

PIANO DELL'OPERA

- I. LA NORMA GIURIDICA - I SOGGETTI**
pagine VIII-428.
- II. LA FAMIGLIA - LE SUCCESSIONI**
pagine IV-872.
- III. IL CONTRATTO**
pagine IV-762.
- IV. L'OBBLIGAZIONE**
pagine IV-824.
- V. LA RESPONSABILITÀ**
pagine VI-840.
- VI. LA PROPRIETÀ**
pagine IV-894.

C. MASSIMO BIANCA

ORD. DI DIRITTO CIVILE NELL'UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRITTO CIVILE

III

IL CONTRATTO

SECONDA EDIZIONE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2000

ISBN 88-14-07929-3

Prima edizione 1987

Ristampa 1991

Ristampa 1992

Ristampa 1993

Ristampa 1994

Ristampa 1995

Nuova Ristampa 1995

Ristampa 1996

Ristampa 1997

Ristampa 1999

Seconda edizione 2000

Ristampa 2001

Nuova Ristampa 2001

Ristampa 2002

Ristampa 2003

Ristampa 2004

Ristampa 2005

Ristampa 2006

Ristampa 2007

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2000

VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Capitolo primo

NOZIONI INTRODUTTIVE

1. La definizione del contratto. — 2. Il contratto come accordo e come autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali. — 3. Il negozio giuridico. — 4. Accordo e promessa nel quadro dell'autonomia privata. — 5. Accordo e delibera (atto collettivo e atto complesso). — 6. Gli atti giuridici in senso stretto. — 7. Il dibattito sulla natura giuridica del contratto. Teoria della volontà. Teoria della dichiarazione. Teoria precettiva. — 8. Il superamento del dogma della volontà nel diritto positivo. Il valore negoziale dell'atto. — 9. Integrità del consenso e tutela dell'affidamento. — 10. Analisi ideologica. Origine storica e significato ideologico del dogma della volontà. — 11. La contestazione ideologica del dogma della volontà. — 12. Analisi economica. — 13. Analisi giuridica. — 14. Autonomia privata e libertà negoziale. — 15. Autonomia privata e solidarietà sociale. — 16. Il declino della volontà contrattuale. — 17. Contratto e norma giuridica. — 18. I rapporti contrattuali di fatto. — 19. I contratti della pubblica Amministrazione. — 20. Diritto internazionale privato.

1. La definizione del contratto ¹.

Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. In questi termini la

¹ Fra le trattazioni sistematiche del contratto segnaliamo: *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, 6 vol., Torino, 1991, e *Aggiornamento 1991-1998*, 3 vol., Torino, 1999; *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, 2 vol., Torino, 1999; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*³, II, 2 vol., Padova, 1999; CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova 1996; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 2 vol., Torino, 1993, e *Obbligazioni e contratti*², nel *Trattato Rescigno*, X, Torino, 1995; SACCO, *Il contratto*, nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1975; S. MAIORCA, *Il contratto (lezioni)*, Torino, 1996; CATAUDELLA, *I contratti. Principi generali*, Torino, 1994; ROPPO, *Contratto*, in *Dig. discipline priv., Sez. civ.*, IV, 87, e *Il contratto*, Bologna, 1977; RESCIGNO, *Il contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX; CARRESI, *Il contratto*, nel *Trattato Cicu, Messineo e Mengoni*, 2 vol., Milano, 1987; BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA, NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*², nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1980, e *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Art. 1321-1352, 1970; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Commentario del codice civile UTET*, Art. 1321-1469, Torino, 1980; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*³, Milano, 1948; Id. *Il contratto in genere*, 2 vol., nel *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1968, e *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, 784; OSTI, *Contratto*, in *NDI*, IV, 462; ALLARA, *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955 (rist.); BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*², II, Milano, 1948. Un'importante ricerca storica e comparatistica è quella del GORLA, *Il contratto* (2 vol.), Milano, 1954.

Per la letteratura anteriore al vigente codice, v. F. FERRARA sen., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940; PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1933; A. RAVÀ, *I contratti in generale* (lezioni raccolte da R. Ravà), Padova 1932; REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Torino, 1933.

Fra le più recenti opere sistematiche sul contratto nella dottrina straniera v., per la Francia, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*², Paris, 1998; STARK, ROLAND, BOYER, *Droit civil, Les obligations, Contrat*⁶, Paris, 1998; GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*³, Paris, 1993.

figura del contratto è prevista e definita dal nostro codice civile (art. 1321), il quale detta una disciplina contrattuale generale e una disciplina specifica di singoli tipi di contratto (vendita, permuta, ecc.).

Il contratto rientra nella più ampia categoria dell'atto di autonomia privata o negozio giuridico, cioè dell'atto mediante il quale il soggetto dispone della propria sfera giuridica (n. 3).

Nell'ambito della categoria del negozio giuridico il contratto si caratterizza per la sua struttura bilaterale o plurilaterale. Il contratto è, precisamente, un negozio giuridico *bilaterale* o *plurilaterale*, in quanto si perfeziona con il consenso di due o più parti. Esso si distingue, quindi, rispetto al negozio unilaterale, il quale si perfeziona con la sola manifestazione di volontà dell'autore dell'atto, senza che occorra l'altrui accettazione (es.: il testamento).

Oltre che per la sua struttura bilaterale o plurilaterale il contratto si

Per il diritto tedesco: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, I, München, 1987; *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, con la collaborazione di Emmerich, Gerhardt, Grunsky, Huhn, E. Schmidt, Tempel, Wolf, München, 1974. Tra i commentari: BORK, in *Staudingers Komm. zum BGB*¹⁵, §§ 134-163, Berlin, 1996; THODE, KANZLEITER, GOTTWALD, EMMERICH, in *Münchener Komm. zum BGB*³, *Schuldrecht*, §§ 241-432, München, 1994.

Con riguardo allo scomparso ordinamento della Repubblica Democratica Tedesca, vedi POSCH, *Allgemeines Vertragsrecht*, Berlin, 1977.

Per il diritto inglese: ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*⁵, Oxford, 1995; TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, London, 1973, e *The Law of Contract*⁶, London, 1995; CHESHIRE e FITZPATRICK, *The Law of Contract*¹⁰, London, 1981; CHITTY, *On Contracts*²⁸, London, 1999; COLLIN, *The Law of Contract*³, London, 1997.

Vedi anche la classica opera del POLLOCK, *Principles of Contract*, la cui prima edizione risale al 1876 (tra le edizioni successive v., ad es., la 12ª, London, 1946, a cura di Winfield).

Per il diritto scozzese: WALKER, *The Law of Contract and Related Obligations in Scotland*, London, 1979.

Per il diritto nordamericano: FARNSWORTH, *Contracts*², Boston-Toronto, 1990; CORBIN, *On Contracts*, St. Paul, Minn., 1963-1965 (12 tomi); WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, 3ª ed. a cura di H.E. Jaeger, New York, 1957-1977 (17 tomi). In tema v. ancora KESSLER a. GILMORE, *Cases and materials*², Boston-Toronto, 1970 (su cui Bessone, in *Rdciv.* 1973, II, 449).

Nel 1981 è stato pubblicato il *Restatement of the Law of Contracts Second*, a cura dell'*American Law Institute* (St. Paul, Minn.), che rappresenta un'elaborazione sistematica e aggiornata del diritto contrattuale americano.

Per il diritto elvetico: MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg (Schweiz), 1988.

Per il diritto spagnolo: LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil*⁶, III, *Contratos*, Madrid, 1995; VALPUESTA FERNANDEZ (COORD.), *Derecho de obligaciones y contratos*², Valencia, 1995.

Per il diritto argentino: ALTERINI, *Contratos civiles-comerciales-de consumo, Teoría general*, Buenos Aires, 1998.

Fra le trattazioni comparatistiche: CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968; ALPA, *Contratto nei sistemi di Common Law*, in *Dig. discipline priv., Sez. civ.*, IV, 148; ZWIEGERT e KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato* (tr. it.), II, Milano, 1995; WEYERS (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, 1997; POYER, *Contrats et conventions*, in *Encyclopedie juridique Dalloz*², *Droit civil*, II, Paris, 1971.

caratterizza anche per la sua *patrimonialità*². Il contratto è un negozio patrimoniale in quanto ha per oggetto rapporti suscettibili di valutazione economica. Un accordo diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico non patrimoniale (si pensi, ad es., al matrimonio) esula quindi dalla nozione di contratto pur rientrando nella categoria del negozio giuridico.

Elementi costitutivi del contratto sono l'accordo, l'oggetto, la causa e la forma, quando questa sia prevista a pena di nullità (1325 cc).

L'accordo è il reciproco consenso delle parti in ordine alla vicenda contrattuale.

L'oggetto è il contenuto sostanziale del contratto, ossia ciò che le parti stabiliscono o programmano in ordine al loro rapporto. Così, ad es., oggetto della vendita è il trasferimento della proprietà o altro diritto reale verso un prezzo (1470 cc). Oggetto del contratto è anche la realtà materiale o giuridica su cui cadono gli effetti del contratto stesso. Così, ad es., per oggetto della vendita può intendersi il bene alienato.

La causa è la funzione pratica del contratto, cioè l'interesse che il contratto è diretto a soddisfare.

La forma del contratto è il mezzo attraverso il quale si manifesta la volontà contrattuale.

L'accordo, l'oggetto, la causa e la forma (se necessaria) sono elementi *costitutivi* del contratto in quanto sono gli elementi del nucleo minimo della fattispecie contrattuale.

Accanto agli elementi costitutivi occorre distinguere gli elementi *accidentali*, cioè le *modalità accessorie* previste dal contratto. Tipici elementi accidentali sono il termine, la condizione, il modo, la clausola penale e la caparra³.

Le modalità accessorie possono essere stabilite dalla legge o dagli usi, e in tal caso fanno parte della disciplina generale o particolare del rapporto integrandone il contenuto. Si pensi, ad es., alla modalità relativa al luogo di esecuzione delle prestazioni.

² Questo requisito non era menzionato nella definizione del codice del 1865 (art. 1098).

Ma nel senso che la nozione andasse circoscritta nell'ambito dei rapporti patrimoniali, v. SCUTO, in *Rdcomm.* 1930, I, 649.

³ Accanto agli elementi accidentali si vorrebbero ancora distinguere i c.d. elementi naturali, quali elementi previsti dalla norma per regolare il rapporto salva diversa volontà delle parti (es.: garanzia per evizione). Ma come rileva il TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*³⁹, Padova, 1999, 138, si tratta comunque di effetti derivanti dalla disciplina legale del contratto.

Oltre agli elementi del contratto si distinguono i presupposti legali, che possono essere stabiliti a pena di nullità ovvero come condizioni di efficacia (condizioni legali).

La nozione normativa di contratto corrisponde a quella già presente nel codice civile del 1865 (art. 1098). Tale definizione, si noti, superava la formula del codice francese, che indicava il contratto come fonte di effetti obbligatori (art. 101). In realtà, come vedremo (n. 238), il codice Napoleone aveva sancito anche l'efficacia traslativa del contratto, il quale si poneva quindi come fonte di effetti obbligatori ed effetti reali.

Il codice francese è importante perché traduce sul piano legislativo la figura generale del contratto e ne fissa i principi regolatori prescindendo dal contenuto dei singoli rapporti tipici.

L'idea generale del contratto era già stata elaborata dalla dottrina francese precodicistica, e in particolare da Domat e Pothier, i quali ne potevano tracciare una disciplina utilizzando largamente le indicazioni dei giuristi romani⁴.

Mentre è agevole riscontrare l'influenza, ancora attuale, di talune di queste indicazioni, è estremamente difficile proporre generiche valutazioni e confronti in relazione ad un'esperienza profondamente diversa nel tempo⁵.

L'affermazione, spesso ripetuta, secondo la quale il diritto romano non conosce il contratto in generale ma solo singoli contratti appare al riguardo insufficiente. Ciò che si tratta di sapere è piuttosto se e quando i Romani pervennero a riconoscere efficacia vincolante al patto, a prescindere dalla sua appartenenza a categorie tipiche conosciute. Nel diritto giustiniano questo appare un risultato raggiunto⁶. Altro problema è se i giuristi romani, pur senza elaborare una teoria del contratto, abbiano avuto l'idea della *conventio* quale fondamento comune delle varie figure contrattuali⁷. Anche questo è un risultato sicuramente raggiunto nel diritto postclassico mentre

⁴ V. infatti la parte generale sulle convenzioni in DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale* (tr. it.), I, Napoli, 1839, I, 1, 152. Il Domat definisce la convenzione come l'accordo di due o più persone per costituire tra loro un'obbligazione o per risolvere o per cambiare un'obbligazione. Analogamente v. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres de Pothier*, I, Bruxelles, 1829, il quale definisce il contratto la convenzione mediante la quale due persone promettono o si obbligano reciprocamente, o l'una soltanto di esse verso l'altra, a dare, a fare o a non fare qualche cosa. Si tratta, come si vede, della definizione ripresa quasi alla lettera dal codice francese.

⁵ Nell'arco di questa esperienza, quindi, anche il fenomeno del contratto doveva evolversi. Tra le opere generali sul contratto nel diritto romano v. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946; A. SCIALOJA, *Negozi giuridici*⁴, Roma, 1938; FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico (lezioni)*, Napoli, 1909.

⁶ Sul riconoscimento conclusivo del contratto innominato in diritto romano quale istituto civilistico, v. VOCI, *cit.*, 231.

⁷ Cfr. RICCOBONO, in *Studi per Bonfante*, I, Milano, 1930, I, 125, secondo il quale la teoria soggettiva del contratto fu sperimentata prima nella realtà della vita dalla giurisprudenza classica, e poi fissata nella nozione giuridica: il nuovo orientamento del pensiero classico, in opposizione alla regola dello *ius civile*, aveva già rinvenuto il fondamento dei contratti di commercio nella convenzione, cioè nella volontà delle parti.

è controverso se già in età classica prevalesse la considerazione dell'importanza dell'*animus*⁸, cioè della volontà negoziale⁹.

Certo è comunque che il *contractus*, quale ne fosse il significato, giunge a costituire un autonomo punto di riferimento quando viene giustapposto all'atto illecito tra le fonti dell'obbligazione¹⁰.

2. Il contratto come accordo e come autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali.

La definizione del contratto quale accordo diretto a costituire, estinguere o modificare un rapporto giuridico patrimoniale coglie i due momenti essenziali della nozione di contratto, e cioè il momento soggettivo e quello oggettivo.

Il momento soggettivo identifica il contratto quale atto decisionale delle parti, e precisamente quale accordo. Sul piano sociale, l'accordo è una manifestazione di volontà, e come tale esso deve quindi essere inteso. Ciò non vuol dire accoglimento del c.d. dogma della volontà, cioè della teoria che ravvisa l'essenza del negozio nella volontà reale dell'individuo (sul senso ideologico di tale teoria v. oltre, n. 10). Si tratta piuttosto di prendere atto che il significato sociale dell'accordo è quello di un atto di volontà, e che quando tale significato è insussistente manca il fenomeno del contratto.

Il significato del contratto quale atto decisionale non è escluso dalla possibilità che la parte o le parti abbiano un volere diverso da quello manifestato. La mancanza di una corrispondente volontà interna non toglie

Diversamente BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del «contractus»*, in *Scritti giuridici varii. Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino, 1921, 107: il *contrahere* allude al vincolo, non alla volontà, ed è il termine a suo posto ovunque si tratti di stabilire un vincolo.

⁸ Sul problema v. anche, seppure in termini cauti, SCIALOJA, *cit.*, 40: questa più fine indagine dell'elemento interiore della volontà, è stata appunto l'opera della giurisprudenza romana, che con quest'arma ha combattuto lo stato di cose del diritto primitivo.

⁹ Sul progressivo affinamento della elaborazione dell'elemento subiettivo della *conventio* v. GROSSO, *cit.*, 29.

¹⁰ Sul riconoscimento del consenso come requisito dei contratti quale risultato che trova espressione nella classificazione gaiana dei contratti, v. VOCI, *cit.*, 69.

¹¹ *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*: così le *Institutiones* di Gaio (3, 88). Il significato negoziale del termine si accentua nella tripartizione, attribuita allo stesso Gaio, che distingue rispetto al contratto e al delitto altri fatti produttivi di obbligazioni (D. 44, 7, 1 pr. (Gaius II Aureorum): *obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*).

Confronta anche le *Institutiones* giustiniane, dove compare la figura del quasi contratto (3, 12, 2), ancora presente nel codice del 1865 (art. 1140: il quasi contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione, mentre l'attuale codice, soppressa tale indicazione, parla di ogni atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (1173 cc).

infatti che l'atto si presenti pur sempre come atto di volontà. Allo stesso modo, una dichiarazione di scienza ha socialmente questo significato anche se il dichiarato non corrisponde a verità.

Il vizio o la mancanza di una corrispondente volontà interna non impediscono dunque il perfezionamento del contratto se il comportamento del soggetto ha il significato obiettivo di una manifestazione di volontà. Il vizio o la mancanza di volontà pongono piuttosto un problema di tutela della libertà negoziale del soggetto. Il problema, come vedremo, deve tenere conto della principale esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi sulla serietà della dichiarazione contrattuale. In ogni caso, il rimedio che può spettare al soggetto leso nella sua libertà negoziale non è quello della nullità ma piuttosto quello di un'azione di annullamento del negozio.

Oltre che come accordo il contratto può essere definito come *autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali*. La definizione di 'autoregolamento' è ormai corrente nella nostra dottrina, ed essa ricomprende più in generale la categoria del negozio giuridico¹¹.

La definizione del contratto quale autoregolamento, formulata in termini di irriducibile opposizione alla teoria c.d. soggettiva (n. 7), integra la nozione di contratto, richiamandone l'ineliminabile momento oggettivo, e cioè la 'disposizione' o la 'regola' che le parti pongono in essere mediante il loro accordo¹².

Il semplice riferimento al momento obiettivo è però insufficiente a identificare il contratto poiché la regola o la vicenda giuridica in cui si obiettivizza il rapporto intercorrente fra due soggetti potrebbe avere una fonte esterna (es.: atto amministrativo), dovendosi allora escludere la sua natura negoziale. Si pensi, così, ad un'espropriazione per pubblica utilità: nel contenuto essa potrebbe anche corrispondere ad un contratto di scambio, pur non potendosi certo ricondurre ad un atto contrattuale.

Per potere parlare di contratto occorre che la disposizione sia posta in essere *dalle parti*, che cioè abbia fonte nel loro accordo quale atto di esercizio della loro autonomia privata¹³. Il contratto è regola autonoma perché

¹¹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1952 (rist. Camerino, 1994), 51: il negozio giuridico è l'atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata); SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* (Comm.), 9: atto di autoregolamento di privati interessi.

¹² Rileva l'OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 381: il negozio in tanto può esplicitare quella funzione di regolamento (autoregolamento) in quanto assuma la forma della statuizione alla regola, del precetto o del comando, e quindi la forma della dichiarazione di volontà.

¹³ L'idea dell'accordo come fonte esclusiva dei rapporti contrattuali sembrerebbe contraddetta dalle

scaturisce dal consenso delle parti (autoregolamento) anziché dal potere autoritario esterno (regola eteronoma). Esso, in breve, è regola pattizia¹⁴.

Può rilevarsi come nel linguaggio corrente il termine contratto sia usato senz'altro per indicare l'accordo ovvero per indicarne il contenuto, sia nel senso di contenuto materiale (le dichiarazioni delle parti) sia nel senso di contenuto sostanziale (il regolamento contrattuale). Il termine viene poi usato anche per indicare il documento scritto in cui le parti hanno manifestato il loro consenso¹⁵.

