

# Autorità indipendenti e contrattazione collettiva nei servizi di pubblica utilità

di Gregorio Gitti\*

**1. Le autorità indipendenti e il principio di autonomia contrattuale.** In questo scritto intendo proporre una rilettura del principio di autonomia contrattuale, così come sancito dall'art. 1322 cod. civ. da intendersi dunque come libertà delle parti di «determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative»; rilettura resa necessaria dall'esercizio da parte delle cosiddette Autorità indipendenti dei loro istituzionali poteri normativi, giacché questa produzione va assunta come un dato di fatto per l'ordinamento giuridico<sup>(1)</sup>.

Intendo concentrare l'attenzione sull'esercizio da parte delle Autorità di poteri in grado, addirittura, di *limitare* l'autonomia contrattuale sul proprio campo di elezione, ossia come libertà di determinare il contenuto del contratto, prendendo in esame in particolare il contratto «amministrato» nei servizi di pubblica utilità. Gli esempi sono cospicui e significativi anche in altri settori (basti pensare al contratto «amministrato» nel settore dei servizi e dei prodotti assicurativi, nel settore dei servizi e dei prodotti finanziari e nel settore dei servizi di investimento, la cui negoziazione de-

\* Professore straordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Milano.

1) Ritengo infatti il dibattito sulla *copertura* costituzionale della produzione normativa delle Autorità indipendenti se non completamente superato in forza della concorrente e osmotica copertura assicurata alla maggior parte della stessa produzione dal diritto comunitario (cfr., da ultimo, Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, 2000, p. 55 ss.; Idem, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 89 ss.), certamente di retroguardia e ormai sovrabbondante se si hanno minimamente presenti le coordinate del dibattito condotto dalle scuole di Feliciano Benvenuti e di Massimo Severo Giannini sulla *Wirtschaftsverfassung* nell'ordinamento italiano. Senza alcun intento polemico, mi sembra comunque utile ricordare che il legislatore tedesco, con molti meno appigli costituzionali (sui quali da tempo Forsthoft, *I limiti costituzionali dell'intervento dello Stato nell'economia della Repubblica Federale tedesca*, in *Problemi della pubblica Amministrazione*, Bologna, 1958, I, p. 252, e E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953, I, p. 30, tra gli altri, ci hanno adeguatamente informati), ha dato rilevanza, per esempio, alla disciplina autoritativa in materia di contratti di somministrazione di *commodities* perfino nel BGB (§ 310) al fine della disapplicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. Questa opinione sulla *copertura costituzionale* della disciplina normativa di fonte autoritativa mi sembra, in ogni caso, rappresentata e condivisa anche dalla recente Relazione della cosiddetta Commissione Frattini al Ministro per la Funzione pubblica.

ve essere eseguita nei mercati regolamentari dei prodotti finanziari derivati) e si allineano in un unico quadro di riferimento dove diverse Autorità si preoccupano non solo di tutelare i diritti degli utenti, ma anche di garantire la concorrenza e insieme la stabilità del sistema nel *mercato dei servizi al pubblico*.

In questo ambito da quando le Autorità indipendenti hanno incominciato ad esercitare i propri poteri normativi incidendo sull'autonomia contrattuale dei settori economici sottoposti alla loro vigilanza è finito, anche dal punto di vista ideologico il cosiddetto processo di commercializzazione del diritto civile voluto fortemente da Filippo Vassalli e deciso per così dire all'ultimo momento, checché ne dica la relazione del Guardasigilli, soltanto il 4 gennaio 1941 dall'allora Consiglio dei ministri<sup>2)</sup>.

È un ritorno all'Ottocento: il diritto civile dei *contratti* si è ritirato nell'ombra, o meglio il *contratto*, oggetto di negoziazione e quindi termine di riferimento dell'autonomia privata, è tornato ad essere per il contraente individuale persona fisica una mera modalità di acquisto della proprietà, ed aggiungerei prevalentemente di quella immobiliare. In questo ambito il rilievo economico dell'autonomia negoziale coincide con quello dei negozi notarili e con quello delle vendite immobiliari in particolare.

## 2. Il contratto amministrato nel settore dei servizi di pubblica utilità.

Non sembri paradossale, ma è proprio alle attività tradizionalmente qualificate come servizi pubblici e in particolare alla profonda revisione della loro disciplina – indotta dai processi, di fonte comunitaria, di privatizzazione delle imprese esercenti in regime di monopolio, di liberalizzazione dei mercati, di ridefinizione dell'ambito e delle modalità di garanzia dell'universalità dei servizi – che lo studioso del diritto dei contratti deve prestare la sua maggiore considerazione.

