

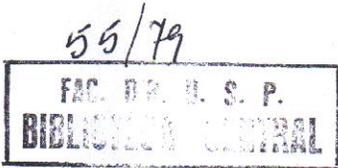
ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

XXVIII

Negozio - Nunzio



GIUFFRÈ EDITORE



NEGOZIO GIURIDICO (segue)

II. - DIRITTO PRIVATO:

- a) Premesse problematiche e dottrine generali (*)
- b) Negozio giuridico (teoria del) p. 1
- c) Negozio giuridico (interpretazione del) 16
- d) Negozio fiduciario 32
- e) Negozio astratto 52
- f) Negozio sotto nome altrui 119

III. - NEGOZIO PROCESSUALE 138

Negozio giuridico (diritto amministrativo) v. Atto amministrativo.

Negozio giuridico (diritto internazionale) v. Trattato internazionale.

Negozio di accertamento v. Accertamento (negozio di).

Negozio formale v. Forma degli atti.

Negozio in frode alla legge v. Frode alla legge.

Negozio illecito v. Causa del negozio giuridico; Frode alla legge; Motivi (diritto privato); Nullità (diritto privato).

Negozio plurilaterale v. Contratto plurilaterale e contratto associativo.

b) NEGOZIO GIURIDICO (TEORIA DEL).

SOMMARIO: I. Nascita e successo della nozione di negozio giuridico. — 2. Connotati tradizionali. — 3. Il negozio nella codificazione germanica. — 4. Il negozio giuridico nella dottrina italiana. — 5. La codificazione italiana e il negozio giuridico. — 6. La dottrina italiana dopo la codificazione. — 7. La teoria della volontà e la teoria dell'affidamento. — 8. La teoria della dichiarazione. — 9. Contestazione della nozione sul piano dogmatico e sistematico. — 10. Contestazione della figura sotto l'aspetto politico-sociale. — 11. Prospettive attuali.

1. *Nascita e successo della nozione di negozio giuridico.* — La nozione di « negozio giuridico » ha poco di più di due secoli di vita, se è vero che il primo ad adoperare il termine *negotium iuridicum* per indicare la attività dell'uomo nel mondo del diritto (1)

(*) Sono contenute nel volume XXVII:

I. - STORIA; II. - DIRITTO PRIVATO: a) Premesse problematiche e dottrine generali.

(1) Va subito chiarito che l'uso della parola *negotium* per indicare un singolo atto dell'uomo non ap-

sia stato il Nettelblatt, nel 1749 (2); ma la formulazione compiuta ed armonica se ne è avuta un secolo dopo, con l'elaborazione che ne ha operato il Savigny nella sua massima opera, il *Sistema del diritto romano attuale*, edita nel 1840 (3).

Che una nozione, elaborata da un giusnaturalista (v. GIUSNATURALISMO), quale era il primo, abbia trovato la sua più piena esplicazione nel maggiore esponente della scuola storica, che al razionalismo giusnaturalista ed illuminista opponeva la considerazione della coscienza popolare come matrice del diritto, e che una nozione relativamente recente, accolta in una unica legislazione, quella germanica, e respinta dalle altre, abbia dominato e domini ancora la dottrina, in

pare lessicalmente corretto. Anche se è pacifica l'etimologia *nec otium*, e quindi il significato di « attività », nella lingua latina, sia letteraria che delle fonti, *negotium* è un insieme di attività che soddisfa interessi, prevalentemente patrimoniali. Il *Calepinus septem linguarum del Seminarium patavinum* (1727) lo definisce « *occupatio in aliqua re, a nec et otium, hoc est opus seu operatio ... aliquando accipitur pro labore ... aliquando pro controversia ... aliquando pro cura, sollicitudine* » e lo traduce « affare » in italiano, « *Geschäft* » in tedesco. La versione tedesca *Rechtsgeschäft* mantiene esattamente il significato etimologico, ma lo attribuisce a questa nuova entità, creata dalla dottrina. Nei correnti vocabolari della lingua tedesca la parola *Geschäft* continua ad avere il significato di affare, con prevalente riferimento all'attività commerciale, così come eguale significato la parola *negotio* ha avuto ed ha nella lingua italiana.

(2) *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*, t. I, sectio I, tit. V, *de actibus iudicis*, § 63-70, indicato dal CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, 1959, 340 s.

(3) *System des heutigen römischen Rechts*, lb. II, cap. II, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, III², Torino, 1900.

ogni campo del diritto, è fenomeno che trova spiegazione nel periodo storico nel quale la nozione è sorta e nelle vicende successive.

Il secolo XVIII fu il secolo della riaffermazione della libertà dell'individuo; libertà significa libera esplicazione della volontà ed incidenza decisiva della volontà, liberamente manifestata, sulla vita dell'individuo, significa anche eguaglianza degli individui nei rapporti tra loro. Nella concezione della libertà trovarono il punto d'incontro l'illuminismo, derivato dal giusnaturalismo, e lo storicismo ed entrambi si condussero a ravvisare nella volontà individuale la fonte degli effetti giuridici (4).

Libertà ed eguaglianza sono i principi ispiratori dei movimenti politici di quel secolo: libera esplicazione della volontà come mezzo di esercizio dell'iniziativa individuale è esigenza essenziale nel primo sviluppo della società industriale, che in quel secolo comincia a costruirsi. La nozione del negozio giuridico, che si pone ad indicare l'esplicazione della libera volontà di ciascun individuo nella nascita, modificazione ed estinzione dei rapporti interindividuali, risulta, dunque, la più congrua espressione di quei movimenti di pensiero e di quelle esigenze.

Ma forse queste spinte non sarebbero state sufficienti per l'affermazione della categoria nella dottrina del diritto e nella qualificazione dei fenomeni giuridicamente rilevanti. Altre costruzioni filosofico-giuridiche elaborate nello stesso periodo non hanno resistito così a lungo (5). A consolidare la figura del negozio giuridico come categoria fondamentale della teoria del diritto hanno contribuito, probabilmente, altre due considerazioni, più o meno coscientemente avvertite.

La nozione di negozio giuridico come espressione della volontà dell'uomo operante nei rapporti giuridici ha offerto una soluzione, di notevole forza e coerenza, ad un problema che ha sempre travagliato, e continua a travagliare, la scienza del diritto, il problema della causalità giuridica (v. EFFICACIA GIURIDICA).

È la previsione normativa di un avvenimento o di un comportamento oppure la determinazione dell'uomo a produrre il regolamento dei rapporti? Nel dare la prevalenza

(4) STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, Introduzione, p. XI; CALASSO, *op. cit.*, 29 ss., 341 ss.

(5) Si pensi alle teorie del contratto sociale, del Rousseau, e della divisione dei poteri, del Montesquieu.

alla volontà la teoria del negozio giuridico ha preso una posizione netta nei confronti di questo interrogativo ed ha permesso di indirizzare la ricerca in una direzione chiaramente individuata.

Inoltre, la costruzione del negozio giuridico, come categoria nella quale inquadrare ogni attività dell'uomo rilevante nei rapporti con gli altri uomini, ha offerto alla scienza giuridica una possibilità unica ed ineguagliabile, quella di rilevare e studiare unitariamente tutti i fenomeni che vengono in considerazione nel mondo del diritto.

Fissata la nozione di negozio come manifestazione di volontà produttiva di effetti, è stato possibile discernere gli altri avvenimenti, parimenti produttivi di effetti, la cui essenza non è ravvisabile nella determinazione volitiva; dalla sistematica del negozio è derivata la sistematica dei fatti giuridici (v. FATTO GIURIDICO) e dei comportamenti umani in cui la volontà non sembra esplicare eguale efficacia (v. ATTO GIURIDICO: *diritto privato*).

Costruita con la nozione di negozio una figura concreta, composta di elementi specificamente individuabili, essenziali, accidentali e naturali (6), si sono potute ricondurre a questo schema tutte le modalità dell'attività umana e studiarle con criteri e metodo unitari.

Identificata nel negozio la fonte principale degli effetti giuridici, si è resa successivamente identificabile una situazione più complessa, nella quale più negozi o più fatti o negozi e fatti insieme si pongono come necessari perché l'effetto si produca, ed è stato possibile introdurre nella teoria del diritto privato la nozione di fattispecie (v.).

Esaminata ogni attività umana nell'ambito di uno schema unitario, se ne è tratta l'opportunità di considerarne partitamente ogni manifestazione (v.).

Se, dunque, la creazione della nozione è stata determinata da una esigenza razionale di qualificazione di fenomeni, attraverso un'operazione di astrazione, e l'affermazione della nozione è derivata da esigenze di sistemazione di un vasto e complesso materiale normativo, il consolidamento è stato opera di quella generazione di studiosi che, operando, appunto, sul materiale dal quale

(6) Anche questa classificazione, rimasta tradizionale nella dottrina del diritto privato, sembra sia dovuta al NETTELBLADT, *Systema*, cit., § 68; così, CALASSO, *op. cit.*, 341 nt. 33.

intendevano trarre la disciplina dei rapporti correnti, hanno proceduto alla elaborazione dei dati riconducibili allo schema del negozio ed alla trasformazione di questo schema in figura concreta, fino a portarla ad istituto di diritto positivo.

Il negozio giuridico, cioè, è opera dei Pandettisti del secolo XIX. Sono stati costoro, nell'elaborare il sistema normativo che intendevano trarre dal *Corpus iuris civilis* nella sua prima versione giustiniana (7), a plasmare, come istituto centrale di quella teoria generale del diritto, di cui sono stati gli artefici, il negozio giuridico, dichiarazione di volontà. Di questi le opere più diffuse sono state quelle del Windscheid e del Dernburg (8), che hanno direttamente influenzato la codificazione germanica, tanto che è stato detto consistere il *Bürgerliches Gesetzbuch* nelle Pandette del Windscheid trasformate in paragrafi (9).