3. Il negozio giuridico¹⁶.

La figura del contratto, come si è detto, s'inquadra nella categoria del negozio giuridico. Questa categoria è stata elaborata dalla dottrina pandettistica, che ne ha tramandato la definizione ancora corrente di atto di volontà

ipotesi in cui il rapporto ha fonti diverse dal consenso e tuttavia viene assoggettato alla disciplina negoziale. A tale riguardo si richiama un primo gruppo di ipotesi in cui si assume che il rapporto contrattuale scaturirebbe dalla volontà di un solo soggetto (contratto con se stesso, contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, ecc.). Rileverebbe poi un secondo gruppo di ipotesi in cui addirittura manca o sembra mancare un atto di autonomia privata, come i rapporti contrattuali di fatto o i rapporti scaturenti da obblighi legali a contrarre (v., ed es., BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 247, il quale giunge a ravvisare una terza categoria di comportamento privato che si porrebbe tra atto e negozio).

Come vedremo, per le ipotesi del primo gruppo si tratta di verificare concretamente l'alternativa fra contratto e negozio unilaterale (n. 4). Per le ipotesi del secondo gruppo occorre accertare se realmente possa negarsi la fonte contrattuale del rapporto (n. 18). Qualora risulti che il rapporto non scaturisce da un atto di autonomia privata la qualifica del rapporto come contrattuale è sicuramente impropria e non vale come tale a richiamare la disciplina del contratto pur potendosi ammettere l'applicazione di singole norme contrattuali.

Un rapporto contrattuale non derivante dall'accordo sembrerebbe riscontrabile nel rapporto istituito a seguito di esecuzione giudiziale in forma specifica di un preliminare (n. 88). V. infatti CAPOZZI, in *Dir. giur.* 1980, 743. Ma qui, pur ammettendosi il valore costitutivo della sentenza, deve comunque riconoscersi nel contratto preliminare la fonte mediata del rapporto (n. 89).

¹⁴ È lo stesso Betti, si noti, che usa questa espressione.

¹⁵ Lo SCHLESINGER, in *Studi per Greco*, II, Padova, 1965, 1001, segnala quattro significati in cui viene adoperato il termine contratto. In una prima accezione si parla di contratto per indicare una fattispecie, cioè il complesso di atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante; in un secondo significato la parola viene adoperata con riferimento al complesso delle pattuizioni approvate dai contraenti; un terzo significato assume l'espressione come « disposizione » negoziale, mentre un quarto significato designerebbe la norma giuridicamente vincolante che risulta a seguito della « ricezione » del precetto negoziale da parte dell'ordinamento.

¹⁶ Tra le opere generali sul negozio giuridico v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, 1969, e *Negozio giuridico, Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XX; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; GALGANO, *Negozio giuridico (premesse, problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 932, e *Il negozio giuridico*, Milano, 1988; MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*², Napoli, 1966; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.); CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.a.; PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (rev. Falzea), Messina, 1945.

diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico¹⁷. La categoria conserva la sua importanza sul piano sistematico perché essa consente di segnare una distinzione fondamentale nell'ambito degli atti giuridici tra atti di autonomia privata e atti giuridici in senso stretto.

Il negozio giuridico è, precisamente, esplicazione dell'*autonomia privata*, quale potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica, personale o patrimoniale. Il soggetto esplica la propria autonomia privata mediante atti negoziali: è appunto mediante gli atti negoziali che il soggetto organizza la propria vita e dispone dei propri interessi, acquistando o alienando beni patrimoniali, contraendo matrimonio, obbligandosi ad eseguire prestazioni, costituendo società commerciali, ecc.

Il negozio giuridico può allora definirsi senz'altro come atto di autonomia privata. In questa definizione rientra anche il contratto, che è la principale ma non l'unica figura di negozio¹⁸.

Il nostro codice, seguendo il modello del codice francese, contiene una disciplina generale del contratto, ma non del negozio¹⁹. Il codice, ancora,

Trattazioni classiche del negozio sono quelle del SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (tr. it. di V. Scialoja), III, Torino, 1990 (rist.), e IV, 1889, e del WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (tr. it. di Fadda e Bensa), I, Torino, 1930.

V. inoltre TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 1; II, 2, München-Leipzig-Berlin, 1914-1918 (rist. Berlin, 1957) (cit.: *Allg. Teil*).

Fra le trattazioni sistematiche si segnalano particolarmente le opere del FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*³, Berlin-Heidelberg-New York, 1979; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*⁸, München, 1997; ENNECCERUS u. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁵, I, 2, Tübingen, 1960. Più di recente, tra i commentari: DILCHER, in *Staudingers Komm. zum BGB*¹², §§ 90-240, Berlin, 1979; SACK, J. KOHLER, ROTH, *ivi*, 13 ed., §§ 134-163, Berlin, 1996; FORSCHLER, KRAMER, MAYER-MALY, SCHRAMM, WESTERMANN, in *Münchener Komm. zum BGB*³, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, München, 1993.

V. anche DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985 (rist. dell'ed. 1971).

¹⁷ Cfr. SAVIGNY, *cit.*, III, § 114, 123: per dichiarazioni di volontà o negozi giuridici s'intendono quelle fattispecie giuridiche che non solo sono azioni libere, ma nelle quali le volontà dei soggetti è immediatamente diretta alla costituzione o estinzione di un rapporto giuridico.

¹⁸ Lo SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 43, definisce il negozio giuridico « forma-teorica e organizzativa di [...] interessi a rilevanza inattuosa o programmatica ». Il negozio giuridico sarebbe pertanto escluso in presenza di interessi « a rilevanza attuosa », quali interessi « aventi un rilievo giuridico interamente subordinato alla loro preventiva ed effettiva realizzazione ». La preventiva realizzazione dell'interesse, deve ammettersi, non lascia spazio ad una regolamentazione negoziale. Occorre però vedere come sia avvenuta la realizzazione dell'interesse, dovendosi pur sempre riscontrare un atto di autonomia privata là, dove tale realizzazione sia il risultato di una scelta di autonomia del soggetto, seppure immanente all'atto. Ciò è riconosciuto dallo Scalisi, con riguardo ai c.d. negozi di attuazione, dove l'esecuzione « concentra anche una funzione manifestativa » del consenso.

Dall'ambito del negozio risultano allora esclusi propriamente gli atti che sono legalmente produttivi di effetti giuridici a prescindere da un corrispondente intento del soggetto (es.: l'occupazione di una *res nullius*).

¹⁹ La disciplina generale del negozio giuridico è contenuta nel BGB (§ 104 s.) mentre il codice civile

riconosce il principio dell'autonomia contrattuale quale potere del soggetto di autodeterminare i propri rapporti con i terzi mediante contratti tipici e anche atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (1322 cc). Manca, invece, un esplicito riconoscimento della più ampia nozione di autonomia privata, onde ci si chiede ancora se sia possibile compiere liberamente atti negoziali non contrattuali al di fuori di quelli contemplati dalla legge (v. oltre).

Occorre subito dire che la disciplina del contratto si presta in larga parte ad essere applicata agli atti negoziali non contrattuali. Un'applicazione diretta di questa disciplina è prevista con riguardo agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale in quanto sia compatibile con la natura di tali atti (1324 cc).

Rispetto agli altri atti negoziali l'applicazione di singole norme di diritto contrattuale dovrà essere di volta in volta giustificata da un'apposita valutazione degli interessi confligenti e dalla congruenza della norma contrattuale quale modello di soluzione del conflitto. Seppure in misura ridotta tale possibilità deve ammettersi anche con riguardo agli atti giuridici in senso stretto (n. 6).

La categoria del negozio è tra le più discusse e contestate. Le critiche hanno principalmente avuto riguardo all'astrattezza di tale figura. Essa è parsa infatti inidonea a ricomprendere unitariamente atti di natura profondamente diversa (contratti, negozi di diritto familiare, testamenti, ecc.)²⁰.

Altra critica si è appuntata sul negozio giuridico quale esempio significativo di un concettualismo giuridico, che tende a sostanzializzare nozioni teoriche senza tenere conto dei conflitti di interesse che il diritto è chiamato a risolvere²¹.

La figura è stata anche contestata sul piano ideologico quale simbolo di un esasperato individualismo che eleva il soggetto ad arbitro della sua sfera giuridica

della Repubblica Democratica Tedesca aveva optato per la disciplina generale del contratto conformemente ai codici degli altri ordinamenti socialisti. Rileva il POSCH, *cit.*, 20, che si era voluto in tal modo abbandonare il riferimento ad una figura eccessivamente astratta per seguire la realtà del contratto quale forma sociale più importante degli atti negoziali.

²⁰ In termini critici sulla validità di una categoria generale del negozio v. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 10. Sull'attuale valore della categoria logica del negozio v. invece G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, 67.

²¹ Ai riguardo v. particolarmente HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936, 23, che ravvisa nel « negozio giuridico » un semplice punto di riferimento di problemi giuridici, i quali devono essere risolti in base alla valutazione dei contrastanti interessi deducibile dai parametri normativi. Così, le questioni attinenti ad es. alla rilocazione tacita non potrebbero essere risolte procedendo da una preconcepita idea di negozio ma avendo piuttosto riguardo all'adeguata tutela delle posizioni sostanziali delle parti.

favorendo in realtà i detentori del potere economico, e particolarmente del potere imprenditoriale²².

Il dibattito ideologico non ha più ragione di essere se si riconosce che il negozio giuridico è una categoria di diritto positivo, punto di riferimento per l'applicazione di norme giuridiche comuni²³. L'esistenza di una disciplina comune agli atti negoziali si desume dalla norma che estende la disposizione sull'applicabilità delle disposizioni regolatrici del contratto agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale (1324 cc)²⁴. La riserva della compatibilità (« in quanto compatibili ») non esclude che tali disposizioni siano direttamente applicabili²⁵. Per gli atti negoziali che non siano tra vivi o a contenuto patrimoniale si tratterà a volte di interpretazione estensiva (relativamente, ad es., alle norme sul contratto illecito) a volte di applicazione analogica. Ma ai fini della elaborazione di una categoria sistematica quale punto di riferimento di una disciplina comune è del tutto indifferente che la disciplina si applichi in via diretta o in via analogica.

Recentemente anche la figura del contratto è stata contestata per la sua astrattezza e inidoneità a ricomprendere e disciplinare le molteplici, nuove realtà degli affari²⁶. La specialità di queste realtà non le sottrae tuttavia alla disciplina generale del contratto, che è volta a regolare i contratti atipici e i contratti innominati (1323 cc), e che di massima coesiste con le discipline particolari e con la regolamentazione pattizia²⁷.

²² In termini negativi v., tra gli altri, GALGANO, *Negozio giuridico*, cit., 945: la categoria del negozio giuridico si traduce oggi in una categoria fuorviante, che ostacola la comprensione del significato effettivo del meccanismo contrattuale, spoglia il rapporto contrattuale delle connotazioni sociali delle parti... occulta la reale natura degli interessi in gioco. Cfr. anche in *Trim.* 1976, 449 (e rilievi di DE CUPIS, in *Rdcomm.* 1976, I, 85, e SALVESTRONI, *ivi*, 1979, I, 337).

²³ Come è stato esattamente rilevato, il problema del negozio giuridico come categoria di diritto positivo richiede di accertare se esso sia pensabile « quale veicolo di regole applicabili uniformi e quindi quale punto di riferimento unitario di un sistema di norme e di principi pratici » (SCALISI, cit., 31).

²⁴ Nell'ampio ambito degli atti negoziali unilaterali si è colta la categoria degli atti « a contenuto negativo », quali atti caratterizzati dal disvolere una precedente posizione giuridica, e comunque pur sempre espressione di autonomia privata: MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, 28, 249.

²⁵ Diversamente l'IRTI, in *Rdciv.* 1994, I, 559, il quale argomenta dalla diversità della formula dell'art. 1324 rispetto a quella che sottopone i contratti alla disciplina generale (art. 1323), e giunge a reputare che le norme applicabili agli atti unilaterali non sarebbero comuni ma « di contenuto identico a quelle dettate per i contratti. Altro, discipline [...] identiche; altro, disciplina comune ».

Reputa invece il BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997, 9, che « l'identità di disciplina con i contratti non può che fondarsi sull'identità di natura, a dispetto della diversità strutturale », trattandosi « di quegli atti che, al pari del contratto, costituiscono esplicitazione di autonomia privata ».

²⁶ Sulla tendenza « centrifuga » verso le discipline speciali e la crescente frammentazione della figura del contratto, vedi DE NOVA, in *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, 321.

Il VITUCCI, *ivi*, 441, rileva che « la parte generale dei contratti non è sede esaustiva » e che « anche norme della parte speciale sono suscettibili di applicazione oltre i particolari tipi contrattuali ».

²⁷ Sul ruolo del contratto quale categoria generale unitaria e sulla valenza espansiva delle sue regole vedi BENEDETTI, in *Rdciv.* 1991, I, 649.

4. *Accordo e promessa nel quadro dell'autonomia privata*²⁸.

La scelta del nostro codice verso una disciplina generale del contratto anziché del negozio giuridico trova una prima spiegazione nell'eccessiva ampiezza della categoria dell'atto negoziale. La profonda diversità riscontrabile nel campo dei negozi rende infatti difficile enunciare una disciplina generale valevole per tutti i negozi. Appropriata appare invece la via ad un concreto giudizio di compatibilità o di congruità.

La scelta del nostro codice si spiega anche in ragione della centralità del contratto quale atto principale di esplicazione dell'autonomia privata.

L'autonomia privata è fondamentalmente potere di autodeterminazione del soggetto, cioè potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica. In generale, tuttavia, la determinazione della propria sfera giuridica coinvolge anche la sfera giuridica di altri soggetti.

L'idea stessa di autonomia esclude che il soggetto possa disporre della sfera giuridica altrui. In quanto partecipa della vita di relazione il soggetto non è un'entità isolata. I suoi diritti e obblighi si concretano in rapporti verso gli altri consociati. Il soggetto non può costituire, modificare o estinguere i suoi rapporti senza per ciò stesso modificare la sfera giuridica di altri. Da qui l'esigenza che l'atto di autonomia privata incontri il consenso altrui²⁹. Ecco allora che l'accordo si presenta come lo strumento normale di esplicazione dell'autonomia privata³⁰.

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, il nostro codice non solamente avrebbe affermato la centralità della figura del contratto ma avrebbe ribadito anche l'idea tradizionale della esclusività del contratto, e cioè l'idea

²⁸ GALGANO, in *I contratti*, dir. da Alpa e Bessone, I, 367; DI MAJO, *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 33; SBISA, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974; BRANCA, *Promesse unilaterali*², in *Comm. Scialoja e Branca*, Art. 1960-1991, 1974, 406; GIUS. FERRI, *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, Milano, 1972, e in *Banca, borsa* 1960, 481; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1411-1413, 1997; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; CARRESI, in *Rdciv.* 1957, I, 275.

²⁹ Cfr. l'art. 1372 cc, dove si afferma che il contratto ha forza di legge tra le parti, e che esso non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge. Quest'ultima norma doveva rispondere all'idea della intangibilità della sfera giuridica del terzo.

Così, secondo la *Relazione al codice*, n. 627, l'autonomia non può legittimare invasioni nell'orbita dei diritti del terzo.

³⁰ Sul principio che identifica il contratto nell'accordo il Salv. ROMANO, in *Studi per Ascarelli*, IV, Milano, 1969, 1931, scrive che esso è inattaccabile come il più alto principio del diritto privato, creatore degli ordinamenti di questo, determinante della loro evoluzione proprio in quanto le regole private sono volontariamente poste e volontariamente accettate.

che vede nel contratto l'unico strumento generale di esplicazione dell'autonomia privata³¹.

La tesi della esclusività del contratto contesta che il soggetto abbia il generale potere di autodeterminare unilateralmente la propria sfera giuridica³². L'unico strumento di esplicazione generale dell'autonomia privata sarebbe il contratto mentre i negozi unilaterali sarebbero ammessi se e in quanto specificamente previsti dalla legge³³.

Che la tesi della esclusività del contratto abbia trovato ingresso nel nostro codice, lo si è argomentato dalla norma che nega effetti obbligatori alla promessa unilaterale di una prestazione fuori dei casi consentiti dalla legge (art. 1987). Risulterebbe in tal modo che il codice non ha riconosciuto la generale impegnatività della promessa unilaterale, cioè della fondamentale ed emblematica figura di negozio unilaterale che si giustappone al contratto³⁴. Ne uscirebbe allora confermato il distacco rispetto al diritto anglosassone, che ammette invece la vincolatività della promessa unilaterale quando questa sia sorretta da una causa apprezzabile (*consideration*)³⁵.

L'argomento esegetico tratto dalla segnalata norma sulle promesse uni-

³¹ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 236: il negozio non può in nessun caso intaccare la sfera giuridica di un soggetto che ne sia rimasto estraneo, ma non può neppure ampliarla senz'altro, aumentando i diritti del soggetto o diminuendone i doveri.

³² Scrive il BRANCA, *cit.*, 407: forse più esattamente si potrà dire che non c'è diritto senza rapporto giuridico; che non c'è rapporto senza almeno due persone; che perciò la legge vede male i negozi giuridici unilaterali, in cui il rapporto viene creato o modificato od estinto per opera di una sola parte. Insomma la ragione dello sfavore legislativo non è tanto la tutela del patrimonio del terzo quanto l'esigenza logica che almeno due parti influiscano su una situazione necessariamente bilaterale o plurilaterale.

Sulla rigorosa tipicità degli atti unilaterali v. CARRESI, *ult. cit.*

Su un altro piano v. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti (dispense)*, Roma, 1978, 185: la ragione del disfavore di cui sono circondate le promesse unilaterali è da ricercare nella stessa struttura degli scambi in una economia di mercato.

³³ Ma v. anche GIUS. FERRI, *cit.*, secondo il quale i casi ammessi dalla legge non si concretano in regolamenti tipici e individuati di interessi, ma in categorie generali, nell'ambito delle quali i regolamenti tipici o non sono individuati o sono individuati attraverso astratti schemi strutturali.

V. ancora SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 374, il quale critica gli argomenti tradizionali e, tra questi, quello della non rilevanza esterna della causa dell'atto (che andrebbe invece concretamente accertata), ma non ritiene ciò sufficiente a dimostrare la non vigenza della regola di cui all'art. 1987 cc, dovendosi inoltre considerare la complessità della situazione in cui normalmente s'innesta la promessa.

³⁴ In termini rigorosi sotto il vecchio codice cfr. A. SCIALOJA, in *Studi di diritto privato*, Roma, 1906, 69, il quale escludeva che la dichiarazione unilaterale potesse essere considerata quale fonte di obbligazione « né per eccezione né tanto meno per regola ».

³⁵ Per un recente tentativo di rivalutazione del momento dell'accettazione v. per altro FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge (USA)-London, 1981, 40, il quale vede in essa l'espressione della libertà del rapporto per entrambe le parti, e dell'esigenza di lasciare al promissario la scelta non tanto di rifiutare la prestazione quanto la stessa promessa (... there must at least be the option to refuse or reject not just the benefit but the promise of the benefit).

lateralmente non è in realtà decisivo poiché altre norme riconoscono generale efficacia vincolante alla promessa unilaterale al di fuori di un dato schema tipico (es.: promessa al pubblico: n. 116)³⁶.

