

CAPITOLO I

Tradizione e innovazione: le ragioni di una ricerca

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Inquadramento dell’oggetto. – 3. Spunti sul tema nella fase meno recente della riflessione giuridica. – 3.1. Ambito di incidenza. – 3.2. Oggetto delle ricerche. – 3.3. Tipologia dei rapporti considerati. – 3.4. Tipologia degli effetti prodotti. – 4. Problemi attuali e rilevanza del fenomeno. – 5. Metodologia di analisi e struttura del lavoro.

1. Premessa

La presente ricerca ha per oggetto gli atti amministrativi che incidono su rapporti contrattuali tra soggetti privati. Le numerose, eterogenee e innovative fattispecie di tali atti amministrativi riscontrabili nel dato positivo sollecitano una riflessione sull’argomento. Invero, tali atti da un lato presentano caratteristiche peculiari e diverse rispetto agli atti amministrativi con effetti – più o meno – analoghi riscontrabili in passato, quali le determinazioni amministrative di prezzi; dall’altro lato, sollevano nuove questioni sia pratiche che teoriche.

Le innovative e specifiche implicazioni dogmatiche, sistematiche e istituzionali possono essere sinteticamente delineate attraverso l’esposizione di quattro esempi, che saranno esaminati più approfonditamente nel prosieguo della ricerca.

Il primo esempio riguarda una vicenda contrattuale che vede coinvolte due società di telecomunicazione, che avevano stipulato tra loro un negozio per la fornitura di servizi di interconnessione. Nel corso del rapporto negoziale, il committente si rende inadempiente, e il fornitore si avvale della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto. Fin qui, la vicenda si svolge all’interno dei normali binari codicistici, non presentando alcuna peculiarità o deroga rispetto al diritto dei contratti come disciplinato dal codice civile. A questo punto, però, interviene un’amministrazione pubblica, che “sovrverte” il sistema

codicistico. Infatti, la risoluzione di quel negozio – stipulato tra soggetti privati, è bene sottolinearlo – impedisce agli utenti del committente di effettuare e ricevere telefonate, procurando loro un evidente disservizio. Per ovviare a tale situazione, l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) emana un “ordine di cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti”. A dispetto del *nomen* che evoca un’omissione (cessazione di comportamenti), il contenuto dell’atto è di tipo positivo. Invero, l’autorità individua la soluzione tecnica più semplice per ripristinare l’erogazione del servizio nei confronti degli utenti e ordina agli operatori di darvi esecuzione, stabilendo nello specifico i compiti assegnati a ciascuno e i reciproci obblighi. Dunque, l’amministrazione con un atto individuale *costituisce un rapporto contrattuale* tra soggetti privati, elidendo la loro libertà negoziale sia sotto il profilo del *se* contrarre, sia sotto il profilo del contenuto contrattuale.

Un secondo esempio può essere fruttuosamente attinto dall’analisi della vicenda legata al lancio di una nuova offerta commerciale da parte di un operatore di telefonia. Le condizioni economiche offerte sul mercato per il traffico nazionale erano più onerose di quanto stabilito a livello europeo per il *roaming* internazionale. Anche in questo caso, l’Agcom interviene in modo penetrante nel rapporto contrattuale tra l’operatore e i suoi clienti. Infatti, in attuazione del potere ad essa conferito di vigilare affinché gli utenti possano usufruire di tariffe trasparenti e non discriminatorie, l’amministrazione diffida l’operatore ad adeguare le tariffe nazionali a quelle fissate in sede europea per il *roaming*. Dunque, con un provvedimento individuale l’Agcom ordina ad un privato di *modificare il contenuto contrattuale*, adeguandolo a quanto stabilito da un’istituzione europea. Tali modifiche producono i loro effetti non solo sui contratti che l’operatore sottoscriverà successivamente all’emanazione del provvedimento, ma incidono anche sui numerosi rapporti negoziali già in essere, che erano insorti sulla base del testo contrattuale originario, il quale subisce così una modifica per mezzo di un atto amministrativo.

