



**SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO
ED ECONOMIA “TULLIO ASCARELLI”**

**SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L’EUROPA
XXIII CICLO**

***IL CONTRATTO E LE AUTORITÀ
INDIPENDENTI***

Dottoranda:

Valentina Viti

Docente Tutor:

Chiar.mo Prof. Renato Clarizia

Anno Accademico 2011/2012

Alla mia famiglia

INDICE

Capitolo primo

Autorità amministrative indipendenti e regolazione del mercato

1. Il fenomeno delle autorità. L'indipendenza come tratto distintivo.....5
2. I poteri delle autorità indipendenti. La regolazione dei settori di competenza.....10
3. Natura normativa degli atti regolativi delle autorità amministrative indipendenti.....14
4. Collocazione e qualificazione delle autorità indipendenti.....16
5. Gli interessi tutelati dalle autorità amministrative indipendenti.....19
6. Le problematiche connesse alla funzione normativa delle amministrazioni indipendenti.....23

Capitolo secondo

Legittimazione delle autorità indipendenti e dei loro poteri normativi

1. Il problema della legittimità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti.....26

1.1. Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti.....	31
2. La legittimazione costituzionale dei poteri normativi delle autorità indipendenti. Il richiamo al meccanismo della delegificazione.....	35
3. La riconduzione del fondamento giuridico della potestà normativa delle autorità indipendenti al principio di competenza.....	41
4. La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti e la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Le difficoltà di riconduzione della regolamentazione autoritativa nell'ambito delle fonti secondarie.....	46
5. Il ricorso alla norma comunitaria quale fonte legittimante dei poteri normativi delle autorità indipendenti.....	50
6. Gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti quali atti con forza di legge promananti da fonti <i>extra ordinem</i> . Il principio di sussidiarietà.....	55
7. Opportunità e tentativi di una costituzionalizzazione delle autorità amministrative indipendenti.....	63

Capitolo terzo

Potere normativo delle autorità indipendenti e limiti all'autonomia privata

1. Incidenza dei poteri normativi attribuiti alle amministrazioni indipendenti sulla conformazione dei contratti.....	67
---	----

2. Autonomia privata: limiti legali e garanzia costituzionale.....	71
3. Previsione di inserimento obbligatorio di clausole ad opera delle autorità indipendenti. Applicabilità del meccanismo di sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1339 c.c.	79
3.1. Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 1339 c.c. con particolare riguardo alla deliberazione n. 78 del 1999 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.....	81
3.2. Inserzione automatica di clausole e fonte secondaria.....	92
3.3. Soluzione circa l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. alle clausole disposte dalle amministrazioni indipendenti.....	98
4. Previsione di contenuti minimi determinati da parte delle autorità indipendenti in virtù di c.d. norme di nullità "in bianco".....	106
4.1. Le nullità di fonte secondaria: ammissibilità e limiti.....	108
4.2. Attribuzioni alle autorità del potere di definire contenuti contrattuali prive di espresse previsioni di nullità per il caso di loro violazione ed eventuali statuizioni di invalidità direttamente previste dalla fonte secondaria.....	116
5. Riconduzione dell'efficacia integrativa del contratto ad opera dei provvedimenti autoritativi al meccanismo delle clausole d'uso <i>ex art. 1340 c.c.</i> Profili critici.....	122

6. Regolazione autoritativa e autonomia privata.....133

BIBLIOGRAFIA.....138

Capitolo primo

Autorità amministrative indipendenti e regolazione del mercato

SOMMARIO: 1. Il fenomeno delle autorità. L'indipendenza come tratto distintivo. – 2. I poteri delle autorità indipendenti. La regolazione dei settori di competenza. – 3. Natura normativa degli atti regolativi delle autorità amministrative indipendenti. – 4. Collocazione e qualificazione delle autorità indipendenti. – 5. Gli interessi tutelati dalle autorità amministrative indipendenti. – 6. Le problematiche connesse alla funzione normativa delle amministrazioni indipendenti.

1. Il fenomeno delle autorità. L'indipendenza come tratto distintivo.

Si è assistito negli ultimi decenni al proliferare di organismi che, pur nella varietà delle denominazioni, possono essere ricondotti nella categoria delle cc.dd. “autorità indipendenti”¹, la cui nascita ed

¹ La letteratura sulle autorità amministrative indipendenti risulta, ad oggi, vastissima; pertanto senza alcuna pretesa di completezza si rinvia, fra gli altri, a A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000; A. LA SPINA, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 1995; M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (Dir. Cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 1997; ID., *Poteri neutrali e costituzione*, Padova, 1994; ID., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Sorrento 30 maggio 1997, Padova, 1999; F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; F.S. SEVERI (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti – Aspetti problematici*, Milano, 1998; G. VESPERINI e G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1997, pp. 647 e ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*,

apparizione nella realtà giuridica non si è posta come il prodotto di un disegno organico, bensì come la risposta puntuale a concrete esigenze manifestatesi in tempi ed in campi diversi².

Alla base della diffusione del fenomeno delle autorità indipendenti si rinviene, in generale, la necessità dello Stato di affidare la gestione di settori, particolarmente delicati da un punto di vista socio-economico in quanto connotati dalla presenza di interessi conflittuali dagli equilibri incerti, ad organismi dotati di particolari prerogative, ovvero competenza tecnico-specialistica, posizione di neutralità-equidistanza rispetto agli interessi in gioco, indipendenza dal potere politico³.

Generale funzione dell'attività delle autorità indipendenti viene, dunque, rinvenuta nella garanzia della correttezza nello svolgimento delle interazioni fra posizioni in conflitto e nel loro bilanciamento⁴.

Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996; E. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del Diritto*, XXXI, 1, 2000, pp. 159-166; G. GIRAUDI e S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001; F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2002, pp. 3-82; F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003; P. CAVALERI, P. DURET, G. DALLE VEDOVE (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; S. VALENTINI, *Le autorità indipendenti*, Milano, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002.

² Di una affermazione delle autorità indipendenti disordinata e quasi casuale parla P. SCHLESINGER, *Il <<nuovo>> diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 54.

³ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 13 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 79.

⁴ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 117.

Settori quali quello delle comunicazioni, della protezione dei dati personali, dei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori con riguardo all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, e ancora l'ambito bancario, creditizio, assicurativo e dei servizi di pubblica utilità ne rappresentano degli esempi⁵.

Si evidenzia, da parte di alcuni, come la nascita degli organismi in esame debba essere collocata in un contesto particolare, in cui l'affermarsi di concetti quali "mercato", "privatizzazioni", "liberalizzazioni" e "globalizzazione" ha comportato la rinuncia dello Stato ad una forma di intervento dirigistico nell'economia ed in cui i poteri attribuiti ed esercitati dalle autorità indipendenti devono essere ricondotti ad una funzione di garanzia e promozione della concorrenza e della libertà di iniziativa economica a fini di efficienza e razionalizzazione dello stesso mercato⁶.

In assenza di una definizione generale della categoria "Autorità indipendenti" ad opera del legislatore nazionale e di fronte a discipline e statuti giuridici vari ci si è cimentati, in dottrina, nella ricerca di

⁵ In merito alle ragioni alla base del fenomeno delle autorità indipendenti si veda l'opinione di G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 318-319, secondo cui la vera ragion d'essere delle autorità va rinvenuta, piuttosto che in esigenze di neutralità, nel moltiplicarsi degli interessi pubblici, nonché nella particolare "morfologia giuridica" degli stessi, che ha determinato una loro "proiezione" al di fuori dello Stato-persona.

⁶ N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 247 e ss.; P. SCHLESINGER, *Il <<nuovo>> diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 53 e ss.; con riferimento al settore dei servizi pubblici G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 130; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 10 e ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 14.

criteri di individuazione che permettessero di ascrivere le diverse figure organizzative, di volta in volta istituite, al più ampio *genus* in esame⁷.

In merito gran parte degli autori è giunta alla conclusione che principale carattere ricostruttivo della categoria, minimo comune denominatore dei diversi organismi in essa rientranti, debba ritenersi il tratto dell'indipendenza, da intendersi come sottrazione dall'ingerenza dell'autorità di governo, con conseguente esclusione, per ciascuna delle autorità, della responsabilità politica che, ai sensi dell'art. 95 Cost., impegna i Ministri per l'attività amministrativa svolta dall'organizzazione pubblica facente loro capo⁸.

In particolare, si rileva come sintomatiche di una effettiva indipendenza, tanto organizzativa quanto funzionale, siano precise

⁷ Si veda, in merito, la selezione operata da F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 45 e ss., il quale ricorre al criterio distintivo rappresentato dalla necessità che le autorità indipendenti abbiano come finalità tipica quella di assicurare la *par condicio* concorrenziale nel mercato di riferimento attraverso l'effettività del contraddittorio. Ciò porta l'A. ad affermare che la Banca d'Italia è autorità amministrativa indipendente quando svolge la funzione di governo della base monetaria al fine di stabilizzare i prezzi, mentre non è tale nel momento in cui esercita l'attività di vigilanza sul sistema bancario, non avendo tale funzione di vigilanza lo scopo "di garantire la parità d'armi tra i contendenti o di promuovere la concorrenza quando ne mancano i presupposti"; ancora, l'A. pone dei dubbi sul Garante per la protezione dei dati personali, in quanto ritenuto "del tutto estraneo alla problematica della concorrenza, della parità delle armi e della dialettica processuale", ed esclude dal novero delle autorità indipendenti, in quanto prive della riferita finalità, una serie di figure quali i difensori civici, l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Autorità di controllo sui pubblici appalti. Evidenzia, invece, come la funzione di assicurare la concorrenza nel mercato non possa essere sempre considerata "finalità ultima" delle autorità N. LONGOBARDI, *Postfazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 317, il quale adduce l'esistenza di settori regolati da autorità indipendenti, in cui le relative discipline danno rilievo ad interessi diversi quali quello del progresso tecnologico o della tutela di consumatori e utenti.

⁸ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 5; P. SCHLESINGER, *Il <<nuovo>> diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 55; G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 316 e ss., il quale, proprio in virtù del tratto distintivo dell'indipendenza dal Governo, esclude dal novero delle autorità indipendenti la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, l'AIPA e l'APAST, mentre pone qualche dubbio sull'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

caratteristiche, raggruppabili in tre categorie: la capacità di determinare la propria organizzazione senza interferenze del potere regolamentare del Governo e nel solo rispetto della legge; la capacità di determinare la propria azione senza soggezione al potere governativo e nell'ambito dei poteri attribuiti dalla legge; il particolare "stato giuridico" dei soggetti titolari degli uffici di vertice, caratterizzato da un insieme di regole (attinenti a procedure di nomina, durata in carica, regime delle incompatibilità, appartenenza a categorie particolarmente forti) volte a preservare tali persone fisiche da influenze esterne⁹.

Affinché ricorra il requisito dell'indipendenza si sottolinea come sia necessario e, allo stesso tempo, sufficiente il riscontro di almeno un *minimum* delle caratteristiche riguardanti ciascuna delle categorie riferite, ammettendosi, dunque, sia pur lievi imperfezioni e conseguenti diverse gradazioni di intensità nell'indipendenza delle varie autorità¹⁰. Con specifico riguardo, poi, al profilo dello "stato giuridico" dei titolari degli uffici di vertice, si evidenzia come la riconducibilità di alcuni procedimenti di nomina ad una derivazione governativa non sia di per sé in grado di inficiare il tratto dell'indipendenza dell'autorità, risultando l'impermeabilità dei vertici da influenze esterne sufficientemente garantita da altri indici, quali i requisiti soggettivi per essi richiesti ovvero la durata della carica o, ancora, la rinnovabilità della nomina¹¹.

⁹ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle <<amministrazioni indipendenti>>*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, pp. 5 e ss.; G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 294 e ss.

¹⁰ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 295.

¹¹ G.C. DI SAN LUCA, *op. ult. cit.*, pp. 297-298; si veda anche F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 71. Sull'influenza delle procedure di nomina sull'indipendenza delle autorità G. GRASSO, *L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra*

2. *I poteri delle autorità indipendenti. La regolazione dei settori di competenza.*

Uno degli aspetti in tema di autorità indipendenti che ha suscitato maggiore attenzione e, da parte di alcuni, forti perplessità riguarda i poteri, estremamente ampi e variegati, attribuiti a tali organismi.

Si è, infatti, da più parti evidenziato come il fenomeno delle autorità rappresenti una anomalia, una devianza rispetto a principi fondanti dello Stato di diritto, quali quello gerarchico, di legalità e di divisione dei poteri, proprio a causa della particolare concentrazione in capo ad esse di diverse tipologie di funzioni nella gestione dei settori loro affidati¹².

Le autorità amministrative indipendenti risultano, innanzitutto, titolari di funzioni consultive e di collaborazione nei confronti degli organi rappresentativi; manifestazioni tipiche di siffatte funzioni sono rappresentate dalle relazioni periodiche al Governo e alle Camere sull'attività svolta, dai poteri di segnalazione circa gli effetti distorsivi della concorrenza determinati da norme legislative o provvedimenti amministrativi, ancora dai pareri richiesti circa l'opportunità di misure legislative preventive o correttive¹³.

forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, cit., pp. 101 e ss. Sulla necessità di uniformare le modalità di nomina dei membri degli organi di vertice delle autorità, con attribuzione al Parlamento della relativa investitura e riconoscimento al Governo di sole funzioni di proposta v. M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 38.

¹² Si veda M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 10 e 16; N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 251; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 10 e ss.

¹³ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 147-148.

Estremamente variegato, poi, si presenta il ventaglio di poteri caratterizzanti la c.d. funzione di vigilanza-garanzia: in merito si spazia dall'esercizio di poteri meno penetranti, quali la richiesta di informazioni a soggetti pubblici o privati, la segnalazione di anomalie e gli inviti a correggerle, a poteri decisamente più intrusivi, come nel caso di ispezioni, autorizzazioni, diffide, ingiunzioni, fino all'applicazione di sanzioni per i comportamenti devianti.

Tuttavia la peculiarità nelle funzioni attribuite alle amministrazioni indipendenti è rappresentata dal cumulo dei riferiti poteri di garanzia e sanzione con poteri di vera e propria regolazione-normazione, nonché di risoluzione di controversie (cc.dd. poteri "giustiziali"), che porta a configurare un reale accentramento dell'intera gestione dei settori di riferimento nelle "mani" delle figure in esame.

Quanto alla funzione giustiziale si evidenzia in dottrina, richiamando un tradizionale ed autorevole insegnamento¹⁴, come la stessa si sostanzia nella risoluzione di una controversia "in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto", laddove il "fine di giustizia" si connota per il preminente rilievo che assume l'interesse individuale dei soggetti coinvolti¹⁵; è proprio tale criterio caratterizzante che ha portato dottrina e giurisprudenza ad escludere i poteri sanzionatori esercitati dalle autorità indipendenti dall'ambito di una presunta funzione giustiziale¹⁶, mentre è lo stesso criterio che

¹⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. II, p. 1203.

¹⁵ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 277 e ss.

¹⁶ TAR Lazio, sez. I, 5 maggio 1994, n. 652, in *TAR*, 1994, I, p. 1709; TAR Lazio, sez. I, 30 maggio 1997, n. 848, in *TAR*, 1997, I, p. 14; TAR Lazio, sez. I, 19 maggio 1998, n. 1725, in *TAR*, 1998, I, p. 2249; TAR Lazio, sez. I, 15 ottobre 1998, n. 2952, in *TAR*, 1998, I, p. 3910; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1205. In dottrina si veda G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 279 e ss.

induce a riconoscere una caratterizzazione “giustiziale” alla funzione di “soluzione non giurisdizionale” delle controversie insorgenti nel settore delle comunicazioni, attribuita alla relativa Autorità garante (art. 1, 11° comma, L. 249/1997)¹⁷.

È bene sottolineare come la “funzione giustiziale” non possa essere in alcun modo accostata alla “funzione giurisdizionale” in senso proprio, dovendo ritenersi le decisioni delle autorità indipendenti comunque assoggettabili a sindacato giurisdizionale¹⁸ e gli stessi poteri giustiziali inquadrabili nell’ambito di una più ampia funzione amministrativa (sebbene non intesa in senso tradizionale)¹⁹.

La funzione che, tuttavia, a prescindere dalla problematica del cumulo, suscita di per sé diversi e rilevanti profili problematici, ma al tempo stesso rappresenta il vero elemento qualificante delle amministrazioni indipendenti è quella regolativa. Si fa riferimento alle frequenti ipotesi in cui alle autorità vengono attribuiti poteri di “disporre in via generale e astratta”, di statuire e formulare regole.

Siffatti poteri, che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, nella maggior parte dei casi possono essere ritenuti strettamente “normativi”²⁰, sono dal legislatore conferiti alle autorità indipendenti tanto per disciplinare preventivamente l’esercizio delle funzioni

¹⁷ Per un esame più approfondito si rinvia a G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 284 e ss., il quale riconosce una connotazione giustiziale anche alla funzione di cui all’art. 29 della L. 675/1996.

¹⁸ In merito alla tutela giurisdizionale contro i provvedimenti delle autorità indipendenti si vedano, fra gli altri, G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 739 e ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti <<regolatrici>>*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 2000, pp. 469-490; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2002, pp. 792-802; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 30-31 e 155-159.

¹⁹ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 291 e ss.

amministrative provvedimenti delle stesse, con possibili effetti riflessi nei confronti dei soggetti che con esse entreranno in contatto, quanto (ed è questa l'ipotesi più interessante) per regolare direttamente situazioni e rapporti giuridici riguardanti soggetti terzi²¹.

Marcata risulta l'attività normativa delle amministrazioni indipendenti soprattutto in alcune ipotesi, generalmente laddove occorra correggere situazioni di asimmetria nel contraddittorio tra le parti ovvero creare a monte i presupposti affinché il mercato diventi concorrenziale; emblematico è il riferimento alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ma poteri regolamentari sono attribuiti, fra le altre, anche alla Banca d'Italia in materia di disciplina del sistema di pagamenti, alla Consob con riguardo alla determinazione del prospetto informativo e alla definizione del contenuto di taluni contratti (*futures* e *options*), e ancora all'Isvap in relazione al contenuto minimale della nota informativa prescritta per le imprese assicuratrici²².

Diversi e rilevanti gli aspetti problematici che si profilano in ordine ai riferiti poteri regolamentari e che si collegano a due elementi spesso

²⁰ In merito si rinvia al par. 3 del presente capitolo.

²¹ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 272 e ss.

²² Sul potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti di veda M.A. CABIDDU e D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 1, 2000, pp. 13-56; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; A. PERA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2002, pp. 329-346; G. TESAURO e M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2005; S. NICODEMO, *Funzioni normative delle autorità indipendenti?*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1998, pp. 341 e ss.; ID., *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, *ad vocem*. Circa l'esistenza di una potestà normativa anche in capo all'Autorità antitrust si veda S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., pp. 213 e ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garantiti delle regole*, cit., pp. 87 e ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 72-73.

riscontrabili: l'esercizio da parte delle autorità amministrative indipendenti di funzioni normative sovente avviene sulla base di criteri legislativi vaghi, che, a volte, si riducono ad una mera attribuzione di potere; in molti casi le autorità elaborano regole destinate ad incidere profondamente sulla disciplina dei contratti così come predisposta dalle parti, dando luogo a fenomeni di integrazione-conformazione negoziale.

3. *Natura normativa degli atti regolativi delle autorità amministrative indipendenti.*

Con riferimento ai poteri di regolazione attribuiti alle amministrazioni indipendenti, aspetto preliminare da affrontare attiene al riconoscimento o meno di natura normativa agli atti derivanti dall'esercizio di siffatti poteri.

La problematica si specifica nella necessità di trovare una giusta collocazione per i provvedimenti regolativi delle autorità nell'ambito della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi a contenuto generale (non normativo); distinzione che, come ben evidenziato in dottrina, presenta rilevanti risvolti pratici, risultanti in particolare dal diverso regime giuridico applicabile nell'uno e nell'altro caso²³.

²³ Si veda, in particolare, A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, nei *Quaderni della Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2, Milano, 1997, pp. 85 e ss., il quale evidenzia sei tratti connotanti il regime giuridico degli atti normativi rispetto a quello degli atti amministrativi generali: applicabilità del principio *iura novit curia*; entrata in vigore con la pubblicazione, salva la *vacatio legis*; applicabilità del principio *ignorantia legis non excusat*; applicazione dei criteri di interpretazione di cui all'art. 12 delle disp. sulla legge in generale; ammissibilità del ricorso in Cassazione *ex art. 360 c.p.c.*; illegittimità degli atti amministrativi contrari. Si veda anche F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a

Nella individuazione dei criteri distintivi fra atti normativi e atti amministrativi generali si tende ad attribuire un peso maggiore ad indici cc.dd. sostanziali rispetto a quelli meramente formali (quali la presenza o l'assenza di qualificazioni espresse nelle norme legislative attributive)²⁴; pur con diverse sfumature tra le varie opinioni, infatti, vengono generalmente richiamati quali criteri caratterizzanti gli atti normativi i tratti sostanziali della generalità-astrattezza e della innovatività.

Quanto al primo indice si richiede che il provvedimento sia destinato a regolare in astratto e per il futuro una serie indefinita di fattispecie, risultando idoneo ad una ripetuta applicazione e non esaurendo, viceversa, i propri effetti una volta portato ad esecuzione (come avviene per gli atti amministrativi generali, pur rivolti ad una pluralità di destinatari)²⁵.

Quanto, poi, al carattere dell'innovatività dell'atto si fa riferimento alla sua capacità di integrare l'ordinamento giuridico generale, spiegando un'efficacia costitutiva nell'ambito dello stesso tramite un'idoneità "sostanziale" ad aggiungere nuove regole²⁶.

cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 299; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 93 e ss.

²⁴ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 273 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 86.

²⁵ Cons. Stato, sez. II, 16 novembre 1994, n. 2342, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 1005; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, pp. 451 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 85-86; G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 275; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 299.

²⁶ Cons. Stato, ad. gen., parere 21 novembre 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 4266; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit., p. 100; F. POLITI, *La*

Alcuni autori, infine, menzionano l'ulteriore criterio della "funzione normativa" dell'atto, intesa come destinazione del provvedimento avente carattere normativo ad introdurre norme giuridiche ovvero a regolare e disporre e non, viceversa, a provvedere concretamente tramite la soddisfazione puntuale di un interesse specifico²⁷.

Sulla base dei riferiti indici di identificazione della normatività degli atti si può, senza troppe esitazioni, concludere che i poteri di regolazione attribuiti alle autorità indipendenti ed i provvedimenti da queste adottati nell'esercizio degli stessi presentino, in virtù della descrizione che di essi in precedenza si è fornita (e salva verifica con riferimento ad ogni singolo atto), natura squisitamente normativa.

4. *Collocazione e qualificazione delle autorità indipendenti.*

Incertezze si sono manifestate con riguardo alla effettiva collocabilità delle autorità indipendenti all'interno del tradizionale potere amministrativo, sia a causa della loro caratteristica indipendenza dall'esecutivo, sia a seguito dell'analisi delle variegate funzioni alle stesse attribuite.

Si è, infatti, da parte di alcuni evidenziata la contraddizione tra indipendenza ed esercizio di funzioni amministrative, ancorandosi ad

potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 300; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 85.

²⁷ A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, cit., pp. 451 e ss.; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, cit., p. 88; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 300; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 85-86.

un modello risalente e datato di amministrazione, da intendersi come organizzazione interamente soggetta al Governo²⁸; da altra parte, sono state avanzate prospettazioni tendenti a qualificare tali organismi quali autorità “semicontenziose” ovvero “giurisdizionali” o “paragiurisdizionali” o, ancora, come “giudici speciali”, incentrando evidentemente l’attenzione sull’esercizio da parte di esse anche di poteri che precedentemente abbiamo definito “giustiziali”²⁹.

Si ritiene, anche a seguito di un intervento della giurisprudenza di legittimità, che entrambe le riferite opinioni debbano essere respinte e che possa affermarsi la natura fondamentalmente amministrativa delle autorità indipendenti.

In merito alla presunta inconciliabilità fra indipendenza e funzioni amministrative è, infatti, sufficiente sottolineare come sia la stessa Costituzione a lasciare aperto uno spazio per amministrazioni sottratte all’indirizzo governativo, laddove accanto al modello di amministrazione “servente” di cui all’art. 95 Cost., i successivi artt. 97 e 98 Cost. prefigurano l’idea di una amministrazione come “apparato a sé”, separato dalla politica e regolato direttamente dalla legge³⁰.

²⁸ V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 346.

²⁹ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 115 e ss.; G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 3 e ss.

³⁰ M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, pp. 162 e ss.; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 101 e ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 27 e ss.

Quanto, invece, alle varie riferite prospettazioni tendenti a ricondurre gli organismi in esame al potere giudiziario, la non condivisibilità delle stesse è stata recentemente confermata da una pronuncia del Supremo Collegio, in cui (con particolare riferimento al Garante per la protezione dei dati personali) si è statuito che le autorità indipendenti, anche quando esercitano funzioni di risoluzione di controversie, devono qualificarsi come “amministrative” e non “giurisdizionali”, non potendo, fra l’altro, esse configurarsi come un *tertium genus* tra giurisdizione e amministrazione, stante il divieto di istituire giudici speciali³¹; tutti i poteri attribuiti alle autorità, compresi quelli “giustiziali”, sono, dunque, riconducibili alla “funzione amministrativa” (intesa in una accezione non rigorosamente tecnica), risultando in ogni caso funzionalizzati al perseguimento di interessi pubblici, sebbene, come si vedrà nel prosieguo, non secondo la loro nozione tradizionale³².

Occorre, infine, ricordare come altra questione discussa abbia riguardato la qualificabilità degli organismi in esame quali “poteri dello Stato”, con conseguente possibilità di ricorso alla Corte Costituzionale nel caso di conflitto di attribuzioni con gli altri poteri dello Stato; si era, in particolare, da alcuni sottolineato come la peculiare

³¹ Cass., 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giur. it.*, 2003, 2, p. 856, con nota di V. VANACORE, *Le autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*.

³² G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 300 e ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 27. Secondo Cass., 20 maggio 2002, n. 7341, cit., le autorità amministrative non sono caratterizzate dalla terzietà (intesa come indifferenza o estraneità) rispetto agli interessi coinvolti (pubblici o privati), propria del giudice, bensì dalla imparzialità nel perseguimento del pubblico interesse. In merito alla natura degli interessi tutelati dalle Autorità indipendenti e alle ripercussioni sulla configurazione della funzione amministrativa esercitata si rinvia al par. 5 del presente capitolo.

indipendenza delle autorità avvicinasse le stesse alla posizione degli organi costituzionali veri e propri³³.

In merito si è assistito ad un intervento della Corte Costituzionale, la quale ha precisato (riferendosi, nel caso di specie, al Garante, all'epoca, per la radiodiffusione e l'editoria) che le amministrazioni indipendenti, pur essendo dotate di particolare autonomia, non si collocano al livello dei poteri dello Stato, non potendo tale statuto essere riconosciuto ad autorità che non sono menzionate in Costituzione³⁴; ne deriva, dunque, l'impossibilità per le stesse di adire il Giudice delle leggi per proteggere le proprie attribuzioni dalle interferenze degli altri poteri³⁵.

5. *Gli interessi tutelati dalle autorità amministrative indipendenti.*

Questione che ha suscitato particolare attenzione in dottrina concerne l'individuazione degli interessi sottesi all'attività svolta dalle autorità amministrative indipendenti, specialmente con riguardo a

³³ S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit., pp. 295 e ss.

³⁴ Corte Cost., ord., 2 giugno 1995, n. 226, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 1661 e ss. Contrario alla collocazione delle autorità indipendenti fra gli organi costituzionali è N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 103. Sulla questione si veda anche G. LOMBARDO, *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, pp. 271 e ss.

³⁵ In merito si veda M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 26, secondo cui tale possibilità potrebbe configurarsi solo a seguito di un'apposita modifica della Costituzione, la quale inserisca le autorità tra gli organismi ivi espressamente menzionati. Sui tentativi di costituzionalizzazione delle amministrazioni indipendenti, nonché sulla loro opportunità si rinvia al successivo par. 7 del capitolo secondo.

quella funzione regolativa che, come visto, ne rappresenta uno dei tratti più caratterizzanti.

Di fronte ad opinioni che, in aderenza all'impostazione tradizionale, individuano tale interesse nel c.d. "interesse pubblico primario", riconducendo conseguentemente le funzioni esercitate dalle autorità nell'ambito dell'attività amministrativa discrezionale³⁶, molti autori hanno, invece, evidenziato come le amministrazioni indipendenti siano strettamente collegate ad una evoluzione nella "morfologia" degli interessi tutelati e, correlativamente, nella configurazione della stessa funzione amministrativa³⁷.

Ritenendo, in particolare, non calzante tanto il concetto tradizionale di interesse pubblico come ontologicamente diverso, contrapposto e sovraordinato rispetto all'interesse privato³⁸, quanto l'archetipo del potere amministrativo discrezionale, inteso come ponderazione, in virtù di un interesse pubblico primario, di una pluralità di interessi pubblici e privati secondari³⁹, diverse sono le sfumature utilizzate in dottrina per

³⁶ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, pp. 341 e ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, pp. 356 e ss.

³⁷ G.C. DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 308 e ss.; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 99; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 130 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 16 e ss.

³⁸ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, pp. 933 e ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001, pp. 25 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 18.

³⁹ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 130; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 55 e ss.; G.C. DI

descrivere le situazioni garantite dalle autorità e l'attività di cura da queste svolta.

Si è affermato che alla base delle funzioni delle amministrazioni indipendenti vi sia la necessità di tutelare reciprocamente situazioni soggettive private rispetto alle quali sarebbe configurabile un interesse pubblico “riflesso” o “mediato”, identificato con il mantenimento dell'equilibrio fra i diversi interessi privati e, pertanto, strumentale alla realizzazione di un interesse riferibile ad una pluralità di soggetti⁴⁰. In una direzione analoga, è stata richiamata l'opportunità di concepire un “interesse pubblico nuovo”, in quanto costituito dalla somma delle situazioni soggettive di tutti i cittadini⁴¹.

Si è, da altra parte, sottolineato come compito delle autorità sia quello di disciplinare e bilanciare una pluralità di interessi equiordinati, nell'ambito dei quali l'interesse pubblico “pur affiancandosi a situazioni soggettive private (...) non assorbe dette situazioni (...) ma coesiste con esse”⁴².

Altra autorevole dottrina ha rilevato come, a differenza della funzione amministrativa tradizionale, l'attività (in particolare regolativa) delle autorità non sia volta alla cura di un “interesse pubblico primario”, bensì alla composizione di principi e valori “di sistema” con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati⁴³; alle amministrazioni indipendenti sarebbe, dunque, affidato un

SAN LUCA, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 313 e ss.

⁴⁰ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., pp. 58 e ss.

⁴¹ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 33.

⁴² G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 312 e ss.

⁴³ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*,

interesse “di composizione” (“mediato” o “riflesso”), da intendersi come “sintesi paritaria ed equilibrata di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali”⁴⁴.

Prospettiva non dissimile si ritrova nell’opinione di chi tende con forza a superare la tradizionale dicotomia fra interesse pubblico e privato, affermandone, viceversa, la inscindibilità e la reciproca interessenza⁴⁵.

Partendo da una concezione di interesse pubblico non quale sovrastruttura superindividuale e superiore rispetto agli interessi privati, bensì quale “sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate”, ovvero quale interesse che deve essere soddisfatto “affinchè altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti”⁴⁶, tale dottrina giunge ad affermare che l’interesse sotteso alla regolazione autoritativa è connotato da una “intrinseca multiforme complessità” derivante dalla contemporanea rilevanza di “un coacervo di interessi diversi e confliggenti”, fra cui garantire un concreto bilanciamento. L’attività delle autorità indipendenti risulterebbe, infatti, finalizzata tanto alla promozione della libera concorrenza nel mercato e della qualità, efficienza ed economicità dei servizi, quanto, contestualmente,

cit., pp. 130 e ss., i quali con riferimento al settore dei servizi pubblici, fra i diversi interessi da temperare senza che tra essi vi sia un ordine gerarchico, richiamano “la promozione della concorrenza e dell’efficienza”, “la fruibilità dei servizi e la loro diffusione in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale”, “la garanzia di condizioni di economicità e di redditività per gli operatori” e “la tutela degli interessi di utenti e consumatori”.

⁴⁴ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 131-132, i quali evidenziano come le determinazioni delle autorità siano connotate dalla neutralità rispetto ai contrapposti interessi delle parti.

⁴⁵ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 16 e ss.

⁴⁶ Tale concezione si deve a P. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, pp. 933 e ss.

alla tutela degli interessi di utenti e consumatori per la realizzazione di un sostanziale equilibrio dei rapporti⁴⁷.

