelle sue coordinate storiche e giuridiche.

Può desumersi, dunque, che, in un dato momento storico, dato un certo assetto normativo, l'autonomia negoziale abbia una determinata configurazione, una determinata "sfera", come amano dire alcuni³⁵.

³² Si allude al saggio del Tedeschi dal titolo appunto "Volontà privata autonoma", in riv. intern. filos. dir., a. IX, 1929.

³³ La raffinata distinzione tra riconoscimento e recezione è, come noto, opera del Betti, *op. loc., cit.*

³⁴ Un utile punto di vista per comprendere come effettivamente opera nel nostro sistema il rapporto tra autonomia negoziale ed eteronomia si ha analizzando l'art.1374 c.c. Da tale disposizione emerge come i privati abbiano perso il monopolio nella predisposizione dell'assetto d'interessi per loro vincolante (cfr. Gazzoni, "Equità e autonomia privata", 1970, Padova e "Manuale di diritto privato", XIII ed., 2007, Napoli, p. 780). La norma indica quali sono le fonti di disciplina del regolamento contrattuale: fonti autonome, ossia la volontà delle parti, ed eteronome, legge, usi, equità. Il che non implica una modificazione strutturale e funzionale del contratto, inteso quale mezzo di autoregolazione di privati interessi. Si tratta, in realtà, di consentire l'adeguamento dello strumento contrattuale alla tutela di interessi, meritevoli di protezione, ad esso esterni ma che potrebbero esser pregiudicati o non trovare soddisfazione a causa del contratto (cfr. Barcellona, voce "Libertà contrattuale", in Enc. dir., XXIV, 1974, pp. 493-494).

³⁵ Non si creda tuttavia di utilizzare vocaboli neutri; l'immagine della sfera conchiusa in se stessa è strumentalmente evocativa di uno spazio riservato e separato dall'ordinamento eteronomo ed è quindi funzionale alla veicolazione di una particolare concezione di autonomia negoziale.

Solo nel rapporto con la norma oggettiva, il fatto della manifestazione della volontà assume rilievo giuridico.

Mutando la norma attributiva del potere, cambia anche il potere, la sua configurazione.

L'autonomia negoziale deriva quindi da un principio giuridico, non è essa stessa fonte di principi giuridici³⁶.

L'ordinamento crea l'autonomia negoziale, fondandola con una propria norma.

Per l'autore del negozio l'autonomia, quindi, è un dato esogeno.

Ricondotto il problema in questi termini, può conclusivamente affermarsi che il problema dell'autonomia privata non è un problema logico e, quindi, immutabile nel tempo.

Non è costruibile in termini di verità, evidente in ogni luogo allo stesso modo da tutte le menti razionali.

Esso risponde alle dinamiche mutevoli e funzionali delle ideologie.

Funzionali in quanto la nozione di autonomia, lo spazio ad essa riservato, muterà in funzione dell'ideologia dominante³⁷.

³⁶ Ferrara, "Trattato di diritto civile italiano", vol. I, p. 46.

³⁷ Passerin d'Entrèves, "un sistema fondato sul principio di sovranità statale debba portare logicamente con se la dissoluzione di qualunque autonomia che non sia quella della volontà statale. Il che non significa peraltro un diniego della possibilità, di riconoscere alle complesse forme della realtà sociale e corporativa, riconosciuta ed integrata nel sistema unitario dello Stato, la capacità di concorrere e di collaborare alla produzione di norme giuridiche, cioè del diritto: ma soltanto la necessità di riconoscere a queste il carattere di norme eteronome", op. cit., pp. 105-106.

PARAGRFO II. - LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA NEGOZIALE³⁸.

L'art. 1341 c.c. prevede che "le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto, questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle secondo l'ordinaria diligenza"³⁹.

Le condizioni generali di contratto sono, quindi, una tecnica di predisposizione del contenuto del contratto svincolata dal documento negoziale.

Caratteristica, questa, che differenzia, sia a livello concettuale che strutturale, la tecnica in esame da quella costituita dalla predisposizione di moduli o formulari, nei quali è integralmente trasfuso il contenuto del negozio stipulando⁴⁰.

L'inquadramento giuridico del fenomeno costituisce da tempo oggetto di disputa tra coloro che sostengono la natura negoziale di tali clausole e chi ne sostiene, al contrario, la natura normativa⁴¹
⁴².

³⁸ La letteratura sul tema è molto ampia. Tra le monografie: Dossetto, "Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli e formulari", 1951; Ant. Genovese, "Le condizioni generali di contratto", 1954; Roppo, "Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa", 1975. Tra le opere collettanee: "Le condizioni generali di contratto" a cura di C.M. Bianca, 2 voll., 1981 Contributi e note: Salandra, "contratti preparatori e contratti di coordinamento", riv. dir. comm., 1940, I, p. 21, Salandra, "I contratti di adesione", riv. dir. comm., 1928, I, p. 409; Scozzafava, "La natura dei contratti standard, un problema di metodo", riv. trim. dir. proc. civ., 1979, p.960; Maiorca, "Contratti standard", in Noviss. Dig. It., App., s.d.; Realmonte, "Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto", Jus, 1976; Alpa, "Condizioni generali di contratto", NGCC, 1988; Bianca, "Condizioni generali di contratto", in Enc. giur., 1988; Chinè, "Contratti di massa", in Enc. dir., agg. I, 1997.

³⁹ Il comma II della disposizione citata detta una disciplina differente per alcuni tipi di clausole, individuate dalla stessa norma. Tali clausole (cosiddette vessatorie) si caratterizzano per il fatto di derogare alla disciplina legale (dispositiva) in favore del predisponente; la loro efficacia viene, quindi, subordinata dalla legge all'approvazione scritta da parte dell'aderente. Tale caratteristica differenzia, come si cercherà di mostrare più avanti, le condizioni generali di contratto dalle clausole vessatorie.

⁴⁰ Il modello costituito dalla predisposizione di moduli da parte di una delle parti del contratto è maggiormente risalente, da un punto di vista storico, rispetto a quello delle condizioni generali ed ha un significato giuridico completamente diverso (riferimenti in Ant. Genovese, voce "Le condizioni generali di contratto", in Enc. dir., VIII, pp. 802-803.

⁴¹ La distinzione, a seguito dell'introduzione della specifica disciplina posta dall'art. 1341 c.c., non ha conseguenze significative in punto di disciplina concreta. Una limitata utilità può derivare, invece, dall'inquadramento dell'atto positivo delle condizioni generali di contratto, come cercheremo di mostrare più avanti.

⁴² Nell'ottica del codice le condizioni generali di contratto sono manifestazione di autonomia privata, hanno cioè natura negoziale e non normativa. La dottrina prevalente accoglie questa

Per alcuni le condizioni generali di contratto sarebbero clausole, per altri sarebbero norme obiettive⁴³⁴⁴.

La similitudine delle condizioni generali di contratto con le norme oggettive parrebbe dettata dal carattere unilaterale, generale e astratto che le prime hanno in comune con le seconde.

Può, tuttavia, concordarsi con quanti affermano che queste clausole svolgano una funzione normativa, solo da un punto di vista descrittivo.

La vincolatività delle condizioni generali per il destinatario è, infatti, subordinata dalla legge (almeno) alla conoscibilità delle stesse; il che pare evidentemente in contrasto con la caratteristica

qualificazione: per un'analisi del dibattito cfr. Roppo, *op. cit.*, pp. 83 ss.; Costanza "Natura normativa delle condizioni generali di contratto", in *Condizioni generali di contratto*, cit., I, pp. 155 ss; Scozzafava, "La natura dei contratti standard, un problema di metodo", in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 960 ss.. Oggi, per altro, l'attenzione della dottrina è assorbita dal tema della tutela del contraente debole.

⁴³ La tesi della natura normativa delle condizioni generali di contratto è stata originariamente sostenuta soprattutto dalla dottrina francese (cui si deve, per altro, anche la fortunata formula di "contratto per adesione": Saleilles, "Déclaration de volonté", Paris, 1901, pp. 229-230). Oltre all'opera del Saleilles da ultimo citata, si segnalano i contributi del Duguit, "Les transformations generales du droit privé depuis le code Napoleon", Paris, 1912, pp. 116-123; Dollat, "Le contrat d'adhésion", Paris, 1905; Hauriou, "Principes de droit publique", Paris, 1910, p. 211. Il dibattito sulla natura delle condizioni generali del contratto non ha destato particolare interesse nella dottrina italiana; alla, iniziale, autorevole presa di posizione di alcuni autori in merito alla natura negoziale del fenomeno (Ascoli, *riv. dir. civ.*, 1910, pp. 503 ss.; Carrara, "Formazione dei contratti", Milano, 1915, Barassi, "Contratto di lavoro", II ed., 1916, pp. 172-173; Vivante, "Trattato di diritto commerciale", IV, n. 2037; Salandra, "I contratti di adesione", *riv. dir. comm.*, 1929, I, pp. 411 ss) ha fatto seguito l'adesione del resto della dottrina. Va comunque segnalato che tali pregevoli contributi – pregevoli proprio per la loro fedeltà al dato positivo- si riferiscono ad un quadro normativo (il codice di commercio del 1865) diverso da quello attualmente vigente che, diversamente dal precedente, presenta apposita norma sulle condizioni generali di contratto. La dottrina successiva non ha ritenuto di valorizzare tale innovazione normativa per mutare il proprio orientamento. Per quanto attiene alla dottrina italiana meno risalente, che ha affrontato *ex professo* la questione *de qua*, ci limitiamo a segnalare, tra i sostenitori della teoria normativa, Costanza, "Natura normativa delle condizioni generali di contratto", in "Le condizioni generali di contratto", a cura di Bianca, 1979, spec. p. 159; Marsili, "Le condizioni generali di contratto", *riv. dir. comm.*, 1951, p. 124; Capaccioli, "Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano", 1986.

⁴⁴ La disputa pare male impostata. Anche le norme obiettive diventano clausole del contratto per effetto dell'art.1374 c.c. (cfr. Grassetti, voce "Clausola del negozio", in *Enc. dir.*, vol. VII, secondo il quale è clausola, intesa come comando etero normativo, anche un comando, un precetto inserito dalla legge nel contratto inderogabilmente o dispositivamente). Icasticamente l'art. 1339 parla di clausola nell'ipotesi di inserzione automatica. Nella stessa disposizione il legislatore qualifica clausola sia il comando etero normativo, sia quello pattizio.

tipica della legge di trovare applicazione a prescindere dalla conoscenza del destinatario del precetto⁴⁵.

L'art. 1341 c.c., in effetti, scinde dall'oggetto del consenso, pure nella forma minore dell'adesione, le clausole predisposte unilateralmente dalla parte; esse non sono oggetto di consenso né di adesione, posto che la loro efficacia è determinata da un diverso fenomeno, ossia la conoscenza effettiva o ipotetica delle stesse⁴⁶.

⁴⁵ Recentemente, in dottrina, la tesi della natura normativa delle condizioni generali di contratto è stata sostenuta da Orlandi, "Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria", in "Tradizione civilistica e complessità del sistema", a cura di Macario-Miletti, Milano, 2006, p. 347 e in "La forma dei contratti di massa", in "Studi in onore di Confortini", vol. III, Napoli, 2008, p. 1251, a cui risponde d'Andrea, "Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione", in "Autonomia privata individuale e collettiva", a cura di Rescigno, Napoli, 2006, spec. pp. 1-2 del dattiloscritto in nota n.1 e n. 3.

⁴⁶ L'introduzione nel codice civile del 1942 di una norma che disciplina specificamente le condizioni generali di contratto non ha indotto, come osservato sopra (nota n. 34), la dottrina a interrogarsi sull'effetto previsto dalla disposizione citata, consistente nella vincolatività per l'aderente delle clausole unilateralmente predisposte dall'altro contraente, purchè conoscibili. Proprio l'analisi della modalità di inserimento nel contratto delle condizioni generali, in assenza di una norma equipollente all'art. 1341 c.c., avrebbe dovuto indurre ad una maggiore riflessione sulla particolarità di questa disposizione. Riconosciuta la natura negoziale delle condizioni generali di contratto, la loro efficacia vincolante per l'aderente, in assenza di norma analoga all'art. 1341 c.c., non poteva che trovare fondamento nel consenso. Il punto merita qualche precisazione. Il procedimento di formazione del contratto per adesione non poteva, nemmeno allora, essere ricostruito semplicemente come l'incontro tra proposta (del predisponente le clausole) e accettazione (dell'aderente). La ricostruzione, in questi termini, per altro simili a quelli prospettati pacificamente sia pure implicitamente ancora oggi, pare, quanto meno, impropria. Normalmente le condizioni generali non sono predisposte da chi poi, in sede di stipulazione del contratto, assumerà la veste di proponente; al contrario, tale sarà il più delle volte l'aderente. Tralasciando questa osservazione di carattere empirico, le clausole generali non possono comunque, proprio per il loro carattere generale, non specifico e per essere rivolte ad un soggetto indeterminato o non determinabile, fungere da proposta in senso tecnico. In assenza di una norma come l'art. 1341 c.c., la vincolatività per l'aderente delle condizioni generali approntate dall'altra parte deve trovare causa in un accordo che, da un punto di vista logico, precede il successivo contratto; ossia un accordo normativo da cui discende l'impegno per le due parti a includere nel successivo contratto le clausole generali, oggetto di adesione. L'adesione, nel sistema previgente, si riferiva alle condizioni generali e, quindi, non era sufficiente per determinare la conclusione del contratto. A rigore, quindi, da un punto di vista logico, in assenza di un meccanismo normativo analogo a quello approntato dall'art. 1341 c.c., il contratto cosiddetto di adesione, ossia quello con contenuto parzialmente predisposto unilateralmente da una delle parti, doveva essere preceduto da un accordo sull'inserimento nel testo di un successivo contratto di tali clausole. Le parti erano quindi bilateralmente impegnate a inserire le clausole generali nel contratto. Diversamente, grazie all'art. 1341 c.c., il predisponente non può dirsi vincolato ad inserire le proprie condizioni generali nel contratto. Riferimenti in Salandra, "I contratti di adesione", loc. cit., spec. pp. 414-419.

La recessività della ricostruzione normativa delle condizioni generali è determinata, quindi, da argomenti difficilmente confutabili.

L'art. 1341 c.c., tuttavia, da un punto di vista storico, trova in parte origine nella giurisprudenza tedesca degli anni '40 del secolo scorso sul fenomeno della predisposizione unilaterale uniforme di clausole. Secondo i giudici tedeschi le condizioni generali di contratto hanno natura normativa, discendendo da ciò il corollario dell'efficacia delle stesse nei confronti dell'aderente a prescindere dalla conoscenza o meno del contenuto delle stesse⁴⁷.

Può, comunque, registrarsi una diffusa preferenza per la qualificazione delle condizioni generali di contratto come atto esplicativo di autonomia negoziale⁴⁸.

L'art. 1341 citato subordina, come detto, l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza effettiva o ipotetica che di esse abbia l'aderente.

Possono, tuttavia, essere prospettate tre modalità di inserimento delle stesse nel contratto.

Le condizioni generali possono essere inserite nel testo (fattispecie sostanzialmente analoga a quella dei moduli o formulari), o essere richiamate, oppure, non riprodotte né richiamate, e, quindi, esterne ed estranee al testo contrattuale, possono acquistare efficacia perché "in altro modo conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza"⁴⁹.

Le clausole inserite o richiamate nel testo, non sono oggetto di disciplina ad opera dell'art.1341, comma I, c.c.; entrambe sono oggetto dell'approvazione dei contraenti, posto che sia le clausole inserite che quelle solo richiamate divengono parte del testo contrattuale⁵⁰.

Ciò costituisce normale conseguenza dei principi espressi dagli artt. 1326 ss., c.c.⁵¹.

