

NOTA METODOLOGICA

SOMMARIO: 1. Regolazione *passiva* e regolazione *attiva*: precisazioni definitorie. – 2. Regolazione *passiva*: πάντα ρῆϊ.

1. *Regolazione passiva e regolazione attiva: precisazioni definitorie*

Il volume si propone di affrontare lo studio dei contratti *regolati*, ove il contratto assurge ad oggetto di una attività di *regolazione*. Il *regolamento* contrattuale che ne deriva consiste nella combinazione della fonte convenzionale e della fonte autoritativa; quest'ultima da intendersi nel significato speciale di fonte promanante da una Autorità indipendente e non nel senso, più ampio e classico, che il termine ha assunto nel contesto del dibattito risalente agli anni '60 del secolo scorso.

L'attività di *regolazione* presenta una componente oggettiva e una componente soggettiva.

Riguardo alla componente soggettiva, l'identità del soggetto che *regola* coincide, di norma, con una Autorità indipendente o comunque un organismo dotato di competenze tecniche settoriali. Tuttavia, la *regolazione* dei rapporti giuridici patrimoniali rappresenta anche una componente essenziale del diritto dei contratti: come è noto, l'art. 1321 c.c. imputa l'azione del «*regolare*» proprio all'accordo tra due o più parti.

Vi è dunque una *regolazione* di provenienza autoritativa e una *regolazione* ad opera dei contraenti.

Al primo tipo di *regolazione*, sarà assegnata nelle pagine che seguono la definizione di “*regolazione passiva*”, così da evidenziare il dispiegarsi di un potere normativo nei confronti di potenziali destinatari posti in posizione di subordinazione. La *regolazione passiva* resta, a tutti gli effetti, eteronoma; tuttavia la locuzione prescelta è preferibile rispetto ad un esplicito riferimento all'eteronomia, che, pur riuscendo a rendere con immediatezza il profilo autoritativo, rischierebbe di adombrare i tratti fondamentali dell'attività regolatoria intesa nell'accezione oggettiva e sostanziale, cioè riferita alle modalità e ai contenuti, a prescindere dall'identità della fonte.

Per contro, alla regolazione di matrice negoziale, ossia dettata dalle parti contraenti e veicolata tramite l'accordo, è stata assegnata la dicitura di "regolazione attiva". Il contratto, rispondendo all'appello testuale dell'art. 1321 c.c., è chiamato a *regolare*, direttamente, un rapporto giuridico patrimoniale, oppure, in via indiretta, altro o altri contratti, che di conseguenza assumono la connotazione di *regolati*, a loro volta incidenti altrettanti rapporti giuridici patrimoniali. Quindi, in tale accezione *attiva*, il contratto è al contempo *agente* regolatore ed oggetto della regolazione.

La regolazione *passiva*, invece, vede il contratto esclusivamente quale oggetto della stessa, poiché, dal lato attivo, sta un regolatore, sempre e comunque diverso dalle parti del contratto *regolato*, che, come è detto, si colloca in una posizione sovraordinata rispetto ai contraenti.

2. Regolazione passiva: *πάντα ρεῖ*

Il volume, invece, non si pone l'obiettivo di raccogliere, coordinare e aggiornare tutta la produzione normativa delle Autorità indipendenti, in una sorta di prontuario distinto per settori che, peraltro, implicherebbe un'opera di quotidiana rincorsa di ogni singola delibera o atto delle ormai numerose *Authorities*.

L'obiettivo consiste, piuttosto, nel segnalare alcuni ambiti ricorrenti di incidenza della regolazione *passiva* e, quindi, nell'identificare in ciascuno di tali ambiti i cardini per la ricostruzione globale della fattispecie, ossia le figure civilistiche rilevanti, considerate alla luce dell'elaborazione offerta dalla migliore dottrina e dalla giurisprudenza più avanzata.

Siccome, tuttavia, *πάντα ρεῖ*, nel panorama regolatorio di matrice autoritativa molte, importanti, cose sono comunque sopravvenute durante la fase di ultimazione e revisione finale del libro; e di qualcuna si è potuto dare conto.

In primis, è maturato il termine per l'attuazione della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (cosiddetta "MiFID II"). L'attuazione, ad opera del decreto legislativo 3 agosto 2017, n. 129, ha comportato consistenti emendamenti al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (il "Testo Unico della Finanza"), nonché l'adozione, da parte della CONSOB, di un nuovo regolamento di attuazione della disciplina in materia di intermediari (il "Regolamento Intermediari").

Il Testo Unico della Finanza, nella versione emendata, è in vigore dal 3 gennaio 2018. La CONSOB ha però avuto cura di pubblicare con largo anticipo, sul proprio sito *web*, la versione consolidata con le modifiche derivan-

ti dal recepimento della MiFID II, consentendo così al volume di citare, analizzare e commentare l'ultimissima edizione della normativa. Il nuovo Regolamento Intermediari, invece, è giunto *in limine* del "si stampi", soltanto con la delibera 15 febbraio 2018, n. 20307, in vigore dal 20 febbraio successivo; anche di questa, ultimissima, regolazione si è tenuto traccia in sede di correzione delle bozze del volume.

Altresì, in virtù della legge di approvazione del bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205), l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico ("AEEGSI", già "AEEG") si è vista attribuire compiti di regolazione anche nel settore dei rifiuti, diventando "ARERA", acronimo di "Autorità di regolazione per energia reti e ambiente".

Ciò nonostante, in questa sede si è preferito continuare ad utilizzare la precedente denominazione, dal momento che i provvedimenti esaminati riguardano periodi antecedenti l'attuale "trasformazione" in ARERA e toccano i settori dell'energia elettrica e del gas, di originaria competenza dell'AEEGSI.

Ancora, il requisito di forma del cosiddetto "contratto-quadro" relativo alla prestazione di servizi e attività di investimento – previsto dall'art. 23 del Testo Unico della Finanza e dall'art. 37 del Regolamento Intermediari deliberato dalla CONSOB – è recentemente balzato agli onori delle cronache giudiziarie, dal momento che la Suprema Corte, con una serie di pronunce intervenute nel corso del 2016 e all'inizio del 2017, aveva statuito che lo scritto contrattuale firmato dall'investitore, ma non anche dall'intermediario, fosse nullo per difetto di forma *ad substantiam*. Tuttavia, nell'aprile 2017, la Prima Sezione ha voluto rimettere alle Sezioni Unite la questione dell'estensione del requisito formale, alla luce di una possibile interpretazione funzionale della regola, alternativa a quella prevalente presso le Sezioni semplici.

La "risposta" delle Sezioni Unite della Cassazione è giunta con la sentenza 16 gennaio 2018, n. 898, proprio a favore della tesi funzionale, cosicché «il requisito della forma scritta del contratto-quadro (...) è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore».

Dinnanzi a questo continuo e incessante "divenire" della regolazione *passiva* e della sua esegesi, pare assai probabile, se non addirittura certo, che altri mutamenti, in aggiunta a quelli richiamati, siano destinati a intervenire già nell'immediato o prossimo futuro.

L'auspicio è che le riflessioni proposte in questo volume possano invece resistere alle momentanee contingenze e alle caduche discipline regolatorie riferite ai limitati tempi, anche editoriali, considerati.

CAPITOLO I

REGOLAMENTO CONTRATTUALE ATTIVO E REGOLAZIONE PASSIVA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il contratto che regola rapporti giuridici patrimoniali. – 2. Il regolamento contrattuale *attivo*. – 3. I contratti *regolati*. – 3.1. Regolazione *inter partes*. – 3.2. Regolazione *ultra partes*. – 3.3. Regolazione *extra partes*. – 4. La nozione di regolazione *passiva* del contratto. – 5. Regolamento *attivo* e regolazione *passiva*: tratti (sorprendentemente) coincidenti.

1. *Il contratto che regola rapporti giuridici patrimoniali*

Lo studio dei contratti *regolati*, ove il contratto assurge ad oggetto di una attività di *regolazione*, si è sviluppato e concentrato su due profili peculiari: da un lato, l'identità del soggetto che regola – di norma una Autorità indipendente o comunque un organismo dotato di competenze tecniche settoriali, con le conseguenti implicazioni nell'ambito istituzionale –; dall'altro lato, il *modus regolandi*, ossia il tipo di atto impiegato dal regolatore, con le relative questioni di classificazione nell'*ordo* delle fonti.

Né poteva essere altrimenti. L'«erompere» nel nostro ordinamento di nuove istituzioni¹, estranee alla tradizione e tuttavia munite, sin dalla genesi, di poteri normativi tanto ampi quanto incerti nei limiti, ha suscitato l'immediata attenzione e ha promosso gli sforzi, da parte della dottrina pubblicistica, per giustificare con i paradigmi della scienza amministrativistica sia l'esistenza stessa di questi enti sia la legittimità dei loro «provvedimenti», alla luce dei meccanismi di produzione del diritto.

¹ Il verbo fu efficacemente impiegato da A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, in part. p. 50, che ritenne di rinvenire il fondamento costituzionale di tali Autorità nell'art. 5 Cost., a fronte di «uno spostamento di competenze non dal centro dell'apparato alla periferia delle amministrazioni verso unità locali con una nuova distribuzione in luoghi diversi, ma un trasferimento ad un ente che è periferico rispetto al Governo inteso come centro dell'apparato amministrativo».

Riguardo alla figura delle *Authorities*, con varianti di etichetta, la riflessione scientifica è ormai molto ampia², e in parte superata. Ad ogni modo, il silenzio della Carta costituzionale in proposito non è stato più interpretato nei termini di una mancata «copertura»³.

Invece, in relazione alla consistenza dei poteri attribuiti a tali soggetti, ci si è interrogati sul fondamento dei *regolamenti* delle Autorità indipendenti, a

²In generale, tra i contributi più “antichi”, possono richiamarsi, tra gli altri, F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amm.*, 1991, II, p. 1627 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997, p. 6 ss.; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti. Profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, p. 173 ss.; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; A. MASERA, *Autonomia e indipendenza nell’amministrazione dello Stato*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 453 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 639 ss.