Sul piano della valutazione degli interessi, poi, la necessità del consenso altrui si spiega in considerazione dell'esigenza di rispetto della sfera giuridica dei terzi. Tale esigenza non giunge però a giustificare l'assunto dell'assoluta intangibilità dell'altrui sfera giuridica e, oltre, della generale inammissibilità dei negozi unilaterali³⁷. L'esame sistematico dei casi in cui la legge prevede che l'atto incida sulla sfera giuridica dei terzi attesta piuttosto che il limite generale di efficacia dell'atto negoziale è dato dal principio di salvaguardia della sfera giuridica altrui. La regola secondo la quale l'atto negoziale non può produrre effetti rispetto ai terzi deve allora intendersi nel senso che l'atto negoziale non può produrre effetti pregiudizievoli a carico di terzi. Può ammettersi invece che il negozio incida direttamente sulla sfera giuridica altrui quando l'effetto sia *insuscettibile di pregiudizio personale e patrimoniale*.

Ma anche in questo caso deve riconoscersi la libertà del terzo di non essere destinatario di un beneficio altrui. Per salvaguardare questo interesse non è tuttavia necessario precludere in via assoluta l'effetto dell'altrui negozio senza il consenso del destinatario. Altra soluzione, alla quale mostra di accedere il nostro ordinamento, è quella del rifiuto del destinatario, quale atto diretto a rimuovere dall'origine l'effetto del negozio altrui (n. 119)³⁸.

Il risultato dell'indagine porta quindi a interpretare la regola della inefficacia del contratto rispetto ai terzi nel senso che il contratto, e in generale il negozio, possono produrre effetti rispetto ai terzi purché si tratti

³⁶ Nell'esame di queste norme (v. oltre, cap. III, VI), la dottrina sembra ormai orientata ad abbandonare il principio della esclusività del contratto. V., tra gli altri, i citati contributi di Benedetti, Moscarini e Donisi. Per la svalutazione della bilateralità nella formazione del contratto v. inoltre SACCO, *Il contratto*, 31.

³⁷ In termini critici v. particolarmente DONISI, *cit.*, 68, che indica l'appropriata conversione del principio della intangibilità delle sfere individuali in quello della loro protezione.

Per un esame storico dell'impostazione consensualistica e per la considerazione dell'accettazione della promessa non come necessità logica per il sorgere del vincolo ma come problema di affidamento del destinatario della promessa, v. GORLA, *Il contratto*, spec. 192.

Assumendo il carattere non vincolante della promessa il problema della tutela dell'affidamento del promissario potrebbe prospettarsi in termini di responsabilità precontrattuale (n. 76). Al riguardo v. particolarmente STOLL, in *Festschrift Flume*, I, Köln, 1978, 741.

³⁸ Sulla nozione di rifiuto quale atto preclusivo dell'acquisto di un diritto, v. L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 20.

Per DONISI, *cit.*, 113, nella nozione di rifiuto verrebbe in rilievo non tanto un diritto in sé e per sé quanto un effetto favorevole, quale vicenda modificativa dell'altrui sfera giuridica

di effetti insuscettibili di pregiudizio, e salva comunque la facoltà di rifiuto del destinatario.

Contro il riconoscimento della impegnatività dei negozi unilaterali si obietta ancora che il soggetto potrebbe trovarsi vincolato da promesse irragionevoli. Ma questa preoccupazione concerne anche i contratti, e deve avere risposta in un adeguato ruolo della causa (n. 204).

Altra preoccupazione è quella di evitare che il soggetto si trovi impegnato da avventate promesse gratuite. Ma questa preoccupazione trova già una prima risposta nell'esigenza che la vincolatività della promessa sia conforme ad una causa che alla stregua della valutazione sociale appaia sufficiente a giustificarla come promessa giuridicamente vincolante (es.: promessa di un aumento di stipendio)³⁹.

I termini del problema sono comunque largamente ridimensionati dalla disciplina della donazione, che richiede il contratto stipulato per atto pubblico. La semplice promessa a titolo di donazione cadrebbe quindi già per mancanza di forma⁴⁰.

La promessa accettata esprime un accordo, e ciò spiega come figure di generale applicazione in diritto romano, quali erano la *stipulatio* e la *fideiussio*, vengano inquadrare nello schema del contratto, risultante dalle contestuali dichiarazioni articolate in domanda e risposta.

La dottrina romanistica si limita a indicare come promesse unilaterali la *pollicitatio*, quale promessa avente effetto obbligatorio se rivolta ad una *res publica*, e il *votum*, promessa di una cosa rivolta alla divinità in dipendenza dall'esaudimento di una richiesta⁴¹.

5. *Accordo e delibera (atto collettivo e atto complesso)*⁴².

Il contratto, quale figura di accordo, deve essere tenuto distinto rispetto alla delibera, o atto collettivo, quale atto decisionale del gruppo, cioè atto col-

³⁹ Sulla possibilità che promesse gratuite siano socialmente intese come espressioni di affetto o cortesia, vedi n. 111.

⁴⁰ Il Di MAJO, *Promessa unilaterale*, cit., 67, prospetta l'idoneità della promessa, in determinati settori, a funzioni peculiari distinte rispetto a quelle dei contratti (es.: assunzione di garanzia), e reputa che « volendo ricercare una collocazione al sistema delle promesse, essa potrebbe rinvenirsi, più che nella teoria del contratto, anche concepita « a maglie larghe », in quella delle fonti della obbligazione o meglio in quegli « atti » ritenuti idonei secondo l'ordinamento a produrre obbligazioni (art. 1173 ».

Per un'analisi comparatistica del rapporto promessa-contratto, v. MOCCIA, in *I contratti*, dir. da Alpa e Bessone, *Agg.*, I, 295.

⁴¹ SITZIA, *Promessa unilaterale (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 22.

⁴² Sul tema degli atti unilaterali plurisoggettivi v. BALZARINI, in *Studi per Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972, 21; G. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, 1961; CARRESI, in *Trim.* 1957, 1241; GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939; MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927 (estr. Ann. Univ. Cattolica 1926-1927); BORSI, in *Studi Senesi* 1903, 103; D. DONATI, in *Arch. giur.* LXXI (1903),

quale il gruppo manifesta la volontà in ordine ad un interesse di sua competenza.

La delibera è pur sempre esercizio di autonomia privata ma l'interesse del quale essa decide è un interesse del gruppo e cioè un interesse comune dei partecipanti o un interesse gestito dal gruppo. La distinzione tra accordo e delibera si coglie allora in ciò, che nell'accordo ciascuna delle parti decide in ordine ad un interesse di sua spettanza mentre nella delibera ciascun partecipante concorre ad una decisione comune in ordine ad un interesse di competenza del gruppo⁴³.

Quale espressione della volontà del gruppo la delibera si perfeziona normalmente secondo la regola della maggioranza⁴⁴ ma è comunque imputata al gruppo o all'ente di cui il gruppo deliberante è organo. La delibera pertanto, pur perfezionandosi mediante il concorso di più atti unilaterali (i voti), è rispetto al gruppo un atto unitario unilaterale, cioè un atto decisionale imputato al gruppo medesimo⁴⁵.

La natura dell'atto dipenderà poi dall'operazione compiuta, potendosi trattare di autorizzazioni, rinunzie, atti regolamentari di autoorganizzazione (n. 17), ecc. La delibera, sia pure eccezionalmente, può avere natura contrattuale quando è diretta all'esterno esprimendo immediatamente una proposta o un'accettazione di proposta di contratto⁴⁶. Generalmente, per altro, la decisione in ordine ai contratti ha carattere interno in quanto il contratto dovrà essere stipulato dall'organo rappresentativo.

⁴³ Cfr. anche ROUJOU de BOUBÉE, cit., 15, 209: des concours entre des volontés qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but.

⁴⁴ La circostanza che la delibera sia approvata all'unanimità non vale a renderle natura contrattuale. Con riguardo ai regolamenti condominiali cfr. SALIS, in *Scritti per Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, 1843. Occorre piuttosto avere riguardo all'oggetto del regolamento, e cioè se esso sia o no di competenza dell'assemblea. In caso affermativo si pone il problema se i singoli possano obbligarsi all'osservanza del regolamento mediante un impegno contrattuale assunto verso gli altri interessati o verso un terzo (e precisamente rispetto al costruttore-venditore degli appartamenti). Sul tema v. SALIS, cit., 1325, e ivi ulteriori indicazioni, nonché VI, n. 254.

⁴⁵ In dottrina si distingue ulteriormente tra atto *collettivo*, espressione della volontà di tutti i singoli o della loro maggioranza, e atto *collegiale*, quale espressione di volontà dell'organo collegiale di una persona giuridica: qui i singoli agiscono quali componenti dell'organo e le loro dichiarazioni si fondono nell'atto. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 211.

In realtà ciò che rileva è la competenza a decidere di un determinato interesse. Se la competenza è del gruppo, l'atto è imputato a quest'ultimo a prescindere dalla sua personificazione giuridica.

⁴⁶ Ciò è stato riconosciuto anche per le delibere degli enti pubblici. Cfr., così, C. 13 dicembre 1975, n. 4105, in *Gciiv.* 1976, I, 200, con nota di D(e) F(ina): la qualifica di atto meramente interno, normalmente propria delle deliberazioni con cui il Comune si determina alla conclusione di un contratto, non è sufficiente ad escludere che, in presenza di circostanze particolari, la delibera possa assumere una rilevanza sostanziale che trascenda la funzione di atto meramente preparatorio.

La delibera, in ultima analisi, è il modo di formazione della volontà di un'organizzazione unitaria. I problemi delle forme e dei limiti di tale formazione appartengono alla tematica dei gruppi prospettando anche la questione di fondo della tutela del singolo di fronte al potere della maggioranza.

Nozione ulteriormente distinta è quella di atto soggettivamente complesso, quale atto che richiede il consenso di autonome dichiarazioni di volontà a servizio di un unico interesse⁴⁷. Es.: l'atto dell'inabilitato al quale si accompagna l'autorizzazione del curatore (I, n. 148).

Mentre nell'atto collettivo le dichiarazioni dei singoli sono assorbite dall'unica dichiarazione di volontà che esse concorrono a formare, nell'atto complesso ciascuna dichiarazione ha una sua distinta posizione e funzione, ed anche una sua diretta rilevanza sulla validità o efficacia dell'atto. Gli atti complessi nei quali le singole dichiarazioni hanno la stessa rilevanza si dicono eguali (es.: atti che richiedono le dichiarazioni di volontà di due distinti amministratori). Altrimenti si dicono ineguali⁴⁸.

6. *Gli atti giuridici in senso stretto*⁴⁹.

Sul piano sistematico la figura generale del negozio giuridico è importante perché essa consente di intendere una fondamentale partizione nell'ambito degli atti giuridici tra atti di autonomia privata e atti non negoziali o atti giuridici in senso stretto. Atto giuridico è in generale qualsiasi comportamento umano giuridicamente rilevante⁵⁰. Nell'ambito degli atti giuridici il negozio si di-

⁴⁷ Per il SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 211, nell'atto complesso le dichiarazioni esprimono distinte volontà, poste al servizio dell'interesse di uno degli agenti o di terzi, per i quali agiscono coloro che emettono le dichiarazioni.

Secondo il BALZARINI, *cit.*, l'atto complesso costituirebbe una sottospecie dell'atto collettivo caratterizzata, oltre che dalla uniformazione, dall'autonomia delle volontà formalmente identificate.

⁴⁸ V., ad es., DONATI, *cit.*: caratteristica dell'atto complesso ineguale è la ineguaglianza giuridica delle volontà Ad una, fra le diverse volontà che si fondono, il diritto attribuisce una maggiore importanza che alle altre.

⁴⁹ SANTI ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (rist.); SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, 203; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 159; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; CANDIAN, *Contributo alla teoria generale dell'atto giuridico*, in *Saggi di diritto*, III, Milano, 1949.

⁵⁰ L'organizzazione funzionale degli atti giuridici si traduce in attività. Su questa nozione v. G. AULETTA, *Attività (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, III, 981.

stingue come atto mediante il quale il soggetto dispone della propria sfera giuridica, cioè come atto di autonomia privata (n. 3).

L'atto giuridico in senso stretto può invece essere definito come il comportamento umano — operazione materiale o dichiarazione — il quale rileva quale semplice presupposto di effetti giuridici⁵¹. Nell'atto giuridico in senso stretto, precisamente, gli effetti non sono disposti dal soggetto agente ma da una fonte esterna che è principalmente la legge. Tali effetti possono essere favorevoli o sfavorevoli al soggetto, in relazione al suo risultato di fatto e agli interessi sui quali esso incide (dichiarazioni di scienza, di desiderio, comunicazioni, atti illeciti, ecc.).

Secondo la tesi tradizionale gli effetti dell'atto giuridico in senso stretto prescindono dalla volontà dell'agente. Anche se l'atto è volontario⁵², la volontà ha ad oggetto il suo compimento ma non vale a determinarne gli effetti.

Il criterio distintivo basato sulla volontà degli effetti, per altro, è messo in discussione soprattutto dalla tesi che nega l'intendimento del negozio quale atto di volontà, argomentando dal fatto che anche il negozio può perfezionarsi pur quando il soggetto non abbia la capacità di volere e può produrre effetti non voluti⁵³.

In realtà, ciò che importa è il significato sociale dell'atto negoziale quale atto dispositivo. La volontà può concretamente mancare, ma il negozio è comunque oggettivamente valutabile quale atto decisionale del soggetto. Gli effetti concretamente prodotti possono essere diversi da quelli programmati o, al limite, possono anche mancare (si pensi al negozio nullo), ma il negozio è pur sempre atto dispositivo di effetti giuridici.

In assenza di una disciplina generale degli atti giuridici in senso stretto

⁵¹ Cfr. SANTI ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, *cit.*, 5: l'atto (non negoziale) non è che la condizione necessaria e sufficiente perché gli effetti giuridici si producano; in altri termini, essi non derivano propriamente dall'atto, ma dal fatto che un certo atto è stato compiuto, il quale quindi viene in considerazione come fattispecie prevista dalla legge perché le sue disposizioni trovino applicazione. Nell'ipotesi dell'atto negoziale, al contrario, si hanno degli effetti che, appunto perché il loro regolamento si rinviene, non direttamente nella legge, ma nell'atto che le prevede, le precisa, ne determina le modalità ed eventualmente le sanziona, possono considerarsi come effetti dell'atto.

V. inoltre SCOGNAMIGLIO, *ult. cit.*, 164: l'ordinamento ravvisa nell'atto umano una semplice fattispecie legale per la realizzazione delle proprie finalità.

⁵² Parte della dottrina ritiene anzi che anche l'atto giuridico in senso stretto debba essere sottretto dalla volontà e coscienza dell'azione ricadendo altrimenti nell'ambito dei meri fatti: cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 107.

⁵³ Per una valutazione critica dei criteri di distinzione proposti in dottrina, v. PANUCCIO, *cit.*, 3, il quale esclude che l'atto giuridico non negoziale possa essere ricondotto a categoria unitaria, trattandosi di una mera nozione negativa che include fenomeni profondamente diversi.

occorre di volta in volta attingere alla loro particolare disciplina e a quelle norme idonee ad un'appropriata composizione dei confligenti interessi⁵⁴.

7. *Il dibattito sulla natura giuridica del contratto. Teoria della volontà. Teoria della dichiarazione. Teoria precettiva.*

Il contratto, si è visto, è l'accordo mediante il quale le parti regolano un loro rapporto giuridico patrimoniale. Questa idea può essere espressa anche dalla definizione del contratto quale autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali, poiché tale definizione, pur sottolineando il momento oggettivo del contratto, non esclude che esso sia comunque un atto decisionale delle parti (n. 2).

Occorre tuttavia avvertire che secondo la nostra dottrina la definizione del contratto come accordo o come autoregolamento non varrebbe a indicare l'uno o l'altro aspetto del contratto bensì due concezioni antitetiche sulla sua natura giuridica, e cioè la concezione *soggettiva* e la concezione *oggettiva* del contratto.

Alla concezione soggettiva si riconduce la teoria della volontà. Alla concezione oggettiva si riconducono le teorie della dichiarazione e quella precettiva.

La teoria o dogma della volontà⁵⁵ ravvisa l'essenza del contratto, e più in generale del negozio giuridico, nella volontà creatrice dell'individuo⁵⁶. Una dichiarazione priva di volontà sarebbe quindi inidonea a formare il contratto perché mancando la volontà mancherebbe il primo elemento costitutivo del negozio⁵⁷. La volontà ha bisogno di manifestarsi esternamente⁵⁸, ma una manifestazione alla quale non corrisponda una reale volontà del

⁵⁴ Sul problema generale delle norme applicabili agli atti giuridici, in relazione alla disciplina dei negozi, v. MIRABELLI, *ult. cit.*, 36, e PANUCCIO, *cit.*, 343.

⁵⁵ L'espressione dogma della volontà (*Willensdogma*) è già usata nell'esposizione critica del BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, 65.

⁵⁶ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, § 69, 202: « 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 ». E ancora: « il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata ».

⁵⁷ Lo JHERING, in *Jherings Jahrbücher* 1861, 73, si noti, aveva prospettato il rimedio della responsabilità precontrattuale del dichiarante per errore vizio o per errore ostativo.

⁵⁸ In tal senso v. chiaramente SAVIGNY, *cit.*, III, § 134, 342: la volontà ha bisogno di un segno attraverso il quale rendersi riconoscibile agli altri, e questo segno è la dichiarazione. V. anche, tra gli altri, ENNECCERUS, *Rechtsgeschäfte, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, 56.

Nella nostra dottrina v. STOLFI, *cit.*, 4, nel senso che la manifestazione di volontà si renderebbe necessaria come *attestazione* del definitivo proposito del soggetto.

soggetto non avrebbe valore di negozio⁵⁹. I casi nei quali la legge dà rilevanza alla dichiarazione non sorretta da una corrispondente volontà andrebbero spiegati come eccezioni alla regola fondamentale del contratto⁶⁰.

A questa teoria, elaborata dalla dottrina pandettistica del secolo scorso sulla base della tradizione di diritto comune, si contrapponeva la teoria della dichiarazione.

Secondo questa teoria ciò che costituisce il contratto non è la volontà ma la dichiarazione. È la dichiarazione, così come essa può essere intesa secondo le circostanze, che rileva per il diritto, non la volontà psichica del dichiarante. La teoria della dichiarazione, elaborata anch'essa in Germania nel secolo scorso⁶¹, attingeva soprattutto alle esigenze pratiche della nuova esperienza dei rapporti commerciali⁶².

Mentre la dottrina tradizionale italiana ha sostanzialmente mantenuto il riferimento al principio della volontà⁶³, pur ammettendo che tale principio possa essere derogato dalla legge in considerazione dell'esigenza di tutela dell'affidamento, una vivace critica di fondo è stata portata avanti dalla teoria precettiva.

La dottrina *precettiva* muove dal rilievo che la volontà « come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile »⁶⁴, e che essa può avere rilevanza giuridica solo in quanto si sia tradotta in un fatto sociale. La nozione di contratto non *consiste* nell'ele-

⁵⁹ Cfr. ancora SAVIGNY, *ult. cit.*, *ib.*, sulla naturale e necessaria corrispondenza di volontà e dichiarazione. Per un'analisi del pensiero del Savigny, in particolare circa il rapporto tra volontà e dichiarazione, v. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema del Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, IX, Milano, 1981, 265. V. anche PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, 31.

⁶⁰ Ma le eccezioni non possono non mettere in crisi un concetto di negozio che assuma la volontà reale quale suo elemento *essenziale*. Cfr., ad es., PUGLIATTI, in *Rdcomm.* 1940, I, 234.

