Capitolo I

L'accordo, i vincoli preparatori al contratto e il preliminare

Sommario: 1. La nozione di contratto e i suoi sviluppi attuali. – 1.1. Contratto, accordo e negozio nel codice civile. – 1.2. “Metamorfosi” del contratto e dialettica tra obsolescenza e attualità della sua nozione. – 2. Contratti consensuali vs. contratti reali. Contratti a effetti reali vs. contratti a effetti obbligatori. Altre tipologie di effetti contrattuali. – 3. L’“efficacia reale”: varie accezioni. – 4. La proposta contrattuale. – 5. L’accettazione e gli schemi alternativi. – 5.1. L’accettazione espressa. – 5.2. L’accettazione tacita e il silenzio. – 5.3. Il contratto concluso tramite inizio dell’esecuzione da parte dell’oblato. – 5.4. Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente. – 6. La reticenza. – 7. La revoca della proposta e dell’accettazione. – 8. La proposta irrevocabile (o ferma). – 9. L’offerta al pubblico. – 10. La c.d. autonomia privata procedimentale. – 11. La minuta di contratto e il c.d. accordo sufficiente. – 12. La lettera di intenti. – 13. La responsabilità precontrattuale. – 13.1. La natura giuridica. – 13.2. Le fattispecie di responsabilità precontrattuale. – 13.2.1. Il c.d. ingiustificato ritiro dalle trattative e le altre scorrettezze precontrattuali nel caso di contratto non concluso. – 13.2.2. La mancata comunicazione di una causa di invalidità del contratto concluso. – 13.2.3. La responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido. – 14. L’opzione. – 15. La prelazione volontaria. – 16. Le prelazioni legali. – 17. Il contratto preliminare. – 17.1. Nozione, caratteristiche e disciplina. – 17.2. Alcune peculiari figure di preliminare emerse nella prassi. – 17.3. L’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre. – 17.4. La trascrizione del preliminare.

1. La nozione di contratto e i suoi sviluppi attuali

1.1. *Contratto, accordo e negozio nel codice civile*

La definizione di contratto, contenuta all’art. 1321, è quella di “*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. Se ogni definizione sfida il pericolo del definire, questa sfida il pericolo supplementare proprio della definizione giuridica, già additato nella lapidaria massima per cui “*Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverii possit*”¹. Tuttavia, se il rischio di es-

Nozione di contratto

¹ Sulla massima di Giavoleno (in D. 50, 17, 202 [Iav. 11 ep.]) v. A. GUARINO, *D. 50.17.202 Interpretatio simplex*, in *Labeo*, 1968, 65 ss.

sere sovvertita si addice più a una definizione convenzionale, il rischio corso da una definizione legislativa – che dottrina e giurisprudenza rispettose del proprio ruolo possono criticare, ma non sovvertire – è di lasciar fuori elementi che meriterebbero di essere inclusi o, per converso, di includere elementi che meriterebbero di essere esclusi. Poiché una definizione giuridica serve a fondare una valutazione di corrispondenza di una fattispecie alla nozione definita, per farne discendere l'applicazione della relativa disciplina, un'eccessiva restrizione esenta dalla disciplina quanto resta fuori, come un'eccessiva larghezza attrae sotto quella disciplina fenomeni eterogenei. Non è questo, però, il rischio che la definizione di cui all'art. 1321 corre, perché essa sconta, piuttosto, un eccesso di concisione o un difetto di autosufficienza. Ci si riferisce alla circostanza che l'art. 1325, che necessariamente integra l'art. 1321, elenca i requisiti del contratto, menzionando anzitutto l'"accordo"². In realtà, il contratto non è un nudo accordo e l'accordo da solo non è il contratto, ma uno dei requisiti del contratto, insieme a causa, oggetto e – in determinate ipotesi – forma. Nell'art. 1321, pertanto, la parola "accordo" è usata come sineddoche, nel senso di *pars pro toto*³. Il contratto, quindi, è l'accordo delle parti su di un determinato oggetto, dotato di una certa causa e – se necessario, per legge o per volontà delle parti (art. 1352) – rivestito da una certa forma, volto a instaurare un certo rapporto patrimoniale tra le parti.

Sua necessaria
integrazione

Contratto
come atto e
contratto come
rapporto

D'altra parte, con ulteriore sineddoche, la parola "contratto" designa, oltre che l'atto formato per accordo delle parti e dotato dei requisiti appena richiamati, anche il rapporto patrimoniale derivante dall'atto, cioè l'insieme di effetti giuridici prodotti dal contratto come atto. A seconda del contesto normativo, il termine richiama l'una o l'altra nozione.

Nozione di parte
e patrimonialità
del rapporto

Per il resto, la definizione affina quella posta all'art. 1098 del primo codice civile dell'Italia unita ("*Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico*"), sia perché chiarisce che il punto di riferimento soggettivo dell'accordo e del costituendo rapporto

² È utile avvertire sin d'ora che per lo più la dottrina richiama sinonimicamente i requisiti di cui all'art. 1325 come "elementi essenziali" del contratto. In effetti, la loro essenzialità può argomentarsi, in senso normativo, dalla circostanza che la relativa mancanza provoca nullità del contratto (artt. 1325 e 1418, 2° comma). Eppure, l'espressione "requisiti" ha il merito di evidenziare che non si tratta di componenti che si combinano tra loro per addizione, ma di criteri di valutazione del fenomeno contrattuale funzionali a "*capire quando, come e perché sorge un vincolo contrattuale*" (E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto (art. 1325)*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, 33; v. anche 15 s.). D'ora in avanti, pertanto, si cercherà di conservare la dizione codicistica.

³ Tradizionalmente si designa per "sineddoche" la figura retorica che esprime una nozione con una parola che denota un'altra nozione, che ha con la prima una relazione quantitativa oppure di genere a specie (o viceversa), mentre per "metonimia" la figura che esprime una nozione con una parola che denota un'altra nozione, che ha con la prima una relazione di dipendenza non quantitativa (causa per effetto, materia per oggetto, simbolo per la cosa, luogo di origine per la cosa, astratto per concreto o viceversa, etc.). Tuttavia, non s'è mancato di rilevare la "*fragilità dei confini tra metonimia e sineddoche e tra queste e la metafora*": B. MORTARA GARAVELLI, *Il parlare figurato. Manualletto di retorica*, Roma-Bari, 2011, 23.

non è la persona ma la parte, intesa come centro unitario di interessi, che può essere unisoggettiva come plurisoggettiva, sia perché specifica la natura necessariamente patrimoniale del rapporto giuridico costituito, regolato o estinto (§ 2).

Soprattutto, nel parlare di “*accordo [...] per costituire, regolare o estinguere*”, ha il pregio di evidenziare tramite la preposizione “per” la direzione finalistica dell'accordo alla produzione di determinati effetti, così attestando saldamente il contratto nell'alveo del negozio giuridico. In questa sede, con tale espressione si intende designare qualsiasi manifestazione di volontà di una o più parti, diretta come mezzo al fine della produzione di effetti che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela con proprie norme: effetti *lato sensu* costitutivi, cioè innovativi della realtà giuridica preesistente, destinati a vincolare la parte o le parti che li hanno voluti, tanto che il negozio è sinonimo di atto di autonomia privata o di autoregolamento di interessi privati.