La riflessione è proseguita nei primi anni duemila, stimolata anche da istanze di riforma ed accorpamento delle figure in questione. Si vedano, ancora senza pretesa di esaustività, F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID. e M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003, riedito con aggiornamento nel 2011; P. CAVALERE, G. DELLA VEDOVA, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e Agenzie*, Padova, 2003; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino, 2009; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. MANETTI, *Le Autorità indipendenti*, Roma, 2007; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. D’ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010; V. PEPE e E. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, Napoli, 2011.

³Come è noto, seri dubbi di costituzionalità circa l’istituzione delle Autorità indipendenti erano stati espressi da parte della dottrina, in particolare da G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1 ss. Peraltro, l’abbandono del progetto di riforma costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme nella XIII legislatura e poi di quello approvato dal Parlamento nella XIV legislatura (ma “bocciato” dal referendum che si tenne nel giugno del 2006) ha forse reso il permanente silenzio della Carta costituzionale una questione meno urgente. Falliti questi tentativi, il legislatore si è infatti orientato verso un intervento di riordino della disciplina con legge ordinaria, non ancora compiuto (si veda, da ultimo, il disegno di legge n. 2388, presentato nel maggio 2016 su iniziativa del senatore Compagna, che propone l’accorpamento di funzioni esercitate da alcune Autorità indipendenti, con l’obiettivo di tendere al modello del «*super-regulator*» già presente in altri Paesi europei, come Spagna e Olanda).

fronte di un potere *regolamentare* dello Stato e degli enti territoriali che gode del riconoscimento diretto in Costituzione⁴.

Se le Autorità sono realtà immanenti nel nostro sistema, altrettanto esse, di fatto, fanno ampio uso delle loro potestà normative, a prescindere dalla ricorrenza di una esplicita, formale, attribuzione da parte del legislatore super-primario. Anzi, per la verità, le stesse disposizioni che, a livello di fonte primaria, conferiscono simili poteri impiegano criteri vaghi e finalistici, risolvendosi spesso in una tautologica formula di mera investitura, con dibattute conseguenze sul rispetto del principio di legalità formale⁵.

La dottrina privatistica, attingendo ampiamente ai risultati delle più avanzate discussioni in ambito pubblicistico, con qualche ritardo⁶ ha cominciato ad affrontare le ingenti questioni sistematiche sollevate dal fatto che i poteri normativi delle Autorità indipendenti intervengono a disciplinare non solo i rapporti tra le “amministrazioni” e i privati, ma pure, e soprattutto, i rapporti tra i privati stessi, siano essi imprese/professionisti ovvero utenti/consumatori.

A fronte di contributi che hanno trattato specifici profili riferiti a singoli istituti del diritto dei contratti⁷ ovvero a singoli settori di mercato, le rifles-

⁴ A partire da S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMI, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002. Ma sul tema specifico della regolazione indipendente si tornerà nel prosieguo, con maggiore dovizia di riferimenti.

⁵ Cfr., ad esempio, la disposizione di cui all'art. 6, comma primo, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, che attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (“AEEGSI”, dal 2018 Autorità di regolazione per energia reti e ambiente o “ARERA”) il potere di predisporre «*clausole negoziali e (...) regolamentazioni tecniche indispensabili al concreto funzionamento dell'intero sistema elettrico, da inserire nei contratti con i clienti idonei*». Sulla vaghezza delle formule legislative di investitura di poteri normativi a favore delle Autorità indipendenti torneremo nel successivo capitolo.

In questo frangente, sia consentita una notazione di tenore definitorio: nel corso della revisione del presente lavoro, in virtù della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (la legge di bilancio di previsione 2018), sono state attribuite all'AEEGSI pure le funzioni di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati, tal che l'Autorità in questione è divenuta “Autorità di regolazione per energia reti e ambiente”, indicata con l'acronimo “ARERA”. Il nuovo nome ci pare cacofonico e comunque, per affezione, continueremo ad usare la precedente dicitura AEEGSI nelle pagine che seguono.

⁶ Tra i contributi privatistici più precoci, si veda G. ALPA, *I poteri regolamentari delle Autorità indipendenti*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, N. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 11 ss.

⁷ Resta insuperato, ad avviso di scrive, il dialogo, promosso dalla civilistica italiana con i principali esponenti della scienza costituzionalistica e amministrativistica, in occasione del Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002 su *Il Contratto e le Autorità indipendenti*. I contributi si trovano raccolti nel volume di G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le Au-*

sioni dichiaratamente vocate ad abbracciare il fenomeno dell'incidenza delle Autorità sull'attività negoziale sono, tutto sommato, sporadiche e, si direbbe, datate a cospetto del ritmo di produzione delle discipline licenziate dalle istituzioni in questione⁸. Ma anche queste opere a vocazione, per così dire, generale, dopo aver preso a prestito lo «strumentario del pubblicitista»⁹, non riescono certo a rendere una ricostruzione ragionata della ingente e diversificata mole di materiale normativo proveniente dall'*Agency* di riferimento, e dunque si limitano ad enucleare problemi, certo non di poco conto, sempre riconducibili alla dialettica tra fonte eteronoma, pur nella versione “indipendente”, e volontà delle parti contrattuali.

Ora, una prospettiva diversa, e meno compromessa con la scienza pubblicistica, per lo studio delle influenze dell'iniziativa normativa delle Autorità indipendenti sul contratto potrebbe far leva, più che sulla legittimazione dei *regolatori*, sugli esiti della stessa attività *regolatoria*. Per tali intendendosi non i contenuti minuti di ogni singola delibera o atto dell'*Authority* – il che implicherebbe un'opera di quotidiana rincorsa – ma le soluzioni frequenti e ricorrenti per l'appunto nella normazione dedicata a specifici settori o mercati¹⁰.

In altri termini, prescindendo dal carattere spurio delle Autorità indipendenti e dei loro provvedimenti rispetto al disegno costituzionale – questione che si lascia volentieri dirimere ai cultori del diritto pubblico –, si esamina il contratto *regolato*, quindi il *regolamento* contrattuale che deriva dal combi-

torità indipendenti. Metamorfosi del contratto, Bologna, 2006; ivi, in particolare, con riferimento a temi di “parte speciale”, F. ADDIS, *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di Autorità indipendenti*, p. 109 ss.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, p. 191 ss.; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, p. 217 ss.

⁸ Il riferimento corre a tre opere monografiche: L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012; V. VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Napoli, 2013.

⁹ Sul versante privatistico, infatti, E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515, denuncia la difficoltà di collocare la produzione normativa di queste figure al cospetto della teoria delle fonti, trattandosi di «strutture composite, che sembrano sottrarsi ad una costruzione d'insieme in una logica di invarianti».

¹⁰ F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 95, nel riferire l'attività di regolazione direttamente al mercato, e solo in via mediata ai contratti che in quel mercato si stipulano, segnala come «il diritto dei mercati regolati viene concepito come diritto settoriale i cui principi rimangono estranei ai tentativi di codificazione del diritto europeo dei contratti o a quelli più modesti di razionalizzazione dell'acquis comunitario».

narsi della fonte convenzionale e della fonte autoritativa, quest'ultima intesa nell'accezione di soggetto preposto alla disciplina di un particolare ambito mercuriale, industriale o tecnico.

A questo punto, ben si comprende come una tale prospettiva di analisi abbisogni in via preliminare di un chiarimento riguardo alla nozione di *regolazione* (indipendente).

Ad onor del vero, l'attività di *regolazione* non è appannaggio esclusivo di istituzioni od organi muniti di un potere di normazione secondaria, ossia capaci di emanare *regolamenti* che abbiano, tra l'altro, ad oggetto il contratto, ma costituisce anche una prerogativa privata. Infatti, la *regolazione* dei rapporti giuridici patrimoniali rappresenta la componente essenziale del diritto dei contratti: come è noto, l'art. 1321 c.c. imputa l'azione del «*regolare*» proprio all'accordo tra due o più parti.

Ci sembra allora una strada feconda cercare di sciogliere la sequenza dell'intervento autoritativo, *rectius*, *regolatorio* sul contratto, che a sua volta è lo strumento deputato dal sistema per la *regolazione* del rapporto giuridico patrimoniale *inter partes*.

2. Il regolamento contrattuale attivo

Il contratto, nella definizione codicistica, ha il compito di «*costituire, regolare, estinguere*» un rapporto giuridico patrimoniale. Il legislatore ha scelto di rendere in questa triplice veste le possibili declinazioni degli effetti negoziali¹¹; la formula, che ha intenti descrittivi, ha suscitato più critiche che consensi¹².

Una simile narrativa dell'efficacia del negozio non sarebbe né rigorosa né esaustiva; anzi, parrebbe largamente insufficiente a comprendere tutte le tipologie di effetti che possono derivare da un contratto. Essa abbraccia cer-

¹¹La norma infatti viene, già nei commenti, ricondotta immediatamente alla categoria degli effetti, anziché ai requisiti di struttura o al contenuto del contratto: cfr., per tutti, U. BRECCIA, sub *Art. 1321 c.c.*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, 1, Torino, 2011, p. 45 ss. L'art. 1321 c.c. ripropone quasi immutata la norma di cui all'art. 1098 del codice civile del 1865, che declinava le azioni del «*costituire, regolare o sciogliere (...) un vincolo giuridico*».

¹²La formula utilizzata dall'art. 1321 c.c. non è stata infatti ritenuta un modello utile nell'ambito dei progetti di codificazione del diritto privato europeo. Cfr. C. VON BAR ed E. CLIVE, (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), outline edition*, Monaco, 2009, p. 19.

tamente il contratto ad effetti obbligatori, ossia il contratto in grado di generare un'obbligazione, oppure di modificarla o di estinguerla.