Atterrito il quadro normativo che assicurava al monopolista il suo regime di privilegio, derogatorio di quasi tutte le regole del codice civile sul presupposto che ciò fosse necessario al fine superiore della realizzazione dell'interesse pubblico, il civilista ha la sensazione di passeggiare, dal suo punto di vista, in un giardino rifiorito: da una parte un mercato definito «libero» dove esercenti, al plurale, e clienti ritenuti «idonei» negoziano in modo classico, secondo quanto prevede l'art. 1322 cod. civ., il contenuto dei loro contratti di somministrazione, dall'altra un mercato che, sebbene sia definito «vincolato» alla tutela delle posizioni soggettive contrattuali della massa degli utenti, trova all'interno della sua stessa disciplina la previsione di forme nuove e più aggiornate di autonomia con-

2) Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, pubblicato originariamente in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Nuova Serie, vol. I, 1947, p. 76 ss., poi in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 605 ss. (come avverte l'Autore nell'ultima nota, si tratta dello sviluppo di un discorso pronunciato nel 1942 e pubblicato, con il titolo *Il nuovo codice civile*, nella *Nuova Antologia* del 1° giugno 1942, vol. 77, p. 159 ss.), in part. p. 612, 616-617 in nota.

trattuale delle parti, da intendersi come partecipazione delle loro associazioni ad un processo più complesso di definizione dei prezzi, dei livelli qualitativi delle prestazioni e delle altre condizioni negoziali, che potrebbero addirittura proporsi, a mio giudizio e non è una provocazione, come modello di riferimento per altri settori di servizi al pubblico di più risalente tradizione privatistica.

La fonte dalla quale è possibile ricavare principi e regole comuni sulla disciplina dei rapporti di utenza è la legge 14 novembre 1995, n. 481, la quale, come è noto, ha pure istituito le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni. Alle Autorità la legge ha conferito poteri di intervento diretto e di regolazione al fine generale «di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza [...] nonché adeguati livelli di qualità nei servizi in condizione di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale [...] e] promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e dei

consumatori»<sup>3)</sup>. Tra questi spicca il potere di adottare «direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori»<sup>4)</sup>. «Tali determinazioni producono [...] effetti» particolari: «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» che il soggetto esercente il servizio stesso deve predisporre nel rispetto dei principi di cui alla legge in esame. Su questa efficacia converrà riflettere per proporre una convincente qualificazione della fonte.

Innanzitutto va riconosciuto che questo disegno legislativo basato sulla regolazione dei diversi profili del rapporto di utenza non ha avuto completa e uniforme attuazione perché le discipline di riforma e liberalizzazione dei singoli settori hanno istituito sistemi regolativi parzialmente diversi<sup>5)</sup>.

3) Art. 1, primo comma, legge 14 novembre 1995, n. 481.

4) Art. 2, dodicesimo comma, lettera h), legge 14 novembre 1995, n. 481.

5) L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata certamente impedita nell'esercizio dei poteri regolativi, previsti in linea generale dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 in relazione alla determinazione delle tariffe, dei livelli di qualità dei servizi e delle altre condizioni contrattuali di utenza, dalle successive scelte legislative di settore del 1997 (si tratta della legge 31 luglio 1997, n. 249, e del d.p.r. 19 settembre 1997, n. 318) a favore dell'autoregolazione unilaterale delle imprese; tutto ciò sul presupposto dell'esistenza, appunto, per legge di un regime di concorrenza e della possibilità della scelta punitiva dell'utente, salvo poi accorgersi, meno di due anni dopo, da parte dell'Autorità e su suggerimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (cfr. il provvedimento Tim/Omnitel 7 gennaio 1999, n. 6759), dell'esistenza, invece, effettiva di accordi di cartello sulle tariffe tra i due maggiori operatori delle comunicazioni fisso-mobile. Diverso l'approccio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che, sebbene in vista della data di liberalizzazione del mercato relativo alla vendita del gas (1 gennaio 2003), ha ritenuto necessario adottare una direttiva (di cui alla delibera 18 ottobre 2001, n. 229, con entrata in vigore dal 1 marzo 2002) «concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti

È stata certamente l'Autorità per l'energia elettrica e il gas che ha interpretato in modo compiuto i suoi poteri normativi nel quadro di riferimento generale della legge n. 481 del 1995 e con riguardo alla disciplina del rapporto di utenza.