6. Le problematiche connesse alla funzione normativa delle amministrazioni indipendenti.

Come già evidenziato, i poteri normativi attribuiti alle autorità indipendenti rappresentano non solo il loro tratto più caratterizzante, ma anche uno degli aspetti più problematici della loro attività.

Due sono i profili che vengono in rilievo e che costituiranno le tematiche oggetto di approfondimento della presente trattazione: si pone, in primo luogo, la questione della stessa legittimità della funzione normativa svolta dalle autorità, soprattutto rispetto a principi fondanti del nostro sistema costituzionale, quali quello di legalità e di riserva di legge.

Oggetto di più intense attenzioni, poi, soprattutto in un'ottica civilistica, si rivela il problema degli importanti riflessi che la regolazione autoritativa spiega sulla disciplina dei contratti, configurandosi tale regolazione come un'ulteriore fonte di eteroregolamentazione degli accordi, che ripropone il tema dei limiti al principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c. in una prospettiva tuttavia diversa rispetto a quella generalmente indagata.

I riferiti profili problematici si collegano a due tratti rinvenibili in gran parte delle ipotesi di conferimento di poteri normativi alle autorità indipendenti.

⁴⁷ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 20-21.

Si allude ai ricorrenti casi di deleghe “in bianco” da parte della legge, ovvero di attribuzioni di potere normativo alle amministrazioni indipendenti sulla base di principi e criteri legislativi assai vaghi e generici, che lasciano spazio ad una regolamentazione autoritativa estremamente ampia.

Ci si vuole, in secondo luogo, riferire alla particolare incidenza sulle singole contrattazioni dei provvedimenti adottati dalle autorità nell’esercizio della funzione normativa loro attribuita, i quali, spingendosi sovente fino alla prescrizione di contenuti tipici determinati o alla definizione di clausole da inserire obbligatoriamente, danno luogo a veri e propri fenomeni di integrazione-conformazione negoziale.

Si riportano, in merito, alcuni esempi rilevanti: l’art. 117, 8° comma del TUB (d.lgs. 385/1993) prevede che la Banca d’Italia, d’intesa con la Consob, possa prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato, comminando espressamente la nullità per i contratti e per i titoli difformi; l’art. 2, 12° comma, lett. h) della L. 481/1995, istitutiva delle Autorità per l’energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni, conferisce a tali autorità poteri di intervento e di regolazione, fra cui quello di adottare direttive sulla produzione ed erogazione dei servizi da parte degli esercenti, statuendo che le determinazioni di tali direttive costituiscono

“modifica o integrazione del regolamento di servizio” predisposto da questi ultimi⁴⁸.

⁴⁸ Altri importanti esempi sono rappresentati dalle deleghe di potestà normativa previste dalla disciplina legislativa dell'attività di intermediazione mobiliare (d.lgs. 58/1998) in favore della Consob per la predisposizione dei contratti cc.dd. “futures” e “options”, laddove tale potere normativo è indirizzato non solo alla definizione di un contenuto tipico dei suddetti contratti, ma anche alla determinazione della loro stessa ammissione alle negoziazioni; e, ancora, dall'art. 109, 4° comma del d.lgs. 174/1995, il quale riconosce all'Isvap un potere prescrittivo in relazione all'obbligo legale della “nota informativa” imposto alle imprese assicuratrici, potere esercitato attraverso numerose circolari con cui l'Isvap ha sostanzialmente definito il contenuto minimale della suddetta informativa.

Capitolo secondo

Legittimazione delle autorità indipendenti e dei loro poteri normativi

SOMMARIO: 1. Il problema della legittimità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti. – 1.1. Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti. – 2. La legittimazione costituzionale dei poteri normativi delle autorità indipendenti. Il richiamo al meccanismo della delegificazione. – 3. La riconduzione del fondamento giuridico della potestà normativa delle autorità indipendenti al principio di competenza. – 4. La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti e la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Le difficoltà di riconduzione della regolamentazione autoritativa nell'ambito delle fonti secondarie. – 5. Il ricorso alla norma comunitaria quale fonte legittimante dei poteri normativi delle autorità indipendenti. – 6. Gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti quali atti con forza di legge promananti da fonti *extra ordinem*. Il principio di sussidiarietà. – 7. Opportunità e tentativi di una costituzionalizzazione delle autorità amministrative indipendenti.

1. Il problema della legittimità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti.

La creazione di autorità indipendenti ha immediatamente sollevato in dottrina dubbi circa la compatibilità di questa figura con i principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione. In particolare, il loro riferito tratto caratterizzante dell'indipendenza dall'indirizzo governativo ha indotto ad interrogarsi su una possibile contrarietà a Costituzione delle stesse per mancanza di legittimazione democratica, risultando per esse sciolto il nesso della responsabilità ministeriale di cui all'art. 95 Cost. e non ricorrendo, allo stesso tempo, alcuna forma di rappresentatività popolare⁴⁹.

⁴⁹ Si veda in generale sulla descritta problematica G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 305 e ss.;

Diverse le ricostruzioni che, opponendosi a prospettazioni di incostituzionalità, hanno sostenuto l'esistenza di un fondamento costituzionale generale delle amministrazioni indipendenti, ravvisando lo stesso in numerose disposizioni della nostra Carta fondamentale.

Partendo dal riconoscimento nella stessa Costituzione di un modello di amministrazione separata dal potere politico (artt. 97 e 98 Cost.), accanto a quello tradizionale di amministrazione "servente" del Governo *ex art. 95 Cost.*⁵⁰, si è rintracciata l'ulteriore loro legittimazione, di volta in volta, nella garanzia da esse apprestata a diritti e valori riconosciuti dalla Carta Costituzionale⁵¹, nel principio

N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 103 e ss.; ID., *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 288 e ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 295 e ss., 309 e ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 19 e ss.

⁵⁰ G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 306; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 102 e ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA.VV., *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, II, pp. 385 e ss.; A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 453 e ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988, pp. 575 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle <<amministrazioni indipendenti>>*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 21 e ss. Sull'inquadrabilità delle autorità indipendenti nel modello di amministrazione separata dal potere politico *ex artt. 97 e 98 Cost.* si veda *supra* par. 4 del capitolo primo.

⁵¹ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, cit., p. 663; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, cit.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo*

del decentramento (funzionale) di cui all'art. 5 Cost.⁵², ancora, in una presunta "rappresentatività" del mercato⁵³. La giustificazione che, tuttavia, è risultata prevalente in dottrina e che è stata recentemente avallata dalla giurisprudenza amministrativa ha incentrato il fondamento legittimante delle autorità amministrative indipendenti nel carattere partecipato della loro azione, riconducendo le stesse al principio democratico secondo quanto disposto dall'art. 3, 2° comma, Cost.⁵⁴.

Si è, in particolare, affermato che per il modello di amministrazione separata dal potere politico occorra configurare una responsabilità incardinata non sul rapporto con il Parlamento, bensì su regole di contraddittorio, trasparenza, motivazione ed impugnativa, che soddisfino le medesime esigenze con modalità diverse⁵⁵. La ricorribilità dei provvedimenti delle autorità e la partecipazione procedimentale tanto all'elaborazione quanto all'applicazione delle regole si pongono,

diritto amministrativo, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 104.

⁵² A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 52 e ss.

⁵³ N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, 1993; un'esposizione di tale ricostruzione si ritrova in S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., p. 104.

⁵⁴ G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 306-307; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 138; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 245 e ss.; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 104-105; ID., *Postfazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 321; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 296 e ss.

⁵⁵ G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., pp. 306-307; G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 12.

dunque, come strumenti fondamentali ai fini della legittimazione della stessa presenza nell'ordinamento di amministrazioni indipendenti, ancorandone l'attività al principio democratico nel modo "effettivo" previsto dal 2° comma dell'art. 3 Cost. ed assicurandone la responsabilità sotto il profilo costituzionale⁵⁶.

Si è, in definitiva, evidenziato come la legittimazione democratica non possa essere fatta discendere esclusivamente dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, bensì anche da un processo di partecipazione all'attività svolta dalle autorità indipendenti, che permetta il coinvolgimento dei soggetti interessati, anche attraverso le loro associazioni rappresentative, e l'instaurazione di un contraddittorio sugli aspetti maggiormente conflittuali⁵⁷.

Ben oltre rispetto a tale conclusione si spinge chi, evidenziando come la garanzia della "parità delle armi" sia non solo la finalità perseguita dalle amministrazioni indipendenti, ma anche il modello comune incontrato a proposito dell'esercizio dei diritti politici e della

⁵⁶ G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 307; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 138; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 104-105; ID., *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 252; ID., *Postfazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 321; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 245 e ss.

⁵⁷ N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 289; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 138; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, pp. 9 e ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 298, il quale sottolinea come sia il riconoscimento del pluralismo istituzionale che caratterizza la nostra Costituzione a non permettere di "liquidare (in maniera semplicistica) nella rappresentanza

tutela dei diritti, afferma che il tratto essenziale della democrazia non sia costituito dalla rappresentatività, bensì dal contraddittorio paritario, che, laddove presente, farebbe cadere ogni eccezione di difetto di legittimazione democratica⁵⁸.

È bene sottolineare che le riferite ricostruzioni dottrinarie hanno recentemente ricevuto l'avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, in una serie di pronunce riguardanti l'Autorità per l'energia elettrica e il gas⁵⁹, ha chiaramente sostenuto il valore legittimante, sotto il profilo democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati allo svolgimento dell'attività delle amministrazioni indipendenti. In una delle decisioni, in particolare, si legge che "in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale"⁶⁰; risulta, dunque, evidente come anche secondo la giurisprudenza amministrativa il procedimento partecipativo si ponga come fattore di democratizzazione dell'operato delle autorità, correttivo del deficit di legittimazione democratica delle stesse e sostitutivo della tradizionale dialettica delle strutture rappresentative.

politico-partitica l'articolato quadro di esercizio del potere pubblico tratteggiato in Costituzione".

⁵⁸ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 24 e ss., secondo cui, dunque, in merito al problema della legittimazione democratica il procedimento in contraddittorio prevale sulla rappresentatività.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 1409/2006; Cons. Stato, sez. VI, n. 2007/2006; Cons. Stato, sez. VI, n. 2201/2006; Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2006; tali decisioni sono state precedute da un parere emesso sul c.d. codice degli appalti, Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in cui si sottolinea, fra l'altro, come l'importanza delle garanzie partecipative e dei sistemi di consultazione preventiva sia rimarcata anche a livello comunitario dal Protocollo n. 7 del Trattato di Amsterdam.

1.1. *Il contraddittorio davanti alle autorità amministrative indipendenti.*

Affermato il carattere legittimante, in termini di democraticità, della partecipazione procedimentale all'attività delle autorità, occorre verificare se concretamente tali garanzie procedurali vengano adottate e su quali basi le stesse si fondino.

Tale indagine impone la soluzione di una prima questione riguardante l'applicabilità della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990 alle amministrazioni indipendenti. La risposta fornita da gran parte della dottrina e avallata da recente giurisprudenza si pone per la non applicabilità di tale normativa: si evidenzia, innanzitutto, come da un punto di vista funzionale il procedimento dinanzi alle autorità non realizzi la partecipazione del cittadino alla pubblica funzione mediante la comparazione fra il suo interesse e quello della P.A., come avviene per il procedimento amministrativo, bensì determini la composizione di una pluralità di diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati attraverso il ristabilimento di un contraddittorio paritario⁶¹. Si afferma, in secondo luogo, che il modello di disciplina da applicare al procedimento dinanzi alle autorità non possa essere costituito dalle disposizioni della l. n. 241/1990, in quanto le stesse, soprattutto con riguardo all'attività della P.A. diretta all'emanazione di atti normativi e amministrativi generali,

⁶¹ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 83; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 136.

non garantiscono alcun effettivo contraddittorio⁶²; le soluzioni offerte dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo non attribuiscono, infatti, un diritto di intervento nelle procedure volte all'adozione di atti generali, essendo i privati ammessi a partecipare solo ove, nel caso concreto, ciò appaia utile per l'interesse generale e risultando escluso qualsiasi obbligo di motivazione, mentre un diritto al contraddittorio sarebbe assicurato soltanto con riguardo ai procedimenti sanzionatori⁶³.

La partecipazione dinanzi alle autorità deve, dunque, ritenersi disciplinata dalle disposizioni speciali dettate per ciascuna di esse tanto dal legislatore nazionale, quanto dalle stesse amministrazioni indipendenti nell'esercizio dei loro poteri di autonormazione. In merito, non si può non constatare un'evoluzione del nostro ordinamento verso una sempre più chiara affermazione di una concezione garantista e partecipata dell'esercizio delle funzioni da parte delle autorità.

La l. n. 481/1995, istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, prevede la partecipazione degli esercenti il servizio e dei rappresentanti degli utenti e consumatori alle procedure di emanazione delle direttive sulla produzione ed erogazione del servizio medesimo⁶⁴; la strada così intrapresa è stata successivamente sviluppata dalla stessa Autorità con la delibera n. 61/1997, con cui la consultazione preventiva degli interessati è stata estesa a tutti i procedimenti diretti all'adozione

⁶² Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *op. cit.*, p. 136.

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 134-135; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 141.

⁶⁴ Art. 2, 12° comma, lett. h), l. n. 481/1995.

di atti regolamentari e generali⁶⁵ ed i cui contenuti sono stati, poi, recepiti nel d.p.r. n. 244/2001.

La partecipazione di utenti finali, consumatori e imprese è, inoltre, disposta per le procedure destinate all'adozione di atti normativi e a contenuto generale dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dal Codice delle comunicazioni elettroniche, in virtù del recepimento della normativa comunitaria⁶⁶.

Tra i più recenti interventi legislativi, infine, di estrema rilevanza si rivela la disciplina dettata dalla legge n. 262/2005 (sulla tutela del risparmio), la quale dispone che i regolamenti e gli atti generali della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip siano soggetti all'obbligo di motivazione, preceduti dalla consultazione delle categorie interessate, nonché sottoposti ad una revisione periodica da parte dell'autorità emanante, la quale dovrà intervenire almeno ogni tre anni per adeguare la disciplina all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori⁶⁷.

Le riferite previsioni non caratterizzano, tuttavia, la disciplina di tutte le amministrazioni indipendenti, risultando, ad esempio, addirittura assenti per un'autorità del calibro del Garante della concorrenza e del mercato, per il quale è prescritta, nella legge istitutiva, una generale osservanza del principio del contraddittorio, senza però che vi sia nella normativa legislativa o in quella di autoregolamentazione una espressa e specifica previsione della

⁶⁵ Artt. 5 e 6 della delibera n. 61 del 1997.

⁶⁶ Art. 6 della direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002.

⁶⁷ Art. 23 della l. n. 262/2005; la stessa normativa nel successivo art. 24 impone per i procedimenti individuali dinanzi alla Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip una serie di garanzie quali la facoltà di denuncia di parte, la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, la distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie per l'irrogazione di sanzioni, la necessità di motivazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

necessità di consultazione preventiva per l'adozione di atti regolamentari e generali⁶⁸.

Si ritiene, in merito, da più parti in dottrina che l'assenza di disposizioni speciali in tema di garanzie procedurali non comporti la non riferibilità a ciascuna delle autorità dei meccanismi espressamente previsti per alcune di esse e precedentemente riferiti. In particolare, si reputano estensibili in via applicativa a tutte le amministrazioni indipendenti le prescrizioni poste con riguardo alla Banca d'Italia, alla Consob, all'Isvap e al Covip dalla normativa di cui alla legge n. 262/2005⁶⁹. Ancora, si considerano le previsioni speciali di garanzia sin qui adottate come la mera applicazione di principi generali, quali il principio fondamentale di partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica (art. 3, 2° comma, Cost.)⁷⁰ e quello dell'autonomia negoziale (art. 1322 c.c.); proprio riferendosi a quest'ultima norma, una dottrina rinviene il saldo fondamento della necessità della partecipazione dei privati ai procedimenti dinanzi alle amministrazioni indipendenti nel bilanciamento che tale concorso determina rispetto alla limitazione dell'attività contrattuale discendente dagli interventi e dai vincoli posti al contenuto negoziale dalle autorità⁷¹.

⁶⁸ La mancanza di una espressa prescrizione della consultazione di tutti gli interessati è riscontrata anche per il Garante per la protezione dei dati personali, si veda, in merito, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 142; N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 291, nota 33.

⁶⁹ N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 256.

⁷⁰ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 29.

⁷¹ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 136-137.

Gli orientamenti riferiti trovano conforto sia nella giurisprudenza costituzionale che in quella amministrativa: in una prima occasione il Giudice delle leggi, con riguardo alla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ha precisato che il coinvolgimento dei soggetti interessati e il momento di partecipazione che ne consegue si pongono come fase indefettibile del procedimento dinanzi all'autorità⁷². Recentemente la già menzionata pronuncia n. 7972/2006 del Consiglio di Stato ha affermato la necessità che le autorità prevedano e si dotino di sistemi di consultazione preventiva (attraverso i meccanismi di *notice and comment*), la quale è ritenuta rivestire il ruolo di fase vincolante per le amministrazioni indipendenti, tenute al rispetto di alcune basilari regole procedurali, riguardanti fra l'altro l'indicazione delle finalità del proprio intervento, nonché l'obbligo di motivazione dei provvedimenti finali anche relativamente alle osservazioni presentate⁷³.

2. La legittimazione costituzionale dei poteri normativi delle autorità indipendenti. Il richiamo al meccanismo della delegificazione.

Affrontata la preliminare questione della legittimità costituzionale generale delle amministrazioni indipendenti, la dottrina, soprattutto costituzionalistica, è stata intensamente impegnata nello studio e nella riflessione sulla problematica della legittimazione dei poteri regolativi esercitati dalle autorità.

⁷² Corte Cost., 24 febbraio 1995, n. 57.

⁷³ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

Dubbi circa la costituzionalità delle fonti normative autoritative sono stati diffusamente sollevati, laddove si è constatato che spesso la potestà regolativa, pur formalmente riconducibile alla fonte secondaria, di fatto interviene in settori coperti da riserva di legge sulla base di una disciplina primaria abilitante estremamente generica, se non addirittura carente, esplicando un'autonomia ed un'incidenza sulle situazioni soggettive dei singoli tanto rilevanti da porre una questione di compatibilità con principi fondanti del nostro ordinamento, quale quello di gerarchia delle fonti, di legalità e, appunto, di riserva di legge⁷⁴.

Nella ricerca di un fondamento che, all'interno del nostro sistema costituzionale, potesse legittimare poteri così connotati, esercitati dalle autorità, il meccanismo a cui comunemente si è fatto riferimento è stato quello della c.d. delegificazione⁷⁵. Mantenendo un'impostazione fondata sulla primazia del potere legislativo e della sovranità popolare e

⁷⁴ Tali le osservazioni svolte da V. CERULLI IRELLI durante l'audizione dinanzi alla Prima Commissione della Camera dei Deputati nella seduta del 12 maggio 1999; si veda inoltre, fra gli altri, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999, p. 284; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., p. 94; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 22 e ss. Il problema della legittimazione costituzionale dei poteri normativi delle amministrazioni indipendenti risulta, invece, eliminato a monte nelle prospettazioni di coloro che, diversamente da quanto sostenuto nel presente lavoro, non riconoscono a queste ultime lo svolgimento di funzioni di regolamentazione dei rispettivi settori, bensì esclusivamente compiti di controllo e garanzia di regole poste da altri, negando la natura normativa dei loro atti, qualificati come meri provvedimenti tecnico-amministrativi o, al massimo, specificazioni di regole già esistenti, si veda P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., pp. 341 e ss.; F. ROVERSI MONACO, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, III, *Regolazione, finanza, beni*, Padova, 2007, pp. 109 e ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., pp. 356 e ss.

⁷⁵ G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 20; G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 13. In generale sull'istituto della delegificazione si veda A. PIZZORUSSO, *Delegificazione e sistema delle fonti*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 233 e ss.; V. COCOZZA, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1996; V. ITALIA, *Le delegificazione*, Milano, 1983; A.A. CERVATI, voce *Delegificazione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, 1997.

sul criterio gerarchico quale perno del sistema delle fonti, si è riaffermata la natura subordinata delle fonti autoritative e si è rinvenuta la giustificazione dell'incidenza da queste operata sull'autonomia privata nelle cc.dd. "clausole di delegificazione", di volta in volta individuate nelle diverse previsioni legislative attributive del potere normativo⁷⁶.

Tale ricostruzione riceve, in dottrina, forti critiche da parte di quell'opinione che evidenzia come le modalità concrete e le circostanze in cui i poteri normativi vengono dalle autorità esercitati non possano in alcun modo essere accostate allo schema tipico di delegificazione delineato nell'art. 17, 2° comma della l. n. 400/1988, risultando, viceversa, devianti rispetto ad esso⁷⁷. In particolare, si sottolinea come il paradigma di tale istituto richieda che la dismissal da parte del legislatore ordinario della potestà normativa e il suo trasferimento alla fonte secondaria, a cui sarà demandata la disciplina dei settori di riferimento, sia accompagnata da una compiuta fissazione da parte della fonte primaria dei principi e dei limiti entro cui l'intervento

⁷⁶ Sono state, ad esempio, richiamate come clausole di delegificazione l'art. 1, 3° comma, d.l. n. 73/2007, secondo cui per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas indica condizioni standard di erogazione del servizio e definisce prezzi di riferimento per le forniture, che le imprese di distribuzione o di vendita devono comprendere tra le proprie offerte commerciali; l'art. 6, 1° comma, d.lgs. n. 79/1999, in base al quale con determinazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas sono stabilite per i contratti con i clienti idonei le clausole negoziali e le regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema, da inserire nei contratti stessi; in alcuni casi, poi, si è fatto riferimento al generico fondamento contenuto nell'art. 2, 12° comma, lett. h), l. n. 481/1995, istitutiva della predetta Autorità, che attribuisce a quest'ultima il potere di emanare direttive sulla produzione e l'erogazione dei servizi, definendone i livelli generali di qualità.

⁷⁷ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 36 e ss. Per una ritenuta inadeguatezza del richiamo al meccanismo della delegificazione e al criterio gerarchico, anche se sulla base di motivazioni diverse, si veda, fra gli altri, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 304; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 32.

subordinato possa operare; vista, infatti, l'eccezionalità del fenomeno e la necessità che lo stesso non si trasformi in una arbitraria parificazione alla legge della potestà normativa secondaria, l'ambito di quest'ultima dovrà essere rigorosamente circoscritto da condizioni e limiti, indicati nella clausola di delegificazione⁷⁸. Tale circostanza è ritenuta, dall'opinione in discorso, non ricorrere nella maggior parte delle ipotesi di potestà normativa esercitata dalle autorità indipendenti⁷⁹.

Si denota, infatti, come i regolamenti delle autorità si basino su clausole attributive contenenti spesso principi ed obiettivi generali tratteggiati in modo estremamente generico (“per garantire le disposizioni comunitarie in materia di servizio universale” ovvero “indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico”) o, addirittura, prescindano da specifiche leggi abilitanti⁸⁰, con conseguenti trasferimenti di potestà normativa in assenza di precisi limiti di contenuto. Ciò, secondo la dottrina riferita, determinerebbe l'impossibilità di ricorrere al fenomeno della delegificazione come fondamento giuridico dei poteri regolamentari esercitati dalle autorità, pena la “illegittimità di tutti i procedimenti di (sedicente) delegificazione” in favore delle stesse per incompatibilità con l'assetto

⁷⁸ A.A. CERVATI, voce *Delegificazione*, cit., p. 11; C. LAVAGNA, *La delegificazione, possibilità, forme e contenuti*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 324; L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 626; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995, p. 161; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 36 e ss.

⁷⁹ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 39 e ss., la quale evidenzia, inoltre, come derogatorio sia anche il profilo soggettivo della fattispecie rispetto allo schema tipico di delegificazione, in cui soggetto abilitato a legiferare in luogo del Parlamento è soltanto il Governo, ossia un altro potere dello Stato; mentre peculiare risulterebbe il contesto normativo, inserendosi le clausole attributive del potere di regolazione in modo episodico e asistemico in ampi testi normativi destinati alla liberalizzazione del mercato.

⁸⁰ Non vengono ritenute tali, ad esempio, le varie leggi istitutive delle autorità, contenenti solo un generico e, dunque, insufficiente fondamento della potestà regolativa.

costituzionale e, precisamente, con la gerarchia delle fonti e il principio di legalità e con il principio di riserva di legge⁸¹.

Quanto al primo aspetto, si verificherebbe un'illegittima sussunzione della fonte secondaria al rango di quella primaria, con palese violazione dei limiti previsti dall'impianto costituzionale, il quale assegna al legislatore ordinario il ruolo di "legislatore di principi"⁸².

In merito, poi, al secondo profilo, si sottolinea come la regolazione autoritativa sovente incida su materie riservate (anche solo relativamente) alla legge, per le quali un'eventuale delegificazione, per potersi considerare legittima, richiederebbe una definizione di coordinate e limiti della potestà subordinata da parte della legge abilitante ancor più precisa⁸³. Nella prassi, tuttavia, si assiste ad una realtà diversa, in cui gli atti normativi delle autorità frequentemente incidono sull'iniziativa economica, soggetta a riserva di legge *ex art.* 41, 3° comma, Cost.⁸⁴, ovvero impongono ai privati obblighi di

⁸¹ Sul principio di legalità si veda L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, pp. 659 e ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, pp. 94 e ss.; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1973, pp. 659 e ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 89. Sulla riserva di legge si veda R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, pp. 1207 e ss.

⁸² L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 40-41, la quale a sostegno di tale ultima affermazione richiama una serie di disposizioni costituzionali: artt. 5, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 1° comma, 134 Cost.

⁸³ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 41.

⁸⁴ Fra i numerosi atti autoritativi che incidono sulla libertà di iniziativa economica dei privati si riportano, in via esemplificativa, la deliberazione n. 78 del 1999, con cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha dettato il contenuto di specifiche condizioni contrattuali, da inserire obbligatoriamente nei contratti di fornitura di servizi elettrici liberamente negoziati; ancora, la deliberazione n. 229 del 2001, con cui la stessa Autorità ha previsto l'essenziale disciplina dei contratti del settore del gas, pur in assenza di una preventiva predeterminazione di condizioni e limiti da parte del legislatore ordinario, non potendosi ritenere sufficiente, al riguardo, per la sua estrema genericità l'attribuzione di potere normativo di cui all'art. 2, 12°

prestazione, per i quali vige la riserva di cui all'art. 23 Cost.⁸⁵, senza che vi sia a fondamento una specifica attribuzione di potere da parte di una legge abilitante⁸⁶.

comma, lett. h) della legge istitutiva dell'Autorità, si veda, in merito, L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 78.

⁸⁵ Emblematiche, in proposito, le deliberazioni n. 236 del 2000 e n. 5 del 2001, con cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha imposto alle società distributrici l'obbligo di porre rimedio alle dispersioni di gas su impianti a valle del punto di consegna, ovvero un obbligo di prestazione fondato non su una puntuale clausola di delegificazione, bensì esclusivamente sulla generale attribuzione di potere normativo contenuta nella legge istitutiva.

⁸⁶ Una soluzione alla problematica della riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost. è fornita da chi, ponendo l'accento sulle finalità proprie della regolazione delle autorità, sottolinea come la stessa non possa essere inquadrata nell'ambito dell'intervento pubblico nell'economia rispetto al quale garantire l'autonomia privata tramite la riserva di legge in questione: gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti, infatti, mirando a promuovere la concorrenza e la stessa libertà di iniziativa economica privata, non configurerebbero un intervento dello Stato finalizzato al raggiungimento di obiettivi di politica economica e, pertanto, non potrebbero essere iscritti nelle forme di intervento pubblico a cui si riferisce l'art. 41, 3° comma, Cost. e la relativa riserva di legge, si veda G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 126-128. Nella stessa direzione si pone l'opinione di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 46 e ss., il quale giustifica la non applicabilità della riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost. alla regolazione indipendente attraverso la combinazione del principio della libertà economica privata con quello di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si sostiene, in merito, che la libertà economica per manifestarsi richiede che tutti i soggetti che intervengono nel mercato abbiano pari possibilità di contraddittorio (*par condicio* concorrenziale) e che la regolazione delle autorità indipendenti è legittima e giustificata solo nel caso in cui tale *par condicio* concorrenziale venga meno e non esistano le condizioni per un mercato nel quale possa esplicarsi la libertà economica; tale regolazione, infatti, si porrebbe come un'attività amministrativa volta a realizzare le condizioni di un contraddittorio paritario, non verificatesi spontaneamente, attraverso l'imposizione del compimento di atti negoziali ai privati o, addirittura, attraverso la sostituzione di negozi giuridici che questi ultimi non pongono in essere (attività amministrativa sostitutiva dell'autonomia negoziale privata). La regolazione così intesa, in quanto "forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza", si distinguerebbe dall'intervento pubblico nell'economia, connotato da altre finalità, sottraendosi alla riserva di legge prevista per quest'ultimo dalla Costituzione.

3. *La riconduzione del fondamento giuridico della potestà normativa delle autorità indipendenti al principio di competenza.*

Un diverso tentativo di rintracciare un fondamento legittimante dei poteri normativi esercitati dalle amministrazioni indipendenti è stato compiuto da coloro che hanno ricercato all'interno del sistema delle fonti un diverso principio, sostitutivo di quello gerarchico, che, in virtù della particolarità degli interessi da regolare, permettesse di porre l'accento su una ripartizione fra gli ambiti di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento. Si è, in tal modo, sottolineata l'esigenza di sostituire alla verticalità della gerarchia l'orizzontalità della competenza⁸⁷.

Secondo una dottrina, in particolare, nella nostra Costituzione non sarebbe ravvisabile un generale principio di gerarchia tra le fonti, risultando, viceversa, riscontrabili una serie di casi in cui viene delineato un rapporto di competenza tra fonti diverse⁸⁸; l'art. 70 Cost., attributivo della funzione legislativa al Parlamento, rappresenterebbe non solo una garanzia, ma al tempo stesso un limite per il legislatore

⁸⁷ Il primo ad aver profilato una siffatta prospettazione è stato M.S. GIANNINI, *CONSOB*, in G.M. FLICK (a cura di), *CONSOB. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987, pp. 865 e ss. Di progressiva sostituzione del principio gerarchico con quello di competenza parla G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 25 e ss. Nella stessa direzione, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 302 ss.

⁸⁸ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 304, il quale richiama il rapporto tra legge statale e legge regionale, legge e regolamento parlamentare, legge e regolamento comunitario.

ordinario, chiamato a porre discipline di principio, preservando le esigenze dell'autonomia e del decentramento⁸⁹.

Un insieme di elementi ricavati dalla Costituzione repubblicana⁹⁰ portano, dunque, la riferita dottrina ad affermare che nel nostro ordinamento “la legge non solo non rivesta il ruolo di fonte massima, venendosi piuttosto a collocare all'interno di un quadro articolato non riconducibile ad un mero principio di unità gerarchicamente ordinato, ma piuttosto ricostruibile secondo una logica di tipo pluralistico, in cui particolare risalto vada assegnato al principio di competenza quale regola di ripartizione fra ambiti di influenza delle diverse fonti dell'ordinamento”⁹¹.

La ritenuta sussistenza di un criterio di riparto di competenza tra legge e atti normativi delle autorità amministrative indipendenti⁹², con conseguente separazione degli ambiti di esercizio dei rispettivi poteri,

⁸⁹ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 304, il quale richiama A.A. CERVATI, *Art. 70 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, p. 8, nota 7.

⁹⁰ Oltre al riferimento ad un sistema delle fonti non strutturato rigidamente secondo il principio gerarchico e con una suddivisione anche secondo il principio di competenza, si richiama il riconoscimento delle autonomie ex art. 5 Cost., la esplicita previsione di poteri regolamentari, l'assenza di una espressa affermazione del principio di legalità, la delimitazione del ruolo della legge mediante diverse previsioni (fra cui la stessa adozione di una Costituzione rigida e la sottoposizione della legge alle fonti di rango costituzionale), F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 306.

⁹¹ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 306-307.

⁹² Si evidenzia come, pur dovendo discendere dall'applicazione rigorosa del principio di competenza la necessità per il giudice di disapplicare la norma di legge derogante a favore della norma adottata dall'autorità indipendente, tale conclusione non sia consona al nostro impianto costituzionale e si ritiene soluzione preferibile la sottoposizione di una siffatta norma di legge al giudizio della Corte costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza e della tutela dei relativi valori costituzionali, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità*

viene dalla suddetta dottrina ancorata alla considerazione del potere regolamentare quale espressione diretta di una sfera di autonomia costituzionalmente fondata⁹³.