⁴⁷ Riferimenti in Gitti, "Contratti regolamentari e normativi", pp. 32 ss., Padova, 1994. La classificazione delle condizioni generali come esplicazione di una potestà normativa o negoziale può sembrare un inutile esercizio dommatico nel nostro sistema normativo, che ha preso atto del fenomeno, disciplinandolo, almeno in parte, ma così non è, come dimostra appunto l'esperienza della giurisprudenza tedesca.

⁴⁸ Normalmente a favore di questa ricostruzione si prospetta il dato testuale (è lo stesso legislatore a qualificare il fenomeno come condizioni generali di "contratto"), il dato della collocazione sistematica (l'art. 1341 è in effetti inserito nelle norme sulla formazione del contratto). Nella relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale, n.167, si afferma che "la grande importanza assunta dai contratti per adesione mi ha spinto alla loro disciplina, per lo meno dal punto di vista della loro formazione e della loro interpretazione".

⁴⁹ Galli, "Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto", in Studi Parmensi, 1980, p. 143.

⁵⁰ Tramite il rinvio alle condizioni generali queste divengono parte del contenuto regolamentare del contratto, seppure *per relationem*. Tramite la tecnica della *relatio* l'oggetto del contratto è immediatamente determinato; riferimenti in Irti "La disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui", 1967, pp. 194 ss.

⁵¹ Così anche Realmonte, "Le condizioni generali riprodotte e richiamate nel contratto", in *jus*, 1976 p.80 ss., il quale considera accettate dall'aderente le condizioni generali di contratto in entrambe le ipotesi.

La disciplina recata dalla disposizione in commento è rivolta solo ai casi di condizioni generali né riprodotte né richiamate ma altrimenti conosciute o conoscibili⁵².

Le condizioni generali di contratto sono estranee al procedimento ordinario di conclusione del contratto basato sull'accordo; la fattispecie contemplata dall'art. 1341 c.c. prescinde, infatti, dal consenso⁵³.

Prescinde nel senso che è indifferente.

Si registra quindi una "sfasatura tra l'oggetto dell'accordo e la disciplina del vincolo"; un fenomeno d'integrazione del contenuto del contratto, dunque⁵⁴.

Nell'ambito dell'inquadramento negoziale delle condizioni generali di contratto, sono prospettate sostanzialmente due ricostruzioni dell'efficacia vincolante delle stesse.

Il fondamento della vincolatività, secondo una prima ricostruzione, risiederebbe comunque nel consenso, in quella fattispecie embrionale, semplificata rispetto al modello tradizionale, di accordo, pur ravvisabile nel procedimento di conclusione del contratto per adesione.

Le condizioni generali di contratto rappresenterebbero, quindi, manifestazione di autonomia negoziale⁵⁵.

Secondo altra dottrina, invece, la vincolatività delle condizioni risiederebbe, nella volontà individuale del predisponente, abilitato a ciò dall'ordinamento.

⁵² Paradossalmente la dottrina meno recente riteneva che l'art. 1341 cc. disciplinasse esclusivamente il caso delle condizioni generali oggetto di adesione diretta o indiretta. Ad es. De Martini, "Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie", in *Giur. Compl. cass. civ.*, 1948, p. 1073 ss..

⁵³ L'irrilevanza giuridica dell'accordo ai fini della vincolatività delle clausole per l'aderente è centrale e non va confusa con l'irrilevanza di fatto della partecipazione di tutte le parti alla predisposizione del testo contrattuale. Una volta sottoscritto, il contratto, pur approntato da un terzo, si imputa giuridicamente a tutte le parti, anche geneticamente. Così Rodotà, "Le fonti d'integrazione del contratto", Milano 1969, p. 65.

⁵⁴ Gitti, "Contratti normativi e regolamentari", Pavia, 1994, p. 32 ss.. L'Autore, per altro, riconduce la vincolatività delle condizioni generali all'autonomia negoziale conformata nei suoi effetti "particolari" dalla legge, e distingue tra attività di predisposizione e prodotto della predisposizione.

⁵⁵ Così, *ex multis*, Ant. Genovese, voce "Le condizioni generali di contratto", in *Enc. dir.*, VIII, spec. pp. 805-806, Roppo, "Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa" cit., pp. 40 ss.; Realmonte, "Condizioni generali di contratto riprodotte o richiamate", loc. cit., p. 118; Nuzzo, "Condizioni generali di contratto", in "Dizionario del diritto privato", a cura di Irti, Milano, 1980, p. 157. Questa è anche la posizione assunta, seppur implicitamente, anche nella manualistica; cfr. Torrente-Schlesinger, "Manuale di diritto privato", XVII ed., Milano, pp. 490-492, Trimarchi, "Istituzioni di diritto privato", XV ed., Milano, 2003, pp. 265-266; Gazzoni "Manuale di diritto privato", XIII ed., 2007, Napoli, p. 780; Sacco-De Nova, "Il contratto", in "Trattato di diritto civile", diretto da Sacco, Torino, III ed., t. I, p. 362

L'atto fonte delle condizioni generali sarebbe una dichiarazione unilaterale che in tanto produce effetti vincolanti per il terzo in quanto una disposizione normativa lo preveda⁵⁶.

L'aderente sarebbe vincolato da un precetto eteronomo.

La dottrina più accreditata sull'argomento esclude che la rilevanza del fenomeno possa essere ricondotta a strumenti sostanzialmente finzionistici, come la volontà tacita o presunta, ovvero a principi generali, quali la buona fede, o praeterlegali, come l'autoresponsabilità⁵⁷.

Su tali ricostruzioni indulge, invece, autorevole dottrina secondo la quale l'efficacia delle condizioni generali troverebbe comunque titolo nel contratto; dunque nella volontà e nell'accettazione della parte aderente^{58 59}.

⁵⁶ Così Gitti, *op.*, loc. cit..

⁵⁷ Cfr. Ant. Genovese, voce "Condizioni generali di contratto", Enc. dir., VIII, pp. 803 ss.. Secondo l'Autore le condizioni generali sarebbero costituite dalla "volontà generale del predisponente in cui vengono insieme in considerazione lo scopo di quelle (uniformità), il modo proprio di formarsi (predisposizione) e quello di agire (rigidità) delle condizioni in parola". Il tratto connotativo peculiare della fattispecie di cui all'art. 1341 c.c. sarebbe, secondo l'A., l'intento uniforme del predisponente rispetto ad una serie ipotetica di futuri contratti. L'uniformità dell'intento andrebbe desunta sia dal mezzo utilizzato sia dalla predisposizione unilaterale. Tale intento, desunto dalle circostanze indicate, discriminerebbe la predisposizione unilaterale rilevante ai fini dell'art. 1341 c.c. dalla "preordinazione di elementi di un qualsiasi contratto, che rileva nell'iter perfezionativo di ogni stipulazione". Il carattere della predisposizione unilaterale, così descritto, ricorrerebbe anche nell'assunzione di condizioni generali formulate da terzi e persino quando l'assunzione di condizioni generali viene effettuata mediante rinvio bilaterale dei contraenti a condizioni formulate da altri soggetti.

⁵⁸ Si allude a Bianca, "Diritto civile", Milano, Giuffrè, vol. III, p.340 ss., il quale, sciolta l'alternativa tra la natura negoziale o normativa delle condizioni generali a favore della prima ricostruzione, ritiene che le dichiarazioni con le quali il predisponente pone le condizioni generali siano espressione di un potere autoritativo privato.

⁵⁹ Secondo Bianca, *op.*, loc. cit., sarebbe sufficiente la generica accettazione di quanto predisposto dall'altra parte. Si tratterebbe, per l'A., di fenomeno analogo alla cosiddetta sottoscrizione al "buio" di clausole contrattuali, atteso che al contraente interesserebbero i punti essenziali del contratto, mentre per il resto si affiderebbe a quanto predisposto dalla controparte. La vincolatività delle clausole sottoscritte al "buio" si radicherebbe, quindi, sul significato obiettivo della sottoscrizione come accettazione, temperata dal principio di autoresponsabilità. Si rileva, tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, che le condizioni generali, prescindendo dall'accettazione anche negligente dell'aderente, entrano nel contratto indipendentemente dal suo consenso. Ragionando per assurdo: ove il consenso dell'aderente fosse viziato, nell'ipotesi della sottoscrizione al buio, radicato sulla tutela dell'affidamento incolpevole dello stipulante, sarebbe esperibile l'azione di annullamento, mentre gli strumenti a tutela del consenso, nel caso delle condizioni generali, sarebbero inapplicabili, posto che queste entrano ugualmente e validamente nel contenuto del contratto essendo estranee all'oggetto della volizione dell'aderente. Ove mancasse una disposizione analoga all'art. 1341 c.c., le condizioni generali, essendo unilateralmente predisposte, non potrebbero entrare nel

Scartate le tesi che fondano sull'accordo l'efficacia delle condizioni generali, può notarsi che, conformemente ai principi generali, ove mancasse una norma dal contenuto analogo all'art. 1341 comma I, c.c., l'atto unilaterale del predisponente non potrebbe produrre alcuna conseguenza giuridica sulla controparte.

L'effetto vincolante è, quindi, legale.

Nella prospettiva dell'art.1341 c.c. la volontà dell'effetto, ossia la volontà di vincolare l'aderente alle clausole predisposte unilateralmente, è irrilevante.

Poste e rese conoscibili le condizioni di contratto, queste producono l'effetto, a prescindere dalla rappresentazione o dalla volizione del predisponente⁶⁰.

La classificazione giuridica dei fenomeni è in funzione della norma, ossia della rilevanza che la norma assegna a dati requisiti, onde farne derivare conseguenze giuridiche⁶¹.

L'ordinamento qualifica atto giuridico un comportamento umano che produce effetti giuridici ove volontario e consapevole.

Nell'ambito degli atti giuridici si distinguono negozi e atti giuridici in senso stretto.

Entrambi sono costituiti da congegni umani volontari e consapevoli.

Secondo la dottrina tradizionale, il negozio si caratterizzerebbe per il rilievo giuridico riconosciuto alla volontà diretta alla produzione degli effetti (cosiddetto intento empirico)⁶².

Il negozio, per la dottrina oggettivistica, invece, è un atto esplicativo di un potere di autoregolamento di natura dispositiva⁶³.

contratto se non riprodotte o richiamate nel testo e, quindi, ricomprese nel significato oggettivo della sottoscrizione.

⁶⁰ Poniamo che il predisponente ponga delle misure per organizzare la propria attività, senza avere la volontà di rendere tali misure vincolanti per gli altri contraenti, che tuttavia le conoscano, tale effetto non si produrrebbe solo per ciò?

⁶¹ Secondo l'insegnamento di autorevolissima dottrina, fatti giuridici in senso ampio sono tutti i fatti produttivi di un evento giuridico, cioè di un effetto. I fatti, quindi, non sono fatti giuridici da un punto di vista ontico, ma perché la norma, ai fini della produzione dell'effetto, si disinteressa della provenienza umana del fatto o della sua volontarietà cfr. Santoro Passerelli., voce "Atto giuridico" in Enc. dir., Giuffrè, Milano 1962, vol. IV, p. 202.

⁶² Riferimenti ed ulteriore bibliografia in Mirabelli, "Negozio giuridico (teoria)", Enc. dir., XXVIII, pp. 6 ss..

⁶³ Secondo questa teoria l'ordinamento giuridico dinanzi all'attività giuridica rilevante e lecita dei privati ha due possibilità: 1) riconoscere ai privati il potere di regolare da se i propri interessi accordandogli potere dispositivo di questi (autonomia privata); 2)riservare a se stesso la competenza a disciplinare certi comportamenti, assumendoli come presupposti cui riconduce effetti tipici (fattispecie legale). Nel caso della fattispecie legale, l'atto vale in quanto la norma oggettiva riconnette ad esso effetti giuridici, non in quanto da solo idoneo a regolare quegli interessi. Il comportamento assume valore legale tipico. Nel caso dell'autonomia negoziale, l'atto vale invece come esplicazione di un potere di

La differenza tra negozio e atto giuridico in senso stretto risiederebbe nel fatto che la norma disciplina l'atto come autoregolamento impegnativo ovvero come presupposto mero di effetti giuridici, preordinati dalla legge.

L'atto, dal punto di vista della norma, non conta per ciò che eventualmente dispone ma in quanto presenti tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

La qualificazione giuridica della promessa di matrimonio è, alla stregua dell'art. 81 c.c., quella di atto giuridico in senso stretto, posto che per la norma non rileva ciò che essa dispone, ossia la promessa, il regolamento d'interessi da essa dettato, ma solo l'atto come presupposto mero dell'effetto (il risarcimento del danno)^{64 65}.

L'art. 81 c.c. mostra che la promessa di matrimonio non ha rilievo giuridico in quanto atto di autonomia, dettante regole che il promittente si impegna ad eseguire.

L'obbligazione risarcitoria, effetto della fattispecie disciplinata e prevista dall'art. 81 c.c., presuppone la promessa e la sua inesecuzione ma non trova causa giuridica nel suo inadempimento⁶⁶.

Il negozio giuridico viene valutato dalla norma che lo qualifica, da un punto di vista strutturale, come una volontà precettiva, e, da un punto di vista funzionale, come una volontà dispositiva⁶⁷.

Il negozio giuridico, consequenzialmente, ha sempre un impatto novativo sulla realtà giuridica preesistente, proprio in quanto ne costituisce disposizione.

L'atto giuridico in senso stretto non viene in rilievo, nella sua relazione qualificatrice con la norma, per ciò che eventualmente disponga, quanto per il fatto di essere una condotta volontaria e consapevole dell'agente.

La norma ricollega l'effetto all'atto giuridico, a prescindere dal contenuto volitivo dell'atto stesso; tale volontà non rileva giuridicamente, essa è inqualificazione.

Dall'analisi della fattispecie disciplinata dall'art. 1341 c.c. emerge chiaramente che l'atto positivo delle condizioni generali di contratto non è dispositivo; solo una volta stipulato il contratto, con l'adesione dell'altra parte, vi sarà disposizione degli interessi relativi.

autoregolamento dispositivo d'interessi, cui è rivolto l'intento dell'autore, così Betti , "Autonomia negoziale", cit., p. 323 ss..

⁶⁴ Sulla promessa di matrimonio si rinvia a Santoro Passerelli, "Lineamenti della promessa di matrimonio secondo il nuovo codice civile", in Saggi di diritto civile, I, 1961, Napoli, p.390 ss; Jemolo, "Il matrimonio", in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, III, t. 1, Torino, 1957, p. 58 ss.

⁶⁵ L'esempio è tratto da Santoro Passerelli, voce "Atto giuridico in senso stretto" cit., p. 208.

⁶⁶ Così Santoro Passerelli, *op., loc., ult. cit.*

⁶⁷ Come si desume agevolmente dall'art. 1321 c.c., il contratto serve per regolare interessi. Sul punto riferimenti in Santoro Passerelli, "L'accertamento negoziale e la transazione", in riv. trim. dir. proc. civ., 1956, I, pp. 4 ss..

Questo profilo è completamente pretermesso dall'art.1341 cit., sicché pare difficile riconoscere all'atto positivo delle condizioni generali valenza negoziale; con esso il predisponente non dispone di nessun interesse né si impegna a disporre, posto che non è certamente tenuto ad inserire nell'ipotetico futuro contratto le condizioni da esso predisposte.

L'effetto vincolante previsto dalla disposizione in esame non è dalla stessa subordinata alla volontà dell'effetto.

La volontà dell'effetto non rileva assolutamente ai fini della sua produzione.

La norma considera esclusivamente il dato obiettivo della cosciente e volontaria predisposizione delle condizioni generali: ciò che esse dispongono è irrilevante⁶⁸.

