

Capitolo Primo

CONTRATTO E MERCATO

Sommario

1. Specializzazione e mercato. – 2. Specializzazione e dipendenza. – 3. Contratto e giustizia contrattuale.

1. Specializzazione e mercato

Indubbiamente il contratto ¹ ha assunto un ruolo centrale nel sistema

¹La bibliografia sul contratto è praticamente sterminata; in questa sede ci si limita a ricordare le opere più significative: G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino 1950; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, 2 voll., in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano 1972-1973; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, 3^a ed., Milano 1972; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, 1321-1469, 3^a ed., Torino 1980; CARRESI, *Il contratto*, 2 voll., in *Tratt. dir. civ.*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, Milano 1987; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 3^a ed., Padova 1999; *Il contratto in generale*, più volumi, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da M. BESSONE, XIII, Torino 1999, 2007; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano 2000; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 2 voll., in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. SACCO, 3^a ed., Torino 2004, con recensione di VETTORI, *La terza edizione del contratto di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova*, in *RDC*, 2006, II, 617; *I contratti in generale*, 2 voll., (a cura di) P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, 2^a ed., Torino 2006; *Trattato del contratto*, (a cura di) V. ROPPO, 6 voll., Milano 2006; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino 2009; con recensione di ABAS, in *RTPC*, 2010, 1005, nonché in *RDC*, 2011, 137-142, con recensione di PAYAN, in *RIDC*, 2011, 166; P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3 voll., Torino 2010; Id., *Contratto e buona fede*, 2^a ed., Torino 2014, con recensione di ABAS, in *RDC*, 2016, 449; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da G. IUDICA e P. ZATTI, 2^a ed., Milano 2011; ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, con ampia recensione di G.B. FERRI, *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in *RDCo*, 2013, I, 205-244; ALPA, *Il contratto in generale*, Milano 2014; GAMBARO, MORELLO, (a cura di), *Lezioni di diritto civile*, 2^a ed., Milano 2013; D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano 2014, POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino 2014; ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino 2015; BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna 2015.

Sterminata è altresì la letteratura negli altri Paesi; si rinvia a questo proposito a: P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, 2^a ed., Torino 2003, 1-209; nonché a: P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992.

Si vedano inoltre: ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5^a ed., Oxford 1995; HIL-

giuridico, al pari del resto del mercato nel sistema economico; la centralità del contratto e del mercato sono peraltro eventi relativamente recenti; è

LMAN, *The Richness of Contract Law*, Dordrecht 1997; TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova 2004; MARKESINIS, *The German Law of Contract*, 2ª ed., Oxford 2006; KLASS, *Contract Law in the Usa*, New York 2010; YEFREMOVA, YAKOVLEVA, HENDERSON, *Contract Law in Russia*, Oxford 2014; SWAIN, *The Law of Contract 1670-1870*, Cambridge 2015; GAGLIARDI, *Accordo e contratto in diritto attico*, in *Studi De Nova*, Milano 2015, II, 1511-1556.

Sul diritto europeo dei contratti: MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *RCDP*, 1999, 624; CASUCI, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli 2000; CASTRONOVO, *Il contratto nei principi di diritto europeo*, in *EDP*, 2001, 798; ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano 2001; MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino 2002; ID., *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Torino 2015; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *CeI*, 2003, I, 100; RASCIO, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *EDP*, 2003, 255; CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli 2003; NIGLIA, *The Transformation of Contract in Europe*, The Hague 2003; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi europei di diritto europeo dei contratti*, Napoli 2005, 98 ss., 122 ss., 149 ss.; ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano 2005; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli 2005; VENDITTI, GATT (a cura di), *Contratto e diritto uniforme*, Napoli 2005; BUSSANI, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino 2005, con recensione di COSTA, in *RIDC*, 2007, 441; ID., *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *RIDC*, 2010, 7; KADNER, GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen*, Lichtenham 2006; KOTZ, PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2006; PASA, ROSSI, WEITENBERG, *Diritto contrattuale europeo*, Torino 2007; OUDIN, *Un droit européen par quel contrat?*, in *RIDC*, 2007, 475; PANETTI, *Autonomia contrattuale e persone nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in *RDC*, 2007, I, 517; SINESIO, *Note in tema di armonizzazione del diritto contrattuale e sviluppo*, in *Studi Comporti*, Milano 2008, III, 2505; HESSELINK, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, 83 *Tul. L.R.*, 2008, 919; ALPA, JUDICA, ZATTI, UBALDO, *Il draft common frame of reference*, Padova 2009; MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, in *Liber amicorum Larroumet*, Paris 2009; MESSMANN, TAJTI (a cura di), *The Case Law of Central and Eastern Europe, Enforcement of Contracts*, 2 voll., Berlin, London 2009; MASCH, MAZEAUD, SCHULZE (a cura di), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Monaco 2009; DE CRISTOFARO (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti*, Torino 2009; LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *RDC*, 2010, I, 93; GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen. Exercices de comparaison et d'harmonisation*, 2ª ed., Helbing and Lichtenhahn 2010, con recensione di FAUVARQUE-COSSON, in *RIDC*, 2012, 601; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova 2011; WADDAMS, *Principle and Policy in Contract Law*, Cambridge 2011; HOGG, *Promises and Contract Law*, Cambridge 2011; GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoleon nella prospettiva del giurista italiano*, in *RDC*, 2012, I, 243-292; ID., *L'artificio della causa contractus*, Padova 2012, 26 ss.; ID., *DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, (a cura di) C. MARCHETTI, Torino 2012; CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Paris 2012; SAGERT, STORME, TERRY (Eds.), *The Draft Common Frame of Reference: National and Comparative Perspectives*, Cambridge 2012; PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *CeI*, 2013, 633; ABAS, *Proposta per una modernizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti in Spagna*, in *RDC*, 2014, 163-166; ID., *Un nuovo diritto delle obbligazioni in Svizzera*, in *RDC*, 2014, 675-684; R. CARLEO, *Problemi del contratto e diritto privato europeo*, Napoli 2014; MAZEAUD, *Il diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *RDC*, 2014, 800-849; ALPA, *Réflexions sur le projet français de réforme du droit des contrats*, in *RIDC*, 2015, 877-899; STEADMAN, SPRAGUE,