⁶¹ Cfr., tra gli altri, BEKKER, *cit.*, 54, e BAHR, in *Jherings Jahrbücher* 1875, 393.

⁶² Il BAHR, *cit.*, muove appunto da una verifica pratica del principio della volontà con riferimento soprattutto ai contratti commerciali, ritenendo impensabile che il dichiarante possa far valere una volontà diversa da quella dichiarata e sulla quale l'altra parte ha fatto assegnamento. Il B., si noti ancora, critica il rimedio, prospettato dallo Jhering, della responsabilità precontrattuale (v. nota 57) perché tale rimedio avrebbe limitato il risarcimento al c.d. interesse negativo (n. 82).

Anche il BEKKER, *cit.*, 58, insiste sulla incompatibilità del dogma della volontà con le esigenze del traffico e, ancora, sulla inammissibilità di una concezione che dia rilevanza alla volontà individuale senza tenere conto degli interessi della vita di relazione alla quale l'individuo partecipa.

⁶³ Cfr., tra gli altri, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, 54. Si noti comunque la generale insistenza a precisare che la fonte dell'effetto giuridico è sempre la legge, la quale attribuirebbe l'effetto conformemente alla volontà dei privati (ovvero autorizzerebbe questi a produrre l'effetto).

Per una decisa difesa del principio della volontà v. particolarmente lo STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, VII.

⁶⁴ V. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, 52, e già BEKKER, *cit.*, 60: la volontà non è percepibile; percepibile è la dichiarazione.

mento psicologico della volontà e neppure nel dato materiale della dichiarazione, bensì in un fenomeno sociale. Questo fenomeno viene identificato nella disposizione con la quale il soggetto regola da sé i propri interessi in rapporto ad altri, e cioè appunto nell'autoregolamento⁶⁵.

La critica al dogma della volontà secondo la teoria precettiva investirebbe anche la nozione di contratto quale accordo, poiché tale nozione sarebbe sempre il portato della concezione soggettiva che privilegia la volontà come momento costitutivo del contratto.

8. Il superamento del dogma della volontà nel diritto positivo. Il valore negoziale dell'atto.

Il superamento del c.d. dogma della volontà è ormai un risultato acquisito sul piano del diritto positivo. La disciplina legislativa del contratto non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla realtà della volontà interna delle parti. Il contratto non è valutato come un fenomeno psichico ma come un fenomeno sociale, e ciò che conta è il valore obiettivo che questo fenomeno assume quale atto decisionale mediante il quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un loro rapporto patrimoniale.

La disciplina del contratto, risultante anche dagli orientamenti giurisprudenziali, conferma i seguenti punti.

1. L'atto che non ha obiettivamente il significato di una decisione voluta dal soggetto in ordine alla sua sfera giuridica, e cioè che non ha il significato obiettivo di un atto di volontà, non vale come atto negoziale.

2. L'atto che ha obiettivamente il significato di un atto negoziale impegna il suo autore anche se il suo interno volere sia stato diverso da quello manifestato. La mancata corrispondenza tra la volontà dichiarata e quella interna non priva l'atto del suo valore negoziale (prospettandosi però la possibilità di rimedi di impugnativa a favore del dichiarante: n. 9⁶⁶).

⁶⁵ Cfr. BETTI, *ult. cit.*, 51, e SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Comm.)*, 9: la manifestazione più cospicua ed accreditata della tendenza oggettivistica è offerta dalla concezione c.d. precettiva. Secondo tale veduta, occorre muovere dalla considerazione della natura reale del negozio — quale esplicazione di autonomia privata nella sfera delle relazioni economico-sociali, che il diritto riconosce e recepisce, attribuendovi effetti congrui — per ravvisarvi ... una dichiarazione di natura precettiva o meglio un atto di autoregolamento dei privati interessi. Cfr. anche *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 130; *Contratti in generale (Tratt.)*, 7.

⁶⁶ L'impugnabilità del contratto presuppone che questo si sia perfezionato e che il consenso prestato dalle parti abbia avuto pertanto valore negoziale.

3. L'atto negoziale dev'essere imputabile al soggetto. L'atto che non è imputabile al soggetto non vale come suo atto negoziale. In generale, è imputabile al soggetto l'atto che proviene da questo o da chi è legittimato a rappresentarlo. L'atto è inoltre imputabile al soggetto che abbia dato causa all'obiettivo manifestarsi di esso quale atto di sua provenienza. Così, ad es., chi si serve di terzi per comunicare la propria dichiarazione subisce i rischi di una trasmissione infedele di essa (n. 31).

In definitiva, secondo il nostro diritto positivo ha valore negoziale l'atto imputabile al soggetto ed obiettivamente valutabile come atto di autonomia privata, cioè come atto decisionale del soggetto in ordine alla sua sfera giuridica⁶⁷.

Questa nozione comporta che il soggetto può restare impegnato per un atto che egli non ha realmente voluto. Al riguardo si parla di un principio di *autoresponsabilità*⁶⁸. Tale principio esprime la soluzione normativa nel senso che chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni negoziali nel traffico giuridico è assoggettato alle conseguenze di esse secondo il loro obiettivo significato.

Da questa nozione di autoresponsabilità esula ogni idea di una sanzione a carico del dichiarante per un suo comportamento negligente⁶⁹. Il dichiarante rimane impegnato dalle sue dichiarazioni o dalle dichiarazioni alle quali abbia dato causa a prescindere da una valutazione della sua condotta in termini di colpa⁷⁰.

Il principio dell'autoresponsabilità assegna a carico del dichiarante il rischio di una dichiarazione non conforme alla volontà reale e, oltre, di una dichiarazione non voluta. Rimane però da spiegare la ragione dell'assegnazione di tale rischio. Se ad es. per un errore del manovratore di un telex pubblico il destinatario riceve una dichiarazione diversa da quella voluta dal mittente, occorre chiedersi perché debba essere il mittente a subire il rischio di tale errore. La spiegazione deve essere ricercata nell'esigenza di tutela

⁶⁷ In analoga prospettiva scrive SLAWSON, *Binding Promises, The Late 20th. Century Reformation of Contract Law*, Princeton (New Jersey), 1996, 20, che le corti americane hanno accolto una c.d. teoria obiettiva (objective theory), in base alla quale il contratto scaturisce dalle obiettive manifestazioni di mutuo consenso, secondo il significato conforme ad una ragionevole valutazione, indipendentemente dall'esistenza di una reale e attuale volontà dei soggetti.

⁶⁸ Cfr. BETTI, *ult. cit.*, 71.

⁶⁹ Ma nel senso che l'autoresponsabilità, in linea generale, riposerebbe sul fondamento della colpa, v. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 452.

⁷⁰ Diversamente cfr. WINDSCHEID, in *AcP* 1880, 72, il quale, ribadendo che l'atto non può valere come atto negoziale senza una corrispondente volontà del soggetto, riconosce la rilevanza dell'atto negoziale apparente solo quando l'apparenza derivi da dolo o colpa grave del soggetto.

dell'affidamento del destinatario. Chi emette una dichiarazione negoziale o tiene un comportamento che abbia un significato negoziale o si avvale di altri per comunicare la sua dichiarazione, suscita nel destinatario l'affidamento che l'atto sia serio e conforme al suo obiettivo significato, secondo la normale esplicazione dell'attività negoziale. Ora, l'esigenza della tutela di quest'affidamento supera l'esigenza di tutela del dichiarante perché la rilevanza, rispetto ai terzi, delle deficienze occulte della dichiarazione negoziale pregiudicherebbe la certezza del commercio giuridico⁷¹.

Si potrebbe allora pensare che il principio dell'affidamento assurga a fondamento generale del valore del negozio, nel senso che l'atto ha il valore negoziale sul quale il destinatario ha fatto ragionevole affidamento⁷². In questi ampi termini il principio non trova tuttavia applicazione. Non basta infatti che il destinatario faccia affidamento su una realtà negoziale inesistente se questa non è riferibile alla parte. Il danno di tale evento non può essere addossato al soggetto rimasto estraneo alla vicenda. In questo caso il danno deve piuttosto rimanere nella sfera di colui che lo ha subito. Così, nell'ipotesi di falsa rappresentanza, il terzo contraente non può utilmente invocare il suo affidamento nei confronti dell'apparente rappresentato che non vi abbia dato causa (n. 48).

D'altro canto, anche quando l'atto è imputabile al suo autore, il principio dell'autoresponsabilità è inoperante se il destinatario ne conosce il suo reale significato o dovrebbe conoscerlo secondo un criterio di normale diligenza (es.: il destinatario sa che la dichiarazione è stata erroneamente trasmessa)⁷³.

⁷¹ Il CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, 440, rileva l'influsso dell'esercizio dell'autonomia privata sull'altrui sfera giuridica e lo specifico e più elevato pericolo che tale esercizio comporta: da qui la necessità di una regola che ponga tale pericolo a carico di colui che svolge attività negoziale.

⁷² Sul punto, e per una critica in questa prospettiva della teoria del dogma della volontà, v. GORLA, in *Rdcomm.* 1956, I, 18: « il problema giuridico della promessa e del contratto, in quanto contiene la promessa ... non è stato posto e risolto come problema di realizzare un preteso potere della volontà del promittente, ma come problema di riconoscere o proteggere, e in quale misura, l'aspettativa e l'affidamento del promissario ». E oltre: « la volontà del promittente pone in essere e determina, insieme con altri elementi, la situazione alla quale la legge, nell'interesse del promissario o anche nell'interesse sociale al mantenimento di certe promesse, collega la nascita di un vincolo giuridico mediante la sanzione ».

⁷³ Meno agevole è la soluzione per quanto riguarda la riserva mentale, cioè la consapevolezza della dichiarante di non volere ciò che dichiara. Il BGB sancisce la nullità della dichiarazione se il destinatario è a conoscenza della riserva (§ 116). In questo caso non vi sarebbe un affidamento da tutelare.

Una diversa soluzione può tuttavia essere giustificata in base al rilievo che nella riserva manca la volontà di esteriorizzare una volontà diversa dal dichiarato (cfr., ad es., SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, 1929 (rist.), 2).

In conclusione può dirsi che il principio dell'autonomia privata è integrato dal principio dell'autoresponsabilità, il quale trova la sua giustificazione e il suo limite nell'esigenza di tutela dell'affidamento.

Nell'ipotesi limite in cui il soggetto abbia dato causa, senza volerlo, ad una dichiarazione meritevole di affidamento potrebbe dirsi che in buona sostanza l'atto di autonomia è insussistente⁷⁴. Sembrerebbe allora giustificato il negare che l'autonomia privata costituisca il principio unico posto a fondamento della rilevanza negoziale, e il concludere per una soluzione eclettica che prenda atto del concorso di diversi principi attraverso i quali l'ordinamento risolve il problema pratico della disciplina del negozio⁷⁵.

Ma per quanto sia esatto che la disciplina di diritto positivo è diretta a risolvere problemi pratici e non a seguire schemi concettuali, e per quanto sia esatto che l'intendimento del negozio non può prescindere dai principi che concorrono a spiegarne la disciplina, occorre pur sempre distinguere la diversa portata di tali principi e ricercare quale di essi giustifica in generale la rilevanza del negozio. Ora, il principio che giustifica la rilevanza giuridico-sociale del negozio è l'autonomia privata: in tanto l'ordinamento riconosce efficacia giuridica vincolante al negozio in quanto nella vita di relazione il negozio è lo strumento mediante il quale i consociati decidono dei loro affari.

Quando l'atto non è riconducibile alla decisione del suo autore (es.: dichiarazione erroneamente trasmessa) esso è solo apparentemente un atto di autonomia privata. Esso può anche valere come atto negoziale del soggetto ma questa eccezionale rilevanza presuppone che l'atto sia imputabile al suo autore e si presenti obiettivamente come un suo atto di autonomia privata. L'ordinamento, cioè, accerta che il soggetto ha posto in essere un atto decisionale in ordine alla sua sfera giuridica. Questo accertamento può non corrispondere alla sostanza dell'atto ma corrisponde alla sua valutazione obiettiva. L'opzione per la seconda alternativa, che trova spiegazione nella prevalente esigenza di tutela dell'altrui affidamento, è pur sempre scelta in termini di autonomia privata, in quanto l'atto *si presenta socialmente quale atto di autonomia del soggetto ed è come tale qualificato e disciplinato*.

⁷⁴ Cfr. così BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York, 1967, 52, e *Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit*, estr. da *Basler jurist. Mitteilungen*, 1982, 6.

⁷⁵ Cfr. così BYDLINSKI, *ult. cit.*, 28, nel senso che la disciplina del negozio e del contratto non può essere ricondotta ad un principio unico o dominante dovendosi piuttosto verificare più coesistenti valori fondamentali (autonomia privata, affidamento, giustizia contrattuale, ecc.).

Nella nostra dottrina il PIETROBON, *Errore, volontà, affidamento*, Padova, 1990, 31, respinge sotto un profilo dommatico la soluzione eclettica mentre sotto l'aspetto della politica legislativa dovrebbe essere approvata l'affermazione che il nostro codice abbia seguito tale soluzione, che esso abbia cioè voluto realizzare in materia contrattuale un sistema che assicuri eguale protezione a tutte le parti, e non solamente alla volontà di una o alla buona fede dell'altra.

In definitiva, si conferma che la rilevanza dell'atto negoziale deve in generale ricondursi al suo fondamento di atto di autonomia privata: l'atto non ha rilevanza negoziale se non ha il significato sociale di atto di autonomia privata.

9. Integrità del consenso e tutela dell'affidamento.

L'imputazione dell'atto al soggetto quale suo atto negoziale lascia aperto il distinto problema della tutela dell'integrità del consenso, e cioè della possibilità di riconoscere il rimedio della impugnazione dell'atto quando la volontà del suo autore risulti viziata o carente per incapacità naturale⁷⁶.

In linea di massima la soluzione del nostro ordinamento è nel senso della prevalenza della regola di autoresponsabilità, in funzione di tutela dell'affidamento. Questa soluzione, che privilegia l'affidamento rispetto alla tutela dell'integrità del consenso, risponde all'esigenza di certezza del traffico giuridico, avvertita soprattutto nei rapporti commerciali. Dare spazio ai vizi della volontà significherebbe compromettere la sicurezza della contrattazione facendo dipendere l'affare già concluso da incognite spesso difficilmente controllabili.

Il principio dell'autoresponsabilità tutela il destinatario della dichiarazione che faccia ragionevole assegnamento sulla serietà e sul significato obiettivo di essa. In base a tale principio i vizi del consenso non invalidano l'atto se il suo destinatario non li conosceva né avrebbe potuto riconoscerli secondo un criterio di normale diligenza.

Nell'ipotesi di incapacità naturale il rimedio dell'annullamento presuppone la mala fede della controparte, cioè la consapevolezza di contrattare con persona incapace d'intendere o di volere (428² cc). La mala fede può però risultare dal pregiudizio derivante all'incapace o altrimenti (I, n. 160). Sembra quindi riproporsi sostanzialmente lo stesso principio di prevalente tutela dell'affidamento inteso come affidamento ragionevole secondo normali criteri di giudizio.

Sull'esigenza dell'affidamento prevale la tutela contro la violenza. La dichiarazione negoziale estorta con la violenza è infatti impugnabile anche se la violenza è esercitata da un terzo ad insaputa della controparte.

Sull'esigenza dell'affidamento prevale inoltre il principio di tutela dell'incapace legale (I, n. 142, 155).

⁷⁶ Qui non può parlarsi di atti apparenti perché si tratta di reali atti decisionali del soggetto, pur se viziati nel momento volitivo.

10. Analisi ideologica. Origine storica e significato ideologico del dogma della volontà.

Il c.d. dogma della volontà (n. 7) non si limitava a ravvisare nel contratto un atto di volontà. Esso esprimeva piuttosto l'idea della *signoria della volontà individuale*, che l'ordinamento deve riconoscere e tutelare nella sua interezza⁷⁷.

Il principio teorico della libera volontà creatrice fu formulato dalla Scuola giunaturalistica, che ne ravvisava il fondamento in un diritto naturale dell'uomo a disporre liberamente delle proprie azioni come dei propri beni⁷⁸.

L'idea del contratto quale libera manifestazione di volontà fu congeniale alla profonda trasformazione culturale⁷⁹ ed economica attivata dall'avvento dell'industria e del capitalismo moderno tra la fine del '700 e l'800, che doveva portare all'affermazione della nuova società liberale e borghese. Libertà del contratto significava essenzialmente libertà del mercato del lavoro e libertà degli scambi, e queste libertà costituivano il necessario presupposto della rivoluzione industriale⁸⁰.

La nozione generale di contratto fondata sulla volontà creatrice dell'individuo, già elaborata dalla dottrina francese, trovava esplicito riconoscimento nel codice Napoleone e in altre codificazioni europee (n. 1).

La dottrina tedesca nello sforzo di astrazione e di razionalizzazione, che caratterizzò la Pandettistica del secolo scorso, giunse sulla base delle stesse premesse alla elaborazione del concetto generale di negozio giuridico quale dichiarazione di volontà diretta ad uno scopo giuridicamente rilevante. In tale concetto rientravano non solamente i contratti ma tutti gli altri atti giuridici nei quali rileva la volontà del dichiarante (testamenti, rinunzie, ecc.). Questa elaborazione trovava ingresso nel codice civile tedesco del 1900 (ancora vigente), che contiene appunto una disciplina generale del negozio giuridico (n. 3).

⁷⁷ Ma v. già le critiche di SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876 (rist. Darmstadt, 1980), 73, per il quale questa 'signoria' è un'astrazione (in termini assoluti una tale signoria dovrebbe consentire all'individuo di creare ma anche di annientare il vincolo contrattuale) ed è comunque inadeguata a spiegare le ipotesi (tratte dalle fonti romane) in cui non rileva la reale volontà del soggetto.

⁷⁸ Cfr. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* (tr. ingl.), II, Oxford, 1925, XI, 4, 330, il quale sottolinea la giustizia morale del principio di rispetto della promessa.

⁷⁹ Sulla rispondenza di tale idea all'istanza illuministica ma anche alla concezione della Scuola storica, v. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, 29, 336.

⁸⁰ Con riferimento all'esperienza nordamericana v. le interessanti notazioni di HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge (U.S.A.)-London, 1977, 160, in particolare sull'emergenza della teoria della volontà intesa a superare l'idea che il contratto sia vincolante in quanto realizzi un giusto scambio (solo nel diciannovesimo secolo i giudici e i giuristi rigettarono la perdurante concezione che la giustificazione dell'obbligazione contrattuale deriva dall'inerente giustizia ed equità dello scambio. Diversamente, essi affermarono per la prima volta che la fonte dell'obbligazione contrattuale è solo l'incontro delle volontà delle parti contraenti).

11. La contestazione ideologica del dogma della volontà.

Il c.d. dogma della volontà ha avuto certamente un significato ideologico⁸¹. La nozione di contratto quale espressione di volontà dell'individuo trovava rispondenza, come si è visto, nell'assetto liberale in cui si sviluppava il capitalismo industriale e commerciale.

L'ordinamento giuridico doveva limitarsi a garantire all'individuo le condizioni per l'esercizio delle sue libertà e, tra queste, della sua libertà d'iniziativa economica. Il negozio veniva riconosciuto come affermazione della libera volontà dell'individuo, e come tale esso era il mezzo giuridico attraverso il quale si realizzava un'economia liberistica affidata esclusivamente all'iniziativa del privato.