Negozialità
del contratto

Sarebbe qui impossibile ripercorrere l'annosa *querelle* circa il fondamento e la nozione di negozio giuridico. Il codice civile del 1942 non ha contemplato il negozio giuridico, ma al tempo stesso – per il tramite della Relazione al codice – ha ammesso la figura, lasciandola all'elaborazione dottrinale, e l'ha ammessa anche nella specificazione del negozio di diritto familiare⁴. In nome dell'eccesso di astrazione generalizzante e dell'inutilità applicativa dal punto di vista del diritto positivo, la categoria è stata aspramente combattuta, pretendendosi la destituzione di fondamento e, conseguentemente, il definitivo superamento⁵. Poiché, però, “*non è compito della scienza inseguire le singole forme concrete ma, al contrario, cogliere in esse ciò che di comune presentano al di sotto della loro individualità*”⁶, la categoria continua a individuare la costante del nesso tra la dichiarazione di una parte di volere che si produca un determinato effetto giuridico (il c.d. intento giuridico) o, quantomeno, un certo risultato pratico (il c.d. intento empirico) e il relativo effetto, riconosciuto dalla legge. La patologia dell'intento o della volontà che lo sostiene comporta, così, negazione della tutela che altrimenti consisterebbe nel riconoscere e garantire il risultato avuto di mira, salve variabili legate alla tutela di altri interessi. Come tale, il negozio giuridico può seguitare ad avere cittadinanza nella scienza giuridica per la “*qualità classificatoria*” che reca con sé, per quanto non sempre abbinata a una “*reale portata euristica rispetto al dato positivo*”⁷.

Critiche al
negozio e loro
superamento

⁴ Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli sul codice civile preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul valore giuridico della Carta del lavoro*, Roma, 1942, n. 602 (sub art. 1321).

⁵ V. almeno F. GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contr. impr.*, 1987, 733 ss. Un bilancio dell'elaborazione dottrinale del negozio è proposto da V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 535 ss.

⁶ C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 95.

⁷ Entrambe le espressioni sono di C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 88.

Latitudine del
negoziato: potere
di determinare
gli effetti o
potere di
sottoporre a
regola i propri
interessi?

Si tratta, allora, di determinarne la latitudine. Un orientamento ne adotta una nozione che postula come *condicio sine qua non* il potere dei privati di disporre, cioè di eleggere i fini della propria attività e di perseguirli mediante coerenti effetti giuridici: a questa stregua, è negozio solo l'atto rispetto al quale sia riconosciuto il potere delle parti di determinarne il contenuto. Tuttavia, il testuale riferimento operato nella Relazione al codice alla categoria dei negozi familiari deve indurre l'interprete ad accoglierne una nozione in grado di comprendere tanto i negozi patrimoniali, quanto quelli familiari, nei quali manca il potere delle parti di determinazione del contenuto del negozio. Del resto, adottando la prima prospettiva resterebbero fuori dal campo negoziale atti, come quelli di rinuncia, che non sono determinativi dei propri effetti e che, ciononostante, sono pressoché unanimemente riconosciuti come negoziali, al punto da essere impugnabili per incapacità e vizi del volere. È preferibile, allora, adottare una nozione di negozio come “*volontà dell'atto e volontà degli effetti*”⁸: meglio, come manifestazione di tale volontà, perché una volontà non esternata è giuridicamente irrilevante, come ogni fatto psichico che resti solo tale. Il concetto di autonomia privata, pertanto, è equiesteso a quello di autonomia negoziale, articolandosi a seconda dei singoli negozi in gradi diversi, che vanno dalla libertà di conclusione dell'atto sulla base di una volontà consapevole dei suoi effetti alla più ampia libertà di determinazione del relativo contenuto. Il suo *trait d'union*, com'è stato efficacemente detto, non è “*il potere di dettare la regola dei propri interessi*”, ma “*il potere di sottoporre a regola i propri interessi*”⁹.

Massima
estensione
della libertà
negoziale nel
contratto

La massima estensione della libertà negoziale si manifesta proprio nel contratto. Al contratto, infatti, è essenziale il potere dei contraenti di perseguire i propri interessi e di darsi, quindi, regole che ne siano garanzia giuridica. Ciò, beninteso, pur sempre mediante il riconoscimento di tale potere da parte dell'ordinamento (il contratto non è esso stesso legge, per quanto sia fonte di un vincolo che l'art. 1372 iperbolicamente assimila a quello della legge): in particolare, in virtù delle regole procedurali predisposte dalle fonti del diritto per consentire ai privati di stringere accordi vincolanti, sulla base di fondamenti giustificativi (cioè “cause”) filtrati dal sistema ed entro la cornice dei valori materiali essenziali propri dell'ordinamento stesso. Tale principio trova espressione all'art. 1322, 1° comma, là dove è previsto che “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*”. Anche nei cc.dd. contratti per adesione v'è sempre almeno una parte che deve averne determinato il contenuto, e tale contenuto resta comunque modificabile dai contraenti di comune accordo. Insomma, non sembrerebbe esserci contratto di diritto privato il cui contenuto sia posto interamente ed esclusivamente dalla legge. Peraltro, proprio perché il contratto è categoria diretta a regolare il perseguimento di interessi delle parti di volta in volta va-

⁸ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 106.

⁹ A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2023, 19.

riabili, esso si traduce in tanti contratti, tipici o atipici, quanti sono, nella loro varietà, tali interessi, rispettivamente tipizzati o non tipizzati dal legislatore. La disciplina legale del contratto in generale e dei suoi tipi si affianca all'autonomia dei privati e fornisce a questi ultimi un'intelaiatura minima di regole normalmente dispositive (cc.dd. *default rules*), volte ad aiutare coloro che intendono perseguire certi interessi risparmiando loro i costi di negoziazione altrimenti necessari a disciplinare tutti gli aspetti rilevanti, salva l'integrazione cogente tramite norme imperative che si sostituiscono di diritto alle clausole contrattuali difformi, indipendentemente dalla loro conoscenza ad opera delle parti (artt. 1339, 1374 e 1419, 2° comma). Inoltre, nell'ambito del contratto la legge riconosce ai contraenti il potere di apporre termini iniziali e finali di efficacia e di contemplare condizioni sospensive di efficacia e risolutive, con la conseguenza che la disponibilità degli effetti ne abbraccia anche la decorrenza, la durata e il variare (alla stregua della produzione o della cessazione) al variare di circostanze della vita influenti sugli interessi dei contraenti e dedotte in contratto. È, poi, possibile agli interessati costituire rapporti contrattuali tramite la cooperazione giuridica di terzi, mandatari con o senza rappresentanza, e obbligarsi alla stipula tramite una certa gamma di vincoli preparatori al contratto (§§ 14, 15, 17).