solo nell'epoca moderna che il contratto e come conseguenza ulteriore il mercato, inteso come luogo in cui hanno luogo gli scambi, ha assunto una crescente rilevanza.

Molto diversa era la situazione nel medio evo, quando gli scambi erano molto rarefatti ed ogni nucleo familiare tendeva nei limiti del possibile all'autosufficienza; gli scambi erano in altre parole ridotti ai minimi termini e ciascun nucleo familiare era costretto a produrre tutto quello di cui vi era bisogno; cibo, vestiario, utensili, e così via. Questo spiega perché nel diritto intermedio il diritto dei contratti non era molto sviluppato ed i trattatisti dedicavano viceversa ampio spazio alle successioni per causa di morte; in una società statica, come era quella medioevale, del resto le successioni per causa di morte erano il principale strumento di trasferimento della ricchezza da una generazione all'altra; di qui il sorgere di una miriade di potenziali conflitti tra tutti gli aspiranti successori.

In seguito, tutto si è gradualmente modificato; dopo la rinascita dell'anno mille si nota in tutta Europa un miglioramento generalizzato delle condizioni della vita materiale, al quale si associa un progressivo sviluppo dei commerci e dei traffici²; la possibilità di scambiare i propri prodotti o manufatti con quelli degli altri ha progressivamente accresciuto la centralità del mercato e come conseguenza ulteriore del contratto, fino a farli diventare il cardine del sistema economico moderno. L'economia moderna, diversamente rispetto a quella medioevale, si connota per una progressiva specializzazione del lavoro; nessuno produce più tutto quello di cui ha bisogno, ma piuttosto ci si specializza nella produzione di un bene o di un servizio, confidando nella presenza del mercato per scambiarlo con gli altri prodotti di cui si ha bisogno.

Mentre l'economia medioevale era un'economia chiusa, che tendeva all'autosufficienza, l'economia moderna è tendenzialmente aperta; questo ovviamente implica una progressiva specializzazione del lavoro; mentre cioè nel medioevo ciascun contadino produceva, nei limiti del possibile, tutto il cibo, gli utensili ed il vestiario di cui aveva bisogno, attualmente ciascuno di noi tende a specializzarsi nella produzione di un bene o di un servizio; basti per esempio pensare al panettiere, al macellaio, al ciabattino e così via; può anzi ravvisarsi una progressiva tendenza alla specializzazione, che a sua volta si giustifica considerando i vantaggi che essa può comportare; la specializzazione è efficiente dato che consente di produrre meglio e

Common Law Contract Law, A Practical Guide for the Civil Law Lawyer, Milano 2015; KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in NGCC, 2016, II, 1543-1551.

Su altri ordinamenti: FORMICHELLA, TOTI, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: legge sui contratti*, Torino 2002; BENCHENEB, *Le droit algérien des contrats. Données fondamentales*, Dijon 2011, con recensione di SALEM, in RIDC, 2012, 595.

² P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Grandi sistemi*, 2ª ed., Torino 2001.

di più; tanto più elevata è la specializzazione tanto maggiore è la quantità e la qualità dei beni e dei servizi prodotti; si pensi ancora a tutta una serie di beni molto sofisticati, come per esempio le automobili, i telefonini, i computer e così via che non potrebbero essere prodotti senza la specializzazione, senza cioè persone che hanno la possibilità di dedicarsi esclusivamente alla produzione di questa tipologia di beni in quanto liberati dall'onere di prodursi direttamente il cibo, il vestiario e tutto il resto di cui hanno bisogno per vivere; esiste in altre parole un rapporto di proporzionalità diretta tra il grado della specializzazione da un lato ed il livello della produzione dall'altro lato; più ci si specializza più si produce; proprio questa del resto è la ragione per cui lo sviluppo dell'economia moderna è avvenuto di pari passo con la progressiva specializzazione del lavoro; può anzi dirsi che la crescente specializzazione del lavoro è sicuramente una delle ragioni principali del crescente sviluppo economico delle società moderne.

