



MASSIMO CONFORTINI

Professore ordinario di Diritto privato – Università “La Sapienza” di Roma

POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI E CREAZIONISMO DEL GIUDICE*

1. – Cosa accomuna i due termini raccolti nel titolo di questo mio intervento, se svolti nella cornice del diritto vivente e posti in relazione con l'autonomia privata?

Mi provo a rispondere muovendo dal tema del potere normativo delle autorità indipendenti, che si colloca nel più ampio quadro del rapporto tra autonomia privata e “atti amministrativi” cc.dd. *conformativi*, cioè atti amministrativi che variamente incidono sul potere delle parti di “*liberamente determinare il contenuto del contratto*”.

A qualcuno il tema del potere normativo delle autorità indipendenti potrà apparire *demodé*, considerato che all'effervescenza¹ che ha caratterizzato i primi tre lustri di questo secolo (non meno di tre convegni ogni anno erano dedicati a questo argomento), è seguita una certa caduta dell'attenzione, sia da parte dei civilisti, sia dei pubblicisti. E ciò nonostante che il proliferare disordinato e po' casuale delle fonti attributive ad apparati amministrativi cc.dd. indipendenti di un invadente potere normativo, lungi dal mostrare segni di stanchezza ci restituisce, invece, l'immagine di *un sistema scosso da un'inarrestabile perdita di centralità della legge nel diritto dei contratti*: Giorgio De Nova, con la consueta sua arguzia, già da qualche anno ha volto la celebre metafora coniata da Grant Gilmore agli inizi degli anni Settanta (*la morte del contratto*) nell'aforisma – non meno luttuoso e parimenti efficace – *la morte della legge del contratto*.

Ridotta alla sua essenza, la questione del rapporto tra autonomia contrattuale e potere normativo delle autorità indipendenti ruota intorno a un interrogativo: la clausola eteronoma imposta dall'autorità con propria determinazione è capace di sostituire la regola (autonoma) liberamente adottata dalle parti? Ossia: una norma di rango secondario – qual è pacificamente quella prodotta dall'Autorità – è capace di determinare la nullità di un precetto autonomo con essa confliggente, dando adito, per questa via, alla sua sostituzione? La risposta – sul piano tecnico – appare agevole: muovendo dall'assunto che il fondamento dell'autonomia contrattuale si radica nella disciplina dettata dall'art. 1322 cod. civ., diremmo, senza perplessità, che una norma proveniente da una fonte sotto-ordinata alla legge (qual è, pacificamente quella dettata dall'Autorità) non può concorrere a delimitarne il perimetro. Nell'attribuire alle parti il potere di *determinare liberamente il contenuto del contratto*, il comma 1 dell'art.

* Il testo riproduce la relazione detta in occasione del convegno “*I confini attuali dell'autonomia privata*” svoltosi in Pavia il 10 maggio 2024 in onore di Carlo Granelli. Ciò dà ragione del tono discorsivo e dell'assenza di un apparato bibliografico.

¹ G. GITTÌ, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, Bologna, 2009.



1322 cod. civ. non lascia spazio al dubbio: questa libertà può svolgersi “*nei limiti imposti dalla legge*”; limiti che espressamente ed inderogabilmente la norma (imperativa) riserva a sé².

Il disegno del codice appare lineare e, coerentemente, l'art. 1339 scioglie l'antinomia generata dalla concorrente disciplina (convenzionale e legislativa) del medesimo fatto, a vantaggio di questa seconda: l'invalidità di una clausola protetta dalla disposizione attributiva di un potere di autonomia non può, dunque, che discendere da una norma di pari rango.

Sul piano tecnico, insomma, la conclusione appare ineluttabile: la norma di rango secondario non può incidere sulla libertà di determinazione del contenuto del contratto, perché la legge, con una norma imperativa, espressamente riserva a sé il compito e il potere di delimitare il perimetro di detta libertà.

Si dà, però, che dottrina e giurisprudenza prevalenti, ragionando in termini di potestà normativa delegata, siano inclini a sciogliere il dubbio in senso esattamente opposto.