Si afferma, in particolare, che il pluralismo istituzionale⁹⁴, insito nella Costituzione e consistente nella individuazione di molteplici e differenziati centri di decisione ad autonomia costituzionalmente garantita, unito al particolare ruolo del soggetto titolare della potestà normativa (si richiama, in merito, l'affermazione esplicita di poteri regolamentari e il ruolo istituzionale riconosciuto in Costituzione alla pubblica amministrazione) portino a configurare la potestà regolamentare come espressione di una sfera di autonomia, rispetto alla quale la stessa legge ordinaria assume un significato diverso. L'intervento del legislatore, infatti, pur necessario come fondamento del potere regolamentare, dovrà misurarsi con un duplice limite, rappresentato, da una parte, dall'esigenza di assicurare al relativo organo la possibilità di esplicare la sua autonomia costituzionalmente garantita e, dall'altra, dalla necessità di porre una legislazione esclusivamente di principio che non invada l'ambito di autonomia riservato al soggetto titolare del relativo potere⁹⁵.

amministrative indipendenti: nuovi profili di studio, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 302-303.

⁹³ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 301 e ss.

⁹⁴ Il collegamento fra autorità indipendenti e fenomeno del pluralismo istituzionale è evidenziato da A. MASSERA, <<Autonomia>> e <<indipendenza>> nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988; ID., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994, pp. 23 e ss.

⁹⁵ A.A. CERVATI, *Art. 70 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA, cit., pp. 6 e ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 301 e ss.

La considerazione della pubblica amministrazione come un insieme di amministrazioni diverse, dotate di differenti forme di autonomia direttamente garantite in Costituzione e l'inserimento dei poteri riconosciuti alle autorità indipendenti all'interno del quadro costituzionale, portano la dottrina in esame a concludere per la configurazione di un sistema delle fonti composito in cui "alla riaffermazione dell'indiscutibile collocazione della legge in un grado di superiorità, si affianca parimenti il riconoscimento di una ripartizione di aree" di autonomia normativa tra potere legislativo, potere governativo e potere amministrativo⁹⁶.

Il tentativo di fondare la legittimità dell'esercizio di una potestà normativa da parte delle autorità su una riserva di competenza è stato criticato da più parti in dottrina con diverse obiezioni.

Si è, da alcuni, contestato il riferimento a principi autofondanti, riproducibili di una realtà di fatto, ma lontani da una legittimazione giuridica del riassetto del sistema delle fonti⁹⁷; è stato, da altri, sottolineato come la preordinazione del criterio di competenza al principio gerarchico finisca per scardinare la stessa struttura costituzionale, presupponendo comunque il sistema delle fonti, per quanto plurimo e articolato anche secondo criteri di competenza, un preciso inquadramento gerarchico delle stesse, che porti il principio di competenza semmai ad integrare, e non a soppiantare, il principio gerarchico⁹⁸.

⁹⁶ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 308-309.

⁹⁷ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 223.

⁹⁸ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 90-91.

Più in particolare, si è evidenziato come la riserva di competenza in tal caso non opererebbe tra norme di pari rango, bensì tra fonti di grado formalmente diverso, andando a risolversi in un inammissibile ribaltamento gerarchico tra fonte primaria e fonte secondaria, ammessa a disporre in deroga alla prima, e nella sottrazione al “dominio” della legge del settore affidato all’autorità⁹⁹. Ancora, è stato sottolineato come lo stesso criterio di competenza presupponga la rigida predeterminazione del preciso ambito entro cui la fonte è legittimata a creare regole, con conseguente invalidità delle norme sconfinanti rispetto a tale spazio normativo, laddove da più parti si rileva come, invece, le fonti autoritative spesso intervengano in assenza di specifiche preventive indicazioni di tal genere¹⁰⁰.

⁹⁹ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 223; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 105.

¹⁰⁰ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 105-106. In generale sul sistema delle fonti con riguardo ai principi di gerarchia e competenza si veda V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp. 775 e ss.; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, pp. 43 e ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, pp. 145 e ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.

4. *La potestà normativa delle amministrazioni indipendenti e la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Le difficoltà di riconduzione della regolamentazione autoritativa nell'ambito delle fonti secondarie.*

La problematica della legittimità dei poteri normativi delle autorità indipendenti è stata più di una volta oggetto di pronunce da parte del Consiglio di Stato.

In una prima occasione il giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'esercizio di potestà normativa da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la quale aveva imposto alle società distributrici l'obbligo di porre rimedio alle dispersioni di gas segnalate su impianti a valle del punto di consegna (obbligo di prestazione coperto da riserva di legge *ex art. 23 Cost.*) in assenza di un puntuale ed espresso fondamento legislativo¹⁰¹. In riforma della decisione del Tar, il Consiglio di Stato sosteneva la piena legittimità dell'intervento autoritativo in questione, rinvenendo, da un lato, nella legge istitutiva dell'Autorità un sufficiente fondamento del potere normativo esercitato dalla stessa ed affermando, dall'altro, la non decisività dell'assenza di una specifica previsione che attribuisca all'autorità il potere di imporre obblighi ai privati, laddove una diversa soluzione "finirebbe per rendere evanescente la funzione di regolazione e controllo che costituisce lo scopo primario dell'istituzione dell'autorità"¹⁰².

Tale decisione è stata oggetto di critiche in dottrina proprio con riferimento alla motivazione utilizzata dal Giudice per giustificare la

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2002, n. 2987, in *Cons. St.*, 2002, I, pp. 1229 e ss.

¹⁰² Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2002, n. 2987, cit.

riferita potestà regolamentare, ritenuta non appagante¹⁰³. Si è, infatti, constatato come il riconoscimento di legittimità della deliberazione dell'autorità non sia stato accompagnato da alcuna spiegazione circa la sua compatibilità con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. e la sua coerenza con l'assetto costituzionale delle fonti, risultando lo stesso riconoscimento fondato esclusivamente su obiettivi di efficienza e di sicurezza del servizio, che di per sé assicurerebbero all'autorità tutti i poteri normativi necessari alla sua missione¹⁰⁴; in tal modo - si sostiene - si trasformerebbero erroneamente mere ragioni di "necessità" in fondamenti di legittimità, accogliendo "la forza delle cose come suprema fonte del diritto" ed accantonando principi fondanti dello Stato di diritto, quali quello di legalità e di riserva di legge¹⁰⁵.

Critiche analoghe a quelle rivolte alla ricostruzione del fondamento dei poteri normativi basata sul c.d. criterio della "necessità", si rinvencono di fronte al tentativo di giustificare siffatti poteri in virtù di una mera legittimazione tecnica che investirebbe le autorità¹⁰⁶. In merito, si obietta l'inammissibilità nel nostro sistema costituzionale di forme di potere ritenute "ragionevoli in sé"¹⁰⁷, che finirebbero per

¹⁰³ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 88.

¹⁰⁴ Di diverso tenore, rispetto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sono alcune pronunce di primo grado, nelle quali si è negata la configurabilità di poteri impliciti, ritenuti non sufficientemente giustificati neanche dal perseguimento di obiettivi fissati nelle direttive comunitarie ed in cui si è escluso che la mera formulazione di un obiettivo programmatico possa giustificare qualsiasi potere necessario o opportuno per la realizzazione di siffatta finalità, si veda T.a.r. Lombardia Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in *Foro amm. – Tar*, 2002, pp. 1898 e ss. e T.a.r. Lombardia Milano, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 3-4, p. 673.

¹⁰⁵ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 27; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 88.

¹⁰⁶ Di riserva di tecnicità delle autorità parla S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione*, cit., pp. 139 e ss., 248 e ss., 295 e ss.

¹⁰⁷ In tali termini si esprime M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 22.

dissimulare organi “autoreferenziali e irresponsabili”¹⁰⁸; si rileva, poi, come le particolari competenze tecniche, l'imparzialità e l'indipendenza delle autorità non possano essere da sole sufficienti a giustificare funzioni ad esse assegnate non riconducibili a compiti di natura esclusivamente tecnica, bensì rapportabili anche a scelte di natura sostanzialmente politica¹⁰⁹.

In un più recente intervento il Consiglio di Stato è tornato a statuire sull'esercizio dei poteri regolativi da parte delle amministrazioni indipendenti, fornendo una più approfondita prospettazione dei presupposti dello stesso¹¹⁰. In tale occasione il Giudice amministrativo ha affermato che “l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative”¹¹¹. Si sostiene, in tal modo, la centralità del valore legittimante del contraddittorio procedimentale non solo con riferimento all'esistenza delle autorità indipendenti e al loro *deficit* di legittimazione democratica¹¹², ma anche con riguardo all'esercizio da parte di esse di poteri normativi (a volte,

¹⁰⁸ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 102.

¹⁰⁹ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 16-17; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 103. Sulla natura politica delle scelte effettuate dalle autorità si veda anche P. SCHLESINGER, *Natura e limiti della responsabilità delle Autorità*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 74 e ss.; N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 100; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 116.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

¹¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.

anzi spesso, in bianco), ritenendo che la conseguente caduta del valore della legalità sostanziale debba essere compensata, almeno in parte, da un correlato rafforzamento della legalità procedurale¹¹³.

Di fronte ad indirizzi tuttora maggioritari, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza amministrativa, che tendono a ricondurre, sebbene con ricostruzioni diverse, gli atti normativi delle autorità amministrative indipendenti comunque nell'ambito della fonte secondaria, da più parti sono stati avanzati dubbi circa la stessa collocazione dei regolamenti autoritativi entro il sistema gerarchico.

In alcuni casi ci si è limitati a constatare la discutibilità e non adeguatezza del richiamo alla fonte subordinata, evidenziando la difficoltà di riferire a questo genere di atti classificazioni precise all'interno del tradizionale sistema delle fonti¹¹⁴ e ravvisando in capo alle autorità un potere tanto pieno ed autonomo da iscriversi in coordinate diverse da quelle nelle quali si colloca il potere regolamentare¹¹⁵. Da parte di altri, nella ritenuta impossibilità di un inquadramento certo, sono state elaborate espressioni e formule quali quelle di “poteri paranormativi”¹¹⁶ o “quasi *legislative powers*”¹¹⁷. Non

¹¹² Sulla problematica della legittimazione democratica delle autorità si rinvia a quanto esposto nel par. 1 del presente capitolo.

¹¹³ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972. Sulla partecipazione procedimentale quale correttivo del *deficit* di legalità sostanziale dei poteri normativi delle autorità si veda in dottrina G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 307; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., pp. 9 e ss. e 19; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 28-29; N. LONGOBARDI, *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., pp. 292 e ss.

¹¹⁴ A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del diritto*, art. 1-9, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, 2001, pp. 594 e 600.

¹¹⁵ F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.*, 1995, pp. 242 e ss.

¹¹⁶ S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, cit., p. 197.

è mancato, poi, chi è giunto alla conclusione che gli atti regolativi delle autorità costituiscano “di fatto l’esercizio di un potere normativo di rango immediatamente subcostituzionale, *ergo* posto sullo stesso piano della legge del Parlamento”¹¹⁸ ovvero vengano “di fatto ad acquistare la natura di fonti di rango primario, capaci dunque di modificare norme dispositive di legge e capaci di sviluppare autonomamente materie aventi dignità legislativa”¹¹⁹, senza tuttavia soffermarsi ad individuare il fondamento legittimante che possa giustificare una tale situazione di fatto.

5. *Il ricorso alla norma comunitaria quale fonte legittimante dei poteri normativi delle autorità indipendenti.*

Il problema della compatibilità della potestà normativa delle amministrazioni indipendenti con il nostro assetto costituzionale viene da alcuni superato attraverso il richiamo alla fonte comunitaria¹²⁰.

Una dottrina, in particolare, ricollega la legittimazione del potere regolamentare autoritativo ad una ritenuta “costituzionalizzazione” del modello del mercato concorrenziale, intervenuta a seguito dell’innesto dei principi comunitari nel nostro sistema costituzionale. L’adesione

¹¹⁷ S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., p. 61. Critica nei confronti di tali formulazioni è L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 94, la quale ritiene le riferite locuzioni “evanescenti” ed “equivocche”, delineando le stesse fittizi ed artificiosi sub livelli tra fonte primaria e secondaria.

¹¹⁸ In tali termini si esprime M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 28.

¹¹⁹ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 163.

¹²⁰ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 29 e ss.; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 16-17; G. GITTI, *Autorità indipendenti*,

alla Comunità economica europea (ora Unione europea) avrebbe, infatti, comportato, grazie al rinvio previsto dall'art. 11 Cost. alla possibilità di limitazioni di sovranità, l'affermazione di un nuovo paradigma costituzionale, in cui il modello di intervento dirigitico nell'economia, originariamente previsto dalla nostra Carta costituzionale (art. 41, 3° comma, Cost.), risulterebbe "spezzato" dal principio del mercato concorrenziale, fondante la stessa Comunità e tacitamente introdotto nella nostra Costituzione ("costituzionalizzato") in virtù della ritenuta prevalenza della "costituzione federale europea", la quale avrebbe comportato una modificazione non soltanto materiale, ma anche formale della Carta costituzionale¹²¹.

A seguito della riferita "rivoluzione" e allo scopo di garantire una effettiva concorrenzialità si spiegherebbe l'istituzione di autorità finalizzate a sovrintendere e ad amministrare il mercato, assicurando la "parità delle armi" all'interno dello stesso¹²².

Rispetto a tali premesse vengono fatte derivare conseguenze rilevanti per la disciplina delle fonti normative ed, in particolare, per il fondamento e la legittimazione dei poteri regolamentari delle amministrazioni indipendenti. Non solo, infatti, dalla "costituzionalizzazione" del principio del mercato concorrenziale deriverebbe l'impossibilità per il legislatore di adottare norme impeditive del contraddittorio e della parità delle armi, ma implicazioni

contrattazione collettiva, singoli contratti, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 91.

¹²¹ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 14 e ss.

¹²² Si evidenzia, infatti, come per mantenere un mercato concorrenziale, non si possa fare affidamento esclusivamente sull'autonomia privata e sulle normazioni codicistiche, tendendo i concorrenti, lasciati a se stessi, a distruggere la concorrenza e a creare monopoli ed oligopoli e risultando, dunque, necessaria l'attività di organi "autoreferenziali", che, "vincolati alla sola logica delle cose della concorrenzialità", garantiscano la pari possibilità di concorrere, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 17 e ss.

fondamentali conseguirebbero dal considerare il modello “mercato concorrenziale” quale già di per sé “norma” o meglio “fonte di produzione di norme determinate dalla natura delle cose”¹²³. Il modulo concorrenziale, in quanto traducibile in un precetto giuridico generale, avrebbe in sé una autonomia normativa tale da legittimare necessariamente le regole dettate per la sua conservazione anche senza l’intervento del legislatore; le autorità, dunque, in quanto destinatarie della norma finalistica volta alla realizzazione della *par condicio* concorrenziale, sarebbero legittimate a specificare e realizzare il precetto costituzionale in questione con proprie disposizioni senza l’intermediazione del legislatore ovvero con definizioni anche solo parziali da parte dello stesso¹²⁴.

È a questo punto che la riferita dottrina, sviluppando i dubbi da più parti avanzati ed in precedenza esposti circa l’inquadrabilità del potere regolamentare autoritativo nell’ambito della fonte secondaria¹²⁵, giunge ad una conclusione che si discosta dall’impostazione tradizionale; considerando che tanto le norme legislative quanto le norme regolamentari si pongono in posizione esecutiva rispetto allo stesso precetto costituzionale della “parità delle armi”¹²⁶, si ritiene che gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti debbano essere posti sul medesimo piano della legge, condividendone forza e rango¹²⁷.

¹²³ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 30.

¹²⁴ Quando, dunque, l’intervento attuativo del legislatore mancasse, riprenderebbe autonomia normativa il modello del mercato concorrenziale, il quale potrebbe essere direttamente specificato con norme regolamentari dalle autorità amministrative indipendenti, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 30-31;

¹²⁵ Si veda *supra* par. 4 del presente capitolo.

¹²⁶ Dovendo l’organo preposto al settore esclusivamente realizzare il precetto costituzionale, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 30.

¹²⁷ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 31-32, il quale ne trae come conseguenza, per l’ipotesi di conflitto di due norme emesse dalle due possibili fonti, l’applicazione del principio della *lex posterior*, per cui un regolamento di un’autorità

La questione della legittimazione dei poteri di regolazione delle autorità e della loro compatibilità con il nostro assetto costituzionale, oltre ad essere dalla esposta dottrina risolta attraverso la affermata costituzionalizzazione del principio comunitario del mercato concorrenziale e la ritenuta primarietà degli atti normativi delle stesse, in quanto attuativi, allo stesso modo delle norme legislative, del medesimo precetto “costituzionale”, viene ritenuta in larga parte “vanificata” dalla considerazione che i poteri regolamentari delle amministrazioni indipendenti traggono origine da un’attribuzione di potere comunitaria¹²⁸. Si ritiene, in particolare, che le autorità amministrative indipendenti si pongano come “enti autarchici” dell’Unione europea con organizzazione autonoma (lasciata alle singole legislazioni nazionali), ma funzione eterodiretta (definita al livello europeo) e che pressoché tutte le fonti regolamentari promananti dalle stesse siano primariamente oggetto di una norma superiore di rango

amministrativa indipendente potrebbe abrogare una legge precedente, così come una legge può abrogare un regolamento autoritativo.

¹²⁸ Si evidenzia come la Comunità non solo abbia imposto direttamente l’istituzione di alcune autorità indipendenti, contribuendo ad assicurare ragionevolezza e trasparenza nella loro azione soprattutto sotto il profilo procedimentale attraverso l’affermazione del principio di consultazione dei soggetti interessati alla regolazione, ma svolga anche un ruolo fondamentale nella definizione delle funzioni delle stesse e con riguardo ai rapporti fra tali amministrazioni e le istituzioni comunitarie: le Autorità preposte ai servizi pubblici applicano analitici “disciplinari” stabiliti dalla Commissione europea, dialogando frequentemente con Divisioni degli apparati amministrativi dell’Unione; le più importanti decisioni dell’Autorità per le comunicazioni sono sottoposte, in virtù di direttive comunitarie, all’approvazione della Commissione europea; la Banca centrale svolge ormai un’attività di collaborazione continua con la Bce; L’Autorità antitrust viene ad oggi considerata come un organo di decentramento delle competenze della Commissione, mentre la normativa che regola la Consob è in gran parte discendente da direttive comunitarie, si veda F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 75.

comunitario, che ne legittimerebbe l'intervento per il tramite della Costituzione¹²⁹.

Le esposte prospettazioni vengono nettamente contrastate da chi ritiene che si debba dubitare della possibilità di risolvere il problema del fondamento legittimante dell'intervento normativo delle autorità esclusivamente tramite il richiamo alla fonte comunitaria¹³⁰. Si sostiene, in merito, che, nonostante l'indubbio ruolo centrale da questa assunto nel nostro ordinamento anche a seguito della modifica dell'art. 117, 1° comma Cost., non si possa comunque affermare la prevalenza della normativa comunitaria rispetto a tutti i principi costituzionali (soprattutto quando si tratti di principi fondamentali dell'ordinamento, come sostenuto dalla stessa Corte costituzionale); l'integrazione fra ordinamento dell'Ue e ordinamento interno – si sostiene – “non può avvenire in termini di traumatico espianto dei principi del diritto interno in favore dell'innesto, parimenti forzato, delle norme di matrice europea”, dovendo, viceversa, svilupparsi nelle forme di una reciproca integrazione e coordinamento, laddove il principio del primato della normativa comunitaria andrebbe inteso come specificazione e concorso alla formazione dello stesso principio di legalità costituzionale¹³¹.

¹²⁹ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., pp. 75-76; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 16-17.

¹³⁰ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 25.

¹³¹ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, pp. 103 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 100 e ss., la quale critica la “mitologia” del mercato concorrenziale quale supremo valore ordinante che rinviene la propria legittimazione in se stesso, ritenendola “irriverente” e “dirompente” rispetto alla nostra struttura costituzionale, nonché irrealistica e anacronistica di fronte alla ormai raggiunta e quasi unanime consapevolezza che il mercato necessita per la sua stessa sopravvivenza di un ordine artificialmente creato attraverso regole eteroimposte, così come sostenuto dalla ampia dottrina richiamata dalla stessa autrice a cui si rinvia.

Si ritiene, dunque, da parte di tale dottrina che la regolazione delle autorità indipendenti per i suoi caratteri peculiari e problematici, riferiti alla estrema genericità delle leggi abilitanti e alla ampia autonomia della fonte autoritativa in materie pur coperte da riserva di legge, nonché alla profonda incidenza sull'autonomia privata e sulle posizioni soggettive dei singoli, richieda un fondamento legittimante da individuarsi innanzitutto e necessariamente entro la nostra Carta costituzionale¹³².

6. *Gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti quali atti con forza di legge promananti da fonti extra ordinem. Il principio di sussidiarietà.*

In merito alla spinosa e ormai scandagliata problematica della legittimazione costituzionale dei poteri normativi delle autorità indipendenti peculiare risulta essere uno degli ultimi approdi cui è giunta una dottrina, la quale ha ricostruito la natura delle fonti autoritative in termini di fonti *extra ordinem*, riconoscendo ad esse una forza pari a quella della legge e rinvenendo il relativo fondamento legittimante nel principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost¹³³.

Tale inquadramento si pone come il frutto di un'analisi condotta sull'evoluzione del sistema delle fonti e del significato di alcuni principi cardine del nostro assetto costituzionale, correlata al dato fattuale rappresentato dalle concrete modalità di esercizio dei poteri di regolamentazione da parte delle amministrazioni indipendenti.

¹³² L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 25.

¹³³ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 91 e ss.

Si è osservato come la crisi della statualità del diritto abbia indotto al superamento della teoria dello Stato quale unica fonte di atti aventi forza di legge sul territorio, ponendosi il sistema normativo vigente non più come il prodotto esclusivo delle fonti formali di matrice statale, bensì come la risultante del coordinamento fra queste ultime e le norme derivanti dal decentramento infrastatale (oltre che le norme internazionali e comunitarie)¹³⁴. Gli stessi principi fondanti il sistema costituzionale (legalità e riserva di legge) si ritiene subiscano, parallelamente, un'evoluzione nel loro ruolo e significato, laddove il rinvio alla legge contenuto nell'art. 101, 2° comma, Cost. viene inteso non più come esclusivo richiamo alla sovranità popolare¹³⁵, dovendo la legalità costituzionale ritenersi riferita non solo alla legge puntuale, bensì all'osservanza di qualunque norma componga il diritto oggettivo, concorrendo ad integrare il sistema anche tramite un apporto concreto e settoriale nella disciplina delle singole fattispecie¹³⁶; un ruolo centrale rivestirebbero, in questo contesto, gli atti normativi delle autorità indipendenti, i quali, provvedendo alla regolazione di settori strategici dell'economia, contribuirebbero ad arricchire lo stesso significato del

¹³⁴ Ci si riferisce evidentemente all'impostazione adottata da P. PERLINGIERI, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 1997, pp. 81 e ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, pp. 99 e ss.; ID., *Il futuro <<ius civile>> e il ruolo della dottrina*, in *L'ordinamento vigente*, cit., pp. 861 e ss.; ID., *Prefazione* a O. BEAUD, *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002, p. VIII.

¹³⁵ P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 3 e ss.

¹³⁶ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Art. 101*, in *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, pp. 742 e ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., pp. 148 e ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 3° ed., Milano, 1982, p. 1015; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 930, nota 11.

principio di legalità, rappresentando una significativa manifestazione della descritta evoluzione del sistema¹³⁷.

Sulla base della descritta evoluzione del sistema delle fonti e del rinnovamento del significato dei principi fondanti l'assetto costituzionale in correlazione con le caratteristiche dei poteri normativi esercitati dalle autorità (disciplina in via esclusiva di rilevanti settori, forte incidenza sull'autonomia negoziale dei privati, assenza di specifiche e puntuali attribuzioni di potere in materie spesso riservate alla legge) la dottrina in esame ritiene plausibile ascrivere gli atti di regolamentazione delle amministrazioni indipendenti tra le fonti *extra ordinem*, le quali, pur non previste dalle norme sulla produzione giuridica che generano le regole del diritto teorico, di fatto operano, spiegando una forza pari a quella della legge e sottraendo ampi spazi normativi alla legge formale dello Stato¹³⁸.

Si tenta, dunque, una strada alternativa, richiamando evidentemente quella dottrina costituzionalistica che, distinguendo fra diritto teorico (coincidente con la fase di predisposizione delle regole volte a disciplinare le fattispecie ritenute degne dal legislatore) e diritto vivente (risultante dalla fase dell'applicazione delle regole alle fattispecie che concretamente si presentano), sottolinea come, pur

¹³⁷ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento vigente*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 16; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 92 e ss., la quale con riferimento al principio di riserva di legge richiama, quale momento significativo nell'evoluzione dello stesso e rilevante anche in ordine agli atti normativi delle autorità che incidono su materie riservate, l'indirizzo fatto proprio dalla Corte costituzionale, in base al quale la riserva relativa di legge può essere soddisfatta anche da normativa comunitaria derivata, si veda Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3329.

¹³⁸ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 95. I regolamenti normativi delle autorità indipendenti sono annoverati fra gli atti con forza di legge, che tuttavia non sono espressione di sovranità popolare, anche da P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., pp. 3 e ss.

dovendo astrattamente sussistere una piena corrispondenza tra questi due momenti, nella realtà possano riscontrarsi difformità¹³⁹. Tali difformità non hanno un rilievo particolare nel caso in cui conseguano alla disapplicazione delle regole predisposte in relazione a singoli casi concreti (per errore o per volontà di contravvenire), attinendo appunto ad una o più regole, che comunque non perdono la propria forza per il fatto di subire violazioni, e non riguardando le fonti da cui esse derivano, la cui funzionalità non ne risulta in alcun modo alterata. La difformità fra diritto teorico e diritto vivente assume, viceversa, un particolare rilievo nelle ipotesi in cui, non avendo carattere episodico e manifestandosi con una certa regolarità su tutta una serie di casi rispetto ai quali dunque pone in discussione lo stesso fondamento giuridico della regola, non riguarda soltanto l'applicazione di quest'ultima, bensì la stessa fonte da cui essa trae origine nell'ambito del diritto teorico "che viene totalmente o parzialmente sostituita da un'altra fonte produttiva della regola o delle regole applicate nell'ambito del diritto vivente"¹⁴⁰. Questa "altra" fonte produttiva, c.d. fonte *extra ordinem*, pur non prevista dalle norme sulla produzione giuridica che danno luogo alle regole che costituiscono il diritto teorico, "ciò nondimeno opera né più né meno come le altre fonti", derivando la sua efficacia direttamente dal principio di effettività, che da solo ne giustifica il funzionamento¹⁴¹. Le norme, in tal modo

¹³⁹ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., pp. 154 e ss.

¹⁴⁰ Si riporta con riguardo a questa seconda ipotesi l'esempio dell'applicazione di una regola che viene abbandonata per effetto di un'interpretazione fondata su principi generali con essa incompatibili, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., p. 155.

¹⁴¹ Si delinea in tal modo la distinzione tra fonti legali e fonti *extra ordinem*, che talvolta si insinuano fra diritto teorico e diritto vivente, laddove le prime sono regolate e disciplinate da norme sulla produzione giuridica, mentre le seconde, non previste da disposizioni, rappresenterebbero un prodotto immediato del principio di effettività, il quale verrebbe a

prodotte, si presenterebbero come conseguenza di un fatto che, non corrispondendo alla fattispecie astratta di una norma sulla produzione giuridica, viene definito come “fatto normativo originario” in contrapposizione ai fatti normativi regolati dalle fonti c.d. legali contenute nell’ordinamento positivo¹⁴².

Riprendendo la descritta tesi dottrinaia, alcuni autori giungono, dunque, ad affermare che gli atti normativi delle autorità indipendenti possano essere inquadrati nell’ambito delle norme discendenti da fonti *extra ordinem* ed operanti con una forza pari a quella della legge, laddove non si porrebbe come un ostacolo né la circostanza che le fonti autoritative trovino previsione in una fonte legale (le leggi istitutive attributive della potestà normativa), né il fatto che le stesse producano un complesso sistema di regole sulla produzione giuridica¹⁴³. In merito al primo profilo, infatti, si richiama la considerazione per cui anche ove il fatto normativo sia previsto da fonti legali, ciò non esclude che lo stesso possa operare come fonte *extra ordinem*, laddove comunque esista una dissociazione fra la portata assegnatagli dalle norme costituenti il diritto teorico e quella direttamente derivante dal principio

funzionare direttamente come una norma sulla produzione giuridica, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., pp. 155 e ss.

¹⁴² Vengono inclusi nella categoria delle fonti *extra ordinem*, ad esempio, i fatti normativi cui è ricollegabile la stessa instaurazione di un ordinamento statale, sia che tale instaurazione derivi da una “rivoluzione”, sia che risulti da un atto di diritto internazionale o di diritto interno emanato nell’ambito di un diverso ordinamento giuridico statale, rimanendo tale atto per il nuovo ordinamento che si viene ad instaurare comunque soltanto un fatto normativo che, non potendo essere previsto da norme di cui rappresenta il presupposto, deve fondarsi necessariamente e direttamente sul principio di effettività; sono richiamati, ancora, i diversi atti con cui vengono realizzate le annessioni territoriali, che, tanto di natura interna quanto internazionale, hanno solo ratificato i corrispondenti fatti (eventi), di per sé capaci di operare quali fonti *extra ordinem* produttive di modificazioni dell’ordinamento costituzionale; ci si riferisce anche alle modificazioni costituzionali realizzate mediante fatti normativi, come nel caso di mutamenti dell’assetto dei pubblici poteri derivanti da “colpi di stato” o di modifiche tacite della forma di governo concretamente operante, si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., pp. 160 e ss.

¹⁴³ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 95-96.

di effettività, per cui la sua reale efficacia normativa risulti più ampia rispetto a quella più limitata posseduta quale fonte legale¹⁴⁴; quanto, poi, al secondo aspetto, si afferma come non possa astrattamente escludersi “l’eventualità che da una fonte *extra ordinem* venga prodotto addirittura tutto un complesso di norme sulla produzione giuridica tali da istituire o regolare una o più nuove fonti o anche un intero sistema di fonti”¹⁴⁵.

Affermato e motivato il carattere primario degli atti di regolazione delle amministrazioni indipendenti sulla base del richiamo alla teoria delle fonti *extra ordinem*, la dottrina in esame ritiene di individuare il fondamento più proprio della potestà normativa autoritativa, da cui la stessa riceva legittimazione entro il tessuto costituzionale, nel principio di sussidiarietà ora esplicitamente riconosciuto nell’art. 118 Cost. a seguito della riforma del Titolo V avvenuta con l. cost. n. 3/2001¹⁴⁶.

Sostenendo l’incidenza diretta del suddetto principio sul sistema delle fonti¹⁴⁷, si evidenzia come lo stesso permetta di individuare un centro di produzione normativa sulla base del riconoscimento di qualità proprie di tale centro, che prescindano tanto dalla sua posizione rispetto agli altri centri di produzione, quanto dalla definizione di un ambito

¹⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, art. 1-9*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., p. 159. Evidentemente tale dissociazione è ritenuta sussistere con riguardo ai poteri normativi esercitati dalle amministrazioni indipendenti da L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 96.

¹⁴⁵ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, art. 1-9*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., pp. 159 e 160; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 96, la quale sottolinea come la ricostruzione in tal modo prospettata si ponga in linea con le istanze di rinnovamento del sistema derivanti dai processi di globalizzazione e liberalizzazione dei mercati, rappresentando le autorità indipendenti la testimonianza dell’emersione di forme più complesse di una sovranità riconducibile a poteri normativi diffusi, nonché di forme di democrazia estranee al modello della rappresentatività e fondate su uno schema di tipo partecipativo.

¹⁴⁶ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 106 e ss.

materiale entro cui esso sia chiamato a svolgere la propria attività¹⁴⁸. L'applicazione del principio di sussidiarietà, infatti, comporterebbe che, fra più fonti astrattamente legittimate a porre le regole, abilitata in via esclusiva sarebbe quella intrinsecamente più idonea a disciplinare il settore¹⁴⁹.

Così ricostruita, la sussidiarietà, andando ad individuare il centro di potere normativo privilegiato secondo i criteri di efficacia ed adeguatezza dell'intervento, vicinanza agli interessi da regolare, nonché differenziazione, decentramento e leale collaborazione¹⁵⁰, si ritiene possa rappresentare la giustificazione e la legittimazione costituzionale dell'affidamento alle autorità indipendenti dell'abilitazione a regolamentare i settori sensibili, attraverso un esercizio del proprio potere normativo privo di limiti preordinati. Non sfugge, infatti, come le stesse autorità presentino, quale significativo valore aggiunto rispetto al legislatore ordinario, quella specifica conoscenza e competenza tecnica, quell'elevato grado di specializzazione e professionalità,

¹⁴⁷ Contrario a tale affermazione è N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 170, secondo cui l'art. 118 non spiegherebbe un'incidenza diretta sul sistema delle fonti.