La progressiva specializzazione del lavoro è altresì la causa della crescente centralità del mercato e del contratto. Non sarebbe infatti possibile specializzarsi nella produzione di un certo bene, e quindi produrre meglio e di più, se poi non fosse possibile trovare sul mercato tutti gli altri beni di cui si ha bisogno per vivere; in altre parole, il panettiere non potrebbe produrre solo pane, se poi non fosse in grado di reperire sul mercato, tutti gli altri beni di cui ha bisogno, come per esempio la carne, i vestiti, e così via.

La specializzazione non sarebbe in altre parole possibile senza il mercato e come conseguenza ulteriore il contratto; questo spiega il perché della crescente centralità del mercato e del contratto nei moderni sistemi economici; il mercato tende anzi a diventare sempre più globale; si tenta di abbattere le barriere e agevolare gli scambi in ambiti territoriali sempre più vasti; basti per esempio pensare alla creazione dell'Unione Europea, all'introduzione di una moneta unica, nonché alla progressiva uniformazione del diritto in Europa; il che è ovviamente funzionale al progressivo sviluppo del mercato, il che a sua volta consente di sfruttare al meglio le rispettive specializzazioni, capacità e competenze, in una dimensione territoriale sempre più vasta che passa dal villaggio, alla regione, allo stato alle confederazioni di stati ed infine al mondo.

Più aumenta la specializzazione, più aumenta il livello e la qualità della produzione globale; questo non sarebbe però ovviamente possibile senza il mercato, inteso come luogo in cui sono possibili gli scambi, e senza il contratto, inteso come mezzo che rende possibile lo scambio.

2. Specializzazione e dipendenza

Il rovescio della medaglia della specializzazione è però costituito dalla dipendenza; ciascuno di noi è in misura maggiore o minore specializzato

nella produzione di un certo tipo di beni o servizi; il panettiere produce esclusivamente pane, il macellaio carne e così via; il che è possibile proprio perché ciascun operatore economico è in grado di vendere sul mercato i suoi prodotti e procurarsi con il ricavato tutti i beni e servizi di cui ha bisogno; il panettiere non potrebbe in altre parole sopravvivere senza il macellaio, e così via; il livello della specializzazione ha in altre parole ormai raggiunto un livello tale per cui nessuno di noi sarebbe in grado di sopravvivere, se non per un breve periodo di tempo, senza gli altri; proviamo ad immaginare cosa potrebbe succedere se improvvisamente ciascuno di noi dovesse procurarsi da solo tutto quello di cui ha bisogno, dal cibo al vestiario, alla casa, al combustibile, e così via? Si tratterebbe di una rivoluzione radicale che ci farebbe ripiombare in brevissimo tempo nell'età della pietra; non tutti riuscirebbero a sopravvivere, con un abbassamento notevolissimo del livello del tenore di vita e con tutte le altre conseguenze che questo potrebbe comportare! Eppure per millenni gli uomini c.d. "primitivi" sono riusciti a sopravvivere di sola caccia e raccolta, dando prova forse di maggior abilità, acume ed intelligenza di quella che potremmo avere noi oggi se improvvisamente ci trovassimo nella necessità di sopravvivere cacciando gli animali nei boschi o pescando i pesci nei fiumi con il solo ausilio delle mani e di utensili rudimentali.

Tornare indietro sarebbe peraltro impensabile! Questo significa però essere consapevoli del progressivo grado di dipendenza che ci lega agli altri e del fatto che ben difficilmente potremmo sopravvivere da soli, senza il ricorso al mercato ed al contratto. Attualmente non sarebbe infatti praticamente possibile sopravvivere senza concludere contratti; si pensi per esempio a quanti contratti devono essere conclusi affinché noi possiamo mangiare un piatto di spaghetti! Sicuramente innumerevoli; ne consegue che se una persona è molto attenta potrebbe fare a meno per esempio della responsabilità civile; non altrettanto è possibile dire a proposito del contratto, il quale attiene alla possibilità stessa di sopravvivenza delle persone, le quali non potrebbero sopravvivere da sole; in questa prospettiva il contratto è dunque lo strumento che consente la collaborazione delle persone; ciascuno agendo per soddisfare i suoi bisogni contribuisce inconsapevolmente al benessere dell'intera umanità e questo è reso possibile per l'appunto dal contratto.

Si consideri ancora la dipendenza reciproca che in questo modo viene a crearsi tra le persone, le quali non sarebbero più in grado di sopravvivere da sole, senza cioè poter usufruire dei beni e dei servizi prodotti dagli altri; il che implica anche la necessità di fidarsi degli altri, ovvero di fidarsi del fatto che il panettiere mi venderà il pane, il macellaio la carne e così via; in genere sempre meno persone producono il cibo di cui hanno bisogno per vivere; questo significa fidarsi del fatto che altri lo produca al nostro posto e soprattutto sia disposto a vendercelo per un prezzo ragionevole; nessuno ovviamente può costringere il panettiere a vendergli il pane, il macellaio a vendergli la carne e così via; se non lo facessero noi ovviamente non potremmo soddisfare il