Rispetto al contratto, il matrimonio si differenzia perché la volontà dei nubendi è inidonea a porre gli effetti del vincolo, a determinarne il tempo e a correlarli a eventi futuri e incerti (art. 108). Del pari, essa è inetta ad affidarne la produzione alla collaborazione di terzi (il *procurator ad nuptias*, ammesso solo nei casi di cui all'art. 111, non è un rappresentante ma un *nunciatus*), così come a vincolarsi a contrarre un futuro matrimonio (la promessa di matrimonio *ex art. 79* non è un preliminare di matrimonio e non obbliga a celebrarlo). Gli effetti personali del vincolo e la loro articolazione nel tempo sono posti esclusivamente dalla legge (artt. 143-144), non sono derogabili dai coniugi in costanza di rapporto (art. 160), né sono corrispettivi perché non costituiscono i termini di uno scambio programmato dalle parti o, comunque, istituito dalla legge. Nemmeno sono riproducibili tramite contratto, con il quale si può costituire, regolare o estinguere solo un rapporto patrimoniale, cioè – semplificando – l'aver (la produzione della ricchezza, la circolazione della ricchezza, la collaborazione nell'una o nell'altra) e non l'essere¹⁰. Il ma-

Differenze
tra contratto
e matrimonio

¹⁰ Sempre nel campo dell'essere, ma al di fuori dei rapporti familiari, l'ordinamento riconosce l'autonomia della persona – tra l'altro e massimamente – nel determinarsi a tutelare la propria salute. Nonostante la l. 22 dicembre 2017 n. 219 in materia di consenso informato e direttive anticipate di trattamento – in conformità con l'uso linguistico ormai da tempo invalso – definisca come “consenso” il fondamento giustificativo dell'intervento sanitario sulla persona e sancisca il principio per cui i trattamenti sanitari possono essere praticati solo con il consenso informato del paziente, il negozio giuridico unilaterale tramite il quale la persona esercita il potere di autodeterminarsi in ordine alla tutela della salute, permettendo al personale sanitario di compiere atti diagnostici e terapeutici influenti sul proprio corpo e sulla propria psiche, è tecnicamente “assenso” e non “consenso”. Come chiarisce C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1053, l'assenso è “un atto di volontà che

trimonio non è tecnica giuridica di regolamentazione di una gamma indeterminata di interessi che, quali e quanti in concreto essi siano, possano essere perseguiti dai nubendi con tipi matrimoniali distintamente predisposti. Esso è accordo volto all'instaurazione di una comunione integrale di vita retta da caratteristiche predeterminate sia nella struttura (per es., esogamicità, monogamicità, perpetuità, indissolubilità in via meramente potestativa), sia nel contenuto (per es., integrazione affettiva e sessuale dei coniugi per il tramite dell'obbligo di reciproca fedeltà, condivisione della generalità degli aspetti di vita attraverso l'obbligo di assistenza morale e materiale, cura della prole). L'eteronomia della disciplina matrimoniale implica l'indisponibilità dei diritti e l'inderogabilità del nucleo essenziale dei corrispondenti doveri. L'impossibilità per i nubendi di porre da sé i fini giuridici della propria unione e di strutturare i mezzi del loro perseguimento rimanda a un'identità obiettiva della famiglia fondata sul matrimonio, perché definita dalla legge su basi storicamente mutevoli nei dettagli ma pur sempre in aderenza a costanti antropologiche nei tratti essenziali. Gli interessi più intimi della persona, che il matrimonio coinvolge, appartengono a uno statuto dell'essere che da lungo tempo e ancora oggi è pensato come una variabile indipendente dalla disponibilità dei singoli¹¹. D'altronde, gli interessi patrimoniali che inevitabilmente si intrecciano a quelli personali sono strumentali alla realizzazione della persona e non fini in sé.

Negoziabilità del matrimonio, pur nelle differenze col contratto

Nondimeno, il matrimonio quale atto ha base consensuale, come risulta dalla sua stessa struttura di promessa iniziale di prendersi in marito e in moglie per tutta la vita. Inoltre, nella dimensione costituzionale nella quale la

rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un'altra volontà in un accordo [a differenza del consenso]. Per tale ragione esso non crea un vincolo ma costituisce soltanto un'autorizzazione [...]". Il consenso, com'è quello dei nubendi rivolto a contrarre matrimonio, è "volontà coniugata". L'assenso, invece, è volontà unilaterale diretta ad autorizzare altri al compimento di un atto incidente sulla propria sfera giuridica e, come ogni autorizzazione, è essenzialmente revocabile (in generale A. AURICCHIO, *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 506). Non a caso, quello del paziente è revocabile in ogni momento, nelle stesse forme in cui è stato prestato, "anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento" (art. 1, 5° comma). Per una riflessione sulle differenze che l'autonomia assume tra avere ed essere v. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2011, 133 ss. e ID., *Autonomia negoziale dal contenuto non patrimoniale*, in «*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*» di Pietro Perlingieri, *cinquant'anni dopo*. Atti del VI Convegno SISDiC Sicilia, 5 e 6 novembre 2021, Napoli, 2023, 179 ss.

¹¹ Che ciò non sia il mero retaggio delle epoche storiche nelle quali l'eteronomia del matrimonio era funzionale a un controllo politico della famiglia, volto a regolamentare la condizione della donna, la generazione dei figli e la trasmissione della ricchezza secondo i criteri prescelti dalle classi sociali dominanti, è confermato – ove ve ne fosse bisogno – dalla circostanza che l'indisponibilità dei diritti e dei doveri previsti *ex lege* è ora stabilita anche nei confronti delle parti dell'unione civile (art. 1, 13° comma l. 20 maggio 2016 n. 76), in un contesto in cui la famiglia non è più intesa come cellula di accumulazione della ricchezza, può essere parzialmente indifferente al genere dei suoi membri e non avere collegamenti con la filiazione.

famiglia è riconosciuta come società naturale (art. 29 Cost.) e salvaguardata nella sua autonomia – intesa come originarietà o preesistenza allo Stato, non come auto-normatività – il consenso matrimoniale acquista ulteriore essenzialità assiologica, perché esprime il nucleo di valore primigenio della famiglia come luogo di aggregazione volontaria dell'uomo e della donna, e traduce tecnicamente, quindi, quel carattere della famiglia che è il suo essere “naturale”. È ai nubendi che è riconosciuto il potere di far sorgere il vincolo, anche se non di determinarne il contenuto, tramite il consenso espresso in sede di celebrazione (art. 107), tanto che l'incapacità di agire e determinati vizi del volere impediscono la validità del matrimonio, nei limiti previsti dalla legge. Tale volontà non è semplice volontà dell'atto, cioè volontà di rendere la dichiarazione innanzi all'ufficiale di stato civile (mera volontà del “sì” al suo interpello), ma è volontà di costituzione dello *status coniugalis*, come sintesi degli effetti legali che discendono dal matrimonio, cioè intento, come si ricava dalla disciplina sia dell'errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge (art. 122, 3° comma), sia della c.d. simulazione (art. 123). Ecco perché anche il matrimonio è un negozio giuridico¹².

Il fatto che il legislatore italiano, a differenza di quello tedesco – il quale, più direttamente influenzato dalla Pandettistica che ne avviò la concettualizzazione, ha regolamentato il negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) in generale¹³ e poi singole figure di negozio con norme speciali – non abbia contemplato una disciplina generale del negozio non impedisce, quindi, di riconoscere cittadinanza alla categoria nello stesso diritto italiano¹⁴. Del resto, l'art. 1324, nel prevedere che salvo diverse disposizioni di legge “*le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*”, rivela che la figura del negozio è presupposta dallo stesso legislatore, salvo essere lasciata all'elaborazione della dottrina. Difatti, definito il contratto come atto bilaterale o plurilaterale, tra vivi e

Il negozio giuridico come categoria di diritto positivo

¹² Una più ampia dimostrazione in A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 345 ss.

¹³ La disciplina generale del negozio (del quale, nondimeno, manca una definizione normativa), contenuta nel libro I BGB, ha ad oggetto la capacità del soggetto, la dichiarazione della volontà, il contratto (di cui è data una regolamentazione generalissima, suscettibile di estendersi ad altri negozi nei limiti di compatibilità, mentre la disciplina specifica del contratto è contenuta nel libro II, §§ 311 ss. BGB), la condizione e il termine, la rappresentanza e la procura, l'autorizzazione e la ratifica.