Si tratta, con espressione più sintetica, dell'efficacia del contratto contraddistinta dall'attitudine «costitutiva» in senso lato, intesa per l'appunto come costituzione, modificazione ed estinzione di una situazione giuridica soggettiva, ovviamente di carattere patrimoniale¹³.

Dal perimetro degli effetti costitutivi restano anzitutto esclusi gli effetti traslativi, siano essi riferiti ai diritti reali o ai diritti di credito. Tali effetti, che realizzano per l'appunto il passaggio di una situazione attiva da una sfera giuridica all'altra, non possono dirsi ricompresi nella costituzione di alcunché¹⁴.

Altra, dibattutissima, questione riguarda la copertura, da parte dell'art. 1321 c.c., di quell'ordine di effetti che sono qualificati in termini di accertamento di una situazione che, in assenza del negozio, sarebbe invece caratterizzata da obiettiva incertezza. Anche in tal caso, non si costituisce (né si modifica né si estingue) alcun rapporto giuridico patrimoniale, ma si dichiara la sua eventuale esistenza e il suo contenuto.

Come è noto, il negozio di accertamento non è previsto dal codice civile in guisa di contratto nominato ovvero declinato in termini di schema legale suscettibile di generale applicazione¹⁵.

Si tratterebbe, certo, di una epifania dell'autonomia privata, il cui riconoscimento a livello di effetti, tuttavia, non risiede letteralmente nella nozione di contratto *ex art.* 1321 c.c.

In definitiva, tali effetti, ricognitivi e dirimenti una pregressa incertezza, al pari degli effetti traslativi, non trovano un referente normativo esplicito nella norma che inaugura la disciplina dei contratti.

Posto che i contratti ad effetti reali sono menzionati in molteplici luoghi del tessuto codicistico e che il negozio di accertamento è fattispecie oramai

¹³ Secondo A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490, anche la modificazione e l'estinzione sono modalità dell'efficacia costitutiva, come si dirà meglio nel prosieguo. Anche A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 216, conferma che «l'accezione più sicura di 'effetto contrattuale' è quella che fa capo al tipo di modificazione giuridica (*costitutiva, modificativa, estintiva*) che il contratto sul piano normativo produce. Non può essere diverso il significato (...)».

¹⁴ In questi termini, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, p. 152.

¹⁵ Per intenderci, il negozio di accertamento non è contemplato dalla norme codicistiche dedicate al contratto in generale, a differenza di quanto avviene per la cessione del contratto; il contratto a favore di terzi; il contratto per persona da nominare: figure che non assurgono alla dignità di tipi contrattuali ma costituiscono comunque strutture previste e nominate dal legislatore.

ampiamente accreditata, soprattutto presso le Corti¹⁶, il problema non consiste dunque nel ricercare, ancora, una legittimazione per simili effetti, rimasti scoperti solo in sede definitiva, e le ragioni di meritevolezza della tutela degli interessi che essi sottendono.

È utile, invece, notare che la formula proposta dall'art. 1321 c.c. non è poi così stretta e limitata; anzi, proprio a livello terminologico, offre un concreto appiglio per superare i risicati confini della categoria, costruitale attorno, degli effetti costitutivi.

Infatti, considerando proprio la triade di azioni che compone l'efficacia costitutiva, l'art. 1321 c.c. si riferisce espressamente alla costituzione e all'estinzione, ma non menziona affatto la modificazione. Al suo posto, si trova invece l'azione del «regolare». E, come è stato solo sporadicamente valorizzato¹⁷, questo «dato letterale è prezioso, perché suggerisce chiaramente che

¹⁶ L'ammissibilità del negozio di accertamento è tutt'altro che pacifica in dottrina, nonostante l'ampiezza e la maturità del dibattito. La letteratura che, da tempi niente affatto recenti, si è occupata del negozio di accertamento è vastissima. Solo per citare i classici, G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, p. 1 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; ID., *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 228 ss.; F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, I, p. 3 ss.; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954; p. 159; ID., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; F. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 62 ss.; A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 209 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. dell'Istituto sc. giur., ec., pol. e soc. della R. Università di Messina*, VII, Messina, 1932-1933, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 387 ss. Per una compiuta ricostruzione del dibattito e per ulteriori riferimenti, si rinvia a R. FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012, p. 33 ss.; M. DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 55 ss.

Il quadro giurisprudenziale si presenta meno oscillante nell'affermazione della ammissibilità del negozio di accertamento: cfr., *ex multis*, Cass., 30 marzo 2009, n. 7640, in *Immobili & dir.*, 2010, p. 44 ss. Si sostiene, inoltre, che «il negozio giuridico, inteso come dichiarazione di volontà, diretta a realizzare effetti giuridici, possa spiegare i suoi effetti anche per il passato, assumendo appunto la natura di negozio di accertamento, che può avere anche struttura unilaterale, venendo in tal caso a fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo»: Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Foro it.*, *Rep.*, 2004, voce «Contratto in genere», n. 283.

¹⁷ Nemmeno il legislatore del 1942, riproponendo sul punto la triade già formulata dall'art. 1098 del codice civile del 1865, si era preoccupato di curare il tema della esaustiva definizione degli effetti del contratto. La Relazione al Codice (n. 602) si sofferma sugli altri elementi del testo dell'art. 1321 c.c., ovvero sulla inclusione dei contratti plurilaterali, compre-

l'efficacia del contratto è più ampia di quella costitutiva tradizionale, di cui si è già detto»¹⁸.

Mentre appare chiaro il significato di «*constituire*» e di «*estinguere*», meno agevole è individuare l'area del «*regolare*».

La dottrina ha ricondotto, in maniera pressoché automatica, il significato del “regolare” a quello del “modificare”¹⁹, ritenendo, in nome della formula costitutiva, che vi rientrassero esclusivamente le trasformazioni dell'assetto di interessi, per l'appunto originariamente costituito tra le parti sempre in virtù dello strumento negoziale, e facendo così coincidere l'effetto del “regolamento” con la modifica²⁰.

Non vi è dubbio che “regolamento” sia «termine più ampio di “modificazione”. Si regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell'onere di provare i fatti che lo determinano, quando si elimina – o si rinuncia ad eliminare – la

si nel riferimento a «*due o più parti*», e sulla necessaria caratteristica della patrimonialità, con conseguente esclusione dall'area contrattuale dei negozi non patrimoniali. Nulla si dice riguardo al tenore dell'efficacia e, tantomeno, alla funzione del «*regolare*».

¹⁸ Così, nell'intento di trovare copertura a tutti i tipi di effetti già nella definizione di cui all'art. 1321 c.c., P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, III, *Effetti*, a cura di M. COSTANZA, Milano, 2006, p. 9.

¹⁹ L'effetto modificativo, assieme a quello costitutivo e a quello estintivo, è ricondotto alla categoria della cosiddetta efficacia costitutiva, «dove l'aggettivo assume un significato generico e serve a designare un qualunque fenomeno innovativo»: così, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 490 ss. La “proprietà” modificativa del contratto «trasforma l'interesse originario e la relativa situazione giuridica in uno dei suoi elementi strutturali ovvero nel suo contenuto essenziale». Peraltro, nessuno dubita «della ammissibilità di poteri delle parti di “modificare” – consensualmente – un rapporto contrattuale precedentemente costituito» (P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18). Identificano la categoria dei negozi regolamentari con quella dei negozi modificativi anche P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, IV, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 96 ss. e F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1963, p. 387 ss. In questo senso, già, E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale. Parte generale*, I, Padova, 1931, p. 13 ss.

²⁰ Anche la categoria del contratto ad effetti modificativi, dunque pacificamente costituitivi e pianamente riconducibili direttamente all'art. 1321 c.c., non gode però di una sistemazione definitiva. Emerge, tra le altre, la delicata questione della distinzione tra modificazioni contrattuali novative e non, già dalle pagine di G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 847 ss. e G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 341 ss.; più specificamente, cfr. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 179 ss. e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, in part. p. 361 ss.

vicenda costitutiva del rapporto (ossia quando si annulla l'atto che ha costituito il rapporto)»²¹.

Il *quid pluris* della categoria degli effetti regolatori, rispetto alla categoria degli effetti modificativi – che dovrebbe costituire un sottoinsieme della prima – è stato finora oggetto di rari tentativi di analisi, peraltro di carattere prevalentemente descrittivo e classificatorio.

Chi si è voluto occupare de «l'attitudine del contratto a *regolare* rapporti giuridici patrimoniali, ai sensi dell'art. 1321» c.c.²², in modo distinto dall'attitudine costitutiva, ha collegato la «funzione regolatrice» del contratto a tre tipologie di «determinazioni».

Una prima tipologia riguarda tratti della disciplina di fonte convenzionale suscettibili di applicazione concreta *una tantum*, come la clausola che, nell'ambito di un contratto di vendita e quindi di un contratto ad esecuzione istantanea, «regola» le modalità di consegna del bene compravenduto.

Poi, sempre secondo questa dottrina, possiedono analoga capacità «regolatrice» – ma in astratto, in quanto sono invece suscettibili di plurime e ripetute applicazioni nel tempo, ovvero sia nell'arco della durata contrattuale – le clausole che regolano le modalità di esecuzione delle prestazioni periodiche o continuative nell'ambito di contratti bilaterali e, soprattutto, le disposizioni che, nell'ambito dei contratti associativi, vengono riferite non tanto al momento genetico, quanto alla vita e al funzionamento dell'ente.

In tale ipotesi, la valorizzazione dell'effetto regolatorio del contratto, ulteriore rispetto all'effetto modificativo, serve a conferire dignità negoziale, agli occhi di chi dubita²³, agli statuti delle associazioni e delle società: proprio in

²¹ Così, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. RESCIGNO, II, Torino, 2002, p. 11, che segnala come l'espressione «*regolare*», contenuta nell'art. 1321 c.c., consente «la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio».

²² Così, F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, IV, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 51 ss., di cui si riportano di seguito nel testo le tesi.

