

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

**Novembre-Dicembre
2016**

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

REQUIEM PER LA GIURISDIZIONE COSTITUTIVA? (1)

SOMMARIO: 1. Un nuovo potere amministrativo? – 2. La situazione giuridica soggettiva dei singoli contraenti e il rapporto giuridico quali oggetti diversi dell'esercizio del potere costitutivo-estintivo. – 3. Conseguenze sul modo di essere della tutela giurisdizionale. – 4. L'intangibilità delle garanzie della giurisdizione costitutiva.

1. – Affidato all'esame dello studioso del diritto processuale⁽²⁾, il contributo di esordio della collana «*Il diritto amministrativo: variazioni*» (diretta da Giacinto della Cananea, Daria de Pretis, Marco Dugato, Aristide Police e Mauro Renna) lascia subito precipitare una considerazione sgomenta: se è ormai possibile che «gli atti amministrativi possono costituire rapporti contrattuali», «non essendo necessario che le parti si manifestino la reciproca volontà di stipulare un contratto» (p. 225); ed è pure possibile che «possono determinare l'estinzione di rapporti negoziali» (p. 226 s.), il tutto rimanendo stabilmente al di fuori di ogni «norma di legge attributiva dello *specifico* potere esercitato», a che serve più il chiuso catalogo legale della giurisdizione costitutiva? Che senso ha più che (soltanto) sopra il giudice –il potere dello Stato più di ogni altro munito di garanzia dalla Costituzione– continui a incombere la legge per abilitare caso per caso l'esercizio del potere di «costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti» (art. 2908 c.c.)?

Infatti, se vera fosse la premessa che «gli atti amministrativi possono produrre quale effetto la costituzione di un rapporto contrattuale tra privati, ma possono altresì (...) determinare la sua anticipata estinzione» (p. 4), allora l'ordinamento rimarrebbe seriamente esposto a censure di (in)coerenza poiché, dopo aver mandato il giudice soggetto alla legge (*praevia, stricta*) del caso, viceversa lascerebbe l'amministrazione arbitra dell'«esercizio di un potere amministrativo discrezionale» tale per cui l'effetto costitutivo o estintivo «non proviene direttamente e immediata-

(1) A proposito di Angela Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino 2016.

(2) Com'è accaduto il 20 giugno 2016 per la presentazione del volume nella sede del Dipartimento di scienze sociali dell'Università di Napoli Federico II, dove sono stato invitato a intervenire insieme ai colleghi Stefano D'Alfonso, Giacinto della Cananea, Lucilla Gatt, Renata Spagnuolo Vigorita e Aldo Sandulli.

mente dalla legge» (p. 11). In sintesi, si tratterebbe di un potere tanto atipico quanto minacciosamente autoritario e illiberale: invero, «se il requisito della tipicità è rispettato dal potere conformativo nel suo complesso, non è altrettanto tipico il contenuto degli atti adottati (...). Dunque, i privati subiscono un'incisione della propria libertà negoziale (...) altresì con obblighi decisi dall'autorità in modo discrezionale perfino con riferimento al *quid*» (p. 106).

Peraltro, la sinossi con la giurisdizione costitutiva rivela ulteriori profili di suggestione (e di preoccupazione): per un verso, finanche l'attività amministrativa con effetti costitutivi (e però) condotta da un magistrato (è il tema della volontaria giurisdizione, dichiaratamente estraneo al volume: cfr. p. 24, nt. 49) sarebbe destinata a rispondere al rigoroso principio di tipicità; e, per altro verso, i minimi standard di legalità esigibili nell'attività amministrativa del genere qui considerato (al massimo, una riserva relativa di legge: p. 204 ss.) non rimarrebbero conclusi entro i soli confini di questa, potendosene apprezzare riverberi nel processo giurisdizionale, dove (ben) altro è il grado di riserva fatto alla legge (artt. 108, 111, 117 Cost.).

Si pensi, per stare a un esempio tratto dal libro, allo stabilimento per via amministrativa della forma del contratto, «di cui si preved[a] un obbligo di forma *ad substantiam* o *ad probationem*» (p. 108). Di siffatta scelta discrezionale risentirebbe, all'evidenza, anche la tutela delle parti in causa (derivandone che «la prova per testimoni è ammessa soltanto (...) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova»), la quale per le sue forme va incontro all'art. 2725 c.c. E dunque, più non sarebbe vero, come è scritto *lì*, che può essere soltanto «la legge o la volontà delle parti» a prevedere che «un contratto deve essere provato per iscritto». *Qui* – difatti – non sarebbe (stata) l'una né l'altra.