¹⁴⁸ In tali caratteri si rinviene la differenza tanto con il principio di gerarchia quanto con quello di competenza, si veda P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, cit., pp. 145 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 106.

¹⁴⁹ Si evidenzia come il principio in esame potrebbe porsi alla base dello sviluppo di un sistema c.d. "reticolare", caratterizzato da rapporti tendenzialmente paritari (e non di supremazia) e da un concorso tra fonti in relazione di reciproca fungibilità, in cui troverebbe piena giustificazione la compresenza di fonti legislative e autoritative, in tal senso L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 107-108; si veda anche P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 31.

¹⁵⁰ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 17; D. DE FELICE, *Sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 64.

nonché quella vicinanza agli interessi in gioco¹⁵¹, che fanno di esse la fonte più idonea e funzionale, conseguentemente abilitata a normare¹⁵².

Considerato, infine, anche quale criterio di risoluzione di conflitti fra norme¹⁵³, il principio di sussidiarietà giustificerebbe la prevalenza degli atti normativi delle autorità rispetto alla legge, in quanto, attribuendo il potere di regolare i settori di riferimento a quello concretamente più abile (autorità) fra due centri di potere astrattamente idonei, decreterebbe contestualmente l'inefficacia della regola promanante dal soggetto in concreto esautorato (legislatore); ciò comporterebbe la legittimazione "secondo Costituzione" della disabilitazione della fonte primaria formale, pur in ambiti ad essa riservati¹⁵⁴.

¹⁵¹ La particolare vicinanza agli interessi in gioco viene in rilievo in special modo con riferimento al peculiare metodo partecipativo nella stessa adozione degli atti autoritativi attraverso forme di consultazione preventiva e coinvolgimento di tutti i soggetti interessati, in merito si rinvia ai paragrafi 1 e 1.1 del presente capitolo.

¹⁵² L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 108-109.

¹⁵³ P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 149.

¹⁵⁴ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 109-110. L'A., dopo aver ricostruito nei termini descritti il carattere primario degli atti normativi delle amministrazioni indipendenti, evidenzia l'inaccettabilità della attuale situazione in cui la regolazione autoritativa viene a trovarsi in merito all'impossibilità di un sindacato di costituzionalità su di essa, ritenendo urgente una specifica revisione costituzionale dell'art. 134, 1° comma, Cost. che porti all'estensione del controllo di costituzionalità (ora limitato alle sole leggi e atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni) a qualsiasi atto normativo, indipendentemente dal centro di potere dal quale promani e dalla specifica procedura di formazione dello stesso; tale conclusione, che si reputa già sostenibile in via interpretativa, renderebbe la norma costituzionale in questione più aderente allo stesso ordinamento nella sua attuale complessità, L. DI BONA, *op. cit.*, pp. 114 e ss.

7. *Opportunità e tentativi di una costituzionalizzazione delle autorità amministrative indipendenti.*

Si vuole, infine, evidenziare come contrastato sia anche il dibattito relativo alla opportunità di una costituzionalizzazione delle autorità indipendenti, accompagnato negli anni da diversi tentativi in merito portati avanti dal legislatore, senza tuttavia che alcuno di essi giungesse a buon fine.

Su posizioni negative si pongono coloro che sostengono la non auspicabilità di una generale costituzionalizzazione delle autorità indipendenti, che avrebbe l'effetto di "ingessare" questo fenomeno amministrativo entro le forme di una Costituzione rigida in contrasto con l'origine e le funzioni dello stesso¹⁵⁵: tali organismi, secondo la riferita impostazione, dovrebbero "rimanere sperimentali e flessibili", come "cedevoli" dovrebbero risultare le loro competenze nei confronti delle decisioni del legislatore¹⁵⁶. Ancora, si afferma che una costituzionalizzazione delle amministrazioni indipendenti, soprattutto se generica, lascerebbe il legislatore "libero di qualificare come autorità indipendenti qualsiasi struttura di sua creazione, con la conseguenza di elevarla al rango di potere dello Stato e di rendere le sue competenze inattaccabili dagli organi costituzionali"¹⁵⁷.

¹⁵⁵ N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., p. 103, il quale sottolinea come lo spazio per amministrazioni indipendenti nella nostra Costituzione già esista e sia ampio (riferendosi evidentemente all'art. 97 Cost.), senza bisogno di una esplicita previsione costituzionale, e che una sorta di costituzionalizzazione "indiretta" per autorità quali Consob, Banca d'Italia e Autorità garante della concorrenza e del mercato, derivi anche dall'ordinamento comunitario.

¹⁵⁶ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 38.

¹⁵⁷ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 37. Sui profili problematici della costituzionalizzazione del modello delle autorità si veda S. STAMMATI, *Tre questioni in*

Altra dottrina, invece, ritiene opportuna una previsione nella Carta fondamentale specificamente dedicata alle autorità, la quale, legittimandole a livello costituzionale, eliminerebbe in radice il problema del *vulnus* dalle stesse aperto nel sistema dei poteri, garantendone un saldo inquadramento nell'ambito degli equilibri istituzionali ed eliminando definitivamente i profili di criticità rispetto ai principi fondanti (connessi alla complessità e peculiare concentrazione di poteri e funzioni e alla profonda incidenza sulle situazioni soggettive dei singoli)¹⁵⁸.

Tra costoro, in controtendenza rispetto all'attuale fenomeno di proliferazione delle amministrazioni indipendenti, vi è l'opinione di chi reputa preferibile la costituzionalizzazione di un'unica autorità "a vocazione generale" competente in tema di mercato e concorrenza in ogni settore¹⁵⁹. Fra le ragioni addotte a fondamento di tale parere si richiama la più elevata efficienza di un'azione unitaria nella regolazione della concorrenza¹⁶⁰, la riduzione del rischio di cattura da

tema di "autorità amministrative indipendenti", in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno di Sorrento - 30 maggio 1997, Padova, 1999, pp. 73 e ss.

¹⁵⁸ G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 321; M.A. RAGOZZINO, *Brevi Riflessioni su "libertà" e "autorità indipendenti"*, in AA.VV., *I controlli amministrativi esterni e le autorità indipendenti*, Atti del 2° Convegno Nazionale sulle amministrazioni pubbliche - Napoli 9 e 10 maggio 1997, Napoli, 1997, pp. 143 e ss.; P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Authorities e tutela della persona*, cit., p. 284; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 110 e ss.

¹⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Authorities e tutela della persona*, cit., p. 282; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 112; M. VILLONE, *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, III, Napoli, 2007, pp. 1676 e ss.

¹⁶⁰ M. VILLONE, *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, cit., p. 1677; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 113.

parte degli interessi più forti vista la posizione di maggiore autonomia di un unico soggetto regolatore¹⁶¹, la più incisiva efficacia di una tutela unitaria degli interessi di utenti e consumatori¹⁶², nonché l'eliminazione del rischio di sovrapposizione fra le competenze delle singole autorità e delle conseguenti possibili contraddizioni e difficoltà di coordinamento¹⁶³.

Come accennato precedentemente, tentativi di introduzione di un riconoscimento costituzionale delle amministrazioni indipendenti sono stati negli anni effettuati, senza tuttavia che si giungesse ad un compimento di tale opera. Un primo esperimento fu fatto dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali nel 1997 con la predisposizione nel progetto di legge dalla stessa approvato (e poi bocciato dal Parlamento) dell'art. 109, con cui in maniera estremamente generica si prevedeva che apposite autorità avrebbero potuto essere istituite "per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione", rinviando alla legge per la disciplina della durata del mandato, dei requisiti di eleggibilità e delle condizioni di indipendenza¹⁶⁴.

¹⁶¹ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 113-114.

¹⁶² M. VILLONE, *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, cit., p. 1678; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 114.

¹⁶³ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Authorities e tutela della persona*, cit., p. 282; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 114.

¹⁶⁴ Su tale progetto si veda F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, pp. 639 e ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 657. Critici nei confronti del tentativo della bicamerale F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303; G.C. DI SAN LUCA, *Le Autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, cit., p. 321, il quale ha censurato la previsione in esame in quanto norma essenzialmente in bianco, carente della disciplina di alcuni essenziali aspetti del modello, quali

Un altro tentativo veniva operato nel 2005 con la riforma della seconda parte della Costituzione approvata dalle Camere in seconda lettura, ma successivamente bocciata dal referendum confermativo nel giugno 2006. L'art. 98*bis* di tale legge costituzionale ricalcava sostanzialmente la formula precedentemente adottata dalla Commissione bicamerale nel 1997; riferendosi genericamente a funzioni di garanzia e vigilanza svolte dalle autorità, omettendo, invece, ogni riferimento a quelle più peculiari di regolazione e aggiudicazione e rinviando interamente alla legge per la definizione delle condizioni di indipendenza di tali organismi, il testo in esame veniva a riproporre gli stessi profili critici già evidenziati con riguardo al progetto del 1997¹⁶⁵.

quelli attinenti ai meccanismi di responsabilità, al contraddittorio, alla trasparenza e giustiziabilità dei loro atti, fondamentali ai fini della legittimazione democratica delle stesse autorità.

¹⁶⁵ L'art. 98*bis* della riferita legge costituzionale non conteneva, inoltre, alcun riferimento ad un altro aspetto innovativo in questo settore, ovvero al rapporto tra autorità indipendenti e istituzioni comunitarie.

Capitolo terzo

Potere normativo delle autorità indipendenti e limiti all'autonomia privata

SOMMARIO: 1. Incidenza dei poteri normativi attribuiti alle amministrazioni indipendenti sulla conformazione dei contratti. – 2. Autonomia privata: limiti legali e garanzia costituzionale. – 3. Previsione di inserimento obbligatorio di clausole ad opera delle autorità indipendenti. Applicabilità del meccanismo di sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1339 c.c. – 3.1. Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 1339 c.c. con particolare riguardo alla deliberazione n. 78 del 1999 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas. – 3.2. Inserzione automatica di clausole e fonte secondaria. – 3.3. Soluzione circa l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. alle clausole disposte dalle amministrazioni indipendenti. – 4. Previsione di contenuti minimi determinati da parte delle autorità indipendenti in virtù di c.d. norme di nullità "in bianco". – 4.1. Le nullità di fonte secondaria: ammissibilità e limiti. – 4.2. Attribuzioni alle autorità del potere di definire contenuti contrattuali prive di espresse previsioni di nullità per il caso di loro violazione ed eventuali statuizioni di invalidità direttamente previste dalla fonte secondaria. – 5. Riconduzione dell'efficacia integrativa del contratto ad opera dei provvedimenti autoritativi al meccanismo delle clausole d'uso *ex art.* 1340 c.c. Profili critici. – 6. Regolazione autoritativa e autonomia privata.

1. Incidenza dei poteri normativi attribuiti alle amministrazioni indipendenti sulla conformazione dei contratti.

Il profilo ricollegabile ai poteri normativi attribuiti alle autorità indipendenti che maggiormente attira l'attenzione del civilista è, senza alcun dubbio, quello del rapporto tra gli stessi e il principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c, inteso specificatamente come libertà delle parti di determinazione del contenuto del contratto.

La tematica dell'incidenza dell'attività delle amministrazioni indipendenti sui negozi dei privati verrà, in tale sede, trattata ed approfondita, concentrandosi infatti su quel fenomeno, particolarmente

problematico, che possiamo ben definire di vera e propria “conformazione contrattuale” ad opera di tali organismi¹⁶⁶.

Le modalità con cui, in concreto, viene data alle autorità la possibilità di esercitare una siffatta incidenza possono essere fondamentalmente ricondotte alla attribuzione di poteri volti alla definizione di clausole particolari di cui viene imposto l’inserimento nei contratti, nonché alla previsione della facoltà da parte delle stesse di prescrivere “contenuti tipici determinati”. Alcuni esempi potranno aiutare ad una maggiore comprensione del fenomeno e ad uno svolgimento più consapevole della successiva indagine.

Quanto alla prima delle riferite modalità emblematica risulta, con riguardo ai poteri dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas, la disposizione di cui all’art. 6, primo comma, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, la quale demanda alla suddetta Autorità la predisposizione di “clausole negoziali e di regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell’intero sistema elettrico, da inserire nei contratti con i clienti idonei”; è evidente come in una ipotesi del genere le singole specifiche clausole che saranno concretamente oggetto dell’obbligo di inserimento nei contratti di fornitura di energia verranno enucleate dalla amministrazione indipendente, sulla base della riferita

¹⁶⁶ Di poteri conformativi del contratto attribuiti alle amministrazioni indipendenti parlano, fra gli altri, G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 218 e ss.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su “Il contratto e le Autorità indipendenti”, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 308 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 44 e ss. Di “contratto amministrato” nei diversi settori di competenza delle autorità indipendenti discorrono G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, fasc. 3, pp. 490 e ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su “Il contratto e le Autorità indipendenti”, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 255 e ss.

norma attributiva di rango primario¹⁶⁷, dando luogo ad un fenomeno di incidenza sul contenuto contrattuale ad opera di una fonte che, nonostante alcuni diversi tentativi¹⁶⁸, è ad oggi ritenuta dall'opinione maggioritaria di rango secondario.

I dubbi che fattispecie riconducibili a tale modello hanno suscitato in dottrina attengono alla ammissibilità nel nostro sistema civilistico di siffatte limitazioni nella determinazione ad opera dei contraenti del regolamento negoziale, concretizzate da fonti secondarie, nonché alla sorte dei contratti contenenti clausole incompatibili con le disposizioni dettate dalle autorità o comunque privi delle stesse, con particolare riferimento alla possibilità che si verifichi una vera e propria “eterointegrazione” del contenuto contrattuale fondata sul meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c.¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Il potere in tal modo attribuito all'Autorità per l'energia elettrica e il gas è stato dalla stessa esercitato tramite diverse delibere, fra cui si riporta per la sua rilevanza la del. n. 78/99, che, dopo aver richiamato in premessa l'urgenza di definizione di clausole negoziali che assicurino il corretto funzionamento del sistema elettrico, tenuto conto degli obiettivi di promozione della concorrenza, nell'art. 1 dispone che “i contratti bilaterali, ad esecuzione continuata, di fornitura di servizi elettrici a clienti idonei ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 79 del 1999, dovranno contenere clausole negoziali in base alle quali : a) sia riconosciuta alle parti la facoltà di recedere unilateralmente dal contratto, salvo preavviso non superiore a sei mesi per il cliente idoneo e ad un anno per il fornitore; b) sia prevista la risoluzione di diritto del contratto nel caso in cui venga meno in capo alla parte acquirente il diritto alla qualifica di cliente idoneo; c) sia definita l'attribuzione alle parti del contratto bilaterale, dei diritti, degli oneri e delle obbligazioni derivanti dal contratto relativo al servizio di vettoriamento dell'energia elettrica”.

¹⁶⁸ In merito alle opinioni che, anche in virtù di ricostruzioni differenti, ritengono di attribuire agli atti normativi delle autorità rango primario e non secondario, si rinvia all'indagine svolta *supra* nel capitolo secondo della presente trattazione.

¹⁶⁹ Si occupano del problema, seppure con esiti differenti M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su “Il contratto e le Autorità indipendenti”, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 286 e ss.; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 224 e ss.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, cit., pp. 309 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 44 e ss.

La seconda modalità di conformazione del regolamento contrattuale, ovvero quella che si concretizza nella facoltà di predisposizione da parte delle amministrazioni indipendenti di contenuti minimi necessari, trova un classico esempio nella norma di cui all'art. 117, 8° comma del d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.), in base alla quale “la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli”¹⁷⁰.

La particolarità delle fattispecie riconducibili a questo secondo modello consiste nel ricollegare alla difformità dei contratti rispetto ai contenuti minimi determinati con provvedimento dalle autorità, la (espressa) sanzione della nullità, la quale si atteggierebbe come una forma di nullità virtuale derivante dalla violazione di precetti solo genericamente delineati dalla fonte primaria attraverso il rinvio ad altra determinazione e, invece, concretamente individuati dall'atto dell'amministrazione indipendente¹⁷¹. La problematicità di tali forme di

¹⁷⁰ In realtà i poteri da tale disposizione attribuiti alla Banca d'Italia non risulta siano mai stati effettivamente utilizzati. Risultano, invece, pienamente esercitate le facoltà riconosciute dall'art. 23 del d.lgs. n. 58/1998 alla Consob, laddove viene conferita alla stessa la possibilità di “prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma”, statuendo anche in questo caso per l'inosservanza della forma prescritta la nullità del contratto; in merito a tale ipotesi, tuttavia, si evidenzia da parte di alcuni in dottrina come la questione si ponga in termini diversi, non consistendo la finalità dei poteri così attribuiti alla Consob nella stretta conformazione del negozio, bensì nella garanzia di trasparenza delle condizioni contrattuali attraverso regole di condotta comportanti una sorta di procedimentalizzazione nell'iter della negoziazione, si veda F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, cit., pp. 311 e ss.

¹⁷¹ In generale sulla nullità per contrarietà a norme imperative si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993. Tali particolari ipotesi di nullità vengono ricomprese nella più generale evoluzione del ruolo della nullità da regola di formazione del programma a strumento di conformazione del contenuto regolamentare da G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 218, il quale a sua volta richiama per tale prospettiva V.

incidenza ad opera delle autorità sull'autonomia dei privati viene, dunque, in dottrina principalmente ricondotta alla configurazione di nullità di strutture negoziali non tipizzate da una norma di fonte primaria (la quale conterrebbe un precetto "in bianco"), bensì derivanti dalla violazione di norme imperative "secondarie"¹⁷².

Con la presente trattazione si cercherà di indagare la compatibilità dell'esercizio dei riferiti poteri di conformazione contrattuale attribuiti alle autorità indipendenti con i principi e gli istituti propri del nostro sistema privatistico, delineando, se del caso, gli eventuali limiti entro cui tale compatibilità possa essere ritenuta sussistere con riguardo ad entrambe le modalità di intervento illustrate¹⁷³.

2. *Autonomia privata: limiti legali e garanzia costituzionale.*

Occorre a questo punto soffermarsi sul concetto di autonomia privata, analizzando il significato e la portata che essa assume nel

SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, pp. 488 e ss.

¹⁷² G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 220-221; M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 284.

¹⁷³ I poteri normativi attribuiti alle autorità indipendenti secondo una dottrina rappresentano "il più maturo e consapevole attuale intervento legislativo in tema di contratti", volto a consentire una *tipizzazione* del contenuto contrattuale *in senso positivo* tramite la sottoposizione a conformazione in via preventiva della generalità dei contratti appartenenti ad una determinata classe ed anche allorché le parti contrattuali abbiano il medesimo *status*; interventi conformativi del regolamento negoziale più tradizionali, comportanti una *tipizzazione in senso negativo*, sono, invece, ricondotti a forme di controllo a posteriori sul contenuto dei singoli contratti, estrinsecantesi di solito nell'emarginazione dal medesimo delle clausole negoziali ritenute immeritevoli di tutela ed incidenti su situazioni di squilibrio contrassegnate da una disparità di *status* tra i contraenti congiunta ad una predisposizione di fatto del contenuto del contratto ad opera del professionista (classico esempio è rappresentato dalla disciplina delle clausole vessatorie), si veda in merito G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, cit., pp. 472 e ss.

nostro ordinamento soprattutto con riguardo a quello, tra gli aspetti in cui la stessa si manifesta, che in tale sede risulta maggiormente rilevante, ovvero nella sua accezione di libertà per le parti di determinare il contenuto del contratto.

In merito già da tempo autorevole dottrina ha evidenziato come vi fosse la necessità di superare quelle concezioni tradizionali che, sulla base di costruzioni aprioristiche fondate sul c.d. dogma della volontà, affermavano la esclusiva disponibilità privata del regolamento contrattuale, ritenuto sostanzialmente intangibile da parte della legge, imperniando la stessa nozione di contratto su una essenziale corrispondenza tra volontà delle parti e contenuto del negozio¹⁷⁴.

Si è sostenuto come siffatte teorie non potessero più considerarsi aderenti né al dato normativo¹⁷⁵, né all'evolversi della stessa realtà delle contrattazioni, che in maniera crescente dimostrava una rilevante diminuzione di significato dell'attività dei contraenti ai fini della costruzione del regolamento contrattuale¹⁷⁶.

¹⁷⁴ In merito a tali concezioni tradizionali e al c.d. dogma della volontà si veda G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. XXIII; A. DE MARTINI, *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948, p. 793; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 531.

¹⁷⁵ Sulla necessità di adeguare le categorie giuridiche e le esigenze di ordine dogmatico alla disciplina positiva di veda A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, p. 182; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, pp. 73 e ss., il quale rileva la necessità di attingere alla molteplicità di norme vigenti in tema di contratto per ricostruire le linee generali dell'istituto e di intendere soprattutto le enunciazioni di principio alla luce della complessa normativa in cui si inseriscono.

¹⁷⁶ A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., p. 182; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 13 e ss., il quale a riprova di una ritenuta svalutazione dell'attività volitiva delle parti richiama tutta una serie di fenomeni, fra cui le ipotesi riconducibili ai c.d. rapporti contrattuali di fatto, per i quali si ritiene in discussione la stessa necessità, o sufficienza, dell'accordo, o i casi di predisposizione di schemi regolamentari rigidi, come per i contratti per adesione, in cui viene meno la comunanza dell'attività di determinazione e la preventiva formulazione di un regolamento negoziale

Ritenendo quella dell'autonomia privata una nozione diffusa nell'intero sistema e, pertanto, ricavabile solo attraverso una valutazione complessiva delle sue norme, non si può far altro che prendere le mosse dalla disposizione che con maggior rigore attribuisce ad essa il massimo significato, rapportandola proprio all'effettiva possibilità per i privati di regolamentare il contratto a proprio piacimento, ovvero dall'art. 1322, 1° comma del Codice civile. È impossibile trascurare come già questa norma, ammettendo l'esercizio della libertà di conformazione negoziale delle parti "nei limiti imposti dalla legge", configuri tale potere come un'attribuzione "non esclusiva" dei contraenti, prospettando la possibilità che sullo stesso regolamento negoziale incida uno strumento, quello della legge, utilizzabile su ampia scala al fine di vietare o imporre determinati contenuti¹⁷⁷. Si sottolinea come l'art. 1322 c.c., nel momento in cui ammette la facoltà di autoregolamentazione delle parti nei limiti imposti dalla legge, non prefiguri questi ultimi come eccezioni rispetto ad una regola generale di libertà, bensì valga a determinare lo stesso ambito entro il quale l'autonomia concessa ai privati possa essere validamente esercitata; la disposizione in esame, autolimitandosi mediante il rinvio ad altre previsioni legali, le quali non potendosi dire ad essa contrarie si configurerebbero come *lex specialis*, "stabilisce proprio la regola della

uniforme rispetto ad una serie di contratti posta in essere da una sola parte determina una scissione "fra contenuto e comando". Di definitivo superamento del dogma dell'autonomia privata quale potere dei privati di autoregolamentazione e di affermazione di un'essenza della stessa come atto di iniziativa, messa in moto di un meccanismo a prescindere dalla possibilità di concorrere alla sua regolamentazione parla P. PERLINGIERI, *Dal 'dogma' dell'autonomia al concreto negozio giuridico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 20 e ss.

¹⁷⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 34; E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pp. 126 e ss., il quale sottolinea come il principio dell'autonomia privata sia stato accolto nel nostro ordinamento in termini tutt'altro che assoluti e illimitati.

non vincolatività dell'atto che realizza la specifica violazione della singola norma imperativa"¹⁷⁸.

Le norme imperative¹⁷⁹ rappresentano il fondamentale strumento attraverso il quale l'ordinamento giuridico controlla la non contrarietà delle operazioni contrattuali discendenti dall'esercizio dell'autonomia privata rispetto ai valori e agli interessi che lo stesso ordinamento ritiene di dover garantire attraverso puntuali imposizioni e precisi divieti¹⁸⁰; le suddette norme realizzano una effettiva compressione dell'autonomia contrattuale, ponendo limiti alla facoltà dei privati di autoregolamentare i propri interessi, attraverso la sottrazione al potere di disposizione delle parti delle conseguenze e dei rimedi cui la loro violazione dà luogo¹⁸¹.

L'effetto che normalmente scaturisce dal contrasto del regolamento contrattuale con una norma imperativa è di tipo dirimente¹⁸²: laddove l'intero contratto violi le suddette disposizioni, l'ordinamento giuridico non appresterà ad esso alcun riconoscimento, derivandone una nullità totale dello stesso; nei casi, invece, in cui il contrasto con la norma

¹⁷⁸ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 357-358.

¹⁷⁹ Il problema dell'individuazione del carattere imperativo di una norma si pone in modo particolare per le ipotesi in cui lo stesso non risulti dal tenore letterale della disposizione, ovvero laddove manchi un'espressa qualifica di inderogabilità o una esplicita previsione di nullità delle clausole difformi; in tali casi si ritiene debba indagarsi il carattere dell'interesse tutelato dalla norma, che dovrà essere connotato da precisi elementi di indisponibilità, desumibili dalla stessa disciplina prevista dalla disposizione violata, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 320. L'imperatività della norma è collegata alla tutela da parte della stessa di principi, valori e interessi riconducibili alle direttive dell'ordine pubblico da E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 174.

¹⁸⁰ E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 172-173.

¹⁸¹ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 306

¹⁸² Si sottolinea, tuttavia, come sia lo stesso 1° comma dell'art. 1418 c.c. a prevedere la possibilità che dalla violazione di norme imperative scaturiscano conseguenze diverse dalla nullità, ciò avverrà quando sia lo stesso legislatore a disporre rimedi diversi ed incompatibili con essa, che realizzino comunque una tutela indisponibile dell'interesse leso, in quanto prescindente dall'iniziativa dei contraenti e sottratta al loro potere di disposizione, si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 339 e ss.

imperativa riguardi singole clausole del negozio, la sanzione invalidante sarà parziale se tali clausole non risultino avere carattere di essenzialità con riguardo all'oggettiva economia dell'affare, altrimenti, dando luogo il regolamento privo di esse ad un assetto di interessi sostanzialmente diverso rispetto a quello originario, la nullità si estenderà all'intero contratto.

Risulta evidente come nelle ipotesi appena riferite la limitazione che la legge apporta all'autonomia privata si connota in termini "negativi" o "distruttivi" rispetto al regolamento dalle parti predisposto, il quale viene totalmente o parzialmente posto nel nulla¹⁸³; un'incidenza ben più pregnante deve essere, invece, riconosciuta alle norme imperative nel momento in cui queste, sulla base del generale meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, 2° comma, intervengano nella stessa costruzione del contenuto negoziale¹⁸⁴.

In dottrina si è, da più parti, sottolineato come il fenomeno dell'inserzione-sostituzione automatica di clausole legali rappresenti una delle più gravi forme di intervento legislativo sul regolamento e di restrizione dell'autonomia contrattuale dei privati¹⁸⁵, laddove con esso

¹⁸³ In tali termini si esprime E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 175.

¹⁸⁴ L'inserimento nel codice del 1942 dell'art. 1339, laddove nel precedente codice non esisteva norma con tenore analogo, suscitò aspre critiche da parte della dottrina coeva, la quale vedendo tale disposizione come un *vulnus* inaccettabile al principio della libertà contrattuale e al dogma dell'autonomia della volontà, arrivò, in parte, persino a chiedere l'abrogazione di tale articolo, si veda G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXIII; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, cit., pp. 530 e ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 426; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 161.

¹⁸⁵ Alcuni autori, nel loro atteggiamento critico nei confronti dell'art. 1339 c.c., sono giunti ad affermare che il concorso della legge nella determinazione del regolamento contrattuale porti ad una profonda alterazione della stessa natura di quest'ultimo, laddove con tale strumento si introdurrebbe una disciplina di effetti puramente legali che andrebbero ad incidere su un precedente atto convenzionale, degradandolo a mero fatto giuridico, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXIII; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 332 e ss. Tali considerazioni non sono state condivise da altra dottrina, la

l'ordinamento statale non si limita a negare riconoscimento al negozio o alla singola clausola contrastanti con la disciplina cogente, bensì, mantenendo complessivamente valido il contratto, impone alle parti contenuti contrattuali diversi da quelli dalle stesse voluti, dando vita a regolamenti negoziali che, in misura più o meno ampia, differiscono da ciò che i contraenti avevano autodeterminato¹⁸⁶.

L'art. 1339 c.c. rappresenta, dunque, la più marcata dimostrazione della possibilità nel nostro ordinamento di forme di "eterointegrazione" del contenuto contrattuale, ponendo in evidenza il ruolo della legge quale fonte che, aggiungendosi all'attività delle parti, concorre alla costruzione del definitivo regolamento negoziale e alla delineazione dell'effettivo assetto di interessi da questo perseguiti¹⁸⁷; la stessa norma

quale ha sostenuto che la sostituzione di diritto si inquadra comunque nella disciplina negoziale e produce effetti che rivestono pur sempre tale natura, non facendo venir meno la rilevanza delle determinazioni dei privati nella costruzione del regolamento, ma comportando una funzionalizzazione di quest'ultimo per la contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva, pubblica, A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., pp. 169 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 56 e ss.

¹⁸⁶ In questo senso G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXIII, parlava di un legislatore a cui era permesso di "ordinare quale debba essere il contenuto dell'atto". Si vedano, ancora, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1958, vol. II, p. 389; A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., pp. 164 e ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 176, il quale rileva come la sostituzione di diritto di clausole negoziali rappresenti una soluzione obbligata, che mira a mantenere in piedi un regolamento, anche se le parti non lo avrebbero voluto in quanto corrispondente ad un assetto di interessi diverso da quello dalle stesse perseguito, poiché è proprio la realizzazione di questo nuovo assetto ciò che la legge persegue con il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 32 e ss., il quale sottolinea come l'art. 1339 c.c. possa essere fatto rientrare senza difficoltà nel rinvio ai limiti imposti dalla legge contenuto nell'art. 1322 c.c., consentendo, fra l'altro, di mostrare come tali limiti non possano essere configurati esclusivamente sotto il profilo negativo della compressione esterna dei poteri attribuiti alle parti, potendo, viceversa, concretizzarsi anche in modifiche interne alla situazione considerata.

¹⁸⁷ E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 129; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 42, secondo cui l'art. 1339 c.c., da un lato, evidenzia la configurabilità di una parziale sostituzione di una regolamentazione autoritativa ad una pattizia, dall'altro, pone in rilievo la

dà la conferma, dal punto di vista del diritto positivo, della presenza di un concorso di fonti nella edificazione del contratto¹⁸⁸ che, pur preservando un valore qualificante (e prevalente) all'attività dei privati in quanto motore e anima del fenomeno negoziale, non può non influire sulla nozione stessa di autonomia privata¹⁸⁹.

Affermata in tal modo la ammissibilità, dal punto di vista del sistema civilistico, di interventi "eteronomi" sul contratto, che rappresentano forme di compressione della libertà negoziale, è necessario chiedersi se quest'ultima non riceva una tutela a livello costituzionale, che, ponendo dei limiti a tali forme di compressione, imponga di valutarne la legittimità.

In merito si può rilevare, sulla base di una consolidata giurisprudenza costituzionale¹⁹⁰ e della prevalente dottrina¹⁹¹, che l'autonomia contrattuale non riceva di per sé una garanzia diretta e

possibilità che il regolamento contrattuale, attraverso lo strumento della legge, persegua, oltre all'interesse dei contraenti, anche interessi qualitativamente diversi.

¹⁸⁸ Si rileva in dottrina come il sistema delle fonti del regolamento negoziale contempli il concorso, accanto all'attività delle parti, oltre che della determinazione legale, anche della determinazione ad opera del giudice, rispetto alla cui attività integrativa del contratto si rinvia alla approfondita analisi compiuta da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 111 e ss.

¹⁸⁹ In questo senso S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 86 e ss.

¹⁹⁰ Corte cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 73 e ss., con nota di M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*, ivi, pp. 82 e ss.; Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 283 e ss.; Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 159, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 553 e ss.; Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1467 e ss.; Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 2188 e ss.

¹⁹¹ G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale della autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, pp. 191 e ss.; ID., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 608; D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 283 e ss.; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, p. 103; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, pp. 13 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 45 e ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 129 e ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 307 e ss.

specifica da parte della Costituzione¹⁹², ma sia tutelata da questa indirettamente quale situazione strumentale alla realizzazione di altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti, il cui esercizio presupponga il compimento di negozi giuridici. In particolare, si sottolinea il rapporto strumentale che l'autonomia privata, nella gran parte dei casi, manifesta con i diritti di iniziativa economica¹⁹³ e di proprietà e come dal sistema degli artt. 41 e 42 Cost., che direttamente tutelano tali situazioni e che risultano applicabili alla libertà negoziale nei limiti in cui la violazione di questa comporti una lesione dell'iniziativa economica e della proprietà, si ricavi che la legittimità costituzionale di ogni intervento limitativo dell'autonomia privata sia condizionata al ricorrere di due requisiti: uno formale, riguardante l'utilizzo dello strumento legislativo, l'altro sostanziale, attinente all'esistenza di una utilità sociale che giustifichi i vincoli posti alla libertà contrattuale¹⁹⁴. Quanto a questo secondo elemento si ritiene che la sua valutazione debba essere riferita ad un ordine di valori espressi

¹⁹² Si afferma, in particolare, che la libertà contrattuale non possa trovare una tutela autonoma e diretta nell'art. 2 Cost., attenendo la stessa alla sfera delle attività economiche, non includibili nell'ambito dei "diritti inviolabili dell'uomo" che tale norma garantisce, si veda E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 129-130; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 310 e ss.