²³ L'opinione che nega la riconducibilità del fenomeno associativo e societario all'alveo del contratto è sostenuta, tra gli altri, da P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, p. 221 ss., il quale circoscrive il momento contrattuale alla fase iniziale del rapporto, essendo invece il momento *funzionale* caratterizzato dal concetto di «attività», considerata in sé e per sé e non come condotta esecutiva del contratto. La tesi è stata ripresa, in un periodo più recente, da A. BENUSSI, *Considerazioni in ordine all'estromissione forzata del socio nelle società di capitali: esclusione e riscatto*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e resistenze. Studi in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, p. 68, secondo il quale la società nasce «sì da un negozio unilaterale o da contratto fondamentalmente di tipo associativo ed in qualche misura caratterizzato da elementi sinallagmatici, natura che ne impronta la fase costitutiva»; tuttavia, «il momento contrattuale costituisce[e] il veicolo per dare alla luce un'impresa lucrativa a gestione collettiva, la quale trova il fondamento delle sue regole di funzionamento nei principi e negli interessi ad essa sottesi».

virtù di questa efficacia, i contratti associativi, concentrati nel momento genetico ma votati a regolare una fattispecie destinata a durare nel tempo, presuppongono, negli effetti, una costante attitudine *regolatoria*, in grado di considerare e disciplinare i molteplici eventi della vita sociale. Il carattere negoziale dei fenomeni associativi o societari non è affatto circoscritto alla fase costitutiva, ma permea l'intera durata del soggetto collettivo così costituito; anzi, funge da presidio e garanzia della tendenziale aderenza del trattamento normativo ai mutevoli interessi, anche d'impresa, che possono animare gli associati o i soci lungo l'arco della vita sociale²⁴.

A queste considerazioni si aggiunga la definitiva apertura, consacrata dalla riforma del diritto delle società di capitali, della struttura societaria all'autonomia privata, corrispondente all'intento normativo di considerare il contratto associativo, e in particolare quello costitutivo di società di capitali, non più soltanto in termini di fattispecie formale, legata al riconoscimento della soggettività e della personalità giuridica, ma anche in termini di "autoregolamento" di interessi privati²⁵.

La terza tipologia di effetti *regolatori*, a seguire la classificazione in esame, corrisponde a «determinazioni astratte, suscettibili di applicazioni solo eventuali». La caratterizzazione astratta ed eventuale si lega all'essenza dei contratti normativi, i quali «richiedono (...) una integrazione della nozione legislativa di contratto, essendo diretti a regolare fra le parti rapporti giuridici *futuri*»²⁶.

Tale essenza risiede nel fatto che le parti determinano, in tutto o in parte, il contenuto di «futuri ed eventuali contratti, che però restano libere di concludere o non concludere». Dunque, solo nell'eventualità in cui il contratto *regolato* venga da esse stipulato, il contratto normativo avrà occasione di produrre i propri effetti *regolatori* caratteristici.

²⁴ Come rileva la fondamentale pronuncia di Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 381 ss., con nota di A. SCHERMI, *In tema di eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari delle società di capitali: considerazioni sull'ordinamento societario e sulla persona giuridica*, «non potrebbe neppure ravvisarsi nella personificazione delle società di capitali un ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo la costituzione della società». Tale assunto è poi il fulcro della pronuncia di App. Milano 23 maggio 2003, in *Le società*, 2004, p. 610 ss., in tema di danno da fusione, che attesta la permanente natura contrattuale del rapporto societario, a cui è applicabile l'art. 1375 c.c. «nei limiti di compatibilità con la disciplina speciale della materia».

²⁵ In questa accezione, parla di "autoregolamento" U. LA PORTA, *Dal «tipo contrattuale» al «modello di società»: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2002, p. 14.

²⁶ Ancora, F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, cit., p. 54.

Il tratto caratteristico della capacità regolatoria del contratto è colto anche da coloro che traducono il verbo «regolare» con l'azione del “conformare” l'autonomia negoziale di due o più parti con specifico riguardo al compimento di negozi giuridici futuri (non necessariamente eventuali)²⁷. In questa accezione, l'effetto giuridico prodotto dai contratti normativi o regolamentari, «seppur apparentemente riconducibile all'efficacia costitutiva, è peculiare, perché non è individuabile nella costituzione, nella modificazione o nell'estinzione di una posizione giuridica soggettiva delle parti contraenti: i loro interessi patrimoniali sostanziali, infatti, non ne subiscono alcuna trasformazione giuridica immediata»²⁸.

A voler tracciare un bilancio circa la carica precettiva del riferimento agli effetti regolatori, in luogo degli effetti modificativi che comporrebbero esattamente la triade dell'efficacia costitutiva²⁹, il contratto che *regola* un rapporto giuridico patrimoniale offre copertura negoziale, quantomeno, agli statuti delle associazioni e delle società, soprattutto in costanza dell'operare dell'ente, e infine agli accordi per l'appunto definiti, in senso lato, normativi.

3. I contratti regolati

L'accezione del verbo «regolare» che, con significato precettivo, si è voluta conferire al testo dell'art. 1321 c.c. all'evidenza non include, per tornare al tema oggetto dell'indagine principale, il dispiegarsi di un potere normativo delle parti nei confronti di potenziali destinatari in posizione di subordinazione. Infatti, come è stato precisato, «la qualificazione del contratto come

²⁷ Il carattere eventuale della stipulazione di contratti *regolati* da un contratto normativo è un tratto evidenziato ai fini della classificazione in esame, proposta da F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, cit., p. 54. Egualmente, sempre con riferimento al verbo “regolare” e alla sua capacità di «alludere tanto al profilo vincolante quanto al profilo normativo dell'accordo contrattuale», U. BRECCIA, sub *Art. 1321 c.c.*, cit., p. 46, cita i contratti normativi, contratti-quadro o contratti-tipo come accordi accomunati dalla circostanza per cui «tutti si volgono al futuro e tutti si legano, in maniera eventuale, alla conformazione successiva di altri contratti». Il profilo dell'eventualità evoca la questione del grado di vincolatività di simili accordi, su cui si avrà modo di soffermarsi più avanti.

²⁸ Così, P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, cit., p. 9 ss., il quale esclude invece dai contratti ad effetti regolatori il regolamento della comunione, ivi compresa quella condominiale.

²⁹ Già A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 490 ss., ha segnalato come la concezione dell'efficacia del contratto in termini meramente costitutivi «sia angusta ed incapace di cogliere tutti i tipi di efficacia che l'esperienza giuridica mostra».

normativo non sta, certo, a designare l'idoneità a dettare norme giuridiche ma l'idoneità a vincolare i comportamenti delle parti allorché si tratterà di concludere contratti (tra loro e con terzi)»³⁰.

Alla luce della distinzione, in apparenza lapalissiana, tra *regolamenti* privati³¹ e regolamenti, per così dire, di fonte autoritativa pubblica, può essere utile cogliere i tratti caratterizzanti questa attività dell'impartire regole, per il tramite del contratto, relative alla stipulazione e al contenuto di futuri contratti.

In simile direzione, la letteratura riporta una vastissima ed eterogenea esemplificazione di esperienze che ricadono sotto l'etichetta di contratti normativi, regolamentari, contratti-tipo, *et cetera*, intesi, genericamente, come strumenti di determinazione di elementi destinati a comporre altri contratti³².

Tuttavia, già ad un primo livello di analisi, meramente classificatorio, si incontra nell'ambito di questa categoria una significativa commistione tra autonomia contrattuale e prerogative, *lato sensu*, pubblicistiche, in contrasto con la chiarezza del *distinguo* tra potere conformativo privato e potere conformativo di ascendenza autoritativa.

Una tassonomia classica³³, in relazione a ciò che, in prima battuta, dalla prospettiva dell'art. 1321 c.c., si può chiamare contratto ad effetti regolatori, identifica il contratto (normativo) *individuale* rispetto al contratto (regolamentare) corporativo o *collettivo*³⁴.

Quest'ultimo contratto, *regolamentare* in senso stretto, è in grado di deli-

³⁰ Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, p. 23.

³¹ Il riferimento evoca il titolo dell'opera di E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

³² G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, II, p. 1323, segnala «una mezza dozzina di sigle utilizzate in modo più o meno sinonimico». Per un recentissimo e considerevole sforzo di classificazione e ordine incentrato sul contratto-tipo, si veda F. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, p. 55 ss.

³³ Cfr. D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935, p. 56 ss., che si rifà alla prima compiuta classificazione della dottrina tedesca, proposta da A. HUECK, *Normenverträge*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Jena, 1923, vol. 73, p. 23 ss.

³⁴ G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, *passim*, ma in part. p. 6 e p. 57 ss., identifica la categoria dei contratti regolamentari sulla base della vocazione del dispositivo di fonte privata ad acquisire una rilevanza obiettiva nell'ordinamento, includendovi non solo i contratti collettivi di lavoro, ma anche i contratti-tipo del commercio internazionale e i contratti collettivi economici. Per contro, la categoria dei contratti normativi investe la dimensione squisitamente privata, foriera di diritti e doveri rilevanti tra le parti contraenti.

neare una disciplina contrattuale uniforme, concordata tra soggetti collettivi o comunque esponenziali di interessi corporativi, nei confronti dei terzi che stipuleranno i singoli contratti nel relativo settore economico. Qui, l'azione del «regolare» viene declinata in senso «“autoritativo” per il fatto di rivolgersi ad integrare il contenuto di contratti stipulati tra contraenti terzi rispetto all'attività contrattuale di predisposizione»³⁵.

Sul fronte normativo-*individuale*, il contratto ad effetti regolatori è diretto a predisporre clausole o, per l'appunto norme, che valgono in successivi ed eventuali contratti da stipularsi ancora tra le stesse parti del *Normenvertrag*. Si conosce, accanto al contratto normativo bilaterale – ove vi è coincidenza assoluta tra le parti del negozio principale e le parti del negozio secondario –, anche una versione unilaterale, diretta a disciplinare futuri contratti in cui una delle parti è terza rispetto al contratto normativo stesso³⁶.