In relazione al mercato vincolato, i fronti di intervento sono stati, a partire dal 1999, sia quello della determinazione<sup>(6)</sup>, ispirata al criterio antimonopolistico dell'orientamento ai costi, della cosiddetta «tariffa base» e del vincolo di *price cap* all'adeguamento automatico – in una con l'imposizione a tutti gli esercenti di negoziare, anche «congiuntamente», con le associazioni degli utenti e consumatori un codice di condotta commerciale per convenire «norme di comportamento finalizzate a garantire la necessaria trasparenza e correttezza nell'offerta delle opzioni tariffarie e speciali ai

clienti del mercato vincolato»<sup>(7)</sup> – sia quello della definizione mediante direttiva delle stesse condizioni contrattuali<sup>(8)</sup>.

È rilevante però – al fine di indagare la natura dell'atto a contenuto normativo e generale che prende il nome di direttiva e che ha effetto, come si diceva un attimo fa, modificativo del regolamento di servizio predisposto dall'esercente – verificare altresì il procedimento della sua formazione.

L'Autorità ha utilizzato il potere di disciplinare, ai sensi del capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241 (la disciplina generale in materia di procedimento amministrativo) le audizioni periodiche delle associazioni dei consumatori e degli utenti, conferite dall'art. 2, ventitreesimo comma, della legge 14 novembre 1994, n. 481, prevedendo, prima, nella delibera 16 maggio 1997, n. 44 e, poi,

finali attraverso reti di gasdotti locali, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481» e così motivare le ragioni dell'adozione stessa: «la direttiva proposta non esaurisce i suoi effetti nel momento in cui tutti i clienti saranno idonei [1 gennaio 2003, n.d.r.], a motivo della probabile permanenza di soggetti in posizione dominante nel mercato che potranno ostacolare la formazione di offerte concorrenti tra cui il consumatore possa scegliere, nonché della difficoltà, per i consumatori di minori dimensioni, di attrezzarsi improvvisamente a confrontare offerte diverse e operare una scelta razionale. L'Autorità ritiene pertanto che l'estensione dell'idoneità alla totalità dei consumatori non debba comportare il venir meno di misure di tutela, dirette in particolare verso le categorie meno protette, affinché esse possano cogliere tutti i benefici della concorrenza» (Documento per la consultazione «Condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas naturale a clienti finali attraverso reti di gasdotti locali» approvato e diffuso dall'Autorità in data 6 dicembre 2000).

6) Ai sensi dell'art. 2, dodicesimo comma, lettera e) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

7) Art. 4, delibera (Autorità per l'energia elettrica e il gas) 29 dicembre 1999, n. 204.

8) Con riferimento al mercato libero dell'energia elettrica l'Autorità in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 6, primo comma, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 – con il quale è stata data attuazione alla direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica – ha deliberato (n. 78/1999) la «definizione di alcune clausole negoziali da inserire nei contratti bilaterali di fornitura» indispensabili al fine di interesse pubblico generale del corretto funzionamento del sistema elettrico e perciò, a mio avviso, in modo imperativo. Forse anche per questa ragione l'intervento dell'Autorità si è però limitato a riconoscere alle parti un diritto di recesso unilaterale, con preavviso di sei mesi per i clienti idonei e di anno per il fornitore. Con riguardo invece al mercato libero del gas, in mancanza di una delega in bianco quale quella configurata dall'art. 6, primo comma, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, l'Autorità si è limitata a prevedere – nella recente delibera 18 ottobre 2001, n. 229 che ha adottato le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas naturale ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali definite «inderogabili» per i clienti del mercato vincolato – che le stesse condizioni contrattuali «sono anche proposte in modo trasparente, come condizioni contrattuali di riferimento, dall'esercente il servizio di vendita ai clienti del mercato libero. Fermo restando l'obbligo di proporre tali condizioni contrattuali, l'esercente può offrire come opzioni aggiuntive differenti condizioni contrattuali, che il cliente del mercato libero può negoziare con l'esercente e scegliere in alternativa».