¹⁹³ Le opinioni dottrinarie sul concetto di iniziativa economia privata sono discordanti: a coloro che sostengono che l'art. 41 Cost. riguardi soltanto gli atti, negoziali e non, posti in essere nell'esercizio dell'impresa, si veda V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. Dir. comm. e pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, p. 452; F. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, sub. art. 41, Bologna-Roma, 1982, p. 6; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 308, si oppongono coloro che estendono la portata dell'art. 41 Cost. anche fuori dall'ambito dell'attività d'impresa, A. LISSERE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, pp. 81 e ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, pp. 31 e ss.

¹⁹⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 49; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 130; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 307 e ss.

dalle disposizioni costituzionali, che impediscono che i negozi con essi contrastanti ottengano tutela da parte dell'ordinamento¹⁹⁵.

3. *Previsione di inserimento obbligatorio di clausole ad opera delle autorità indipendenti. Applicabilità del meccanismo di sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1339 c.c.*

È necessario, a questo punto, sulla base della conclusa analisi delle linee essenziali del nostro ordinamento positivo in materia di autonomia privata e limiti nella determinazione del contenuto contrattuale, verificare la compatibilità dei poteri normativi attribuiti alle amministrazioni indipendenti con il riferito sistema civilistico e costituzionale. Occorrerà, in particolare, valutare la ammissibilità di incidenze sul regolamento negoziale ad opera di provvedimenti delle autorità, riferendosi alle concrete modalità con cui la regolazione autoritativa investe tale regolamento, che, come già esposto, sono riconducibili alla previsione di specifiche clausole da inserire obbligatoriamente nel contenuto del contratto e alla prescrizione di contenuti tipici determinati¹⁹⁶.

Prendendo le mosse dalle ipotesi in cui la potestà normativa conferita alle autorità indipendenti consista nella possibilità di enucleare clausole delle quali venga previsto l'inserimento obbligatorio

¹⁹⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 178; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 11; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 50; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 312 e ss.

¹⁹⁶ In merito a tali modalità e alla loro esemplificazione tramite il richiamo all'art. 6, 1° comma del d.lgs. n. 79/1999, quanto alla prima, e all'art. 117, 8° comma del d.lgs. n. 385/1993, quanto alla seconda, si veda *supra* paragrafo 1 del presente capitolo.

nel regolamento contrattuale, la questione che si pone all'attenzione attiene alla possibilità di ricondurre le stesse nell'ambito di operatività dell'art. 1339 c.c., con conseguente applicazione del meccanismo di inserzione-sostituzione automatica, che porterebbe le suddette clausole ad un ingresso *ope legis* nel contratto concluso dai privati in aggiunta alle pattuizioni dagli stessi stabilite o in sostituzione di quelle eventualmente difformi, dando luogo ad una delle più evidenti forme di integrazione del contenuto negoziale¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Il fenomeno dell'integrazione del contratto ha suscitato notevole interesse in dottrina, testimoniato dalla ricca produzione che si è avuta in materia, si richiamano in generale su tale tematica, fra gli altri, A. ASQUINI, *Integrazione del contratto civile con le clausole d'uso*, in *Scritti giur.*, III, Padova, 1961; N. COVIELLO jr., *In margine all'art. 1340*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, pp. 501-532; S. RODOTÀ, *In tema di integrazione del contratto*, in *FP*, 1965, I, pp. 1433 e ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 90-149; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 108 e ss.; T. MANCINI, *Determinazione autoritativa del contenuto del contratto e autonomia negoziale*, in *Studi Torrente*, 1968, pp. 649 e ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; ID., *Equo canone e sostituzione di clausole*, in *Giur. it.*, 1980, IV, pp. 129 e ss.; A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 633 e ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, IV, pp. 97 e ss.; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, pp. 524 e ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, pp. 301 e ss.; G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1993, pp. 499 e ss.; F. GALGANO, *Sull'equità delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1993, pp. 419 e ss.; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 566 e ss.; A. GENOVESE, *Usi negoziali e interpretativi*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Democr. e dir.*, 1997; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Camerino-Napoli, 1998; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1999, pp. 83 e ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; ID., *Contratti incompleti e norme sociali*, in *Riv. critica dir.*

3.1. *(Segue) Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 1339 c.c. con particolare riguardo alla deliberazione n. 78 del 1999 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.*

Nel verificare la applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. alle ipotesi di clausole stabilite dalle amministrazioni indipendenti per le quali sia previsto l'inserimento obbligatorio nel contratto, utilizzeremo come riferimento immediato il già esposto art. 6, 1° comma del d.lgs. n. 79 del 1999¹⁹⁸ e la delibera n. 78 del 1999 con cui l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha dato seguito alla predetta disposizione¹⁹⁹. Tali riferimenti risulteranno efficaci tanto perché permetteranno di affrontare questioni la cui valenza non è limitata agli stessi, bensì assume un rilievo più generale anche con riguardo agli altri casi di definizione autoritativa di clausole destinate alla conformazione del regolamento negoziale, quanto perché proprio tali disposizioni sono state oggetto di specifica analisi da parte di una dottrina, la quale ha ritenuto di concludere per la non riferibilità alle stesse dell'art. 1339 c.c.²⁰⁰.

Volendo soffermarci sulla suddetta analisi, occorre prendere le mosse dal rilievo attribuito da questa dottrina al dato letterale. La non

priv., 2001, pp. 261 e ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 537 e ss.; G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.

¹⁹⁸ L'art. 6, 1° comma, d.lgs. n. 79/1999 demanda all'Autorità per l'energia elettrica e il gas l'elaborazione di "clausole negoziali e di regolamentazioni tecniche indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico, da inserire nei contratti con i clienti idonei".

¹⁹⁹ Tale deliberazione prevede che i contratti stipulati dai fornitori di energia elettrica con i clienti idonei "dovranno contenere clausole negoziali" riguardanti, fra l'altro, il riconoscimento della facoltà di recesso unilaterale tanto per il cliente idoneo quanto per il fornitore e la risoluzione di diritto del contratto per il caso in cui venga meno la qualifica di cliente idoneo in capo alla parte acquirente.

applicabilità del meccanismo sostitutivo è stata, infatti, sostenuta, in primo luogo, riferendosi al tenore della delibera presa in considerazione, laddove la statuizione in base alla quale “i contratti (...) dovranno contenere *determinate* clausole negoziali”²⁰¹ è stata ritenuta già di per sé escludere un inserimento automatico e dare luogo ad un semplice obbligo delle parti di convenire la clausola, suscettibile di adempimento o di inadempimento: non si tratterebbe, dunque, di un fenomeno di eteronormazione e “la validità della clausola pattizia parrebbe non risentire della difformità rispetto alla clausola autoritativa incapace di prevalenza su quella privata incompatibile”²⁰².

In merito si ritiene di dover sottolineare come l'esclusivo riferimento al criterio letterale, nonché la sola considerazione del dato fornito dal provvedimento autoritativo con conseguente esclusione di un'indagine rivolta alla disposizione legislativa attributiva del potere normativo, non possa reputarsi un'operazione esaustiva. Ben diverso risulta, innanzitutto, il tenore letterale dell'art. 6, 1° comma del d.lgs. n. 79/1999, che, riferendosi a “clausole (...) indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico da inserire nei contratti”, sembrerebbe poter prefigurare un meccanismo di inserzione automatica, soprattutto avendo riguardo al carattere indisponibile dell'interesse tutelato²⁰³. Ancora, si è, da parte di alcuni, evidenziato come la piena

²⁰⁰ Ci si riferisce all'opinione di M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su “Il contratto e le Autorità indipendenti”, cit., pp. 286 e ss.

²⁰¹ In corsivo i termini da noi aggiunti.

²⁰² M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 286-287.

²⁰³ Si contesta, a monte, l'idea di far conseguire l'applicazione dell'art. 1339 c.c. da un'analisi meramente testuale della singola disposizione, in base alla quale distinguere un inserimento automatico da un obbligo di inserimento per le parti; l'operatività della norma in questione deve farsi discendere, infatti, dall'accertamento del carattere imperativo della disposizione contenente la clausola legale, carattere collegato alla natura indisponibile dell'interesse tutelato, e dalla difformità rispetto a tale clausola della clausola convenzionale.

operatività rispetto alla delibera in esame dell'art. 1339 c.c. debba affermarsi, in virtù di un criterio logico-sistematico, sulla base di quanto espressamente previsto dalla l. n. 481 del 1995, istitutiva dell'Autorità, la quale, dopo aver conferito a quest'ultima nell'art. 2, 12° comma, lett. h) il potere di adozione di atti di regolazione del settore, precisa che tali determinazioni producono gli effetti di cui al successivo art. 37: ebbene, tale articolo statuisce testualmente che le medesime determinazioni “costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio”; si sottolinea, a questo punto, come dalla stessa legge istitutiva derivi un evidente richiamo ad una tipica fattispecie di integrazione del contratto, con conseguente adeguatezza del meccanismo di sostituzione automatica di cui all'art. 1339 c.c.²⁰⁴.

Altra argomentazione utilizzata dalla dottrina critica nei confronti dell'applicabilità dell'inserzione automatica ai provvedimenti autoritativi è fondata sull'ulteriore dato testuale ricavato dall'art. 2 della delibera n. 78 del 1999, secondo cui i contratti di fornitura di servizi elettrici ai clienti idonei “dovranno contenere una previsione che ne consenta la modificazione di diritto mediante l'inserimento di

²⁰⁴ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 46 e ss., la quale sostiene che ulteriore conferma dell'operatività dell'art. 1339 c.c. con riguardo alla delibera in esame e a quelle analoghe si tragga anche dal criterio teleologico-assiologico: se, infatti, si ritiene che tale disposizione si ponga come “modello di reazione all'abuso della dominanza di una parte del contratto”, ovvero operi quando il legislatore intenda non disapprovare *tout court* un patto, bensì correggere il contratto per riequilibrarlo in favore del contraente pregiudicato (richiamandosi in merito A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 238; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., pp. 175 e ss.), allora la stessa disposizione si attaglierebbe perfettamente alle ipotesi in esame, alla luce del perseguimento da parte della regolazione autoritativa di obiettivi di rilevanza essenziale, quale la fruibilità del servizio, la realizzazione della concorrenza e la tutela degli interessi degli utenti, la cui effettiva garanzia postula la necessità di un'intrinseca forza integrativo-modificativa della suddetta regolazione. L'operatività del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole determinate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas è sostenuta anche da A. GENTILE,

clausole negoziali e regolamentazioni tecniche” definite dall’Autorità. Tale disposizione, infatti, confermerebbe che le clausole autoritative non hanno in sé la forza per sostituirsi automaticamente alle clausole pattizie difformi, rendendosi così necessaria una specifica e apposita previsione, con cui siano le parti stesse a rinviare alle statuizioni dell’Autorità a fini di integrazione del contratto²⁰⁵.

Per comprendere la effettiva valenza che il riferito art. 2 della delibera n. 79 del 1999 può assumere con riguardo alla definizione dell’applicabilità dell’art. 1339 c.c., occorre svolgere qualche previa considerazione sulle modalità con cui tale ultima norma viene ad operare.

Nonostante alcune contrarie opinioni, che, con intento limitativo della portata della disposizione in esame, hanno affermato la necessità che la sostituzione, affinché operi, sia prevista *expressis verbis* dalla singola norma impositiva della clausola legale²⁰⁶, risulta ad oggi dominante la tesi per cui l’art. 1339 c.c., prevedendo la sostituzione di clausole legali a quelle convenzionali difformi *in via generale*, spiega la sua reale efficacia normativa proprio nel permettere la produzione dell’effetto sostitutivo anche laddove la singola norma impositiva non lo preveda espressamente²⁰⁷. Il suddetto effetto, dunque, proprio grazie

Presentazione, in *Attività regolatoria*, cit., pp. XV-XVI; R. PARDOLESI, *Intervento*, cit., pp. 115 e ss.

²⁰⁵ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 287.

²⁰⁶ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pp. 225 e ss. Di portata normativa dell’art. 1339 c.c. del tutto nulla, non essendo tale norma in grado di costituire, di per sé, la base dell’inserzione automatica di disposizioni imperative in contratti privati parla A. ROMANO, *Limiti dell’autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., p. 179.

²⁰⁷ Tale conclusione non sarebbe possibile qualora mancasse una disposizione del calibro dell’art. 1339 c.c., dovendo, in tale diversa ipotesi, l’efficacia sostitutiva delle clausole legale essere espressamente prevista dalla specifica norma (imperativa) che le contempla; inoltre la medesima conclusione permette di configurare una effettiva efficacia normativa dell’art. 1339 c.c., il quale altrimenti risulterebbe dotato di una mera valenza descrittiva di un fenomeno. Per

alla generale previsione di cui all'art. 1339 c.c. ha luogo sulla base del solo carattere imperativo della specifica disposizione contenente la clausola legale e della difformità tra quest'ultima e la clausola convenzionale. In particolare, del tutto influente sul verificarsi della sostituzione risulta, inoltre, la volontà dei contraenti, operando l'inserimento in maniera automatica, ovvero senza che eventuali previsioni negoziali riguardanti l'effetto sostitutivo possano rilevare, né in termini di concorso alla sua produzione, né di impedimento verso la stessa²⁰⁸.

Si è a questo punto evidenziato come dall'automaticità del meccanismo operativo dell'art. 1339 c.c. e dall'irrilevanza sull'effetto legale dallo stesso previsto di un'eventuale clausola negoziale che pretenda di incidere su di esso derivi che “quand'anche nel contratto, in conformità a quanto disposto dall'art. 2 della delibera n. 78/1999, fosse prevista una clausola volta a consentire la modificazione <<di diritto>> delle condizioni contrattuali incompatibili con quelle autoritative, non sarebbe certo quella stessa clausola a determinare la sostituzione automatica: essa risulterebbe piuttosto ultronea e *inutiliter data*”²⁰⁹; la stessa previsione di cui all'art. 2 della delibera in esame si porrebbe,

la tesi della non necessità di una espressa previsione di sostituzione da parte della norma impositiva si veda, fra gli altri, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 34-35; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, IV, *Delle obbligazioni*, art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, pp. 231 e ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 125; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 175-176; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, cit., p. 50; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 437; S. PATTI, *sub. Art. 1339*, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, pp. 248 e ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 239. In giurisprudenza si veda Cass., 21 dicembre 1994, n. 11032; Cass., 21 agosto 1997, n. 7822.

²⁰⁸ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, vol. 2, p. 409; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 175.

²⁰⁹ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 54.

dunque, come una disposizione priva di efficacia giuridica ed inidonea ad escludere l'applicabilità alla fattispecie in discorso del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.²¹⁰.

Occorre, a questo punto, analizzare un ulteriore rilievo critico avanzato al fine di escludere l'automatica sostituzione delle clausole autoritative elaborate con la delibera n. 78 a quelle convenzionali difformi: partendo dalla premessa per cui la sostituzione di clausole passa sempre attraverso la fase "negativa" della nullità parziale delle stesse e quella successiva "positiva" dell'impianto della clausola eterodeterminata, la dottrina in esame afferma che ad impedire la applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. sia lo stesso tenore della norma attributiva (art. 6, 1° comma, d.lgs. n. 79/1999) "la quale, in luogo di disporre la nullità delle clausole negoziali di determinato contenuto, si limita a demandare all'Autorità il compito di enucleare il contenuto della clausola destinata all'inserimento. Ben avrebbe potuto il legislatore ordinario (...) comminare espressamente la nullità delle clausole difformi (...); ma, in mancanza di una espressa previsione, tale ipotetica ed eccezionale causa di nullità parziale non si traduce in

²¹⁰ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 54-55, la quale, inoltre, richiamando l'opinione per cui la sostituzione *ex art.* 1339 c.c. non opera qualora sia esclusa dalla stessa legge o qualora quest'ultima preveda sanzioni diverse (in merito S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 35; G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 88; N. DISTASO, *I contratti in generale*, III, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da Bigiavi, Torino, 1980, pp. 1663 e ss.), sottolinea come l'art. 2 della delibera n. 78 non possa interpretarsi neanche in tal senso: da un punto di vista testuale l'esclusione della sostituzione automatica avrebbe potuto verificarsi qualora tale disposizione avesse stabilito che le clausole autoritative avrebbero trovato applicazione "solo ove esplicitamente e volontariamente richiamate dalle parti" e tale non è la formulazione utilizzata dall'art. 2, il quale, invece, si riferisce ad un "dovere" delle parti di inserire una previsione che permetta una "modificazione di diritto" delle clausole difformi, attestando in tal modo l'indisponibilità da parte dell'autonomia privata dell'effetto integrativo-sostitutivo.

norma applicabile; ed il contratto difforme finisce per conservarsi valido”²¹¹.

Tali affermazioni richiedono alcune precisazioni, innanzitutto in merito al rapporto fra nullità parziale e sostituzione di clausole, ovvero fra gli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c.²¹². Di fronte, infatti, ad un’opinione che ritiene le due norme complementari, laddove la seconda eviterebbe che la nullità della clausola difforme si estenda all’intero contratto, mentre la prima disporrebbe la sostituzione della parte colpita da invalidità con il precetto imperativo, e che quindi evidentemente reputa che l’effetto sostitutivo presupponga una precedente nullità²¹³, da altra parte si è sostenuto che nell’ipotesi del 2° comma dell’art. 1419 c.c. ci si trovi del tutto al di fuori del fenomeno della nullità²¹⁴. In particolare, le due disposizioni in esame sarebbero non complementari, ma coincidenti: il 2° comma dell’art. 1419 c.c., non facendo altro che riprodurre la norma già contenuta nell’art. 1339 c.c. e ribadire che all’integrazione legale non è possibile sfuggire neanche attraverso la pretesa di far cadere nel nulla il negozio a causa della

²¹¹ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 287.

²¹² Si vuole, a monte, evidenziare come naturalmente l’art. 1339 c.c. non presupponga una precedente nullità parziale in tutte le ipotesi in cui non si verifichi una difformità fra clausola convenzionale e clausola legale imposta, bensì una semplice assenza di previsione nel contratto di quest’ultima, nel qual caso avrà luogo la sola inserzione automatica di essa, senza alcuna sostituzione.

²¹³ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 128 e ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., pp. 109 e ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, pp. 69 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 519.

²¹⁴ Evidenziando il tal modo una radicale differenza tra il 1° e il 2° comma dell’art. 1419 c.c.: la prima disposizione si riferirebbe, infatti, realmente al fenomeno della nullità parziale, mentre la seconda, del tutto al di fuori di tale ambito, riguarderebbe esclusivamente il diverso fenomeno dell’integrazione legale del negozio, si veda G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 499. Per una sintesi sulle varie posizioni dottrinali in merito al rapporto fra il 1° comma dell’art. 1419 c.c. da un lato e il cpv. dell’art. 1419 e l’art. 1339 c.c. dall’altro si veda M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 128 e ss.

essenzialità della clausola sostituita²¹⁵, non toccherebbe in alcun modo la validità del negozio e, anzi, si porrebbe come rimedio alternativo rispetto all'invalidità²¹⁶. Non è mancato, infine, chi ha considerato entrambe le configurazioni logicamente corrette, ritenendo possibile “dire che la legge, sostituendo l'accordo delle parti, evita di renderlo nullo, come (...) dire che la legge lo rende nullo e lo sostituisce”²¹⁷.

Pur ammettendo la tesi che ritiene necessario presupposto della sostituzione *ex art.* 1339 c.c. la nullità parziale della clausola sostituita, il punto su cui si reputa ancora opportuno soffermarsi attiene alla apparente deduzione della mancanza di una forza sostitutiva interna alla clausola autoritativa dalla circostanza che la legge abilitante non contempra espressamente la nullità per la sua violazione.

Tale assunto si pone evidentemente in contrasto con il già riferito meccanismo di operatività dell'art. 1339 c.c., nonché con i connotati propri della categoria della nullità virtuale di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c. La forza integrativa e sostitutiva della clausola legale, infatti, deve ricondursi direttamente ed esclusivamente alla natura imperativa della norma medesima, che dettando un contenuto incompatibile con la clausola negoziale innesca automaticamente l'effetto sostitutivo, a prescindere da una espressa comminatoria di

²¹⁵ Ritengono, infatti, il 2° comma dell'art. 1419 c.c. “una norma non necessaria, ma opportuna” G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 498; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 52.

²¹⁶ G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., pp. 498 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 52-52; P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., pp. 155 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 336; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, p. 338.

²¹⁷ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 424-425. Per una panoramica generale sul rapporto fra l'art. 1419 e l'art. 1339 c.c. si veda F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, pp. 759 e ss. Per una sintesi delle diverse posizioni con particolare riguardo al rapporto fra il 2° comma dell'art. 1419 e l'art. 1339 c.c. cfr. anche A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, pp. 172 e ss.

nullità della pattuizione difforme. D'altro canto, ritenere che presupposto della sostituzione sia la precedente nullità della clausola pattuita, scaturente dalla difformità con una clausola legale imposta, porta necessariamente a configurare un tipico caso di nullità per contrarietà a norma imperativa, richiamando i connotati propri della categoria della nullità virtuale di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c.²¹⁸. Ora non vi è dubbio che il disposto contenuto in tale norma ammetta che dalla violazione di norme imperative scaturisca la nullità indipendentemente da una specifica previsione testuale di essa, laddove la valutazione del carattere imperativo di una disposizione si fonda su un'analisi avente ad oggetto la natura e la rilevanza degli interessi tutelati e non sul mero riscontro di indici testuali che ne attestino l'inderogabilità²¹⁹. Rapportando tali considerazioni al meccanismo di cui all'art. 1339 c.c., ne discende che la sostituzione automatica, fondandosi sull'imperatività del precetto, operi in ogni caso, a prescindere dall'espressa previsione di nullità per l'ipotesi di violazione.

Svolte le riferite precisazioni, si ritiene debba essere affrontata la vera questione problematica in tema di esercizio di poteri integrativi del contratto da parte delle autorità indipendenti: è configurabile un'incidenza sul regolamento negoziale ad opera di atti che sono tuttora generalmente ricondotti alla fonte secondaria? E più in particolare,

²¹⁸ Per ampi riferimenti sulla nullità virtuale si rimanda a A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985.

²¹⁹ L'eventuale espressa previsione di nullità per il caso di violazione della norma si pone, infatti, come un indice meramente esteriore, che, se da un lato comporta la necessaria nderogabilità della stessa, dall'altro non preclude il riconoscimento del suddetto carattere per tutte le ipotesi in cui l'indicazione di tale specifica sanzione manchi.

riferendosi alle ipotesi in esame, può ritenersi ammissibile l'operare del meccanismo di inserzione-sostituzione di clausole di cui all'art. 1339 c.c. nel caso in cui le clausole legali siano contenute in un atto eteronomo avente carattere secondario? Il problema si pone con evidenza tanto avendo riguardo all'art. 1322 c.c., che, con una disposizione di rango primario, attribuisce ai privati il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla "legge", quanto con riferimento allo stesso art. 1339 c.c., che rapporta l'inserimento di diritto alle clausole e ai prezzi di beni o di servizi imposti dalla "legge", oltre che dalle ormai abrogate norme corporative.

Proprio la natura non primaria della fonte eteronoma ha indotto alcuni autori ad escludere l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. nell'ipotesi di clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti, elaborate dalle amministrazioni indipendenti²²⁰. In particolare, si è affermato che, radicandosi il fondamento dell'autonomia negoziale in un principio normativo dettato da una disposizione di rango primario, non ogni successiva disposizione, bensì solo quella posta da fonti di pari grado possa restringere la suddetta sfera di autonomia, ridefinendo il limite tra potere autonomo ed eteronomo di regolazione²²¹; il provvedimento autoritativo di rango secondario sarebbe, dunque, per propria natura

²²⁰ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 280 e ss.; ID., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 75 e ss.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 209.

²²¹ Si sostiene, in merito, che la norma di rango primario potrà devolvere alle autorità poteri eteronomi, ma sarà chiamata previamente a derogare al principio generale del potere autonomo, stabilendo espressamente le specifiche cause di nullità dei contratti e precostituendo, in tal modo, il criterio di prevalenza del provvedimento eteronomo sulla clausola contrattuale già resa invalida ed esclusa dalla sfera del potere di autodisciplina, si veda M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 290 e ss.

incapace di penetrare nello spazio autonomo negoziale e di prevalere sulla clausola privata con esso incompatibile, richiedendo il meccanismo di sostituzione di clausole, in quanto limitativo dell'autonomia privata, necessariamente una norma di rango primario²²².

Risulta chiaro, d'altra parte, come lo stesso problema dell'inserzione automatica nel contratto delle condizioni autoritativamente stabilite venga risolto in radice da quelle dottrine che, sulla base di argomentazioni differenti, giungono ad affermare che gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti debbano essere ricondotti non al rango secondario, bensì a quello primario della gerarchia delle fonti, spiegando una forza del tutto assimilabile a quella della legge²²³.

Non è, tuttavia, questa la strada che si intenderà percorrere in tale sede, volendosi, nelle pagine che seguiranno, indagare sulla possibilità di recupero di un'operatività ai sensi dell'art. 1339 c.c. delle clausole dettate dalle autorità indipendenti non sulla base di percorsi afferenti

²²² M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 291 e ss., il quale, chiedendosi quali effetti residuino per le clausole autoritative ad inserimento obbligatorio, conclude adombrando, per il caso di inadempimento del privato, la possibilità di sanzioni latamente risarcitorie aventi titolo nel comportamento della parte contrario ad una prescrizione autoritativa. Il discorso che fino a questo punto parrebbe totalmente scettico nei confronti dell'esercizio di un potere integrativo del contratto ad opera delle autorità indipendenti, volge tuttavia verso una direzione diversa nel momento in cui, sulla base di una riflessione sul tipo di rapporti che caratterizzano i settori di intervento delle autorità, connotati, nella maggior parte dei casi, dalla mancanza di una vera negoziazione e dall'esercizio di un nudo potere di scelta, si sostiene che gli stessi rapporti sfuggano al campo di applicazione dell'art. 1322 c.c. e alla protezione che tale norma assicura all'autonomia negoziale; lo spazio giuridico autonomo riconosciuto da tale norma troverebbe, infatti, il proprio limite originario nella negoziabilità del contratto e l'autonomia negoziale andrebbe intesa nel senso più stretto di "potere di trattare e costruire in modo bilaterale e paritario la disciplina del rapporto", cosicché gli atti e i rapporti insuscettibili di negoziazione risulterebbero estranei all'ambito applicativo dell'art. 1322 c.c. e allo stesso principio di autonomia negoziale, potendo conseguentemente soggiacere anche a fonti disciplinatrici eteronome di rango secondario, quali quelle riconducibili alle autorità indipendenti.

²²³ Per una esposizione di queste teorie e delle argomentazioni dalle stesse utilizzate si veda *supra*, capitolo secondo della presente trattazione.

alla teoria del sistema delle fonti, bensì attraverso strumenti attinenti ad una prospettiva propriamente civilistica.

3.2. *(Segue) Inserzione automatica di clausole e fonte secondaria.*

Si è, dunque, compreso come fondamentale, al fine di giungere ad una conclusione sulla problematica dell'applicabilità del meccanismo di inserzione-sostituzione automatica di clausole alle ipotesi in cui queste ultime siano stabilite da provvedimenti delle autorità indipendenti, sia chiedersi che cosa debba intendersi precisamente per "clausole e prezzi (...) imposti dalla legge" di cui parla l'art. 1339 c.c. e per lo stesso riferimento che alla "legge" è contenuto nell'art. 1322 c.c.

La questione, non nuova in dottrina ed in giurisprudenza, è stata oggetto di diverse e risalenti analisi, che, evidentemente non riguardanti l'immediata problematica posta dalle amministrazioni indipendenti, si sono incentrate sul dubbio circa la riferibilità del termine utilizzato nelle disposizioni in esame esclusivamente a provvedimenti aventi valore formale di atti legislativi ovvero anche a fonti di rango secondario rappresentate da regolamenti e atti amministrativi²²⁴.

Di fronte ad orientamenti volti ad escludere in modo radicale qualsiasi possibilità di estensione dell'effetto sostitutivo ad atti non

²²⁴ Si sono occupati del problema, fra gli altri, A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., pp. 178 e ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, *Comm. cod. civ.* Utet, cit., p. 125; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 36 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, cit., p. 233; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 426-427.

formalmente legislativi²²⁵, sono prevalse posizioni che, sebbene con sfumature ed esiti diversi, hanno fornito un'interpretazione del termine "legge" di cui alle norme in discorso, non rigidamente ancorata al dato letterale.

Una dottrina minoritaria, in merito, ha affermato la generale possibilità di ricorso a fonti diverse dalla legge di rango secondario, ritenendo fondamentale il riferimento, ad opera della formulazione originaria dell'art. 1339 c.c., alla eventualità che clausole imperative fossero inserite nel contratto anche laddove contenute in "norme corporative": pur dovendo ritenersi, con la caduta dell'ordinamento corporativo, questa parte della disposizione implicitamente abrogata, si è sostenuto, infatti, che ciò non di meno rimarrebbe la rilevanza di per sé assunta dalla previsione della "possibilità che agli elementi contrattuali stabiliti dalle parti si sostituiscano disposizioni imperative contenute in atti non aventi carattere legislativo"²²⁶.

Rispetto a tale impostazione si è obiettato, correttamente, che il formulato rilievo sul valore non esclusivo del rinvio alla legge non possa assumere carattere decisivo, laddove, da una parte, l'elencazione contenuta nell'art. 1339 c.c. deve reputarsi certamente tassativa e, dall'altra, "non può ritenersi che la categoria delle norme corporative,

²²⁵ Si veda l'opinione di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXVIII, il quale, coerentemente con la sua avversione verso l'introduzione di una norma del calibro dell'art. 1339 c.c., ne propugnava una lettura talmente restrittiva da escludere dall'ambito applicativo della stessa persino i decreti legge e i decreti legislativi.

²²⁶ La rilevanza della norma sotto questo profilo non sarebbe, dunque, stata diminuita "dal venir meno di quel gruppo di atti non legislativi che essa esplicitamente prevedeva nella sua formulazione originaria", A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., p. 178. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 233, solo incidentalmente osserva che l'originario rinvio alle norme corporative, oggi fonte esaurita, "può apparire indicativo di una tendenza legislativa a tener conto di altre fonti, che possono con forza vincolante emanare disposizioni in materia (di clausole contrattuali e di prezzi). Su una generale riferibilità dell'art. 1339 c.c. ai provvedimenti regolamentari e agli atti

una volta abrogata, sia stata sostituita da una diversa categoria di atti, quelli amministrativi, già esistente al tempo di entrata in vigore di quella norma, e quindi evidentemente esclusa dal richiamo in essa contenuto”²²⁷.

Altra dottrina, distinguendo tra provvedimenti regolamentari e atti amministrativi, ha proposto di estendere la funzione sostitutiva di cui all’art. 1339 c.c. a qualsiasi norma avente valore di legge in senso sostanziale, ritenendo connotate in tal modo le disposizioni contenute in un regolamento e negando la riferita funzione agli atti sostanzialmente amministrativi²²⁸.

La suddetta distinzione, considerata poco convincente, non è accolta dalla dottrina maggioritaria, la quale, invece, reputa necessario, ai fini dell’applicabilità del meccanismo di inserzione-sostituzione automatica di clausole a qualsiasi atto non legislativo, che a quest’ultimo faccia espresso rinvio una legge formale²²⁹, la quale non solo attribuisca alla fonte di grado inferiore il potere di statuire in materia, bensì allo stesso tempo fissi i criteri ed i limiti per il suo esercizio²³⁰.

amministrativi, in giurisprudenza, si veda Trib. Agrigento, 4 febbraio 1947, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Concess. amm.*, n. 10.

²²⁷ Tali obiezioni sono state sollevate da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 36.

²²⁸ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 125. Non esclude dall’ambito di applicabilità dell’art. 1339 c.c. il provvedimento amministrativo, ma richiede per esso ulteriori requisiti (delega da parte della legge e fissazione di criteri e limiti di massima), ritenuti non necessari invece per i regolamenti, in quanto contenenti norme aventi valore di legge in senso sostanziale, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 233. In giurisprudenza si veda, App. Venezia, 27 maggio 1949, in *Foro pad.*, 1949, I, pp. 641 e ss.

