

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5490 del 21 luglio 2021, intervenendo in tema di integrazione del contratto, ha indicato le condizioni necessarie affinché possa essere eterointegrato da una fonte amministrativa.

In generale, gli atti di fonte secondaria condizionano in vario modo lo svolgimento dell'autonomia privata, giungendo anche a limitarne il campo elettivo di esplicazione, nella misura in cui: dettano il procedimento di formazione del contratto e le modalità di informazione precontrattuale; prescrivono forme *ad substantiam* e requisiti di forma-contenuto; impongono il compimento di negozi giuridici o ne vietano la stipulazione; disciplinano il comportamento da tenersi nella fase esecutiva. Tale circostanza, e cioè quella della sussistenza di regole restrittive della libertà contrattuale che scaturiscano da atti di autorità amministrative, pone il problema delle condizioni in presenza delle quali tali fonti subprimarie sono abilitate a disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza delle leggi o degli atti aventi forza di legge.

Senza dubbio la fonte amministrativa secondaria deve necessariamente operare su espressa delega del legislatore: la necessaria intermediazione della legge si desume, non solo dalla natura relativa della riserva di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione (la libertà di fare contratti strumentali all'esercizio dell'iniziativa economica è infatti costituzionalmente protetta nella stessa misura in cui riceve protezione l'iniziativa economica, ovvero nella stessa misura in cui è tutelata la proprietà dei beni negoziati), ma anche dalle pertinenti disposizioni del codice civile. L'art. 1372 c.c., nell'attribuire “forza di legge” alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare “in via amministrativa” l'assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nell'accordo stesso. In definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti. L'art. 1339 c.c., secondo il consolidato orientamento interpretativo, si riferisce non soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto, ma anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata. Ciò posto, la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa ma deve contenere anche un corredo minimo di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto e ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto, in virtù del quale non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115). Per le stesse ragioni, deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione *ab externo* sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa.

Tale fenomeno normativo si rinviene, ad esempio, nella produzione pubblica di regole di governo del mercato: la regolazione di tale settore, in definitiva, viene demandata all'impiego dei contratti. In tali ipotesi, evidentemente, l'inadempimento delle relative obbligazioni non assume rilievo soltanto sul piano delle relazioni intersoggettive ma è idoneo a ripercuotersi sul funzionamento dell'intero mercato. Da ciò consegue che, in caso di violazioni degli obblighi contrattuali, l'inadeguatezza dei tradizionali rimedi civilistici interni alle ragioni del contratto rende necessario l'esercizio di poteri correttivi pubblicistici idonei ad estendere il proprio raggio d'azione al di là dello stretto perimetro definito dall'interesse delle parti (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4422). L'interazione della disciplina codicistica con le regole del mercato, infatti, pur non essendo in grado di estirpare il contratto dalle sue radici volontaristiche, ha indubbiamente determinato un appannamento della figura paradigmatica del contratto civilistico inteso come sistema articolato di libere transazioni.

Riferimenti Normativi:

- art. 41 Cost.
- art. 42 Cost.



La “conformazione amministrativa” del contratto

Diritto amministrativo Amministrazione

Cristina Tonola

21 | 07 | 2021

- art. 1339 c.c.
- art. 1372 c.c.
- art. 1374 c.c.