Il terzo esempio può rinvenirsi nella regolamentazione dei contratti di commercializzazione stipulati tra i concessionari di giochi pubblici e i gestori di esercizi commerciali. Tali contratti erano stati conformati da un atto amministrativo nel 2006, quando l’allora Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (AAMS) aveva stabilito i requisiti per la loro validità, imponendo anche l’obbligatorietà di alcuni contenuti e il divieto di altri. Poco più di anno dopo, l’amministrazione adotta un nuovo atto di regolamentazione del settore, con cui, tra l’altro, fissa autoritativamente il termine di efficacia dei rapporti contrattuali tra concessionari e gestori al 31 dicembre 2007, a fronte della scadenza contrattuale concordata al 2012. In questo caso, l’amministrazione pubblica anticipa imperativamente *l’estinzione di rapporti contrattuali* tra privati attraverso l’emanazione di un atto generale.

Il quarto esempio si rinviene nella disciplina della raccolta a distanza dei giochi pubblici e delle scommesse. Per offrire i giochi *on-line*, i concessionari devono stipulare con l'utente un contratto di conto gioco. L'intero regolamento contrattuale di tale negozio risulta conformato dall'amministrazione, in quanto l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) emana preventivamente uno schema-tipo di contratto, a cui i concessionari devono adeguarsi. Lo schema riguarda il contratto di conto gioco che i concessionari stipulano con gli utenti, dunque un contratto di diritto privato concluso tra due soggetti privati, nei confronti del quale ADM si pone come fonte eteronoma che vi incide per mezzo di atti amministrativi.

L'amministrazione verifica l'effettiva corrispondenza dei contenuti contrattuali con uno strumento particolarmente invasivo e penetrante nella sfera di libertà negoziale delle parti. Invero, il modello di contratto di conto gioco che ciascun concessionario intende adoperare deve essere preventivamente approvato da ADM, la quale utilizza il proprio schema-tipo quale parametro, saggiando la conformità con esso del modello sottoposto alla sua approvazione. Dunque, con un atto plurimo – indirizzato a tutti i concessionari – l'amministrazione *conforma l'intero regolamento contrattuale*, in modo da renderlo idoneo al raggiungimento delle finalità pubbliche perseguite dall'amministrazione.

Gli esempi testé riportati consentono di evidenziare le ragioni della presente ricerca, individuando sin d'ora i profili di maggiore interesse nonché alcune tra le problematiche da essi sollevate.

Innanzitutto, emerge con chiarezza, pur nella sinteticità dell'esposizione, la notevole eterogeneità degli atti amministrativi che in vario modo incidono sull'autonomia contrattuale di soggetti privati. L'eterogeneità si riscontra rispetto a tutti i profili degli atti esaminati, ovvero rispetto alla struttura degli atti, agli elementi del contratto su cui essi incidono, agli effetti prodotti, alla natura della norma attributiva del relativo potere. Tale ricchezza fenomenologica impone una nuova riflessione sul tema, non potendo ricondurre siffatta variegata panoplia di atti alle già conosciute – ma più limitate – categorie di atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati o di determinazione autoritativa dei prezzi.

Rispetto al profilo della struttura degli atti, è agevole notare che le amministrazioni conformano l'autonomia contrattuale dei privati adoperando diverse tipologie di atti, siano essi individuali, plurimi o generali. Tale considerazione offre diversi spunti di riflessione: da un lato, documenta la possibilità per le amministrazioni di imporre vincoli ad una libertà dell'individuo, quale è quella negoziale, utilizzando anche atti individuali precettivi e non meramente esecutivi, con le inevitabili conseguenze sotto il profilo della compatibilità con il principio di uguaglianza; dall'altro lato, sollecita un approfondimento circa il regime giuridico applicabile ad atti generali precettivi, immediatamente inci-

denti sulla sfera giuridica dei destinatari.

Osservando il fenomeno dal punto di vista dei contratti che vengono conformati, se ne ricava che tutti i loro elementi, come elencati nel codice civile – accordo, causa, oggetto e forma – sono soggetti al potere conformativo dell'amministrazione. Gli atti amministrativi possono, dunque, limitare indistintamente e cumulativamente la libertà di contrarre, la libertà di contenuto e la libertà di forma.