Dunque, il contratto si presta a *regolare* rapporti giuridici patrimoniali che intercorrono tra i contraenti medesimi; tra uno di questi e soggetti terzi; tra soggetti tutti quanti terzi rispetto alle parti dell'originario accordo *regolamentare*. In un *climax* ascendente, l'effetto regolatorio si propaga oltre l'ambito della forza di legge disegnato dall'art. 1372 c.c.³⁷.

In sintesi, la capacità regolatoria *attiva* si articola in tre declinazioni: *inter partes*; *ultra partes*; *extra partes*.

3.1. Regolazione *inter partes*

L'art. 1321 c.c., secondo cui il contratto si presta tra l'altro a «regolare» un rapporto giuridico patrimoniale, che ben può essere anche futuro, conduce – o dovrebbe condurre – ad affermare agevolmente che l'accordo tra due o più parti spiega effetti diretti e vincolanti, quantomeno, sui rapporti che le parti stesse porranno in essere tra di loro³⁸.

Per la verità, già *inter partes*, la questione non è così piana, a dispetto del-

³⁵ Così, G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 6-7.

³⁶ Cfr., nuovamente, la tassonomia importata da D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, cit., p. 52, il quale precisa che «la bilateralità e l'unilateralità, riferite come sopra al contratto tipo, introducono una terminologia nuova, che nulla ha a vedere con quella del nostro codice, poiché si riferisce esclusivamente alla posizione delle parti, non rispetto ai loro obblighi reciproci, ma rispetto al ripetersi o meno della loro posizione di parti contraenti anche nel futuro singolo contratto».

³⁷ Sul significato della formula, enfatica e iperbolica, dell'art. 1372 c.c., si veda G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 8 ss. Il dogma della forza di legge rispetto all'area dei contratti regolati verrà analizzato specificatamente nel capitolo V, al paragrafo 1.

³⁸ In questo senso, A. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967, p. 62 ss.

la chiarezza del dettato codicistico. Secondo la concezione classica, financo il contratto normativo – individuale e bilaterale – non potrebbe avere un’efficacia superiore rispetto a quella meramente obbligatoria, quest’ultima da intendersi come fonte dell’obbligo, a carico delle parti, di inserire nei futuri ed eventuali contratti tutte le clausole con esso pre-disposte³⁹. A seguire tale concezione, con il contratto normativo obbligatorio le parti non assumerebbero l’obbligo di stipulare un futuro contratto “particolare” (effetto invece tipicamente ascritto al contratto preliminare), ma soltanto l’obbligo di riprodurre nell’eventuale contratto, per l’appunto particolare, il contenuto predisposto in vista di esso; altrimenti detto, l’obbligazione sorta dal contratto normativo avrebbe «per oggetto unicamente il contenuto del futuro contratto, non l’esistenza del medesimo, il *quomodo sit*, non l’*an sit*»⁴⁰. Ancora, il contratto normativo (bilaterale) ad effetti obbligatori⁴¹ si colloca nella pro-

³⁹ Cfr. D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, cit., pp. 175-176, per il quale la volontà delle parti sarebbe insufficiente ad imporre un effetto categorico e cogente, esulando questo dall’intensità del vincolo contrattuale. Della medesima opinione, L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Arch. giur. «Filippo Serafini»*, 1937, pp. 56-57; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, pp. 120-123; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, pp. 25-30; M. DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 665; F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 122; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 228-229. Ancora più arretrato, rispetto alla disponibilità a riconoscere efficacia al contratto normativo bilaterale, è G. GUGLIEMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 63 ss., che ritiene «incompleta» la manifestazione di volontà emessa dalle parti in occasione della stipulazione di detto contratto e meritevole al massimo della qualifica di “volizione preliminare”».

⁴⁰ Così, L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p. 57.

⁴¹ Brevemente, la classificazione tradizionale (il riferimento corre sempre a D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, cit., p. 175 ss.) distingue i contratti normativi anche alla luce del tipo di efficacia prodotta, suddividendoli in direttivi, obbligatori e con efficacia reale. I contratti normativi cosiddetti direttivi non hanno, secondo Barbero, la natura di contratto; si tratta di accordi mediante i quali le parti si limitano a consigliarsi reciprocamente riguardo al contenuto di eventuali negozi da stipularsi tra loro o con terzi, a seconda del carattere bilaterale od unilaterale dell’intesa. Dei contratti normativi obbligatori, nell’ambito della concezione classica, già si è detto. Infine, riguardo all’efficacia reale – ove per efficacia reale si intende l’idoneità delle clausole stabilite a livello di contratto-tipo di penetrare nel contenuto del contratto particolare anche contro la volontà delle parti che lo pongono in essere – tale concezione per la verità esclude in radice che simile efficacia possa riconnettersi ai contratti normativi. Il significato, storicamente datato, di efficacia reale è stato messo in luce da A. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, cit., p. 64, il quale giunge invece ad ammettere tale tipologia di efficacia, intesa piuttosto come «*efficacia diretta sul rapporto cui si rivolge*», la quale può comunque essere impedita da un successivo accordo in tal senso tra le parti, atto ad espungere dal contenuto del contratto particolare quelle clausole che pure erano state predisposte in vista di esso.

spettiva della conclusione di ulteriori e successivi contratti, ma postula in ogni caso un'ulteriore manifestazione di volontà, egualmente bilaterale, in corrispondenza della stipulazione di ciascun contratto particolare⁴².

Viceversa, una rilettura dell'art. 1321 c.c., incentrata proprio sugli effetti *regolatori*, legittima la produzione di una diretta efficacia *regolatoria* nei confronti di successivi contratti particolari. Segnatamente, di contratto normativo (individuale) bilaterale si può parlare con riferimento a quegli accordi che «*regolano*» un rapporto giuridico patrimoniale, «con la particolarità che, in questo caso, i rapporti tra le parti saranno più di uno e futuri rispetto alla stipulazione del contratto *lato sensu* regolamentare»⁴³.

Infatti, il contratto normativo potrà ben impegnare, in via immediata e diretta, le parti che lo hanno negoziato anche rispetto alla conclusione dei contratti particolari, certamente futuri ma non più eventuali. Ciò, oltre l'efficacia cosiddetta obbligatoria tradizionalmente intesa, che consisterebbe nell'imporre solo il contenuto di tali contratti e non anche il vincolo alla stipulazione degli stessi. A questo riguardo, contrariamente a quanto suole ripetere la dottrina richiamata, il contratto normativo postulerà sì la conclusione di successivi contratti particolari, ma non un'ulteriore manifestazione di volontà bilaterale di concludere i medesimi⁴⁴.

In definitiva, la *regolazione* degli interessi sottesi all'intera operazione negoziale, formata dal contratto principale e dai successivi contratti particolari, avverrà al momento della stipulazione del contratto normativo e non dei singoli contratti che ne sono esecuzione.

⁴² Assai più di recente, sono state espresse ancora riserve riguardo alla definitiva efficacia vincolante – od efficacia reale, per richiamare la ripartizione classica importata da Barbero – dei contratti normativi bilaterali: A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, *passim*, in part. p. 171, nella tensione tra efficacia dispositiva nei confronti dei successivi contratti particolari e libertà delle parti di concludere questi ultimi, colloca tale «accordo» «al confine tra l'area occupata dalle intese precontrattuali e quella propriamente negoziale». Per una critica a simile impostazione, si veda G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, cit., p. 1325 ss.

⁴³ Così, G. GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, cit., p. 1332.

⁴⁴ Secondo G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 254, il contratto normativo non si limiterebbe ad integrare il contenuto dei singoli, successivi, contratti, ma obbligherebbe le parti o, meglio, il fornitore di servizi, a concludere tali singoli contratti ove il potenziale fruitore di detti servizi ne faccia richiesta; il contratto normativo richiederebbe quindi una proposta irrevocabile o un patto d'opzione; dunque, sarebbe sufficiente che la controparte attivasse il meccanismo attraverso un comportamento esecutivo, a norma dell'art. 1327 c.c.

3.2. Regolazione *ultra partes*

Appurata la natura contrattuale e vincolante, *inter partes*, degli accordi tra due o più parti volti a regolare plurimi e futuri (non sempre eventuali), contratti particolari, occorre passare in rassegna il contratto normativo *ultra partes*, ossia, per utilizzare la nomenclatura classica, *unilaterale*, ove cioè non vi è piena coincidenza tra le parti del medesimo e quelle dei contratti particolari, dal momento che esso *regola* rapporti intercorrenti tra una delle sue parti e soggetti terzi, quantomeno rispetto al contratto normativo stesso⁴⁵.

Tale contratto, *unilaterale* nel senso anzidetto, è stato oggetto di approfondimento da parte della dottrina successiva rispetto a quella che ha voluto classificare le tipologie di *Normenvertrag*, anche sulla base del criterio della posizione delle parti in ordine ai contratti particolari. In sintesi, il contratto normativo *unilaterale* è stato ritenuto valido e qualificato come fonte di una obbligazione di tenore negativo, consistente nel divieto di concludere con terzi contratti contrari alle clausole prestabilite⁴⁶. In particolare, il contenuto di simile obbligazione negativa risiederebbe nella restrizione che si impone all'autonomia contrattuale dei singoli contraenti e che incide all'esterno, quindi sui rapporti di questi ultimi con i terzi.

Sulla stessa scia, anche se con profonde differenze relative al momento di produzione dell'efficacia *regolatoria*, un'altra opinione⁴⁷ ha sostenuto che dal contratto normativo *unilaterale* sorge a carico delle parti l'obbligo di «non allontanarsi dalla disciplina pattuita», cioè di non concludere contratti particolari con terzi in cui siano presenti clausole contrastanti con quelle concordate a livello principale. Secondo tale opinione, la circostanza per cui, infine, i contratti particolari stipulati con tali terzi non contengono pattuizioni difformi costituisce una conseguenza del rispetto dell'obbligo negativo, «unico e non duplice», previsto dal contratto normativo *unilaterale*, e non il portato di una autonoma obbligazione, di tenore positivo, ad inserire determinati contenuti, che i terzi nemmeno sono tenuti a conoscere⁴⁸.