La contestazione del dogma della volontà, com'è facile intendere, doveva essere legata alla contestazione della stessa concezione liberale dell'economia e della società. Nella dottrina tedesca e italiana la teoria oggettiva del contratto si ispirò inizialmente all'ideologia fascista. Essa fu infatti esplicitamente indicata in antitesi alla concezione 'individualistica' alla quale si contrapponeva la visione dello Stato che riconosce rilevanza all'autonomia privata nella misura in cui essa realizza una funzione socialmente utile secondo i fini superiori della nazione.

La dottrina oggettiva del negozio ha tuttavia abbandonato questa ispirazione politica. Essa si inquadra piuttosto nella concezione positivista-normativa dell'ordinamento ed applica il criterio tecnico giuridico che impone di esaminare il fatto, o meglio la fattispecie, al quale la legge ricollega effetti giuridici. Secondo la dottrina precettiva, come si è visto, la volontà non sarebbe elemento costitutivo della fattispecie contrattuale perché la legge non darebbe rilevanza alla volontà dei privati ma alla loro normazione.

In chiari termini ideologici la contestazione del dogma della volontà è stata elaborata dalla dottrina marxista⁸².

Inizialmente la critica investe il contratto quale simbolo della falsificante sovrastruttura ravvisata nel diritto. Ciò che determina le operazioni economiche sarebbero i rapporti di forza del mercato. Nel sistema liberale e borghese il dogma della volontà serve semplicemente a mascherare questi rapporti e a coonestare il dominio dei detentori del potere economico. Attraverso l'eguaglianza giuridico-formale delle parti si rafforza la loro diseguaglianza di fatto e la libertà negoziale si appalesa come lo strumento per l'affermazione degli interessi capitalistici.

Negli ordinamenti socialisti dell'Unione Sovietica e dell'Est Europeo la figura del contratto non era scomparsa. I rapporti tra le aziende statali erano stati sottratti al libero scambio economico e al principio dell'autonomia privata. Tali rapporti si

⁸¹ Cfr. chiaramente STOLFI, *cit.*, XII: la figura del negozio giuridico si affermava come la conseguenza del principio politico dell'autonomia della volontà.

⁸² Il negozio giuridico, cioè la figura in cui si esprime il dogma della volontà, è stato polemicamente assunto a simbolo di un certo sistema sociale.

Ma la critica tende comunque a prendere atto della complessità e dell'evoluzione di una realtà non riducibile a facili formule. In tal senso, v. alcuni dei saggi in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Salvi, Milano, 1978.

instauravano tuttavia egualmente nelle forme del contratto quale mezzo che consentiva di precisare i reciproci impegni e che offriva un criterio per la individuazione delle responsabilità per la deficiente attuazione dei programmi di piano nell'ambito dell'apparato pubblico preposto alla produzione e allo scambio. Il contratto rimaneva poi il mezzo attraverso il quale si esercitava l'attività esterna delle organizzazioni aziendali non statali e in generale la vita di relazione dei privati. Per quanto attiene ai privati, anzi, si giungeva ad esaltare nel contratto il 'cuore' del diritto civile socialista⁸³.

Dalla dottrina dei paesi socialisti la nozione di contratto veniva comunque vivacemente contrapposta al contratto borghese⁸⁴, ancorato pur sempre al dogma della volontà, mentre il contratto socialista sarebbe stato strumento di collaborazione tra le parti per lo sviluppo della società⁸⁵.

12. Analisi economica.

Il contratto non è riducibile ad un'operazione economica. Ciò deve intendersi a) nel senso che il contratto è un fenomeno giuridico distinto rispetto alla sottostante operazione economica, e b) nel senso che il rapporto contrattuale non è una semplice risultante di leggi economiche.

Il contratto si distingue rispetto all'operazione economica in quanto esso è il titolo giuridico sul quale l'operazione è fondata. Il contratto, precisamente, non è lo scambio di beni e servizi ma è l'accordo, tacito o esplicito, mediante il quale gli interessati decidono l'affare e in base al quale deve accertarsi quali sono le prestazioni spettanti alle parti. È in base al contratto, quindi, che la parte ha diritto di trattenere la prestazione ricevuta o di pretendere che la prestazione venga eseguita o, ancora, di pretendere che la prestazione venga modificata o integrata.

Deve anche escludersi, come si è detto, l'idea che il contratto sia una semplice risultante di leggi economiche o la semplice trasposizione in termini giuridici di un fenomeno economico.

Il contratto è indubbiamente influenzato dalle leggi economiche. La fissazione del prezzo, ad es., non è un mero atto di arbitrio ma una statuizione che si adegua alle leggi economiche della domanda e dell'offerta. Il prezzo è però pur sempre una determinazione del contratto e in questa determinazione le parti (o la parte economicamente forte) fissano quella concreta misura che potrà risultare maggiore o

⁸³ Cfr. POSCH, *cit.*, 11.

⁸⁴ Per una storia di tale contratto v. *Marxistische Staats- und Rechtstheorie* (tr. ted.), II, Köln, 1974, 332.

⁸⁵ Cfr. ancora, ad es., KEMENES, in *Das Ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest, 1963, 197, dove si ribadisce la nozione di contratto come atto di volontà diretto ad un effetto giuridico, specificando per altro che non rileva la illimitata autonomia della volontà in quanto quest'ultima deve inserirsi nel contesto delle esigenze della società socialista.

minore rispetto al prezzo di mercato, rendendo quindi l'affare più o meno conveniente. Le parti fissano inoltre la disciplina del loro rapporto⁸⁶.

Occorre poi aggiungere che fattori non economici possono influenzare il contratto (es.: particolari motivazioni di carattere personale possono spingere la parte a derogare al criterio della convenienza economica)⁸⁷.

Infine deve anche prendersi atto che il contratto si inserisce in un contesto sociale che tende a privilegiare il principio di solidarietà e che l'ordinamento giuridico può intervenire per assicurare alla parte una posizione contrattuale minima in deroga a quella che risulterebbe dal giuoco delle forze economiche (n. 15).

Se deve ammettersi che il contratto non è un fenomeno ridicibile ad un'operazione economica, deve però convenirsi sulla necessità di un'analisi economica del contratto. Questa analisi è necessaria perché il contratto, come tutti gli istituti giuridici, è pur sempre strumento per il soddisfacimento e la tutela di interessi umani.

L'analisi economica del contratto può intendersi in due significati. In un primo senso essa è studio del contratto quale generale fenomeno giuridico, nel secondo significato essa è valutazione del singolo contratto quale fattispecie concreta.

Nel primo significato l'analisi economica del contratto rientra nel campo delle ricerche sociologiche in ampio senso, tendendo a cogliere la reciproca influenza delle regole giuridiche ed economiche. L'importanza di una tale ricerca sarebbe quella di offrire una razionalizzazione economica della disciplina normativa, indicando o spiegando soluzioni giuridiche ottimali sul piano economico⁸⁸.

Gli studi di analisi economica del diritto in tema di contratto, si noti, hanno riguardato principalmente l'aspetto dei rimedi per l'inadempimento⁸⁹ mentre hanno lasciato in ombra il problema di fondo che può riconoscersi alla competenza di una tale analisi, e cioè se il 'contratto' quale affare rimesso alla determinazione delle parti costituisca la soluzione economicamente migliore per lo scambio di beni e servizi⁹⁰. Una tale indagine richiederebbe il riferimento al contratto nella realtà delle

⁸⁶ Nei contratti di massa è la 'parte forte' che fissa tale disciplina rendendo quindi necessario un controllo sostanziale del contratto (cap. VI).

In altra prospettiva l'IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 66, giunge a dire che la tutela dell'autonomia dei privati, ridotta alla scelta di uno o altro tipo di merce, sarebbe affidata solo alla « disciplina del mercato » e agli interventi statali sull'economia.

⁸⁷ Rileva il CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 1979, 224, in una considerazione sociologica del fenomeno, che nel contratto vi sono anche aspetti psicologici che l'economia non è in grado di spiegare. Cfr. anche TERRE, in *Arch. phil. droit*, XIII, *Sur les notions du contrat*, 1968, 79.

⁸⁸ Sugli studi di analisi economica del diritto, condotti principalmente negli Stati Uniti, v., oltre ai testi appresso indicati, le raccolte *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di Alpa, Pulitini, Rodotà e Romani, Milano, 1982, e *The Economics of Contract Law*, a cura di Kronman e Posner, Boston-Toronto, 1979; ROMANI, in *Quadr.* 1985, 15.

⁸⁹ Cfr. FARNSWORTH, *Contracts*, 816.

In Italia v. gli scritti di BESSONE, P. TRIMARCHI e PARDOLESI in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit.

⁹⁰ Il POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1972, 41, indica senz'altro il momento giuridico contrattuale in termini di garanzia di un'operazione economica che sembra trovare da sé la

componenti che incidono sul fenomeno nell'attuale esperienza⁹¹ e non ad un astratto 'libero scambio'⁹².

Altro aspetto interessante, ma non approfondito, è quello della valutazione economica della concezione oggettiva del contratto.

L'analisi economica del singolo contratto concorre ad accertare 'l'economia dell'affare', ad analizzare il contratto quale strumento di mediazione e di realizzazione di concreti interessi pratici. Tale accertamento può assolvere due diverse funzioni. La prima attiene alla interpretazione del contratto. Il canone fondamentale d'interpretazione, e cioè quello della buona fede (1366 cc), impone di intendere il contratto conformemente a ciò che le parti potevano ragionevolmente aspettarsi dal contratto, e la ragionevole aspettativa si misura anzitutto sul normale significato economico dell'operazione (n. 183)⁹³.

L'identificazione dell'economia dell'affare rileva poi in sede di integrazione del rapporto. L'economia dell'affare concorre infatti ad accertare la causa concreta del contratto, cioè gli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare. Il rapporto deve allora essere integrato mediante una disciplina legale che sia appropriata alla causa e quindi all'economia dell'affare (n. 222)⁹⁴.

13. Analisi giuridica.

L'analisi giuridica del contratto è l'analisi del contratto nella sua rilevanza giuridica, cioè come fenomeno giuridicamente rilevante. Questo fenomeno deve essere identificato nella sua realtà sociale. L'idea, propria di una concezione rigorosamente normativa, secondo la quale il giurista non deve avere riguardo ai fenomeni della vita sociale perché questi interessano solo come presupposti per l'applicazione delle norme giuridiche, dimentica che il diritto esiste esclusivamente in funzione degli interessi umani regolati.

D'altra parte, l'idea che il contratto nella sua originaria essenza sia un fenomeno extragiuridico, e cioè un semplice impegno sociale o una semplice operazione economica, è smentita da una concreta esperienza che, proprio sul piano della realtà

migliore composizione dei contrastanti interessi (« to minimize breakdowns in the process of exchange is the basic function of the law of contracts »).

⁹¹ Il POSNER, cit., 53, si noti, segnala la possibile spiegazione della standardizzazione del contratto in termini di risparmio di costi per l'imprenditore mentre si limita a considerare la spiegazione in termini di abuso come poco plausibile in quanto ciò presupporrebbe l'assenza di concorrenza.

⁹² Secondo le significative puntualizzazioni di KRONMAN, in *Yale L. J.* 1980, 472, si tratta di sapere se la disciplina del contratto debba essere usata come strumento di giustizia distributiva, dovendosi comunque reputare insufficiente un principio che non fissa le condizioni in base alle quali un consenso possa dirsi libero, e non offre quindi un criterio di selezione delle ipotesi in cui una parte può trarre profitto dalla sua superiore posizione.

⁹³ V. comunque POSNER, cit., 46, sul problema se la parte che usa un mezzo di comunicazione si trovi nella posizione economicamente più favorevole per evitare un'errata trasmissione della dichiarazione e per assumerne quindi il rischio.

⁹⁴ In analoga prospettiva v. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, 184.

sociale, indica nel contratto essenzialmente un'operazione giuridica, e cioè il principale strumento che nella vita di relazione serve ai soggetti per disporre della loro sfera giuridica⁹⁵.

Al di fuori del diritto il 'contratto' non esiste perché le parti sono ben consapevoli che altro è un semplice accordo vincolante solo sul piano dell'amicizia o della morale altro è l'accordo che li impegna giuridicamente, e che conferisce loro diritti ed obblighi⁹⁶.

Sempre sul piano dell'esperienza si avverte, ancora, che altro sono le vicende economiche altro sono gli accordi in base ai quali vengono prestati beni e servizi.

Nella realtà sociale il contratto si conferma piuttosto come l'accordo mediante il quale le parti regolano i loro rapporti giuridici patrimoniali. L'analisi giuridica del contratto deve avere ad oggetto questo fenomeno nella sua interezza.

L'analisi giuridica del contratto si svolge precisamente in due principali direzioni: l'interpretazione e la determinazione degli effetti giuridici. Le due operazioni non possono comunque prescindere dall'accertamento degli interessi che il contratto è diretto a realizzare, cioè della sua causa (cap. VIII).

14. Autonomia privata e libertà negoziale.

Oltre che come potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, l'autonomia privata può essere vista come un diritto di libertà, e quindi come un diritto fondamentale della persona.

La mancanza di un'esplicita previsione costituzionale ha indotto a dubitare che tale libertà rientri tra i diritti costituzionalmente garantiti. In contrario può tuttavia osservarsi che la nostra Costituzione sancisce la libertà effettiva di esplicazione della personalità umana (art. 3²)⁹⁷. Ora, nei rapporti sociali il soggetto esplica la propria personalità principalmente mediante rapporti socialmente garantiti, cioè giuridici. Il contratto moderno, fondato sul libero consenso delle parti, ha costituito il simbolo dell'affrancazione dell'individuo dagli antichi condizionamenti sociali (gli *status*) e il simbolo della libera circolazione dei beni.

La tesi secondo la quale la libertà negoziale non sarebbe come tale

⁹⁵ Gli effetti giuridici trovano quindi la loro fonte nel contratto, pur se la legge ne sancisce i limiti e ne determina la disciplina. Significativamente HINESTROSA, in *Studi in onore di Rescigno*, Milano, III, 2, 435, parla di « tensione fra l'ordinamento e l'autonomia privata ».

⁹⁶ Esamina il tema, anche in comparazione col diritto inglese, STCA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995.

⁹⁷ Sul diritto costituzionale della libertà contrattuale come espressione del diritto di esplicazione della personalità v., nella dottrina tedesca, RAISER, in *Jz* 1958, 1; SCHMIDT-SALZER, in *NJW* 1970, 8; NIPPERDEY, in *Die Grundrechte*, a cura di Bettermann e Nipperdey, IV, Berlin, 1962, 890. V. inoltre LARENZ, *Schuldrecht*, 58.

oggetto di tutela costituzionale⁹⁸ muove dal rilievo che spetta alla legge segnare i limiti dell'autonomia privata, e la legge segna questi limiti tenendo conto delle più svariate esigenze. La Costituzione sarebbe suscettibile di essere violata non in quanto sia limitata l'autonomia privata ma in quanto attraverso tale limitazione siano violati altri principi costituzionali⁹⁹.

In realtà, il riconoscimento della libertà del soggetto di disporre dei propri beni e di impegnarsi verso gli altri secondo le sue scelte deve considerarsi — a prescindere da una specifica formula normativa — un valore basilare dell'ordinamento¹⁰⁰. Nel campo dei rapporti economici questo valore trova riconoscimento nel principio della libertà di iniziativa (41¹ Cost.), di cui l'autonomia privata è strumento necessario¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 17; ROSCHER, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*, Berlin, 1974, 42; WOLF, in *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, 29.

In Italia v. GIORGIANNI, in *Giur. cost.* 1962, I, 93, e *Riv. dir. agr.* 1972, I, 381; RESCIGNO, in *Iustitia* 1967, 3, il quale non ritiene che la garanzia della libertà contrattuale possa argomentarsi come diritto di esplicazione della personalità. In termini sostanzialmente negativi vedi anche MENGONI, in *Banca, borsa* 1997, I, 1, che sposta la prospettiva alla tutela dei vizi della volontà.

Di recente sul tema, con vari approcci, vedi DI MAJO, in *Riv. crit. dir. priv.* 1995, 5, e ALPA, *ivi*, 1995, 35.

⁹⁹ Cfr. GIORGIANNI, *ult. cit.*, il quale segnala la sentenza della C. cost. n. 37 del 21 marzo 1969, in *FI* 1969, I, 781, dove si afferma che « l'autonomia contrattuale non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale che, come gli artt. 41 e 42, riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà, si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia... che deve cedere di fronte a motivi d'ordine superiore, economico e sociale, considerati rilevanti dalla Costituzione ».

Rimanendo nel campo dei rapporti economici occorre tuttavia vedere se l'autonomia non risulti comunque costituzionalmente tutelata — seppure indirettamente — in ragione della sua strumentalità necessaria rispetto all'esercizio delle attività economiche.

¹⁰⁰ Libertà contrattuale non può intendersi come arbitrio assoluto del singolo nella costituzione e determinazione dei suoi rapporti poiché un tale arbitrio non è riscontrabile neppure in capo ai detentori del potere economico. Libertà contrattuale vuol dire piuttosto libertà del soggetto di operare liberamente le proprie scelte *nel mercato*. L'attività negoziale s'immette nella realtà socio-economica ed è da questa necessariamente condizionata.

¹⁰¹ Le nozioni di autonomia privata e di iniziativa economica non sono coincidenti. Sulla distinzione v., tra gli altri, MENGONI, in *Iustitia* 1966, 103, il quale richiama per altro la sentenza della Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.* 1965, 283, dove si riconosce la *strumentalità* della prima rispetto alla seconda. Ne consegue che nei rapporti economici la tutela dell'autonomia privata è inscindibilmente connessa alla tutela dell'iniziativa economica. Afferma infatti la sentenza: « poiché l'autonomia contrattuale in materia economica è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione ».

Cfr. anche Roppo, *Il contratto*, 61; il contratto costituisce uno strumento indispensabile al proficuo ed efficace svolgimento di ogni attività economica organizzata ... da meccanismo funzionale e strumentale alla proprietà esso è diventato meccanismo funzionale e strumentale all'impresa.

V. pure DI MAJO, *Obbligazioni e contratti* (dispense), Roma, 1978, 164; il contratto, nel suo modulo tipico, assolve generalmente a funzioni di distribuzione e circolazione della ricchezza. Per quanto riguarda la produzione dei beni il contratto agisce solo di riflesso; esso garantisce all'imprenditore di entrare in

Come tutte le libertà anche quella negoziale si inserisce per altro in un contesto di valori costituzionali gerarchicamente ordinati. In particolare, l'evoluzione in senso sociale dei diritti fondamentali tende a privilegiare sulla libertà individuale la solidarietà sociale. L'autonomia privata, quindi, può e deve essere controllata per garantire rapporti *giusti* (n. 15).

La libertà negoziale rimane comunque un valore costituzionale e le sue limitazioni devono appunto essere socialmente giustificate risolvendosi altrimenti nella lesione di un diritto fondamentale della persona¹⁰².

La tutela della libertà negoziale rileva anche nei rapporti di diritto privato rendendo illecite le interferenze dei terzi volte ad alterare la libera autodeterminazione del soggetto e ponendo un limite di validità ai negozi mediante i quali il soggetto rinuncia alla propria libertà di disposizione¹⁰³.

15. *Autonomia privata e solidarietà sociale.*

L'autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale (n. 14). Ma l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della *solidarietà sociale*, quale valore di fondo della nostra Costituzione.