²²⁹ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 427, secondo cui il rinvio operato dalla legge formale può riguardare anche altri atti diversi dai provvedimenti degli organi amministrativi, laddove “il parametro concreto, cui deve adeguarsi il prezzo, può essere fissato da un negozio privato. Così avviene quando una norma vincolistica dettata in materia di locazioni urbane impone al contratto nuovo il canone già adottato nel contratto vecchio”.

²³⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 36 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 233; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p.

In particolare, seguendo un ragionamento estremamente lineare, si è sottolineato come la stessa espressione “imposti dalla legge”, oltre ad essere contenuta nell’art. 1339 c.c., possa rinvenirsi in tutta una serie di altre norme, non solo codicistiche ma anche costituzionali²³¹, e che una interpretazione della stessa che sia connotata in termini di coerenza, richieda un necessario raccordo ed una tendenziale consonanza fra i significati che alla medesima espressione vengono attribuiti con riguardo alle diverse disposizioni. Ora, l’interpretazione corrente che da tempo risalente si è data al riferimento alla “legge” con particolare riguardo ad alcune norme costituzionali (artt. 23 e 41 Cost.), “ha escluso che il rispetto delle condizioni da esse previste si abbia soltanto nei casi in cui l’imposizione personale o patrimoniale, o la limitazione dell’iniziativa economica privata, siano compiutamente definite nell’atto legislativo”, dovendosi, viceversa, ritenere tali condizioni soddisfatte in ogni caso in cui, attribuendo ad un organo amministrativo il relativo potere di provvedere, la legge predetermini i criteri direttivi necessari a circoscrivere l’attività della pubblica amministrazione, limitandone il carattere di assoluta discrezionalità²³². Tali affermazioni si ritiene, da parte della dottrina prevalente, debbano essere considerate valide anche per la disposizione di cui all’art. 1339 c.c., giungendosi

307; N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., pp. 1664 e ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1987, p. 582.

²³¹ Vengono, ad esempio, richiamati gli artt. 23 Cost., in materia di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali, e 41 Cost., in tema di limitazioni all’iniziativa economica privata, si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 36. La stessa espressione è, fra l’altro, contenuta anche nell’art. 1322 c.c., di estrema rilevanza per il discorso che in tale sede si sta portando avanti.

²³² S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 37, il quale evidentemente richiama Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, pp. 769 e ss., in cui, fra l’altro, si sottolinea come la suddetta predeterminazione di criteri direttivi possa ricavarsi da norme, valutate nel loro complesso, soprattutto secondo il principio informatore che le ha dettate, per cui basterebbe ad escludere l’illimitata discrezionalità autoritativa un provvedimento amministrativo che costituisca la risultante dei fini che tali norme ispirano.

alla conclusione, in tale sede condivisa, per cui, in presenza dei riferiti requisiti della attribuzione di potere da parte della legge e della indicazione ad opera della stessa di criteri direttivi e limiti, ben possa ammettersi che il contenuto del contratto trovi la propria fonte integrativa in un atto di rango secondario (quale un regolamento o un atto amministrativo)²³³.

Una delle più significative ipotesi di restrizione della libertà dei privati di determinare il contenuto del contratto derivante da provvedimento amministrativo è stata emblematicamente indicata negli atti di fissazione dei prezzi massimi per determinate categorie di beni da parte del CIP (Comitato interministeriale prezzi) in materia di “prezzi amministrati”, fondata sull’espressa attribuzione contenuta nell’art. 12 del d.l.c.p.s. n. 897/1947, secondo cui “i prezzi determinati a norma del presente decreto (...) sono di diritto inseriti nei contratti se più favorevoli ai consumatori o agli utenti”²³⁴.

L’orientamento dottrinale prevalente, accolto in tale sede, in tema di integrazione del contratto tramite inserzione automatica di clausole elaborate, sulla base di espressa delega legislativa, da fonti secondarie, ha ricevuto riscontri anche in giurisprudenza. In particolare, la Corte di Cassazione, in più di una occasione, ha sottolineato come l’esatta

²³³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 37, il quale sottolinea come lo stesso legislatore non potesse intendere “il riferimento alla legge come necessità di una continua e puntuale ripetizione di atti legislativi in materie che possono richiedere un rapido adattamento a condizioni transitorie o locali, e rispetto alle quali deve, quindi, mantenersi un sufficiente grado di elasticità”.

²³⁴ Altro caso di inserzione-sostituzione automatica ai sensi dell’art. 1339 c.c. riconducibile ad atti di rango non primario viene individuato, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, nella possibilità per il Consiglio comunale, in virtù dell’attribuzione di potere contenuta nell’art. 35 della l. n. 865/1971, di fissare con decreto i criteri per la determinazione dei prezzi di cessione degli alloggi in materia di edilizia convenzionata, si veda in merito Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, pp. 1237 e ss., con nota di M. COSTANZA; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. civ.*, 2010, 4, pp. 827 e ss.

portata del termine “legge” contenuto nell’art. 1339 c.c. debba essere intesa in senso ampio e non puramente formale, risultando indubbio, a tale stregua, che le stesse leggi formali possano attribuire ad altri atti, cosiddetti secondari, fra cui i provvedimenti di organi amministrativi, il potere di statuire in determinate materie, previa determinazione dei “criteri direttivi e dei limiti di massima” entro cui tale potere possa essere esercitato²³⁵; ne consegue, secondo la stessa Corte, che “gli atti amministrativi relativi, in quanto emanati in forza della predetta delega legislativa, da questa direttamente traggono un carattere di imperatività, sicchè debbono ritenersi compresi nella previsione dell’art. 1339 c.c.”²³⁶.

²³⁵ Tali le affermazioni di Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, cit., p. 1237; si veda nella stessa direzione Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, cit, pp. 827 e ss; in termini sostanzialmente analoghi, anche se non direttamente con riguardo all’art. 1339 c.c., bensì in riferimento alla riserva di legge di cui all’art. 41, 3° comma, Cost., Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., pp. 776-777. Commentando l’orientamento giurisprudenziale in esame M. COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell’autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1995, I, pp. 1238 e ss., nota a Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, ricollega l’ammissibilità di interventi conformativi del regolamento negoziale attuati con lo strumento della fonte secondaria alla realizzazione da parte degli stessi dello scopo per il quale la legge ha conferito il relativo potere.

²³⁶ Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, cit., p. 1238; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, cit., pp. 827 e ss. In controtendenza rispetto al riferito orientamento sembra porsi, invece, Cass., 30 luglio 2009, n. 17746, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 7-8, p. 1166, in cui, con particolare riferimento alle tariffe approvate con decreto prefettizio in materia di corrispettivo contrattuale per servizi di vigilanza ai sensi dell’art. 135 r.d. n. 773 del 1931, i giudici affermano che “l’inserzione automatica di clausole, prevista dall’art. 1339 c.c., costituisce una deroga incisiva al principio dell’autonomia privata e deve quindi trovare il suo fondamento in una legge formale – come testualmente previsto dalla norma – o in altro atto avente valore di legge in senso sostanziale o da esso richiamato tramite rinvio integrativo. Pertanto, con riferimento al contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di vigilanza da parte di un istituto privato, tale integrazione non può aver luogo in base al decreto con cui il prefetto approva la relativa tariffa ai sensi dell’art. 135 del r.d. n. 773 del 1931, trattandosi di un mero atto amministrativo, espressivo di un sindacato di congruità, avente natura di merito, del prezzo di una prestazione contrattuale. Né l’ingerenza con efficacia reale sulla tariffa proposta dall’istituto di vigilanza e liberamente accettata dal committente può trovare fondamento nella generale potestà del prefetto di impartire prescrizioni nell’interesse pubblico, in sede di rilascio di autorizzazioni di polizia ai sensi dell’art. 9 del r.d. n. 773/1931”; con riguardo a tale pronuncia quello che si può osservare è che la ritenuta non applicabilità dell’art. 1339 c.c. al decreto prefettizio emanato in attuazione dell’art. 135 del r.d. n. 773 del 1931 probabilmente può spiegarsi, anche nell’ottica in tale sede accolta, sulla base di una più attenta analisi di quest’ultima norma, la quale non

3.3. *(Segue) Soluzione circa l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. alle clausole disposte dalle amministrazioni indipendenti.*

Si ritiene sia giunto a questo punto il momento di prospettare una possibile soluzione circa la problematica che in queste pagine ci ha occupato, ovvero stabilire se le clausole elaborate dalle autorità indipendenti (nel nostro esempio dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) con proprio provvedimento, da ritenersi secondo l'indirizzo maggioritario di rango secondario, incidenti sul regolamento negoziale liberamente determinato dalle parti, possano concretamente operare sul contratto in termini di inserzione-sostituzione automatica in virtù della norma di cui all'art. 1339 c.c.

La conclusione, a cui fra breve si arriverà, trova necessariamente le proprie premesse nelle considerazioni svolte in precedenza tanto con riguardo al meccanismo di operatività della disposizione in esame (art. 1339 c.c.) e alla sua valenza normativa²³⁷, quanto in relazione alla compatibilità della fonte secondaria con l'effetto sostitutivo di clausole e all'interpretazione del termine "legge" nella medesima norma contenuto²³⁸.

Si può, dunque, affermare che la possibilità che abbia luogo un fenomeno integrativo del contenuto contrattuale ad opera di clausole contenute in provvedimenti autoritativi è subordinata alla ricorrenza di

contiene un'attribuzione alla fonte secondaria del potere di dettare clausole da inserire nel contenuto del contratto, bensì conferisce al prefetto il solo potere di approvare le tariffe presentate dall'istituto di vigilanza, configurando un intervento non incidente direttamente sul regolamento negoziale: ciò che potrebbe ritenersi mancante in tale ipotesi è proprio il rinvio integrativo ad opera della fonte primaria, laddove il relativo provvedimento prefettizio risulterebbe inidoneo a derogare al contenuto contrattuale, in quanto emesso nell'esercizio di un mero potere di controllo e di approvazione della singola tariffa presentata dall'istituto in sede di istanza di autorizzazione.

²³⁷ Ci si riferisce alle diverse considerazioni svolte sulla valenza e sulla concreta operatività dell'art. 1339 c.c. nel paragrafo 3.1 del presente capitolo.

diversi requisiti, fra i quali risulta di preminente rilevanza l'esistenza di una delega con cui il legislatore espressamente attribuisca all'autorità indipendente (fonte secondaria) il potere di disporre e di dettare clausole incidenti sul regolamento negoziale in una data materia²³⁹.

È a questo punto che occorre specificare alcune fondamentali precisazioni circa il tenore della suddetta delega di potere: in base alla compiuta analisi delle modalità operative dell'effetto sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c., non sarà necessario che l'attribuzione di potere ad opera della fonte primaria contenga l'espressa menzione della sostituzione delle disposizioni elaborate dalle autorità a quelle difformi convenzionalmente stabilite, né tanto meno che la suddetta delega statuisca la testuale nullità (parziale) delle clausole negoziali contrastanti con le clausole definite dalla fonte secondaria. Si è avuto modo di constatare, infatti, come in base al generale meccanismo di cui all'art. 1339 c.c., da una parte, la singola disposizione imperativa destinata all'inserimento nel contratto non debba necessariamente contenere l'espressa previsione dell'effetto sostitutivo rispetto alle clausole difformi, manifestandosi proprio in tali ipotesi l'effettiva valenza normativa (e non solo descrittiva) della disposizione codicistica in discorso, la quale permette il prodursi *in via generale* della sostituzione sul solo presupposto del contrasto fra clausola e norma imperativa²⁴⁰; dall'altra parte, poi, si è già compiutamente rilevato

²³⁸ Si ha riguardo alle riflessioni contenute nel paragrafo 3.2 del presente capitolo.

²³⁹ Sulla preordinata necessità dell'esistenza di una delega di potere A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 90 sottolinea che "mentre una legge può aprire uno spazio al regolamento anche in materie legificate, non può il regolamento aprirsi da solo tale spazio".

²⁴⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 34-35; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 231 e ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 125; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 175-176; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, cit.,

come, pur riconoscendo che l'effetto sostitutivo presupponga sempre una previa nullità parziale della clausola difforme dalla disposizione imperativa, tale nullità non necessita di espressa previsione da parte di quest'ultima, derivando la stessa dal semplice contrasto fra disposizione convenzionale e legale impositiva e potendo essere, pertanto, ricondotta alla generale categoria della nullità virtuale di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c., la quale senza alcun dubbio prescinde da previsioni testuali di invalidità, eventualmente rilevanti in termini di meri indici formali circa il carattere imperativo della norma violata²⁴¹.

Quello che con riguardo al tenore e ai connotati della delega di potere in esame deve, invece, ritenersi indispensabile, è la riconducibilità del carattere imperativo, di cui deve essere munita la disposizione prodotta dalla fonte delegata, alla stessa fonte primaria: in altri termini, l'imperatività della clausola destinata all'inserimento non dovrà essere valutata alla luce della stessa disposizione secondaria che la contiene, risultando in tal caso frutto di una mera autoattribuzione ad opera della fonte delegata, bensì alla luce delle norme legislative da cui il conferimento di potere deriva²⁴².

p. 50; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 437; S. PATTI, *sub. Art. 1339*, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, cit., pp. 248 e ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 239. In giurisprudenza si veda Cass., 21 dicembre 1994, n. 11032; Cass., 21 agosto 1997, n. 7822.

²⁴¹ Carattere imperativo che non è affatto escluso dall'assenza di specifiche previsioni di nullità per il caso di violazione della disposizione, derivando lo stesso da una complessa valutazione circa la natura e la tipologia degli interessi protetti, rispetto ai quali dovrà configurarsi una tutela indisponibile ad opera dei privati. Per ampi riferimenti sulla nullità virtuale si rimanda a A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985.

²⁴² È dalla stessa delega, dunque, che deve risultare il carattere imperativo delle disposizioni secondarie destinate all'inserimento nel contratto, sulla base di una valutazione circa gli interessi perseguiti e l'indisponibilità della relativa tutela da condursi avendo riguardo alle norme di fonte legislativa tramite le quali avviene il conferimento. Di atti amministrativi che, emanati in forza di delega legislativa, "da questa direttamente traggono un carattere di

Oltre all'esistenza di una delega con cui la fonte primaria attribuisca espressamente alle amministrazioni indipendenti il potere di disporre imperativamente in una determinata materia, ai fini dell'applicabilità del meccanismo integrativo di cui all'art. 1339 c.c. è richiesto, in virtù della riferita dottrina e giurisprudenza prevalente²⁴³, che con lo stesso conferimento vi sia la predeterminazione dei criteri direttivi che, circoscrivendo l'attività delle suddette amministrazioni, ne limitino la discrezionalità.

In merito si ritiene di poter affermare che tale ultimo requisito comporti una sorta di "funzionalizzazione" dell'esercizio della potestà delegata rispetto allo scopo per il quale lo stesso potere di disporre viene dal legislatore attribuito. I criteri direttivi entro i quali tale potere deve essere esercitato, volti a porre un limite alla discrezionalità della fonte secondaria, si ritiene, infatti, possano essere individuati nelle finalità che la norma primaria, con lo stesso conferimento, impone di perseguire; il vincolare l'attività delle autorità (e in generale della pubblica amministrazione) alla realizzazione di determinati fini si reputa elemento sufficiente ad escluderne una illimitata discrezionalità. La conseguente ammissibilità del riconoscimento di efficacia integrativa del regolamento negoziale a favore dei provvedimenti autoritativi risulta, dunque, subordinata ad un "sindacato nei fini", che

imperatività", dovendosi conseguentemente ritenere compresi nella previsione dell'art. 1339 c.c. parlano Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1238; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. civ.*, 2010, 4, pp. 827 e ss.

²⁴³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 36 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 233; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 307; N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., pp. 1664 e ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 582. In giurisprudenza Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, cit., p. 1237; nella stessa direzione Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, cit., pp. 827 e ss; in termini sostanzialmente analoghi, anche se non direttamente con riguardo all'art. 1339 c.c., bensì in riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost., Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., pp. 776-777.

permetta di controllare il rapporto di congruenza dei suddetti provvedimenti con il determinato assetto di interessi, posto dal legislatore a fondamento della delega²⁴⁴.

Tale impostazione trova il proprio riscontro in alcune pronunce giurisprudenziali datate²⁴⁵, nelle quali la rispondenza del provvedimento secondario agli scopi posti alla base del relativo conferimento di potere è ricollegata proprio al rispetto del requisito dei “criteri direttivi”, laddove la stessa predeterminazione di tali criteri ad opera della fonte primaria viene ricavata da una complessiva valutazione delle norme attributive “soprattutto secondo il principio informatore che le ha dettate”²⁴⁶.

Si vuole a questo punto sottolineare come la accolta prospettiva funzionalistica in tema di individuazione di limiti e criteri direttivi per l’esercizio dei poteri conformativi da parte delle fonti secondarie ben si adatti alle caratteristiche tipiche dell’attività svolta dalle autorità indipendenti: abbandonato l’archetipo del potere amministrativo

²⁴⁴ In tali termini, con riguardo all’adozione di una prospettiva funzionalistica e ad un conseguente sindacato nei fini per le ipotesi in cui il potere delle autorità consista nella concretizzazione di fattispecie di nullità virtuale tramite predisposizione di contenuti minimi necessari, si esprime G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 226 e ss.

²⁴⁵ Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, pp. 776 e ss., nella quale, richiamando il precedente rappresentato da Corte cost., 9 marzo 1967, n. 24, con riferimento alla riserva di legge di cui all’art. 41, 3° comma, Cost. si afferma che la predeterminazione da parte della fonte primaria di criteri direttivi volti a circoscrivere l’attività della pubblica amministrazione “può ricavarsi da norme, valutate nel loro complesso, soprattutto secondo il principio informatore che le ha dettate”.

²⁴⁶ Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., p. 776. In dottrina un accenno alla riferita prospettiva funzionalistica si ritrova in M. COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell’autonomia privata*, cit., p. 1239, la quale tende a ricollegare la ammissibilità della sostituzione automatica ex art. 1339 c.c. in materia di edilizia convenzionata nel caso di pattuizione di un prezzo difforme (superiore) rispetto a quello stabilito con decreto dal Consiglio comunale ai sensi dell’art. 35 l. n. 865/1971, alla realizzazione da parte dell’intervento di fonte secondaria dello scopo dalla legge perseguito (ovvero evitare operazioni speculative).

discrezionale²⁴⁷, la funzione regolativa dalle stesse esercitata, in quanto indirizzata alla composizione di una pluralità di interessi contrapposti ma equiordinati, si risolve nella maggior parte dei casi in determinazioni connotate dalla neutralità rispetto ai suddetti interessi, i quali vengono temperati sulla base di criteri stabiliti dalla legge spesso mediante clausole generali, volte ad individuare le finalità che l'intervento autoritativo dovrà perseguire²⁴⁸. L'autorità indipendente, dunque, non agisce esercitando un potere discrezionale, non sceglie tra i diversi interessi in gioco, bensì, in una posizione terza rispetto a questi, li "compone", seguendo e concretizzando i summenzionati criteri legislativamente determinati²⁴⁹.

Con ciò non si vuole affermare a priori la ammissibilità di interventi conformativi del contenuto contrattuale ad opera delle autorità indipendenti, si vuole, tuttavia, rilevare come dalla constatata natura secondaria dei provvedimenti dalle stesse adottati non possa ricavarsi definitivamente ed in modo generalizzato l'impossibilità da parte di tali provvedimenti di incidere sull'autonomia privata, alla luce del richiamo alla "legge" contenuto negli artt. 1322 e 1339 c.c. Tale incidenza ad opera della fonte autoritativa secondaria sarà, infatti, ammessa laddove

²⁴⁷ Si sottolinea, in dottrina, come la funzione regolativa non sia indirizzata al perseguimento di un "interesse pubblico primario" tramite la ponderazione di una pluralità di interessi pubblici e privati "secondari", bensì alla composizione, alla "sintesi paritaria ed equilibrata" di una pluralità di interessi collettivi e individuali, G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 130 e ss.

²⁴⁸ Nel settore dei servizi pubblici, ad esempio, spesso gli interventi autoritativi sono condizionati da obiettivi fissati dalla fonte primaria ed espressi in termini di "diffusione omogenea del servizio sul territorio nazionale", "fruibilità dei servizi", "orientamento ai costi dei prezzi e delle tariffe", "garanzia di condizioni di economicità e redditività", "adeguatezza dei livelli qualitativi", "tutela degli interessi di utenti e consumatori".

²⁴⁹ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 131-132.

nella specifica ipotesi ricorrano tutti i riferiti requisiti, che, proprio in virtù dell'attribuzione di potere da parte della fonte primaria e della definizione nella stessa dei criteri direttivi per il suo esercizio, permettono comunque di ricondurre l'intervento conformativo, limitativo della libertà negoziale, alla legge.

Si ritiene, a questo punto, di poter optare per la configurabilità di una efficacia integrativa ai sensi dell'art. 1339 c.c. della deliberazione n. 78/1999 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, che ha costituito l'esempio assunto come punto di avvio di questa parte della trattazione. Tale delibera, infatti, è stata adottata sulla base della espressa delega contenuta nella disposizione legislativa di cui all'art. 6, 1° comma, d.lgs. n. 79/1999, nella quale testualmente si demanda all'Autorità il potere di elaborare “clausole negoziali (...) indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico da inserire nei contratti con i clienti idonei”: sembra potersi rinvenire in tale norma di legge tanto il conferimento di una potestà di disporre imperativamente, quanto la definizione di un seppur ampio criterio direttivo contenuto nella clausola generale del “corretto funzionamento del sistema elettrico”²⁵⁰, rispetto al quale “rispondente nei fini” risulta essere la delibera autoritativa in esame²⁵¹.

²⁵⁰ Fra l'altro, oltre a tale finalità indicata nella singola norma contenente la delega, si potrebbero anche richiamare i diversi scopi ai quali viene in generale preordinata l'attività dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas nella legge istitutiva (l. n. 481/1995), quale la promozione della concorrenza e dell'efficienza del sistema, la fruibilità e la diffusione dei servizi, la garanzia di condizioni di economicità e di redditività per gli operatori, la tutela degli interessi di utenti e consumatori. Tuttavia, la possibilità di riferirsi non solo alla specifica disposizione delegante, bensì anche alla generale legge istitutiva dell'Autorità per l'individuazione dei criteri direttivi è posta in dubbio da G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 228-229.

²⁵¹ Le clausole negoziali imposte dalla delibera n. 78/99 in tema, fra l'altro, di riconoscimento alle parti della facoltà di recesso unilaterale salvo preavviso e di risoluzione di diritto per il caso venga meno in capo all'acquirente il diritto alla qualifica di cliente idoneo, possono

Si vuole, infine, sottolineare come gli interventi autoritativi incidenti sul regolamento negoziale, in quanto limitativi dell'autonomia privata, debbano fare i conti con la riserva di legge (relativa) prevista dall'art. 41, 3° comma, Cost.²⁵²; in merito, occorre evidenziare come la accolta interpretazione del termine "legge" di cui all'art. 1339 c.c. sia stata fondata sulla necessità di attribuire ad esso un significato coerente rispetto a tutte le disposizioni, costituzionali e non, contenenti lo stesso; ciò porta a ritenere valido l'orientamento già riferito con riguardo alle norme codicistiche esaminate anche per il richiamo alla legge contenuto nella disposizione costituzionale in materia di iniziativa economica privata. Ne consegue che "la riserva di legge di cui al citato articolo non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità"²⁵³. Tale impostazione permette, dunque, di considerare anche la riserva di legge costituzionale un ostacolo non insormontabile ai fini dell'ammissibilità di limitazioni all'autonomia negoziale

considerarsi in linea con un'attività conformativa volta a favorire un miglioramento nello stesso funzionamento del sistema.

²⁵² Quanto al requisito sostanziale dell'utilità sociale da porre alla base delle suddette limitazioni, si può osservare come lo stesso possa ritenersi senza problemi soddisfatto dagli interventi delle autorità, laddove queste ultime vedono la loro attività orientata nella maggior parte dei casi alla tutela della concorrenza e del mercato, oltre che al perseguimento della giustizia dei rapporti economici, ad esempio attraverso la protezione del c.d. contraente debole: finalità rispetto alle quali non è difficile rinvenire un fondamento costituzionale nello stesso art. 41, nel primo caso, e negli artt. 2 e 3, nel secondo, si veda in merito a tale fondamento A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 315 e ss.

²⁵³ Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, p. 776. In dottrina si veda, fra gli altri, M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 17; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 130-131.

derivanti dalla fonte autoritativa, sempre che risultino rispettate le esposte condizioni.

4. *Previsione di contenuti minimi determinati da parte delle autorità indipendenti in virtù di c.d. norme di nullità “in bianco”.*

Portato a termine il discorso in tema di previsione autoritativa di singole clausole da inserire obbligatoriamente nel contratto, occorre analizzare quella che già abbiamo delineato come l'altra fondamentale modalità di incidenza sull'autonomia privata in termini di conformazione del regolamento negoziale ad opera delle amministrazioni indipendenti, ovvero l'ipotesi in cui le stesse siano chiamate a predisporre contenuti minimi determinati del contratto²⁵⁴.

Lo stretto collegamento esistente tra i casi riconducibili a tale ambito e l'area tematica della nullità, con particolare riguardo alla categoria della c.d. nullità virtuale²⁵⁵, è posto bene in evidenza dal dato normativo, già precedentemente richiamato, rappresentato dall'art. 117, 8° comma, d.lgs. n. 385 del 1993 (T.u.b.), secondo cui “la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri

²⁵⁴ Per il già spiegato riferimento a questa seconda modalità si veda il paragrafo 1 del presente capitolo.

²⁵⁵ In generale sulla nullità virtuale si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985. Il suddetto collegamento secondo G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 218-219, evidenzia l'evolversi del ruolo della nullità “da regola di formazione del programma

qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli”²⁵⁶.

La particolarità della disposizione in questione²⁵⁷, e delle ipotesi ad essa analoghe, è quella di combinare al già peculiare metodo prescrittivo, che si fonda su una generica delineazione del precetto attraverso la tecnica del rinvio ad altra determinazione, il richiamo, anziché ad una fonte pariordinata, al provvedimento amministrativo dell'autorità indipendente; si configurano, in tal modo, norme primarie di “nullità in bianco”, il cui oggetto dovrà essere determinato *per relationem* da atti che, emanati nell'esercizio della potestà normativa dal legislatore attribuita alle amministrazioni indipendenti, si collocano secondo l'opinione prevalente nell'ambito della fonte secondaria.

a strumento di conformazione del contenuto regolamentare” in una prospettiva che, oltre che valutativa, vuole essere anche “modellatrice”.

²⁵⁶ Sul contenuto del potere da tale disposizione attribuito alla Banca d'Italia si è, in dottrina, discusso: secondo alcuni autori, infatti, lo stesso si sostanzierebbe in un potere di “tipizzazione” di nuove eventuali operazioni finanziarie emergenti nella prassi bancaria, si veda, in tal senso, V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impr. soc.*, 1994, pp. 171 e ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p. 481; altri autori, invece, contestando che si tratti di tipizzazione, configurano lo stesso come potere di “connotazione”, ovvero quale potere di prescrivere le caratteristiche che un titolo o un contratto deve possedere per “poter essere indicato con un determinato *nomen*”, per tale tesi si rimanda a G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 935 e ss. Ritiene che le due riferite interpretazioni non si escludano a vicenda né da un punto di vista logico né giuridico, vista la portata generale della norma, G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, Relazione al Convegno “Il contratto e le Autorità indipendenti”, Brescia 22-23 novembre 2002, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 262-263, il quale, dunque, rapporta il potere normativo delegato dall'art. 117, 8° comma, T.u.b. alla Banca d'Italia tanto alla tipizzazione in senso tecnico di nuovi titoli e contratti, quanto alla connotazione, intesa quale predisposizione del contenuto non solo economico, ma anche giuridico dei contratti legalmente tipici.

²⁵⁷ È necessario, tuttavia, constatare come in questi anni la Banca d'Italia abbia fatto un uso, se non totalmente nullo, sicuramente estremamente limitato dei poteri prescrittivi, di conformazione del contenuto negoziale, ad essa attribuiti dalla norma in esame; si ricorda esclusivamente, nell'ambito dell'attività di raccolta in titoli delle banche, la circolare n. 229 del 1999, nella quale per le obbligazioni, i certificati di deposito e i buoni fruttiferi vengono indicate caratteristiche tipiche minimali, di modo che il pubblico sia posto in grado di associare a tali forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali.

Risulta chiaro il reale profilo problematico della vicenda: si è di fronte ad un'incisione dell'autonomia privata ad opera delle autorità, che si estrinseca nella definizione, pur mediata dal rinvio legislativo, da parte di queste delle concrete cause di nullità del contratto tramite la predisposizione con propri provvedimenti regolamentari di contenuti minimi necessari del negozio, dalla cui inosservanza scaturisce l'invalidità. Una nullità contrattuale, dunque, derivante dalla violazione di norme imperative di fonte secondaria²⁵⁸.

È ammissibile una siffatta incidenza da parte delle amministrazioni indipendenti sull'autonomia privata? E più in particolare, è compatibile con il nostro sistema civilistico (oltre che costituzionale) una concretizzazione di nullità contrattuali ad opera di norme riconducibili al rango secondario²⁵⁹?

4.1. (Segue) *Le nullità di fonte secondaria: ammissibilità e limiti.*

In merito alla problematica della configurabilità di nullità negoziali concretizzate da una fonte secondaria, su posizioni totalmente negative

²⁵⁸ Di nullità di fonte secondaria si sono occupati con esiti diversi, fra gli altri, A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., p. 143; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1991, p. 234; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 105 e ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, fasc. 3, pp. 524 e ss.; M. ORLANDI, *Autorità privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 284-285; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 224 e ss.

²⁵⁹ Risulta evidente come l'esposta problematica venga superata a monte da parte di quelle dottrine che, evidenziando le difficoltà di riconduzione della regolamentazione autoritativa nell'ambito delle fonti secondarie per le caratteristiche proprie della stessa, ritengono che gli atti normativi delle amministrazioni indipendenti debbano essere qualificati quali atti aventi forza e valore pari a quello della legge, per più approfonditi riferimenti su tali teorie si vedano i paragrafi 4, 5 e 6 del capitolo secondo della presente trattazione.

si pone quella dottrina che evidenzia come l'invalidità di un contratto, protetto dalla disposizione attributiva dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., debba necessariamente scaturire da una norma eteronoma di pari rango, resistendo la stessa sfera dell'autonomia negoziale ad una eventuale norma sottrattiva di grado subordinato, in presenza della quale il contratto rimerebbe comunque valido²⁶⁰.

La stessa dottrina sottolinea come a nulla servirebbe una delega di potere da parte della fonte primaria che investa la stessa decisione della nullità del negozio, in quanto, pur in presenza di una siffatta delega, comunque l'invalidità deriverebbe direttamente da una norma di rango inferiore, inidonea a derogare l'art. 1322 c.c. L'intera questione viene, dunque, rapportata a un problema di conflitto tra norme di rango diverso, con riguardo al quale si ritiene in ogni caso prevalere la norma superiore a prescindere dal potere delegato all'organo di rango inferiore²⁶¹.

In virtù di tali premesse, l'opinione in esame conclude affermando che l'art. 117, 8° comma, T.u.b., non prevedendo alcuna attuale fattispecie di nullità, intesa come giudizio di difformità da un modello tipico²⁶², tale da limitare la sfera di autonomia dei contraenti e sottrarre ad essi potere negoziale, verrebbe a demandare la reale prescrizione invalidante ad una fonte inferiore (Banca d'Italia), strutturalmente

²⁶⁰ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 284 e ss.

²⁶¹ La riferita dottrina ritiene che un rinvio "in bianco" ad una fonte di rango inferiore sarebbe inconciliabile con l'ordine gerarchico e con il principio di inderogabilità di una norma di rango superiore, il quale comporterebbe che "soltanto la fattispecie o l'effetto, stabiliti secondo un metodo di produzione equivalente, prevalgono su quelli già stabiliti da altra fonte omogenea; mentre la fattispecie o l'effetto, stabiliti con un metodo diverso (di <<rango inferiore>>), rimangono irrilevanti e non derogano alla norma superiore", M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 285, spec. nota 21.

²⁶² Si evidenzia come l'interprete non sarebbe in grado di stabilire la nullità del contratto di intermediazione finanziaria confrontandolo esclusivamente con il modello risultante dall'art.

incapace di imporsi sulla norma ordinaria e, dunque, priva di capacità derogatoria²⁶³.