Anche se inserito in una codificazione il negozio giuridico, però, è stato e resta un concetto scientifico, del quale possono essere offerte diverse prospettazioni, a seconda delle posizioni che il singolo studioso intende assumere nei confronti di quella realtà che con tale concetto viene designata (10). La opposta opinione, secondo cui con l'inserzione della figura nella codificazione germanica il negozio debba essere studiato come figura legale, sì che lo studioso resti vincolato alla costruzione legislativa (11), pone in evidenza una duplice, distinta problematica.

È indubbio che ove si tratti di applicare le norme di diritto positivo, che si riferi-

(7) Considerata come diritto « comune » applicabile in Germania: SAVIGNY, *op. cit.*, I, 69; DERNBURG, *Pandecten*, 1^a ed. Berlin, 1888, 7^a ed., 1902, trad. it. a cura di CICALA, I, Torino, 1906, 4 ss.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1^a ed., Frankfurt, 1862, 9^a ed. a cura di KIPP, 1906, trad. it. di FADDA e BENSÀ, rist., Torino, 1925, I, 3.

(8) WINDSCHEID, *op. cit.*; DERNBURG, *op. cit.*

(9) Il Windscheid, però, non partecipò alla stesura definitiva; KRÄMER-DIETHARDT, *Windscheid Bernhard*, in *Nss.D.I.*, XX, 1975, 1085.

(10) Lo affermava lo stesso WINDSCHEID, *op. cit.*, I, 202 s., nt. 1: « chiunque prende parte al lavoro scientifico è autorizzato a dare a questo concetto quella figura che crede più acconcia, purché egli, designando con l'espressione negozio giuridico gli elementi intellettuali che mette insieme, non commetta un'incongruità di linguaggio ».

(11) Da ultimo, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (1^a ed., Napoli, 1950), 2^a ed., 1969, 5 e nt. 4, il quale prospetta la stessa conclusione per la codificazione italiana, qualora si ritenga che con la previsione contenuta nell'art. 1324 c.c. sia stata recepita in questa la categoria del negozio giuridico.

scono alla figura legale di negozio giuridico, si debba compiere l'esegesi delle norme che la concernono, come tali; ma ciò non impedisce di considerare che quel fenomeno, al quale la scienza giuridica ha dato il nome di negozio giuridico, è individuabile indipendentemente dall'inserzione che ne sia stata compiuta in un testo legislativo; ed è questo rilievo che ha permesso alla dottrina di discutere se il concetto di negozio fosse presente nel diritto romano o nel diritto intermedio (v. NEGOZIO GIURIDICO: a) *diritto romano*, e b) *diritto intermedio*), che sicuramente ne hanno ignorato la locuzione e la sistematica.

Si tratta di ricercare, sotto questo aspetto, se il fenomeno della rilevanza della volontà umana come fonte di effetti giuridici sia stato tenuto presente nelle varie epoche, quale ne sia stata l'incidenza nel diritto positivo, quale la soluzione adottata in relazione ai problemi che tale fenomeno pone (12).

La nozione di negozio è, dunque, nozione di teoria generale del diritto, quale che sia l'ordinamento in relazione al quale viene studiata, quale che sia la materia alla quale viene applicata. Ed infatti la nozione di negozio è stata adoperata anche dagli scrittori di diritto amministrativo (v. ATTO AMMINISTRATIVO) (13) e di diritto processuale (v. *infra*, *Negozio processuale*), per indicare quegli atti dei rispettivi procedimenti nei quali ha rilevanza la volontà dell'agente.

2. Connotati tradizionali. — Il negozio è costruito, dunque, dai creatori della nozione, come dichiarazione di volontà; il Savigny, anzi, considera la dizione « negozi giuridici » come sinonimo di « dichiarazioni di volontà » e tratta esclusivamente di queste (14); dall'accurata disamina da lui compiuta sulle fonti giustiniane in tema di violenza e di errore (v. VIZI DEL CONSENSO) (15) e dalla dichiarazione non corrispondente alla volontà, intenzionale o non intenzionale (v. VOLONTÀ), deve dirsi che parte tutta la successiva elaborazione della materia delle invalidità (v. INVALIDITÀ: *storia e diritto pri-*

(12) Questo è il contenuto della ricerca che ha compiuto, per quanto riguarda la storia del diritto italiano, il CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit.

(13) Dubbi sulla correttezza di tale applicazione erano stati manifestati in MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 25 ss., per il rilievo che il negozio è atto dell'individuo come tale, e non in quanto investito di pubblica funzione.

(14) SAVIGNY, *op. cit.*, III, 5.

(15) SAVIGNY, *op. cit.*, III, 123 ss.

Negozio giuridico (teoria)

vato); su questa nozione si fondano le precisazioni e le schematizzazioni dei più recenti Pandettisti, sulle quali si è plasmata la successiva elaborazione dottrinale della figura, sia in Germania che in Italia.

Non sembra vi possa essere miglior mezzo per esporre la nozione, come è stata enucleata e tramandata dai Pandettisti, che riprodurre qualche pagina di questi.

«Negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico. Il negozio giuridico è *dichiarazione di volontà*. Si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico. Il negozio giuridico è dichiarazione *privata* di volontà. L'autore nel negozio giuridico non agisce in forza di autorità pubblica. Il negozio mira a produrre un *effetto* giuridico. Lo scopo ultimo del negozio giuridico è sempre la nascita, l'estinzione, la modificazione di un diritto (o di un complesso di diritti). Ma non occorre che il negozio miri immediatamente a creare, ecc. un diritto. Il negozio giuridico *mira* a produrre un effetto giuridico. Che l'effetto giuridico voluto sia dal negozio realmente prodotto, e sia prodotto subito, non appartiene al concetto di negozio giuridico » (16).

« I requisiti generali del negozio giuridico valido sono: a) la volontà degli interessati; b) la dichiarazione di questa volontà nella debita forma; c) la capacità di agire degli interessati, e la particolare capacità al relativo negozio o capacità di disporre; d) l'osservanza dei limiti posti dall'ordinamento giuridico. Si distinguono negozi giuridici validi, nulli e annullabili. Validi sono i negozi giuridici quando essi danno vita al rapporto giuridico avuto di mira; nulli, se essi non hanno la forza di ciò; annullabili, se essi danno bensì fondamento al rapporto giuridico, ma questo viene ostacolato nella sua efficacia » (17).

« Ciò che nella dichiarazione è indicato come voluto può per avventura non esserlo. La dichiarazione fa capo a ciò che un certo effetto giuridico si avverti; ma questo avveramento non è voluto. Chi afferma una siffatta scissione fra la volontà e la dichiara-

(16) Così, WINDSCHEID, *op. cit.*, trad. it. a cura di FADDA e BENZA, I, 202 ss.

(17) DERNBURG, *op. cit.*, trad. it. a cura di CRICALA, I, 1, 272.

zione deve provarla; una volta accertata tale scissione, la dichiarazione non produce l'effetto giuridico indicato come voluto. Tale è il principio » (18).

« Si distingue la volontà del negozio, cioè la volontà di realizzare il tipo di negozio, che noi ci siamo formati nello spirito, e la volontà della dichiarazione, in forza della quale quella volontà trova la sua manifestazione, e con ciò raggiunge il suo scopo » (19).

« L'interpretazione procura di accertare la volontà degli interessati, dal complesso delle clausole del negozio e secondo gli scopi riconoscibili di esso » (20).

Quel che va rilevato, in relazione a queste nette prese di posizione unitarie e volontaristiche, è che esse non sono una mera ripetizione acritica di posizioni scontate, ma vengono riaffermate da questi che sono i Pandettisti più recenti in risposta a critiche che già si erano sviluppate nell'ambito della stessa scuola pandettistica.

Le contestazioni che si ritrovano nella dottrina italiana contemporanea in tema di negozio, di cui si dirà più avanti, trovano il punto di partenza in tesi già avanzate anteriormente alla codificazione germanica, ed è questa la ragione del fenomeno, che può stupire il lettore meno provveduto, che gli scritti di ora si riferiscono spesso ad autori germanici di circa un secolo fa, anteriori a quelli dei quali vengono riportate, come tradizionali e consolidate, le enunciazioni.

L'utilità della nozione unitaria di negozio era stata, ad esempio, contestata dallo Schlossmann (21); la direzione della volontà agli effetti giuridici, dal Lotmar (22); la rilevanza della volontà effettiva, e non di quella che appaia dalla dichiarazione, dagli stessi, nonché dal Bähr (23), dal Thon (24) e da molti altri.

La costruzione del negozio giuridico come dichiarazione di volontà; la ripartizione dei negozi in negozi tra vivi e *mortis causa* (v. ATTO « MORTIS CAUSA ») e tra negozi unilaterali e bilaterali, come ripartizioni fonda-

(18) WINDSCHEID, *op. cit.*, I, 235.

(19) DERNBURG, *op. cit.*, I, 1, 281.

(20) DERNBURG, *op. cit.*, I, 1, 371.

(21) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 129 ss.

(22) *Über causa im römischen Recht, Beitrag zur Lehre von der Rechtsgeschäften*, Leipzig, 1875, 15.

(23) *Über Irrtungen im Contrahiren*, in *J. Dogm. h. R.*, 1875, XIV, 393 ss.

(24) *Reschtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, 365, trad. it. a cura di LEVI, 2ª ed., Padova, 1951.

mentali (25); l'inclusione del contratto (v.) figura tipica della tradizione romanistica, come negozio bilaterale* (26), nella più vasta categoria, sono posizioni considerate quasi indiscutibili dalla maggioranza dei Pandettisti, nonostante ogni critica, mentre si matura anche in Germania il tempo della codificazione.