nella delibera 7 maggio 1999, n. 56, la convocazione di «audizioni speciali» al fine di 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», tra i quali rientrano anche i provvedimenti di determinazione delle tariffe. La disciplina in senso stretto dei procedimenti per la formazione di atti normativi e atti a contenuto generale<sup>9)</sup> prevede poi la pubblicazione sul Bollettino o in altra forma ritenuta idonea, di un avviso relativo all'avvio del procedimento. La delibera con cui l'Autorità ne dispone l'apertura, oltre a designare il relatore e il funzionario responsabile, fissa il termine entro il quale è possibile far pervenire all'Autorità osservazioni o memorie scritte. La partecipazione degli interessati, esercenti, utenti e associazioni rappresentative di quest'ultimi, può essere resa maggiormente efficace dalla diffusione di versioni preliminari del provvedimento da adottare al fine di acquisire osservazioni scritte e dalla convocazione di audizioni speciali, anche individuali.

Il provvedimento adottato all'esito di questo procedimento partecipativo è certamente qualificabile come atto amministrativo negoziato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11, secondo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Gli effetti mi sembrano rilevanti, poiché a tale atto sono ap-

plicabili, in quanto compatibili, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Evoco un esempio concreto, il più recente: la direttiva n. 229/2001 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha definito le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali. Nell'ambito di questa direttiva – negoziata lungo il corso di un anno con le parti interessate, gli esercenti il servizio e le associazioni maggiormente rappresentative degli utenti e consumatori, iscritte all'elenco di cui all'art. 5 della legge 30 luglio 1998, n. 281, – le condizioni contrattuali così determinate sono definite «inderogabili», ma solo *in peius*, per i clienti del mercato vincolato, mentre sono definite «condizioni contrattuali di riferimento» per i clienti del mercato libero.

Se inforchiamo gli occhiali del civilista, e a porgerli, come si è detto, è la disciplina generale italiana sul procedimento amministrativo, riusciamo a vedere che una negoziazione di tipo corporativo, perché coinvolge tutti gli imprenditori di un determinato mercato e le associazioni maggiormente rappresentative degli utenti e consumatori, non può che produrre clausole d'uso in quello stesso mercato, analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto avviene nel procedimento ricognitivo degli usi da parte delle Camere di commercio: nel nostro caso l'usualità non deriverebbe però dalla reiterazione ed uniformità di osser-

9) Delibera (Autorità per l'energia elettrica e il gas) 30 maggio 1997, n. 61, recante «disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas».

vanza di clausole e comportamenti di interesse contrattuale, ma dalla rappresentatività dei soggetti che queste clausole elaborano.

In tal modo ritengo giustificabile l'efficacia, integrativa o modificativa, dell'atto amministrativo negoziato spiegata nei confronti del Regolamento di servizio, vale a dire del negozio normativo<sup>(10)</sup> costitutivo delle condizioni generali di contratto, di ciascun esercente il servizio, secondo quanto disposto dall'art. 2, trentasettesimo comma, della legge 14 novembre 1995, n. 481, ma anche per effetto del combinato disposto dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 1321 c.c. Nel nostro caso, le clausole d'uso mantengono peraltro la propria *compatibile* natura negoziale, giacché, secondo la stessa direttiva dell'Autorità, possono essere derogate *in melius* ed in modo trasparente, nel rispetto del principio di non discriminazione, nei singoli contratti di somministrazione da ciascun fornitore e dai suoi utenti.

Si è insomma prodotto molto più di un corto circuito lessicale se nell'ambito dei servizi di pubblica utilità la formula descrittiva iniziale del «contratto amministrato» si è trasformata, come in un chiasmo, nella tecnica qualificazione di un atto amministrativo negoziato corporativamente cui per diritto positivo risultano applicabili le norme in materia di contratti. Tanto che il civilista, felice dell'inspe-

rata soluzione, osa perfino chiedersi se a quest'atto sia o meno applicabile anche la disciplina delle clausole vessatorie. In altra sede ho già detto che la negoziazione di un contratto regolamentare tra le associazioni maggiormente rappresentative dei professionisti e dei consumatori ed ora, aggiungo, anche l'adozione di un atto amministrativo negoziato corporativamente sono in grado di garantire, proprio in virtù del meccanismo negoziale, un sufficiente punto di equilibrio tra gli opposti interessi dei contraenti, senza indulgere all'obiettivo, oggettivamente difficile da raggiungere, di evitare contaminazioni, sempre possibili, del modello, oggetto dell'accordo, da clausole vessatorie<sup>(11)</sup>. In definitiva se la negoziazione e conclusione di un contratto regolamentare come pure l'adozione di un atto amministrativo negoziato corporativamente non valgono ad escludere la tutela riconosciuta dal codice civile al *singolo* consumatore ex artt. 1469 *ter* e 1469 *quinquies*, producono però in capo alle associazioni rappresentative dei consumatori l'elisione di ogni interesse a far valere l'azione inibitoria ex art. 1469 *sexies* dall'uso del modello concordato.