Il tentativo di non rassegnarsi ad una totale negazione dell'operatività di norme rapportabili al modello di cui all'art. 117, 8° comma T.u.b. e di individuarne, viceversa, un fondamento nel nostro sistema civilistico è stato portato avanti, da altra dottrina, attraverso una più approfondita valutazione della norma di cui all'art. 1418, 1° comma, c.c., con particolare riguardo alla delimitazione della esatta portata del richiamo che in tale disposizione viene operato alle "norme imperative"²⁶⁴; fondamentale risulta, infatti, ai fini della nostra indagine, verificare se tale rinvio debba intendersi riferito alle sole norme imperative "primarie" ovvero se sia possibile rapportarlo, ed entro quali limiti, a norme di rango diverso.

Rispetto a posizioni più estreme, volte a negare in assoluto la riferibilità dell'art. 1418, 1° comma, c.c. a norme imperative secondarie o, viceversa, ad ammetterla in modo generalizzato²⁶⁵, prevalenti devono ritenersi quelle tesi che, in maniera più ponderata, tendono a

117, 8° comma, T.u.b., in quanto tale norma "omette di indicare i requisiti di validità del contratto", M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., p. 284.

²⁶³ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., pp. 284-285.

²⁶⁴ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 93 e ss.; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 224 e ss.

²⁶⁵ Sostiene che l'imperatività ex art. 1418, 1° comma, c.c. possa essere sancita solo da norme di carattere primario e non da disposizioni di rango inferiore, inidonee a tale scopo F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, cit., p. 234. Afferma, viceversa, che una nullità può dipendere anche dalla violazione di una norma imperativa secondaria, risultando dallo stesso tenore dell'art. 1418, 1° comma che la norma imperativa incidente sull'autonomia privata non debba essere necessariamente una norma di legge, E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., pp. 524 e ss., il quale, tuttavia, giunge a richiedere che la norma secondaria attinga in una legge il proprio fondamento attributivo in virtù della riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost. che impone l'indicazione legislativa dei criteri e delle finalità a cui la normazione secondaria deve attenersi.

considerare configurabili nullità da fonte secondaria, purchè e solo laddove ricorrano determinate condizioni. In particolare, con evidente richiamo alla soluzione ed alle argomentazioni fornite per la analoga problematica della sostituzione di clausole autoritativamente determinate²⁶⁶, si è sostenuto che dalla difformità di un negozio rispetto ad un atto di fonte secondaria possa discendere la invalidità dello stesso, nel caso in cui vi sia una norma di legge che attribuisca alla pubblica amministrazione il potere di incidere imperativamente sul contenuto del contratto, contenendo in tal caso la legge stessa, almeno implicitamente, la disposizione cogente per la quale i privati devono attenersi a quanto disposto dalla fonte secondaria nell'esercizio del potere alla stessa attribuito²⁶⁷; la nullità per contrasto con una norma di rango secondario, dunque, sarebbe condizionata all'esistenza di una previsione legislativa attributiva del relativo potere, che rappresenti il titolo e la legittimazione della disposizione di grado inferiore²⁶⁸. Si ritorna nuovamente ad affermare la necessità di una delega espressa con cui il legislatore conferisca a fonti, che da sole considerate non avrebbero il potere di incidere sull'autonomia privata, la possibilità di regolamentare, limitandola, l'attività negoziale²⁶⁹.

²⁶⁶ L'analogia, se non l'identità, della problematica risulta evidente dalla considerazione che tanto l'art. 1339 c.c. quanto l'art. 1418, 1° comma si pongono quali interventi incidenti sull'autonomia negoziale dei privati, soprattutto intesa come potere di determinazione del contenuto contrattuale, attraverso lo strumento della norma imperativa che, se violata, comporta in un caso la sostituzione della clausola legale a quella convenzionale difforme (secondo alcuni previa nullità parziale di quest'ultima) e nell'altro la nullità integrale del contratto.

²⁶⁷ In tali termini, A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, cit., p. 143, il quale ne fa conseguire che il negozio, difforme dall'atto amministrativo, in ultima analisi violerebbe la stessa disposizione di legge attributiva del potere, rientrando in tal modo perfettamente nella previsione dell'art. 1418, 1° comma del codice civile.

²⁶⁸ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 224.

²⁶⁹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 111 e ss.

Il nostro percorso argomentativo risulta, a questo punto, segnato dalla esigenza di indagare i requisiti richiesti affinché tale delega e il successivo esercizio di potere ad opera della fonte secondaria possano considerarsi legittimi, laddove non vi è alcun dubbio circa la necessità che la medesima legge attributiva assegni contestualmente dei limiti entro cui l'attività amministrativa possa svolgere il proprio intervento, limiti, anche in questo caso, volti a contenere la discrezionalità di quest'ultima²⁷⁰. Si tratta, in altri termini, di delineare i confini del potere della fonte secondaria di concretizzazione delle cause della nullità negoziale, legislativamente sancita in forma generica, verificando la legittimità di una delega costituita, come nell'esempio di cui all'art. 117, 8° comma, T.u.b., da una norma di legge contenente una generica previsione di nullità del contratto per cause determinate *per relationem* da una fonte di rango inferiore²⁷¹.

²⁷⁰ Evidenzia come, a questo punto, il problema diventi quello di mantenere una stretta corrispondenza fra l'ambito ed i limiti fissati dalla legge, che attribuisce la potestà di specificazione, e gli atti normativi in concreto adottati nell'esercizio di tale potestà, ai fini della stessa legittimità di questi ultimi, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 111-114. Sulla necessità di circoscrivere nei fini e nelle modalità il potere normativo attribuito alla fonte secondaria, G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 226.

²⁷¹ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 224 e ss., il quale sottolinea come il problema si ponga in termini analoghi ad altre ipotesi, in cui pure si è ammessa una limitazione dell'autonomia negoziale privata ad opera di atti di rango secondario, richiamandosi a tal fine sia la ammessa incidenza sul contenuto contrattuale *ex art. 1339 c.c.* di atti normativi di rango secondario, quali i c.d. provvedimenti-prezzi, che, dando esecuzione alla legge, concretizzano disposizioni dettate solo genericamente, sia quell'orientamento giurisprudenziale che costantemente in passato ha ritenuto nulle le convenzioni private volte a derogare alle disposizioni di rango secondario contenute nei piani regolatori in materia di distanze (si richiama in merito Cass., 9 febbraio 1975, n. 634, in *Riv. giur. ed.*, 1975, I, p. 384; Cass., 24 novembre 1980, n. 6233, in *Giust. civ. Mass.*, 1980), nonché il conforme orientamento dottrinale che, in maniera ancora più ampia, è arrivata ad affermare l'invalidità per contrasto con la normativa urbanistica di ogni tipo di convenzione privata in materia, anche se non attinente alle distanze (riferendosi all'opinione di A. GAMBARO, *In tema di deroghe convenzionali alla disciplina urbanistica*, in *Giur. it.*, 1977, IV, p. 81). Gli stessi riferimenti si rinvencono in G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 110-111.

Nella individuazione dei criteri che permettano di orientare e al tempo stesso circoscrivere la potestà conferita dalla delega legislativa alle autorità indipendenti in merito alla specificazione delle fattispecie di nullità negoziale, limitandone la discrezionalità e, conseguentemente, determinando la legittimità del loro intervento, si ritiene di aderire a quella particolare dottrina, che, elaborando un'ipotesi di soluzione fondata su una prospettiva sostanzialmente funzionalistica della nullità²⁷², ci permette di ricondurre ad unità l'intero discorso in tema di incidenza dei poteri normativi delle amministrazioni indipendenti sul contratto, ricollegandosi a pieno con la medesima prospettiva funzionalistica già adottata con riguardo al rapporto tra l'art. 1339 c.c. e la fonte secondaria²⁷³.

Si afferma, in merito, che l'accoglimento del concetto-chiave della nullità-funzione²⁷⁴, ovvero di un punto di vista che, tramite la funzionalizzazione della invalidità, assegni al discorso ermeneutico "il canone privilegiato della considerazione dell'interesse protetto", fornisca il criterio regolativo dello stesso potere (di concretizzazione delle cause di nullità del contratto) attribuito alle autorità: tale potere risulterà legittimamente esercitato, in quanto contenuto entro i limiti dettati dalla previsione legislativa, con conseguente operatività, nel

²⁷² Ci si riferisce alla tesi elaborata da G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 226 e ss.

²⁷³ Per il riferimento alla prospettiva funzionalistica in tema di individuazione di limiti e criteri entro cui la fonte secondaria è ammessa a dettare clausole da inserire obbligatoriamente nel contratto *ex art. 1339 c.c.*, si vedano i paragrafi 3.2 e 3.3 del presente capitolo.

²⁷⁴ In merito alla formula della nullità-funzione la dottrina in discorso sottolinea come, pur riscoperta in tempi recenti, la stessa risultasse già presente al legislatore del '42, il quale, abbandonando parzialmente l'equazione <<nullità = imperfezione strutturale>>, proprio attraverso la norma di chiusura dell'art. 1418, 1° comma, c.c. assegnò "rilievo decisivo alla ricognizione degli interessi, e dunque a una prospettiva sostanzialmente funzionalistica", G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 227.

caso di violazione del provvedimento di fonte secondaria che ne deriva, dell'art. 1418, 1° comma, c.c., laddove, a seguito di un “sindacato nei fini” dell'atto autoritativo, si accerti il “rapporto di congruenza e corrispondenza” di quest'ultimo con il determinato assetto di interessi posto dal legislatore a fondamento della delega²⁷⁵.

L'ammissibilità di norme primarie di nullità in bianco e dei conseguenti provvedimenti di specificazione (di rango secondario) emessi dalle autorità, dunque, potrà riconoscersi solo in presenza delle condizioni e dei limiti richiamati (delega espressa, attribuzione alla fonte secondaria del potere di disporre imperativamente, rispondenza tra la funzione dell'atto autoritativo e gli interessi posti alla base della delega di potere), laddove estrema importanza pratica è rivestita dal dubbio circa la necessità che l'interesse protetto sia precisato nella singola norma contenente la delega o, viceversa, la possibilità di ritenere, in merito, sufficiente la più generale assegnazione di funzioni prevista nelle leggi istitutive delle autorità. È evidente che, laddove si ritenesse di accogliere la prima, più rigida, impostazione, l'ipotesi di cui all'art. 117, 8° comma, T.u.b. risulterebbe non rispondente alle condizioni fin qui delineate, non prevedendo la stessa disposizione alcuna specifica indicazione di fini²⁷⁶.

Si rileva come la stessa prospettiva funzionalistica adottata ai fini della verifica della compatibilità di norme di invalidità in bianco con il

²⁷⁵ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 227-228.

²⁷⁶ Viceversa la possibilità di individuare i suddetti fini, riferendosi al complesso delle norme in materia, porterebbe ad una diversa conclusione, evidenziandosi come già dal coordinamento sistematico fra l'art. 117 e l'art. 127, T.u.b. risulterebbe “quanto meno il destinatario naturale della tutela”, ovvero il cliente, per il quale è prevista la derogabilità solo in senso più favorevole, nonché una legittimazione esclusiva, in tali termini G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 229.

sistema civilistico, possa costituire il criterio di valutazione della rispondenza delle stesse norme rispetto al requisito formale della riserva di legge richiesto, insieme a quello sostanziale dell'utilità sociale²⁷⁷, dall'art. 41 Cost. e dalle altre norme costituzionali nelle quali è possibile rinvenire una tutela indiretta dell'autonomia negoziale privata. Come per gli interventi sostitutivi *ex art.* 1339 c.c. ad opera della fonte secondaria, così anche per gli interventi conformativo-invalidanti da parte della stessa, rappresentando entrambe le ipotesi delle forme di limitazione della libertà dei privati di regolamentare i propri interessi, sarà necessario, ai fini della loro legittimità costituzionale, che venga rispettata la menzionata riserva di legge relativa, in virtù della quale la norma di rango inferiore dovrà attingere il proprio fondamento attributivo in una previsione legislativa, che indichi criteri e finalità a cui la normazione secondaria dovrà attenersi²⁷⁸. Il rispetto di tali criteri e la conseguente limitazione della discrezionalità della pubblica amministrazione si ritiene, seguendo un'impostazione unificante, possano essere valutati alla luce della medesima prospettiva funzionalistica, che impone alla fonte secondaria

²⁷⁷ Quanto al requisito sostanziale dell'utilità sociale, si può osservare come lo stesso possa ritenersi generalmente e tendenzialmente soddisfatto dagli interventi delle autorità, laddove queste ultime vedono la loro attività orientata nella maggior parte dei casi alla tutela di valori, quali la giustizia dei rapporti economici, spesso attraverso la protezione del c.d. contraente debole o ancora la concorrenza e il mercato, rispetto ai quali non è difficile rinvenire un fondamento costituzionale negli artt. 2 e 3 in un caso e nello stesso art. 41 nell'altro, su tale fondamento si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 315 e ss.

²⁷⁸ Sulla portata della riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma Cost. cfr. Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, p. 776. In dottrina si veda, fra gli altri, M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 17; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 130-131; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 110 e ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., p. 525.

la rispondenza agli interessi e agli scopi che hanno costituito la ragione stessa del conferimento del potere.

4.2. *(Segue) Attribuzioni alle autorità del potere di definire contenuti contrattuali prive di espresse previsioni di nullità per il caso di loro violazione ed eventuali statuizioni di invalidità direttamente previste dalla fonte secondaria.*

In virtù del percorso argomentativo sviluppato nelle pagine che precedono si può, dunque, affermare di essere giunti alla conclusione per cui non è possibile escludere a priori l'ammissibilità di provvedimenti autoritativi di fonte secondaria che, intervenendo in senso conformativo sul contratto tramite l'imposizione di contenuti minimi determinati, diano luogo a fattispecie di invalidità negoziali derivanti dalla violazione dei medesimi provvedimenti²⁷⁹. Viceversa, la compatibilità con il nostro sistema civilistico di ipotesi di nullità *ex art.* 1418, 1° comma, c.c. ricollegabili al mancato rispetto di norme imperative di rango secondario, può essere rilevata, laddove si accerti la ricorrenza di alcuni precisi requisiti²⁸⁰: l'esistenza di una previsione

²⁷⁹ Si interroga circa le conseguenze post-invalidazione nel caso di mancato rispetto del contenuto minimo necessario ed, in particolare, circa l'ammissibilità in queste ipotesi di tecniche di sostituzione del regolamento contrattuale G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 231, il quale, tuttavia, sembrerebbe optare per la negazione di un eventuale effetto sostitutivo sulla base di due rilievi: la tradizionale operatività del meccanismo sostitutivo in relazione a "parti" o "clausole" di un contratto, laddove, nel caso di potere di conformazione di un contenuto negoziale necessario, si giungerebbe, per l'ipotesi di difformità, ad una sostituzione potenzialmente totale; il dubbio circa la configurabilità di una sostituzione quando il materiale normativo a tal fine utilizzabile "non detti una disciplina del rapporto in termini fissi, ma si limiti ad apprestare una tutela minima".

²⁸⁰ Si tratta degli stessi requisiti richiesti anche ai fini dell'operatività del meccanismo di inserzione-sostituzione automatica ai sensi dell'art. 1339 c.c. nel caso di clausole imposte

legislativa che deleghi alla fonte secondaria (nel nostro caso all'amministrazione indipendente) il potere di incidere sull'autonomia contrattuale dei privati, disponendo contenuti minimi necessari per il regolamento negoziale; la necessità che il carattere imperativo delle disposizioni secondarie delegate non sia frutto di un autoconferimento da parte delle stesse, bensì sia ricavabile dalla medesima attribuzione ad opera della fonte primaria (nel caso dell'art. 117, 8° comma, T.u.b., ad esempio, il carattere cogente dell'eventuale atto di grado inferiore deriverebbe senza dubbi dalla disposizione primaria, contenendo quest'ultima quell'espressa statuizione di nullità per il caso di violazione, che rappresenta uno degli indici formali circa il carattere imperativo di una norma)²⁸¹; il rispetto da parte della fonte subordinata, nell'esercizio della potestà ad essa delegata, dei limiti e dei criteri predeterminati dalla disposizione di rango primario, i quali, come già illustrato, si ritiene debbano essere rapportati ad una c.d. funzionalizzazione dell'atto normativo secondario rispetto allo scopo per il quale la fonte legislativa ha attribuito lo stesso potere di disporre.

imperativamente da una fonte secondaria (rispetto ai quali si vedano i paragrafi 3.2 e 3.3 del presente capitolo); la comunanza di soluzioni con riguardo a queste due disposizioni si spiega con la considerazione che tanto l'art. 1418, 1° comma, c.c. quanto l'art. 1339 c.c. rappresentano ipotesi di limitazione dell'autonomia negoziale privata fondate sul contrasto fra il regolamento contrattuale o una clausola di esso ed una norma imperativa, a cui consegue in un caso l'invalidazione dell'intero negozio, nell'altro la sostituzione della singola clausola (previa, secondo alcuni, nullità della stessa) con quella diversa prevista dalla disposizione imperativa.

²⁸¹ Carattere imperativo che, tuttavia, non è affatto escluso dall'assenza di specifiche previsioni di nullità per il caso di violazione della disposizione, derivando lo stesso da una complessa valutazione circa il tipo di tutela, la natura e il carattere degli interessi protetti dalla norma (su tale valutazione si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 320; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 173-174). È dalla stessa delega, dunque, che dovrà risultare il carattere imperativo delle disposizioni secondarie sulla base di una siffatta valutazione circa gli interessi perseguiti e la relativa tutela, da condursi avendo riguardo alle norme di fonte legislativa tramite le quali avviene il conferimento.

Si è, a questo punto, profilato in dottrina un ulteriore quesito; ammessa, infatti, in presenza dei suddetti requisiti, la nullità, testualmente sancita dalla fonte primaria (come nel caso dell'art. 117, 8° comma, T.u.b.), dei contratti difformi rispetto a contenuti minimi necessari stabiliti, in virtù di delega, dall'atto normativo delle autorità, ci si è interrogati sulla possibilità di riferire la medesima soluzione all'ipotesi in cui la legge, senza prevedere espressamente la sanzione invalidante, si limiti a conferire alla fonte secondaria il potere di imporre i suddetti contenuti minimi, delineandosi, in tal caso, fra l'altro, due diverse evenienze: che anche la norma secondaria, nel dettare il regolamento minimo contrattuale, non disponga alcuna sanzione, ovvero che, viceversa, la medesima norma secondaria accompagni all'individuazione di tale regolamento un'espressa comminatoria di nullità; con particolare riguardo a quest'ultima eventualità, quali effetti possono essere riconosciuti alla testuale previsione di invalidità contenuta nell'atto delegato di rango secondario ed assente, invece, nella fonte primaria attributiva²⁸²?

²⁸² Tali interrogativi vengono delineati, ma allo stesso tempo lasciati aperti da G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 230. In termini negativi, invece, si esprime E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., p. 522, il quale afferma che se l'autorità può predeterminare il contenuto di determinati contratti, non può, invece, stabilire quali risultati finali siano sanzionati dalla nullità, in quanto in tal caso la nullità negoziale deriverebbe direttamente dall'atto amministrativo normativo. Ancora, di illegittimità delle statuizioni generali di nullità disposte direttamente dai regolamenti amministrativi parla G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 111 e ss., spec. nella nota 101, il quale individua come ipotesi rientrante in tale ambito quella di cui all'art. 12 del regolamento emanato dalla Consob con delibera n. 1739 del 1985 in tema di sollecitazioni del pubblico risparmio a mezzo di collocazione di titoli "porta a porta"; con il suddetto regolamento, infatti, l'Autorità, sulla base della delega legislativa contenuta nell'art. 18, 2° comma della l. n. 216/1974, con cui la stessa veniva incaricata di specificare il contenuto del prospetto informativo, senza che tuttavia fosse prevista alcuna espressa nullità per il caso di assenza o irregolarità di esso, dopo aver specificato tale contenuto e imposto (in aggiunta) la inscindibilità del prospetto dal modulo contrattuale sottoscritto dall'investitore, faceva espressamente conseguire al mancato rispetto delle proprie disposizioni la nullità del contratto.

In merito occorre tenere ben distinti due profili della fattispecie così delineata: un conto è chiedersi quale valenza possa essere di per sé riconosciuta ad una testuale previsione di nullità negoziale contenuta nell'atto amministrativo, altra questione attiene, invece, all'efficacia da attribuire ad una norma di legge, che, pur conferendo alla fonte subordinata il potere di disporre imperativamente, non statuisca espressamente la sanzione invalidante per il caso di violazione dei contenuti autoritativamente imposti. Il negare, infatti, come si ritiene debba essere, qualsiasi effetto direttamente collegato alla affermazione di nullità ad opera della fonte secondaria, non comporta che, da altra parte, non possa riconoscersi che lo stesso effetto scaturisca dalla semplice attribuzione di potere contenuta nella delega legislativa, laddove tale attribuzione, pur priva del testuale riferimento alla nullità, sia connotata da tutti i requisiti, precedentemente esposti, richiesti al fine di ammettere l'operatività dell'art. 1418, 1° comma, c.c. per il caso di contrarietà a norma imperativa "secondaria".

Per comprendere meglio quanto si intende in tal modo sostenere, occorre nuovamente soffermarsi sulle caratteristiche essenziali della nullità virtuale, soprattutto per ciò che attiene allo stesso presupposto del suo verificarsi. Il disposto di cui al 1° comma dell'art. 1418, infatti, chiaramente ammette che la violazione di norme imperative possa dar luogo a nullità della pattuizione privata indipendentemente da una specifica comminatoria testuale, laddove, dunque, essenziale ai fini dell'accertamento del ricorrere di tale forma di invalidità risulta essere

Con riferimento a tali norme regolamentari si è, da più parti in dottrina, configurato un eccesso di potere normativo ad opera della fonte secondaria, si veda G. MINERVINI, *La CONSOB*, Napoli, 1989, p. 142; M. CERA, *La CONSOB*, Milano, 1986, p. 328; G. VISENTINI, *I valori mobiliari*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 724; R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul <<neoformalismo>> negoziale)*, in *Banca e borsa*, 1990, I, p. 803.

la verifica del carattere cogente della norma violata²⁸³. Il giudizio sulla natura imperativa di tale norma comporta una complessa valutazione del profilo funzionale del precetto, incentrata fundamentalmente sul tipo di tutela, sulla rilevanza e sul carattere degli interessi sottesi alla stessa prescrizione normativa²⁸⁴; rispetto a tale valutazione l'eventuale espressa comminatoria di nullità contenuta nella disposizione rappresenta un indice meramente formale che, se, da un lato, permette di affermare con certezza l'inderogabilità della stessa disposizione, dall'altro, non può in alcun modo comportare che ogni norma priva della specifica statuizione della sanzione invalidante sia considerata, per ciò solo, necessariamente "non imperativa"²⁸⁵.

Adattando i riferiti connotati, propri della nullità virtuale, all'ipotesi di contenuti contrattuali imperativamente imposti da una fonte secondaria, abbiamo già avuto modo di affermare come, affinché dalla violazione di questi ultimi possa scaturire l'invalidità della pattuizione privata *ex art. 1418, 1° comma, c.c.*, sia necessario che il potere di disporre esercitato da tale fonte sia stato alla stessa attribuito da una

²⁸³ G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., pp. 453 e ss. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pp. 121 e ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 96 e ss.

²⁸⁴ E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 174, riconduce tale giudizio ad una valutazione dei valori e degli interessi che con la norma si vogliono tutelare e che si ritiene debbano essere riconducibili alle direttive dell'ordine pubblico. Altri sottolineano come l'individuazione della norma imperativa richieda un'indagine sul tipo di tutela prevista dalla legge, la quale deve essere connotata dal carattere dell'indisponibilità, ritenuto l'elemento comune a tutte le norme imperative, desumibile dalla disciplina prevista dalla stessa norma violata, si veda A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., pp. 320 e ss., il quale rileva come una tutela indisponibile possa essere attuata anche attraverso la previsione di conseguenze diverse ed incompatibili con la nullità, che comunque risultino sottratte al potere di disposizione dei contraenti, come lo stesso art. 1418, 1° comma prefigura: la specifica norma imperativa violata, dunque, potrà anche disporre una tutela diversa rispetto a quella generale della nullità di cui all'art. 1418, mediante la previsione di altri rimedi e sanzioni, i quali realizzino comunque una protezione indisponibile dell'interesse leso.

²⁸⁵ Fra gli altri, si veda E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 173-174; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 320.

norma di legge (alla quale in ultima analisi ricondurre la nullità) e che proprio da questa norma di legge possa ricavarsi il carattere imperativo delle disposizioni di grado inferiore. Ciò significa che il menzionato giudizio circa la natura imperativa delle disposizioni secondarie dovrà essere condotto non avendo riguardo alle stesse, bensì con riferimento alle norme legislative contenenti la delega. Ne deriva chiaramente che, da un lato, l'espressa previsione di nullità disposta dalla fonte secondaria dovrà considerarsi irrilevante ai fini dell'accertamento del carattere imperativo delle norme dalla stessa dettate e della conseguente produzione dell'effetto invalidante, laddove, dall'altra parte, un siffatto effetto potrà verificarsi non solo nell'ipotesi in cui la legge delegante contenga la testuale statuizione di nullità per il caso di violazione dei contenuti autoritativamente dettati, ma anche se, pur mancando tale indice esteriore, dalle norme primarie attributive sia comunque possibile far derivare il carattere imperativo delle disposizioni delegate di rango secondario in virtù di una valutazione compiuta sulle norme primarie stesse (ferma restando naturalmente la necessità che ricorra anche l'ulteriore requisito della c.d. funzionalizzazione della nullità)²⁸⁶.

Si ritiene, conclusivamente, di poter affermare che nell'ipotesi di conferimento ad opera della legge del potere di dettare contenuti minimi determinati a favore di una fonte secondaria, senza che vi sia

²⁸⁶ La riferita soluzione parrebbe porsi in linea, scongiurandone i timori, con quanto espresso da G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 113, spec. nota 101, il quale, collegando la ritenuta illegittimità di statuizioni generali di nullità disposte direttamente da regolamenti amministrativi alla necessità di non esautorare il giudice dal potere di valutare i riflessi della violazione del divieto sulla validità del contratto, afferma che "non si vuole negare che, in termini generali, l'autorità amministrativa, a ciò delegata dalla legge, possa specificare il contenuto di precetti imperativi, destinati a ricadere sull'autonomia privata; quello che si contesta è che sia l'autorità amministrativa a poter dedurre la conseguenza della nullità dalla violazione di precetti da essa posti (...) sembra perciò più conforme al sistema ritenere che sia il giudice ad avere il potere di giudicare su tale fattispecie e di valutare la sorte delle aspettative legate al negozio contrastante con la norma imperativa".

l'espressa indicazione della nullità quale sanzione per il caso di contrasto del contratto con tali contenuti, non possa di per sé escludersi il verificarsi dell'effetto invalidante, laddove nella norma delegante si rinvenivano comunque elementi che permettano di attribuire carattere imperativo alle disposizioni secondarie delegate, fondandosi la nullità *ex art. 1418, 1° comma, c.c.* esclusivamente sul contrasto fra pattuizione privata e norma cogente. Questo è l'elemento che l'interprete sarà chiamato ad accertare, insieme all'ulteriore requisito del rispetto dei criteri limitativi dell'attività amministrativa posti dalla delega ed in tale sede intesi sulla base di una prospettiva funzionalistica, senza che lo stesso interprete in questa sua valutazione possa ritenersi in alcun modo condizionato o limitato dalla testuale statuizione di nullità eventualmente contenuta nella fonte secondaria, dalla quale deriverebbe una mera "autoattribuzione" di carattere imperativo, di per sé improduttiva di effetti.

5. Riconduzione dell'efficacia integrativa del contratto ad opera dei provvedimenti autoritativi al meccanismo delle clausole d'uso ex art. 1340 c.c. Profili critici.

Si vuole, a questo punto, riportare quella dottrina che, ricorrendo ad un percorso argomentativo del tutto peculiare e sicuramente diverso rispetto a quello che si è ritenuto di adottare in tale sede, giunge a giustificare l'efficacia integrativo-modificativa spiegata nei confronti del contratto dai provvedimenti con cui le autorità indipendenti

definiscono condizioni negoziali, attraverso il richiamo allo strumento delle clausole d'uso di cui all'art. 1340 c.c.²⁸⁷.

L'orientamento in esame²⁸⁸, riferendosi in particolare al settore dei servizi di pubblica utilità, ha posto l'accento sulle modalità procedurali con cui le amministrazioni indipendenti (e nello specifico l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) giungono alla formazione dei loro provvedimenti²⁸⁹ per trarne delle conseguenze circa la natura degli stessi atti a contenuto normativo e generale destinati ad incidere sul regolamento contrattuale. Si è, infatti, sostenuto che lo

²⁸⁷ Per ovvie ragioni non è in tale sede possibile soffermarsi sul lungo dibattito che ha investito la tematica delle "clausole d'uso", soprattutto per quel che riguarda il significato da attribuire a tale categoria e la distinzione ed i rapporti fra le stesse e i c.d. usi normativi (e, dunque, fra l'art. 1340 c.c. e l'art. 1374 c.c.); si rinvia, in merito, ai tanti scritti in materia, fra cui cfr. G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, pp. 80 e ss.; ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, pp. 94 e ss.; A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 73 e ss.; ID., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, pp. 445 e ss.; ID., *Integrazione del contratto con le <<clausole d'uso>>*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, III, *Diritto civile*, Bologna, 1953, pp. 26 e ss.; A. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 368 e ss.; N. COVIELLO jr., *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 501 e ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 126 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 235 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 67 e ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 429 e ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, pp. 51 e ss.; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso. Disposizioni normative e prassi*, Napoli, 1998.

²⁸⁸ La tesi a cui si fa riferimento è quella sostenuta da G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 255 e ss. e in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 91 e ss.

²⁸⁹ Si richiamano, in particolare, l'art. 2, 12° comma, lett. h) della legge n. 481 del 1995, che dispone che nel procedimento di adozione delle direttive concernenti la produzione ed erogazione dei servizi vengano "sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e consumatori", nonché le delibere n. 44/1997 e n. 56/1999, con cui la stessa Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha previsto la convocazione di "audizioni speciali" per garantire "forme di rappresentazione delle istanze dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione di atti normativi o atti a contenuto generale", la pubblicazione in forma ritenuta idonea di un avviso relativo all'avvio del procedimento, la fissazione di un termine dall'apertura dello stesso entro cui far pervenire all'Autorità osservazioni o memorie scritte, la diffusione di versioni preliminari del provvedimento da adottare al fine di acquisire osservazioni scritte.

sviluppo, nel settore considerato²⁹⁰, di forme sempre più intense di partecipazione dei soggetti esercenti il servizio e delle associazioni rappresentative di utenti e consumatori alla definizione delle condizioni negoziali oggetto dei provvedimenti autoritativi debba condurre certamente alla qualificazione di tali provvedimenti come atti amministrativi negoziati ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11, 2° comma, della legge n. 241 del 1990²⁹¹; ne conseguirebbe, proprio in virtù di quest'ultima disposizione, la applicabilità ai suddetti atti dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, e la successiva riconduzione delle condizioni negoziali in tal modo elaborate dalle autorità alla categoria delle "clausole d'uso": una negoziazione di tipo corporativo, coinvolgendo tutti gli imprenditori di un determinato mercato e le associazioni maggiormente rappresentative degli utenti e consumatori – si afferma – "non può che produrre clausole d'uso in quello stesso mercato"²⁹².

²⁹⁰ Ma la tesi può ritenersi applicabile ad ogni altro settore amministrato da una autorità indipendente, nel quale siano ugualmente presenti forme di partecipazione procedimentale dei soggetti interessati nell'adozione degli atti normativi autoritativi; si ricorda, ad esempio, il recente intervento legislativo, attuato con la legge n. 262 del 2005, con cui si è disposto l'obbligo di preventiva consultazione delle categorie interessate nei procedimenti di adozione di regolamenti e atti generali da parte di Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip.

²⁹¹ In merito, tuttavia, alla problematica dell'applicabilità della disciplina generale del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990 alle amministrazioni indipendenti, si veda il paragrafo 1.1 del capitolo secondo della presente trattazione.

²⁹² G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 267 e in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 104-105; G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, fasc. 3, p. 499. Dello stesso avviso è F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, p. 316 e in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 215, secondo cui non si comprende la ragione per cui la determinazione del contenuto minimo di un contratto "non possa essere svolta dall'Autorità operante nello specifico settore in modo <<indipendente>>, attraverso un meccanismo contrattuale che, non a torto, ha indotto a ricorrere all'espressione <<negoziazione di tipo corporativo>>, idonea a <<produrre clausole d'uso in quello stesso mercato, analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto avviene nel procedimento ricognitivo degli usi delle Camere di commercio>>".

Tale affermazione si collega strettamente alla teorizzazione da parte della stessa dottrina di un concetto di “negozialità usuale” di cui all’art. 1340 c.c. che, interpretato in senso evolutivo, viene fatto risalire non più ad elementi esterni e successivi alla clausola, bensì ad elementi interni alla sua stessa formazione: ad una “usualità” derivante dalla reiterazione ed uniformità di osservanza di comportamenti contrattuali²⁹³ si sostituisce una usualità da alcuni definita “istantanea”²⁹⁴, in quanto fondata sull’autorevolezza e la rappresentatività dei soggetti che determinano o concorrono a determinare il contenuto di una certa clausola²⁹⁵.