⁶⁸ Solo per le clausole cosiddette vessatorie elencate nel cpv. dell'art. 1341 c.c. è previsto un esame contenutistico, ma il fenomeno è completamente diverso, posto che per esse, essendo necessaria l'approvazione scritta, non opera il meccanismo descritto dal primo comma ma quello classico di cui all'art.1326 ss. c.c..

Capitolo II

EFFETTI DEI POTERI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI SULL'AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE PARTI.

I mutamenti taciti della Costituzione non vanno scambiati con le alterazioni minimali della prassi, nell'ambito dei margini di elasticità che la Costituzione stessa lascia aperti.”
(L. Paladin, Editoriale, in Quaderni costituzionali, 1996, pag.5)

SOMMARIO:

Paragrafo I - LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo II – FONTI E TIPI DI POTERI DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo III – PRINCIPIO DI LEGALITA', RISERVA DI LEGGE E ATTI DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Paragrafo IV – EFFETTI DEI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI SUI CONTRATTI.

PARAGRAFO I: LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI⁶⁹.

Le riforme realizzate in Italia negli anni '90 hanno portato, accanto alla privatizzazione di settori economici caratterizzati dalla massiccia presenza dello Stato, all'introduzione del modello delle amministrazioni di settore: le cosiddette autorità amministrative indipendenti.

La categoria delle autorità amministrative indipendenti può dirsi un nomen iuris ma non una fattispecie tipica, nel senso che non costituisce una qualificazione normativa attribuita dalla legge a un soggetto pubblico, cui fa seguito l'applicazione di un preciso statuto normativo.

Non sono chiari i tratti connotativi tipici, mancando i quali il soggetto non potrebbe essere definito come un'autorità amministrativa indipendente; di conseguenza non è pacifica l'individuazione dei soggetti riconducibili nell'ambito della categoria in esame.

La disputa non è meramente teorica, derivando alcune conseguenze pratiche dalla definizione di un soggetto come autorità amministrativa indipendente; ad esempio l'applicabilità del rito speciale previsto dall'articolo 119, comma I, lett. B) del D.lgs. n 104/2010 alle liti relative all'esercizio delle funzioni di queste autorità.

È possibile individuare nella dottrina economica una differenziazione di massima che può avere una qualche utilità ai fini del presente lavoro⁷⁰.

Non sarebbe possibile accomunare, secondo questa teoria, autorità destinate alla repressione degli illeciti anticoncorrenziali con le autorità di regolazione del settore.

Le prime operano per reprimere pratiche distorsive della concorrenza, senza disciplinare in via preventiva le condotte degli operatori economici.

Le autorità di regolazione del settore, al contrario, disciplinano le condotte dei soggetti del mercato attribuito alla loro competenza.

Le autorità così dette antitrust, quindi, applicano un concetto giuridico indeterminato spendendo poteri di natura tecnico-discrezionale⁷¹.

Le autorità di questo tipo non sono abilitate a produrre norme.

⁶⁹ Per un'interessante prospettiva volta a inquadrare l'esperienza delle amministrazioni indipendenti all'interno delle tendenze evolutive dei principali sistemi giuridici occidentali cfr. D'Alberti, "Diritto amministrativo comparato - Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia", Bologna, 1992.

⁷⁰ Sul punto Prosperetti, "I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti" in MCR, 2002; Clarich, "Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", in Bassi e Merusi (a cura di), "Mercati e amministrazioni indipendenti", Giuffrè, 1993; Tesaurò e D'Alberti (a cura di), "Regolazione e concorrenza", Il Mulino, 2006.

⁷¹ Si veda, ad esempio, cons. Stato n. 2199/2002; cons. Stato n. 926/2004; cons. Stato n. 597/2008.

Non a caso la legge n. 287 del 1990, istitutiva dell'autorità garante della concorrenza e il mercato, non affida potestà regolamentare all'autorità di garanzia della concorrenza e del mercato⁷².

La caratteristica principale del modello delle amministrazioni di settore consisterebbe nel suo carattere necessariamente interinale: questo tende, infatti, alla deregolamentazione (cosiddetta deregulation).

Una volta eliminate le condizioni che ostacolano la formazione di un mercato concorrenziale, secondo la dottrina economica, il libero gioco della concorrenza escluderebbe la necessità di una regolamentazione autoritativa del mercato.

La pubblica autorità non avrebbe dunque più titolo a intervenire nel mercato, nemmeno come soggetto regolatore⁷³.

Le autorità amministrative indipendenti si caratterizzano, secondo le ricostruzioni maggiormente seguite, per l'indipendenza dall'indirizzo politico amministrativo del governo e per la consequenziale assimilazione all'apparato giurisdizionale, soggetto solo alla legge⁷⁴.

Il parallelismo tra amministrazioni indipendenti e magistratura in ordine al rapporto di esclusiva sottomissione alla legge (e di indifferenza, quindi, all'indirizzo politico del governo), collegato all'idea dell'amministrazione neutrale e non semplicemente imparziale, pur essendo sostenuto da dottrina autorevole⁷⁵ e richiamato dalla giurisprudenza⁷⁶, va decisamente respinto.

In primo luogo non è compatibile con la Costituzione.

La discrezionalità del legislatore nel configurare l'imparzialità dell'amministrazione è infatti limitata dall'articolo 95 della Costituzione, che traccia un modello di amministrazione in linea di

⁷² Clarich, "Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", in "Mercati e amministrazioni", a cura di Bassi e Merusi, Giuffrè, 1993.

⁷³ La mèta della deregolamentazione, per ora soltanto "promessa" (Cassese, "La crisi dello Stato", Roma-Bari, 2002, p. 27 ss.) non ha un termine chiaro, né è chiaro a chi spetti individuare l'esaurimento della funzione dell'autorità di regolazione del settore. In merito, una vicenda interessante è quella relativa alla cosiddetta liberalizzazione del mercato del gas (art. 1, lettera a) del comma 2, della legge 23 agosto 2004, n. 239. A seguito di questa legge il tribunale amministrativo della Lombardia (sent. n. 3478/2005) aveva affermato che l'autorità per l'energia elettrica e il gas non avesse più alcun potere di intervento in quel settore. Il consiglio di Stato, accogliendo il gravame presentato dalla medesima autorità, ha invece affermato (sent. n. 3352/2006) che: "l'Autorità è titolare di poteri di regolazione *anche nei settori liberalizzati*, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio a una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, *fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo* alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione" (il corsivo e la sottolineatura nel testo sono miei).

⁷⁴ Capoverso dell'art. 101 Cost.: "i giudici sono soggetti solo alle leggi".

⁷⁵ Caianello, "Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile", in Foro amm., 1997, II, p. 341 ss, cui si deve l'elaborazione della formula dell'amministrazione neutrale.

⁷⁶ Si veda, per esempio, cons. Stato n. 7972/2006.

principio sottoposta all'indirizzo politico amministrativo del governo, e soprattutto dal divieto costituzionale di istituire magistrature speciali (articolo 102 della Costituzione).

Non sembra che il legislatore possa conformare l'amministrazione pubblica sul paradigma della funzione giurisdizionale.

La Costituzione ha prescritto per l'amministrazione il canone dell'imparzialità e per la giurisdizione quello della neutralità⁷⁷.

Non sembrano possibili sovrapposizioni.

Nel nostro modello costituzionale, come detto, la pubblica amministrazione è sottoposta all'indirizzo politico amministrativo del governo (articolo 95 della Costituzione).

Forme di attenuazione del rapporto tra amministrazione e politica volte a valorizzare l'imparzialità dell'azione pubblica, pur possibili e in alcuni casi auspicabili, non possono condurre alla formazione di apparati amministrativi indipendenti dalla politica intesa come forma di espressione della sovranità popolare (articolo 1 comma II della Costituzione).

Nel nostro sistema costituzionale non è ammissibile un apparato amministrativo che si ponga fuori dal cosiddetto circuito democratico.

Non è costituzionalmente pensabile un'amministrazione neutrale rispetto alla sua ragione fondante ossia la collettività.

In secondo luogo le amministrazioni di settore sono dotate di poteri normativi e dunque non si limitano ad aggiudicare un bene della vita risolvendo una lite tramite l'applicazione di precetti posti dalla legge: esse pongono i precetti in base ai quali risolvono le liti.

L'assimilazione delle autorità amministrative indipendenti alla magistratura, oltre a essere costituzionalmente opinabile per le ragioni dette, non pare nemmeno congrua⁷⁸.

Questi apparati amministrativi, in effetti, non si limitano ad applicare precetti elaborati dagli organi costituzionalmente abilitati a porli, similmente a un magistrato.

Le autorità di regolazione pongono precetti che danno assetto agli interessi dei soggetti regolati.

Può rilevarsi, per altro, che l'atto di regolazione, quando assume la veste del regolamento amministrativo, si caratterizza in via di fatto per uno scostamento rispetto al paradigma ordinario e tradizionale di regolamento amministrativo.

⁷⁷ Riferimenti in Sandulli, "Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione", in riv. dir. proc., 1964, p. 200 ss..

⁷⁸ Il carattere agglutinante delle definizioni dottrinarie ha fatto il resto, portando le autorità medesime a invocare la loro possibilità di ricorrere alla corte di giustizia o alla corte costituzionale. Possibilità smentita dalla cassazione (cass., sez. I, n. 7341/ 2002 che ha negato la natura giurisdizionale del garante per la protezione dei dati personali), nonché dalla corte di giustizia (sent. causa C 53-03/2005 secondo la quale un'autorità garante della concorrenza non costituisce giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 Trattato CE, e non può quindi promuovere rinvio pregiudiziale).

Secondo autorevole insegnamento, infatti, il regolamento delle amministrazioni pubbliche disciplina rapporti amministrativi, ossia relativi al rapporto amministrazione amministrato⁷⁹.

I regolamenti delle amministrazioni indipendenti disciplinano rapporti tra privati, ossia "materie di rapporti di cui non sono parti"⁸⁰.

Si tratta, è bene precisarlo, di una differenza di fatto e non normativa, ossia non imposta dalla norma attributiva del potere, che tuttavia già adombra il problema che sarà oggetto di riflessione nel corso di questa tesi.

La legittimità costituzionale di un sistema in cui rapporti tra privati sono conformati da regolamenti e non dalla legge pare, infatti, quanto meno dubbia⁸¹.

La metafora dell'amministrazione neutrale è, quindi, priva di efficacia euristica.

Coglie, per altro esclusivamente da un punto di vista descrittivo, il procedimento tipico della sola autorità per la garanzia della concorrenza e del mercato⁸².

La pretesa neutralità del potere delle autorità amministrative indipendenti non può, quindi, nascondere la reale missione affidata dalla legge alle autorità di regolazione di settore⁸³.

Né può esonerare l'interprete dall'esame dell'effettiva compatibilità costituzionale di questo modello di amministrazione.

Compito dell'interprete è di segnalare irrazionalità e illegittimità del sistema, non di dargli legittimazione.

⁷⁹ M. S. Giannini, "Regolamento (in generale)", in Enc. dir., vol. XXXIV, p. 603.

⁸⁰ M. S. Giannini, *op. loc. cit.*

⁸¹ Il disagio del civilista di fronte a regolamenti che disciplinano rapporti interprivati in nulla collegati con il pubblico interesse è stato segnalato con il consueto acume da Irti, "Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari", in "Sistema finanziario e controllo dall'impresa al mercato", 1986, p. 106.

⁸² Solo l'autorità antitrust è, infatti, sprovvista di potestà regolamentare, come già osservato sopra. L'intervento dell'autorità antitrust è quindi successivo alla realizzazione del comportamento lesivo della concorrenza. Il procedimento peculiare dell'autorità di garanzia della concorrenza e del mercato è assimilabile a un procedimento sanzionatorio. Si tratta di sanzionare la condotta dell'impresa, in quanto contraria alle regole della concorrenza (cosiddetto illecito antitrust). L'autorità, quindi, valuta la sussumibilità della singola vicenda nella fattispecie normativa prevista dalla legge, analogamente a quanto fa il giudice.

⁸³ Schlesinger, "Natura e limiti della responsabilità delle autorità", in "Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti", riv. trim. dir. proc. civ. (Quaderni), Milano, 1997, p. 74, sottolinea l'adozione da parte di queste autorità di "scelte ampiamente discrezionali di squisita natura (latu sensu) politica (governo della moneta, determinazione di tariffe, valutazioni di compatibilità tra esigenze industriali e protezione della libera concorrenza, ecc.)" denunciando il "rischio, non solo di decisioni proprio politicamente poco felici, quando addirittura inaccettabili, ma più ancora di potenziali arbitri".

Se la corretta applicazione dei principi e delle norme costituzionali conduce a ravvisare l'incompatibilità del sistema di amministrazione realizzato dal legislatore con la Costituzione, l'interprete deve segnalarlo.

L'atteggiamento della dottrina rispetto al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti è stato di pura condiscendenza.

A parte il dibattito, per altro ormai sopito, intorno al loro fondamento costituzionale, la dottrina e la giurisprudenza si sono mostrate propense ad ammettere per gli atti di queste autorità quanto normalmente escludono per quelli del governo, malgrado il rapporto con la legge sia identico in entrambi i casi⁸⁴.

Le leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti trasferiscono a queste ultime il potere di disciplinare il settore devoluto alla loro competenza.

Le autorità amministrative indipendenti definiscono, quindi, assetti d'interessi, compiono scelte politiche redistributive del reddito⁸⁵ che non possono essere prese da soggetti estranei al circuito democratico.

La garanzia del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità di regolazione non coglie l'aspetto qualificante del problema.

Le leggi istitutive delle autorità, infatti, individuano una serie di principi cui le amministrazioni devono dare attuazione esplicitando la loro funzione regolatoria.

L'atto legislativo individua dei principi o meglio degli obiettivi, assegnando il compito di perseguirli alle autorità di settore⁸⁶.

La legge però non provvede a bilanciare i principi medesimi.

Le leggi istitutive non provvedono a contemperare i valori e i principi che ritengono rilevanti per il settore, demandano questo compito alle autorità di settore.

⁸⁴ Manetti, "I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti", in scritti in onore di Carlassare, AA. VV. (a cura di Brunelli, Puggiotto, Veronesi), vol. I, p. 191 ss., Jovene. Icastico circa la diversità di approccio della giurisprudenza, in relazione al rapporto tra legge e poteri delle amministrazioni pubbliche, segnaliamo il caso deciso da cons. Stato n. 6167/2009 del quale ci occuperemo più diffusamente in seguito, soprattutto nel paragrafo IV.

⁸⁵ Il profilo della legittimità costituzionale di scelte politiche compiute da amministrazioni estranee al circuito democratico è sostanzialmente ignorato dalla dottrina. Qualche riflessione sul punto in Clarich, "Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario", in *Foro amm.*, 2002, p. 3865 e seg., e Benvenuti, "Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo", Milano, 2002, p. 178. L'autore da ultimo citato segnala, analizzando ruolo e funzioni delle autorità amministrative indipendenti, come neutralità e politica tendano in realtà talora a compenetrarsi. In talune ipotesi, infatti, "il lavoro istruttorio svolto dall'Autorità finisce per esaurire -nel rispetto della dialettica processuale- lo spazio che potrebbe risultare riservato alla scelta di natura politica"; altre volte "la politica finisce per far capolino dallo sfondo delle risultanze istruttorie" (Benvenuti, *op. cit.*, pp. 168-169).

Al più, queste leggi, ponderano i valori e i principi, la cui cura rimettono alle autorità, con quelli che non intendono tutelare, ossia i principi esclusi.

La legge, quindi, non detta norme di disciplina della materia, cui le autorità devono dare attuazione.

Dalla lettura dei testi normativi in commento emerge, inoltre, il carattere spesso conflittuale degli obiettivi assegnati alle autorità.

Il che implica che sia l'amministrazione di settore a dover contemperare gli interessi sottesi agli obiettivi assegnati.