**3. Conclusioni.** Sintetizzando i risultati a cui credo di essere pervenuto sui limiti imposti all'autonomia contrattuale nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, mi pare di poter

10) Per la motivazione di tale qualificazione cfr. G. Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 233 ss.

11) È questa per esempio la posizione del legislatore tedesco che al § 310 BGB, secondo alinea, ritiene inapplicabili i §§ 308 e 309 ai contratti aventi ad oggetto la fornitura di energia elettrica, gas ed acqua sul presupposto della regolazione autoritativa.

affermare che il potere di tipizzazione contrattuale è stato invece sistematicamente esercitato anche per il fine di riaprire alle regole del mercato il vecchio presidio dei servizi pubblici. Con questo spirito perfino l'atto di esercizio del potere di regolazione ha abbandonato il vecchio cliché dell'atto unilaterale d'imperio espressione della sovranità dello Stato per assumere la diversa veste dell'atto amministrativo negoziato soggetto ai principî della disciplina codicistica dei contratti. Il riferimento ancora una volta ad una negoziazione associativa induce l'interprete a pro-

porre la qualificazione di simili provvedimenti come di atti a normazione diffusa o sociale che dir si voglia, in sintonia con la definizione, prevista dall'art. 1322 c.c., del principio di autonomia contrattuale e dei suoi limiti. Sicché la normazione delle Autorità indipendenti non solo è in grado di convivere con l'autonomia privata, ma ne riconferma e ne esalta la funzione, adattandola a contesti diversi e nuovi. Si tratta, in definitiva, della partecipazione dell'associazionismo alla funzione di normazione, che evoca, osiamo dire, aspetti di vero e proprio «neocorporativismo».

#### Errata corrige.

Per un errore redazionale il testo dell'articolo «Paolo VI e Brescia» di Giovanni Bazoli è stato composto e pubblicato con un inesatto apparato di note e di rimandi bibliografici.

Pubblichiamo qui di seguito il testo corretto delle note, scusandoci con l'Autore:

- 1) *Insegnamenti di Paolo VI*, X (1972), Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano, pag. 255
- 2) *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, V, 3 (1982), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano.
- 3) *Insegnamenti di Paolo VI*, VIII (1970), op. cit., pag. 943.
- 4) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 647.
- 5) *Insegnamenti di Paolo VI*, VIII (1970), op. cit., pag. 941
- 6) M. Martinazzoli, *Una cittadinanza che onora la storia e la terra bresciana*, in *Paolo VI – Un Papa bresciano a Roma*, Istituto Paolo VI – ed. Studium, Brescia–Roma 1998, p. 14.
- 7) L. Fossati, G.B. Montini e il clero bresciano, in *Paolo VI e Brescia*, Editrice La Scuola, Brescia 1971, pag. 337 ss.
- 8) G.B. Montini, prefazione a A. Cistellini, Giuseppe Tovini, Editrice La Scuola, Brescia 1954, pag. I.
- 9) *Insegnamenti di Paolo VI*, I, (1963), op. cit., pag. 659.
- 10) *Insegnamenti di Paolo VI*, I, (1963), op. cit., pag. 657-8.
- 11) *Insegnamenti di Paolo VI*, XV (1978), op. cit., pag. 590.
- 12) *L'anno liturgico con Paolo VI*, (1969), Libreria Editrice Vaticana, Roma 1992–93, pag. 248.
- 13) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 659.
- 14) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 660.
- 15) G. Battista Montini, *Discorsi Milanesi*, (1961), a cura di G.E. Manzoni, Istituto Paolo VI, Ed. Studium, Roma 1997, pag. 4568 ss.
- 16) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 171.
- 17) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 660.
- 18) *Insegnamenti di Paolo VI*, I (1963), op. cit., pag. 657.