¹⁴ Peraltro, il negozio non è disciplinato come tale nel codice civile né altrove, ma non è affatto innominato. Varie leggi, infatti, parlano di “negozio giuridico”: cfr., per es., l'art. 3, 2° comma, lett. b) d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 sulla competenza delle sezioni specializzate del Tribunale in materia di impresa in ordine ai procedimenti “*relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti*” e l'art. 10, 1° comma, lett. *d bis*) d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 (T.U. sull'imposta di registro), secondo cui gli agenti di affari in mediazione sono obbligati a chiedere la registrazione “*per le scritture private non autenticate di natura negoziale stipulate a seguito della loro attività per la conclusione degli affari*”.

a contenuto patrimoniale, in tanto la sua disciplina è estensibile ad atti diversi, che delle sue tre caratteristiche ne posseggano due (l'essere tra vivi e a contenuto patrimoniale), in quanto comune sia la loro natura di atti negoziali. Questa comunanza di natura, accompagnata dalla comunanza di tali caratteristiche, giustifica così l'estensione ragionata della disciplina contrattuale ad atti come, per es., la remissione del debito (art. 1236), il recesso dal contratto (art. 1373), la procura (art. 1392), la ratifica del contratto concluso dal falso rappresentante (art. 1399), la convalida del contratto annullabile (art. 1444), ove di questi manchi una disciplina propria rispetto a un certo profilo. Poiché si tratta di atti i cui effetti sono voluti dalle parti, a essi sono applicabili le norme sul contratto fondate sul fatto che il contratto è manifestazione di volontà¹⁵; per contro, poiché sono atti unilaterali, non sono applicabili le norme che presuppongono la bilateralità dell'atto¹⁶. Del pari, l'estensione vale anche rispetto agli atti collegiali, come le delibere assembleari (artt. 23, 1137, 2377-2379 *ter*), i quali sono altrettanto unilaterali perché provenienti da una parte sola, salvo essere stati emessi tramite un organo collegiale che decide con metodo assembleare¹⁷. La mancanza della patrimonialità o dell'essere tra vivi non permette, invece, l'estensione della disciplina contrattuale – rispettivamente – al matrimonio, che è atto bilaterale (necessariamente unisoggettivo) tra vivi a contenuto non patrimoniale, e al testamento (“*l'atto revocabile con cui taluno dispone di tutte le proprie sostanze o di parte di queste per il tempo in cui avrà cessato di vivere*”: art. 587), che è atto unilaterale (necessariamente unisoggettivo) a causa di morte a contenuto tipicamente (ma non esclusivamente) patrimoniale, i quali hanno entrambi una disciplina propria, collocata rispettivamente agli artt. 79 ss. e agli artt. 587 ss.

Varie specie
di negozio
e diverso
bilanciamento
tra purezza
dell'intento e
altri interessi

Ciascuna di queste discipline garantisce la realizzazione dell'intento giuridico dell'autore del negozio secondo livelli differenziati. In particolare, il punto di equilibrio tra purezza della volontà e altri interessi viene dislocato in modo volta per volta diverso, ma in ogni caso è richiesta la capacità legale e naturale di agire dell'autore e si dà peso ai vizi del volere, oltre che (fatta eccezione per il testamento) alla simulazione. Così, la disciplina dei vizi del volere e dell'incapacità naturale nel contratto tendenzialmente bilancia tra la genuinità del volere del contraente e l'affidamento incolpevole dell'altro contraente, in coerenza con il coinvolgimento di due distinte sfere patrimoniali e dell'incidenza del singolo contratto sul traffico giuridico nel suo insieme¹⁸,

¹⁵ Per es., le norme sui vizi della volontà (artt. 1427 ss.), sull'oggetto (artt. 1346 ss.), sulla rappresentanza (artt. 1387 ss.), sulla condizione (artt. 1353 ss.).

¹⁶ Per es., le norme sulla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente (art. 1431) e sulla ricerca della comune intenzione delle parti ai fini dell'interpretazione (art. 1362).

¹⁷ Per es., si è riconosciuta l'applicabilità del regime dell'annullabilità, stabilito agli artt. 1441-1446, agli effetti del termine prescrizione dell'annullamento della delibera di una fondazione (Cass. 18 giugno 2014 n. 13855).

¹⁸ Il tema è approfondito *infra*, Cap. VI, § 2.2.

mentre quella del matrimonio privilegia la purezza della volontà, in coerenza con la diretta incidenza del negozio sulla persona¹⁹.

Né la figura del negozio è solo una categoria della logica, priva di riscontri applicativi. Se è vero che manca una disciplina comune ai tre principali negozi e che la stessa disciplina della volontà è differenziata, è pure vero che proprio la comunanza di natura negoziale tra tali atti, accomunati dall'intento, consente l'applicazione analogica della disciplina contrattuale agli altri due negozi, nei limiti di compatibilità, in presenza di una lacuna della relativa disciplina²⁰. Né tutto si riduce ad applicare analogicamente le norme codificate, perché la funzione euristica della categoria consente non solo di orientare l'interpretazione delle disposizioni, ma anche di risolvere problemi che non si rispecchiano in fattispecie testuali, facendo leva sull'essenzialità dell'intento come fonte dell'impegnatività delle dichiarazioni. Si pensi al negozio concluso *ludendi causa*, per finzione scenica o in stato di ipnosi, che nel contratto può ricondursi alla mancanza di accordo²¹, mentre nel matrimonio non trova referenza in una norma corrispondente ma può essere qualificato argomentando sulla base dei principi propri della negozialità²².

Utilità applicativa della nozione di negozio

Insomma, declinata la funzione ideologica del negozio – che storicamente gli fu propria, quando si volle ravvisare nella volontà dispositiva di interessi il baluardo dei privati contro i pubblici poteri (i quali oggi più che mai conformano finanche il contenuto dei contratti: § 1.2) – non per ciò è superata la funzione ordinante del negozio, come categoria tecnico-giuridica²³⁻²⁴.

Declino della funzione ideologica e attualità della nozione tecnico-giuridica del negozio

¹⁹ Cfr. l'art. 122 in materia di vizi del volere e l'art. 120 in materia di incapacità naturale. Ciò, peraltro, rende non giustificata la giurisprudenza che reputa che la sentenza ecclesiastica che abbia pronunciato la nullità del matrimonio concordatario per riserva mentale di un nubendo, quando tale riserva fosse ignota né conoscibile da parte dell'altro, contrasti con il principio di ordine pubblico matrimoniale della tutela dell'affidamento incolpevole dell'altro nubendo (Cass. 14 febbraio 2019 n. 4517). Difatti, come rivelano le anzidette fattispecie di invalidità, riferite al matrimonio civile, tale principio non sussiste nel diritto civile. Anzi, la disciplina del matrimonio putativo (art. 128) si fonda sul presupposto che la buona fede di un coniuge non precluda l'azione di invalidità del matrimonio, ma si limiti soltanto a temperarne gli effetti, impedendone la retroattività.

²⁰ Con riguardo al matrimonio v. A. RENDA, *op. cit.*, 360. Con riguardo al testamento v. F. BOTTONI, *Il divieto di alienazione tra testamento e contratto*, Torino, 2024, 19 ss.

²¹ *Infra*, Cap. V, § 2.2.

²² A. RENDA, *op. cit.*, 398 ss.