⁴⁵ G. DE SEMO, *Natura giuridica del contratto collettivo di lavoro nel diritto sindacale*, Padova, 1931, p. 10, ha proposto di utilizzare, in luogo dell'aggettivo "unilaterale", l'espressione di contratto normativo «esterno». Cfr. altresì G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, cit., pp. 50-51, in merito alle puntualizzazioni terminologiche.

⁴⁶ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p. 61 ss.

⁴⁷ Si tratta di G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, cit., p. 165 ss. Guglielmetti – a differenza di Cariota Ferrara, che considerava l'obbligazione negativa, propria dei contratti normativi *unilaterali*, di immediata genesi ed efficacia – ritiene tuttavia che tale obbligazione divenga «attuale» soltanto al momento della conclusione dei singoli contratti particolari con i terzi.

⁴⁸ Ancora G. GUGLIEMMETTI, *op. ult. cit.*, p. 166, ove l'Autore si sofferma per la verità sull'ambivalenza del tenore positivo o negativo dell'obbligazione principale di cui il contratto

In definitiva, almeno alla luce della letteratura richiamata, sono emerse perplessità minori nel riconoscere efficacia *regolatoria* vincolante, pur con accezione negativa, ai contratti normativi *unilaterali*, rispetto a quelle riferite alla presunta *obbligatorietà* dei contratti normativi *bilaterali*.

Sempre con riferimento all'efficacia *regolatoria ultra partes*, un compiuto studio dedicato ai contratti *regolamentari e normativi*⁴⁹, evocando i primi la dimensione *collettiva* della negoziazione, ha ritenuto di attrarre il contratto normativo (individuale) *unilaterale* nell'alveo del contratto regolamentare, con particolare riferimento all'ipotesi di costituzione di un cosiddetto cartello tra più imprese che operano nello stesso mercato. Il cartello non è altro che un contratto volto a implementare strategie che tendono a limitare la concorrenza sul mercato, fissando alcuni parametri – *rectius*, contenuti di futuri contratti particolari da stipularsi da parte di ciascuna impresa aderente con terzi (fornitori, distributori, rivenditori, utenti, consumatori, *et cetera*) – quali le condizioni di vendita, il livello dei prezzi, la quantità prodotta. E tale contratto viene interessato da «una duplice caratterizzazione (...), che concerne, da una parte, l'“efficacia regolamentare” della predisposizione delle condizioni di vendita o di acquisto, dall'altra la natura associativa o consortile del patto di non concorrenza», realistico in quanto coinvolga la partecipazione degli imprenditori «maggiormente rappresentativi», in termini di quote di mercato, nel relativo settore di attività.

3.3. *Regolazione extra partes*

La prospettiva che le parti di un contratto normativo potessero «regolare» rapporti giuridici patrimoniali non solo «tra loro» oppure «tra loro» e terzi, ma persino tra soli terzi, era presente già agli esordi dello studio della figura del *Normenvertrag*⁵⁰. Tuttavia, i casi in cui la predisposizione di clausole contrattuali serviva ad integrare successivi contratti, stipulati da contraenti entrambi terzi rispetto alla contrattazione normativa, erano soltanto con-

normativo *unilaterale* è fonte, tenore che dipende dalla concreta circostanza che le parti, per rispettarla, siano o meno tenute a riprodurre espressamente nei contratti con i terzi le clausole tra esse pre-stabilite. Ritiene simile impostazione «una fatica tutto sommato superflua» G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 245, nota n. 32.

⁴⁹ Il riferimento corre a G. GITTI, *op. ult. cit.*, in part. p. 219 ss., luogo da cui provengono le citazioni che seguiranno nel testo.

⁵⁰ Già A. HUECK, *Normenverträge*, cit., p. 59, considerava che «Sind endlich beide Parteien des Einzelvertrages Aussenseiter, so können sie zwar kraft des Grundsatzes der Vertragsfreiheit jederzeit durch Bezugnahme auf den Normenvertrag einen normengemässen Einzelvertrag abschliessen».

templati dalla classificazione tradizionale⁵¹, che non forniva particolari delucidazioni in ordine al rapporto tra l'accordo normativo e i singoli contratti, *extra partes*, destinati ad essere integrati.

Chi si è occupato in profondità di tale accordo, e in particolare della sua efficacia *extra partes*, ha rilevato come il contratto normativo sia sorto, e non solo all'attenzione della dottrina, come contratto collettivo, dapprima in ambito lavoristico⁵². La questione di fondo riguardava, e riguarda ancora, la possibilità che i contratti stipulati da talune parti, di natura collettiva o comunque esponenziali di categorie o interessi collettivi, estendessero i loro effetti su altri soggetti, diversi da tali parti e dunque terzi, neppure associati agli enti stipulanti.

I contratti con efficacia regolatoria *extra partes* recano infatti la dicotomia tra la natura contrattuale, e cioè l'essenza di accordo, e la vocazione normativa, consistente nell'imposizione all'esterno di quanto concordato. Ancora, tali contratti – che d'ora in poi saranno chiamati «regolamentari», in adesione alla proposta definitoria richiamata – si caratterizzano per una «commistione sul piano funzionale tra un profilo “autoritativo”, inteso come funzione volta ad imporre a terzi una disciplina contrattuale, ed un profilo “normativo”, inteso come funzione volta a dar norma, ad integrare futuri contratti da stipularsi tra gli stessi contraenti»⁵³.

Tale commistione viene risolta, con riferimento ai contratti collettivi, *recitius*, regolamentari, di lavoro; ai contratti-tipo del commercio internazionale; ai contratti collettivi economici⁵⁴, constatando che si tratta di strumenti

⁵¹ Cfr. D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, cit., pp. 1-2; L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p. 53; F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto-tipo*, cit., p. 117; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, cit., p. 27 ss.

⁵² G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 8, a cui si rinvia per l'ampia disamina storica. La questione dell'efficacia del contratto collettivo si pose tuttavia anche in ambito “commerciale”, ove parimenti si assisteva alla sostituzione dei rapporti individuali con rapporti tra organizzazioni o gruppi. In proposito, cfr. T. ASCARELLI, *I contratti collettivi commerciali e il criterio distintivo dei vari contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 98 ss.

⁵³ Così, sempre G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 37-38, nonché, per delucidazioni semantiche in ordine alla qualifica di “regolamentari”, che l'Autore conferisce ai contratti normativi volti a regolare successivi contratti particolari tra parti entrambe terze, p. 57. Il profilo “autoritativo” venne enfatizzato ad opera del legislatore fascista (legge italiana del 3 aprile 1926, n. 523, recante la «*Disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro*»), che diede al contratto di lavoro dignità di fonte del diritto, a condizione che fossero espletate le formalità di pubblicazione legale, con il riconoscimento dell'efficacia al di fuori dei membri delle associazioni stipulanti.

⁵⁴ Sono le tre categorie individuate da G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 57 ss., che identifica i contratti-tipo del commercio internazionale con le condizioni generali di contratto negoziate dai gruppi e dalle associazioni internazionali delle rispettive con-

chiamati, in qualità di fonti normative, ad integrare contratti individuali stipulati nel settore di relativa incidenza, mai contro la volontà espressa dei singoli contraenti. La sovrapposizione tra il profilo autoritativo e il profilo negoziale viene composta nella formula di «diritto dispositivo dei privati»⁵⁵.

Dunque, la funzione normativa, che l'art. 1321 c.c. esprime con il riferimento al «regolare» e che consiste nel “dar norma” ai singoli, successivi, contratti, si accompagna ad un'ulteriore funzione, già definita «autoritativa», rivolta ad integrare il contenuto di contratti “particolari” conclusi da contraenti terzi rispetto alle parti che hanno espresso la volontà integrativa iniziale.

Nella proposta in commento, detto effetto autoritativo – che proviene non da una Autorità, in posizione sovraordinata, ma da parti private, al pari dei soggetti i cui accordi sono destinati ad essere conformati dall'accordo normativo – è reso mediante la qualificazione in termini di clausole d'uso delle norme “collettive” predisposte dal contratto regolamentare: un «passaggio obbligato per poter attribuire ai contratti regolamentari quell'efficacia *erga omnes*, che consente di classificarli come fonti di norme appartenenti ad un *genus* intermedio rispetto alle norme legali e alle norme contrattuali (individuali)».

Segnatamente, le clausole stabilite in sede collettiva sono state per l'appunto ricondotte alla categoria delle clausole d'uso, sulla base di una concezione di «usualità» diversa dalla reiterata e uniforme osservanza della regola, perché incentrata sulla valutazione, in termini di diffusione e autorevolezza, dell'organismo che pone in essere la regola stessa⁵⁶.

troparti interessate (ad esempio, le clausole dei contratti di appalto internazionale negoziate, da una parte, dalla *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils-FIDIC*, e dall'altra parte, dalla *Fédération Internationale Européenne de la Construction-FIEC*); mentre i contratti collettivi economici sono comprensivi di contratti stipulati tra varie categorie di imprenditori o tra imprenditori e consumatori e dei cosiddetti codici deontologici (come il «Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale»).

⁵⁵ G. GITTI, *op. ult. cit.*, p. 229. Del resto, con riferimento alla «nozione di autonomia e non soltanto dell'autonomia negoziale ma anche di quella collettiva – *rectius* autonomia contrattuale collettiva», P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 8, avverte che «[g]li atti e le attività, espressioni di questa autonomia, sono elevabili a fonti del diritto in quanto concorrono, sia pure in forme e modalità diverse, a realizzare l'ordinamento del caso concreto»; cfr. altresì ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 289 ss.