2. – Il criterio per determinare in concreto l'ambito della potestà normativa legittimamente delegata dalla legge all'Autorità – secondo questo orientamento – risiede nella congruenza e corrispondenza dell'atto autoritativo con il fine che fonda la delega. Di qui l'affermazione che requisito necessario (e per taluni sufficiente) affinché l'atto regolatorio possa sostituirsi in tutto o in parte al contratto è che la disposizione di legge delegante: *i*) limiti la discrezionalità dell'amministrazione, mediante l'indicazione dei criteri e delle finalità ai quali la normazione secondaria deve attenersi e *ii*) affermi essa stessa il carattere imperativo (cogente e inderogabile) degli atti normativi delegati.

Trova, per questa via, sostegno teorico e giustificazione tecnica la singolare e inedita figura normativa della c.d. nullità in bianco; ossia di una nullità i cui esatti confini di operatività sono determinati *per relationem* ad atti futuri di apparati tecnici; nullità testuali a fattispecie virtuali: la norma dispone testualmente la nullità rinviando, quanto alla individuazione del precetto violato, all'atto dell'Autorità.

L'indebolimento del principio di legalità sostanziale – sotteso a questa costruzione – è sorretto da vari argomenti giustificativi. Tre i più ricorrenti: *i*) il particolare tecnicismo che caratterizza le attività economiche ricadenti nell'area d'influenza delle Autorità, il quale non tollera la fissità e rigidità della legge e reclama un rapido e continuo adeguamento delle regole “tecniche” all'evolversi repentino del mercato; *ii*) il duplice sindacato giudiziario sugli atti dell'Autorità: del giudice ordinario, che può disapplicarli e del giudice amministrativo, che può annullarli; *iii*) infine, la rafforzata partecipazione dei destinatari della norma alla sua produzione; una rafforzata partecipazione che renderebbe le determinazioni adottate dall'apparato tecnico non già una scelta autoritaria, ma “il componimento” (da una posizione terza e neutrale) dei diversi interessi in gioco.

Dei tre argomenti giustificativi, l'ultimo – ricorrente nella riflessione del civilista – a me pare davvero il più debole. E non tanto (o non solo) perché trascura il grave *deficit* di rappresentatività che caratterizza l'istruttoria che si svolge dinanzi all'Autorità, ma perché sembra dimenticare che la composizione d'interessi contrapposti attuata mediante una norma è sempre il frutto di una decisione, là dove la parola ‘decidere’ esprime a pieno il suo significato etimologico di *de-caedere*, tagliar via; eliminare una dualità o pluralità riducendola a unità.

La norma prodotta dall'Autorità, come qualsiasi altra norma, *sceglie* tra interessi confliggenti, sacrifica di volta in volta l'interesse dell'*incubent* o quello del nuovo operatore; sceglie tra quello

² Cfr. M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 271 ss.



dell'intermediario finanziario e quello del risparmiatore; decide quando, se e come l'interesse del consumatore prevale su quello del professionista o viceversa. E poco conta che la scelta normativa sia compiuta all'esito di un confronto parlamentare o al termine di un procedimento istruttorio volto a raccogliere le istanze dei diversi destinatari della decisione. Le aule parlamentari – dove ciascuna forza politica mira a proteggere determinati interessi a scapito di altri – non differiscono dagli uffici dell'Autorità, dove a confrontarsi sono gli interessi degli operatori coinvolti; si tratta solo di *diversi teatri*, che ospitano *il medesimo dramma* consistente nella lotta tra interessi contrastanti.

E la scelta – in quanto decisione autoritaria del conflitto – sancisce comunque il prevalere di una forza a scapito di quella contraria; tanto se compiuta dalle assemblee parlamentari, quanto se adottata da un apparato tecnico. È cioè una scelta politica. Né cessa di esserlo perché volta a promuovere la concorrenza o rimediare a fallimenti del libero mercato. Le diverse finalità che *giustificano* la decisione non valgono a renderla *neutra*. Solo ci dicono qual è il criterio della scelta che, nel caso dell'autorità, risiede nell'attuazione di una precisa politica economica, il più delle volte celata dietro lo schermo della competenza tecnica o della razionalità economica.

In conclusione: la norma prodotta dall'Autorità si colloca – nella scala gerarchica delle fonti – in posizione sotto-ordinata alla legge; né la “delega di potere” da parte della fonte primaria vale a superare il dato, ontologico, della provenienza della clausola eteronoma da una fonte di rango inferiore rispetto a quella attributiva del potere di autonomia³.