Lo studio della codificazione francese, ispirata ad altro sistema concettuale, che pur veniva compiuto contemporaneamente nella dottrina tedesca (27), rimane del tutto estraneo a questa elaborazione.

3. *Il negozio nella codificazione germanica.* — Il legislatore imperiale germanico effettuò una decisa scelta, rifiutando sia i modelli di codificazione del diritto comune tedesco sia quelli del diritto francese, a favore del modello presentato dalla Pandettistica, di sistema condotto sulle fonti giustiniane. Conseguenza di questa scelta fu l'adozione di una « parte generale », posta in testa alla codificazione ed enunciante gli istituti fondamentali, tra i quali, ovviamente, il negozio giuridico.

Il codice civile tedesco del 1896 ha recepito, dunque, e la locuzione di negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) e l'identificazione di questa con quella di dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*). Invero, il codice non definisce né l'una né l'altra; intitola *Rechtsgeschäfte* la parte III del libro I, che contiene la parte generale, e, dopo avere regolato, nel titolo I, la capacità negoziale (*Geschäftsfähigkeit*), pone, nel titolo II, le norme fondamentali che concernono la *Willenserklärung*, dedicando, poi, il titolo III alle norme generali sul contratto (*Vertrag*).

L'uso promiscuo e la palese intercambiabilità, nelle varie disposizioni, delle locuzioni *Rechtsgeschäft* e *Willenserklärung* (28) mostra-

no la piena aderenza della codificazione alla costruzione dominante in dottrina, sì che dovrebbe dirsi essere indubbio che l'istituto del negozio giuridico, come istituto di diritto positivo, si identifichi pienamente con quello di dichiarazione di volontà, nell'accezione strettamente subiettiva, che ne offriva la Pandettistica. Ma ciò non è stato. Ed anzi, nella esegesi delle norme codificate si sono riprodotte ed estese quelle dispute intorno alla giustificazione ed all'essenza della figura, che già si erano manifestate nel seno della Pandettistica e che saranno indicate, poi, come segno della crisi del concetto di negozio giuridico (29).

4. *Il negozio giuridico nella dottrina italiana.* — La dottrina romanistica italiana della seconda metà dell'Ottocento ha proceduto con i Pandettisti tedeschi nel trarre dalle fonti giustiniane un sistema di concetti giuridici, adottandone i metodi ed i risultati, anche se non aveva in comune con questi il fine di dedurre da quelle fonti un ordinamento normativo da applicare. Si spiega, così, perché le nozioni di teoria generale, che i Pandettisti sono andati elaborando, e la nozione di negozio giuridico in particolare, si sono introdotte nelle trattazioni degli scrittori italiani senza difficoltà anche se la pratica vi rimaneva estranea, occupata com'era a dedurre, invece, dagli esegeti del codice Napoleone i criteri di applicazione delle codificazioni degli Stati italiani, che da questo erano derivate. E poiché i romanisti erano anche maestri del diritto civile, nelle opere dei maggiori si ritrova la sistematica pandettistica con il richiamo alle opere degli esegeti francesi.

Anche se, quindi, le prime opere alle quali si fa solitamente risalire l'elaborazione della nozione di negozio nella dottrina italiana sono datate alla fine dell'800 od ai primi del '900 (30), in effetti la nozione era

(25) WINDSCHEID, *op. cit.*, I, 205; DERNBURG, *op. cit.*, I, 1, 273 ss.

(26) Anch'essa contestata, ad esempio, dallo SCHLOSSMANN, *op. cit.*, 140, antesignano delle recenti prospettazioni della efficacia vincolante della promessa, su cui v. *infra*, § 9.

(27) Grande diffusione ebbe, tra gli altri, il *Corso di diritto civile francese* dello ZACHARIAE, tradotto in francese da AUBRY et RAU ed in italiano da ATTANASIO e DEL CORE, Napoli, 1846-1849.

(28) V., ad esempio, BGB: § 107. Negozi giuridici del minore d'età: « Il minore d'età ha bisogno, per una dichiarazione di volontà... », § 117. Dichiarazione simulata: « Se una dichiarazione di volontà che è emessa nei confronti di un altro lo è, con l'accordo di questo, solo simulatamente, è nulla. Se dal negozio simulato è coperto un altro negozio giuridico... »;

§ 143. Dichiarazione di annullamento: « IV. In un negozio unilaterale è controparte chi dal negozio ha ricevuto direttamente un vantaggio giuridico. Se, però, la dichiarazione di volontà è resa ad un'autorità... » e simili. Che dichiarazione e negozio giuridico siano stati usati come sinonimi lo enuncia, d'altronde, la Relazione (*Motive*) al BGB; v. MUGDAN, *Die gesammelten Materialien zum BGB*, I, Berlin, 1899.

(29) SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., I ss.

(30) SCIALOJA V., *Negozi giuridici* (Corso di diritto romano nell'anno accademico 1892-1893), Roma, 1893, 3^a rist., Roma, 1938; SEGRÉ Gino, *Studi sul concetto di negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in RISG, 1899, XXVIII, e 1900, XXIX, ora in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1930,

già stata recepita (31).

D'altronde è notorio che la cultura italiana dell'800 era pienamente inquadrata nelle correnti di pensiero dalle quali, come si è accennato, la Pandettistica aveva tratto spunto per le sue elaborazioni.

La nozione veniva recepita, pertanto, nella più pura struttura subiettivistica e volontaristica, con dichiarato rigetto delle opinioni contrastanti (32), e così il concetto di negozio, dal quale è partita la successiva elaborazione nell'ambito della dottrina italiana, è stato quello di « manifestazione di volontà » in cui è « l'interno volere il vero elemento produttore degli effetti giuridici » (33) ed è « volontà nel senso giuridico anche il contenuto della manifestazione di volontà che costituisce il negozio giuridico, cioè l'intenzione » (34).

Il dominio di questa concezione non è, però, durato a lungo. Veicolo della rielaborazione è stato, forse, il diffondersi della conoscenza della lingua tedesca tra i civilisti italiani della prima metà del secolo, che ha reso possibile la lettura diretta sia delle opinioni di quei Pandettisti che, non avendo avuto la ventura di una versione in lingua italiana delle loro opere, erano noti piuttosto sotto l'aspetto negativo delle confutazioni che non sotto quello positivo delle argomentazioni addotte a sostegno delle tesi prospettate, sia della esegesi e della critica delle norme codificate da parte degli

scrittori germanici successivi alla codificazione e della eco che ne riportava la pratica.

Elemento catalizzatore della revisione ha potuto essere anche il rapido affermarsi della scuola interpolazionistica nello studio delle fonti romane, che nell'opera di eliminazione delle sovrastrutture giustiniane ai responsi dei giureconsulti classici, ha considerato prevalentemente come risultato di interpolazione ogni richiamo alla rilevanza della volontà, del consenso, dell'intenzione (35) ed ha negato che nelle fonti la parola *causa* (v. CAUSA: *diritto romano e diritto privato*) potesse indicare alcunché di subiettivo (36), facendo vacillare, sotto questo aspetto, gli asseriti fondamenti romanistici della costruzione.

Ma soprattutto deve ritenersi che alla svalutazione dell'elemento volitivo interiore ed all'affermazione della rilevanza dell'elemento esteriormente percepibile della manifestazione hanno contribuito le esigenze del commercio ed il mutamento delle basi culturali, ben lontane, ormai, dalle impostazioni illuministiche e giusnaturalistiche nella valutazione dei rapporti sociali.

Le linee della contestazione possono essere così riassunte. Se davvero l'essenza del negozio fosse la volontà, in tutti i casi di divergenza tra l'interiore determinazione volitiva e la manifestazione esteriore dovrebbe avere preminenza la prima, mentre gli stessi creatori della nozione e gli ordinamenti positivi negano in molti casi tale preminenza (riserva mentale, simulazione (v.), discordanza imputabile). Se fosse la volontà la fonte degli effetti giuridici, tutti gli effetti voluti dovrebbero prodursi e dal negozio non potrebbero derivare altri effetti non voluti, laddove è principio accolto in ogni ordinamento che possono non verificarsi effetti voluti e possono essere ricollegate all'atto conseguenze esorbitanti dalla volizione ed anche contrastanti con questa. L'interpretazione (v. *infra*, *Negozio giuridico: interpretazione del*) e la valutazione della manifestazione con esclusivo riferimento alla volontà interiore non possono recare pregiudizio a chi, giustificatamente, abbia attribuito alla manifestazione un significato ed un valore diversi. Vi sono comportamenti nei quali nessuna volontà viene manifestata in

193 ss.; FERRINI, *Pandette. Manuale di diritto romano* (1900), § 109, 4^a ed. a cura di GROSSO, Milano, 1953; FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico* (Lezioni di diritto romano), Napoli, 1909.

(31) Soprattutto ad opera del PACIFICI-MAZZONI (1834-1890), *Istituzioni di diritto civile* a cura di VENZI, II, pt. I, Firenze, 1914-1919, 378, il quale per primo, forse, ha presentato uno schema di « atti giuridici » che « hanno per obbiettivo immediato l'acquisto, la modificazione e la perdita di un diritto e sono di questo effetto condizione indispensabile », ispirato al Savigny, del quale, peraltro, rifiuta la locuzione « dichiarazione di volontà » per lo strano rilievo che anche alcuni atti illeciti consistono in dichiarazioni di volontà; cfr. nell'edizione curata da VENZI, *ivi*, nt. a, p. 400.