²³ La persistente importanza della distinzione tra negozi e meri atti è testimoniata anche dalla circostanza che il tema di diritto civile del concorso in magistratura del gennaio 2024 (“*Premessi cenni sul riconoscimento del debito, sulla promessa di pagamento, sulla confessione e sui relativi effetti processuali, si soffermi il candidato sull'ipotesi della simulazione di tali atti e sulla possibilità della revoca di una confessione consapevolmente non veritiera*”) implicitamente sollecitasse a riflettere sul se tali atti abbiano natura negoziale, intesa quest'ultima come presupposto del concetto di simulazione.

²⁴ Quanto detto vale non solo entro i confini nazionali. Il negozio giuridico viene considerato come una categoria tuttora attuale entro una classificazione degli atti nel diritto degli ordinamenti europei di *civil law*, tant'è che P. SIRENA, *Introduction to Private Law*, Bologna,

1.2. “Metamorfosi” del contratto e dialettica tra obsolescenza e attualità della sua nozione

Attualità od obsolescenza della nozione di contratto ottant'anni dopo?

Ribadita l'attualità della nozione di negozio (§ 1.1), ci si può chiedere se la definizione codicistica di contratto, che ha ormai superato gli ottant'anni al pari della disciplina che la segue, conservi intatta la sua capacità di identificazione del fenomeno “contratto” al cospetto dei profondi mutamenti ideologici e normativi intervenuti *medio tempore* e della complessità della società contemporanea, o se le “metamorfosi” che il contratto ha oggettivamente attraversato dall'entrata in vigore del codice la rendano obsoleta. In questa sede è possibile solo accennare alle questioni sottese all'interrogativo, che a causa di numerosi fattori si potrebbe essere tentati di sciogliere optando per la seconda risposta.

Gli scambi seriali, veloci e anonimi mettono in discussione l'unità del soggetto giuridico contraente

Anzitutto, il fatto che sul mercato la contrattazione operi attraverso scambi seriali, veloci e anonimi, in assenza di dialogo e talvolta a distanza tramite mezzi tecnologici, tra parti contraddistinte da disparità di potere economico e di corredo di informazioni, nonché sulla base di condizioni unilateralmente predisposte, può spingere a diagnosticare una crisi dell'elemento dell'accordo, sino a far parlare di “*scambi senza accordo*”²⁵. Questo fenomeno non comporta soltanto un accrescimento della tendenza alla predisposizione delle condizioni generali di contratto, adoperate in contratti di massa e, quindi, quantomeno la relativizzazione del volere dell'aderente, che si riduce ad adesione. Esso, più radicalmente, mette in dubbio il presupposto, implicito alla nozione codicistica di contratto e alla disciplina che l'accompagna, dell'unità del soggetto giuridico contraente.

Il codice civile è un codice “pluralista” ...

Sia chiaro: il codice civile era e resta alieno, nell'ispirazione e nelle soluzioni, da qualsiasi piatto monismo. Così, esemplificativamente, il riconoscimento del potere delle parti di determinare il contenuto del contratto (art. 1322, 1° comma) e di stipulare contratti atipici (art. 1322, 2° comma) è la più chiara dimostrazione dell'accettazione del pluralismo degli interessi come un valore da difendere e promuovere. La disciplina dei contratti di massa e delle clausole vessatorie (artt. 1341-1342 e 1370) rispecchia la consapevolezza, per allora d'avanguardia, che altro è il potere di concludere il contratto, proprio di qualunque soggetto capace d'agire, altro è il potere di negoziarlo (se si preferisce: di determinarne il contenuto). L'istituto della rescissione del contratto concluso in stato di pericolo e di quello viziato da lesione (artt. 1447-

2019, 301 ss. intitola un'apposita sezione a “*the European taxonomy and the centrality of legal acts in private law*”, dedicata agli “*autonomous legal acts*” (ossia i negozi giuridici), “*whose domain tends to expand to other areas of legal systems (eg criminal and administrative law)*”.

²⁵ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss., secondo cui “*il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali*”. Gli replica G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss. Controreplica N. IRTI, *È vero, ma ... (replica a Giorio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss.

1448), pur coi suoi stringenti limiti di applicazione e le sue irrisolte ambiguità di disciplina, rivela la preoccupazione per l'istanza di giustizia dello scambio, intesa, se non come rapporto di tendenziale equivalenza oggettiva tra prestazione e controprestazione, quantomeno come non palese sproporzione tra le stesse²⁶. Anche la riducibilità della penale manifestamente eccessiva, tenuto conto dell'interesse del creditore all'adempimento (art. 1384), testimonia lo sfavore per l'approfittamento di una parte ai danni dell'altra, quand'anche il contratto non sia di scambio. L'emersione qua e là del subcontratto – per es., la sublocazione (artt. 1594-1595) e il subappalto (art. 1656) – manifesta la consapevolezza della possibilità che allo stesso soggetto siano contemporaneamente riferibili interessi diversi per effetto della coesistenza tra un rapporto principale e un rapporto derivato dello stesso tipo in cui egli assume un ruolo invertito a quello assunto nel primo (chi è conduttore rispetto a taluno può essere sublocatore innanzi a talaltro) e dimostra, ancora una volta, il riconoscimento del pluralismo.

Ciò posto, certo è che il codice civile è fondato sull'adesione al postulato dell'unità del soggetto giuridico, che nel perimetro del contratto è per di più inteso come un soggetto, sorretto da razionalità e dotato di volontà, che solo contingentemente può essere vittima di se stesso o dell'altro a causa di un offuscamento del raziocinio (incapacità naturale), di un vizio del volere (errore, violenza o dolo) o di circostanze esterne anomale (stato di pericolo e stato di bisogno): un soggetto unico, che riflette e in pari tempo garantisce l'uguaglianza formale, come uguaglianza di tutti davanti alla legge. Nella filosofia del codice civile la diversificazione soggettiva può solo essere la conseguenza della natura dell'affare regolato (il contratto di società, implicando l'esercizio in comune di attività di impresa, fa assumere la qualifica di imprenditore al socio che non sia un mero investitore), o – più raramente – costituire il presupposto di un tipo contrattuale (si pensi all'appalto [art. 1655] dal lato dell'appaltatore e all'associazione in partecipazione [art. 2549] dal lato dell'associante, entrambi necessariamente imprenditori) o, ancora, il criterio di differenziazione parziale di disciplina interno a un tipo contrattuale (si pensi all'art. 1767 in materia di deposito, che esclude la presunzione di gratuità in caso di depositario professionale). Il pluralismo degli interessi, quindi, si specchia in un soggetto unico e si manifesta massimamente nel riconoscimento che sono i beni (semplificando: l'oggetto e non il soggetto) a porsi a fondamento della diversificazione degli interessi. Lo dimostra l'ampia gamma di differenze di disciplina all'interno di un certo tipo contrattuale proprio in funzione del bene dedotto in contratto dalle parti: indipendentemente dalla questione se si tratta di altrettanti sotto-tipi, si pensi per es. alla vendita (di beni mobili, con ulteriori eventuali partizioni interne a seconda di clausole come la riserva di gradimento, la prova, la riserva di proprietà; di beni

... ma si fonda sul postulato dell'unità del soggetto giuridico, a garanzia dell'uguaglianza formale

La diversificazione degli interessi si rispecchia nei beni, non nel soggetto

²⁶ Cfr. *infra*, Cap. VII.

immobili; di eredità) e alla locazione (di immobili urbani; di cose produttive, *id est* affitto).