La questione posta da questo modello di amministrazione, quindi, non è tanto quella dell'indipendenza delle autorità di regolazione dall'apparato governativo o dalla politica, quanto il rapporto con la legge in settori che la Costituzione riserva alla disciplina legislativa.

Il fuoco del problema non è il rapporto delle autorità di settore con il governo o con la politica ma con la legge.

La possibilità, in altri termini, per il legislatore di abdicare dalla funzione affidatagli dalla Costituzione di dare assetto ai rapporti dei privati (articolo 70 della Costituzione).

La questione del fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti ha in un primo momento interessato il dibattito dottrinario⁸⁷.

L'atteggiamento della dottrina⁸⁸ e della giurisprudenza⁸⁹, successivamente, ha assunto le sembianze della cronaca sociologica.

Si ritiene in sostanza che il ruolo delle autorità amministrative indipendenti si è “consolidato, è divenuto parte integrante del nostro diritto vivente, si è incastonato nelle maglie, fortunatamente non troppo strette, della nostra carta fondamentale. [...] Esse esprimono valori di fondo condivisi, i quali si impongono oramai sopra ogni conflitto sociale e politico e rispondono a un modello di società occidentale consolidato e pressoché indiscusso [...]”⁹⁰.

In realtà, a sommosso avviso di chi scrive, il riconoscimento esplicito nel testo costituzionale delle autorità amministrative indipendenti non sarebbe risolutivo dei profili critici che questo modello di amministrazione presenta in relazione al nostro assetto costituzionale complessivamente considerato.

⁸⁷ Pericu, “Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti”, in *Dir. Amm.*, 1996, I, sostiene che tali autorità si trovano in una situazione di tendenziale incostituzionalità.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, Cintioli, “I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione”, intervento al convegno “Le autorità amministrative indipendenti”, www.giusitizia-amministrativa.it.

⁸⁹ Si veda, ad esempio, cons. Stato n. 5827/2005.

⁹⁰ Cintioli, *op. loc. cit.*

L'aspetto centrale del problema consiste nella mancata individuazione nella legge di criteri direttivi sufficienti a soddisfare le riserve di legge poste dalla Costituzione negli ambiti in cui operano le autorità di settore⁹¹.

⁹¹ Il progetto di riforma costituzionale redatto dalla commissione bicamerale, poi non approvato, prevedeva l'inserimento di una sezione III ("Autorità di garanzia e organi ausiliari") nel titolo III (il Governo) della parte II della Costituzione. In particolare l'art. 82 del progetto di riforma costituzionale citato prevedeva che "Per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza su determinate materie la legge può istituire apposite Autorità" e che "Il senato della Repubblica elegge a maggioranza del tre quinti dei suoi componenti i titolari delle autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza nello svolgimento delle funzioni".

PARAGRAFO II: FONTI E TIPI DI POTERI DELLE AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI.

Il legislatore affida alle cosiddette autorità amministrative indipendenti compiti di regolazione di settori particolari, precedentemente soggetti a disciplina legislativa.

La tecnica utilizzata per realizzare questo assetto è quella del trasferimento di funzioni normative.

Il trasferimento di funzioni normative è assimilabile alla delegificazione solo da un punto di vista descrittivo.

Delegificazione, deregolamentazione e trasferimento di funzioni normative costituiscono, in realtà, tecniche diverse⁹².

La delegificazione in senso proprio attiene solo ai regolamenti emanati dal governo in base ad apposita legge di autorizzazione che dispone l'abrogazione della normativa primaria previgente e approvati con decreto del presidente della Repubblica, una volta acquisito il parere del consiglio di Stato⁹³.

Nessuna disposizione delle leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti integra la fattispecie tipica della delegificazione (articolo 17 della legge 400/88).

L'istituto della delegificazione è, quindi, inapplicabile in queste ipotesi.

Deregolamentazione sussiste, invece, nei casi in cui lo Stato, rinunciando a disciplinare una materia con norme autoritative, consenta l'espansione dell'autonomia privata⁹⁴.

Il trasferimento di funzioni normative realizzato dalla legge a favore delle autorità amministrative non integra un trasferimento di potere legislativo o comunque primario.

La precisazione si rende necessaria in quanto, certa dottrina attribuisca valore primario agli atti delle autorità amministrative indipendenti⁹⁵.

Un simile effetto sarebbe possibile, infatti, solo in forza di apposita previsione costituzionale, posto che la materia delle fonti primarie, al contrario di quelle secondarie, è riservata al legislatore costituzionale⁹⁶.

L'ammissibilità costituzionale di una delega di potere normativo primario è preclusa dall'articolo 70 della Costituzione e da tutte le disposizioni, parimenti costituzionali, che disciplinano la delega di potestà normativa primaria al (solo) governo⁹⁷.

⁹² Pizzorusso, voce "Delegificazione", in "Enc. dir., vol. agg. III, p. 492 ss..

⁹³ *Idem, ibidem.*

⁹⁴ *Idem, ibidem.*

⁹⁵ De Bona, "Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e gas", Napoli, E.S.I., 2008, p. 95 ss., che fa riferimento alla discussa nozione di fonti *extra ordinem* e al principio antilegale di effettività.

⁹⁶ Opinione pacifica, ex multis si veda Modugno, "Fonti del diritto (gerarchia delle)", Enc. dir., agg. I, p. 585 ss..

In particolare, il regime costituzionale della delega di potere legislativo al governo si caratterizza per la necessaria deliberazione plenaria delle due camere (cosiddetta riserva di legislazione d'assemblea) sul disegno di delegazione legislativa e per la doverosa predisposizione, da parte della legge di delegazione - la quale, per altro, deve riguardare "oggetti definiti" e non settori o materie indeterminati - di principi e criteri direttivi cui il legislatore delegato dovrà uniformarsi⁹⁸.

La Costituzione, quindi, non solo individua l'unico soggetto abilitato a ricevere la delega di potere legislativo ma soprattutto contiene una "riserva di legislazione parlamentare per la determinazione non solo degli elementi "esterni" che, cioè limitano la competenza del legislatore delegato ma anche di principi e criteri direttivi che riguardano il merito della disciplina delegata"⁹⁹.

L'archetipo costituzionale della delega quindi non consente atti di abdicazione del parlamento dalla propria funzione costituzionale; è, infatti, la legge di delega la fonte della disciplina dei rapporti giuridici cui la delega si riferisce.

La costituzionalità del riparto di competenza tra fonte primaria e secondaria non presuppone formalmente la posizione legislativa di criteri direttivi della disciplina regolamentare delegata¹⁰⁰.

Il carattere vago e indeterminato delle norme legali, fonti del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti, tuttavia pone problemi.

Soprattutto nel caso in cui l'atto dell'autorità indipendente operi in un settore coperto da riserva di legge¹⁰¹.

L'indeterminatezza della delega di potestà normativa non può dirsi, infatti, compensata, in un sistema retto dal principio di legalità, dalla valorizzazione del principio del contraddittorio^{102 103}.

⁹⁷ Cervati, voce "Legge delega e delegata", Enc. dir., vol. XXIII, p. 939 ss..

⁹⁸ *Idem, Ibidem.*

⁹⁹ Cervati, voce "Legge delega e delegata", Enc. dir., vol. XXIII, p. 939 (il corsivo nel testo è mio). Spunti in Cassese, in "La crisi dello Stato", Roma-Bari, 2002, p. 23, secondo cui "mai tanto potere normativo è stato delegato dal parlamento".

¹⁰⁰ Il riparto di competenze previsto dall'art. 17 comma II della legge 400/88 relativamente ai regolamenti cosiddetti "delegati", in base al quale le leggi determinano le norme generali regolatrici della materia mentre i regolamenti dettano le norme di attuazione, non risponde, infatti, a un obbligo costituzionale. Sul punto Pizzorusso, *op. loc. cit.*

¹⁰¹ Sulla riserva di legge si rinvia a Balduzzi e Sorrentino, voce "Riserva di legge", Enc. dir., vol. XL, p. 1207 sss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰² Sul principio di legalità nell'ambito degli ordinamenti democratici sono ancora attuali le considerazioni di Bobbio in "Stato, governo, società", Torino, 1985. Spunti sul rapporto tra legge e rappresentanza democratica nell'ottima voce di Serrao, "Legge (dir. rom.)", Enc. dir., vol. XXIII, p. 795 ss.. Si veda Fois, "Legalità (principio di)", Enc. dir., vol. XXIII, 659 ss., cui si rinvia per ulteriore bibliografia. Sul rapporto di sostanziale "derivazione causale" tra crisi del principio di legalità e della rappresentanza politica, da un lato, e istituzione delle autorità amministrative indipendenti, dall'altro, è doveroso il rinvio a Predieri, "L'erompere delle autorità amministrative indipendenti", Firenze, 1997, *passim*.

Altro è l'archetipo dell'amministrazione neutrale¹⁰⁴, altro è la delega di scelte politiche a soggetti estranei al circuito democratico.

Scelte politiche che incidono profondamente sul contenuto dell'autonomia negoziale delle parti.

Secondo la dottrina prevalente la neutralità delle amministrazioni indipendenti andrebbe intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco¹⁰⁵.

La neutralità si distinguerebbe, quindi, dall'imparzialità, cui è sottoposta l'intera azione amministrativa, intesa, quest'ultima, come dovere di evitare discriminazioni arbitrarie nell'attività di cura dell'interesse pubblico.

La funzione di regolazione non è quindi una forma di gestione del pubblico interesse perché è a quest'ultimo indifferente; tende alla regolazione di tutti gli interessi in gioco nel settore, pubblici o privati, senza riconoscere prevalenza all'interesse pubblico.

Non si sostanzia, quindi, nella comparazione e ponderazione di interessi pubblici e privati

Non esiste una definizione normativa di regolazione o di atto di regolazione.

La nozione di regolazione o di atto di regolazione ha dunque matrice e valore non giuridici.

Secondo la tesi prevalente la "regolazione condizionale, che presuppone l'esistenza di un mercato ed è volta a correggerne i fallimenti, si caratterizza [...] per la prefigurazione di comportamenti ai quali i destinatari si uniformano nei loro rapporti giuridici, ma non interferisce sul contenuto di questi o sugli scopi"^{106 107}.

¹⁰³ Spunti in Clarich, "Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti", intervento al Convegno, "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁴ Si veda Caianiello, "Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile", *Foro amm.*, 1997, II, p. 368. Per una critica radicale della neutralizzazione delle funzioni politiche (e quindi anche della legge) si rinvia agli scritti di Schmitt secondo cui il trasferimento di competenze politiche agli esperti conduce "non ad una neutrale oggettivazione, ma invece alla politicizzazione partitica di entità finora neutrali", Schmitt, "Il custode della Costituzione", Milano, 1981, pp. 113 ss.. Sui caratteri della funzione giurisdizionale in senso stretto si veda Sandulli, "Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione", in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 200 ss., il quale assume come criterio fondamentale di distinzione tra i due tipi di attività il valore formale della sentenza come atto che fa "stato" e che può essere modificato solo a opera di un'altra pronuncia giurisdizionale.

¹⁰⁵ Caianiello, "Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile", cit..

¹⁰⁶ Secondo Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza 1977, p. 216-225, la regolazione risentirebbe della "tendenza verso la "condizionalizzazione" delle norme giuridiche [...]. In questa particolare configurazione il diritto non è più semplicemente una legittima aspettativa di un fine [...]. Il diritto pone piuttosto fattispecie e conseguenza giuridica in una connessione prevedibile < se.. allora> la cui attuazione presuppone un accertamento e una selezione, e quindi un'attività decisionale"

La nostra dottrina accoglie una concezione estremamente lata di regolazione.

Si ritiene, in particolare, che con il “termine regolazione, [...], ci si riferisce alla funzione più tradizionale delle pubbliche amministrazioni, quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà più tradizionali e comunque i diritti dei soggetti dell’ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l’esistenza o la salute e comunque per l’esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri”¹⁰⁸.

All’interno di questa categoria che, di fatto, ricomprende l’intera gamma delle funzioni svolte dalla pubblica amministrazione, sono individuate quelle funzioni regolatorie svolte secondo il modello delle amministrazioni indipendenti¹⁰⁹.

Pare potersi dire che una nozione così ampia, oltre a non avere fondamento positivo, non abbia alcuna utilità per l’interprete, suggerendo l’idea che oltre alla novità del termine non vi sia nulla di nuovo rispetto alle tradizionali categorie dei poteri pubblici.

Il che implica, a sommosso avviso di chi scrive, che proprio secondo queste ultime categorie, vadano risolti i problemi posti dagli atti delle autorità amministrative indipendenti.

Le fattispecie legali attributive dei poteri delle autorità amministrative indipendenti non consentono un’agevole riconduzione alle tassonomie tradizionali dell’atto emesso da queste.

L’atto espressivo della funzione esercitata dalle autorità amministrative indipendenti deve, tuttavia, essere ricondotto all’interno dell’assetto costituzionale.

La peculiarità di un fenomeno giuridico non legittima la fondazione extralegale di una nuova fattispecie di atto.

Al nostro sistema delle fonti normative è estraneo l’atto di regolazione¹¹⁰.

Sotto il profilo delle cosiddette fonti atto, l’atto che pone norme giuridiche è una legge o un regolamento¹¹¹.

¹⁰⁷ Rangone, voce “Regolazione”, in Cassese (diretto da) Diz. dir. pub., vol. V, p. 508 ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰⁸ Sorace, “Diritto delle amministrazioni pubbliche”, IV ed., Bologna, 2007, p. 71 ss..

¹⁰⁹ Scoca, “Attività amministrativa”, Enc. Dir., vol. agg. VI, p. 80 e spec. nota n. 25.

¹¹⁰ Sul tema delle fonti del diritto è doveroso il rinvio a Crisafulli, “Lezioni di diritto costituzionale”, vol. 2, Cedam, 1993. Si veda, inoltre, Modugno, “Fonti del diritto (gerarchia delle)”, Enc. dir., agg. I, p. 585 ss; Crisafulli, voce “Fonti del diritto (dir. cost.)”, Enc. dir., vol. XVII, p. 933-34; Sorrentino, “Fonti (dir. cost.)”, Diz dir. pub., 2006, vol. III, Paladin, “Le fonti del diritto italiano”, Il Mulino, Bologna, 1996; Pizzorusso, “Delle fonti del diritto”, Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977; G. U. Rescigno, “Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti”, in Dir. pub., 2002, p. 767 ss.; A. M. Sandulli, “Legge. Forza di legge. Valore di legge”, in riv. trim. dir. pub., 1957, p. 269 ss..

¹¹¹ La dicotomia fonti atto - fonti fatto è sostanzialmente indiscussa, per ulteriori approfondimenti anche bibliografici si veda Crisafulli, voce “Fonti del diritto (dir. cost.)”, Enc. dir., vol. XVII, p. 933-34.

Gli atti con i quali le amministrazioni indipendenti disciplinano i settori devoluti alla loro competenza, quindi, o sono atti normativi secondari o sono provvedimenti amministrativi, non diversi, sotto il profilo degli effetti giuridici, dagli atti amministrativi delle altre pubbliche amministrazioni.

L'atto di regolazione consisterà o in un regolamento amministrativo o in un provvedimento amministrativo ablatorio¹¹².

O una norma generale e astratta che innova l'ordinamento generale o un atto che estingue un diritto o impone un obbligo ai soggetti amministrati.

Per quanto attiene alla potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, pare opportuno rilevare quanto segue.

L'articolo 3 delle disposizioni sulla legge in generale prevede che il potere regolamentare spetta in via ordinaria al governo mentre "il potere regolamentare di altre autorità è esercitato, nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari".

I regolamenti delle "altre autorità", diverse dal governo, non possono dettare norme contrarie a disposizioni di legge (limite che vale anche per i regolamenti dell'esecutivo, articolo 4 comma I delle disposizioni sulla legge in generale) né a quelle dei regolamenti del governo (comma II dell'articolo 4 citato).