(32) SCIALOJA, *Negozi*, cit., 28 ss.; lo sottolinea il RICCOBONO, nella *Prefazione* alla ristampa citata.

(33) SCIALOJA, *op. cit.*, 28-29.

(34) SCIALOJA, *op. cit.*, 35. Si deve, infatti, allo Scialoja quella concezione ibrida della causa (v. GIORGIANNI, *Causa: diritto privato*, in questa *Enciclopedia*, VI, 547 ss.) del negozio, « obbiettiva e subiettiva in quanto è concepita e voluta dall'agente », p. 90 s.), che ha rappresentato una delle maggiori difficoltà nella successiva elaborazione del concetto; v. MIRABELLI, *Causa obbiettiva e causa subiettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 923 ss.

(35) Cenni in RICCOBONO, *Prefazione* a SCIALOJA, *Negozi giuridici*, rist., cit.

(36) BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115 ss., ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, 131 ss.

modo da rendersi percepibile e valutabile, ma che producono effetti pari a quelli propri della dichiarazione di volontà. Il contenuto dell'atto viene valutato dall'ordinamento non in relazione alla intenzione dell'agente, ma in considerazione della modificazione della realtà esteriormente rilevabile.

A questi rilievi, di cui non si è potuto disconoscere la fondatezza, sono state date risposte che sono andate via via allontanando la nozione di negozio dalla matrice volontaristica.

All'obiezione che non sempre ci si può riferire alla volontà interiore nella rilevazione del comportamento si è risposto prospettando la teoria dell'autoresponsabilità (v. (37): ogni mancanza o turbamento di volere non può essere invocato se vi è responsabilità del soggetto, nel senso che il soggetto si sia comportato diversamente da come si sarebbe comportato un uomo di ordinaria diligenza e prudenza (38). A questa costruzione si ricollega quella della scusabilità dell'errore (v. ERRORE: *diritto privato*) (39).

All'obiezione del difetto di rispondenza tra gli effetti voluti e gli effetti prodotti si è risposto modificando gradualmente la stessa definizione di negozio, fino a giungere a quella di « dichiarazione di volontà del privato rivolta ad un fine protetto dall'ordinamento giuridico » (40) che, con modulazioni varie, si è tramandata nei testi istituzionali (41)

(37) GIÀ SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 29 ss., e precedentemente, *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*, ora in *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, 72 ss.; FERRARA F. sr., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, Introduzione, in particolare 20 ss.; MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, 393 ss.; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 211 ss.; PUGLIATTI, *La volontà, elemento essenziale nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 240 ss.; CARIOTA FERRARA, *Volontà, manifestazione, negozio giuridico*, in *Anr. dir. comp.*, 1941, XV, 377 ss., ed ivi ulteriore bibliografia.

(38) Così, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1946), § 19.

(39) ASCOLI, *Scusabilità dell'errore*, in *Riv. dir. civ.*, 1931, 100 ss.; TRABUCCHI, *Errore (Diritto civile)*, in *N.D.I.*, 1938, 488 ss.; DE CUPIS, *La scusabilità dell'errore*, Padova, 1939.

(40) Così, DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, s.d., 230.

(41) Tra le più recenti: TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1975, 154: « dichiarazione di volontà diretta ad effetti giuridici e che l'ordinamento riconosce e garantisce »; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1971, 136: « manifestazione di volontà, rivolta a uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione giuridicamente rilevante »; TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977, 176: « di-

e con la quale si vuole intendere che è il risultato quello che viene attuato, non le modalità previste.

All'obiezione concernente l'interpretazione si risponde rilevando che oggetto ne è pur sempre la dichiarazione e che nei casi di dubbio persistente suppliscono le norme integrative, che prescindono dall'accertamento della volontà effettiva (42).

Alla rilevazione dei comportamenti negoziali non consistenti in dichiarazioni si è risposto dapprima mutando in « manifestazione » (v. MANIFESTAZIONE: *in senso stretto*) il dato principale della definizione e poi costruendo la figura del « negozio di volontà » (*Willensgeschäft*) (43), come comportamento nel quale la volontà si immedesima, anche se non ha rilevanza come tale.

All'ultima obiezione, concernente la rilevazione obiettiva del contenuto, si è risposto prospettando la concezione cosiddetta obiettiva della causa del negozio, come funzione economico-giuridica (44) o pratico-sociale di questo (45), e cioè ipotizzando che il risultato viene raggiunto non in quanto motivo (v. MOTIVI: *diritto privato*) ultimo della volizione, ma in quanto situazione che l'ordinamento rileva ed ammette.

In contrasto con questo perdurante adattamento della nozione tradizionale di negozio alle nuove esigenze si andava affermando una costruzione diversa, che, riportandosi tuttavia alla concezione del negozio come atto di privata autonomia (v. AUTONOMIA PRIVATA), già presente nella Pandettistica (46) e sviluppata dalla dottrina posteriore (47),

chiarazione rivolta a produrre effetti riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico»; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1975, 59: « manifestazione di volontà diretta ad uno scopo pratico che per legge ottiene, più o meno, realizzazione ».

(42) GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, 25 ss., 128 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 708.

(43) La costruzione è dovuta a MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1917; poi, ID., *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939; ID., *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento degli atti giuridici privati*, in *Anr. dir. comp.*, 1941, XVI, 147 ss. In Italia la categoria, più nota sotto il nome di « negozio di attuazione », è stata esaminata e criticata dal CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1968.

(44) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 31.

(45) CARIOTA FERRARA, *Negozio giuridico*, cit., § 120.

(46) DERNBURG, *Pandette*, cit., I, 1, 269: « Il negozio giuridico serve alla determinazione autonoma nel campo del diritto privato ».

(47) MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935; VON HIPPEL Fr., *Das*

conduceva a configurare il negozio come atto con il quale il soggetto regola il proprio comportamento e che l'ordinamento prende in considerazione non in quanto rispondente ad una volontà, ma in quanto venuto in esistenza: atto di autoregolamento, atto normativo (v.) dell'individuo (48).

Parallelamente si profilava una tendenza ad affiancare al criterio della autoresponsabilità quello del cosiddetto affidamento (v.), e cioè a prospettare che l'agente è vincolato non soltanto per ciò che ha compiuto senza adeguata diligenza, ma anche per ciò che altri ha potuto dedurre dal suo comportamento, usando la normale diligenza (49).

Questa era, a un dipresso, la situazione della dottrina italiana in tema di negozio giuridico, quando venne a concretizzarsi la nuova codificazione.

5. *La codificazione italiana e il negozio giuridico.* — Questa posizione dottrina, con le contraddizioni e le incertezze di terminologia che vi si ritrovavano, è stata trasfusa nella Relazione al codice civile, che si è sforzata anche di presentarla non come una normale evoluzione del pensiero giuridico, ma come prodotto dell'ideologia del regime di governo allora esistente. Vi si legge, quindi: « In luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa » (n. 603). « Contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito nel caso concreto, ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata » (n. 613). « Senza disconoscere il valore del-

l'elemento volitivo, si può dare, di regola, in caso di conflitto, la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza della stabilità dei rapporti giuridici, ove, beninteso, l'affidamento si fondi sulla buona fede consapevole del destinatario dell'atto di volontà » (n. 623); e così via.

Nella costruzione del sistema della legislazione in tema di diritto privato il codice italiano contiene, però, oltre alla nuova formulazione delle nozioni generali, in aderenza ai criteri adottati, due notevoli innovazioni, che incidono direttamente sulla materia del negozio giuridico: da un canto ha attuato l'unificazione del diritto privato, con l'eliminazione del codice di commercio, che, invece, in tutti gli altri ordinamenti che hanno adottato la codificazione, si pone accanto al codice civile, come legislazione particolare per i rapporti commerciali; dall'altro, pur mantenendo lo schema del precedente codice, modellato su quello francese, e quindi regolando separatamente e specificamente, come categorie di attività giuridiche, il contratto, il testamento e gli atti del diritto familiare, ha enunciato un'apposita regola per disporre che le norme dettate per i contratti si applicano agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art. 1324).

La prima innovazione ha reso più agevole la sussunzione di tutte le attività relative ai rapporti di diritto privato in una categoria unitaria; la seconda è stata intenzionalmente diretta a recepire, sia pure in modo imperfetto, la categoria dottrina del negozio giuridico. La Relazione espone ciò in modo inequivoco: « In conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto, e, con una disposizione generale, si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. È ovvio che gli atti unilaterali stessi possono ricevere disciplina dalle norme sui contratti solo per ciò che questi hanno in comune; ed è ovvio altresì che la menzione della categoria degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale non esclude la possibilità di una estensione analogica delle norme anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale » (n. 604).

Inoltre, nel testo del codice viene introdotta, sia pure soltanto nella rubrica di un articolo e con un riferimento volutamente

Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Berlin, 1936; TEDESCHI G., *Volontà privata autonoma*, in RIFD, 1929.

(48) BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Camerino, 1928, 277 ss.; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 155 ss.

(49) Posizione già presente, ad esempio, in COVIELLO N., *Manuale di diritto civile*, Milano, 1939, 358 ss.

ristretto, la nozione di « autonomia » (art. 1322. *Autonomia contrattuale*).

È stata unanime l'affermazione che, in relazione a questi dati, fosse dovere della dottrina ricostruire il sistema legislativo delle attività giuridiche, sulla base della nozione di negozio, essendo da ritenere che lo stesso legislatore l'avesse tenuta presente (50). In seguito sarà affermato che la figura del negozio giuridico è divenuta figura legale e che il nostro codice detta la disciplina del negozio in generale (51).