Fuori del codice
la diversifica-
zione degli
interessi si
rispecchia nel
soggetto,
geminato in
consumatore e
professionista

Da qualche lustro a questa parte, invece, fuori del codice civile la distinzione tra soggetti contraenti costituisce il criterio ispiratore di una disciplina del contratto diversificata rispetto a quella codicistica, non in ragione dei contenuti dell'affare e, quindi, del tipo contrattuale volta per volta stipulato, ma come dato *a priori* che orienta la regolamentazione del contratto concluso da determinati soggetti indipendentemente dal tipo legale o sociale. In particolare, la disparità di potere economico e, quindi, contrattuale tra soggetti ha indotto il legislatore – sulla spinta dei vincoli posti dalle fonti del diritto dell'Unione europea – a geminare nella legislazione extracodicistica il contraente in consumatore, da una parte, e professionista, dall'altra²⁷: ciò sul duplice presupposto che si tratti di categorie socialmente tipiche e che la disparità di forza contrattuale tra le due sia talmente costante (perché connaturata al ruolo) da giustificare la scissione del soggetto giuridico sulla base dell'appartenenza all'una o all'altra²⁸. Questo nuovo approccio non ha solo parcellizzato la disciplina del contratto in una di diritto comune lasciata al codice civile e in una speciale rimessa al codice del consumo, ma ha anche radicato l'idea che d'ora in avanti la disciplina del contratto debba ordinarsi in ragione delle caratteristiche del soggetto – impropriamente proiettate da parte della dottrina in uno *status* (di consumatore, di imprenditore debole, etc.)²⁹ – più ancora che di quelle oggettive dell'atto.

²⁷ Un inquadramento aggiornato dell'intero diritto dei consumatori è fornito da G. DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*, Padova, 2024.

²⁸ In verità, la disciplina consumeristica del contratto non è del tutto indipendente dalla natura oggettiva dell'affare contrattualizzato, perché l'ambito di applicazione è coesteso ai contratti idonei a soddisfare un interesse di consumo della parte diversa dal professionista, cioè l'interesse all'acquisizione di un bene o di un servizio suscettibili di valutazione economica, per finalità di uso o di godimento. Poiché tale interesse è ontologicamente diverso da quello non patrimoniale posto alla base della donazione dal lato del donante, che è interesse ad arricchire altri senza vantaggio patrimoniale neanche indiretto, la disciplina non si applica alla donazione e alle liberalità in generale, nelle quali l'interesse liberale sia riferibile al soggetto astrattamente consumatore: A. RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblativo e donazioni «di scopo»*, Milano, 2021, 556 s.

²⁹ Tecnicamente, lo *status* nel diritto privato è una situazione giuridica soggettiva autonoma, che esprime l'appartenenza alla comunità familiare costituita per filiazione o per matrimonio. Poiché tale appartenenza fa cambiare alla persona la posizione complessiva rispetto alla società, lo *status* è rilevante *erga omnes* ed è trattato dalla legge come indisponibile dal suo titolare. È il presupposto della titolarità di situazioni giuridiche soggettive dipendenti, di vantaggio e di svantaggio. Alla base del suo conferimento si pone il riconoscimento da parte della legge dell'elevato interesse ad appartenere a quella comunità che è la famiglia, che è un interesse distinto dall'interesse che si pone alla base delle singole situazioni dipendenti. Come tale, lo *status* è suscettibile di accertamento giudiziale autonomo, oltre a essere oggetto di accertamento amministrativo al momento del verificarsi del fatto o dell'atto che lo fa sorgere. Se così è, riferire al consumatore un corrispondente *status* significa usare una nozione di *status* priva di rigore tecnico e di capacità ordinante, che vuole solo descrivere l'appartenenza dell'individuo a gruppi o comunità, in relazione ai quali si ritiene sussistere un *corpus* normativo

Di qui la tentazione di una parte della dottrina di pensare a ulteriori categorie di contratto aggregate in funzione dei soggetti contraenti e qualificate tramite aggettivi numerali ordinali, che ha indotto a parlare di un "terzo contratto" come categoria di contratto tra imprenditore e imprenditore "debole", a partire dagli spunti forniti per es. dalla disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998 n. 192), della lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012 n. 192) e dell'affiliazione commerciale o *franchising* (l. 6 maggio 2004 n. 129)³⁰. Si tratta di una categoria incentrata su una nozione di debolezza diversa da quella propria del consumatore, perché non implicata da una qualifica formale ma emergente caso per caso dalla verifica dell'"abuso" di una parte nei confronti dell'altra e, per ciò, potenzialmente correlata a uno squilibrio anche economico e non solo normativo dello scambio: una categoria, nata per induzione di norme sparse e settoriali, le quali colgono specifici profili di quella contrattazione, che perciò resta in cerca di uno statuto normativo che trascenda quelle norme³¹. Ciò, a tacere del tentativo di istituire

Ulteriori partizioni del contratto in ragione dei soggetti contraenti: terzo contratto? Contratto asimmetrico?

dotato di specificità sufficiente da distinguerli rispetto ad altri a certi fini. Ma anche in questa prospettiva il richiamo è fallace, perché lo stesso soggetto può appartenere o meno alla categoria del consumatore a seconda delle finalità per le quali stipula il contratto. Per qualche rilievo critico, L. LENTI, *Status*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 2000, 33 s.

³⁰ G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

³¹ Una disciplina *ad hoc* nell'ambito dei rapporti squilibrati tra imprese è quella contenuta dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 198 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, con la quale si vuole porre un argine all'approffittamento dello squilibrio economico posto in essere tramite pratiche commerciali ed eventualmente tramite contratto dalle imprese industriali e commerciali che operano come acquirenti di prodotti agricoli da trasformare e/o rivendere, venduti o somministrati dai piccoli produttori agricoli, entro un mercato con caratteristiche di monopsonio od oligopsonio (A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 2021, 739 ss. e già, con riguardo all'art. 62 d.l. 24 gennaio 2012 n. 12, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012 n. 27 e poi novellato dal d.l. 5 maggio 2015 n. 51, A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, diretto da V. Roppo e A. D'Angelo, Torino, 2016, 3 ss. e F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1407 ss.). In questo ambito la presupposizione normativa che sia il fornitore la parte debole del rapporto, per effetto di una dipendenza economica suscettibile di abuso da parte dell'acquirente, coesiste con la consapevolezza del legislatore che possa essere anche il fornitore a rendersi autore di vessazioni meritevoli di divieto, come emerge dal fatto che alcune pratiche commerciali scorrette hanno come soggetto attivo necessariamente l'acquirente (art. 5, 1° comma, lett. *m, n, o, p*) d.lgs. n. 198/2021), mentre altre possono essere compiute indifferentemente dal fornitore e dall'acquirente (art. 4, 1° comma, lett. *d e g*).

Altra disciplina di rapporti d'impresa squilibrati, che si svolgono su mercati *on-line*, è quella recata dal Regolamento UE 2019/1150 del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *on-line*. Tale disciplina è volta a conformare i rapporti contrattuali tra fornitori di servizi di intermediazione *on-line* rivolti a utenti commerciali e questi ultimi (intesi come persone fisiche o enti che per scopi commerciali o professionali a propria volta offrono beni o servizi ai consumatori tramite servizi di

un'ulteriore categoria costituita dal “*contratto con asimmetria di poteri contrattuali*” e aggregata intorno alla qualifica soggettiva del “cliente”, che qualcuno intende come tale da fondere la seconda e la terza appena richiamate sotto il comune segno della debolezza della parte protetta e altri, invece, intende in senso sequenziale di un “quarto contratto”, che si aggiunge agli altri salvo – parrebbe di capire – che la disciplina del secondo o del terzo prevalga per specialità quando il cliente sia, rispettivamente, consumatore o imprenditore debole³².