Si ritiene correntemente tale disciplina non applicabile ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, posto che in queste fattispecie verrebbe in rilievo non tanto il principio di gerarchia delle fonti quanto quello di competenza, sicché i regolamenti di queste autorità sarebbero soggetti solamente alla legge¹¹³.

Malgrado la sottomissione dei provvedimenti normativi delle autorità amministrative indipendenti ai regolamenti governativi costituisca una vanificazione dello statuto di indipendenza che si vuole riconoscere a tali apparati amministrativi, può notarsi come l'art. 3 delle disposizioni sulla legge in generale contenga già un bilanciamento del principio di competenza con quello di gerarchia delle fonti.

La disposizione sopra citata prevede, infatti, che le altre autorità amministrative, nell'ambito delle proprie competenze, dettano precetti comunque sottoposti a quelli del governo.

Nell'ordinamento giuridico francese, di certo non ultimo per attenzione alla tutela dell'indipendenza delle autorità di regolazione dei "secteurs sensibles", le conseil constitutionnel ha

¹¹² M. S. Giannini, "Atto amministrativo", Enc. dir., cit.; Sorace, "Diritto delle amministrazioni pubbliche", IV ed., Bologna, 2007, p. 71 ss.. Sorace, "Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"", in Scritti in onore di M.S. Giannini, vol. III.

¹¹³ In questo senso si veda Politi, "Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti", Enc. giur., vol. XXVII; si veda anche E. Del Prato, "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti", in Riv. dir. priv. n. 3, 2001, p. 515-526.

espressamente affermato la sottoposizione dei regolamenti di queste ultime autorità a quelli del governo¹¹⁴.

Alla luce delle premesse finora poste non pare, quindi, corretto studiare il tema degli effetti degli atti di autorità amministrative indipendenti sull'autonomia negoziale esclusivamente sotto il profilo della riserva di legge posta dall'art. 1322 del codice civile.

Il principio della riserva di legge è, infatti, un principio che riguarda le fonti di produzione del diritto.

Tale non è il provvedimento amministrativo¹¹⁵.

Nella letteratura civilistica è spesso ricostruito il rapporto tra autonomia negoziale e intervento delle pubbliche amministrazioni nei termini dello spazio riservato, garantito da riserva di legge¹¹⁶.

La conseguenza di tale ricostruzione è che solo una norma di legge può intervenire sullo spazio giuridico autonomo conformandolo.

Conformazione che avverrebbe attraverso il meccanismo della nullità parziale e della sostituzione automatica di clausole (articoli 1419 e 1339 del codice civile)¹¹⁷.

La clausola autoritativa, posta dall'autorità di regolazione del settore, non avendo rango primario "non reca in sé la forza per sostituirsi automaticamente alle clausole pattizie difformi"¹¹⁸.

Questa ricostruzione, pur autorevole e raffinata, non sembra tener conto dei poteri ablatori conformativi delle pubbliche amministrazioni.

¹¹⁴ Sentenza n. 217/1986 reperibile sul sito istituzionale del Conseil Constitutionnel. Riferimenti in Chiappa e Lopilato "Studi di diritto amministrativo", p. 203, Giuffrè, 2007.

¹¹⁵ Non tutti gli atti delle pubbliche amministrazioni, in generale, e di quelle indipendenti, nello specifico, sono, infatti, atti normativi. Per riferimenti anche bibliografici sulla tematica degli atti normativi si rinvia alla voce "Atto normativo", Enc. dir., vol. IV, p. 238 ss., di V. Crisafulli.

¹¹⁶ Icastica in tal senso la tesi dell'Orlandi, "Autonomia privata e autorità indipendenti", in "L'autonomia privata e le autorità indipendenti", a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 70 e ss., secondo cui: "Il nesso tra le due sfere di competenza, privata e statale, si svolge secondo la dinamica del limite, sicché alla compressione dell'una corrisponde l'espansione dell'altra (<<nei limiti imposti dalla legge>>, chiarisce l'art. 1322, comma 1, c.c.) "[Lo spazio] autonomo, si converte e si risolve in uno spazio giuridico non già vuoto bensì pieno di norme, attributive del potere statale: non un vuoto originario, ma un vuoto di disciplina sovrana ricavato attraverso l'arretramento della sovranità pubblica, e così ricavato mediante la posizione di una norma costruttrice dello spazio autonomo. [...]. Se, dunque, l'autonomia si costruisce come uno spazio artificiale e normativo, allora esso implica un confine necessario."

¹¹⁷ Spunti in Barcellona, "Intervento statale e autonomia privata nei rapporti economici", Milano, p. 247 ss.. Si veda anche Merusi, "Il potere normativo delle autorità indipendenti" e de Nova, "Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti", entrambi in "L'autonomia dei privati e le autorità indipendenti", a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 43 e p. 57.

¹¹⁸ Orlandi, *op. loc. cit.*

Essa muove da una ricostruzione del fenomeno racchiuso nella dialettica libertà-autorità che trova nella sola legge composizione.

La legge, tuttavia, può operare anche attraverso l'affidamento alle pubbliche amministrazioni del compito di individuare l'assetto più opportuno tra l'interesse pubblico e l'interesse privato.

È sufficiente che la legge descriva i criteri che la pubblica amministrazione deve seguire.

La conformazione dell'autonomia negoziale può, quindi, anche essere prodotta dal provvedimento amministrativo.

La conformazione, per così dire "amministrativa", non esige una norma generale ed astratta ma, appunto, un provvedimento (ablatorio)¹¹⁹.

L'articolo 1322 del codice civile prevede che "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge".

Da un punto di vista giuridico formale, quindi, sarebbe sufficiente, per soddisfare la riserva di legge posta dalla disposizione citata, una norma legge che abiliti, senza prevedere null'altro, l'amministrazione indipendente a prescrivere l'adozione di determinate clausole da essa elaborate.

Riteniamo che il problema posto da questo modello di amministrazione, come si cercherà di dimostrare più avanti nel testo, non sia quello della mera esistenza di una norma primaria che fondi il potere dell'amministrazione ma dell'esistenza di criteri direttivi dell'azione amministrativa di matrice legislativa in ambiti riservati dalla Costituzione alla legge.

Diverso ma connesso è il problema della tipicità dell'atto amministrativo¹²⁰.

Il provvedimento potrà, infatti, incidere sulla sfera giuridica dei privati laddove la legge, soddisfacendo la correlativa riserva, ne descriva requisiti e forme.

Se esiste una norma di legge che fonda il potere della pubblica amministrazione, la riserva di legge posta dall'articolo 1322 del codice civile è soddisfatta.

¹¹⁹ Sulla conformazione del contenuto dei diritti soggettivi a opera delle amministrazioni pubbliche si veda Sorace in "Diritto delle amministrazioni pubbliche", IV ed., Bologna, 2007, p. 86, secondo cui "si può dire che è conformativo un provvedimento che ha effetti imperativi che consistono nella definizione del contenuto di un diritto in termini di poteri e facoltà del suo titolare". Sul concetto di conformazione dello stesso autore si veda anche "Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo", in Scritti in onore di M.S. Giannini, vol. III, p. 747 ss.; Della Cananea, "Gli atti amministrativi generali", Padova, 2000; Clemente di S. Luca, "L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo", Napoli, 2003. Secondo Sorace, in "Diritto delle amministrazioni pubbliche", cit., p. 87, la conformazione, nello svolgimento dell'attività amministrativa di regolazione, è, quindi, la definizione della facoltà e dei poteri che costituiscono il contenuto della libertà e dei diritti soggettivi

¹²⁰ Sul principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi è doveroso il rinvio agli scritti di Giannini in particolare alla voce "Atto amministrativo", Enc. dir., vol. IV. Si veda in oltre anche Cavallo, "Provvedimenti e atti amministrativi", in Trattato di diritto amministrativo (a cura di Caianiello), Cedam, 1993, p. 365 e segg. nonché P. Virga, "Diritto amministrativo (Atti e ricorsi)", vol. II, Milano 1999, p. 11 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

La tipicità del provvedimento amministrativo è, quindi, immediatamente soddisfattiva della riserva di legge¹²¹.

¹²¹ Particolarmente attuali ci sembrano le raccomandazioni di un maestro insuperato del diritto amministrativo secondo cui gli amministrativisti devono studiare il diritto privato e i civilisti il diritto amministrativo (intervento di M. S. Giannini, in "Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interesse legittimo", Milano 1965, p.511, citato nella Premessa di Chieppa Lo Pilato "Studi di diritto amministrativo", Giuffrè, 2007). Probabilmente anche rispolverare l'insegnamento della migliore dottrina del diritto costituzionale sarebbe proficuo, posto che non sempre appare chiaro nella letteratura civilistica e amministrativistica la diversità tra principio di legalità e riserva di legge. Quest'ultima, infatti, esige, diversamente dal principio di legalità, che il legislatore disciplini "nel merito i modi e i criteri in base ai quali l'organo esecutivo potrà concretamente applicare la suddetta limitazione", Fois, "Ancora su riserva di legge e la libertà economica privata", Giur. cost., 1958, pp.17 ss.. L' autore citato si riferisce all'incisione della libertà di iniziativa economica a mezzo di provvedimenti amministrativi.

Paragrafo III: RISERVA DI LEGGE E ATTI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI.

Escluso che l'atto di regolazione delle autorità amministrative indipendenti possa avere nel nostro sistema costituzionale forza o valore di legge, si pone il problema della legittimità costituzionale di atti di pubblici poteri "indipendenti" in settori riservati alla legge.

Strumentale all'analisi della questione sopra indicata è, quindi, una riflessione sull'istituto della riserva di legge¹²².

Sotto il profilo strutturale¹²³, la fattispecie tipica della riserva di legge si rivela piuttosto semplice.

¹²² La bibliografia sulla riserva di legge è molto ampia per cui ci limitiamo a indicare alcuni testi rinviando alla bibliografia ivi contenuta per ulteriori approfondimenti: Balduzzi e Sorrentino, "Riserva di legge", in Enc. dir., vol. XL, p. 1207 ss.; A. Di Giovine, "Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano", Torino, Giappichelli, 1969; Amato, "Rapporti fra norme primarie e secondarie", Milano, Giuffrè, 1962; S. Fois, "La riserva di legge", S. Fois, Milano, Giuffrè, 1963. Per un testo più aggiornato si rinvia a Bin e Pitruzzella, "Diritto Costituzionale", V ed., Torino, Giappichelli, 2004.

¹²³ La riserva di legge, sotto altro angolo prospettico, di certo non meno significativo di quello strutturale ma che qui non può essere oggetto di esame, ha un indubbio significato politico esprimendo un punto di equilibrio tra gli organi costituzionali preposti all'emanazione di atti normativi e quelli preposti alla loro applicazione. In un sistema costituzionale in cui il governo è espressione della maggioranza parlamentare, la riserva di legge esprime una fondamentale esigenza di tutela dei cittadini tendente a vincolare la discrezionalità degli apparati preposti all'applicazione della legge. Perché l'equilibrio costituzionale sia rispettato è, quindi, necessario che, nelle materie a questo riservate, il legislatore detti una disciplina compiuta ed esaustiva. Nei sistemi cosiddetti "dualisti", come la monarchia costituzionale, caratterizzati dalla dialettica tra prerogative regie e le pretese democratiche delle assemblee rappresentative, la riserva di legge esprime una garanzia politica sulle decisioni relative alla proprietà e sui diritti di libertà, escludendo l'eteronomia dei limiti imposti ai diritti fondamentali. Nei sistemi di tipo parlamentare (sistemi cosiddetti monisti), in cui l'esecutivo è espressione della maggioranza parlamentare, la riserva di legge conserva l'originaria doppia valenza, garantistica e istituzionale, propria del precedente assetto costituzionale ma, chiaramente, si attenuano le esigenze di garanzia nei confronti dell'esecutivo. In queste forme di governo, in realtà, la riserva di legge è funzionale a comporre la dialettica tra altri organi costituzionali, ossia tra governo e parlamento da un lato, e amministrazione pubblica dall'altro (cfr., Balduzzi e Sorrentino, op. loc. cit.). Il che spiega il permanere del significato garantista della riserva di legge, in quanto il sindacato giurisdizionale sugli atti delle pubbliche amministrazioni postula un raffronto col paradigma legale dell'atto stesso imponendo l'imparzialità della pubblica amministrazione di fronte alla politicità dell'esecutivo. Il che corrobora anche da un punto di vista storico l'intuizione del Crisafulli, secondo cui la riserva di legge è garanzia di legalità dell'atto della pubblica amministrazione, riconducendo la discrezionalità della pubblica amministrazione entro limiti compatibili col principio d'imparzialità. Cfr. Crisafulli, "Lezioni di diritto costituzionale (anno accademico 1960-1961)", I, Padova, 1962, p. 242 ss.; Idem, "Principio di legalità e giusto procedimento", in Giur. cost., 1962, p. 132-134.

Demanda al legislatore la disciplina di una certa materia o di oggetti determinati¹²⁴.

Discende da questa semplice proposizione giuridica che soggetti diversi da quello designato non sono abilitati a disciplinare l'ambito riservato.

La riserva di legge, dunque, preliminarmente e intuitivamente, pone una norma sulla competenza normativa¹²⁵; si traduce cioè in una "riserva di competenza"¹²⁶.

Riserva di competenza che va interpretata rigorosamente, in quanto posta da un precetto sovra-legislativo in un sistema costituzionale "rigido"¹²⁷.

Discende, allora, in modo altrettanto intuitivo, che, se altre fonti sono escluse, l'ambito riservato deve essere disciplinato in modo compiuto ed esaustivo dal soggetto designato.

Non rientra nell'economia del lavoro il dibattito sulla distinzione, e, soprattutto, sui criteri discretivi, tra riserva assoluta e relativa di legge¹²⁸.

¹²⁴ Di conseguenza, sotto questo profilo, il precetto che pone la riserva di legge è una norma di tipo organizzativo, posto che individua la provvista di competenza di un soggetto specifico escludendo l'intervento concorrente o sussidiario di altri soggetti. Questo corollario, logico, ancora prima che giuridico, trova in parte espressione e contenuto nel cosiddetto principio d'inderogabilità delle competenze. In parte, perché l'inderogabilità del riparto di competenze così delineato è rafforzata dal rango costituzionale della norma che lo pone e dal carattere rigido della Costituzione stessa. Ne consegue che nemmeno la legge può demandare ad altre fonti la disciplina della materia riservata.

¹²⁵ Dato pacifico; ex multis si veda Crisafulli, "Lezioni di diritto costituzionale (anno accademico 1960-1961)", I, p. 55 ss., Padova, 1962.

¹²⁶ Balduzzi e Sorrentino, "Riserva di legge", in Enc. dir., vol. XL, p. 1209.

¹²⁷ Non è un caso che l'esperienza dei regolamenti cosiddetti delegati, abilitati cioè a porre norme in materie riservate alla legge, provenga da ordinamenti a costituzione flessibile. Cfr., ad esempio, Codacci Pisanelli, "Legge e Regolamento (1888)", in Scritti di diritto pubblico, Città di Castello, 1900 e Crisafulli, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", in Riv., dir., pubb., 1960, p. 805 ss.. Nell'attuale assetto costituzionale la posizione, consolidata, di dottrina e giurisprudenza costituzionale, si caratterizza per l'inammissibilità dei regolamenti delegati nelle sole materie coperte da riserva assoluta di legge (cfr. Zagrebelsky, "Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto", Torino, 1987; Carllassare, "Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità", Padova, 1967; Mortati, "Istituzioni di diritto pubblico", IX ed., Padova, 1975; Fois, "La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali", Milano, 1963.