La trattazione del negozio è stata condotta, quindi, nella dottrina italiana successiva mescolando spunti ricostruttivi dogmatici a spunti esegetici applicativi, ancora una volta seguendo l'esempio della dottrina germanica, soprattutto quella del secondo ventennio del '900.

6. *La dottrina italiana dopo la codificazione.* — Nella primavera del 1943, ad un anno di distanza dall'entrata in vigore del nuovo codice civile (21 aprile 1942), vengono alla luce le due opere che indirizzeranno la dottrina civilistica italiana nel successivo ventennio, ossia la nuova edizione delle *Istituzioni* di Francesco Messineo, con il nome di *Manuale*, e la monografia sul negozio giuridico di Emilio Betti; la prima, mantenendo il sistema della Pandettistica tradizionale (52), si sforza di adattarne i concetti alla nuova elaborazione; la seconda, pur ricollegandosi alla tradizione pandettistica, « cerca di dimostrare la capacità di rinnovamento » (53).

Indice delle due impostazioni sono le definizioni stesse di negozio giuridico: per il primo, « negozio giuridico è — di regola — una dichiarazione di volontà (privata), o un complesso di dichiarazioni di volontà (private), dirette alla produzione di effetti giuridici (anche se non chiaramente e interamente previsti da colui che emette

(50) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1943, 205 (prima edizione dopo l'emanazione del codice); SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1945, 86.

(51) CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., II, 7; SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 5 nt. 4. In seguito si discuterà, però, anche se con la norma dell'art. 1324 sia stata posta la base per una disciplina della più vasta categoria dell'atto giuridico, negoziale e non negoziale; MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, cit., 35 s.; SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in questa *Enciclopedia*, IV, 211.

(52) MESSINEO, *Manuale*, cit., Avvertenze, VIII.

(53) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, Prefazione.

la dichiarazione e da costui concepiti come effetti meramente economici e pratici), che l'ordinamento riconosce e garantisce — di regola — nei limiti della corrispondenza, o congruità, fra essi e la volontà che li persegue » (54); per il secondo, negozio è « l'atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata), atto al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo » (55).

Cessato il periodo bellico e mutate le istituzioni dello Stato, si assiste ad una fioritura di studi sul negozio giuridico. Vi si è visto, da un canto, il segno di una meditazione dell'individuo su se stesso, dall'altro, l'ansia di fare il punto, tentando soluzioni nuove (56); ed entrambe le diagnosi appaiono esatte.

Fin dalle prime rielaborazioni si sono delineate tre correnti: l'una diretta a mantenere l'aderenza della nozione di negozio, pur di fronte alle nuove prospettive ed alla codificazione, alla matrice illuministica e giusnaturalistica, e quindi a riaffermare che l'essenza del negozio è la volontà dell'individuo (57); l'altra, tendente ad operare una mediazione con le posizioni nuove, ponendo in rilievo, ma quali aspetti non principali, le limitazioni che alla efficienza causale della volontà vengono poste in relazione alla nuova prospettazione del concetto di autonomia privata (58); la terza, tesa a sostenere il radicale mutamento delle posizioni volontaristiche tradizionali ed a contestare il cosiddetto « dogma della volontà » (59).

La prima corrente si è andata spegnendo, di mano in mano che nell'esegesi e nell'applicazione

(54) MESSINEO, *Manuale*, cit., I, 204 s.

(55) BETTI, *op. ult. cit.*, 42.

(56) CALASSO, *Negozi giuridico*, cit., 345 nt. 41.

(57) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., Introduzione; Id., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, 41 ss., ora in *Il diritto privato nella società moderna* a cura di S. RODOTÀ, Bologna, 1971, 245 ss.

(58) SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni*, cit., 84: « Il negozio giuridico è l'atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo »; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 61 s.: « non può dirsi che è la volontà a produrre gli effetti giuridici, né che la forza generatrice è nell'ordinamento, sibbene è da dire che è la legge che autorizza la autonomia privata, rendendo possibile che il negozio produca da sé gli effetti giuridici, munendolo di efficacia ».

(59) BETTI, *Una teoria del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 137 s., ora in *Il diritto privato nella società moderna*, cit., 233 ss., in critica a Stolfi; Id., *Teoria generale*, cit., 2ª ed., 3ª rist., 1960, 125 ss.

cazione del codice si è constatato quanto nei lavori preparatori si trovasse trasfuso delle posizioni dottrinarie sostenute dalla terza corrente e si è ritenuto di rinvenirvi indici sempre più notevoli di disconoscimento della rilevanza della volontà.

La seconda corrente si è estrinsecata nei più diffusi manuali istituzionali ed attraverso questi ha fortemente influenzato l'insegnamento universitario e la giurisprudenza; si deve, in effetti, a questa corrente, che annovera i maggiori civilisti italiani del terzo ventennio del '900 (60), se i concetti ispiratori del nuovo codice sono stati recepiti nel mondo delle relazioni giuridicamente rilevanti e se, in definitiva, la terza corrente rinnovatrice è stata conosciuta dai pratici del diritto.

Questa terza corrente ha prodotto ulteriori sviluppi nella ricostruzione della nozione di negozio giuridico (61).

È, dunque, in base ai risultati cui sono pervenute le tre correnti ora indicate che si può tentare di fissare i connotati della figura del negozio giuridico nella sua elaborazione più recente, prima di prendere atto delle contestazioni che le sono state opposte nel momento attuale.

7. *La teoria della volontà e la teoria dell'affidamento.* — La concezione del negozio come dichiarazione di volontà, ponendo al centro della figura la volontà, come elemento preminente e determinante degli effetti, impone che l'accertamento del contenuto dell'atto venga condotto con costante e quasi esclusivo riferimento alla volontà effettiva dell'agente.

Da questa impostazione discende che tutte le questioni che concernono sia la formazione dell'atto che il contenuto di questo vengono risolte attraverso una ricerca che tende ad accertare ciò che l'agente ha voluto, sia pure attraverso l'esame di ciò che egli ha manifestato.

Deriva, quindi, da questa impostazione volontaristica la tradizionale costruzione della discordanza tra volontà e manifestazione

(60) Contributi di rilevanza fondamentale hanno dato: ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1943; ID., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁴, Torino, 1953; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1934; ID., *I fatti giuridici*, Messina, 1945; ID., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano, 1951; ID., *La trascrizione*, I, Milano, 1957; ID., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

(61) SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit.

come ipotesi di nullità dell'atto per difetto di volontà, sia quando tale discordanza è involontaria (errore ostantivo; v. ERRORE: *diritto privato*), sia quando è intenzionale (simulazione; v.), con il solo correttivo della irrilevanza della discordanza nel caso in cui non sia affatto percepibile attraverso la manifestazione (riserva mentale).

Parimenti discende dall'impostazione volontaristica la tendenza ad attribuire efficacia invalidante piena a tutti i cosiddetti vizi della volontà o del consenso (v. VIZI DEL CONSENSO), indipendentemente dalla percepibilità della deviazione del volere attraverso la manifestazione; tendenza a mala pena temperata dalla teoria della autoreponsabilità (v.), secondo la quale chi compie un atto che genera modificazioni nel campo dei rapporti giuridici deve sopportare le conseguenze del suo comportamento, se lo ha posto in essere invalidamente con difetto di adeguata diligenza con il corollario della scusabilità dell'errore come massimo limite di rilevanza invalidante del vizio.

Sempre in riferimento alla rilevanza preminente della volontà viene risolto il problema della discriminazione tra contenuto invalido e contenuto valido dell'atto, sì che alla clausola invalida viene data rilevanza solo se voluta come elemento essenziale (nullità parziale; v. NULLITÀ: *diritto privato*) e la conservazione del negozio viene limitata alla porzione che si possa ritenere voluta (conversione; v. CONVERSIONE DELL'ATTO GIURIDICO).

La maggiore incidenza della concezione volontaristica si riscontra in tema di interpretazione: sia di interpretazione dell'atto negoziale, sia di interpretazione delle norme che lo regolano.

L'interpretazione del negozio (v. *infra*, *Negozi giuridici: interpretazione del*) è concepita come ricerca tendente ad accertare il contenuto della volizione, sia pure attraverso la manifestazione, e questa viene considerata come mera estrinsecazione del volere, non come entità avente una propria rilevanza. All'interpretazione viene assegnato il compito di scoprire quale sia l'intimo volere, adoperando i dati percepibili dai quali tale volontà interiore possa essere dedotta (62) ed ogni norma che sia diretta ad attribuire alla manifestazione un significato non pie-

(62) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., Introduzione, xvii; ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Il diritto privato nella società moderna*, cit., 256 ss.

namente rispondente al voluto viene considerata come norma di integrazione, più che di interpretazione (cosiddetta interpretazione integrativa) (63), ossia come assegnazione dall'esterno di un qualche significato che non corrisponde al vero contenuto dell'atto.

Ed ancora, dalla preminenza della volontà viene tratta la conseguenza che ogni limitazione che l'ordinamento pone all'efficacia dell'atto, in contrasto con quanto risulti o possa risultare voluto, deve essere considerata una eccezione, e come tale ne va ristretta l'incidenza al minimo indispensabile (64).

Ancora deve dirsi che alla concezione volontaristica va riportata la diffusa tendenza ad attribuire rilevanza ai motivi (v. MOTIVI: *diritto privato*), in relazione all'efficacia dell'atto, sia riconducendo a questi gli elementi cosiddetti accidentali o condizionanti (v. CONDIZIONE: *diritto vigente*) sia attribuendo rilevanza alla cosiddetta presupposizione (v.).

Questa può dirsi, ridotta al nocciolo, la concezione volontaristica del negozio giuridico, che ha fatto anche leva sulla terminologia accolta dal codice civile per la disciplina dei contratti, nella quale è diffuso il riferimento alla volontà, e ha avuto notevole influenza sulla elaborazione giurisprudenziale.