⁵⁶ Sul passaggio specifico relativo alla interpretazione evolutiva dell'art. 1340 c.c., riferita alle cosiddette «clausole collettive d'uso», si rinvia a G. GITTI, *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 115 ss., ripreso da F. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, cit., p. 496 ss. Con riferimento, poi, ad una funzione produttiva ascrivibile in capo alle Autorità indipendenti – tema sui cui

In altre parole, «i contratti *regolamentari* non sono destinatari di una formale delega legislativa, perché mantengono la loro natura negoziale e operano sul piano dell'autonomia privata, ma certo svolgono una funzione di disciplina che soddisfa un sicuro interesse legislativo»⁵⁷, anche nei termini di un ruolo di garanzia, nell'ambito del compromesso tra gli interessi rappresentati, a beneficio dei singoli contraenti.

Dunque, alla luce di queste ultime riflessioni, pare che i contratti *regolati*, intesi quali contratti particolari, possano trovare la loro disciplina in una fonte di norme distinta rispetto all'oggetto della regolazione, anche dal punto di vista soggettivo, e come tale autoritativa. Simile carattere "autoritativo" non si esprime attraverso un rapporto di supremazia proprio dell'Autorità verso il privato, né richiede l'attribuzione esplicita e formale di un potere normativo in capo ai contraenti in sede regolamentare. Al contrario, si basa sul ricorso ad una interpretazione evolutiva dell'art. 1340 c.c., quindi su di un meccanismo squisitamente privatistico e, nel sistema delle fonti, pari-ordinato rispetto ai contratti da regolare.

4. La nozione di regolazione passiva del contratto

Si è considerata, sinora, una nozione di regolazione *attiva* del contratto. Quest'ultimo, rispondendo all'appello testuale dell'art. 1321 c.c., è chiamato a *regolare* direttamente un rapporto giuridico patrimoniale, oppure, in via indiretta, altro o altri contratti, che di conseguenza assumono la connotazione di *regolati*, a loro volta incidenti altrettanti rapporti giuridici patrimoniali. Quindi, in tale accezione *attiva*, il contratto è al contempo agente regolatore ed oggetto della regolazione.

Il tenore del discorso, all'evidenza, cambia al mutare dell'identità dell'agente della regolazione; non più la fonte privata, contrattuale (anche se intesa in una sua funzione "autoritativa", perché capace di normare pure contratti particolari stipulati tra soggetti entrambi terzi rispetto alle parti dell'accordo normativo), ma un'Autorità, oltretutto «un potere, una *fonte imperativa*, che non sale dall'autonomia dei privati, ma ai privati s'indirizza e comanda: dun-

si avrà modo di tornare più avanti, al capitolo II –, si veda F. ADDIS, *La produzione di clausole d'uso e la loro efficacia nei settori di mercato sottoposti al controllo di autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti. Metamorfosi del contratto*, cit., p. 109 ss.

⁵⁷ Ancora G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 230-231.

que, *eteronoma*, proprio nel senso che i destinatari ricevono la regola dall'esterno, e non la producono con la loro volontà»⁵⁸.

La regolazione *passiva* vede allora il contratto esclusivamente quale oggetto della stessa, stante, dal lato attivo, un regolatore, sempre e comunque diverso dalle parti del contratto *regolato*, che si colloca in una posizione sovraordinata rispetto ai contraenti.

Dunque, rispetto a quanto vagliato in relazione alla regolazione *attiva* emessa da regolatori di pari grado, quando la regolazione assume la connotazione autoritativa anche in senso soggettivo, da un lato, risulta più agevole giustificare l'imposizione della regola al contratto (per intenderci, al contratto già definito "particolare") stipulato tra parti sempre terze rispetto a chi detta la regola, ma in posizione di subordinazione rispetto a questi; dall'altro lato, tuttavia, diviene necessaria una disamina attenta delle ragioni per le quali l'Autorità si dovrebbe occupare così minuziosamente del contratto; contratto che invece, nella fattispecie di regolazione *attiva*, costituisce il terreno di naturale impatto della norma di fonte privata.

A tale disamina sarà dedicato il successivo capitolo. Preliminare, infatti, ci sembra verificare il significato e le caratteristiche dell'attività di regolazione *passiva*, che non coincide affatto, ad avviso di chi scrive, con l'attività del dettar i «*regolamenti*» elencati al n. 2 dell'art. 1 disp. prel. c.c., poi declinata, dall'art. 3, primo comma, disp. prel. c.c. in termini di «*potere regolamentare del Governo*» e quindi, dal secondo comma, pure di «*potere regolamentare di altre autorità*».

Simile *distinguo* consente, peraltro, di collocare momentaneamente al di fuori del *thema probandum* l'argomento della natura giuridica della *potestas* regolamentare, inserita nel sistema legislativo e costituzionale, e la complessa valutazione del raccordo tra legge e regolamento, inteso quest'ultimo come prodotto appartenente al *genus* degli atti amministrativi al contempo dotati di una efficacia normativa⁵⁹. A questo proposito, ci si limita a rilevare che il

⁵⁸ Così, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 41.

⁵⁹ In generale, riguardo alla natura giuridica del potere regolamentare e alla questione del rapporto con gli atti legislativi, si vedano, tra gli altri, senza pretesa di esaustività: G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e norme secondarie (Aspetti problematici)*, Milano, 1962; G. BERTI, *Il regolamento come atto normativo regionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 176 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1996; ID., *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 605 ss.; A. CERRI, *Regolamenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 3 ss.; F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, 1991; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; M.S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 600

regolamento, inteso come atto formale e fonte del diritto ai sensi delle Preleggi, è chiamato, sempre più frequentemente, a svolgere una funzione normativa alternativa rispetto alla legge, e non solo meramente attuativa o suppletiva⁶⁰, attraverso ciò che è stata definita, pur da una teoria superata, una «manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo»⁶¹.

La regolazione *passiva*, se rapportata all'omologa funzione negozialmente *attiva*, deve essere studiata in questa sede oltre l'ambito autoritativo che designa la sua provenienza, cioè con riguardo all'ambito di incidenza, quindi al suo punto di "arrivo", e alle modalità concrete di interferenza con il terreno contrattuale.

In simile prospettiva, non giova il ricorso ai copiosi e autorevolissimi contributi sulla materia del potere regolamentare (anche di quello delle Autorità indipendenti), in dotazione sempre allo «strumentario del pubblicista»⁶²,

ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 569 ss.; A. LUCARELLI, *Potere regolamentare*, Padova, 1995; G. MARCHIANÒ, *La funzione regolamentare*, Padova, 1988; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; V. ONIDA, *Regolamenti regionali*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 3 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; A. PIZZORUSSO, *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge 400/1988*, in P. CARETTI e U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Milano, 1991, p. 64 ss.; ID., *Le fonti secondarie*, in *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 151 ss.; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G. VIGNOCCHI, *Il potere regolamentare dei ministri*, Napoli, 1957; più recentemente, G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Milano, 2005; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2013.

⁶⁰ In proposito, cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, p. 7 ss.

⁶¹ Si tratta del titolo del noto saggio, pubblicato agli inizi del secolo scorso, da F. CAMMEO, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 3 ss. Il riferimento alla manifestazione di volontà si colloca in una prospettiva storica ben precisa, rappresentata dalla metafora antropomorfica dello Stato e dalla costruzione della sua personalità giuridica; tuttavia, non ci pare specioso evidenziare il parallelismo tra la funzione regolamentare attribuita al contratto dall'art. 1321 c.c., e cioè alla volontà delle parti contraenti composta in un accordo, e il potere di dettare regolamenti, in principio ascritto alla volontà dell'apparato statale. Per un commento ed inquadramento delle tesi sostenute nel saggio si rinvia a G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo*, in *Quaderni Fiorentini*, vol. 22, 1993, p. 133 ss.

⁶² Secondo la già impiegata formula del "privatista" E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., p. 515. Per la verità, anche nel contesto della scienza pubblicistica, si era fatta strada l'idea di una indagine basata sull'incidenza dei regolamenti, come riporta E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, pp. 53-54: «Lo studio del sistema delle fonti se-

come tali concentrati sulle fonti e dunque sull'origine e sulla collocazione sistematica dei regolamenti prodotti.

Piuttosto, il significato di regolazione *passiva*, sempre dal punto di vista dell'impiego e delle ricadute della corrispondente attività, va ricercato con l'ausilio di quella dottrina, soprattutto economica, che si è voluta occupare della regolazione in sé, intesa non quale portato di un potere o di un atto regolamentare, ma come uno strumento, certo a disposizione delle autorità pubbliche, per orientare i comportamenti dei privati, in gergo attori del mercato, al perseguimento dei fini e degli assetti desiderati. Questa, almeno, è la definizione sostanziale di *regulation* proposta dall'*Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD): «*Regulatory policy is about achieving government's objectives through the use of regulations, laws, and other instruments to deliver better economic and social outcomes and thus enhance the life of citizens and business*»⁶³.

In analoga definizione, «latissima» e di stampo prettamente logico, la regolazione consiste nella «adozione di misure, idonee a produrre conseguenze tangibili, previste e volute su una situazione reale prevista dal regolatore, così che tale situazione, detta *S* in un momento ipotetico anteriore all'applicazione delle misure, tenda a trasformarsi, per effetto di queste, nella diversa situazione *S1*, dotata di nuove caratteristiche gradite, e/o sornita di precedenti caratteristiche sgradite»⁶⁴.