Numerosi sono i profili di interesse che attengono agli effetti prodotti. La prima e più immediata considerazione è quella di trovarsi di fronte ad atti amministrativi che producono effetti su contratti stipulati tra soggetti privati, senza peraltro inficiare la natura privatistica del rapporto negoziale. Tale caratteristica di incidere su rapporti contrattuali reca seco l'intrinseca e necessaria efficacia trilaterale degli atti, che investono non solo la sfera giuridica dei destinatari, ma anche quella delle loro controparti negoziali. Risulta così arricchita la griglia concettuale da adoperare per la classificazione degli atti amministrativi, non più catalogabili unicamente attraverso il tradizionale prisma del rapporto bilaterale tra autorità e libertà.

Inoltre, gli effetti non sono limitati al momento genetico del rapporto negoziale. Gli esempi riportati dimostrano che gli atti amministrativi possono produrre quale effetto la costituzione di un rapporto contrattuale tra privati, ma possono altresì modificare un contratto già in essere o determinare la sua anticipata estinzione.

Infatti, nel primo dei casi esposti l'amministrazione costituisce un rapporto negoziale tra due operatori, dando vita ad una fattispecie di contratto imposto. L'efficacia costitutiva deriva direttamente dall'atto amministrativo – che è fonte del precetto e non atto esecutivo di un precetto legislativo – e prescinde dalla manifestazione di volontà delle parti – che, invece, è presente, seppur coartata, nei casi di obblighi a contrarre.

Nel secondo esempio, un'amministrazione emana un atto con effetti modificativi di contratti. Le modalità di esplicazione di tali effetti possono variare, potendo determinare la sostituzione o l'inserimento di clausole in via automatica, ovvero imponendo l'obbligo di adeguare il contenuto del contratto al precetto amministrativo. Inoltre, la produzione di effetti modificativi su negozi già stipulati solleva delicate questioni rispetto alla configurabilità di atti amministrativi retroattivi.

Il terzo caso offre un esempio di atto amministrativo con efficacia estintiva. Numerosi contratti stipulati tra soggetti privati vengono imperativamente ed autoritativamente estinti con ampio anticipo rispetto alla data negozialmente concordata.

L'ultimo esempio consente di mettere in luce una modalità di esplicazione dell'efficacia particolarmente interessante, che offre notevoli spunti di rifles-

sione e che ha suggerito il sottotitolo del presente studio. Invero, l'amministrazione, con propri atti, conforma *tout court* il contratto, il quale risulta del tutto plasmato al volere dell'autorità pubblica. L'intero regolamento contrattuale viene forgiato in modo da corrispondere al volere dell'amministrazione. La conformazione rende il negozio idoneo al raggiungimento degli interessi pubblici che l'amministrazione persegue attraverso l'esercizio del potere conformativo. Dunque, vi sono fini pubblici che giustificano l'attribuzione a soggetti pubblici di poteri che consentono di plasmare i contratti tra privati. Il precipitato di tale considerazione è che alcune funzioni pubbliche sono esercitate utilizzando quale strumento la conformazione di negozi tra privati.

La sintetica esposizione fenomenologica consente di enucleare un'ulteriore questione di carattere sistematico, che attiene alle norme attributive del potere conformativo. Il dato positivo, invero, non lascia trasparire *icto oculi* la natura e gli effetti degli atti emanati nell'esercizio del potere conferito. Gli atti conformativi sono quasi "nascosti" dietro definizioni che non evidenziano da subito le potenzialità attuative sotto il profilo della ripercussione su negozi tra privati – come il potere di ordinare la cessazione di comportamenti lesivi degli utenti o di garantire condizioni economiche coerenti – o promanano dall'attribuzione di un generico potere di regolamentazione di un settore.

Le peculiari caratteristiche appena delineate degli atti amministrativi conformativi – che mostrano profili innovativi rispetto alle tipologie di atti con effetti in parte analoghi già conosciute in passato – unitamente alla mancanza nel dato positivo di un loro riconoscimento esplicito in termini di categoria, offre lo spunto per la ricerca che si intende effettuare. Invero, sembra opportuno verificare la possibilità di individuare una tipologia di atti accomunati da alcune precise caratteristiche, tali da giustificare la prospettazione di una categoria di atti amministrativi conformativi dei contratti tra privati, nonché identificare le concrete conseguenze di tale ipotesi sul regime giuridico dei suddetti atti.