bisogno in questione, salva la possibilità di rivolgerci ad altri operatori sul mercato, se presenti; in genere il bisogno è peraltro prontamente soddisfatto, dato che è reciproco; anche il panettiere ha bisogno di concludere il contratto, dato che solo concludendo contratti può monetizzare i risultati del suo lavoro e quindi soddisfare a sua volta tutti i suoi bisogni; è dunque la reciprocità dei bisogni la molla che fa sì che i contratti vengano conclusi. L'ordinamento contempla peraltro lo sciopero, attualmente tutelato alla stregua di un diritto, il quale consente legittimamente di astenersi per un periodo più o meno lungo dal processo produttivo; la gravità dello sciopero risulta evidente ove si consideri che scioperando si impedisce ad altri soggetti di soddisfare i loro bisogni; si pensi per esempio allo sciopero dei benzinai, dei mezzi di trasporto e così via; nel contempo anche chi sciopera si priva della possibilità di monetizzare i risultati del proprio lavoro e quindi come conseguenza ulteriore di soddisfare i propri bisogni; questo spiega perché in genere anche la durata dello sciopero è limitata nel tempo.

Risulta dunque confermata la centralità del mercato e del contratto nei sistemi economici moderni. In questa prospettiva risulta importante agevolare il più possibile gli scambi, abbattendo ogni tipo di barriera che possa in qualche modo ostacolare o impedire il contratto, quali barriere doganali, costi transattivi, ostacoli giuridici, carenze di informazioni, abusi e così via³; abbiamo infatti visto che la specializzazione crea dipendenza; la dipendenza a sua volta crea il rischio di abusi; se una persona produce solo pane non può in altre parole fare a meno di rivolgersi al mercato per procurarsi tutti gli altri beni di cui ha bisogno, con il rischio peraltro che qualcuno possa cercare di sfruttare la sua condizione di bisogno; il che è particolarmente vero se vengono a crearsi situazioni di monopolio.

La specializzazione crea dipendenza; ma se per soddisfare il bisogno occorre rivolgersi ad un monopolista è forte il rischio che questi cerchi di approfittare della situazione di dipendenza altrui richiedendo un corrispettivo troppo elevato. Questo è il motivo per cui è importante monitorare costantemente il mercato per scongiurare il monopolio in virtù di un'adeguata legislazione antitrust⁴.

Una seconda conseguenza della crescente specializzazione è costituita dallo sviluppo delle città; le persone, nella misura in cui sono specializzate nella produzione di un certo tipo di bene o di servizio, non possono fare a meno degli altri; in queste condizioni diventa indispensabile abitare gli uni accanto agli altri; solo se il panettiere abita vicino al macellaio potrà scambiare il suo pane con la carne, e così via; questo spiega la formazione di nuclei urbani sempre più grandi e convulsi; solo la vicinanza consente

³P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, III, *Analisi economica del diritto*, 2^a ed., Torino 2017.

⁴P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, cit.

lo scambio reciproco; ovviamente è possibile abitare fuori città, ma non è possibile fare a meno della città, perché tutta una serie di servizi, si pensi agli ospedali, all'Università, e così via, sono presenti solo in città; ne consegue che la città diventa indispensabile punto di riferimento anche per chi non vi abita.

Più aumentano le dimensioni della città, più aumentano i servizi offerti, nonché la possibilità di scegliere tra di essi; più aumentano le dimensioni, più aumenta la convulsione, la congestione, l'inquinamento, i tempi di spostamento tra una parte all'altra della città e così via; questo fa sì che le dimensioni delle città non si espandano all'infinito e si raggiunga un punto di equilibrio.

3. *Contratto e giustizia contrattuale*

Il contratto è dunque un accordo finalizzato allo scambio ed alla cooperazione; si tratta di un fatto puramente privato; in queste condizioni l'ordinamento è chiamato ad effettuare un duplice ordine di scelte: decidere se considerarlo vincolante o meno e in caso di risposta positiva se concedere soltanto il risarcimento del danno o anche l'esecuzione in forma specifica⁵. Assume dunque centrale importanza capire in quali condizioni, in presenza di quali presupposti, l'ordinamento è disposto a considerare vincolante l'accordo, con conseguente possibilità di avvalersi dei rimedi previsti dall'ordinamento.

In generale l'ordinamento interviene con i suoi strumenti di tutela solo se l'accordo è giusto, cioè non affetto da errore, dolo, violenza, squilibrio non giustificato tra le prestazioni, o altro ancora. Semmai il problema è quello di capire qual'è la soglia minima al di sotto della quale l'ordinamento non è disposto ad intervenire; a seconda dei periodi storici questa soglia può essere più o meno elevata; si può effettuare un controllo sul contenuto, o viceversa considerare sufficiente che il contratto sia stato accettato; possibili sono altresì soluzioni intermedie che consistono nel controllare il modo, la correttezza, la trasparenza, con cui è stato concluso il contratto; ed è proprio in questa direzione che si è incamminata la più recente dottrina; in questa prospettiva non può considerarsi sufficiente che la controparte presti il suo consenso, ma occorre che il contratto possa considerarsi frutto di un accordo effettivo, senza condizionamenti ed approfittamenti di sorta.