Questo valore trova la sua prima espressione nel principio dell'egua-

possesto delle « condizioni » della produzione. In *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., 118, v., dello stesso D.M., un'indicazione in termini di recupero costituzionale del negozio giuridico in funzione della personalità e dignità del soggetto.

¹⁰² Come bene rileva SCHMIDT-SALZER cit., pur se la determinazione del concreto contenuto dell'autonomia privata è rimessa alla legge, rimane ferma la scelta di fondo costituzionale e l'esigenza del suo rispetto.

V. anche RAISER, in *Hundert Jahre deutschen Rechtslebens*, I, Karlsruhe, 1960, 101, il quale rileva il significato politico di questa scelta dell'ordinamento.

Per il riconoscimento di una diretta tutela costituzionale dell'autonomia privata, v. BENEDETTI, in *La civiltà italiana dagli anni '50 ecc.*, cit., 316.

Rileva HÖFLING, *Vertragsfreiheit*, Heidelberg, 1991, 28, la peculiarità della libertà negoziale rispetto alle altre libertà, che richiedono da parte dell'ordinamento il rispetto dell'attività esplicata dal soggetto secondo le sue scelte, mentre la libertà negoziale richiede la concessione al privato della competenza a porre in essere e regolare rapporti giuridici: l'autore parla al riguardo di *kompetentielle Freiheit*.

¹⁰³ Anche la tutela del soggetto contro l'abuso del potere economico potrebbe essere intesa in termini di tutela della libertà negoziale. Ma, come rilevava già il RAISER, cit. a nota 97, qui emerge una specifica esigenza di giustizia dello Stato sociale. Anche questa esigenza assume comunque un valore costituzionale (n. 15).

gianza di fatto che ha integrato il tradizionale principio dell'eguaglianza giuridica. Il principio dell'eguaglianza giuridica conserva piena validità, ma ora la Costituzione impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano *di fatto* la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 3²).

Lo Stato non può allora limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di regolare da sé i propri interessi se questo diritto diviene uno strumento di abuso a danno degli altri. L'intangibilità della volontà individuale cede di fronte all'esigenza di giustizia sociale. Con particolare riguardo all'iniziativa privata economica, essa è costituzionalmente garantita, ma tale iniziativa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41).

È difficile dire in che misura il principio di solidarietà incida *direttamente* sull'autonomia privata. È un dato di fatto che la nostra giurisprudenza appare poco propensa ad esercitare un controllo sui contratti applicando il principio di solidarietà o norme del codice che ad esso possono ricondursi, come la norma sulla buona fede. È anche certo però che il principio di solidarietà giustifica e anzi impone l'intervento della legge là dove il principio dell'autonomia privata non è sufficiente ad assicurare giusti rapporti¹⁰⁴. Già tradizionalmente si è riconosciuto che al monopolista legale deve limitarsi la libertà di stipulazione (libertà sul *se* del contratto) per evitare un'arbitraria discriminazione del consumatore (n. 94). Ma il problema interessa soprattutto la libertà di determinazione del contenuto del contratto (indicata in Germania come *Gestaltungsfreiheit*), e si pone particolarmente con riguardo ai contratti di massa, che si caratterizzano per una istituzionale disparità socio-economica tra predisponente ed aderente (ossia tra imprenditore e consumatore)¹⁰⁵.

Al riguardo è ora in atto in tutta l'Area Occidentale un vasto movimento legislativo che si è concretamente tradotto in forme diverse di controllo dell'autonomia contrattuale a tutela della parte debole identificata principalmente nel « consumatore » (cap. VI).

Queste forme di controllo, si noti, pongono una prospettiva ignota alla

¹⁰⁴ Cfr. DI MAJO, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., 106: ... il contratto, se ancora realizza materialmente una funzione di scambio, non media più questa funzione in termini di potere eguale dei contraenti. In questo contesto l'intervento del legislatore ... è la conseguenza del tramonto del potere eguale dei contraenti.

¹⁰⁵ Giuridicamente la libertà di determinazione del contratto rimane integra mentre di fatto l'aderente non è in grado di esercitarla. Al riguardo si parla anche di libertà contrattuale formale e sostanziale. Cfr. KRAMER, *Die « Krise » des liberalen Vertragsdenkens*, München-Salzburg, 1974, 20.

tradizionale teoria del contratto. Il contratto, come del resto il diritto di proprietà, ha sempre incontrato dei *limiti di liceità* nella legge (norme imperative, ordine pubblico, buon costume) ed ha conosciuto, soprattutto in occasione di gravi crisi economiche, clausole e prezzi legalmente imposti (cfr. 1339 cc). Ma questi interventi sono stati intesi in passato come eccezionali limitazioni dell'autonomia privata mentre ora tende ad affermarsi l'idea che l'autonomia privata è *fondamentalmente subordinata alla solidarietà sociale* ¹⁰⁶.

Quest'idea si è concretizzata nel ruolo assunto dal principio della buona fede quale precetto che governa l'esercizio dei poteri contrattuali (n. 194).

16. Il declino della volontà contrattuale.

Un'affermazione da tempo ricorrente denuncia il declino del contratto ¹⁰⁷. Quest'affermazione si specifica ulteriormente nel senso del declino della volontà contrattuale, e si presta a indicare principalmente tre distinti fenomeni. Il primo è quello del restringersi del ruolo dell'accordo di fronte alla regolamentazione imperativa del contratto (pubblicizzazione del contratto) ¹⁰⁸. Il secondo concerne il restringersi del ruolo dell'accordo di fronte al significato obiettivo del rapporto (oggettivazione del contratto). Il terzo indica il restringersi del ruolo dell'accordo di fronte alla disciplina unilaterale del predisponente nei contratti di massa (standardizzazione del contratto) ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Questa subordinazione dell'autonomia privata alla solidarietà o utilità sociale non concerne ovviamente solo l'aspetto della tutela del contraente debole. Cfr. GIORGIANNI, *ult. cit.*

Occorre inoltre tenere conto di altri prevalenti valori costituzionali. Sull'esigenza di un controllo pubblico che si estenda secondo parametri di utilità sociale, di sicurezza, di libertà e dignità e, ancora, di direttive fondamentali quale quella della tutela della salute, vedi ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, 515.

¹⁰⁷ A questa affermazione fa per altro riscontro il riconoscimento di un rapido espandersi dell'idea di contrattazione oltre il tradizionale settore dei rapporti individuali privati: il contratto ad es. contrassegna l'attività dei sindacati, e larga parte dei rapporti pubblici passa ormai attraverso le convenzioni. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, 93; GIORGIANNI, in *Riv. dir. agr.* 1972, I, 381.

¹⁰⁸ V., ad es., la nota denuncia del SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*², Paris, 1952, 19, e v. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Études Geny (Recueil d'études sur les sources du droit)*, II, Paris, s.a., 347: nous connaissons aujourd'hui des contrats qui naissent comme autrefois sous le signe de la liberté mais ne peuvent y vivre. La volonté n'a d'autre force que la soumission au régime légal.

¹⁰⁹ Su questo aspetto della « crisi du contrat », v., ad es., BATEFFOL, in *Arch. phil. droit.*, XIII, *Sur les notions du contrat*, 1968, 13: mieux vaut reconnaître que la liberté s'exerce encore dans l'adhésion volontaire à un système organisé plus ou moins complètement en dehors de la volonté de celui qui adhère.

Il primo fenomeno non costituisce una storia particolare del contratto ma è il riflesso del passaggio, ancora in corso, da un ordinamento liberale ad un ordinamento sociale. Come si è visto, non si tratta semplicemente di riscontrare un numero crescente di limitazioni pubblicistiche alla libertà contrattuale, ma di prendere atto della crescente esigenza di subordinare tale libertà all'utilità sociale.

La oggettivazione del contratto esprime la concezione del contratto quale fatto sociale il cui significato deve essere determinato alla stregua di criteri obiettivi (n. 8) ¹¹⁰. Questa concezione ha lasciato largo ingresso a regole interpretative e integrative ¹¹¹ che, pur operando nell'ambito dell'accordo, si distaccano sempre più dalla finzione di un'esplicazione della libera volontà delle parti.

Il declino del ruolo dell'accordo si evidenzia, su un altro piano, nella standardizzazione dei contratti di massa attraverso i quali l'imprenditore distribuisce beni e servizi. Tali contratti si riducono spesso ad una semplice acquisizione di prestazioni alle condizioni predisposte unilateralmente dall'imprenditore (condizioni generali di contratto). Il più delle volte, poi, l'aderente non è neppure consapevole del significato delle clausole accettate. Ci si chiede allora se per tali rapporti abbia ancora ragione di sussistere la figura del contratto.

Se, come vedremo (n. 170), il rapporto deve considerarsi contrattuale in quanto scaturente pur sempre da un fatto socialmente valutabile come accordo, ci si rende conto che il contratto va evolvendosi verso una realtà che non risponde più alla concezione tradizionale ¹¹², e che prospetta problemi di disciplina ignoti alla vecchia esperienza ¹¹³.

¹¹⁰ Nella nostra dottrina è significativo lo sforzo del BESSONE (del quale cfr. già *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969) diretto a razionalizzare le soluzioni in materia contrattuale al di fuori di un artificioso riferimento alla volontà delle parti.

Sulla trasparente finzione del ricorso all'*implied condition* per fare derivare una soluzione obiettiva da un'ipotetica volontà delle parti v., ad es., PATTERSON, *Judicial freedom of implying conditions in contracts*, in *Études Geny*, II, *cit.*, 379.

¹¹¹ Il fatto stesso della disciplina legale del contratto è visto come un prevalere degli elementi obiettivi sul contratto come accordo.

V. ancora, e particolarmente, ATIVAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, *cit.*, 734: there is today a growing recognition that, even where parties enter into a transaction as a result of some voluntary conduct, the resulting rights and duties of the parties are, in large part, a product of the law, and not of the parties' real agreement.

¹¹² È importante notare come la letteratura anglosassone parli di declino o, senz'altro, di morte del contratto, con particolare riferimento alla concezione *classica* del contratto, intendendo come tale la concezione del contratto quale strumento affidato alla libera e incontrollata determinazione degli individui. Al riguardo v. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, e l'esposizione critica di ALPA,

Un dato particolarmente emergente è quello della necessità di rimedi, *diversi da quelli individuali*¹¹⁴, che consentano la tutela delle parti attraverso il controllo sostanziale della 'giustizia' del rapporto¹¹⁵.

17. Contratto e norma giuridica.

La nozione del contratto quale autoregolamento di rapporti giuridici patrimoniali ravvisa nel contratto una norma negoziale, e precisamente una regola giuridica posta in essere dai singoli interessati e destinatari della regola medesima¹¹⁶. Questa idea di norma privata sembra richiamata anche dal codice nella previsione secondo la quale il contratto « ha forza di legge tra le parti » (1372¹ cc, e già 1134¹ cc franc.)¹¹⁷.

La possibilità di intendere il contratto come 'norma' non significa comunque che le norme negoziali e quelle pubbliche appartengano ad un unico genere, e che il contratto sia una delle fonti del diritto obiettivo (I, n. 63)¹¹⁸. La profonda differenza concettuale tra le due norme è che l'una

in *Pol. dir.* 1978, 726, nonché i contributi del BESSONE, in *Trim.* 1974, 942; *ivi*, 1979, 491; in *Rdcomm.* 1979, I, 62.

V. ancora ampiamente ATTYAH, *ult. cit.*, 681.

¹¹³ Come rileva il W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*², London, 1972, 161, si è venuto a creare un vuoto tra l'originaria concezione, legata ai postulati formali della libertà e dell'eguaglianza, e la realtà sociale del contratto.

¹¹⁴ Con riguardo ai contratti per adesione il dato rilevante non è tanto l'abuso scaturito dalla inegualità delle parti (cfr. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*⁴, Paris, 1949, 102) quanto la generalità di tale fenomeno e quindi il suo pregiudizio sociale.

¹¹⁵ Il problema della giustizia sociale, notiamo, non può certo essere risolto mediante la regola giuridica del contratto: ma la via di tale giustizia passa anche attraverso una giusta regola contrattuale.

¹¹⁶ Cfr. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, 51. Ma sull'idea del negozio come fonte di norme v. già Santi ROMANO, in *Arch. studi corporativi*, I, 1930, 27, e *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 24; PERGOLESI, in *FI* 1937, IV, 248, e *Sistema delle fonti normative*, Bologna, 1949, 87; D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, 12.

V. inoltre L. FERRI, *Autonomia privata*, Milano, 1959.

¹¹⁷ Questa norma bene esprimeva l'idea della sovranità del contratto secondo la dottrina classica, come riferisce il RIPERT, *ult. cit.*, 130: le contrat légalement formé est loi pour les parties. Le juge doit respecter cette loi privé.

Rileva il GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura del medesimo, *Art. 1372-1405*, 1993, 4, come la formula non sia diretta ad elevare il contratto a fonte di norme giuridiche ma, piuttosto, a sancirne la c.d. intangibilità, nel senso che la singola parte non può disvolere ciò che è stato concordemente voluto.

¹¹⁸ Come si è già avuto modo di osservare, l'intendimento del contratto come norma può inserirsi sia nella prospettiva di un autonomo ordinamento dei privati che in quella di un unico ordinamento statale che concede ai privati una limitata competenza a regolare i loro interessi. V. a quest'ultimo riguardo BETTI, *Autonomia privata*, in *NDI*, I, 2, 1559.

Nella prima prospettiva, che si muove nell'ambito della concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici, il riconoscimento dell'atto negoziale è visto in termini di rilevanza dell'ordinamento dei privati

esprime il principio di autonomia privata, l'altra il principio di autorità pubblica.

La disposizione negoziale e la norma pubblica si differenziano anche nei caratteri tipici, in quanto la prima è di massima individuale e concreta (e cioè concerne persone e rapporti singolarmente determinati) mentre la seconda è generale ed astratta. Generalità ed astrattezza non sono tuttavia caratteri essenziali della norma giuridica (I, n. 10)¹¹⁹. D'altra parte, vi sono contratti che tendono ad assumere i caratteri tipici della norma giuridica pubblica in quanto dettano regole vevoli per una generalità di persone e di rapporti¹²⁰. Si pensi, ad es., ai contratti collettivi¹²¹. Si pensi, ancora, ad atti unilaterali come gli statuti di società e ai regolamenti di condominio¹²². Se questi atti sono di competenza del gruppo essi non rientrano fra i contratti ma tra gli atti regolamentari di autoorganizzazione. Si tratta comunque pur sempre di atti di autonomia privata.

Il fondamentale criterio di distinzione deve appunto ricercarsi nella nozione di autonomia privata. La norma negoziale ha la sua fonte in un atto di autonomia privata, quale potere di diritto comune in base al quale il singolo o un gruppo di soggetti decidono dei loro rapporti. La norma giuridica ha invece la sua fonte in un potere autoritario pubblico, e cioè in una speciale posizione di supremazia che esula dal campo del diritto privato quale diritto dei comuni rapporti giuridici (I, n. 33)¹²³. Nella nostra attuale

per l'ordinamento statale. Cfr. Salv. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1980, 449 (già in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1955), e *Autonomia privata (appunti)*, *ivi*, II, 541 (già in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956).

¹¹⁹ Prescindendo da questi caratteri tipici si potrebbe pertanto ricondurre la norma individuale ed un ampio concetto di norma, caratterizzato dalla doverosità di ciò che è statuito: cfr. KELSEN, in *Festschrift Nipperdey*, I, München-Berlin, 1965, 67.

¹²⁰ Sembrerebbe appropriato parlare al riguardo di contratti normativi. Occorre per altro rilevare che la nozione di contratto normativo tende ad assumere un significato ristretto quale contratto quadro diretto a stabilire clausole vevoli per futuri contratti. V. già G. HUECK, in *Jberings Jahrbücher* 1923, 36, e MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, 116. V. ancora CARIOTA FERRARA, in *Arch. giur.* 1937, 57; GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, e *Contratto normativo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX: GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.

¹²¹ Per i contratti collettivi si è posto tuttavia il problema se essi possano considerarsi veri e propri contratti (v. oltre). Senz'altro nel senso che la loro funzione regolamentare escluderebbe il loro inquadramento nella categoria del contratto v. BRËTHE DE LA GRESSAYE, in *Études Capitant*, Paris, 1939, 101, e già DUGUIT, in *Yale L.J.* 1918, 753.

Sul tema v. anche ASCARELLI, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 181.

¹²² Vedi in generale DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988 (sul quale DI PRISCO, in *Il contratto, Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 93).

¹²³ Come altrove avevamo avuto modo di osservare, la distinzione non può essere imperniata sul concetto del contratto quale fattispecie di effetti prodotti dalla norma, in quanto anche la legge si

esperienza le norme giuridiche pubbliche sono costitutive dell'ordinamento giuridico generale.

A questa distinzione consegue un diverso regime della norma negoziale e di quella pubblica. In particolare, alla prima deve applicarsi la disciplina dell'interpretazione del contratto mentre alla seconda deve applicarsi la disciplina dell'interpretazione della legge e degli altri atti aventi forza di legge (I, n. 68).

È importante notare in proposito che l'erronea interpretazione delle norme di diritto da parte del giudice può essere denunciata in Cassazione (360, n. 3, cpc) mentre l'erronea interpretazione del contratto può costituire motivo di ricorso solo in quanto essa integri inosservanza delle norme sulla interpretazione dei contratti.

Diversa è inoltre la disciplina della validità del negozio e degli atti normativi pubblici. Per il contratto, ad es., rilevano le questioni della capacità delle parti, della legittimazione, della serietà e integrità del consenso, ecc. La validità degli atti normativi pubblici deve essere valutata, invece, secondo il principio della gerarchia delle fonti e del principio di effettività. Per la legge rilevano inoltre i vizi di incostituzionalità (I, n. 47).

Il criterio distintivo basato sulla fonte della norma consente, in particolare, di accertare la natura negoziale dei contratti collettivi, ossia dei contratti normativi stipulati dai contrapposti sindacati dei datori e prestatori di lavoro. La norma costituzionale che prevede la stipulazione di contratti aventi efficacia generale (art. 39) non ha ancora avuto attuazione (I, n. 54). I sindacati stipulano quindi contratti di diritto comune che a rigore avrebbero efficacia nei soli confronti degli iscritti ai sindacati, in forza del principio della rappresentanza negoziale. Ma, come si è avuto modo di osservare (I, n. 55), di fatto i contratti collettivi esercitano un'efficacia normativa che va oltre la cerchia degli iscritti incidendo sulla generalità dei rapporti di categoria. E difficile, infatti, che un'impresa non sia affiliata ad un sindacato stipulante o che possa rifiutarsi di applicare un contratto collettivo. La giurisprudenza, si aggiunga, è giunta ormai a ritenere irrilevante la circostanza che il prestatore di lavoro, il quale chieda in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo, sia o no iscritto al sindacato stipulante.

Si pone allora il problema se l'autonomia collettiva esercitata dai sindacati non debba ricondursi ad un particolare potere normativo prevalente sull'autonomia privata. Certo è che la qualificazione delle norme dei contratti collettivi come norme

presterebbe ad essere intesa come fattispecie di fonti superiori. Cfr. MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935, 127.

negoziali lascia comunque aperto il problema delle autorità di fatto, cioè dei poteri autoritari che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma su posizioni di forza economico-sociale¹²⁴.

Al riguardo appare significativo il fenomeno delle condizioni generali di contratto. In quanto tali condizioni entrano a far parte dei singoli contratti esse vincolano l'aderente come norme contrattuali. Sostanzialmente esse sono invece l'espressione del potere autoritario del predisponente che se ne avvale per dettare preventivamente la disciplina generale dei rapporti tra impresa e consumatori. Di qui la necessità di una protezione dell'aderente al di fuori dei rimedi tradizionali della disciplina contrattuale (n. 185).