¹²⁸ Si rinvia, per tanto, oltre che alla bibliografia già citata, ad Amato, "Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25", in Giur. cost., 1966, p. 262 e Tosato, "Prestazioni patrimoniali imposte e riserve di legge", in Scritti in onore di G. Ambrosini, vol. III, Milano, 1970, p. 2107 ss., nei quali si trova la proposta, a sommo avviso di chi scrive preferibile, di distinguere le riserve di legge in relazione alla loro estensione materiale; di distinguere, quindi, tra materia e oggetto della riserva. Solo nel secondo caso andrebbe escluso un concorso con fonti secondarie cui spetterebbe la disciplina di dettaglio, dovendo al contrario la fonte primaria disciplinare compiutamente l'oggetto ad essa riservato. Una corretta interpretazione dei precetti costituzionali positivi della riserva non può che condurre

La questione ha valore centrale nel dibattito dottrinale e nella prassi applicativa ma ai fini della presente indagine non è dirimente.

Si rileva, infatti, in via pregiudiziale, che la relatività della riserva implica che la fonte primaria ponga una disciplina che dovrà poi essere specificata dalla fonte subordinata.

Il che esclude in radice la legittimità di una disciplina legislativa che si traduca in una delega di potere in bianco¹²⁹.

L'istituto della riserva di legge ha, dunque, una funzione esclusiva, escludendo la competenza di altri soggetti dell'ordinamento a porre precetti nell'ambito riservato, e una funzione prescrittiva, pretendendo che il soggetto beneficiario della riserva disciplini quell'ambito¹³⁰.

La funzione prescrittiva della riserva di legge è il precipitato ineludibile del carattere rigido della Costituzione del 1948¹³¹.

Pensare altrimenti implicherebbe, infatti, che le disposizioni costituzionali in oggetto si limitino a porre una mera richiesta di legge, tipica delle costituzioni octroyées¹³².

Significherebbe degradare le disposizioni costituzionali a mere esortazioni; privarle del loro carattere cogente.

Riservando un determinato ambito al legislatore, la Costituzione, mentre esclude che altre fonti possano intervenire in quel perimetro, insieme pretende che il legislatore disciplini l'oggetto a lui riservato.

alla conclusione che "qualunque riserva dovrebbe dirsi assoluta relativamente a oggetti più o meno limitati" (così Paladin, "La potestà legislativa regionale", Padova, 1958, p. 80.)

¹²⁹ A titolo di mero esempio e per dare contenuto concreto a proposizioni che potrebbero sembrare troppo astratte, si dia il caso dell'articolo 6 del D.lgs. n. 79/1999 che prevede che "con determinazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, [...], sono stabilite, con riferimento ai contratti con i clienti idonei, le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico". Sembra difficile affermare, in questa fattispecie, che la legge ponga criteri direttivi che presiedono all'esercizio dei poteri che essa stessa conferisce all'Autorità di regolazione.

¹³⁰ Balduzzi e Sorrentino, op. cit., pp. 1218 ss..

¹³¹ Per tutti, si veda Mortati, "Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)", Enc. dir., vol. XI, p. 185 ss..

¹³² Spunti sulla differenza tra riserva e richiesta di legge, tipica delle costituzioni flessibili, è in Esposito, "La validità delle leggi", Milano, 1964 (rist.). Nel dibattito dottrinale più risalente, si cercava di distinguere, nell'ambito delle disposizioni costituzionali, tra riserve di legge e rinvii alla legge, indicando questi ultimi un "programma normativo non necessariamente perseguibile con soli strumenti legislativi" (cfr. Crisafulli, "Lezioni", cit., p. 52-61). Il rinvio, a differenza della riserva di legge, quindi, non costituirebbe una riserva di competenza, non escludendo che altre fonti, diverse dalla legge, disciplinino quel settore. Questa distinzione, pur raffinata, deve essere decisamente respinta in quanto, non solo non offre criteri normativi discretivi delle due ipotesi, ma, ancor prima, trasforma i precetti costituzionali in mere esortazioni (Balduzzi e Sorrentino, "Riserva di legge", cit., p. 1210).

Il significato implicito della riserva è la volontà di escludere una lacuna normativa nel settore riservato.

L'esigenza logica sottesa alla riserva non è tanto che altri non interferiscano con l'ambito riservato ma, pregiudizialmente, che proprio il soggetto designato disciplini quella porzione di realtà giuridica.

Proprio dove c'è la riserva di legge è inammissibile una lacuna normativa, perché questo vorrebbe dire lasciare, proprio in quel settore, spazio a soggetti diversi da quello legittimato.

Facendo un esempio banale, in relazione all'articolo 23 della Costituzione, sembra intuitivo che la pretesa costituzionale di una previsione legislativa del sacrificio imposto al privato significhi, ancor prima che l'esclusione della legittimità di fonti secondarie in quel contesto, che il legislatore sia tenuto ad approntare una specifica disciplina.

Di conseguenza, solo quel soggetto è legittimato a disciplinare la materia riservata, senza poter declinare la propria competenza a favore di altri¹³³.

Pare evidente, quindi, che la ratio della riserva è sostanzialmente elusa in presenza di discipline dell'oggetto riservato incomplete.

Altri soggetti, infatti, dovrebbero, in sede di applicazione del precetto, compiere scelte che la Costituzione riserva alla legge.

Secondo l'insegnamento della corte costituzionale, infatti, il tratto connotativo peculiare della riserva di legge risiede nella delimitazione degli ambiti di discrezionalità degli organi di applicazione della legge¹³⁴.

Il precetto positivo della riserva, detto altrimenti, non si limita solo a discriminare atti normativi primari e secondari ma, ancora prima, traccia una linea di profonda demarcazione tra organi della produzione e organi dell'applicazione normativa¹³⁵.

¹³³ La semplicità strutturale della fattispecie tipica della riserva di legge fa quasi da contenitore elastico per la molteplicità di assetti di potere a cui ha dato equilibrio. In linea con la premessa metodologica posta all'inizio di questa indagine non ci addentriamo nella ricostruzione dei significati politici e garantistici insiti nella riserva di legge (rispetto alle quali si rinvia a Cheli, "Potere regolamentare e struttura costituzionale", Milano, 1967 e alla bibliografia ivi richiamata). Ci limitiamo a rilevare che, in un sistema parlamentare in cui il governo deve avere la fiducia dell'assemblea parlamentare ed è, quindi, espressione della maggioranza parlamentare, la riserva di legge non è funzionale a comporre la dialettica tra questi due organi, discriminandone le rispettive competenze. La riserva di legge traccia, al contrario, una distinzione tra organi politici e organi preposti all'applicazione della legge (sui quali, non a caso, incombe l'obbligo d'imparzialità, art. 97 Cost. per le pubbliche amministrazioni e art. 111 Cost. per la magistratura). Su questi temi sono ancora attuali le riflessioni di Cerri, "Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione", Padova, 1973.

¹³⁴ Cfr. corte costituzionale n. 127 del 1988.

¹³⁵ Balduzzi e Sorrentino, *op. cit.*, spec. pp. 1213-1216.

La disposizione positiva della riserva si rivolge, quindi, anche ai soggetti preposti all'applicazione della legge che, in presenza di discipline legislative lacunose, incomplete, sarebbero tenuti a compiere scelte che la Costituzione riserva all'organo titolare della funzione legislativa¹³⁶.

Se, infatti, la Costituzione esclude che atti normativi non primari possano disciplinare settori riservati, è del pari evidente che la pretesa costituzionale è soddisfatta solo nel caso in cui dalla disciplina primaria non residuino margini di discrezionalità in capo all'organo preposto all'applicazione della disciplina di rango primario^{137 138}.

Quanto discende per logica deduzione dalla ricostruzione della riserva di legge in termini di riserva di competenza pare corroborato dai precetti costituzionali che pongono solo in capo agli organi preposti all'applicazione della legge il vincolo dell'imparzialità.

Terzietà, imparzialità, sottoposizione soltanto alla legge sono, non a caso, qualificazioni esclusive dei soggetti che devono applicare la disciplina normativa; apparato amministrativo e apparato giurisdizionale¹³⁹.

Da un lato vi sono gli organi preposti a formulare atti d'indirizzo politico in forza del principio democratico, dall'altro lato, vi sono gli organi che a quelli devono dare attuazione col vincolo dell'imparzialità.

La riserva di legge, quindi, seguendo l'insegnamento di autorevolissima dottrina¹⁴⁰ è garanzia di legalità dell'atto amministrativo, posto che questo deve essere sussumibile nella fattispecie legislativa riconducendo in tal modo la discrezionalità amministrativa entro limiti compatibili con il principio di imparzialità¹⁴¹.

Solo nel caso in cui il legislatore disciplini in modo compiuto ed esaustivo l'oggetto a se riservato si realizza "la duplice garanzia della legittimità dell'atto applicativo e della costituzionalità della legge, affidate l'uno al controllo del giudice comune e l'altra a quello della corte costituzionale"¹⁴².

¹³⁶ *Idem, ibidem.*

¹³⁷ E' di palmare evidenza, quindi, il nesso di strumentalità che collega riserva di legge e principio di eguaglianza; *idem, op. cit., 1218.*

¹³⁸ Alla luce delle disposizioni costituzionali che assegnano valore di legge ad alcuni atti del governo, può rilevarsi che, nell'attuale sistema costituzionale, l'istituto della riserva di legge discrimina atti normativi primari da quelli secondari, solo i primi soddisfatti della riserva; *idem, ibidem.*

¹³⁹ Balduzzi e Sorrentino, *op. cit.*, p. 1214.

¹⁴⁰ Crisafulli, "Lezioni di diritto costituzionale", cit., I, Padova, 1962, 242 ss.; *Idem*, "Principio di legalità e giusto procedimento", in *Giur. cost.*, 1962, p. 132 ss.

¹⁴¹ Balduzzi e Sorrentino, *op. cit.*, p.1214-1215.

¹⁴² La dottrina più attenta sottolinea come la riserva di legge riguardi il "procedimento di concretizzazione del comando normativo, che si svolge su tre distinti livelli: norma costituzionale, quella legislativa e il provvedimento del giudice [o dell'amministrazione pubblica]. Ed a tale tripartizione corrisponde un duplice ordine di garanzie giurisdizionali: quella del giudice competente a sindacare il provvedimento giurisdizionale [o amministrativo] che incide sul diritto del singolo e quella del giudice delle leggi, competente a

Non è, quindi, compatibile con il sistema costituzionale vigente una legislazione che consente, in materie coperte da riserva di legge, alle autorità amministrative di compiere scelte dispositive di interessi.

L'indipendenza dall'esecutivo rende ineludibile per le amministrazioni indipendenti la soggezione alla legge imposta dal principio di democraticità.

Si tende, anche in giurisprudenza, a giustificare questo degrado costituzionale con la formula della legislazione fondata su prognosi incerta, ovvero con quella ancora più pericolosa della elevata competenza tecnica necessaria in certi settori¹⁴³.

Si tratta di argomenti che, sotto il profilo logico, provano troppo e, sotto il profilo giuridico, non hanno alcun valore non potendo una prassi anticostituzionale fondare la legittimità di questo modello di amministrazione.

sindacare la norma legislativa alla stregua del precetto costituzionale”, così Balduzzi e Sorrentino, op. loc. cit., p. 1215.

¹⁴³ Cfr. cons. Stato n. 5827/2005.

PARAGRAFO IV: EFFETTI DEI PROVVEDIMENTI DELLE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI SUI CONTRATTI¹⁴⁴.

Dinanzi ai tribunali, ovvero alle stesse autorità di regolazione in sede contenziosa, si disputa continuamente intorno agli effetti dei provvedimenti da queste ultime emessi sui contratti¹⁴⁵.

La dottrina affronta il problema degli effetti degli atti delle autorità amministrative indipendenti argomentando dalle disposizioni del codice civile¹⁴⁶.

La questione della legittimità costituzionale del modello delle autorità amministrative pare, invece, sostanzialmente pretermessa.

Questa impostazione, posto quanto osservato nel corso del presente lavoro, ci sembra errata e, per tanto, da respingere.

¹⁴⁴ Oltre alla letteratura già citata, ci pare utile rinviare al dibattito sul cosiddetto “nuovo statuto della nullità”. Si veda al riguardo: Passagnoli, “Nullità speciali”, Milano, 1995; Polidori, “Disciplina delle nullità e interessi protetti”, Napoli, 2001; Putti, “La nullità parziale. Diritto interno e comunitario”, Napoli, 2002; Amadio, “Nullità e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell’autonomia negoziale)”, in riv. dir. priv., 2005, pp. 285 ss.; ; Amadio, “Autorità indipendenti e invalidità del contratto”, in “L’autonomia privata e le autorità indipendenti”, Il Mulino, Bologna, 2006; Scalisi, “Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti”, in Europa e dir. priv, 2001; Scalisi, “Invalidità e inefficacia. Modalità assi logiche della negozialità”, riv. dir. civ., 2003, I; Villa, “Contratto e violazione di norme imperative”, Milano, 1993; De Nova, “Il contratto contrario a norme imperative”, in riv. crit. dir. priv., 1985;

¹⁴⁵ Le leggi istitutive delle autorità amministrative attribuiscono loro anche la gestione di meccanismi di composizione delle controversie tra gli operatori del settore regolato o tra questi e i consumatori. Si veda, ad esempio, l’articolo 1 comma 11 della L. n. 249/97 che prevede: “L’Autorità [per la garanzia nelle comunicazioni] disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti e o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell’Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimarsi entro trenta giorni dalla proposizione dell’istanza all’autorità. A tal fine i termini, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione”. L’art. 84 del D.lgs. n. 253/2009 recante “codice delle comunicazioni elettroniche”, prevede che “L’Autorità, [...], adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l’esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, tali da consentire un’equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo”.

¹⁴⁶ Si veda Orlandi, op. cit., spec. pp. 66-72

La soluzione del problema degli effetti degli atti di regolazione è consequenziale al (la soluzione del) problema della legittimità costituzionale del modello delle amministrazioni di regolazione o di settore.

Il problema degli effetti degli atti di regolazione può, infatti, trovare corretta soluzione solo sotto il profilo del diritto positivo.

Tenendo presente, dunque, in via pregiudiziale, l'illegittimità costituzionale di atti legislativi che affidano poteri a un'amministrazione pubblica senza predeterminarne i criteri direttivi.

Tenendo presente, altresì, che non esiste alcuna disposizione costituzionale che consenta al legislatore di affidare integralmente a delle pubbliche amministrazioni compiti di disciplina di settori nei quali si esplicano diritti costituzionalmente tutelati, oggetto di riserva di legge.

Sostiene autorevole dottrina che l'atto di regolazione, in quanto funzionale al ripristino della par condicio concorrenziale espressione del principio di eguaglianza e del principio di libertà economica, non sarebbe soggetto alla riserva di legge posta dal comma III dell'articolo 41 della Costituzione¹⁴⁷.

Si dia, tuttavia, il caso di un provvedimento dell'autorità di regolazione del settore del gas (delibera n. 152/03) che imponga una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da un impianto di distribuzione a tutti gli utenti finali, stabilendo che i costi siano coperti dalla componente addizionale della tariffa di distribuzione.

Tale obbligo di contrarre non è contemplato da alcuna norma di legge ma trova il proprio fondamento nell'atto di regolazione dell'autorità.

Pare, francamente, quanto meno arduo escludere, che alla luce del disposto dell'articolo 23 della Costituzione, non sia necessario per una tale fattispecie congrua copertura legislativa.

Riteniamo che sia incompatibile con tutti i principi che presidono ai rapporti tra cittadino e autorità pubblica (articoli 1 comma II, 3, 70, 97, 23, 41 comma I e III, 24 e 113 della Costituzione) una disposizione di legge che abiliti un'autorità amministrativa a stabilire "[...], le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico, da inserire nei contratti"¹⁴⁸.

La fonte del potere della pubblica amministrazione consiste esclusivamente nella indispensabilità di tale regolazione per il funzionamento del sistema elettrico.