⁵ JONES, GOODHART, *Specific Performance*, London 1996.

Capitolo Secondo

LA FORMAZIONE DELLA CATEGORIA GENERALE DEL CONTRATTO

Sommario

1. Dallo *status* al contratto. – 2. Formalismo e consenso nella tradizione romanistica. –
3. Dal diritto romano ai nostri giorni.

1. *Dallo status al contratto*

Secondo una fortunata ricostruzione storica il contratto sarebbe tipico soprattutto delle società moderne. Sumner Maine in un famoso studio sul diritto primitivo ha sostenuto che mentre nelle società primitive la condizione delle persone era determinata soprattutto dal loro *status*, in primo luogo nell'ambito della famiglia, marito e moglie, padre e figlio, fratello e sorella, ed in secondo luogo nell'ambito della società, sovrano e suddito, padrone e schiavo¹, e così via, nelle società moderne il contratto ha preso il posto dello *status*². La condizione delle persone non è più determinata in modo assoluto dal loro *status* di origine, ma piuttosto dalle loro capacità e dai contratti che saranno in grado di concludere. Per esempio, mentre le società antiche conoscevano largamente la schiavitù, e la società feudale si basava sulla servitù della gleba che vincolava le persone alla terra, la società moderna ha abolito questi vecchi istituti riconoscendo a ciascun lavoratore la più piena libertà contrattuale.

Il contratto e la libertà contrattuale hanno così soppiantato lo *status*.

Si tratta di una tesi che indubbiamente racchiude un nocciolo di verità, anche se sarebbe fuorviante ritenere che le società antiche non conoscevano

¹ Alcuni autori hanno sostenuto che se il nostro obiettivo è unicamente il benessere sociale, senza che ci si preoccupi della distribuzione, è più efficiente un sistema basato sulla schiavizzazione che un sistema fondato sul binomio proprietà/contratto: riferimenti in MICHELMAN, KENNEDY, *Are Property and Contract Efficient?*, in 8 *Hofstra L.R.*, 1980, 711; BARZEL, *An Economic Analysis of Slavery*, 20 *J.Law & Econ.*, 1977, 87.

² MAINE, *Ancient Law*, 1861, ed. London 1907.

il contratto. In realtà gli studi di antropologia giuridica chiariscono che lo scambio, e quindi il contratto, è sempre stato centrale nella vita delle società umane. Presso tutte le società umane sono sempre stati vietati i rapporti tra consanguinei; dal divieto dell'incesto deriva come conseguenza ulteriore che tra i vari gruppi vi sono sempre stati contatti per consentire lo scambio per lo meno delle donne³. Molto frequenti erano inoltre gli scambi commerciali di manufatti e generi alimentari⁴. Il baratto è una delle forme più primitive di contratto che è sopravvissuta fino ai nostri giorni con la denominazione di permuta, anche se dopo l'affermazione dell'economia monetaria e della moneta il suo campo d'applicazione si è vieppiù ristretto a favore della vendita.

Molto diffuso nelle società primitive era altresì il dono. Secondo un noto studio di Mauss, il dono sarebbe anzi stato la forma più tipica di scambio presso le società primitive; nel senso cioè che il ricevimento di un dono faceva sorgere l'obbligo di ricambiarlo⁵. Periodicamente in occasione delle festività più varie, matrimoni, ricorrenze, e così via, venivano organizzati colossali banchetti la cui funzione era quella di consentire la consumazione del cibo e lo scambio dei doni⁶.

Lo scambio di donne, manufatti, derrate alimentari, e così via, nella forma del baratto o della donazione reciproca, ha pertanto connotato il genere umano fin da tempo immemorabile. Volendo andare ancora più indietro nel tempo ci si potrebbe domandare quando, o meglio ancora in quale epoca di sviluppo dell'umanità, è stato concluso il primo contratto della storia. Il contratto, inteso come scambio volontario, è in altre parole una manifestazione peculiare del genere umano o è praticato anche da altre specie animali, ed in particolare dai primati che più ci sono vicini nella scala evolutiva?

Non vi è alcun dubbio che il contratto non è l'unico mezzo che consente di attuare lo scambio. Un'alternativa allo scambio volontario può per esempio essere costituita dal furto; si pensi per esempio ai furti di bestiame o ai rapimenti di donne così frequenti presso le società più primitive⁷. La stessa guerra, secondo la ben nota teoria dello scambio formulata da Lévi-Strauss, costituirebbe una forma di relazione sociale tra gli uomini che ha luogo quando falliscono le relazioni pacifiche fondate su doni reciproci. In questa prospettiva la guerra sarebbe null'altro che una forma patologica delle relazioni sociali⁸.

³ MAC LENNAN, *Primitive Marriage*, London 1865.

⁴ MALINOWSKI, *Diritto e costume nelle società primitive*, 1926, tr. it., Roma 1972.

⁵ MAUSS, *Essai sur le don, Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques, Sociologie et anthropologie*, Paris 1950, 143 ss.

⁶ REMOTTI, *Potlach*, in *DI SezCiv*, vol. XIV, 4ª ed., Torino 1996, 127.