18. I rapporti contrattuali di fatto¹²⁵.

Rapporti contrattuali di fatto¹²⁶ s'intendono i rapporti modellati secondo il contenuto di un determinato contratto tipico, che non scaturiscono da atti di autonomia privata ma da fatti socialmente rilevanti¹²⁷.

La dottrina dei rapporti contrattuali di fatto, nata in Germania nell'era nazista, ebbe all'origine il significato di una denuncia della crisi della concezione individualista dell'ordinamento, espressa dal contratto, e dell'af-

¹²⁴ Sul tema v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 39.

¹²⁵ Per la letteratura italiana v., tra gli altri, ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV; V. FRANCESCHELLI, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 662; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; G. STELLA RICHTER, in *Trim.* 1977, 151; BETTI, in *Nuova Raccomm.* 1956, I, 238; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, est. Ann. Univ. Ferrara, I, (1950).

Nella letteratura tedesca, dove la figura è stata elaborata ed ha ricevuto la maggiore attenzione, v. oltre alla fondamentale opera dell'HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941; LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994; BYDLINSKI, *Privatautonomie ecc.*, cit., 118; NIKISCH, in *Festschrift Dölle*, Tübingen, 1963, 79; LEHMANN, in *NJW* 1958, 1; ESSER, in *AcP* 1958, 86; NIPPERDEY, in *MDR* 1957, I, 129; SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt a.M., 1957; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953.

¹²⁶ L'espressione 'rapporti contrattuali di fatto derivanti da contatti sociali' è dell'HAUPT, cit., 9.

¹²⁷ Nella giurisprudenza italiana le indicazioni su questa categoria sono scarse e non positive. Cfr., C. 5 agosto 1967, n. 2088, in *Gciiv.* 1967, I, 1744: nella nozione di contratti di fatto si comprendono alcuni rapporti (società di fatto, lavoro subordinato di fatto, gestione di fatto) svoltisi come se costituiti su base negoziale, ma che tale fonte non hanno per non essere state osservate norme cogenti, relative al concorso di elementi determinati, richiesti a pena di nullità: in tali casi, il contratto regolare non si costituisce, ma l'ordinamento intende salvare determinate situazioni costituitesi per effetto del rapporto svoltosi di fatto e stabilisce che, sulla base della specifica attività tenuta nell'ambito di un rapporto di fatto adeguantesi a quello giuridico, nasca una corrispondente obbligazione. Questa, pertanto, deriva da fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico (come si esprime l'art. 1173 c.c., ultima ipotesi), non da contratto: e quindi si determina l'esigenza di stabilire caso per caso se nell'ordinamento si ritrovi una norma che stabilisca, in relazione alla concreta attività svolta, il costituirsi di un'obbligazione con contenuto analogo a quello dell'obbligazione *ex contractu*.

fermazione della forza dei fatti sociali quale fonte generale dei rapporti interprivati ¹²⁸.

In questi termini la dottrina era destinata ad avere vita breve, sia perché la dottrina non fu disposta ad accettare lo svilimento del ruolo dell'autonomia privata sia perché fu facile contestare la generale idoneità dei « fatti » a creare rapporti di contenuto contrattuale.

La dottrina dei rapporti contrattuali di fatto ha continuato tuttavia ad avere un certo seguito come teorica spiegazione della formazione dei rapporti contrattuali di massa, che si costituiscono mediante utilizzazione del servizio o apprensione del bene (es.: chi sale su un tram è per ciò stesso tenuto a pagare il biglietto). In questi rapporti — si è affermato da una parte della dottrina — non vi è una fattispecie contrattuale perché ciò che pone in essere il rapporto non è lo scambio dei consensi ma il 'fatto' obiettivo della utilizzazione della prestazione a pagamento ¹²⁹.

Altra dottrina ha ritenuto che il comportamento dell'utente non sia una dichiarazione di volontà ma abbia il significato socialmente tipico di una volontà di accettazione che prescinde dalla volontà effettiva del soggetto ¹³⁰. Questa opinione, tuttavia, finisce col ricondurre i rapporti in questione nell'area contrattuale perché ciò che rileva in generale per la formazione del contratto non è la volontà interna della parte ma il significato sociale del suo comportamento quale proposta o accettazione. Anche nei contratti di massa occorre quindi vedere se l'utente tenga o no un comportamento socialmente valutabile come intenzione di utilizzare la prestazione a pagamento. Chi si nasconde su un mezzo di trasporto, ad es., non tiene un tale comportamento e non potrà dirsi che si costituisca un rapporto contrattuale (il vettore potrà comunque pretendere il pagamento di una somma di denaro quale indennizzo per l'abusiva utilizzazione del suo mezzo).

In termini generali il problema dei c.d. rapporti contrattuali di fatto dev'essere appunto risolto in base al significato sociale del comportamento dei soggetti. Se questo significato deponesse per l'accettazione di una prestazione o di un servizio resi disponibili verso un corrispettivo, rientriamo nello

¹²⁸ LAMBRECHT, *cit.*, 46, 70.

¹²⁹ Cfr. BETTI, *ult. cit.*: è pura finzione voler qui ravvisare « l'ipotesi di un'offerta ». Chi si serve di un mezzo di trasporto come il tram è obbligato a pagare l'indennizzo secondo tariffa, che egli volesse fare o no una dichiarazione di questo contenuto.

Diversamente v., ad es., NIPPERDEY, *cit.*, il quale ravvisa gli estremi dell'offerta e dell'accettazione e richiama la regola di formazione del contratto che prevede la non necessità della comunicazione dell'accettazione (§ 151 BGB; 1327 cc: n. 110).

¹³⁰ Cfr. LARENZ, *Allg. Teil*, 597.

schema del contratto. Diversamente, il rapporto non è contrattuale e le eventuali obbligazioni scaturiranno da fatti extraneoziali (arricchimento, gestione di affari altrui, ecc.).

In un noto caso giurisprudenziale tedesco un automobilista aveva parcheggiato la sua vettura in un'area di parcheggio a pagamento dichiarando al custode che non aveva intenzione di pagare perché riteneva che l'area dovesse essere usata liberamente. La Cassazione tedesca condannò l'automobilista al pagamento del prezzo di parcheggio assumendo che la dichiarazione contraria non valeva a togliere al suo comportamento il significato di un'accettazione del servizio di parcheggio a pagamento ¹³¹. La decisione è discutibile. La contraria dichiarazione verbale di chi agisce non vale di per sé a negare il significato proprio del comportamento (*protestatio contra factum non valet*). Non può dirsi tuttavia che l'occupazione di un'area di parcheggio a pagamento abbia sempre il significato sociale di un'accettazione del servizio, e nelle circostanze del caso la dichiarazione dell'utente sembrava appunto escludere obiettivamente tale significato. Il problema, s'intende, non si esaurisce con riguardo al pagamento di un corrispettivo o di un indennizzo ma investe l'esistenza del contratto e delle reciproche obbligazioni. Nel caso segnalato, ad es., c'è da chiedersi se l'automobilista avrebbe potuto agire contro il custode per negligente sorveglianza qualora la vettura fosse stata rubata ¹³².

Escludendo i contratti di massa, di rapporti contrattuali di fatto può discutersi solo in relazione alle ipotesi di rapporti costituiti per legge nonostante la nullità del contratto: rapporti di lavoro subordinato e rapporti di società.

Con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato il codice dichiara che la nullità o l'annullamento del contratto non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (2126¹ cc). Ciò significa che il datore di lavoro, oltre al pagamento della retribuzione, è tenuto a tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro, e che questo viene quindi a costituirsi pur in mancanza di un valido contratto. Qui il fatto obiettivo della prestazione o la « prestazione di fatto » (cfr. la rubrica della norma citata) sembra dar luogo al rapporto. In realtà neppure il rapporto di lavoro può prescindere da una fattispecie contrattuale minima consistente nell'*accettazione* della prestazione lavorativa altrui.

¹³¹ Cfr. BGH 14 luglio 1956, in *Jz* 1957, 58, con nota del Wieacker, il quale insiste sull'intendimento delle dichiarazioni negoziali quali atti sociali, il cui significato e la cui efficacia possono determinarsi secondo fattispecie tipizzate.

¹³² Sul progressivo distacco del BGH dalla teoria dei rapporti di fatto riferisce ampiamente il LAMBRECHT, *cit.*, 134.

In altre parole, la nullità del contratto esclude che il rapporto di lavoro abbia in esso la sua fonte. La sua fonte non è tuttavia il mero fatto della prestazione di lavoro, ma il fatto della prestazione accettata dal datore di lavoro. Si tratta quindi di un fatto che assume il significato sociale dell'accordo e che pur in presenza di un contratto nullo è sufficiente a ricondurre la costituzione del rapporto nell'ambito dell'autonomia privata¹³³.

Altra ipotesi di rapporto contrattuale di fatto è riscontrabile con riguardo alla società.

Qui occorre anzitutto avvertire che una tradizionale questione concerne la possibilità che la società si costituisca per il solo fatto dello svolgimento dell'attività sociale (*ex re*, come diceva Gaio).

La risposta positiva non contraddice il carattere contrattuale del rapporto societario. Lo svolgimento in comune di un'attività d'impresa è un fatto che socialmente manifesta in modo inequivoco la decisione dei soggetti di partecipare ad un rapporto societario.

La costituzione della società si riconduce quindi all'accordo, secondo il significato sociale del comportamento delle parti, con la conseguente applicazione della normativa sulla capacità, rappresentanza, vizi della volontà, ecc.

La distinzione tra i due momenti si coglie chiaramente nella successione ereditaria dell'azienda a favore di più eredi. Il fatto di essere comproprietari dell'azienda, e di esercitare i diritti inerenti alla quota di comproprietà, non importa l'esistenza di un rapporto di società. La società si costituisce invece quando gli eredi decidono, sia pure tacitamente, di utilizzare l'azienda per svolgere in comune l'attività imprenditoriale (VI, n. 230).

La società di fatto esula pertanto dallo schema del rapporto contrattuale di fatto.

Lo schema del rapporto contrattuale di fatto è piuttosto configurabile in relazione alla società di capitali dichiarata nulla dopo l'iscrizione nel registro delle imprese. La dichiarazione di nullità lascia infatti efficaci gli atti compiuti in suo nome dopo tale iscrizione e non esonera i soci dal versamento dei conferimenti finché non sono soddisfatti i creditori sociali; la sentenza che dichiara la nullità nomina i liquidatori (2332²⁻³⁻⁴ cc).

La liquidazione presupporrebbe l'esistenza della società da liquidare, e

¹³³ Rinviamo comunque alla dottrina lavoristica limitandoci a segnalare il DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970.

confermerebbe l'idea che la teoria della società debba svincolarsi dall'ottica contrattualistica¹³⁴.

È per altro dubbio che in presenza di un contratto nullo possa parlarsi di un'organizzazione regolata secondo il modello societario, con conseguente titolarità dei relativi diritti ed obblighi in capo ai soci. Gli effetti legali si atteggiavano piuttosto a salvaguardia dei terzi, conformemente alla ragione su cui si fonda il riconoscimento giurisprudenziale.

In definitiva sembra giustificato riconoscere che la stipulazione di un contratto nullo di società e la sua iscrizione nel registro delle imprese danno luogo ad una quasi società, quale peculiare situazione patrimoniale legalmente regolata per alcuni aspetti come una società.

L'idea che sta alla base della teoria dei rapporti contrattuali di fatto è stata di recente riproposta da Natalino Irti, il quale afferma che « gli scambi di massa si svolgono senza accordi ». Il contatto sociale di quella teoria è sostituito dal contatto con le cose: « le parti dirigono le loro decisioni sulla merce, e nella merce s'incontrano e ritrovano »¹³⁵.

Questa idea non sfugge a due fondamentali obiezioni.

La prima è che proprio nell'offerta e nell'accettazione della merce si realizza l'accordo delle parti. A questa obiezione — rigorosamente evidenziata da Giorgio Oppo¹³⁶ — l'Irti replica che il giurista è chiamato a « descrivere fenomeni, quando accadono e come accadono »¹³⁷. Il fenomeno dei contratti di massa vedrebbe « la mancanza del dialogo (in cui s'inverna l'accordo), rimpiazzato da due atti solitari, i gesti dell'offrire e dello scegliere »¹³⁸.

Va però osservato che proprio sul piano della fenomenologia sociale si coglie la realtà dell'accordo contrattuale: il commerciante che espone la merce la offre in vendita, il cliente che la prende accetta l'offerta. Non vale opporre che le intime volontà sono imperscrutabili. Ciò che rileva, qui, è l'obiettivo significato negoziale del comportamento delle parti (significato ben diverso assume il comportamento di chi prende la merce e la nasconde sotto la giacca)¹³⁹. Non vale neppure opporre la solitarietà dei

¹³⁴ ANGELICI, *cit.*, 5.

¹³⁵ In *Trim.* 1998, 347.

¹³⁶ In *Rdciv.* 1998, I, 525.

¹³⁷ In *Rdciv.* 1999, I, 273.

¹³⁸ Così l'IRTI, *ult. cit.*, il quale aggiunge che sarebbe vano parlare di incontri di volontà « incapaci oramai di conformare il contenuto della relazione privata ».

L'osservazione coglie un dato sicuro della standardizzazione contrattuale, che per altro è già tradizionalmente assunto dalla dottrina come inidoneo ad escludere il contratto, per il quale ciò che rileva essenzialmente è l'accordo sulla costituzione del rapporto.

¹³⁹ La negoziazione per mezzo del linguaggio delle cose, del resto, non è una scoperta della civiltà dei consumi, come aveva già rilevato il Betti. Al riguardo non occorrono testimonianze, ma il pensiero corre al noto passo delle *Storie* di Erodoto (IV, 196), tr. di Izzo d'Accinni, Milano, 1994, 365: « I Cartaginesi dicono pure che c'è una regione della Libia e uomini che la abitano, al di là delle colonne d'Eracle.

comportamenti, poiché la loro attitudine a costituire il rapporto contrattuale è data dalla congruenza dei loro significati, indirizzati allo *scambio* ¹⁴⁰.

La seconda fondamentale obiezione è che l'ipotesi di un rapporto contrattuale senza accordo è sterile in quanto non offre alcun risultato positivo per quanto attiene alla regolamentazione dell'operazione. Se non si ricorre all'espedito di revvisarvi un quasi contratto ¹⁴¹, occorre infatti pur sempre applicare la disciplina del contratto e della sua formazione, rimanendo altrimenti senza tutela il contraente esposto ad offerte ambigue, oscure o capziose, a condizioni generali occulte, ecc.

19. I contratti della pubblica Amministrazione ¹⁴².

I contratti della pubblica Amministrazione sono in generale gli accordi che lo Stato e gli altri enti pubblici non economici stipulano con i privati per costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali.

Da tale nozione esulano gli atti amministrativi emanati dall'ente pubblico su richiesta o con adesione del privato. Qui il rapporto ha la sua fonte unilaterale in un atto dell'Amministrazione e rispetto ad esso la volontà del privato ha semplice valore complementare. Manca allora la fattispecie dell'accordo e non trova ingresso la disciplina privatistica del contratto. Al di fuori degli atti contrattuali si pone, ad es., l'ammissione alle scuole pubbliche ¹⁴³.

Quando arrivano fra costoro e scaricano le merci, dopo averle disposte in ordine lungo la spiaggia si rimbarcano e alzano una fumata. Allora gli indigeni vedendo il fumo vanno al mare e poi in luogo delle merci depongono oro e si ritirano lontano dalle mercanzie. I Cartaginesi sbarcati osservano, e se l'oro sembra loro adeguato alle merci lo raccolgono e s'allontanano, altrimenti, rimbarcatisi di nuovo attendono; e quelli, fattisi innanzi, depongono altro oro, finché li soddisfino ».

¹⁴⁰ Il contratto non si perfeziona se, ad es., la cliente scelga il foulard che si trova sul bancone ignorando che esso appartiene alla commessa.

¹⁴¹ Per questa ipotesi vedi KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, 97.

¹⁴² FAZIO, *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984; F.P. PUGLIESE, *Contratto, Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, IX; S.A. ROMANO, *Contratti statali*, in *Dizionario amministrativo*², a cura di Guarino, Milano, 1983, 751; MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Teramo, 1979; VIRGA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Palermo, 1960, e *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, 979. V. anche D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974; *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *NDI*, IV, 632; *Contratto di diritto pubblico*, *ivi*, IV, 644; GARRI, *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, in *NDI*, App., 11, 682; GULLO, *Provvedimenti e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; A. TESAURO, in *Rass.dir. pubbl.* 1961; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, 1.

¹⁴³ La figura del contratto è stata in passato esclusa, ad es., nella utilizzazione del servizio postale. Ma v. la critica del FLUME, *Das Rechtsgeschäft* 38, il quale ritiene che le distinzioni operate nell'ambito della utilizzazione dei servizi pubblici (si pensi alla natura contrattuale del trasporto ferroviario) abbiano alla base esclusivamente ragioni storiche.

La mancanza dell'accordo si spiega in dottrina in quanto l'atto di esercizio di una potestà pubblicistica ha natura diversa rispetto all'atto di autonomia privata e non potrebbe quindi fondersi in un atto di *comune* volontà delle parti ¹⁴⁴. La stipulazione del contratto postula invece che l'Amministrazione si avvale dell'autonomia negoziale di diritto comune ¹⁴⁵ e che l'atto si perfeziona mediante l'accordo secondo il fondamentale principio contrattuale ¹⁴⁶.

I contratti dell'Amministrazione sono contratti di diritto comune pur se variamente caratterizzati dalla diretta incidenza dell'interesse pubblico sull'atto ¹⁴⁷. Un'incidenza solamente mediata dell'interesse pubblico sull'atto si riscontra nei contratti stipulati nell'esercizio di un'attività imprenditoriale dell'ente pubblico, ma tali contratti non presentano alcuna particolarità rispetto ai comuni contratti essendo interamente regolati dal diritto privato ¹⁴⁸.

I contratti che l'ente stipula quale titolare di una funzione pubblica sono invece sempre caratterizzati dalla rilevanza diretta dell'interesse pubblico di cui l'ente è portatore. La diretta rilevanza dell'interesse pubblico si manifesta principalmente nella formazione del contratto in quanto l'ente pubblico deve esplicare la sua attività negoziale nelle forme e nei modi previsti dalla legge, e il suo impegno è generalmente condizionato all'approvazione degli organi di controllo ¹⁴⁹. Ne consegue, tra l'altro, che l'approvazione degli organi di controllo costituisce condizione legale di efficacia del contratto in attesa della

V. anche GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 21.

¹⁴⁴ VIRGA, *Contratto*, cit., 981.

¹⁴⁵ Sulla capacità giuridica « di diritto privato » degli enti pubblici, v. S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 139.

¹⁴⁶ Al riguardo si parla di contratto di diritto privato (o *iure privatorum*) ma il 'contratto' è comunque un istituto di diritto comune. Se la rilevanza dell'interesse pubblico fosse tale da escludere l'applicabilità dei principi contrattuali il richiamo alla figura del contratto, sia pure particolarmente qualificato come di diritto pubblico, sarebbe priva di giustificazione.

¹⁴⁷ Cfr., ad es., C. 12 giugno 1975, n. 2333: il contratto fra il privato e la p.A., allorché questa agisce *iure privatorum*, non può assumere, nei confronti dei terzi, una efficacia diversa da quella che è propria dello strumento adottato né può essere sottratto alla disciplina comune.