Ma, in effetti, non è questa la concezione prevalente, né nella dottrina né nella pratica giudiziaria.

I più si sono allineati sulle posizioni che il legislatore italiano sembra avere assunto e respingono le deduzioni più strettamente volontaristiche, pur senza abbandonare le impostazioni tradizionali.

Il fulcro di questa tendenza di mediazione è stato posto nel principio dell'affidamento (v.). Si ritiene, cioè, che nel sistema della codificazione è stata data rilevanza alla dichiarazione (v. DICHIARAZIONE: *teoria generale*) più che alla volontà, ma solo ai fini ed entro i limiti della tutela che va data all'ignoranza incolpevole dei controinteressati. Si pone, cioè, a carico di chi risente le conseguenze di una manifestazione negoziale l'onere di apprenderla e valutarla con diligenza, ma una volta che a tale onere di diligenza si sia adempiuto si assicura tutela contro le difformità che eventualmente sussistano tra quanto è stato reso percepibile e quanto sia, invece, effettivamente voluto. Il rischio della diffor-

mità non percepibile è posto a carico dell'agente.

All'affidamento si attribuisce rilevanza sia in riferimento all'incidenza invalidante dei vizi della volontà, quando la deviazione del volere non sia percepibile nonostante l'esercizio di una adeguata diligenza (65), sia, e soprattutto, in relazione all'interpretazione della manifestazione, alla quale viene attribuito il significato deducibile con la normale diligenza, e non l'altro, che sia eventualmente voluto dall'agente (66).

Ma la tutela dell'affidamento viene concepita come un mero temperamento, disposto dall'ordinamento, alla rilevanza della volontà, non come una caratteristica fondamentale della disciplina del negozio giuridico. Il negozio è considerato pur sempre un atto di volontà (67), di guisa che tutte le volte in cui non si presenti l'esigenza di tutela di un affidamento, è alla volontà interiore del soggetto, non alla manifestazione esteriore, che vanno ricollegati gli effetti dell'atto.

8. *La teoria della dichiarazione.* — Il capovolgimento di queste posizioni, proposto dalla dottrina antivolontaristica (68), viene operato in due direzioni: da un canto, la funzione viene posta in primo piano, in luogo della volontà (69); dall'altro, la riconoscibilità nell'ambiente sociale prende il posto della concordanza tra volontà e manifestazione (70).

Sotto il primo aspetto, il negozio giuridico viene considerato produttivo di effetti giuridici non in quanto atto voluto, ma in quanto atto valutato come socialmente utile. Sotto il secondo aspetto, la volontà viene

(65) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1971, n. 33; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 70 ss.

(66) SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, n. 51; CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, 712.

(67) SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, n. 26; CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, 74.

(68) Comunemente indicata come teoria della dichiarazione o teoria precettiva, in contrapposto alla teoria volontaristica o dogma della volontà.

(69) BETTI, *Negozio giuridico*, in *Nss.D.I.*, XI, 1965, 209: «Il diritto non presta il suo appoggio all'autonomia privata quali che siano gli scopi da essa perseguiti, ma, prima di conferirle la propria sanzione, valuta alla stregua dell'utilità sociale la funzione pratica che ne caratterizza il tipo, e la tratta in conseguenza».

(70) BETTI, *op. ult. cit.*, 210: «oggetto d'interpretazione e di valutazione nel mondo sociale non può essere un mero fatto psicologico interno, ma solo un dato oggettivo, riconoscibile nell'ambiente e nella vita di relazione».

(63) OSTI, *Contratto*, in *Nss.D.I.*, IV, 1959, 523.

(64) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit. Introduzione, xxvii.

Negozi giuridico (teoria)

ridotta a mera volontarietà del comportamento. Quella che la dottrina tradizionale considerava volontà del contenuto del negozio viene ridotta a consapevolezza «del significato oggettivo della emessa dichiarazione» e dello «specifico valore sociale del comportamento» (71); coerentemente, l'interpretazione viene rivolta non all'accertamento del voluto, ma all'attribuzione di un significato agli «atteggiamenti esteriormente riconoscibili» (72).

Conseguenza di questo distacco dell'atto esteriorizzato dalla volontà è anche la rottura del nesso tra volontà ed effetti. Effetto primo, e preminente, dell'atto di autonomia viene considerato, non la costituzione, modificazione od estinzione del rapporto al quale il negozio si riferisce, ma la produzione di un vincolo, che sorge a carico dell'agente e che lo impegna ad attuare quel regolamento di interessi, che egli ha posto in essere.

La caratteristica del negozio, che lo differenzia da ogni altro atto giuridicamente rilevante, viene individuata, così, non più nel rilievo che l'ordinamento vi ricollega effetti in coerenza con l'intenzione dell'agente, ma piuttosto in quello che il soggetto resta impegnato dal suo comportamento (v.). Il dato individualizzante del negozio giuridico viene ravvisato in ciò che la condotta successiva dell'agente può svolgersi solo in conformità dell'impegno che egli ha assunto con l'atto (73); e l'ordinamento in tanto ricollega a tale atto gli ulteriori effetti modificativi della situazione giuridica, in quanto il soggetto, autoregolandosi, rimane impegnato a tale autoregolamento.

L'impegno o vincolo a carico dell'agente viene configurato come effetto negoziale in senso proprio, laddove la costituzione, la modificazione o l'estinzione di rapporti, che conseguono al negozio, vengono a costituire gli effetti finali della fattispecie negoziale (74).

La nozione di negozio giuridico, secondo la più recente dottrina italiana, così viene sintetizzata nelle corrispondenti trattazioni istituzionali. Negozi giuridico è l'atto con il quale uno o più soggetti privati stabiliscono un regolamento di interessi, riconosciuto dall'ordinamento come produttivo di

effetti giuridici ad esso conformi (75). La dichiarazione di volontà, che ne è l'elemento essenziale, va intesa come comportamento umano che risulti esteriormente dichiarativo della volontà del soggetto che lo ha tenuto, anche a prescindere dalla effettiva volontà del medesimo, avente ad oggetto un regolamento di interessi (76). Come tale, il negozio è atto di autonomia, intendendosi per autonomia, appunto, il potere dei privati, individui o gruppi, di regolare i propri interessi nel costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici, impegnando liberamente se stessi al regolamento posto (77).

Con queste definizioni si ritiene superata la tradizionale dicotomia fra volontà e dichiarazione, fra teoria volontaristica e teoria precettiva, assegnando alla volontà un ruolo preminente nella struttura dell'atto ed alla manifestazione vincolante il ruolo di elemento determinante degli effetti (78).

Il mutamento di prospettiva determina, ovviamente, però, una diversa prospettazione degli elementi strutturali ed una nuova lettura delle norme.

Le motivazioni che hanno mosso la determinazione volitiva appaiono del tutto irrilevanti; il motivo acquista rilevanza solo se comune (art. 1345 c.c.), in quanto appunto perché comune si estrinseca nella manifestazione e ne diventa l'effettiva funzione valutabile dall'ordinamento, diventa causa (79); gli elementi accidentali e condizionanti perdono ogni connotato subiettivo e divengono mere componenti complete della fattispecie produttiva degli effetti finali, al pari di ogni altro elemento inizialmente non presente nella fattispecie, ma necessario per l'efficienza di questa (80). La determinazione volitiva assume quasi la posizione di presupposto del negozio, i cui elementi strutturali divengono la dichiarazione e la causa (81), intesa quale funzione che la dichiarazione svolge nell'ambito dell'ordinamento.

Le ipotesi di discordanza tra volontà e manifestazione non hanno rilevanza in quanto tali, ma vengono in considerazione soltanto

(75) BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974, 91.

(76) BURDESE, *op. cit.*, 91 s.

(77) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*², Napoli, 1975, 259.

(78) BURDESE, *op. cit.*, 92; RESCIGNO, *op. cit.*, 265.

(79) BETTI, *op. ult. cit.*, 394; BIGIARI, *Recensione a STOLFI*, in *RISG*, 1947, I, 164.

(80) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 277 ss.

(81) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 244 ss.

(71) BETTI, *Teoria generale*², 3^a rist., cit., 166. Secondo l'altra concezione, nel negozio sono presenti sia la volontà dell'atto che la volontà del contenuto: SANTORO-PASSARELLI, *Negozi giuridico*, cit., 403 ss.

(72) BETTI, *op. ult. cit.*, 335.

(73) SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., 100 ss.

(74) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 259 ss.

in quanto danno luogo a manifestazioni percepibilmente prive di contenuto; l'errore ostativo non può, quindi, ch  divenire irrilevante come tale e rilevante solo se riconoscibile, come   previsto nel dettato legislativo (82); la simulazione perde il tradizionale aspetto volontaristico e diventa svuotamento di funzione di un atto, ad opera di un altro atto, rilevante solo nei limiti della tutela di interessi preminenti (83); l'incidenza delle invalidit  parziali si verifica non in relazione alla ipotizzabile volont  dell'agente, ma secondo la funzione residua cui l'atto   socialmente capace di adempiere (84).

Ma soprattutto un nuovo indirizzo assume l'interpretazione del negozio ed una nuova posizione assume il negozio stesso nel quadro dei fenomeni giuridicamente rilevanti.

L'interpretazione va diretta non ad accertare il voluto, ma ad identificare il percepibile; l'interpretazione secondo buona fede si chiarisce come interpretazione del significato che gli altri sono in grado di attribuire alla manifestazione e diviene criterio preminente sopra ogni altro (85).