⁷ EVANS-PRITCHARD, *I Nuer, Un'anarchia ordinata*, 1940, tr. it., Milano 1975; LEVI-STRAUSS, *La vita familiare e sociale degli indiani Nambikwara*, Torino 1970.

⁸ ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano 1992.

Prima del contratto viene quindi il furto, la pura violenza, la legge del più forte. Ad un certo punto la pura violenza ha però iniziato a cedere il passo a forme più consensuali di scambio. I comportamenti cooperativi, e tra questi in primo luogo i contratti, hanno gradualmente soppiantato forme più arcaiche di appropriazione. Del resto alcune forme embrionali di accordo e di scambio volontario nella forma *do ut des* sono ben testimoniate anche presso i primati che più ci sono vicini nella scala evolutiva ⁹.

È però soprattutto con gli uomini che il contratto, lo scambio volontario, è diventato il fulcro della vita sociale. Il contratto consente di aumentare la propria soddisfazione per il tramite dello scambio con altri individui dei propri prodotti e manufatti. Un particolare tipo di accordo, il matrimonio, consente di assicurarsi una famiglia ed una discendenza. La centralità dello scambio volontario nella vita delle comunità umane è ben testimoniata dalla crescente importanza assunta dai mercati e dalle fiere, intesi quali punto di incontro per consentire lo scambio di beni e prodotti ¹⁰.

Come mai il contratto, e più in generale le forme di scambio consensuale, hanno gradualmente soppiantato forme più arcaiche di appropriazione e di scambio ¹¹? In altre parole come mai ad un certo punto i vari gruppi umani hanno cessato di sottrarsi reciprocamente le donne od i generi alimentari, ed hanno preferito instaurare pacifiche relazioni di scambio commerciali?

Ovviamente lo scambio volontario è più efficiente rispetto a quello violento, ed è meno cruento; esso evita inoltre di diventare a propria volta soggetti passivi dell'altrui violenza, nonché ancora di cadere nella spirale delle vendette e delle ritorsioni incrociate. Presso le società primitive una delle cause più ricorrenti di guerra tra gruppi confinanti è proprio costituita dalla vendetta in caso di rapimento di donne o di sottrazione di capi di bestiame.

2. Formalismo e consenso nella tradizione romanistica

Sebbene il contratto e lo scambio volontario sia diventato da tempo immemorabile uno degli aspetti più caratterizzanti il comportamento sociale dell'uomo, il contratto non può sicuramente considerarsi una figura unitaria ¹².

La prima forma di contratto è probabilmente stata costituita dal baratto in senso proprio, vale a dire dallo scambio di beni giudicati di valore equivalente, come per esempio un casco di banane ed una lancia, e così via. In

⁹ CHIARELLI, *Origine della socialità e della cultura umana*, Bari 1984.

¹⁰ BRAUDEL, *I giochi dello scambio*, Torino 1981.

¹¹ ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano 1992; VERDIER, *La vengeance*, Paris 1980.

¹² GROSSO, *Contratto (dir. rom.)*, in *ED*, vol. IX, Milano 1961, 750; ASTUTI, *Contratto (dir. interm.)*, in *ED*, vol. IX, Milano 1961, 784.

seguito in tutte le società umane si è verificata una progressiva tendenza ad utilizzare determinati beni, come per esempio l'oro, certi capi di bestiame, conchiglie, e così via, come mezzo di scambio universale. In vari periodi della nostra storia, anche recente come per esempio durante la seconda guerra mondiale, la scarsità della moneta o altri motivi contingenti hanno indotto le persone ad utilizzare come mezzo di scambio beni diversi dal denaro, come per esempio pacchetti di sigarette, bottiglie di liquore, e così via. Gradualmente il baratto si è comunque evoluto nella compravendita nel senso moderno dell'espressione, vale a dire nello scambio di beni dietro un corrispettivo pecuniario, senza peraltro scomparire mai del tutto.

Sebbene la moneta sia generalmente diventata il mezzo di scambio più diffuso, il contratto può assumere molteplici aspetti. In particolare possono variare anche notevolmente le circostanze o i presupposti in presenza dei quali l'ordinamento è disposto a configurare l'esistenza di un valido contratto vincolante.

In generale le società più antiche non conoscevano ancora la forma moderna del contratto puramente consensuale vincolante. Il mero impegno consensuale di tenere un certo comportamento nel futuro, per esempio di dare o di fare qualche cosa, non poteva considerarsi vincolante sul piano giuridico. L'ordinamento non disponeva ancora di mezzi coercitivi tali da garantire il rispetto della parola data per il futuro. Piuttosto diversa era invece la situazione se l'accordo consensuale rivestiva certe formalità, era accompagnato dalla dazione di garanzie reali, o dall'adempimento per lo meno di una delle due parti. Il mero scambio dei consensi, vale a dire le parole, non era dunque sufficiente ai fini della conclusione del contratto, ma si richiedeva un qualche fatto materiale, come per esempio il trasferimento di un bene da un soggetto ad un altro.