¹⁴⁸ Alla comune contrattazione privata si riporta l'attività degli enti pubblici economici anche per quanto concerne i rapporti d'impiego. Il problema se le valutazioni discrezionali di tali enti possano dar luogo a posizioni di interesse legittimo di competenza del giudice amministrativo (cfr. MOSCARINI, cit., 77) era stato risolto negativamente dalla giurisprudenza. La privatizzazione del rapporto di pubblico impiego ha ora ulteriormente ampliato la giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁴⁹ V., tra gli altri, SCOCCA, in *Nuovi orientamenti in materia di contratti della pubblica Amministrazione (Atti del XX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, 1977, 87.

Sul requisito della forma scritta a pena di nullità v. C. 29 agosto 1994, n. 7575, in *FI* 1995, I, 555, con nota di G. Lener.

quale le parti rimangono tuttavia vincolate. Ne consegue ancora che l'annullamento degli atti attraverso i quali si forma, si manifesta e si controlla la volontà dell'ente, si traduce nella annullabilità del contratto, che può essere fatta valere solo dall'ente stesso¹⁵⁰.

La rilevanza dell'interesse pubblico può ulteriormente manifestarsi per taluni tipi di contratto nell'applicabilità di una disciplina particolare che preveda specifici poteri di autotutela dell'Amministrazione. Così, per i contratti di appalto stipulati dall'Amministrazione dello Stato vige una normativa¹⁵¹ che stabilisce, tra l'altro, in capo all'ente appaltante il potere di risolvere il contratto per frode o grave inadempimento dell'appaltatore¹⁵². Si tratta di un potere in deroga alla disciplina contrattuale ma non incompatibile con essa.

La normativa di diritto comune riconosce infatti poteri di risoluzione extragiudiziale del contratto per inadempimento (si pensi alla risoluzione per diffida: 1454 cc), ed è ammissibile che analoghi poteri di autotutela siano concessi all'Amministrazione. Anche lo speciale arbitrato previsto per le controversie tra l'Amministrazione e il privato è compatibile con la disciplina contrattuale.

¹⁵⁰ Cfr., ad es., C. 24 maggio 1979, n. 2996: in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, sia che si riferiscano al processo di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente, il negozio comunque stipulato è annullabile ad iniziativa esclusiva dell'ente pubblico, salvo che non sia ravvisabile un vizio d'incompetenza tanto rilevante da assumere il carattere dello straripamento di potere e da determinare l'invasione dell'attività di un organo nella sfera dei poteri esclusivi di un altro organo, ovvero l'uso di poteri non configurabili in relazione all'organo che abbia irregolarmente agito, nel qual caso il contratto è nullo e non semplicemente annullabile.

V. anche C. 9 luglio 1977, n. 3067: l'invalidità di un contratto stipulato da un ente pubblico, per difetto di autorizzazione e di visti tutori, può essere eccepita soltanto dall'ente stesso e non deve essere rilevata d'ufficio. Analogamente C. 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuovagciv.* 1997, I, 518, con nota di U. Salanitro.

Sull'applicabilità del principio della convalida (1444 cc), cfr. C. 26 giugno 1979, n. 3553, in *GI* 1980, I, 1, 215.

¹⁵¹ Si tratta principalmente del Capitolato generale d'appalto del Ministero dei lavori pubblici (dPR 16 luglio 1962, n. 1063). È massima costante che le disposizioni del Capitolato generale hanno valore normativo nei confronti dei contratti stipulati con le amministrazioni dello Stato: cfr., ad es., C. 30 marzo 1981, n. 1829.

Nel contratto di appalto stipulato dagli altri enti pubblici si riscontra usualmente una clausola di richiamo a tale Capitolato, il quale trova quindi applicazione non come norma di diritto obiettivo ma come un testo contrattuale valevole per volontà delle parti.

La medesima natura contrattuale hanno i capitolati speciali di appalto, « predisposti, volta a volta, con riferimento al contratto che, nel singolo caso, l'Amministrazione intende stipulare »: C. 12 luglio 1974, n. 2082, in *Rass. Adv. Stato* 1974, I, 1024.

¹⁵² Così, il t.u. delle leggi sui lavori pubblici (l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F art. 340) prevede il diritto dell'Amministrazione di risolvere il contratto « quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate » (v. anche 26, 27 rd. 25 maggio 1895, n. 350).

La maggiore o minore rilevanza dell'interesse pubblico induce la dottrina a tracciare ulteriori classificazioni nell'ambito dei contratti dell'Amministrazione (ad es.: contratti di diritto privato e contratti amministrativi)¹⁵³. Ma il dato comune e caratterizzante è comunque la rilevanza diretta dell'interesse pubblico sull'atto ed è quindi giustificato indicare globalmente i contratti dell'Amministrazione come *contratti ad evidenza pubblica*¹⁵⁴.

La rilevanza dell'interesse pubblico non toglie, d'altro canto, che l'efficacia vincolante dell'atto discenda dall'accordo secondo la regola contrattuale e che l'impegno dell'Amministrazione rimanga fondamentalmente disciplinato dai principi contrattuali¹⁵⁵.

Un importante riconoscimento in tal senso è venuto dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha previsto la stipulazione di accordi tra l'Amministrazione e gli interessati al fine della determinazione del contenuto o della sostituzione del provvedimento finale del procedimento amministrativo: a tali accordi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11²)¹⁵⁶.

I generali principi privatistici possono ritenersi applicabili anche alle convenzioni amministrative, quali contratti mediante i quali gli enti pubblici assumano impegni reciproci o verso privati in ordine all'esercizio dei loro poteri.

L'applicazione di tali principi non attribuisce al giudice ordinario il sindacato sull'esercizio di quegli atti che rientrano nella prerogativa dell'Amministrazione e rispetto ai quali può invocarsi solo la giustizia amministrativa.

L'assoggettamento dell'Amministrazione alla disciplina del diritto co-

¹⁵³ Così, il MOSCARINI, *cit.*, 89, individua una fascia di contratti che realizzano lo specifico fine istituzionale dell'ente e nei quali il momento giuspubblicistico inciderebbe sulla causa del negozio.

¹⁵⁴ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 655, il quale ne ravvisa il dato caratterizzante nel duplice profilo procedimentale, e precisamente nel procedimento di formazione della volontà disciplinato dal diritto privato, e nel procedimento amministrativo che attiene al controllo dell'operato dell'ente. Finemente elaborata si ritrova già in LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.a. (ma 1965), 59, la concezione del contratto di diritto pubblico quale espressione di autonomia negoziale dell'Amministrazione avente ad oggetto beni, attività, servizi qualificati da norme di diritto pubblico.

¹⁵⁵ Cfr. BARDUSCO, *cit.*, 71, nel senso che il perseguimento dello scopo dell'interesse pubblico non si risolve in un condizionamento tale da alterare la natura del potere che resta espressione di autonomia privata.

¹⁵⁶ Per il riconoscimento dell'ampia portata di tali principi v. C. Stato (V), 19 marzo 1996, n. 277, in *Foro amm.*, 1996, 883: la risoluzione di un rapporto consensuale può avvenire per l'inadempimento del concessionario degli obblighi da lui assunti nel disciplinare attuativo del provvedimento di concessione, nel qual caso la vicenda si svolge su piani paritetici ed è regolata dalle norme civili che la P.A. si è impegnata ad osservare mercè la sottoscrizione del disciplinare in forza dei principi generali dell'ordinamento, oggidi consacrati dall'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241.

mune e la conseguente tutela contrattuale del privato¹⁵⁷ non ledono l'interesse pubblico di cui l'ente è portatore poiché il ricorso al contratto significa che tale interesse si realizza adeguatamente, secondo le valutazioni della stessa Amministrazione, tramite rapporti di diritto comune e cioè tramite la cooperazione negoziale dei privati¹⁵⁸. L'attribuzione all'Amministrazione di ingiustificati privilegi nei confronti della parte privata finirebbe col rendere più onerosa la partecipazione negoziale del privato e, in ultima analisi, porterebbe ad aumentare i prezzi dei beni e servizi resi all'Amministrazione.

In tema di contratti ad evidenza pubblica la giurisprudenza riconosce di massima al privato la normale tutela privatistica¹⁵⁹ giungendo, in particolare, a riconoscere l'obbligo dell'Amministrazione di comportarsi secondo buona fede e ammettendo la responsabilità precontrattuale della stessa (n. 84)¹⁶⁰.

È stato inoltre fatto cadere l'ingiustificato privilegio, prima riconosciuto alla pubblica Amministrazione, di avvalersi di clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto pur in mancanza di una specifica approvazione per iscritto dell'aderente (n. 167).

Accanto ai rimedi di diritto privato per quanto attiene alla lesione dei diritti contrattuali e precontrattuali del privato occorre tenere distinti i rimedi di diritto amministrativo contro gli atti illegittimi dell'Amministrazione. La possibilità di esercitare tali rimedi è subordinata all'accertamento di un interesse legittimo del privato che si assume leso dall'atto dell'Amministrazione.

¹⁵⁷ Si riconosce, ad es., che il privato può ottenere anche nei confronti della pubblica Amministrazione la riduzione della penale manifestamente eccessiva (1384 cc): C. 5 dicembre 1977, n. 5261.

¹⁵⁸ Sulla proliferazione delle tecniche contrattuali come un segno dell'evolversi del modo di esercizio dell'attività amministrativa, v. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, 1971, 13.

Rimane comunque discutibile il tentativo di costruire una figura generale di atto misto tra pubblico e privato. Le natura mista è sembrata presente nelle indicazioni giurisprudenziali della concessione-contracto, quale contratto che l'Amministrazione stipula col concessionario a seguito dell'atto di concessione. Occorre per altro ribadire che il ricorso al contratto implica l'applicazione della normativa e delle garanzie contrattuali. La subordinazione del rapporto e determinati poteri di modifica o di revoca da parte dell'Amministrazione è compatibile con la figura del contratto di diritto comune.

Rilevi critici sulla concessione-contracto in CARROZZA, in *Scritti per Pugliatti*, I, 1, Milano, 1981, 495.

¹⁵⁹ Cfr. ad es., C. Sez. Un. 22 luglio 1968, n. 2618, in *GI* 1969, I, 1, 2202, con nota adesiva di Cassarino: nell'ambito di un negozio concluso dalla Pubblica Amministrazione *iure privatorum*, non è configurabile un potere discrezionale dell'Amministrazione stessa, il cui comportamento va, quindi, valutato come quello di un qualsiasi privato contraente, senza alcuna limitazione, per il giudice ordinario, nella indagine diretta ad accertarne l'eventuale colpa.

¹⁶⁰ Tale risultato deriva però direttamente dall'ammissione del carattere extracontrattuale della responsabilità precontrattuale. V. infatti M. NIGRO, in *FI* 1961, I, 457.

20. *Diritto internazionale privato*¹⁶¹.

La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato attuata con la legge 31 maggio 1995, n. 218¹⁶² ha rinviato alla Convenzione di Roma del 19 giugno, resa esecutiva con l. 18 dicembre 1984, n. 975, per quanto attiene alla determinazione della legge applicabile ai contratti (art. 57)¹⁶³.

La disposizione preliminare del codice regolante la materia (art. 25¹) è stata abrogata, assieme alle altre disposizioni di diritto internazionale privato.

La Convenzione rimette anzitutto alle parti, cioè al contratto¹⁶⁴, la scelta della legge applicabile (art. 3)¹⁶⁵. In mancanza di un accordo espresso o tacito, trova applicazione il criterio del collegamento più stretto (art. 4: il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto). Questo principio si specifica poi in concrete indicazioni presuntive (in particolare è dato rilievo alla residenza abituale o alla sede dell'amministrazione principale della parte che deve fornire la prestazione caratteristica; se tale parte è un imprenditore si ha riguardo alla sede principale mentre si ha riguardo alla sede secondaria se da questa deve essere fornita la prestazione (art. 2))¹⁶⁶.

Tali presunzioni sono superate se diversamente risulta dal complesso delle circostanze (art. 5).

Principio peculiare della Convenzione è quello dell'applicazione non esclusiva,

¹⁶¹ Oltre ai testi generali di diritto internazionale privato già segnalati (I, n. 88), v. LANDO, *Private International Law. Contracts*, in *IECL*, III, 24, 1976. V. anche ROMANO ORLANDO, *Il problema internazionale privatistico nell'ordinamento comunitario europeo. Le obbligazioni contrattuali*, Milano, 1981.

¹⁶² Oltre al *Commento*, a cura di BARIATTI, in *Nuove Civ.* 1996, 877, v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*³, Padova, 1999; S.M. CARBONE e R. LUZZATO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994; MEMMO, in *Contr. e impr.* 1997, 51. V. anche BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 1997.

Sul problema delle norme applicabili ai contratti stipulati da enti internazionali, v. MONACO, in *Studi per Santoro-Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 595.

Per quanto attiene ai contratti stipulati dalla CEE, il Trattato (art. 215) prevede che la responsabilità della Comunità è regolata dalla legge applicabile al contratto, senza per altro indicare quale sia la legge applicabile. Sul problema e per il richiamo alla Convenzione di Roma (oltre), v. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1981, 478.

¹⁶³ Vedi il *Commento*, a cura di C.M. BIANCA e GIARDINA, in *Nuove Civ.* 1995, 901, e, per una prima indicazione, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Atti di un Convegno a cura della Scuola di Notariato di Roma)*, Milano, 1983.

¹⁶⁴ Per quanto attiene alla legge in base alla quale deve essere giudicata la validità della determinazione negoziale del diritto applicabile, la Convenzione fa riferimento alla legge che sarebbe applicabile se il contratto o la clausola fossero validi (art. 8). Si ammette anche che il contraente, il quale contesta di avere dato il suo consenso, possa richiamarsi alla legge del paese di sua abituale residenza se dalle circostanze risulti che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento in base alla legge determinata secondo il criterio sopra indicato.

¹⁶⁵ Criteri particolari sono dettati per il contratto individuale di lavoro (art. 6). La legge applicabile può anche essere scelta dalle parti ma tale scelta non può comunque privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative applicabili in base ai criteri normativi (v. nota 171).

¹⁶⁶ Indicazioni presuntive particolari riguardano il contratto avente ad oggetto beni immobili (art. 4³) e il contratto di trasporto di merci (art. 4⁴).

nel senso che, determinata la legislazione applicabile, si prevede che trovino ingresso le norme imperative di un altro paese « con il quale la situazione presenti uno stretto legame »¹⁶⁷, se e nella misura in cui secondo il diritto di questo paese tali norme siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto (art. 7)¹⁶⁸. Ugualmente applicabili sono le norme di questa natura vigenti nel paese del giudice.

L'applicazione della legge straniera incontra in ogni caso il limite dell'ordine pubblico (art. 16), cioè dei principi basilari della nostra convivenza sociale (I, 88). La dottrina internazionalprivatista tende ad enucleare un autonomo concetto di ordine pubblico internazionale, giustapposto a quello di ordine pubblico interno. La distinzione è certamente legittima se riferita al concetto di ordine pubblico sovranazionale¹⁶⁹ mentre diventa inammissibile se volta a sdoppiare la nozione operante all'interno del nostro ordinamento. Certo è, comunque, che l'ordine pubblico non va senz'altro identificato nelle norme inderogabili¹⁷⁰ ma piuttosto nei principi posti a tutela degli interessi prioritari della nostra vita sociale. Sintomatica, al riguardo, è l'applicazione giurisprudenziale del limite dell'ordine pubblico per salvaguardare i diritti del lavoratore¹⁷¹.

Sui requisiti di forma del contratto v. n. 138.

Uno spazio crescente si apre poi alle leggi sostanziali uniformi, che dettano una disciplina comune della materia o dell'istituto. Progressi notevoli sono stati compiuti, ad es., nel tema della vendita internazionale di beni mobili, per la quale è stata approvata una nuova Convenzione, quella di Vienna dell'aprile del 1980¹⁷².

¹⁶⁷ Sulla novità del principio v. BONELLI, *cit.*, il quale rileva come la scelta del regime applicabile non possa più basarsi esclusivamente sul tradizionale metodo conflittuale, emergendo piuttosto una soluzione autenticamente internazionale o transnazionale, una soluzione, cioè, che tiene conto delle caratteristiche ed esigenze del singolo rapporto e, d'altro lato, del contenuto delle norme positive degli Stati effettivamente interessati alla disciplina del rapporto stesso.

¹⁶⁸ Si precisa ancora che « ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione ».

¹⁶⁹ Cfr. BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1106.

¹⁷⁰ V. esattamente G.B. FERRI, in *Mass. giur. lav.* 1981, I, 18.

¹⁷¹ Cfr. C. 6 settembre 1980, n. 5156, in *Mass. giur. lav.* 1981, I, 18: il principio di favore nei confronti del prestatore di lavoro, fondamentale nel nostro ordinamento giuridico, derivando nel suo substrato etico-sociale dall'art. 3 Cost., informa di sé tutta la legislazione costituzionale ed ordinaria in materia di lavoro e costituisce un limite di ordine pubblico internazionale all'introduzione nel nostro ordinamento di quelle leggi straniere che contengono una disciplina del rapporto di lavoro dedotta in giudizio meno favorevole al lavoratore rispetto alla legge italiana.

In nota il G.B. Ferri critica una generalizzazione in termini di ordine pubblico che non tenga conto della diversa funzione delle norme.

¹⁷² *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 1992; *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, by C.M. Bianca a. Bonelli, Milan, 1987; SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law* (tr. ingl.), Wien, 1986.

In relazione a tale vendita è stato regolato anche l'istituto della rappresentanza (n. 56).

Vanno anche segnalati gli sforzi rivolti alla elaborazione di un codice europeo del contratto. Al lavoro sono due Commissioni, la *European Contract Law Commission*, conosciuta come Lando Commission dal nome del suo presidente¹⁷³, che ha portato a termine una parte dei suoi lavori¹⁷⁴, e la Commissione dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, con sede nell'Università di Pavia, conosciuta come Commissione Gandolfi dal nome del suo presidente¹⁷⁵.

Va inoltre tenuto presente che ad iniziativa dell'Unidroit sono stati elaborati e pubblicati i principi dei contratti commerciali internazionali¹⁷⁶.

¹⁷³ Vedi REMIEN, in *Z.f. vergleichende Rechtswissenschaft*, 1988, 105.

¹⁷⁴ Vedi *Principles of European Contract Law*, ed. by Lando a. Beale, Dordrecht, 1995 (il volume, recensito da Gatt in *Rdciv.*, 1997, I, 507, raccoglie i lavori riguardanti l'esecuzione dell'obbligazione, l'inadempimento e i rimedi).

¹⁷⁵ Sui lavori della Commissione Gandolfi vedi GANDOLFI, in *Rass. dir. civ.*, IV, 1996, 105; *Incontro di studio sul futuro codice europeo dei contratti*, a cura di P. Stein, Milano, 1993; *Convegni di studio per la redazione del progetto di un Codice europeo dei contratti*, a cura di P. Stein, Milano, 1996; RUFFINI GANDOLEI, in *Rdcomm.* 1991, I, 659; DE LOS MOZOS, MAYER-MALY, WHENCUP, WIEACKER, in *Fpad.* 1992, II, 45; ANNIBALETTI, in *Jus.* 1992, 376.

¹⁷⁶ *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994. I principi sono riportati anche in BONELLI, *Un « Codice » Internazionale del Diritto dei Contratti*, Milano, 1995.