E' l'amministrazione che valuta se sia necessario un intervento regolatorio e quale assetto sia indispensabile per il funzionamento del mercato.

Il legislatore non pone alcun criterio direttivo della potestà regolamentare né individua le condizioni che fondano il presupposto del potere stesso.

La giurisprudenza ha mostrato una condiscendenza verso simili norme, attributive dei poteri di regolazione in capo alle autorità amministrative, che lascia perplessi, soprattutto se confrontata col

¹⁴⁷ Merusi, "Il potere normativo delle autorità indipendenti", cit., p. 48.

¹⁴⁸ Così l'articolo 6 del D.lgs. n. 79/1999, il corsivo nel testo è mio.

rigore con cui ha normalmente sindacato le disposizioni attributive di potestà regolamentari in capo al governo¹⁴⁹.

Non è la giustizia della decisione assunta dalle autorità amministrative indipendenti, spesso desunta dal fatto che le deliberazioni delle autorità di settore sono precedute da un procedimento a cui partecipano gli operatori di settore, che fonda la legalità del loro operato^{150 151}.

Posto che non esiste, sul piano del diritto positivo, la categoria giuridica degli atti di regolazione, i poteri delle amministrazioni indipendenti non possono che essere quelli tipici di tutte le altre amministrazioni pubbliche.

Molto dibattuta è la questione dell'efficacia integrativa degli atti di regolazione sul contratto¹⁵².

¹⁴⁹ In merito si segnala una pronuncia del consiglio di Stato (cons. Stato n. 6167/2009) che ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'articolo 23 della Costituzione, di alcuni provvedimenti governativi i quali, in attuazione della legislazione contro i danni alla salute da fumo, avevano previsto a carico dei gestori di esercizi aperti al pubblico le obbligazioni, non previste dalla norma primaria, di ammonimento dei trasgressori del divieto di fumare nei suddetti locali, di segnalazione al pubblico ufficiale della avvenuta infrazione, nonché dell'obbligo di riportare nei cartelli, recanti il divieto di fumare da esporre nei locali, il nome del soggetto responsabile della vigilanza sul rispetto dei divieti posti dalla legge cosiddetta anti-fumo. Il tribunale amministrativo, prima, e il consiglio di Stato, poi, hanno ritenuto che queste lievissime limitazioni del diritto di iniziativa economica, pur essendone evidente il nesso di strumentalità con il diritto di salute, non avessero base legislativa.

¹⁵⁰ Non potrebbe, secondo cons. Stato n. 5827/2005 "lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del "programma legislativo aperto", rinvia, al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie. [...] Nel caso di specie l'Autorità ha esercitato un compito attribuitole dal legislatore: la tutela della sicurezza degli impianti, e, mediante un congruo e giusto procedimento ha *individuato la regola tecnica più opportuna* per il perseguimento di tali finalità", il corsivo nel testo è mio.

¹⁵¹ Secondo Chieppa e Lopilato, "Studi di diritto amministrativo", cit., p. 203, "un elemento che contribuisce a legittimare i poteri regolatori delle Autorità indipendenti è costituito dalle garanzie procedimentali, dall'applicazione del giusto procedimento. Non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio". Secondo altra dottrina si potrebbe "instaurare una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori" (così Clarich, "Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti", loc. cit.).

Il tema dell'integrazione del contratto è un tema classico del diritto civile.

Il precetto fondamentale in materia è quello dell'articolo 1374 del codice civile che, nell'individuare le fonti cosiddette di etero integrazione del contratto, non contempla i regolamenti o i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni.

La scelta è coerente con il complessivo quadro positivo delineato dal codice, in particolare con gli articoli 1322, 1339, 1418 comma 3 del codice stesso, laddove la fonte principale di disciplina del contratto viene individuata nella legge.

Secondo la tesi preferibile, la "legge" di cui all'articolo 1374 citato andrebbe intesa come disposizione puntuale di legge dello Stato¹⁵³.

Si rileva, sotto il primo profilo, che opinando diversamente le altre fonti di integrazione del contratto non opererebbero mai, in quanto il rinvio all'analogia legis o iuris consentirebbe comunque di colmare le lacune del sistema¹⁵⁴.

Mentre, sotto il secondo profilo, l'articolo 117, comma 2 lett. l) riserva alla competenza esclusiva della legge statale la materia dell'ordinamento civile¹⁵⁵.

Agli atti normativi sub legislativi può, quindi, riconoscersi solo un ruolo marginale di specificazione ed esecuzione della fattispecie primaria.

Per quanto attiene agli atti delle autorità amministrative indipendenti, la questione andrebbe risolta, coerentemente alle premesse poste nel corso del presente lavoro, all'esito di un'analisi del singolo caso concreto volta ad accertare l'esistenza di una disciplina legislativa attributiva di poteri all'amministrazione sufficientemente puntuale.

Considerato che gli atti delle amministrazioni indipendenti sono, per il diritto positivo, atti in nulla differenziatisi dagli ordinari atti delle pubbliche amministrazioni, può dirsi che, in tanto possono integrare il contratto, in quanto siano esecutivi di una compiuta disciplina legislativa.

La legislazione in materia di regolazione delle autorità amministrative indipendenti non risponde, tuttavia, a queste caratteristiche¹⁵⁶.

¹⁵² Sull'integrazione del contratto si veda Asquini, "Integrazione del contratto con le clausole d'uso", in Scritti in onore di Sialoja, III, Bologna, 1953, p. 25; Rodotà, "Le fonti di integrazione del contratto", Milano, 2004; Scognamiglio, "L'integrazione", in "I contratti in generale", Trattato sul contratto diretto da Rescigno, vol. I, ed. II, Torino, 2006, Lipari, "Per una revisione della disciplina dell'interpretazione e dell'integrazione del contratto", in riv. dir. civ., 2006, II, pp. 215 ss.; C. M. Bianca, "Diritto civile", Giuffrè, 2000, vol. III, pp. 252 ss; Cataudella, "Sul contenuto del contratto" Milano, 1966 e alla bibliografia ivi citata.

¹⁵³ Livi, "L'integrazione del contratto", in "Contratto in generale", Trattato di Diritto Civile diretto da Lipari e Rescigno, Giuffrè, 2010, vol. III, t. 2, p. 606.

¹⁵⁴ Gazzoni, "Manuale di diritto privato", cit., p. 781 ss..

¹⁵⁵ Livi, "L'integrazione del contratto", cit, ibidem.

¹⁵⁶ Interessanti le riflessioni di Del Prato, "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti; spunti", in riv. dir. priv., 2001, p. 515. Secondo Livi, "L'integrazione del

Suscita particolare interesse la questione dell'efficacia sostituiva di clausole eteronome, dettate dalle amministrazioni di regolazione, su precetti autonomi difformi.

Ha, in particolare, destato l'interesse della dottrina civilistica, il profilo relativo all'applicabilità dell'articolo 1339 del codice civile nel caso di clausole contrattuali imposte da atti di regolazione¹⁵⁷.

I contributi offerti dalla letteratura sembrano, tuttavia, viziati da impostazioni aprioristiche in tema di autonomia negoziale.

Il tema dell'integrazione del contratto (articolo 1374 del codice civile) presenta connessioni con il tema della sostituzione automatica di clausole (articoli 1339 e 1419 comma II del codice civile)¹⁵⁸.

Si tratta, tuttavia, di fattispecie operanti su piani logicamente distinti.

L'articolo 1374 citato presuppone un contratto, esistente e valido.

L'applicazione di questa disposizione postula, quindi, una comparazione tra precetto negoziale e precetto legale.

Comparazione irrilevante ai fini dell'applicazione dell'articolo 1339 citato.

La fattispecie della sostituzione automatica di clausole prescinde dalla valutazione del precetto negoziale¹⁵⁹.

Se c'è difformità, o se le parti nulla hanno previsto, si applica quanto previsto dalla disposizione di legge¹⁶⁰.

La conformità tra precetto negoziale e norma imperativa è, invece, intuitivamente, irrilevante.

La disposizione recata dall'articolo 1339 del codice civile opera, quindi, sotto il profilo logico, prima dell'articolo 1374 del codice civile.

L'integrazione degli effetti del contratto, secondo l'articolo 1374 citato, presuppone norme dispositive che vengono in rilievo quando, interpretata la volontà negoziale, conformata dalle

contratto", cit., p. 606, può riconoscersi efficacia integrativa dei contratti di utenza dei pubblici servizi alle carte dei servizi ma solo laddove la loro adozione sia legislativamente imposta.

¹⁵⁷ Si veda, a titolo di esempio, Orlandi, op. loc. cit., spec. pp 78-84; Del Prato, "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti", in Riv. dir. priv. n. 3, 2001; De Bona, op. cit., passim.

¹⁵⁸ Si veda, sul punto, Sacco e De Nova, "Il Contratto", in Trattato di Diritto Civile diretto da Sacco, t. 2, UTET, III ed., p. 418 ss. e 553 ss..

¹⁵⁹ La disposizione dell'articolo 1339 del codice civile prevede, infatti, che" le clausole, i prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, *anche in sostituzione* delle clausole difformi apposte dalle parti". L'effetto di sostituzione delle clausole negoziali autonome è secondario, nel senso che questo si verificherà solo nell'eventualità della difformità con il precetto legale. Ciò che la fattispecie pone in primo piano è, invece, l'inserzione automatica delle clausole imposte dalla legge.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem.*

norme imperative tramite il meccanismo previsto dagli articoli 1339 e 1419 comma II del codice civile, risulti che le parti non abbiano disciplinato uno specifico profilo.

In tal caso opererà il meccanismo integrativo previsto dall'articolo 1374 del codice civile.

Alla stregua di questa disposizione, considerato quanto osservato sopra, può, quindi, dirsi che l'atto amministrativo può integrare il contratto solo laddove la disposizione legislativa a quello rinvii¹⁶¹.

Secondo diversa ricostruzione, tipica dell'approccio dello studioso del diritto civile, l'antinomia tra precetto negoziale e precetto eteronomo recato da atto non legislativo andrebbe risolta applicando il criterio di gerarchia delle fonti¹⁶².

Gli atti dei pubblici poteri, provvedimenti o regolamenti, avrebbero rango secondario e, quindi, non potrebbero superare la riserva di legge posta dall'articolo 1322 del codice civile¹⁶³.

Questa ricostruzione non pare, tuttavia, appagante.

La questione degli effetti degli atti delle autorità amministrative indipendenti non può essere risolta, come detto sopra, che alla luce dei principi costituzionali che disciplinano l'azione dei pubblici poteri.

Non esiste alcuna disposizione che disciplini gli atti regolazione, sicché di questi non può che predicarsi la sussumibilità nell'archetipo dell'atto amministrativo.

Gli effetti degli atti delle autorità amministrative, di conseguenza, sono esattamente quelli tipici degli atti delle amministrazioni pubbliche¹⁶⁴.

Specularmente i limiti degli atti delle amministrazioni indipendenti sono quelli propri che il diritto positivo impone agli atti dei pubblici poteri.

Principio di legalità¹⁶⁵ e riserva di legge, in primo luogo.

¹⁶¹ *Idem, ibidem.*

¹⁶² Bianca, "Diritto civile", cit., pp. 512 ss. e spec. nota n. 50 dove afferma che: "un atto amministrativo non potrebbe di per sé imporre un dato contenuto ai contratti stipulati dai privati. È dubbio, inoltre, che senza un rinvio di legge il contenuto possa essere imposto mediante regolamento. *Occorre al riguardo considerare che il regolamento verrebbe a derogare alla norma legislativa sull'autonomia legislativa*", (il corsivo è mio). Si veda anche Mirabelli, "Negozio giuridico (teoria)", Enc. dir., XXVIII, pp. 6 ss..

¹⁶³ Secondo certa dottrina, in realtà, gli atti di regolazione delle autorità amministrative realizzerebbero senz'altro la sostituzione automatica dei precetti negoziali difformi con quelli da queste prescritti, atteso il loro rango primario. Rango primario derivante dal principio di effettività, De Bona, *op. cit., passim.*

¹⁶⁴ Intendiamo qui il concetto di atto amministrativo in senso lato, comprensivo, cioè, anche dei regolamenti solo per semplificare e alleggerire l'esposizione. Concordiamo con la dottrina assolutamente dominante circa la sostanziale eterogeneità degli atti amministrativi con i regolamenti. Giannini, "Atto amministrativo", in Enc. dir., vol. IV, e "Regolamento (in generale)", in Enc. dir., vol. XXXIV; Sandulli, "L'attività normativa della pubblica amministrazione", Napoli, 1970.

Ove, infatti, manchi o sia carente una disciplina legislativa costituzionalmente sufficiente di forme, contenuti e presupposti del provvedimento, pare poco utile discutere su quali siano gli effetti degli atti stessi.

L'alternativa è il principio di effettività, secondo cui non può che prendersi atto del fatto storico "irrefutabile"¹⁶⁶ dell'esistenza di organi indipendenti dalla legge.

Non è un caso che si giustifichi l'esorbitanza degli atti di regolazione dall'assetto costituzionale in base alla giustizia, sostanziale o procedurale¹⁶⁷, delle loro decisioni.

La coerente applicazione dei criteri che presiedono all'interpretazione delle norme giuridiche dovrebbe condurre a escludere la legittimità degli atti che fondano il potere delle autorità amministrative indipendenti.

Le leggi istitutive delle autorità cosiddette di settore non rispettano i parametri costituzionali.

Gli atti da queste emanati, di conseguenza, sono illegittimi.

Ove, in ipotesi, gli atti legislativi che disciplinano l'azione delle amministrazioni indipendenti rispettassero la Costituzione, l'atto di regolazione produrrebbe gli effetti tipici del provvedimento amministrativo.

Poste queste premesse, può dirsi che la sostituzione automatica delle clausole del contratto con quelle imposte dalle autorità di regolazione del settore, può avvenire solo nel caso in cui il provvedimento amministrativo specifichi una parte della fattispecie legislativa che a quello rinvii¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Siamo consapevoli che il principio di legalità non può, per obiettiva impossibilità, implicare la necessità dell'integrale predeterminazione legislativa delle fattispecie ("la legge non potrà mai ordinare con precisione e per tutti la cosa più buona e più giusta" [Platone, "il politico", 294 b]). Siamo pure consapevoli, pur non concordando con questa tesi, che il principio di legalità non ha un fondamento costituzionale esplicito. Queste considerazioni non possono comunque legittimare prassi deprecabili come quella dell'attribuzione di potestà normative in bianco. A tacer d'altro, queste fattispecie contrasterebbero comunque con le riserve di legge che la Costituzione pone nei settori in cui le amministrazioni di regolazione operano. Per approfondimenti e ulteriore bibliografia sul punto si rinvia all'ottima voce di Scoca, "Attività amministrativa", Enc. dir., vol. agg. VI, 2002.

¹⁶⁶ Passerin d'Entrevès op. cit., p. 70.

¹⁶⁷ Il fatto che le decisioni delle autorità amministrative indipendenti siano precedute dalla consultazione degli operatori del settore viene ritenuta sufficiente a colmare l'assenza di criteri legislativi a presidio del corretto esercizio del potere; riferimenti in Clarich, "Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti", intervento al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti", tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it. Vedi ora il contributo aggiornato in Clarich, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005.

¹⁶⁸ Sulla delega di potere in relazione agli atti delle amministrazioni indipendenti sono condivisibili le notazioni di Orlandi, op. cit., pp. 80 ss.. L'autore citato riconduce il fenomeno della delega di potere allo schema della fattispecie complessa, "costruita con il rinvio alla

La disposizione di legge deve, però, porre il precetto che andrà a sostituirsi al precetto negoziale.

La legge non può limitarsi a operare un rinvio in bianco alla clausola che verrà determinata dall'amministrazione.