Si dà, tuttavia, che l'approdo dell'esperienza delle Autorità nei primi trent'anni dalla loro istituzione fa apparire vano ogni tentativo di difesa dell'autonomia contrattuale, qual è concepita e regolata dalla legge nel quadro di una ordinata ripartizione dei poteri prevista nella Costituzione⁴. E a chi, ostinatamente, insiste nel denunciare la illegittimità di questa torsione in senso a-democratico del processo nomopoietico si risponde con un argomento giuridicamente inconfutabile: *questo è il diritto vivente*.

Una 'espressione', *il diritto vivente*, che campeggia anche nella locandina di questo seminario e che – confesso con qualche pudore – provoca in me qualche sospetto, perché ogni volta che compare – anche nelle motivazioni o nei dispositivi delle sentenze, è, immancabilmente, impiegata per legittimare o delegittimare una certa interpretazione della legge; per negare la vigenza di un contenuto normativo o, in senso contrario, per rafforzarne il senso e allargarne la portata⁵.

E anche con riguardo al potere normativo delle cc.dd. autorità indipendenti (ma – come subito si dirà – allo stesso destino soggiace il creazionismo giudiziario, che altro non è che un potere normativo esercitato dal giudice) il richiamo al diritto vivente serve, esattamente, a giustificare la negazione di un contenuto normativo, perfino dotato di copertura costituzionale⁶, con un argomento che non necessita di una dimostrazione in termini giuridici (è cioè, come accennavo, *inconfutabile*), perché riposa sul dato sociologico della *effettività*, intesa qui come rilevazione – sul piano empirico – del modo in cui una data disciplina è applicata in concreto. Un argomento, insomma, *inconfutabile* e, per certi versi, *meta-giuridico*, che capovolge i termini del rapporto tra *law in action* e *law in book*, che – nella cultura giuridica del *civil lawyer* – assegna carattere recessivo alla *law in action*, rispetto alla *law in book*.

³ M. ORLANDI, *Contratti dell'energia elettrica e regolazione*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, II, Torino, 2015, 5 ss., spec. 13 ss.

⁴ Cfr. M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle Autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Padova, 2025.

⁵ È una delle acute riflessioni di E. RESTA, *Il diritto vivente*, Bari, 2013.

⁶ Così, autorevolmente: L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, Borsa tit. di credito*, 1997, 1 ss.



Si dà comunque, e per quello che qui interessa, che l'esperienza – ormai trentennale – delle autorità indipendenti ci riferisce di un diritto vivente che accorda a soggetti estranei al circuito istituzionale dell'art. 95 della Costituzione un potere normativo in una materia riservata alla legge.

3. – Vengo, rapidamente al secondo e analogo (dal punto di vista del disordine istituzionale) fenomeno del creazionismo giudiziale.

Ho ricevuto da Nicola Rizzo l'invito, devo dire davvero molto gradito, a partecipare a questa festa in onore del carissimo Carlo Granelli – al quale mi lega un'antica amicizia, risalente a un convegno barese organizzato da Lelio Barbiera (se non m'inganno nel lontano 1983), che ci vedeva – sotto lo sguardo severo di Ugo Natoli – sostenere tesi contrapposte in tema di multiproprietà. Sono trascorsi oltre quarant'anni da quell'incontro e l'amicizia e l'affetto per Carlo si sono irrobustiti e consolidati anno dopo anno. Ho ricevuto l'invito, dicevo, mentre ero immerso nella lettura delle pagine di Nicola Lipari raccolte nell'elegante volumetto dal titolo *Vivere il diritto*⁷. E devo confessare che le risposte del Maestro alle domande a lui rivolte dagli allievi Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario, hanno provocato in me un certo disagio, proiettandomi in una condizione emotiva simile a quella, tragica, del soldato giapponese di stanza in un'isola dispersa del Pacifico, ignaro della fine (e dell'esito) della guerra: inconsapevole della vittoria finale del *diritto materiale*, quale desumibile dai valori sociali e storici praticati dalla comunità, sulle polverose e inattuali norme custodite nelle leggi.