Smart contracts Su tutt'altro piano, poi, anche i cc.dd. *smart contracts* alimentano, da ultimo, il dibattito sulla soggettività dei contraenti³³.

Contratto “amministrato” e crescente eteronomia del regolamento di interessi Ancora, l'innesto del contratto entro la disciplina dei mercati regolamentati di singoli comparti economici (bancario, finanziario, assicurativo) ha moltiplicato i suoi statuti, frammentandone la fisionomia, oltre che rendendolo permeabile alla regolazione di autorità amministrative indipendenti (di qui l'immagine del “contratto amministrato”)³⁴ che rompono il monopolio delle fonti *lato sensu* legislative nella disciplina del contratto. Soprattutto, questo innesto ne ha procedimentalizzato la formazione tramite un'ampia messe di obblighi informativi, spesso oggettivati in una forma-modulo precontrattuale e poi tradotti nella corrispondente forma-contenuto del testo scritto³⁵. Del pari, ha incrementato il peso delle fonti eteronome cogenti nell'integrazione del regolamento contrattuale, la quale diventa talvolta vera e propria conformazione del suo contenuto, che riduce il campo della potestà regolativa dei

intermediazione *on-line*), tramite vincoli relativi a “*termini e condizioni*” di tali contratti predisposti dai primi, con nullità (parziale: considerando n. 20) di quelli non conformi a tali vincoli (art. 3, 3° comma), salvi vincoli relative a clausole specifiche (art. 8). La l. 5 agosto 2022 n. 118 ha modificato la norma sull'abuso di dipendenza economica (art. 9 l. 18 giugno 1998 n. 192), stabilendo che “*Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*” (1° comma, secondo periodo).

³² Il dibattito è riepilogato da A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, spec. 382 ss. Scettico S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 165 ss.

³³ Ci si riferisce ai cc.dd. *smart contracts* che “girano” su *distributed ledger technology* (DLT), in particolare i protocolli contenenti codici di descrizione di un accordo e di attivazione della sua esecuzione, in cui “*i termini dell'operazione economica sono rappresentati nel codice sorgente e la macchina provvede a eseguire il codice*” (M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*. *Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021, 33). Oltre ai problemi legati alla lingua, all'esecuzione, al recesso e alle impugnative, si pone in principio l'esigenza di identificare il soggetto umano che sta alla base dell'accordo, che può essere anonimo o mascherato da pseudonimo. Un inquadramento del tema anche in F. DI CIOMMO, *Smart contract e Blockchain*, in R. BOCCHINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 347 ss.

³⁴ Cfr. M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012 e C. SALINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018.

³⁵ Sul neo-formalismo v. *infra*, Cap. IV, § 9.

contraenti in funzione degli obiettivi generali di conformazione del mercato stesso. Tale fenomeno non determina affatto il declino del contratto, che resta il modello qualitativamente ineguagliato e quantitativamente onnipervasivo per realizzare giuridicamente la produzione e lo scambio della ricchezza³⁶, entro un ordinamento che non alloca le risorse economiche secondo le scelte dei pubblici poteri, ma fornisce ai privati le regole del gioco per allocarle secondo le loro scelte proprio tramite i contratti: da quelli coi quali si soddisfano le esigenze minute della vita quotidiana, a quelli con cui si acquisiscono beni o servizi di maggiore importanza patrimoniale o si realizzano interessi non patrimoniali di fondamentale rilievo per la persona, a quelli tramite i quali si realizzano operazioni complesse e di ingente valore economico. Nondimeno, esso genera l'impressione di una riduzione dell'autonomia contrattuale alla sola scelta di contrarre e di determinare il valore economico dell'operazione³⁷.

Tale conformazione, peraltro, non di rado opera attraverso regole trans-tipiche, non nel senso blando di dettate con riguardo a un determinato tipo contrattuale e applicabili in via di interpretazione a tipi affini³⁸, ma nel senso forte di concepite per "fendere" determinati tipi contrattuali, cioè *ab origine* trasversali sotto il profilo tipologico³⁹. Talvolta, poi, il legislatore detta una disciplina unitaria in ragione dell'accorpamento o dalla combinazione di due o più contratti volti al fine di soddisfare un interesse altrettanto unitario (si

Discipline
trans-tipiche
e "operazione
economica"

³⁶ Anzi, il dominio del contratto conosce nel tempo un incremento dal punto di vista dell'estensione degli ambiti disciplinabili: si pensi al patto di famiglia (artt. 768 *bis*-768 *octies*), che deroga al divieto del patto successorio dispositivo (art. 458) e così riduce il monopolio negoziale del testamento, e al contratto di convivenza con il quale "*I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune*" (art. 1, 50° comma l. 20 maggio 2016 n. 76).

³⁷ Cfr. l'art. 117, 8° comma T.U.B.: "*La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia*".

³⁸ Questa accezione è annessa al termine da chi l'ha coniato (O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, 58 e 62 ss.), il quale sostiene che trovata la *ratio* di una regola che concorre a formare la disciplina di un tipo contrattuale e ritenuto che tale fondamento ne giustifichi l'applicazione in un contesto più ampio di quello delineato dal tipo, sia "*legittima un'interpretazione antiletterale della norma stessa e la sua utilizzazione al di là dell'ambito proprio del tipo*". Analogamente V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 404 s., secondo il quale la circostanza che la disciplina della vendita in punto di garanzia per i vizi e per evizione possa applicarsi a tutti i tipi contrattuali aventi ad oggetto l'attribuzione onerosa di un diritto, come la permuta (art. 1553) e il conferimento del socio (art. 2254), può essere descritta nei termini di una trans-tipicità della relativa prestazione.

³⁹ In questa accezione si può parlare di trans-tipicità con riguardo, per es., alla disciplina della garanzia legale di conformità per i beni di consumo di cui agli artt. 128 ss. cod. cons., la quale stabilisce di applicarsi, oltre che alla vendita, ai contratti di permuta, di somministrazione, di appalto, di opera e a tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre. Per un altro esempio, v. *infra*, § 17.3 nota 270.

pensi alla disciplina del “pacchetto turistico” di cui agli artt. 32 ss. d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79, c.d. codice del turismo), prestando così una sponda alla tesi che mira ad affiancare alla nozione di contratto quella di operazione economica, la quale avrebbe il pregio di rappresentare concettualmente l’unità di un affare realizzato con modalità complesse⁴⁰.

Politica del
diritto di giustizia
contrattuale
tramite una
pluralità di
strumenti

Nel merito delle direttive di disciplina, il legislatore ha mirato a perseguire finalità di giustizia contrattuale al fine di ripianare la disparità di potere tra contraenti forti e contraenti deboli, pur sempre in termini di equilibrio normativo e non economico, ora tramite strumenti di invalidazione di clausole sbilanciate che preservino il resto del contratto al fine di non risultare controproducenti per la parte protetta⁴¹, ora mediante recessi di pentimento senza onere di motivazione che potrebbero sembrare tali da procrastinare la formazione dell’accordo anziché sciogliere un vincolo già costituitosi⁴², ora attraverso un pervasivo sindacato giudiziale del regolamento d’interessi affidato alla concretizzazione nel caso singolo di clausole generali⁴³, ora con il trasferimento in capo al professionista alienante di rischi che secondo il diritto comune sono allocati in capo all’acquirente⁴⁴.