2. – Un senso di sollievo, però, ritorna allo studioso del diritto processuale quando prende a misurare con le sue unità concettuali la (ipotetica) produzione degli specifici effetti costitutivi di rapporti contrattuali per via di amministrazione: l'a. – va premesso – enuncia, riguardo ai c.d. atti amministrativi conformativi eletti a categoria *self-standing*, che «diversamente dai diritti potestativi, il titolare del potere è e resta estraneo al rapporto giuridico su cui il potere va ad incidere. Infatti, la conformazione avviene sull'autonomia negoziale dei privati (in astratto) e si realizza (in concreto) sui rapporti contrattuali in cui l'autorità non è parte. Si esplica attraverso atti unilaterali ed è esercitato dal titolare per un interesse non proprio» (p. 258).

Così, vien fatto di pensare che per l'azione conformativa di cui si discute e l'effetto costitutivo-estintivo che ne dipende(rebbe) sia da prendere a riferimento piuttosto che il «rapporto», o addirittura il contratto (di cui non mi pare invece azzardato sostenere che si tratta di entità destinata a precedere e a seguire –in ogni caso– l'esercizio del potere amministrativo indagato e a rimanerne quindi indifferente nell'*an*), la situazione giuridica soggettiva di ciascun contraente o di entrambi (ma individualmente), e non già il rapporto (comunque) in atto tra di loro.

La deduzione prende corpo leggendo il § 2.5 del capitolo VI (*Profili strutturali e funzionali degli atti amministrativi conformativi*), dove nessun cenno è fatto agli effetti di costituzione o estinzione vera e propria di rapporti giuridici, quanto e soltanto di «conformazione automatica del contratto» ovvero di «obbligo di conformazione» (p. 260), il che implica l'incapacità dell'Amministrazione di dare o togliere vita (complessivamente) all'atto di autonomia negoziale altrui, anzi pre-supponendone l'attualità; e di più ancora leggendo quanto, pur muovendo dall'affermazione per cui «sempre» di effetti di natura costitutiva si tratterebbe (p. 239), l'a. intende dire affermando che «sono sempre due sfere giuridiche private interessate dall'esercizio del potere (conformativo)» (p. 259).

Ma allora: è la singola situazione giuridica soggettiva dei destinatari a venire in rilievo o la postulata efficacia costitutiva (o estintiva) del loro rapporto o contratto? Per l'a. non fa nessuna differenza, tant'è che «l'efficacia costitutiva –individuata come tratto caratterizzante della categoria– può declinarsi nelle sue varie articolazioni di costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva, *che per gli atti conformativi corrisponde sempre a un rapporto contrattuale*» (p. 239).

Senonché, quando non per mutare il lamento del processualista in danza, certo per continuare a proiettare nel futuro dell'ordinamento e ancora con nettezza la figura unica del potere giurisdizionale autenticamente costitutivo stanno gli esempi offerti dallo studio.

Nell'unico caso (cfr. p. 98 s., 225 s.) di c.d. «contratto imposto» (siccome il caso dell'«obbligo a contrarre» vedrebbe risolto soltanto nella giurisdizione il suo momento costitutivo finale), sussiste, a mio giudizio, ampiezza di argomenti per una ricostruzione alternativa, in cui fonte delle obbligazioni di ciascuna parte all'esito dell'esercizio del potere amministrativo conformativo non diviene alcun *nuovo* «contratto», ma eventualmente l'«atto [amministrativo] idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.), una – cioè – delle *variae causarum figurae*.

A proposito del *contratto imposto*, scrive l'a.: «l'autorità ha quindi determinato l'ultra-attività dell'efficacia del contratto oltre quanto l'accordo delle parti avesse inteso» (p. 102), avendo una di esse già utilizzato il potere di avvalersi della clausola risolutiva inserita nel medesimo atto. Ma questo non è sufficiente, secondo me, a ritenere che si sia proceduto così per via amministrativa «all'instaurazione *ex auctoritate* di un rapporto negoziale il cui contenuto è altresì stabilito dall'autorità amministrativa» (p. 103).

Il rapporto, pur diversamente conformato e destinato a proseguire, non appare nuovo, né il provvedimento amministrativo ha (altra) capacità di incidere che sull'efficacia di un singolo potere privato, di cui viene a neutralizzare precariamente l'effetto: ferma o rimossa che sia quest'efficacia, il rapporto rimane comunque lo stesso, intangibile nella sua identità, e non si realizza alcun avvicendamento tra uno originario e genuinamente privato e un altro sopravvenuto *iure imperii*, come più in generale può accadere in relazione alla non-esercitabilità sopravvenuta *per factum principis* di un potere privato derivante da un contratto normativo (il caso delle convenzioni di arbitrato di cui all'art. 1, comma 25°, della Legge Severino e alla sentenza della Corte cost. n. 108/2015 potrebbe servire da paradigma della permanenza del medesimo vincolo convenzionale, *i.e.* dello stesso contratto fino alla eventuale rimozione della causa di inefficacia sopravvenuta del potere unilaterale di accesso agli arbitri).