Nicola Lipari – con Paolo Grossi e Pietro Perlingieri (quest'ultimo, peraltro, con significative e non marginali differenze) – è certamente tra i più illustri e autorevoli giuristi che hanno promosso – con l'ausilio della giurisprudenza (specie, quella costituzionale) un crescente accreditamento del c.d. creazionismo giudiziario. Di quelle teorie, cioè, che predicano la necessità che il giudice, liberato dal compito di *applicare la legge* si curi, piuttosto, di *attuare l'ordinamento*. Rispondendo alla chiamata con la decisione più adeguata, ragionevole ed equilibrata suggerita dal concreto dell'esperienza; offrendo, cioè, alla domanda la risposta (ossia, il rimedio) concretamente capace di accordare una tutela effettiva⁸ all'appellante.

La norma – che nel tentativo d'impadronirsi del futuro s'industria nel descrivere fattispecie alle quali collega modelli di condotte doverose, lungi dal conseguire l'ambito risultato di ordinare in senso virtuoso i comportamenti dei consociati, rendendo ciascuno consapevole delle conseguenze delle proprie azioni – si rivela, all'osservazione di questa corrente di pensiero, essa stessa *la causa prima* di una strutturale *ingiustizia* sul piano sostanziale. Perché la singolarità (e irripetibilità) di ciascuna vicenda di vita ripugna l'astrattezza della fattispecie e reclama la soluzione che di volta in volta meglio si accordi alla peculiarità del caso. Detto con altre e più semplici parole: fatti diversi non possono essere regolati con la medesima norma; perché ciascuno di essi esige una risposta *ad hoc*, calibrata sulla propria unicità e irripetibilità.

La “giusta” disciplina giuridica da applicare al caso – perciò – non va cercata nella legge (che, nella sua generalità e astrattezza pretende di regolare nello stesso modo *fatti* tra loro diversi), ma nella forza creatrice della fatticità; va, cioè, ricostruita (dal giudice) alla luce dei valori sociali e storici praticati dalla comunità⁹.

⁷ Pubblicato per i tipi della ESI nel 2023.

⁸ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

⁹ Questo profilo avvicina notevolmente le posizioni di P. GROSSI – largamente esposte, in più riprese, in numerosi contributi e raccolte (con esemplare ed efficace sintesi) in *Ritorno al diritto*, Bari, 2015 – e quella di N. LIPARI, distesamente esposta in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.



La norma per decidere la ‘singola vicenda di vita’ che si offre alla valutazione del giudice, dunque, non *pre-esiste* all’accadere del fatto, ma risiede, *sta* nelle trame dell’esperienza. Vi sta nella forma di un *principio* che il giudice è chiamato a individuare per convertirlo in regola del caso concreto.

Il principio, che secondo l’indirizzo gius-positivistico e normativo è il prodotto di un ragionamento induttivo, che muove dall’esame delle norme particolari, si converte, così, in un ‘postulato’ dal quale – secondo l’andamento proprio del ragionamento deduttivo – il giudice fa derivare, *de-duce* sulla base delle circostanze del caso, la norma più adeguata a regolarlo.

La dialettica tra la norma, che enuncia un *dover essere* e il fatto, *dato nell’essere*, è così letteralmente capovolta: sono i fatti dati nell’essere che esprimono il dover essere¹⁰.

La fattispecie, dunque, cessa di fungere da *a priori* gnoseologicamente indispensabile¹¹, perché i principi, specchio dei valori che informano la società non descrivono accadimenti futuri ed eventuali, non si pongono a modello di fatti, ma costituiscono *la fonte della norma che il giudice deve applicare per decidere*.

E poco conta (come pure è stato osservato) se la decisione “nel segno dei valori” – in quanto consistente in una valutazione soggettiva del singolo decidente sulla *singola e irripetibile* ‘vicenda di vita’, si rivela – per sua intrinseca natura inidonea a “costituirsì in precedente” capace di giustificare l’attesa di una decisione futura a essa conforme¹². L’ontologica incapacità della “decisione” assunta mediante la diretta applicazione di principi o valori di farsi “precedente”, schiude al nostro orizzonte (parafrasando parole di U. Breccia) un futuro nel quale la demolizione della mitologia della certezza legislativa lascia il campo alla mitologia del disordine.

Torna alla mente l’ammonimento di un grande giurista cattolico, che in anni di trionfante regime fascista indicava nella confusione fra legislazione e giurisdizione l’atto massimamente disordinante che si possa concepire, perché “*fare di ogni giudice un legislatore e di ogni sentenza una legge è il modo migliore per distruggere la razionalità del diritto*”¹³.

4. – Mi avvio a concludere tornando alla domanda, con la quale ho esordito: cosa accomuna i due termini raccolti nel titolo di questo mio intervento, nel loro rapporto con l’autonomia privata?