I primi contratti non sono infatti stati i contratti puramente consensuali, ma piuttosto i contratti formali ed i contratti reali. Il rispetto di certe formalità, la pronuncia di parole solenni, si pensi tipicamente alla *sponsio* romana, poteva infatti essere preso in considerazione dall'ordinamento giuridico al fine del sorgere di impegni giuridicamente vincolanti¹³. Molto probabilmente nelle società più primitive la pronuncia di parole solenni o rituali rivestiva altresì un significato magico o rituale. La pronuncia di certe formule o il compimento di formalità prestabilite poteva cioè modificare la stessa realtà, attribuire la proprietà dei beni, legare in matrimonio due persone, e così via. Si pensi per esempio alla ritualità tipica di certe forme di trasferimento della proprietà come la *mancipatio*, il matrimonio, e così via. Gli stessi romanisti hanno del resto evidenziato le commistioni magiche e religiose insite nelle formule romane più antiche¹⁴.

¹³ CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994.

¹⁴ FARALLI, *Diritto e magia*, *Saggio su A. Hägerström*, in PATTARO (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Milano 1982, 1.

Presso altre popolazioni primitive, come per esempio i germani, i contratti consensuali si perfezionavano mediante la consegna di un oggetto (*Wadia*), che fungeva da pegno garantendo la serietà dell'impegno e l'effettiva intenzione di adempiere.

Oltre ai contratti formali ed ai contratti garantiti da pegno, un'altra forma contrattuale molto diffusa presso gli ordinamenti giuridici meno evoluti è costituita dai contratti reali, che si perfezionano solo come conseguenza dell'effettiva dazione di un bene, o in senso lato come conseguenza dell'effettiva esecuzione di una delle due prestazioni ¹⁵.

In queste condizioni il mero accordo consensuale, per esempio finalizzato allo scambio di un bene dietro un certo corrispettivo, non è considerato vincolante dall'ordinamento se non nel momento in cui ha luogo l'effettiva dazione materiale del bene in questione. Il contratto si perfeziona in altre parole solo nel momento in cui il bene oggetto di scambio viene materialmente consegnato. La dazione del bene determina in altre parole l'obbligo giuridicamente vincolante di devolvere il corrispettivo pattuito, ed il conseguente diritto della controparte di esigerne il pagamento.

Una delle forme contrattuali più antica è sicuramente costituita dai contratti reali. La figura era ben rappresentata già nel diritto romano con i contratti di deposito, comodato, mutuo e pegno, che in conformità alla tradizione sono configurati come contratti reali anche dai principali codici moderni ed in particolare dal codice civile italiano del 1942. In origine il campo di applicazione dei contratti reali era però sicuramente più ampio e comprendeva anche il contratto di compravendita. Nulla osta infatti alla configurabilità come contratto reale dello stesso contratto di compravendita, che in questa prospettiva si perfeziona solo nel momento in cui ha effettivamente luogo la consegna del bene compravenduto.

Successivamente i contratti formali e reali hanno iniziato a subire la concorrenza dei più moderni e snelli contratti puramente consensuali. L'evoluzione è ben testimoniata dal diritto romano dove erano considerati puramente consensuali i contratti più tipici delle economie mercantili, come per esempio il contratto di compravendita, di società, la locazione, ed il mandato.

In questa prospettiva il diritto romano può essere considerato come una sorta di tappa intermedia tra il diritto delle società più antiche e quello contemporaneo. Il diritto romano non conosceva ancora la figura generale del contratto consensuale moderno, ma piuttosto una pluralità di figure contrattuali tipiche. I contratti potevano sorgere *re, verbis, litteris, consensu*, vale a dire mediante l'effettiva dazione del bene (*re*), mediante la pronuncia

¹⁵ GORLA, *Il cosiddetto unilateral contract o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, in *RDCo*, 1954, I, 271, 275.

di parole solenni, o il rispetto di certi formalismi (*verbis, litteris*), o infine mediante il puro scambio dei consensi (*consensu*)¹⁶.

In questo quadro i contratti puramente consensuali, che pur erano già ben rappresentati, costituivano ancora una minoranza. Sarà infatti solo in seguito ad una lunga evoluzione che gradualmente nel corso del diritto intermedio i contratti consensuali prenderanno definitivamente il sopravvento rispetto alle forme più arcaiche di contratto.

3. *Dal diritto romano ai nostri giorni*

In materia contrattuale uno degli sforzi principali intrapreso dai giuristi intermedi è consistito nel superare gradualmente il sistema romano di rigida tipicità contrattuale¹⁷. In particolare un caposaldo del diritto romano classico era il principio per cui *ex nudo pacto actio non oritur*. L'accordo nudo, privo di *vestimentum*, vale a dire il contratto meramente consensuale, non poteva cioè assumere rilevanza in base ai principi del diritto comune fondato sul diritto romano.

L'attacco contro il dogma in questione, nonché il principio di tipicità delle figure contrattuali, venne intrapreso essenzialmente lungo due direttrici: da un lato dal fronte del diritto canonico, dall'altro lato dal fronte del diritto naturale¹⁸.

Il diritto canonico ha sempre costituito un ordinamento a parte rispetto al diritto comune fondato sul diritto romano¹⁹. In particolare il diritto canonico ha sempre attribuito notevole importanza al rispetto della parola data, o all'impegno assunto in qualsiasi modo, anche senza il rispetto delle formalità prescritte dal diritto civile²⁰.