²⁹³ Di clausole d’uso quali “clausole tipiche di determinati mercati”, dunque caratterizzate dai requisiti della generalità ed uniformità parla A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le <<clausole d’uso>>*, cit., pp. 27 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 71; ancora, di usi “generalmente” praticati F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, I, Milano, 1968, p. 159 e di clausole “che si sogliono apporre ai contratti del tipo di cui si tratta” R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 429. In un’ottica diversa, invece, A. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., pp. 368 e ss. riconduce le clausole d’uso agli “usi individuali propri ai contraenti”, ovvero ai comportamenti abituali delle parti e ai patti che esse solitamente inseriscono nelle stipulazioni, ma per una netta critica a tale posizione volta ad affermare la rilevanza della prassi invalsa fra due contraenti esclusivamente quale elemento di interpretazione e non di integrazione contrattuale, si veda A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le <<clausole d’uso>>*, cit., p. 30; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 70-71; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 236.

²⁹⁴ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 194 e ss.; F. ADDIS, *Le clausole d’uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, p. 329; ID., *La produzione di clausole d’uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 120.

²⁹⁵ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 194 e ss.; ID., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 267 e in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 105; G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, cit., p. 499; tale dottrina non solo nega, affermandone l’inattendibilità in questa materia, gli elementi della *vetustas* e dell’*opinio iuris*, che invece le concezioni tradizionali continuano a far transitare dal campo degli usi normativi a quello delle clausole d’uso, ma sostiene anche l’impossibilità di distinzione ontologica tra usi normativi e negoziali, distinzione a cui la legge non farebbe riferimento. Annoso risulta il dibattito dottrinale che ha contrapposto coloro che ritengono che gli usi, e dunque anche le clausole d’uso, cui la legge fa rinvio siano sempre quelli normativi, fondando tale assunto

Si attribuisce, in sostanza, rilievo decisivo al momento genetico della clausola, ritenendosi che la modalità partecipata della contrattazione e la capacità esponenziale dei soggetti che la stessa concorrono ad elaborare permettano di ricorrere ad una concezione di usualità “ulteriore”, “tale cioè da spostare la valutazione in termini di diffusione ed autorevolezza dalla regola all’organismo che la pone in essere”, in quanto sarebbe la stessa rappresentatività “o meglio il riconoscimento reciproco della rappresentatività” delle associazioni di categoria che tali clausole convengono, a garantire l’applicazione pratica delle stesse²⁹⁶.

È sulla base delle suddette argomentazioni che l’orientamento in esame ritiene possa giustificarsi l’efficacia “integrativa o modificativa” spiegata dai provvedimenti autoritativi (qualificati come atti amministrativi negoziati) nei confronti dei contratti²⁹⁷, laddove la norma regolamentare, contenendo clausole d’uso del mercato in virtù

principalmente sulla considerazione che solo in presenza e per effetto di una consuetudine normativa, che costituisca una fonte del diritto, possa ammettersi che le parti rimangano vincolate a clausole non conosciute (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 127 e ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 297 e ss.; G. OPPO, *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, pp. 77 e ss.) a coloro che, invece, affermano la configurabilità di usi contrattuali in senso stretto (di cui all’art. 1340 c.c.), distinti da quelli normativi (di cui all’art. 1374 c.c.) e connotati da una diversa disciplina, per cui questi ultimi, in quanto norme consuetudinarie, avrebbero valore solo se espressamente richiamati dalla legge e subordinatamente a questa, mentre i primi rilevrebbero come clausole contrattuali e, quindi, anche in deroga a norme dispositive di legge (A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le <<clausole d’uso>>*, cit., pp. 27 e ss.; ID., *Usi legali e usi negoziali*, cit., pp. 71 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 67 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 235 e ss.; F. MESSINEO, *Il contratto*, cit., p. 159; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 429 e ss.; A. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., pp. 368 e ss., seppure, come già visto, nella particolare forma degli usi individuali).

²⁹⁶ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 211.

²⁹⁷ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 267 e in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 105; G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, cit., p. 500.

della partecipazione degli stessi operatori alla loro formazione, vedrebbe spiegato l'inserimento nei negozi privati delle condizioni contrattuali da essa dettate in base al disposto di cui all'art. 1340 c.c. e, in quanto "atto a normazione diffusa o sociale", si porrebbe, allo stesso tempo, in piena sintonia con il principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., del quale, anzi, andrebbe ad esaltare la funzione in contesti nuovi e diversi²⁹⁸. Si giunge, in tal modo, a ribaltare le affermazioni dalle quali la nostra indagine ha preso avvio, tendenti a configurare gli interventi conformativo-integrativi operati dalle amministrazioni indipendenti sul contratto come forti (e secondo alcuni inaccettabili) limitazioni dell'autonomia privata dei contraenti, e a sostenere che i poteri integrativi delle autorità invece di sacrificare la libertà contrattuale delle parti, tenderebbero a riconfermarla proprio grazie al ricorso sempre più diffuso da parte di tali organismi ad una negoziazione di tipo associativo nell'*iter* formativo dei propri provvedimenti, che ricreerebbe i presupposti di una autonomia contrattuale "sostanziale", realizzata attraverso forme nuove e più aggiornate²⁹⁹.

La possibilità di riconoscere che una fonte autoritativa, inserendosi nel meccanismo di produzione di clausole contrattuali qualificate dal carattere dell'usualità, dia luogo a fenomeni di integrazione negoziale

²⁹⁸ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 269 e in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 107; G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, cit., p. 501.

²⁹⁹ Tali le affermazioni di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 264 e 269 e in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 101 e 107, il quale inquadra il fenomeno così descritto nella "partecipazione dell'associazionismo alla funzione di normazione", evocante "aspetti di vero e proprio <<neocorporativismo>>"; sulle teorie che tendono a rivisitare i rapporti intercorrenti fra normazione delle autorità e autonomia privata in termini non necessariamente antitetici, si veda, più approfonditamente, il successivo paragrafo 6 del presente capitolo.

ai sensi dell'art. 1340 c.c., è stata indagata da altra dottrina³⁰⁰, la quale, anche se con un percorso in parte distinto da quello appena esaminato, è giunta parallelamente ad affermare la configurabilità di una siffatta evenienza: le autorità indipendenti – si sostiene - potrebbero ritenersi svolgere una funzione produttiva di clausole d'uso ogniqualvolta dalle stesse vengano in vario modo sollecitate, promosse o dirette forme di vera e propria “autonomia contrattuale collettiva”, “al fine di giungere alla predisposizione di clausole che risultino compatibili con le finalità di regolazione che l'Autorità mira a realizzare e che al contempo costituiscano manifestazione di un consenso particolarmente esteso tra i diversi soggetti portatori di interessi contrapposti”³⁰¹.

Condizioni contrattuali in tal modo predisposte potrebbero, secondo l'orientamento in esame, giovare dell'inserzione prevista dall'art. 1340 c.c., laddove, pur constatandosi che la concezione tradizionale tenda a far transitare gli elementi della *vetustas* e della *opinio iuris* dall'ambito

³⁰⁰ Ci si riferisce allo studio di F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, fasc. 2, pp. 319 e ss.; ID., *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 109 e ss, il quale, nell'ambito di una più approfondita indagine sul rapporto fra autorità indipendenti e clausole d'uso, oltre ad una funzione produttiva, riconosce alle amministrazioni indipendenti anche una funzione dichiarativa ed eliminativa rispetto a clausole d'uso già esistenti nel settore di competenza.

³⁰¹ F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, cit., p. 327; ID., *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 118, secondo cui non rientrerebbe, invece, nell'ambito della produzione di clausole d'uso da parte delle autorità, l'ipotesi in cui tali organismi predisponessero una serie di condizioni contrattuali, facendone oggetto di raccomandazione rivolta ai soggetti operanti nel settore, con conseguente spontanea adesione da parte di questi ultimi, accompagnata da una sufficiente reiterazione delle clausole in questione: in questo caso si ritiene, infatti, che il ruolo delle autorità si limiti ad una iniziativa volta a creare un impulso alla produzione di queste, rispetto alla quale l'attività autoritativa degraderebbe a mero presupposto storico.

degli usi normativi a quello dell'usualità negoziale³⁰², si ritiene che da una rivisitazione dei suddetti elementi possa derivare una loro adattabilità alla situazione in discorso; in particolare, quanto alla *vetustas*, si afferma che il limite del tempo debba essere rapportato e precisato sulla base delle reali dimensioni cronologiche del traffico giuridico che ha luogo nei settori di mercato considerati, mentre per ciò che attiene all'*opinio iuris*, si rileva che la convinzione della vincolatività della clausola possa derivare anche dal modo in cui essa ha avuto origine, riferendosi nello specifico alla indipendenza e neutralità degli atti di impulso, controllo o approvazione dell'autorità³⁰³.

Gli orientamenti riferiti risultano senza alcun dubbio apprezzabili ed innovativi. Lo stesso richiamo alla categoria delle clausole d'uso nell'ambito dei procedimenti formativi degli atti autoritativi, intendendo il carattere dell'usualità in senso evolutivo (tanto se riferita alla rappresentatività dei soggetti partecipanti alla procedura, quanto se collegata ad una rivisitazione dei connotati tradizionali della stessa) ed in presenza di determinati presupposti (in termini di negoziazione delle condizioni contrattuali), offre degli spunti di estrema rilevanza. Quello

³⁰² È bene sottolineare come tale trasposizione sia, invece, chiaramente esclusa da diversi autori e da alcune pronunce giurisprudenziali, si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 239-240, il quale, richiamando A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, cit., pp. 445 e ss., nonché Cass., 8 maggio 1965, in *Mass. Giust. civ.*, 1965, pp. 449 e ss., rileva come ai fini della qualifica <<d'uso>> sia sufficiente una diffusione di fatto tale, per il suo ambito e anche per la durata e costanza, da attribuire alla clausola la rilevanza di un patto accolto dalle parti, in relazione ad una credenza sorta nella cerchia dei soggetti interessati, non richiedendosi, invece, "quei connotati della generalità e peculiare costanza e durata di una pratica con la credenza di obbedire ad un precetto giuridico, che fanno degli usi una fonte del diritto".

³⁰³ F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, cit., pp. 328 e ss.; ID., *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 119 e ss.

che, tuttavia, si vuole, in tale sede, rilevare è la difficoltà di rinvenire nelle suddette prospettazioni un generale e solido fondamento ai fini del riconoscimento di un'efficacia integrativo-modificativa dei provvedimenti delle autorità nei confronti del contratto.

Un primo aspetto problematico si ritiene attenga al profilo pratico della necessità, una volta rapportata l'integrazione negoziale alla presenza di clausole d'uso derivanti da un particolare *iter* formativo dell'atto autoritativo³⁰⁴, che l'interprete (ed in particolare il giudice) verifichi di volta in volta le concrete modalità attraverso le quali si è giunti all'adozione dello stesso; non sarà, dunque, sufficiente una valutazione sul dato normativo, volta ad accertare la ricorrenza di determinate caratteristiche al medesimo riferite, ma sarà richiesta un'indagine ulteriore attinente alla fase, logicamente precedente, della elaborazione della regola, con conseguente possibilità che a provvedimenti con contenuti e connotati analoghi venga riconosciuta una sorte diversa (in termini di efficacia spiegata sul contratto) a causa di divergenze nelle procedure di adozione³⁰⁵.

Sempre con riguardo al momento genetico delle condizioni contrattuali disposte dalle amministrazioni indipendenti, si vuole, poi, sottolineare come alcuni dubbi sorgano in merito allo stesso

³⁰⁴ Si vuole, in merito, sottolineare non solo che non per tutte le autorità indipendenti sono previste forme di partecipazione ai procedimenti di adozione dei relativi provvedimenti (anche se la tendenza evolutiva è in tal senso), ma anche che, pur laddove tali previsioni sussistano, non basterà all'interprete basarsi su di esse (tanto nel caso di disposizioni legislative che di atti di autonormazione), dovendo lo stesso verificare che a seguito delle convocazioni ovvero delle pubblicazioni di apertura dei procedimenti, per le quali è in alcuni casi previsto un obbligo, abbia effettivamente avuto luogo una partecipazione dei soggetti interessati e delle loro associazioni rappresentative.

³⁰⁵ L'indagine da condurre ai fini del riconoscimento di efficacia integrativa in favore degli atti normativi delle autorità non potrebbe, dunque, accogliendo la prospettiva in esame, ritenersi limitata ad una verifica avente ad oggetto l'esistenza di una delega legislativa, la ricorrenza di alcune importanti caratteristiche attinenti al tenore della stessa e all'atto di fonte secondaria da essa giustificato, nonché l'accertamento della rispondenza di quest'ultimo ai criteri prestabiliti nella norma primaria.

presupposto fondante la tesi delle clausole d'uso, ovvero la c.d. "negoziante di tipo corporativo" che sarebbe alla base della loro elaborazione. Ci troviamo effettivamente di fronte ad una disciplina che, prevedendo la partecipazione dei soggetti interessati alle procedure di adozione di atti normativi, possa ritenersi dar luogo a dei fenomeni di vera e propria negoziazione? In altri termini, dalle diverse statuizioni circa l'obbligo per le autorità indipendenti di consultazione preventiva delle categorie coinvolte³⁰⁶ può ricavarsi come conseguenza che le stesse autorità siano tenute a permettere una negoziazione sulle specifiche problematiche oggetto del procedimento e, in modo ancora più incisivo, ad accogliere le successive clausole in tal modo enucleate? Si è, in merito, affermato da alcuni in dottrina che la partecipazione delle categorie interessate alla elaborazione delle politiche delle amministrazioni indipendenti non possa intendersi in termini di negoziazione di una soluzione condivisa, bensì di instaurazione di un contraddittorio sui profili maggiormente conflittuali, attraverso la messa a fuoco degli elementi che l'autorità dovrà prendere in considerazione ai fini della sua decisione; rispetto a tale decisione la medesima autorità rimarrebbe, tuttavia, "padrona", trovandosi obbligata esclusivamente ad una adeguata motivazione in relazione ai fattori emersi nel corso del procedimento³⁰⁷.

³⁰⁶ L'art. 2, 12° comma, lett. h) della l. n. 481/1995 prevede che nelle procedure di emanazione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi di pubblica utilità siano "sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e consumatori"; nelle delibere n. 44/1997 e n. 56/1999 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas è disposta la convocazione di audizioni periodiche e speciali dei soggetti portatori di interessi nell'ambito dei procedimenti di formazione di atti normativi o a contenuto generale, la pubblicazione di avvisi relativi all'avvio dei procedimenti e la diffusione di versioni preliminari dei provvedimenti da adottare al fine di provocare osservazioni o memorie scritte; l'art. 23 della recente legge n. 262/2005 statuisce che i regolamenti e gli atti generali della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip siano soggetti all'obbligo di motivazione e siano preceduti dalla previa consultazione delle categorie interessate.

³⁰⁷ Per tali affermazioni si veda M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 138.

Il rilievo, tuttavia, più importante che si ritiene di dover muovere all'impostazione esaminata attiene all'impossibilità di giustificare attraverso il meccanismo di cui all'art. 1340 c.c. un'efficacia modificativa delle condizioni autoritativamente previste rispetto alle difformi clausole convenzionalmente stabilite dai contraenti. Anche laddove si ammettesse, infatti, la configurabilità di un'integrazione del contratto ad opera dei provvedimenti delle autorità fondata sul richiamo alla categoria delle clausole d'uso, tale integrazione non potrebbe comunque operare in senso modificativo, in virtù della stessa disciplina legislativamente dettata per le suddette clausole.

L'art. 1340 c.c. statuisce chiaramente che l'inserimento nel negozio delle clausole in questione abbia luogo a meno che non risulti che le stesse non siano state volute dalle parti; sulla base di tale previsione si è giustamente affermato che se, da una parte, l'inserzione in discorso opera automaticamente, ovvero a prescindere da qualsiasi richiamo, espresso o tacito, che ad essa le parti possano fare³⁰⁸, dall'altra, lo stesso meccanismo integrativo viene meno laddove risulti una volontà difforme dei contraenti, nel senso di escludere una determinata clausola o di sostituirla con una diversa³⁰⁹.

È evidente, a questo punto, che legittimare l'intervento conformativo sul contenuto negoziale ad opera della amministrazioni

³⁰⁸ Si rileva come l'inserzione operi anche a prescindere dalla conoscenza o meno che le parti abbiano delle clausole, cfr. A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le <<clausole d'uso>>*, cit., p. 28; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 127; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 237; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 430.

³⁰⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 69; G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 127; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 153; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., p. 238, il quale sottolinea come debba essere consentito ricercare la volontà difforme dei contraenti con qualsiasi mezzo interpretativo, dando rilievo, al limite, anche agli usi individuali ai sensi degli artt. 1362 e 1366 c.c.

indipendenti attraverso il ricorso alla categoria delle clausole d'uso, non permetterebbe comunque di giustificare un'eventuale sostituzione delle condizioni convenzionalmente previste con quelle difformi autoritativamente stabilite, ricorrendo in tale ipotesi proprio quella diversa volontà delle parti, che è ragione di esclusione del meccanismo integrativo di cui all'art. 1340 c.c.

6. *Regolazione autoritativa e autonomia privata.*

Giunti al termine della nostra analisi, si vuole spendere qualche ultima e più generale riflessione sul rapporto fra esercizio dei poteri regolativi da parte delle autorità amministrative indipendenti e principio di autonomia contrattuale, soffermandoci, in particolare, su quelle opinioni che, pur riconoscendo l'oggettiva incidenza che la normazione autoritativa esplica nei confronti della libertà negoziale dei privati, tendono in ultima analisi ad evidenziare come tale interferenza non si ponga in termini di assoluta negazione della suddetta libertà, rapportandosi, viceversa, ad essa in un modo del tutto peculiare.

Si è, infatti, rilevato come la iniziale ed immediata sensazione di una definitiva compressione e mortificazione dell'autonomia privata ad opera dell'attività normativa delle amministrazioni indipendenti sia destinata a svanire o quantomeno ad attenuarsi proprio in considerazione del particolare procedimento formativo che, soprattutto per alcuni settori del mercato³¹⁰, caratterizza la genesi dei relativi

³¹⁰ Il riferimento è, ancora una volta, al settore dell'energia elettrica e del gas.

provvedimenti³¹¹. Le varie previsioni di audizioni periodiche e consultazioni preventive, a cui si è ampiamente fatto cenno, volte a garantire la partecipazione di tutti gli interessati alle procedure di elaborazione degli atti normativi autoritativi consentirebbero, infatti, di attribuire un significato nuovo all'autonomia contrattuale, la quale vedrebbe rinnovato il proprio ruolo di fonte di regolamentazione degli interessi, assolvendo allo stesso in fasi diverse ed in forme più aggiornate rispetto a quelle connotanti le tradizionali vicende contrattuali³¹².

La partecipazione delle associazioni rappresentative delle categorie interessate ad un più complesso processo di definizione della stessa disciplina autoritativa viene dalle dottrine in esame intesa come espressione di una tendenza evolutiva in ambito di autonomia privata, che porterebbe ad assegnare a quest'ultima nuove prerogative e forme di espressione, sia pure su un piano associativo³¹³; la conseguente, e

³¹¹ G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 19; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, cit. p. 316; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., pp. 118 e ss., che sottolinea come sia proprio il peculiare procedimento formativo delle regole dettate dall'Autorità (per l'energia elettrica ed il gas) a recuperare ampi spazi all'autonomia privata, rispetto alla quale la preventiva consultazione degli stessi destinatari di tali regole determina una notevole riduzione dell'impatto esercitato dalla disciplina autoritativa.

³¹² G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 264; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, cit., p. 19; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, cit., p. 316; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 120, secondo cui attraverso le procedure partecipate l'autonomia privata vede attribuirsi un peso nella delimitazione della disciplina autoritativa, contribuendo a definirne le linee di tendenza e le scelte strategiche, che infine determinano condizioni e limiti di operatività dello stesso potere autonomo.

³¹³ F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, cit., p. 317; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, cit., pp. 19-20; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit. pp. 120-121.

così connotata, attività di normazione delle amministrazioni indipendenti si porrebbe, per tale via, in sintonia con il principio di cui all'art. 1322 c.c., non solo mostrandosi in grado di convivere con l'autonomia contrattuale, ma riconfermandone ed esaltandone la funzione, pur adattata a contesti diversi³¹⁴.

Il rapporto fra autorità indipendenti e autonomia privata è stato valutato in termini non antitetici anche sotto altro profilo. Si è, infatti, da parte di alcuni rilevato come, riguardata nelle sue finalità, la stessa attività normativa delle amministrazioni indipendenti possa configurare uno strumento di garanzia dell'autonomia contrattuale; in particolare, evidenziandosi come l'ambito di un autentico ed effettivo potere privato di autonormazione sia solo quello in cui la libertà di darsi regole negoziali sia realmente garantita ad entrambi i contraenti, è stato affermato che, ove, a causa del venir meno della parità delle armi tra questi, la libertà contrattuale risulti già di per sé vulnerata, "l'incisione della sfera a essa riservata dalla legge, formalmente arrecata dall'atto normativo dell'autorità indipendente (...), se volta a ripristinare la parità delle armi (...), potrà ritenersi, nella sostanza, non una restrizione dell'autonomia privata, ma uno strumento per la sua salvaguardia"³¹⁵.

Constatando, dunque, come le finalità proprie dell'attività di regolazione siano fondamentalmente riconducibili alla promozione della concorrenza, nonché alla protezione del contraente debole³¹⁶, si è

³¹⁴ G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, cit., p. 269.

³¹⁵ G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 232.

³¹⁶ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 130.

giunti a ritenere che le stesse amministrazioni indipendenti debbano essere configurate come istituzioni volte a garantire le condizioni di esercizio dell'iniziativa economica privata e della libertà contrattuale e a rafforzare, intervenendo laddove fallisce il diritto privato, la stessa autonomia individuale e collettiva³¹⁷.

Tali prospettazioni, mostrando a pieno la volontà di superare quelle concezioni che in modo del tutto negativo tendono a raffigurare su posizioni antitetiche normazione autoritativa e autonomia privata, presentano indubbiamente profili oggetto di interesse e apprezzamento, tanto nel momento in cui offrono una rilettura del concetto stesso di autonomia contrattuale, rapportando quest'ultima ad una fase diversa (quella della formazione della regola ad opera dell'autorità) e ad una forma nuova (quella associativa), quanto laddove evidenziano una strumentalità della regolamentazione delle amministrazioni indipendenti rispetto alla medesima autonomia privata, privilegiando una prospettiva prettamente sostanziale (ricollegata alle particolari finalità perseguite dalle autorità).

Detto ciò, si vuole, tuttavia, sottolineare come siffatti orientamenti, se da una parte possono costituire un ulteriore, aggiuntivo elemento di supporto rispetto alla tesi accolta nella presente trattazione, dall'altra parte non permettano comunque di superare la necessità di un'indagine

³¹⁷ G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, cit., pp. 126-127, secondo cui la regolazione s'inscrive in una dialettica tra soggetti portatori di interessi contrapposti, "alcuni dei quali, invece di opporsi all'intervento pubblico, (...) lo invocano espressamente", rivolgendosi ai pubblici poteri per chiedere regole che garantiscano loro diritti contro altri privati. Si veda anche F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., pp. 46 e ss., il quale riconduce la regolazione ad una forma di tutela diretta della libertà economica, evidenziando come compito delle autorità indipendenti sia quello di intervenire quando venga meno la *par condicio* concorrenziale o quando facciano difetto le condizioni per l'esistenza di un mercato in cui possa esplicarsi la libertà contrattuale, attraverso un'attività amministrativa "sostitutiva" dell'autonomia negoziale dei privati.

che, così come descritta nelle pagine che precedono, consenta di giustificare la formale incidenza sul potere dei privati di regolare i propri interessi delle norme di fonte secondaria dettate dalle autorità alla luce dello stesso impianto codicistico.

Si ritiene quest'ultima l'impostazione che, in virtù del suo ancoraggio ad una analisi condotta su disposizioni positivamente dettate dall'ordinamento, permetta di giungere ad una più salda legittimazione dei poteri autoritativi di regolazione, in quanto fondata sullo stesso dato normativo, pur accogliendosi favorevolmente considerazioni di più ampio respiro che, volte a configurare in termini maggiormente concilianti il rapporto fra regolazione autoritativa e autonomia privata, rappresentano, tuttavia, un punto di vista necessariamente successivo ed ulteriore. Di fronte ad un intervento in vario modo conformativo del contratto ad opera di una amministrazione indipendente, dunque, per quanto lo stesso possa ritenersi a tutela dell'autonomia negoziale delle parti, sarà comunque necessario valutarne la ammissibilità nel nostro ordinamento alla luce dell'*iter* logico-giuridico accolto ed esposto nella presente trattazione, ovvero dell'esistenza di una delega legislativa che attribuisca all'autorità il potere di disporre imperativamente in una certa materia, seguendo i criteri nella stessa delineati e ricollegabili alle finalità per le quali la medesima potestà è stata conferita: solo in tal modo potrà ritenersi che la, pur formale, limitazione della libertà dei privati di autoregolamentazione dei propri interessi sia compatibile con il sistema civilistico, in quanto fondamentalmente riconducibile alla medesima fonte primaria, che tale limitazione, in virtù dello stesso impianto codicistico, è legittimata ad operare.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Sorrento 30 maggio 1997, Padova, 1999

AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997

ABBAMONTE G., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971

ABBAMONTE G., *Note sul problema costituzionale della autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958

ADDIS F., *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003

ADDIS F., *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003

AMADIO G., *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1997

AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998

AMATO G., *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997

ANTONIOLI M., *Mercato e regolazione*, Milano, 2001

ASQUINI A., *Integrazione del contratto civile con le clausole d'uso*, in *Scritti giur.*, III, Padova, 1961

ASQUINI A., *Integrazione del contratto con le <<clausole d'uso>>*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, III, *Diritto civile*, Bologna, 1953

ASQUINI A., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1950

ASQUINI A., *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1944

BALDUZZI R. e SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989

BARBERA A., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997

BARBERA A., *Commento all'art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975

BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969

BASSI F. e MERUSI F. (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993

BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000

BERTI G., *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, IV, 1978

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949

BUONOCORE V., *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impr. soc.*, 1994

BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001

CABIDDU M.A. e CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 1, 2000

CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997

CARBONE V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994

CARETTI P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948

CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973

CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990

CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1987

CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974

CASSESE S. e FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966

CAVALERI P., DURET P., DALLE VEDOVE G. (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003

CERA M., *La CONSOB*, Milano, 1986

CERULLI IRELLI V., *Premesse problematiche allo studio delle <<amministrazioni indipendenti>>*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993

CERVATI A.A., *Art. 70 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985

CERVATI A.A., voce *Delegificazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, 1997

CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005

CLARICH M., *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993

COCOZZA V., *Profili della delegificazione*, Napoli, 1996

COSTANZA M., *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, I, 1995

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994

COVIELLO N. jr., *In margine all'art. 1340*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963

CRISAFULLI V., *Fonti del diritto (Dir. Cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968

CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1960

CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959

CUNIBERTI M., *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002

D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008

D'ALBERTI M., voce *Autorità indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, 1995

D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974

D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001

DE CUPIS A., *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1971

- DE FELICE D., *Sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008
- DE MARTINI A., *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948
- DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985
- DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994
- DEL PRATO E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2001
- DEMURO G., *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995
- DENOZZA F., *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti <<regolatrici>>*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 2000
- DI BONA L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008

DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008

DI SAN LUCA G.C., *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002

DISTASO N., *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.* diretta da Bigiavi, III, Torino, 1980

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1973

FRANCARIO F. (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003

FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1988

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1999

FREGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999

GABRIELLI G., *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1993

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1991

GALGANO F., *Rapporti economici*, in *Comm. Cost.* a cura di G. Branca, *sub. art. 41*, Bologna-Roma, 1982

GALGANO F., *Sull'equità delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1993

GAMBARO A., *In tema di deroghe convenzionali alla disciplina urbanistica*, in *Giur. it.*, IV, 1977

GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970

GENOVESE A., *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950

GENOVESE A., *Usi negoziali e interpretativi*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994

GIANNINI M.S., *CONSOB*, in G.M. Flick (a cura di), *CONSOB. L'istituzione e la legge penale*, Milano, 1987

GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953

GIORGIANNI M., *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962

GIRAUDI G. e RIGHETTINI S., *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001

GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su "Il contratto e le Autorità indipendenti", in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003

GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994

GITTI G. e DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2007

GITTI G. e SPADA P., *La regolazione del mercato come strategia*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

GRASSINI F. (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001

GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006

GRASSO G., *L'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti tra forma di Stato, forma di governo e trapasso dei sistemi elettorali. Un'indagine comparata*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999

ITALIA V., *La delegificazione*, Milano, 1983

LA SPINA A., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008

LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 3° ed., Milano, 1982

LAVAGNA C., *La delegificazione, possibilità, forme e contenuti*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001

LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997

LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul <<neoformalismo>> negoziale)*, in *Banca e borsa*, I, 1990

LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008

LISSERE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971

LOMBARDO G., *Le autorità amministrative indipendenti come poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1998

LONGOBARDI N. (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

LONGOBARDI N., *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

LONGOBARDI N., *Le Autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

LONGOBARDI N., *Poteri regolatori, giusto procedimento e legittimazione democratica*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

MACARIO F., *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su “Il contratto e le Autorità indipendenti”, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003

MACARIO F., *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

MACARIO F., *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Democr. e dir.*, 1997

MANCINI T., *Determinazione autoritativa del contenuto del contratto e autonomia negoziale*, in *Studi Torrente*, 1968

MANETTI M., *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1997

MANETTI M., voce *Autorità indipendenti (Dir. Cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 1997

MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007

MANETTI M., *Poteri neutrali e costituzione*, Padova, 1994

MARZONA N., *Funzione monetaria*, Padova, 1993

MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996

MASSERA A., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988

MASSERA A., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997

MENGONI L., *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966

MERLONI F., *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997

MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000

MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961

MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, I, Milano, 1968

MINERVINI G., *La CONSOB*, Napoli, 1989

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, II, 1958

MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori nel sistema delle fonti*, Padova, 2003

NAPOLITANO G. e ZOPPINI A., *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

NICCOLAI S., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996

NICODEMO S., *Funzioni normative delle autorità indipendenti?*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1998

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002

NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974

OPPO G., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*, III, Padova, 1992

OPPO G., *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943

ORLANDI M., *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su "Il contratto e le Autorità indipendenti", in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003

ORLANDI M., *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

OTTAVIANO V., *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. Dir. comm. e pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979

PASETTI G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970

PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996

PERA A., *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2002

PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996

PERLINGIERI P., *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999

PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991

PERLINGIERI P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986

PIZZORUSSO A., *Delegificazione e sistema delle fonti*, in *Foro it.*, V, 1985

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto, art. 1-9*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, 2001

POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001

POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

POLITI F., *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1995

PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

PREDIERI A. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997

PUGLIESE F., *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.*, 1995

RAGOZZINO M.A., *Brevi riflessioni su "libertà" e "autorità indipendenti"*, in AA.VV., *I controlli amministrativi esterni e le autorità indipendenti*, Napoli, 1997

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998

RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004

ROMANO A., *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960

ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, 1977

ROPPO E., *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del Diritto*, XXXI, 1, 2000

ROVERSI MONACO F., *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, III, *Regolazione, finanza, beni*, Padova, 2007

RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948

SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957

SARACINI E., *Equo canone e sostituzione di clausole*, in *Giur. it.*, IV, 1980

SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971

SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2001

SCHLESINGER P., *Il <<nuovo>> diritto dell'economia*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006

SCHLESINGER P., *Natura e limiti della responsabilità delle Autorità*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997

SCIANCELEPORE G., *Autonomia negoziale e clausole d'uso. Disposizioni normative e prassi*, Napoli, 1998

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, IV, Bologna-Roma, 1970

SERRANI D., *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965

SEVERI F.S. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti – Aspetti problematici*, Milano, 1998

SPOTO G., *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007

STAMMATI S., *Tre questioni in tema di "autorità amministrative indipendenti"*, in AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961

TESAURO G. e D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2005

TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996

UDA G.M., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1990

VALENTINI S., *Le autorità indipendenti*, Milano, 2005

VANACORE V., *Le autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, in *Giur. it.*, 2003

VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998

VESPERINI G. e NAPOLITANO G. (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993

VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*,
in *Dir. proc. amm.*, 3, 2002

VILLONE M., *Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, III, Napoli, 2007

VISENTINI G., *I valori mobiliari*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985

ZICCARDI F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969