Il perimetro dell'indagine è circoscritto all'incisione dell'autonomia contrattuale dei privati effettuata attraverso l'esercizio di una potestà pubblica discrezionale, che conforma un negozio tra privati per adeguarlo e renderlo conforme a superiori interessi pubblici. Quindi, il presente lavoro è incentrato sugli atti amministrativi che incidono sull'autonomia contrattuale di soggetti privati, esercitando, così, un potere conformativo.

È opportuno chiarire sin d'ora una precisazione terminologica che si avrà modo di approfondire nel prosieguo. Nel presente studio si utilizzano i termini di "potere" e "potestà" in modo interscambiabile, intendendoli quali sinonimi. Ciò è possibile poiché ci si riferisce sempre al potere inteso in senso stretto, ovvero quello conferito dall'ordinamento giuridico che ne disciplina l'esercizio e lo tutela, che si estrinseca in atti volontari essendo una manifesta-

zione di capacità¹. Pertanto, dovrebbe più correttamente parlarsi di potestà conformativa, considerando il termine di potere quale mero sinonimo.

I profili di interesse evidenziati negli esempi riportati e le questioni dogmatiche, sistematiche ed istituzionali da essi sollevate chiariscono lo scopo della ricerca, che è quello di esplorare la possibilità di delineare una categoria² di atti amministrativi, espressione di una potestà conformativa.

L'imposizione di limiti e obblighi ai privati e alla loro libertà negoziale, nonché la possibilità di costituire autoritativamente rapporti e diritti tra privati sono istituti rinvenibili da tempo nel nostro ordinamento. Tuttavia, l'evoluzione sociale, economica e normativa determina la necessità di saggiare la resistenza degli istituti tradizionali, per verificare la loro capacità di ricomprendere le fattispecie introdotte dalle recenti evoluzioni. Infatti, se il diritto è conservativo e adegua istituti vecchi per rispondere ad esigenze nuove, la riflessione dottrina sugli istituti riadattati deve valutare l'effettiva corrispondenza tra le tassonomie tradizionali e gli strumenti attuali, proponendo eventualmente una diversa ricostruzione dogmatica laddove reputata necessaria.

Si tratta di accertare se l'amministrazione stia semplicemente riutilizzando antichi istituti adattati agli attuali bisogni, ovvero se i nuovi strumenti costituiscano fattispecie nuove e distinte, non sussumibili nei consueti schemi, e che necessitano di una specifica e autonoma qualificazione e ricostruzione. Ovviamente, non si intende sovvertire le categorie tradizionali, bensì provare a identificare una nuova tipologia di atti che, alla luce dell'analisi che si farà, appare non riconducibile alle consuete classificazioni.

Sembra opportuno chiarire preliminarmente e motivare la scelta terminologica di atti amministrativi *conformativi*³ dell'autonomia negoziale dei privati.

¹ Siffatte caratteristiche sono comuni ai diritti soggettivi, con cui il potere condivide l'appartenenza alla categoria dei poteri intesi in senso ampio, ma a differenza dei diritti soggettivi non si svolge all'interno di un concreto rapporto particolare o verso un oggetto determinato e non si risolve in pretese nei confronti di altri soggetti, mancando così la correlativa posizione di obbligo. Infine, i soggetti titolari del potere in senso stretto sono sempre investiti anche di una posizione di autorità, essendo in posizione di supremazia rispetto ai destinatari del potere. Per una precisa delimitazione del concetto di potere e la sua distinzione rispetto a nozioni limitrofe con cui è stato spesso confuso, si veda la voce "*Poteri. Potestà*" di S. Romano, contenuta nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983 (ristampa inalterata), p. 172 ss.

² La finalità perseguita non è unicamente quella di "*catalogare i fenomeni*", bensì anche il più interessante sforzo ricostruttivo di cogliere la loro varietà, come suggerito da G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000, p. 55.

³ È opportuno richiamare la nozione di potestà conformativa formulata da M.S. Giannini, secondo il quale essa "*consiste nell'attribuire ad uffici pubblici il potere di stabilire, con provvedimenti amministrativi – quindi sulla base della legge – qualità, caratteri, contenuti, che devono possedere imprese, rapporti giuridici, situazioni soggettive, cose, in ragione dell'agibilità, ossia del poter funzionare, del potersi svolgere o esercitare*". Cfr. il saggio *Controllo: nozioni e problemi*, in