Da un certo punto di vista, tanto il potere normativo delle autorità indipendenti, quanto il c.d. *creazionismo giudiziario* (che, poi, altro non è che il potere normativo esercitato dal giudice) sono percepiti additati (e giustificati) come indispensabili strumenti di sostegno dell’autonomia privata, perché volti a correggere fallimenti del libero mercato e a garantire, in concreto, quell’equilibrio tra le parti, in assenza del quale il principio di eguaglianza rischia di ridursi a poco più che un vuoto feticcio. Da altra prospettiva, e all’esatto contrario, sono entrambi percepiti come poteri antagonisti dell’autonomia privata, perché è la legge che riserva a sé il potere di limitarla almeno nella misura in cui la determinazione dell’autorità e la decisione del giudice siano reputate capaci di incidere sul contenuto del contratto, così come liberamente determinato dalle parti.

Agevole scorgere, sullo sfondo di queste due posizioni, premesse teoriche tra loro molto distanti: chi attribuisce al contratto una “dimensione sociale” e alla libertà di determinarne il contenuto la fun-

¹⁰ Sulla dialettica tra norma e fatto: N. IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984.

¹¹ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021.

¹² N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID., *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2023.

¹³ Le parole tra virgolette, tratte da C.A. JEMOLO, *Il nostro tempo ed il diritto*, in *Arch. Giur. Filippo Vassalli*, IV serie, vol. XXIII, f. II, 1936, 156, sono riportate da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 178.



zione di realizzare e promuovere rapporti giuridici patrimoniali equi e solidali, ravvisa nel potere normativo delle autorità indipendenti uno strumento necessario a dotare di armi pari i contraenti; in quello del giudice un mezzo per rispristinare – in applicazione dei principi di proporzionalità e solidarietà sociale – un equilibrio che si reputi ingiustamente alterato ¹⁴.

A chi – come chi vi parla – reputa che la norma posta dal comma 1 dell’art. 1322 cod. civ. sia *eticamente muta*, creazionismo giudiziario e potere normativo delle Autorità indipendenti si lasciano ridurre a unità nella prospettiva di un disordinato rapporto tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario, che caratterizza il nostro tempo.

Svaniti i partiti politici come fonte d’ispirazione e di raccolta del consenso, l’autentica legittimazione del potere politico italiano sembra cercare altrove il proprio fondamento. La lotta dei partiti e il conflitto degli interessi economici che in un sistema rappresentativo e democratico *precedono* e *giustificano* la posizione della legge si trasferisce – così – nella fase della sua interpretazione e applicazione.

Nel “vuoto” determinato dalla crisi del potere politico e della legge, suo strumento d’elezione (e sola risposta democratica ai problemi della società) trovano spazio poteri privi di un’investitura elettiva e legittimati, di volta in volta, da speciali competenze tecniche o asserita capacità di intercettare le istanze creative della fatticità.

Consentitemi, allora, di concludere richiamando le parole scelte da Massimo Luciani per congedarsi dal lettore del suo “Ogni cosa al suo posto”. Il quale, dopo aver riferito di alcuni anatemi scagliati da Roland Freisler all’indirizzo del positivismo – additato come *odiato figlio legittimo dell’individualismo*, che contrappone *la falsa neutralità della legge alla intrinseca moralità del popolo* tedesco; l’astratto e vuoto formalismo alla giustizia materiale – così conclude: “Roland Freisler – presidente del sanguinario *Volksgerichtshof* (Tribunale del popolo) – placò la sete di giustizia materiale del movimento nazionalsocialista, sacrificando i più elementari principi dello Stato di diritto. Chi ancora oggi, pur essendo animato dalle migliori intenzioni e stando mille miglia lontano dalle barbarie di quell’ideologia, avvertisse fastidio per l’attenzione alla forma e per il voluto mutismo etico delle dottrine positive del diritto dovrebbe almeno riconoscere che le strade alternative, percorse dal viandante malintenzionato, non menano alla salvezza, ma alla perdizione.

E nulla deve essere aggiunto.” ¹⁵.

¹⁴ Per tutti, G. ALPA, *Il contratto in generale, Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, proseguito da Schesinger, Milano, 2014.

¹⁵ M. LUCIANI, *op. cit.*, 260, 261.