Il negozio in tanto va riconosciuto e tutelato in quanto e nei limiti di quanto produce una utilit  socialmente rilevante. I limiti all'autonomia privata divengono non fenomeni eccezionali e da applicare restrittivamente, ma requisiti connaturati con il riconoscimento dell'autonomia, che tale   solo in quanto la si considera produttiva di utilit  sociale (86). Il negozio, atto di volont  in quanto atto di autonomia,   atto di autoregolamento di interessi, se ed in quanto regoli interessi meritevoli di tutela.

Questa nozione continua ad essere applicata unitariamente ad ogni tipo di negozio, sia patrimoniale che di diritto familiare, sia tra vivi che a causa di morte, pur sottolineandosi la profonda diversit  di struttura e

di disciplina delle varie categorie (87). In definitiva queste posizioni dottrinarie mostrano il rilevante sforzo che si ritiene di dovere tuttora compiere per mantenere in piedi la figura del negozio giuridico, di contro alle molteplici contestazioni che le sono state opposte, sul piano dogmatico, sul piano del sistema del diritto positivo, sul piano della politica legislativa.

9. Contestazione della nozione sul piano dogmatico e sistematico. — La principale contestazione che   stata mossa alla nozione di negozio giuridico, fin nell'ambito della Pandettistica, mira a negare l'unitariet  della figura; si contesta, cio , che possano essere ricondotti entro un unico paradigma i contratti, gli atti del diritto delle persone e della famiglia ed il testamento. Ma soprattutto viene sottolineata la sostanziale diversit  fra atti a causa di morte ed atti tra vivi, sia sotto l'aspetto delle peculiarit  del testamento nei confronti degli atti tra vivi sia sotto quello della irrilevanza, per la disciplina del contratto, di principi pi  generali.

Per quanto riguarda il testamento (v.) si   rilevato che rispetto a questo non pu  avere alcuna applicazione il principio dell'affidamento, n  per la rilevanza dei vizi della determinazione volitiva n  per l'interpretazione (88); si   posto in evidenza che il testatore non pone un autoregolamento di propri rapporti, in quanto nessun rapporto si stringe tra lui ed i destinatari delle disposizioni (89); si   valorizzata la tesi (90) secondo cui la vocazione ereditaria   effetto prodotto dalla legge in ogni caso, non solo, cio , quando non vi sia testamento, ma anche in presenza di questo, e non solo perch  non sempre la successione ha luogo secondo la disposizione testamentaria, ma soprattutto in quanto l'effetto successorio non pu  verificarsi se non specificamente previsto dall'ordinamento, giacch  non vi corrisponde alcun possibile

(82) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 205.

(83) BETTI, *op. ult. cit.*, 405 ss.; PUGLIATTI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, ora in *Diritto civile*, cit., 539 ss.; ROMANO Salv., *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 15 ss.

(84) BETTI, *Conversione del negozio giuridico (Diritto vigente)*, in *Nss.D.I.*, IV, 1959, 811 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, 77 ss.

(85) BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*², Milano, 1971, 403; *Id.*, *Teoria generale*, cit., 357.

(86) BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 29 ss.; NUZZO, *Utilit  sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 87 ss.

(87) BURDESE, *op. cit.*, 92 ss.; RESCIGNO, *op. cit.*, 262.

(88) V. ora, RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 208 ss.; FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 40 ss.

(89) FERRI, *op. cit.*, 41; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.

(90) PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, in *Ann. Messina*, 1930-1931, 392 ss.; NICOL , *Vocazione ereditaria diretta e indiretta*, *ivi*, 1934-1935, 8 ss.; *contra*, SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 586.

contratto sociale (91); si è pervenuti, così, non soltanto ad escludere che per testamento e contratto possa essere ipotizzata una disciplina ispirata a principi comuni (92), ma in definitiva a negare che il testamento vada costruito come atto di autonomia (93).

Dal lato opposto, ma mirante allo stesso risultato di contestazione della configurabilità di una costruzione unitaria, muove la dottrina che ha incentrato l'attenzione sull'istituto della promessa, come fonte di obbligazione. Anche questa corrente ha avuto i primi spunti nell'ambito della Pandettistica; ma lo sviluppo nella dottrina italiana è recente, ed è stato incrementato dal crescente interesse che viene rivolto allo studio degli ordinamenti di ispirazione anglosassone (94).

Al centro di questa impostazione è il rilievo che nell'assunzione di un'obbligazione ha rilevanza essenziale non il vincolo del soggetto al compimento della prestazione, ma piuttosto la responsabilità che grava sul soggetto in quanto non compia la prestazione, e che questa responsabilità è regolata non sulla base della volontà del promittente, ma in relazione alla tutela dell'affidamento del destinatario della promessa.

Da questa impostazione derivano la svalutazione del ruolo della volontà nella promessa obbligatoria (95); la negazione della rilevanza dell'accettazione della controparte come elemento della fattispecie costitutiva dell'obbligazione cosiddetta contrattuale; conseguentemente la svalutazione del consenso od accordo contrattuale, e quindi dello stesso contratto come manifestazione di volontà bilateralmente vincolante (96); in definitiva

l'affermazione della impossibilità di sussumere la promessa obbligatoria nello schema del negozio giuridico (97), come atto di volontà e di autonomia (98). La rilevanza della volontà nella promessa in null'altro è ravvisata che nella coscienza dell'agire nel campo dei rapporti giuridici (99).

La contestazione che deriva da questa concezione è, ovviamente, ancor più radicale dell'altra, in quanto muove da posizioni di pensiero del tutto estranee all'ambiente nel quale si è formata la nozione di negozio giuridico e mostra come possano essere affrontati e risolti al di fuori di questa molti problemi che hanno affaticato la stessa dottrina negoziale, quali appunto quello dell'affidamento e quello della qualificazione dell'atto vincolante che non contiene una dichiarazione di volontà (100). Ed invero, questa ricostruzione svaluta lo stesso problema della rilevanza della volontà come elemento causale degli effetti giuridici, che la teoria del negozio giuridico ha inteso risolvere (101).

Entrambe le correnti si muovono, peraltro, sul piano, per così dire, tecnico; riguardano, cioè il fenomeno dal punto di vista del sistema dei concetti giuridici, da un canto, e della disciplina positiva contenuta nei vari ordinamenti, dall'altro. Entrambe hanno ben presenti le posizioni di pensiero da cui è scaturita la teoria del negozio giuridico, per un verso, e quelle che hanno condotto alla costruzione della promessa obbligatoria, dall'altro. Ma né l'una né l'altra si pongono il problema della rispondenza della figura del negozio giuridico ad esigenze della società, il problema, cioè, più propriamente politico, dell'aderenza della costruzione alla situazione sociale, nel tempo in cui sorse e nel tempo attuale.

(91) FERRI, *op. cit.*, 56; LIPARI, *op. cit.*, 125 ss., 246 ss.

(92) LIPARI, *op. cit.*, 40 ss., 292 ss.

(93) LIPARI, *op. cit.*, 276 ss.

(94) Com'è noto, questo interessamento ha trovato esca sia negli accresciuti contatti con i giuristi d'oltre oceano (vedi gli scambi di esperienza documentati negli scritti del MERRYMAN, *The Italian Style: Doctrine, Law and Interpretation*, in *Stanford Law Review*, 1965, 39 ss., 1966, 396 ss., 583 ss., e del GORLA, *Interesse per lo studio della common law anglo-americana*, in *Dir. econ.*, 1961, 371 ss.; ID., *Studio storico comparativo della common law e scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.; ID., *Diritto comparato*, in questa *Enciclopedia*, XII, 1 ss.), sia nell'ingresso della Gran Bretagna nella Comunità economica europea, perfezionatasi con il Trattato di Bruxelles del 22 gennaio 1972.

(95) GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss., ora in *Il diritto privato nella società moderna*, cit., 261 ss.

(96) GORLA, *La «logica» illogica del consensua-*

lismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 255 ss.

(97) Nel quale, peraltro, vengono lasciati gli atti di ultima volontà e gli atti di diritto familiare, che l'altra concezione, come si è detto, espunge dall'ambito del negozio, sull'assunto che non contengono un autoregolamento; GORLA, *Il potere della volontà*, cit., 275.

(98) GORLA, *op. ult. cit.*, 276.

(99) GORLA, *op. ult. cit.*, 283.

(100) Può dirsi che tutta la problematica dei negozi di attuazione o negozi di volontà, delle dichiarazioni tipizzate e simili (per un riassunto schematico di queste costruzioni v. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, 6 s.) nasce da situazioni nelle quali sussiste un vincolo obbligatorio, ma non una manifestazione di volontà diretta all'assunzione di un'obbligazione.

(101) Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 27 ss.

10. *Contestazione della figura sotto l'aspetto politico-sociale.* — Da valutazioni meramente politiche muove, invece, la più recente critica alla nozione di negozio giuridico nella dottrina italiana (102).

Il negozio viene configurato come lo strumento predisposto, alla nascita della moderna società industriale, dalla classe dei proprietari terrieri al fine di ancorare i trasferimenti della proprietà ad una propria manifestazione di volontà, strumento che fu favorevolmente accolto dalla nuova classe dei mercanti, perché offriva la possibilità di rendersi agevolmente acquirenti, senza necessità di forme particolari, attraverso una mera manifestazione di consenso (103). La contestazione del dogma della volontà, con l'affermazione della teoria della dichiarazione, viene presentata come il mezzo attraverso il quale la classe mercantile si è procurata contrattazioni più agevoli, e quindi aumento della massa dei clienti consumatori (104). Il ripudio della categoria del negozio nella codificazione italiana e l'unificazione del diritto privato, con l'eliminazione del codice di commercio, sono visti come il momento culminante della tutela della classe imprenditoriale, cui segue l'oggettivazione dell'atto di scambio, distaccato dalla matrice volontaristica ed assoggettato alle esigenze obiettive della « produzione nazionale » (105). Il rilancio della categoria del negozio giuridico nell'ultimo ventennio è considerato come l'estremo tentativo delle correnti liberiste per arginare l'intromissione del legislatore nei rapporti tra i privati (106) e la revisione dottrinale promossa dal Betti, cui pur si riconosce la percezione delle nuove realtà, è considerata come un espediente per salvare la concezione dell'autonomia privata, propria dell'assetto protocapitalistico (107).