Pure nel caso in cui esistesse una disposizione legislativa che prevedesse l'effetto di sostituzione automatica dei precetti negoziali con quelli, eteronomi, recati dagli atti delle autorità di regolazione, resterebbero ferme le conclusioni raggiunte.

Una simile disposizione, infatti, non avrebbe alcun effetto.

Se, infatti, questa ipotetica disposizione venisse interpretata nel senso che ogni clausola, dettata dall'autorità, si sostituisce a quelle volute dalle parti, allora sarebbe incostituzionale, perché non risponde alle riserve di legge poste dagli articoli 23 e 41 della Costituzione¹⁶⁹.

Se, invece, venisse intesa nel senso che l'effetto sostitutivo si produce se l'atto amministrativo pone solo un elemento della fattispecie, per la restante parte dettata dal legislatore, allora sarebbe inutile, posto che l'effetto sostitutivo si determinerebbe già in forza dell'articolo 1339 codice civile.

Poste queste premesse, parrebbe doversi escludere che l'articolo 2 comma 12 lett. h della legge 481/1995 integri una fattispecie di sostituzione automatica di clausole contrattuali difformi da quelle prescritte dall'autorità di regolazione del settore dell'energia elettrica e del gas.

L'art. 2 comma 12 lett. h) della legge 481/1995 prevede che l'autorità per l'energia elettrica ed il gas "emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37".

Il comma 37 dell'art. 2 citato prevede che "il soggetto esercente il servizio predisporre un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli

determinazione di organi meta legislativi". Si dia il caso dell'articolo 117 comma 8 del D.lgs. 385/1993, così detto testo unico bancario, il quale prevede che: "La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, [...], abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli". Pare chiaro che la disposizione in commento non ponga una fattispecie di nullità, "non prevede una causa di nullità attuale". Di conseguenza o la fattispecie complessa rinvia alla sola determinazione della clausola sostitutiva senza delegarla decisione della nullità del contratto in deroga, e allora la nullità sarà stabilita direttamente dalla norma delegante di rango pari alla norma attributiva del potere autonomo; ovvero la delega ha riguardo alla stessa posizione della fattispecie di nullità, e allora l'invalidità deriverebbe da una norma di rango inferiore e perciò inidonea a derogare l'art. 1322 c.c.. Anziché stabilire esso stesso la causa di nullità dei contratti, l'art. 117 t.u.b. delega la Banca d'Italia, e così demanda la prescrizione invalidante a una fonte inferiore, precludendone la capacità derogatoria".

¹⁶⁹ Da tali disposizioni discende che deve essere la norma legislativa a porre il precetto che si sostituisce, mentre l'atto amministrativo può specificare la norma legislativa laddove questa rinvii a quello.

atti di cui al comma 36. Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio”.

Il combinato disposto delle due disposizioni descrive un meccanismo, piuttosto barocco, che determina l'effetto finale di consentire al precetto elaborato dall'autorità di settore di penetrare nel contenuto del contratto.

Le direttive dell'autorità determinano la modifica del regolamento di servizio che l'operatore del settore deve adottare.

Il regolamento di servizio può qualificarsi come atto positivo delle condizioni generali di contratto.

Come tali, quindi, le clausole dettate dall'autorità di regolazione entreranno nel contenuto del contratto per effetto dell'articolo 1341, comma I del codice civile.

Non, quindi, per effetto dell'articolo 1339 del codice civile.

Ciò per almeno due ordini di considerazioni.

Le disposizioni citate, sotto il profilo testuale, escludono l'effetto di sostituzione sul contratto, prevedendolo solo con riferimento al regolamento del servizio.

I provvedimenti amministrativi, inoltre, sotto il profilo sostanziale, non pongono norme imperative, mentre il sistema fondato dagli articoli 1339 e 1419 cpv. si fonda proprio sul carattere imperativo delle norme che si sostituiscono.

Discende da ciò che le parti possono con un valido accordo disattendere quanto previsto dall'autorità.

Secondo le coordinate che abbiamo posto in tema di condizioni generali di contratto, le parti possono sicuramente escludere di essere, nel singolo caso specifico, tenute alle condizioni generali di contratto previste da una delle parti.

La condotta del gestore del servizio che non ottempera al provvedimento costituisce un illecito amministrativo - non civile¹⁷⁰ – sanzionato ex lege¹⁷¹.

¹⁷⁰ Posto che la condotta delle parti, in forza dell'articolo 1322 del codice civile, non sarebbe qualificabile come *non iure*.

¹⁷¹ L'articolo 2 comma 20, della Legge n. 481/1995 prevede che l'autorità “b) irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti [...], sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a lire 50 milioni e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione; c) ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti”.

Bibliografia.

- Alpa, "Condizioni generali di contratto", Nuov. giur. civ. comm., 1988;
- Amato, "Rapporti fra norme primarie e secondarie", Milano, Giuffrè, 1962.
- Amato, "Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25", in Giur. cost., 1966.
- Ascoli, riv. dir. civ., 1910, pp. 503 ss..
- Asquini, "Integrazione del contratto con le clausole d'uso", in Scritti in onore di Sialoja, III, Bologna, 1953.
- Balduzzi e Sorrentino, voce "Riserva di legge", Enc. dir., vol. XL.
- Barcellona, voce "Libertà contrattuale", in Enc. dir., XXIV, 1974.
- Barcellona, "Intervento statale e autonomia privata nei rapporti economici", Milano.
- Barassi, "Contratto di lavoro", II ed., 1916.
- Benvenuti, "Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo", Milano, 2002.
- Betti, "Teoria generale del negozio giuridico", II ed., Torino, 1960, cap. I;
- Betti, voci, "Autonomia privata", Noviss. dig. it., I, t. 2, p. 1559
- Betti, "Negozio giuridico", Noviss., dig., it., XI, p. 209 ;
- Bianca, "Condizioni generali di contratto", in Enc. giur., 1988;
- Bianca, (a cura di) "Le condizioni generali di contratto", 2 voll..
- Bin e Pitruzzella, "Diritto Costituzionale", V ed., Torino, Giappichelli, 2004.
- Bobbio in " Stato, governo, società", Torino, 1985.
- Caianello, "Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile", in Foro amm., 1997, II.
- Cavallo, "Provvedimenti e atti amministrativi", in Trattato di diritto amministrativo (a cura di Caianello), Cedam, 1993
- Capaccioli, "Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano", 1986.
- Cariota Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Napoli, 1956.
- Carlassare, "Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità", Padova, 1967.
- Carrara, "Formazione dei contratti", Milano, 1915.
- Cassese, "La crisi dello Stato", Roma-Bari, 2002, p. 23.
- Cerri, "Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione", Padova, 1973.
- Cervati, voce "Legge delega e delegata", Enc. dir., vol. XXIII.
- Cesarini Sforza, "Volontà privata ed autonomia", in Riv. intern. filos. dir, a. X, 1930.
- Cheli, "Potere regolamentare e struttura costituzionale", Milano, 1967

Chieppa e Lopilato “Studi di diritto amministrativo”, Giuffrè, 2007.

Chinè, “Contratti di massa”, in Enc. dir., agg. I, 1997.

Cintioli, “I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione”, intervento al convegno “Le autorità amministrative indipendenti”, www.giustizia-amministrativa.it.

Clarich, “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”, in Foro amm., 2002.

Clarich, “Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, in Bassi e Merusi (a cura di), “Mercati e amministrazioni”.

Clarich, “Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti”, intervento al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

Clarich, “Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello”, Bologna, 2005.

Clemente di S. Luca, “L’atto amministrativo fonte del diritto obbiettivo”, Napoli, 2003.

Costanza, “Natura normativa delle condizioni generali di contratto”, in “Le condizioni generali di contratto”, a cura di Bianca, 1979, vol. I.

Crisafulli, “Principio di legalità e giusto procedimento”, in Giur. cost., 1962.

Crisafulli “Atto normativo”, Enc. dir., vol. IV..

Crisafulli, “Lezioni di diritto costituzionale”, vol. 2, CEDAM, 1993.

Crisafulli, voce “Fonti del diritto (dir. cost)”, Enc. dir., vol. XVII.

Crisafulli, “Lezioni di diritto costituzionale (anno accademico 1960-1961)”, I, Padova, 1962.

Crisafulli, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, in Riv., dir., pubb., 1960.

D’Alberti, “Diritto amministrativo comparato – Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia”, Bologna, 1992.

D’Andrea, “Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione”, in “Autonomia privata individuale e collettiva”, a cura di Rescigno, Napoli, 2006.

De Bona, “Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e gas”, Napoli, E.S.I., 2008.

De Nova, “Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti”, “L’autonomia dei privati e le autorità indipendenti”, a cura di Gitti, Bologna, 2006,

Del Prato, “Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti”, in Riv. dir. priv. n. 3, 2001.

Della Cananea, “Gli atti amministrativi generali”, Padova, 2000;

Di Giovine, "Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano", Torino, Giappichelli, 1969.

Dossetto, "Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli e formulari", 1951;

G.B. Ferri, "Il negozio giuridico fra libertà e norma", Firenze, 1987.

L. Ferri, "L'autonomia privata", Napoli, 1959.

L. Ferri, "Nozione giuridica di autonomia privata", Riv. trim. dir. proc. civ., 1957.

Fois, "Legalità (principio di)", Enc. dir., vol. XXIII.

Fois, "Ancora su riserva di legge e la libertà economica privata", Giur. cost., 1958, pp.17 ss..

Fois, "La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali", Milano, Giuffrè, 1963.

Frosini, "Ordinamento giuridico (filosofia del diritto)", Enc. dir., vol. XXX .

Ant. Genovese, "Le condizioni generali di contratto", Enc. dir., vol. VIII.

Gazzoni, "Equità e autonomia privata", 1970, Padova.

Gazzoni, "Manuale di diritto privato", ESI, XIII ed., 2007, Napoli.

Giannini, "Regolamento (in generale)", in Enc. dir., vol. XXXIV.

Giannini, "Atto amministrativo", Enc. dir., vol. IV.

Grassetti, "Clausola del negozio", in Enc. dir., vol. VII.

Galli, "Sulla natura giuridica delle condizioni generali di contratto", in Studi Parmensi, 1980.

Gitti, "Contratti regolamentari e normativi", Padova, 1994.

Irti, "Introduzione allo studio del diritto privato", Padova.

Irti, "La disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui", 1967, pp. 194 ss..

Irti, "Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari", in "Sistema finanziario e controllo dall'impresa al mercato", 1986.

Kelsen, "La dottrina pura del diritto", trad. it., di Losano, Torino 1966.

Livi, "L'integrazione del contratto", in "Contratto in generale", Trattato di Diritto Civile diretto da Lipari e Rescigno, Giuffrè, 2010, vol.III, t. 2.

Lipari, "Per una revisione della disciplina dell'interpretazione e dell'integrazione del contratto", in Riv. Dir. Civ., 2006, II

Luhmann, Sociologia del diritto, Roma-Bari, Laterza 1977.

Maiorca, "Contratti standard", in Noviss. dig. it., app., s.d..

Manetti, "I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti", in scritti in onore di Carlassare, AA. VV. (a cura di Brunelli, Puggiotto, Veronesi), vol. I, p. 191 ss., Jovene

Marsili, "Le condizioni generali di contratto", riv. dir. comm, 1951, p. 124.

Merusi, "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in "L'autonomia privata e le autorità indipendenti", a cura di Gitti, Bologna, 2006.

Mirabelli, "Negozio giuridico (teoria)", Enc. dir., vol. XXVIII.

Modugno, "Fonti del diritto (gerarchia delle)", Enc. dir., agg. I.

Mortati, "Istituzioni di diritto pubblico", IX ed., Padova, 1975.

Mortati, "Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)", Enc. dir., vol. XI,

Nuzzo, "Condizioni generali di contratto", in "Dizionario del diritto privato", a cura di Irti, Milano, 1980, p. 157.

Orlandi, "Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria", in "Tradizione civilistica e complessità del sistema", a cura di Macario-Miletti, Milano, 2006.

Orlandi, "La forma dei contratti di massa", in "Studi in onore di Confortini", vol. III, Napoli, 2008.

Orlandi, "Autonomia privata e autorità indipendenti", in "L'autonomia privata e le autorità indipendenti", a cura di Gitti, Bologna, 2006.

Paladin, "La potestà legislativa regionale", Padova, 1958.

Passerin d'Entreves, "Il negozio giuridico", Torino, 1919.

Pizzorusso, voce "Delegificazione", in "Enc. dir.", vol. agg. III.

Politi, "Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti", Enc. giur., vol. XXVII.

Prosperetti, "I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti" in MCR, 2002; Tesauro e D'Alberti (a cura di), "Regolazione e concorrenza", Il Mulino, 2006

Predieri, "L'erompere delle autorità amministrative indipendenti", Firenze, 1997.

Rangone, voce "Regolazione", in Cassese (diretto da) Diz. dir. pubbl., vol. V, p. 508 ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

Realmonte, "Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto", Jus, 1976

Rodotà, "Le fonti d'integrazione del contratto", Milano 1969.

S. Romano, voce "Autonomia", in "Frammenti di un dizionario giuridico", Milano, 1947.

Roppo, "Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa", 1975.

Sacco-De Nova, "Il contratto", in "Trattato di diritto civile", diretto da Sacco, Torino, III ed., t. I.

Salandra, "contratti preparatori e contratti di coordinamento", riv. dir. comm., 1940, I.

Salandra, "I contratti di adesione", riv. dir. comm., 1928, I.

Sandulli, "Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione", in riv. dir. proc., 1964.

- Santoro Passerelli., voce “Atto giuridico” in Enc. dir., Giuffrè, Milano 1962, vol. IV.
- Santoro Passerelli, “Lineamenti della promessa di matrimonio secondo il nuovo codice civile”, in Saggi di diritto civile, I, 1961, Napoli.
- Santoro Passerelli, “L’ accertamento negoziale e la transazione”, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1956, I.
- Santoro Passerelli, ”Dottrine generali del diritto civile”, ult. ediz., 1988.
- Schlesinger, “Natura e limiti della responsabilità delle autorità”, in “Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (Quaderni), Milano, 1997.
- Schmitt, “Il custode della Costituzione”, Milano, 1981, pp. 113 ss..
- Scoca, “Attività amministrativa”, Enc. dir., vol. agg. VI, 2002.
- Scognamiglio, “L’ integrazione”, in “I contratti in generale” in Trattato sul contratto diretto da Rescigno, vol. I, II ed., Torino 2006,
- Scognamiglio, “Contributo alla teoria del negozio giuridico”, Napoli, 1956;
- Scognamiglio “Negozio giuridico”, Enc., giur., 1990;
- Scozzafava, “La natura dei contratti standard, un problema di metodo”, riv. trim. dir. proc. civ., 1979.
- Serrao, “Legge (dir. rom.)”, Enc. dir., vol. XXIII.
- Sorace, “Diritto delle amministrazioni pubbliche”, IV ed., Bologna, 2007.
- Sorace, “Promemoria per una nuova voce “Atto amministrativo””, in Scritti in onore di M.S. Giannini, vol. III.
- Stolfi, ”Teoria generale del negozio giuridico”, (rist.), Padova, 1961;
- Tocqueville, Democrazia in America, Rizzoli 1992.
- Torrente-Schlesinger, “Manuale di diritto privato”, XVII ed., Milano.
- Tosato, “Prestazioni patrimoniali imposte e riserve di legge”, in Scritti in onore di G. Ambrosini, vol. III, Milano, 1970.
- Trimarchi, “Istituzioni di diritto privato”, XV ed., Milano, 2003.
- Vivante, “Trattato di diritto commerciale”, IV, n. 2037.
- Virga, “Diritto amministrativo (Atti e ricorsi)”, vol. II, Milano 1999.
- Zagrebel'sky, “Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto”, Torino, 1987.