Le formule richiamate per la nozione socio-economica di *regulation*, all'evidenza, sono talmente ampie da essere quasi prive di valore definitorio. Vi sono ricompresi il diritto dell'economia e della concorrenza, il diritto del lavoro, della previdenza, dell'ambiente, della sanità pubblica, *et cetera*, nonché, dal punto di vista dei soggetti, «il legislatore, le corti, gli organi di politica economica, finanziaria, creditizia, monetaria, gli apparati di gestione dei

condarie si è sviluppato in Italia fin dall'inizio del secolo, secondo due direttrici fondamentali: una, di taglio amministrativistico, che ha centrato in prevalenza l'attenzione sugli aspetti relativi all'uso della fonte, vista essenzialmente come strumento di organizzazione e direzione degli apparati amministrativi, oltre che di intervento di tali apparati nella sfera privata; l'altra, di taglio costituzionalistico, che ha posto, invece, l'accento sull'esame del rapporto tra regolamento e legge (...). Questa seconda direttrice, nel panorama della nostra recente letteratura, si è andata sempre più arricchendo fino a divenire dominante».

⁶³ Definizione sponsorizzata all'indirizzo [web www.oecd.org/gov/regulatory-policy](http://web.www.oecd.org/gov/regulatory-policy).

⁶⁴ Si tratta delle definizioni, mutuata dalla cibernetica, riportata da ANTONIO LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 24, e subito tacciata di eccessiva ampiezza e ambiguità. Sulla scorta di essa, infatti, potrebbe essere considerata regolazione, tra l'altro, la previsione di misure volte a reprimere una determinata condotta attraverso strumenti di tipo sanzionatorio, ma pure la disincentivazione di tale condotta tramite l'offerta di ricompense connesse al comportamento di segno opposto.

servizi sociali, in quanto a vario titolo svolgenti attività volte a modificare talune situazioni date in senso desiderato»⁶⁵.

Ad ogni modo, la *regulation*, almeno secondo l'OECD, «include[s] laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers»⁶⁶; in altre parole, l'identificazione della regolazione qui connotata dal versante passivo prescinde sia dalla qualifica dell'Autorità regolatoria, che può anche essere non governativa, sia dal tipo di fonte utilizzato.

Invece, quando si tratta di recuperare un approccio più specifico nell'individuazione dei tratti caratterizzanti la regolazione (per noi, *passiva*), questa viene ad assumere l'attributo di “amministrativa” e, così, compendia forme di esercizio di poteri autoritativi da parte di amministrazioni pubbliche⁶⁷. Di più: in una visione ulteriormente ristretta e rigorosa⁶⁸, vi è chi propone di limitare il campo ai soli interventi regolatori promossi da “amministrazioni indipendenti”⁶⁹, a cui sia stato affidato istituzionalmente il compito della cu-

⁶⁵ Così, ANTONIO LA SPINA e G. MAJONE, *op. ult. cit.*, pp. 24-25.

⁶⁶ Si veda *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Parigi, 1997, p. 6. La *regulation*, secondo l'OECD, include una regolazione economica; una regolazione sociale; una regolazione amministrativa, quest'ultima a sua volta definita come «*paperwork and administrative formalities – so-called “red tape” – through which governments collect information and intervene in individual economic decisions. They can have substantial impacts on private sector performance*».

⁶⁷ Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO e M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 11 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, pp. 72-73, il quale fa leva sulla funzione “tradizionale” delle pubbliche amministrazioni, ossia «quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri». La accezione “amministrativa” della regolazione è accolta anche nell'ambito della letteratura economica: cfr. B.M. MITNICK, *Incentive Systems in Environmental Regulation*, in *Policy Studies Journal*, 1980, 9, p. 379 ss., che evidenzia la necessità che l'entità regolatrice non sia parte in causa o comunque coinvolta nell'attività da regolare.

Ma anche questa nozione, seppure circoscritta, porterebbe ad includere nell'ambito della “regolazione” corpi di principio estranei, quale il diritto penale, come rileva N. RANGONE, *Regolazione, regolamentazione, impatto e analisi*, in F. BASILICA (a cura di), *La qualità della regolazione. Politiche europee e piano d'azione nazionale*, Rimini, p. 920 ss. Per le questioni conseguenti alla qualificazione del diritto penale in termini regolatori, cfr. A. OGUS, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994.

⁶⁸ Proposta, nella letteratura domestica, da S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 275 ss.

⁶⁹ Non a caso, infatti, i primi riferimenti alle istituzioni che oggi siamo soliti chiamare “Autorità indipendenti” contenevano la locuzione “amministrazioni indipendenti”, ove il

ra di determinati settori e che adottino regolazioni prevalentemente “condizionali”, nel rispetto del principio del giusto procedimento, ossia garantendo forme di partecipazione dei contro-interessati.

Così, anche nella dottrina economica, scendendo ai significati specifici, l’indifferenza verso l’identità e le caratteristiche del soggetto regolatore, che connotava la visione lata, diviene invece profilo caratteristico dell’attività regolatoria strettamente intesa e, in tale accezione, riferita soltanto ad “amministrazioni”. Paradossalmente, passano in secondo piano gli aspetti, che possono essere chiamati *oggettivi*, riferiti ai luoghi, alle modalità e all’intensità dell’incidenza della regolazione *passiva* sul terreno contrattuale. L’attenzione al profilo *oggettivo* è invece da coltivare a motivo del fatto che esso rappresenta il possibile punto di congiunzione con la regolazione *attiva*, la quale, all’evidenza, si mostra di segno contrario quando si trattano gli aspetti *soggettivi*.

In relazione proprio a tali elementi *oggettivi*, tuttavia, è stata posta in rilievo, sempre in ambito socio-economico, la circostanza che la regolazione non deve essere vista come «limitata al momento in cui dette regole vengono sancite. Se così fosse, dovremmo soltanto porci il problema dei *soggetti* [corsivo nostro] della normazione (...), dei vincoli (costituzionali, contenutistici e di competenza, ecc.) cui questi sono sottoposti»⁷⁰. E tale è proprio il rischio in cui il nostro studio vorrebbe evitare di ricadere, pur non sottacendo le questioni relative alla identità dei regolatori e alla legittimazione dei poteri regolatori.

Infatti, la regolazione *passiva* andrebbe considerata, in prospettiva *oggettiva*, come un fenomeno “*ongoing*”⁷¹, ossia come un processo affatto limitato alla formulazione delle regole, ma comprensivo anche della successiva, concreta, diffusione e applicazione.

In simile prospettiva, la regolazione in esame si estrinseca non soltanto tramite atti che costituiscono la manifestazione di un potere normativo in senso stretto – nel senso *formale* dell’esercizio di un potere regolamentare, *ergo* del dettar regolamenti o comunque norme secondarie generali e astrat-

sostantivo alludeva all’appartenenza di tali organismi ancora al novero della pubblica amministrazione. In proposito, cfr. F. PIGA, *Relazione della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni – Riforma della Amministrazione Centrale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, p. 115 ss.

⁷⁰ Il rilievo proviene da ANTONIO LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, cit., pp. 27-28.

⁷¹ Tale è l’assunto di un autorevole sociologo del diritto, P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. NOLL (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, 1985, p. 383, secondo cui la regolazione corrisponde a «*the sustained and focused control exercised by a public authority over activities valued by the community*».

te, secondo la gerarchia stabilita dalle Preleggi – ma pure attraverso pareri, raccomandazioni, indagini, ispezioni, autorizzazioni, *et cetera*, che hanno attitudine regolatoria, al pari delle fonti secondarie, e che tuttavia si connotano, sul versante sostanziale, per specificità e concretezza.

La funzione normativa di cui si colora il contratto talvolta, ossia quando, entro la cornice definitoria dell'art. 1321 c.c., è chiamato a regolare *attivamente* rapporti giuridici patrimoniali *extra partes*, viene resa, nella regolazione *passiva*, mediante atti, assimilabili persino a quelli negoziali⁷², che incidono puntualmente su singoli contratti stipulati in seno a un determinato settore, tra parti già funzionalmente, se non nominalmente, individuate.

La funzione autoritativa che indubbiamente connota il tipo di attività regolatoria in esame – in quanto proveniente da un apparato amministrativo, spesso nella versione “indipendente”, in posizione di, più o meno accentuata, supremazia rispetto agli estremi del rapporto (giuridico patrimoniale) da regolare – non esclude, e non è incompatibile con, una normazione di carattere sostanzialmente parcellizzato e atomistico, difficilmente inquadrabile nei canoni di generalità e astrattezza con cui si suole descrivere la tecnica normativa impiegata dal legislatore, dall'esecutivo o dalle pubbliche amministrazioni periferiche.

In particolare, con riferimento al potere normativo e regolamentare in capo alla pubblica amministrazione, si predica nei manuali che la norma giuridica è astratta perché prevede casi ipotetici, che successivamente potranno verificarsi nella realtà, rendendo così la fattispecie concreta.

Per contro, la regolazione *passiva* si rivolge spesso non a uno schema astratto, bisognoso di concretizzazione per dare luogo al fenomeno della rilevanza e della conseguente applicazione della norma, ma ad un caso concreto che sta per accadere nella realtà o che anche è già accaduto, e di cui, preliminarmente o *ex post*, si vuole determinare la sorte o limitare e indirizzare le conseguenze⁷³. Anzi, talora si assiste ad alcuni episodi di concretezza e

⁷²G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., annali*, V, Milano, 2012, p. 134 ss., individua «una tendenza evolutiva che vede le Autorità indipendenti considerare gli accordi privatistici non soltanto come oggetto della propria attività regolatoria, calata dall'alto od eventualmente concertata, ma pure come strumenti da utilizzare alla pari nel confronto dialettico con le controparti». Di tale tendenza, costituirebbero manifestazioni le cosiddette decisioni con impegni pro-concorrenziali di cui agli artt. 6, comma secondo, e 14 *ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁷³R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, 2014, p. 39, segnala l'ambiguità propria dell'attributo dell'astrattezza delle norme giuridiche: una previsione astratta, lapalissianamente, prescinde da qualsivoglia fattispecie concreta; ma «vi sono due modi abbastanza diversi attraverso cui una prescrizione può *non* fare astrazione da fattispecie concrete. Da un lato, una prescrizione *non* è astratta allorché si riferisce ad una *singola* fattispecie concreta –