Sull'assunto che il fenomeno giuridico di preminente rilevanza nel mondo attuale va ravvisato nel conflitto di interessi tra classe imprenditoriale e classi a questa contrapposte e non più soltanto tra singoli, ma tra gruppi organizzati, si considera la categoria del negozio giuridico non soltanto come categoria destinata al tramonto, ma come categoria fuorviante, in quanto richiama l'atten-

zione dei giuristi sul singolo atto di scambio, che non è più il fenomeno centrale dei rapporti economico-sociali (108).

Questa ricostruzione in chiave classista è indubbiamente gravemente riduttiva e coglie solo parzialmente l'essenza del fenomeno negoziale, come è stato subito rilevato (109). Ma quel che più conta è che i risultati cui giunge sono forse assai meno eversivi, nei confronti della categoria dell'atto di volontà, di quanto lo siano le correnti contestatrici che agiscono sul piano dogmatico.

In effetti, viene ammesso che il contratto è tuttora una realtà, nell'ambito dei rapporti che non sono legati al sistema produttivistico (110); si constata che lo strumento dell'accordo trova nella realtà di oggi una nuova dimensione, nel fenomeno del « negoziato » fra gruppi e categorie od anche tra poteri pubblici e gruppi organizzati (111); si conclude che il fenomeno della contrattazione di massa esorbita e trascende dall'ambito del diritto privato, per essere sussunto nell'ambito, decisamente pubblicistico, del coordinamento dell'iniziativa economica (v. INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA), in attuazione del principio fissato nell'art. 41 della Costituzione.

In sostanza, dunque, si ammette che la categoria dell'atto di volontà è tuttora presente nei rapporti in cui si soddisfano interessi di singoli o di gruppi, anche se si nega che in essa si esaurisca il regolamento di questi interessi.

11. *Prospettive attuali.* — I due secoli che sono trascorsi tra la nascita della nozione di negozio giuridico ed i recenti annunci di prossima morte offrono, dunque, all'attenzione dell'osservatore i seguenti dati.

a) La nozione di negozio giuridico porge il mezzo per esaminare e risolvere unitariamente il problema della rilevanza della volontà dell'individuo nella produzione degli effetti giuridici.

b) L'unitarietà della nozione di negozio giuridico non costringe ad una valutazione parimenti unitaria delle diverse esigenze, ma permette la valutazione differenziata delle categorie di fenomeni che sono chiamate a comporla.

(102) GALGANO F., *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 449 ss.

(103) GALGANO, *op. cit.*, 452 ss.

(104) GALGANO, *op. cit.*, 455 s.

(105) GALGANO, *op. cit.*, 458.

(106) GALGANO, *op. cit.*, 460.

(107) GALGANO, *op. cit.*, 461.

(108) GALGANO, *op. cit.*, 463.

(109) DE CUPIS, *Postilla sul problema del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 85 ss.

(110) GALGANO, *op. cit.*, 465.

(111) GALGANO, *op. cit.*, 464.

Negozio giuridico (teoria)

c) La nozione di negozio offre un paradigma completo, in cui inquadrare tutti i problemi che concernono sia la forma, sia il contenuto, sia gli effetti dell'atto dell'uomo giuridicamente rilevante.

d) Il negozio non muta la sua natura di paradigma concettuale quando viene assunto come istituto di diritto positivo, giacché non assorbe le varie categorie che vi si inquadrano, ma vi si sovrappone (112).

e) Le contestazioni che vengono mosse alla nozione di negozio mirano tutte a sottolineare che, in un senso o nell'altro, la rilevanza causale della volontà dell'individuo nei confronti degli effetti giuridici trova limitazioni più o meno profonde; ma neppure una delle correnti contestatrici giunge a negare l'esistenza dell'efficienza causale dell'atto di volontà (113).

Sono sufficienti questi dati a considerare tuttora viva e vitale la nozione di negozio giuridico? La dottrina giuridica italiana ritiene, in prevalenza, di sì (114). La stessa dottrina appare convinta che tutti i problemi nuovi che si presentano in relazione al fenomeno della rilevanza giuridica della volontà possono trovare soluzione nell'ambito della nozione e che questa può offrire utile

(112) Questo rilievo giustifica la critica mossa dal FERRI, *op. cit.*, 65 nt. 105, alla tesi del Lipari, secondo cui l'irriducibilità ad unità della normativa posta dalla legge positiva osterebbe alla costruzione di una concezione unitaria sul piano scientifico e svaluta le contestazioni sollevate dallo stesso LIPARI, *op. cit.*, 17 ss. nt. 25.

(113) Anche nell'ambito della promessa obbligatoria si riconosce, come si è detto, che questa in tanto genera responsabilità, in quanto è voluta (GORLA, *Il potere della volontà*, cit., 283), né può prescindere dal riconoscimento dell'efficacia causale della volontà la prospettazione del negoziato tra gruppi e del regolamento pubblicistico dell'iniziativa privata come fenomeni di rilevanza attuale, che tende a rompere la categoria tradizionale, non a negarne l'essenza (GALGANO, *op. cit.*, 463 ss.).

(114) Ne è riprova il costante riferimento alla nozione in numerose trattazioni di questa *Enciclopedia*: v. fra le altre, ACCERTAMENTO, ALEA, ANNULLABILITÀ E ANNULLAMENTO (*diritto privato*), ATTO GIURIDICO, ATTO «MORTIS CAUSA», ATTO NORMATIVO, ATTRIBUZIONE PATRIMONIALE, CAPACITÀ, CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO, CIRCOLAZIONE GIURIDICA, CONDIZIONE NEL NEGOZIO GIURIDICO, CONFESSIONE, CONSERVAZIONE (*principio di*), CONTRATTO (in particolare § 20), CONVALIDA (*diritto privato*), CONVERSIONE DELL'ATTO GIURIDICO, DICHIARAZIONE (*teoria generale*), DICHIARAZIONE RECETTIZIA, DISPOSIZIONE (*atto di*), DOLO (*diritto civile*), DONAZIONE, ERRORE (*diritto privato*), FATTISPECIE, FATTO GIURIDICO, FORMA DEGLI ATTI, FRODE ALLA LEGGE, INCAPACITÀ, INEFFICACIA (*diritto privato*), INVALIDITÀ (*diritto privato*), LEGITTIMITAZIONE, NULLITÀ (*diritto privato*), SIMULAZIONE, VIOLENZA, VIZI DEL CONSENSO, VOLONTÀ.

appoggio a qualsivoglia ricostruzione. Ma sembra che in tanto la nozione offra possibilità di utilizzazione in quanto la si riconduca alla costruzione iniziale di «atto di volontà» e di strumento per inquadrare e risolvere il secolare problema della rilevanza della volontà dell'uomo nella produzione degli effetti giuridici.

Giuseppe Mirabelli

FONTI. — Art. 1324 c.c.

LETTERATURA. — Si rinvia alla bibliografia di NEGOZIO GIURIDICO (*premesse problematiche e dottrine generali*); altre opere sono citate nelle note al testo.

c) NEGOZIO GIURIDICO (INTERPRETAZIONE DEL).

SOMMARIO: 1. La volontà «vera» e l'insegnamento tradizionale. — 2. L'interpretazione del contratto. — 3. Le norme generali interpretative. — 4. Le norme di interpretazione storica. — 5. «*In claris non fit interpretatio*». — 6. Le norme di interpretazione obiettiva. Il canone della buona fede. — 7. *Segue*: il principio di «conservazione». — 8. Usi interpretativi e *favor debitoris*. — 9. Interpretazione del negozio o interpretazione dei negozi giuridici. Interpretazione del testamento. — 10. Dottrina «formale» dell'interpretazione del negozio: rilievi critici. — 11. Interpretazione dei negozi e determinazione delle conseguenze giuridiche. — 12. L'«intento» delle parti e gli «schemi» legali. — 13. La qualificazione. — 14. Il «tipo» e l'«intento».

1. *La volontà «vera» e l'insegnamento tradizionale.* — L'interpretazione è la ricostruzione della volontà «vera» dell'autore o degli autori di un negozio giuridico. La volontà è la matrice dei rapporti giuridici che dal negozio derivano; l'interpretazione non può che riconoscerla e comprenderla. Le norme sulla interpretazione dei negozi giuridici, anche quando dettate dalla legge (ad esempio, quanto ai contratti, dal codice napoleonico e, per derivazione da questo, dal codice civile italiano del 1865), non sono precetti giuridici vincolanti, ma regole logiche o massime d'esperienza dalle quali le parti (1) e l'interprete possono discostarsi, se la loro applicazione non consente la «comprensione» del significato dell'atto di volontà (2).

(1) Della controversia di interpretazione: oltre l'autore o gli autori del negozio, gli aventi causa in senso ampio e generico.

(2) DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, II, Paris, s.d., § 37, 43; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles, 1875, § 500, 578; PLANIOL e RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*¹¹, Paris, 1937, § 1181 ss., 444 ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*², rist., IV, Torino, 1931, 941. L'influenza di questo insegnamento è ancora palese in Mosca, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 29 ss.