Né diverso è il caso dell'atto amministrativo con pretesa efficacia estintiva del rapporto o del contratto altrui: neppure di tanto si dà un vero esempio, anzi qui è già il lessico dell'a. che milita – in rapporto al solo esempio che pure vi sarebbe ricondotto – nel senso che non si tratta, quanto al potere pubblico di conformazione, di causa di per sé efficiente dell'estinzione. Invero, dell'atto di specie si dice che ha «imposto l'estinzione», e non che abbia estinto *tout court* il rapporto (cfr. p. 227).

Il processualista, insomma, può ancora sperare che a «costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti» rimanga, a modo suo, l'A.G.

3. – La differente unità di misura concettuale registrata non manca di conseguenze ulteriori, queste essendo naturalmente apprezzabili nel campo della tutela giurisdizionale più che altrove (campo dove anche altri sono i luoghi della trattazione di interesse per lo studioso del diritto processuale, uno su tutti: quello relativo agli strumenti di controllo della discrezionalità tecnica, cfr. p. 308 s.).

L'a. dichiara: «caratteristica degli atti conformativi è che essi incidono su un rapporto contrattuale. Gli atti amministrativi normalmente incidono sulla sfera giuridica di un soggetto, invece gli atti oggetto del presente studio presentano tale specifica e distintiva peculiarità di esplicitare i propri effetti non su una posizione giuridica, bensì su un rapporto negoziale. Questa caratteristica reca seco numerose ulteriori conseguenze che saranno approfondite, tra le quali risalta con immediata evidenza quella di avere sempre almeno due destinatari dell'atto (uno diretto, ovvero il destinatario dei vincoli, ed uno indiretto, ovvero la controparte negoziale, che potrà assumere diverse posizioni rispetto all'atto, di ampliamento o restrizione delle proprie facoltà)» (p. 107).

Ora, di là del fatto che alla vera e propria costituzione ovvero estinzione di rapporti negoziali dovrebbe poter seguir(e) l'accesso delle situazioni protette anche a forme di tutela diretta del G.O. (con eventuale disapplicazione dell'atto amministrativo e, in astratto, azionabilità anche del regolamento *ex art. 41, comma 2°, c.p.c.* da parte dell'Amministrazione), non appare consustanziale al fenomeno alcuna asimmetria nella legittimazione ad agire e tanto meno nella disciplina degli oneri (e delle preclusioni) delle parti. Insomma: parti di un rapporto costituito o estinto non potrebbero distinguersi in destinatario diretto o indiretto, sotto pena di avallare che la conformazione amministrativa, in realtà, abbia inciso (diversamente) sulle singole situazioni soggettive e non (ugualmente) sulla relazione negoziale in sé (che è, appunto, la contraria tesi a mio avviso da preferire).

Viceversa, la vicenda del potere che costituisce o estingue un rapporto negoziale altrui, se e quando dovesse essere rilevata, spiegherebbe naturalmente il pure ritenuto «onere di immediata e tempestiva impugnazione» (p. 337) o l'efficacia della regiudicata «nei confronti di tutte le controparti contrattuali il cui rapporto era stato conformato dall'atto impugnato» (p. 333); e però la stessa vicenda non potrebbe riuscire logicamente compatibile anche con l'identificazione di un discrimine tra categorie di «destinatari indiretti – composta dalle controparti contrattuali – affianco a quella dei destinatari diretti» (p. 296). Le parti di un contratto creato dal nulla o ridotto al nulla sono, per forza della isonomia, destinatari diretti e necessari entrambe: ciascuna ha l'onere dell'impugnazione, ciascuna è parte necessaria del relativo giudizio e, va da sé, immediata destinataria degli effetti della sentenza. Che se proprio si volesse immaginare un'estensione accidentale della legittimazione verso i c.d. destinatari indiretti, forse occorrerebbe pensare ai soggetti in posizione di dante o avente causa da uno dei contraenti e rispetto ai quali una posizione differenziata e qualificata di

interesse rispetto al modo di essere della relazione contrattuale altrui possa apparire notevole.

4. – In definitiva, «costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti» sembra rimanga ancora riserva della giurisdizione, e la garanzia liberale dei «casi previsti dalla legge» uno scudo ulteriormente valido, dal momento che, come ho imparato, si «richiede l'intervento del giudice per la stessa ragione per la quale non è possibile farsi ragione da sé», e «si spiega perché il legislatore abbia voluto riservare a una sua preventiva valutazione di ammissibilità il ricorso a una forma di tutela così incisiva» (Verde, *Diritto processuale civile*, I, Bologna 2015, 138).

FERRUCCIO AULETTA

Professore ordinario nell'Università «Federico II» di Napoli