L'impegno, ancorché informale, poteva avere una ben precisa rilevanza per lo meno sul piano della coscienza; tanto più poi se era stato confermato mediante un vero e proprio giuramento. La *denuntiatio evangelica*²¹ consentiva di denunciare l'inadempimento di fronte alle competenti autorità ecclesiastiche affinché venissero presi i provvedimenti più opportuni al fine della redenzione del peccatore. E poiché la remissione del peccato

¹⁶ GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 2ª ed., Torino 1950.

¹⁷ CARLINI, *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *DI SezCiv*, vol. IV, 4ª ed., Torino 1989, 77; VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano 2001.

¹⁸ MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *RDC*, 1994, I, 819.

¹⁹ P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962.

²⁰ P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi in diritto canonico*, in *11 Annali Macerata*, 1937, 115.

²¹ Più ampiamente, P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, 2ª ed., Torino 2001.

presupponeva il ravvedimento del peccatore, l'assoluzione era subordinata all'effettivo adempimento dell'impegno assunto, ancorché in via informale.

Ecco quindi come in questo modo le Corti ecclesiastiche si siano ritagliate una ben precisa competenza in materia contrattuale. L'espansione della competenza delle Corti ecclesiastiche in materia contrattuale determinò un crescente conflitto con i tribunali civili, al quale si cercò di porre rimedio limitando la possibilità di adire tali corti ai soli casi in cui la promessa fosse stata assunta mediante giuramento²².

Il mero scambio dei consensi, sebbene privo di rilevanza sul piano dello stretto diritto civile, poteva inoltre far sorgere obblighi sul piano della coscienza e come conseguenza ulteriore vere e proprie obbligazioni naturali; le quali sebbene siano prive di azione, escludono la possibilità di ottenere la restituzione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di esse (*soluti retentio*). A loro volta le obbligazioni naturali, sebbene prive di azionabilità diretta, potevano acquisire rilevanza sul piano dello stesso diritto civile se confermate successivamente al loro sorgere. La conferma del debito valeva in altre parole a renderlo direttamente azionabile di fronte alle corti civili. Questa è in buona sostanza l'origine dei c.d. *pacta geminata*, un tempo diffusi specie nell'Italia settentrionale.

Ecco quindi come nel corso del medioevo si sia assistito ad una progressiva erosione dell'assioma romanistico in base al quale il nudo consenso non era sufficiente ad obbligare.

Un ulteriore contributo a favore della piena affermazione della figura generale del contratto consensuale, venne altresì effettuato dal giusnaturalismo europeo. Fondamentale sotto questo profilo appare il contributo di Ugo Grozio nel *De iure belli ac pacis* del 1625. Nelle premesse filosofiche di quest'opera Grozio pose le basi del giusnaturalismo europeo, individuando alcuni principi di ragione talmente evidenti da apparire giustificati di per sé²³. Tra i principi minimi che devono necessariamente reggere una società civile, spicca la regola *pacta sunt servanda*²⁴. Nel sistema di Grozio la necessità di rispettare in ogni caso la parola data assurge infatti a principio cardine di qualsiasi forma di aggregazione civile.

Ovviamente i principi enunciati da Grozio nel 1625 non riflettevano il diritto effettivamente applicato dai tribunali, ancora largamente basato sul diritto romano. Si trattava di un diritto dei filosofi che andava ben oltre rispetto al diritto del diciassettesimo secolo. I principi del diritto natura-

²² BURTON (a cura di), *Towards a General Law of Contract*, Berlino 1990, 51.

²³ Si tratta di principi che volutamente Grozio fa derivare dalla ragione e non da Dio, in una prospettiva dunque tendenzialmente laica, ma che per certi versi svolgono una funzione simile ai dieci comandamenti, vale a dire indicare regole fondamentali di comportamento.

²⁴ GROZIO, *Droit de la guerre et de la paix*, tr. francese a cura di Barbeyrac, Amsterdam 1729, discorso preliminare, § 8.

le hanno però fornito chiare indicazioni circa la direzione in cui doveva evolversi la prassi, fornendo nel contempo una griglia concettuale che ha favorito l'aggregazione e la razionalizzazione dei rimedi e delle figure contrattuali tipiche offerte dalla tradizione romanista.

Gradualmente doveva quindi farsi vieppiù strada l'idea che anche il mero scambio dei consensi può essere idoneo a far sorgere obbligazioni giuridicamente vincolanti. Occorreva però attendere il codice Napoleone prima che un testo legislativo effettivamente vigente recepisce e rendesse concretamente operante una tale idea (art. 1134 *cod. nap.*).

Successivamente non è più stata messa in discussione l'idea che per rendere vincolante un accordo è sufficiente lo scambio dei consensi (art. 1321 c.c.). Dalla tipicità dei contratti tipica del diritto romano si è così passati alla piena ammissione della possibilità per i contraenti di concludere qualsivoglia contratto, anche non specificamente previsto dal codice (art. 1322 c.c.)²⁵.

²⁵ BENEDETTI, *Categoria generale del contratto*, in *RDC*, 1991, I, 649.