⁴⁰ È la tesi di E. GABRIELLI, *Il contratto e l’operazione economica*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, 755 ss., secondo il quale l’operazione economica “*identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell’atto di autonomia privata*” (757 s.). Essa, capace di rappresentare anche gli interessi non riassunti né riassumibili nello schema del tipo, assumerebbe particolare pregnanza nel caso di collegamento tra più contratti, rivelandone lo schema unificante e penetrando nelle cause dei singoli contratti che compongono il collegamento, così da qualificarle in concreto. Il concetto avrebbe ottenuto riconoscimento normativo con l’art. 1469 *ter*, ora art. 34 cod. cons., là dove, stabilendo che ai fini della vessatorietà della clausola di un contratto del consumatore si deve fare “*riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende*”, assegnerebbe rilievo normativo alla forma di organizzazione degli interessi scelta in concreto dalle parti, dando peso alle circostanze e al nesso di collegamento o di dipendenza tra i vari segmenti dell’operazione economica sottesa. L’interprete, peraltro, dovrebbe leggere il contratto attraverso la lente dell’operazione economica in ogni caso, cioè anche al di fuori dei casi nei quali la legge vi attribuisce espressa rilevanza.

⁴¹ *Amplius infra*, Cap. V, § 4 ss.

⁴² Cfr. gli artt. 52-59 cod. cons. con riguardo ai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali (per cui v. anche *infra*, Cap. VI, § 2.6). Per una trattazione organica, pur non aggiornata alle modifiche apportate dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 e dal d.lgs. 7 marzo 2023 n. 26, cfr. G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2008, 574 ss. e A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, 2011, Milano, 956 ss.

⁴³ Sull’interazione tra contratto e clausole generali cfr. da ultimo AA.VV., *Contratto, clausole generali e principi*, a cura della Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2024.

⁴⁴ In particolare, la norma secondo la quale “*Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene eseguita ai sensi dell’articolo 61 e che si manifesta entro due anni da tale momento*” (art. 133, 1° comma cod. cons.) comporta che, in deroga al principio sistematico per cui l’acquisto della proprietà da parte del compratore segna l’assunzione di ogni rischio connesso al bene, il ri-

Eppure, se questi fattori possono indurre scetticismo circa la corrispondenza del paradigma codicistico del contratto alla molteplicità delle fisionomie che il contratto assume entro le discipline speciali, è forse più meditata la considerazione che la disciplina generale del contratto (relativa al procedimento di formazione, ai requisiti, all'efficacia e alle patologie dell'atto e del rapporto) conservi un alto grado di espansività fuori dai confini della cittadella codicistica grazie agli artt. 1323 (“*Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo*”) e 1469 bis (“*Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore*”) e, così, un'elevata capacità ordinante. Ciò al pari di come, negli altri ambiti di disciplina, il codice civile continua a essere il pianeta rispetto al quale le varie leggi speciali e gli stessi codici di settore orbitano, a mo' di satelliti che senza il primo sarebbero un'accozzaglia caotica e informe (per rimanere alla metafora, degli asteroidi vaganti nell'universo del diritto). Del resto, le meta-norme appena citate⁴⁵ trovano corrispondenza nelle meta-norme del codice del consumo che rinviano al codice civile, per quanto ivi non previsto, ora espressamente (per la disciplina dei contratti del consumatore: art. 38 cod. cons. [*“Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del*

schio di difetti di conformità che vengano in essere dopo il passaggio della proprietà ma prima della consegna (purché si manifestino entro due anni da quest'ultima) grava sul venditore. Va tenuto conto, però, che la vendita di beni di consumo è, nella gran parte dei casi, vendita di cose generiche, seriali e fungibili, individuate tramite la consegna al consumatore: di conseguenza, la possibilità che la proprietà passi al compratore prima della consegna (che comporta individuazione) e che la responsabilità per un difetto di conformità successivo continui, nondimeno, a gravare sull'alienante vale nei casi rari di vendita di un bene di consumo di specie (si pensi a un mobile d'antiquariato). Quanto detto consente di comprendere appieno anche la portata dell'art. 63 cod. cons., secondo cui “*Nei contratti che pongono a carico del professionista l'obbligo di provvedere alla spedizione dei beni il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni, per causa non imputabile al venditore, si trasferisce al consumatore soltanto nel momento in cui quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, entra materialmente in possesso dei beni*” (1° comma), con il limite per cui “*il rischio si trasferisce al consumatore già nel momento della consegna del bene al vettore qualora quest'ultimo sia stato scelto dal consumatore e tale scelta non sia stata proposta dal professionista, fatti salvi i diritti del consumatore nei confronti del vettore*” (2° comma). Posto che secondo il regime generale il rischio del perimento del bene di genere passa sull'acquirente a partire dall'individuazione, che segna il momento del trasferimento della proprietà e alla quale è assimilata la consegna all'acquirente o la rimessione al vettore nel caso di vendita con spedizione (artt. 1465, 3° comma, 1378, seconda parte, e 1510, 2° comma), la norma consumeristica vi deroga nel senso che se la scelta del vettore è stata fatta dal professionista (o dal consumatore, ma su indicazione del professionista) quest'ultimo è responsabile del perimento o del danneggiamento che intervenga fino al momento della consegna al consumatore, nonostante che dal momento in cui la cosa è stata affidata al vettore egli non sia più proprietario.

⁴⁵ La qualificazione dell'art. 1323 (al pari che dell'art. 1324) come meta-norma è di U. BRECCIA, *Disposizioni preliminari*, in *Comm. Gabrielli*, Dei contratti in generale, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, 150.

codice civile”] e art. 67, 2° comma [“*Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti*”]), ora implicitamente (in materia di pratiche commerciali scorrette, l’art. 19, 2° comma, lett. a) fa salva “*l’applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto*”) ⁴⁶⁻⁴⁷.

Necessità di cautela nel formulare letture delle novità che relegano in secondo piano la disciplina codicistica

In generale, poi, occorre sempre cautela nell’effettuare diagnosi inclini alla generalizzazione. Da una parte, la constatazione di processi in atto entro certi settori non deve indurre a predicarne la generalità, universalizzandoli. Così, esemplificativamente, che entro determinati ambiti si assista a un accrescimento quantitativo delle norme legali cogenti che disciplinano il rapporto contrattuale non significa che, al di fuori di questi ambiti, l’autonomia contrattuale si assottigli e che le norme che la esplicano diventino, quindi, obsolete. D’altra parte, la stessa lettura del fenomeno nuovo, là dove esso effettivamente si registra, non deve spingere a forzature concettuali, compiute che siano per leggerezza o per deliberata volontà di proclamare il sovvertimento dei principi consolidati. Così, esemplificativamente, l’aumento delle ipotesi di mancata corrispondenza tra gli effetti voluti dalle parti e gli effetti stabiliti e garantiti dall’ordinamento può effettivamente far parlare di una riduzione del *proprium* dell’autonomia contrattuale, ma non smentisce l’essenza dell’autonomia negoziale come potere – non di dare, ma – di sottoporre a regola i propri interessi. Ancora, le linee di sviluppo delle discipline speciali devono essere attentamente soppesate, per valutare se esse, anziché costituire stravolgimento dei principi del codice, ne siano in qualche misura svolgimento e adeguamento a realtà nuove ⁴⁸.

⁴⁶ Si aggiunga, in materia di vendita di beni di consumo, l’art. 135 *septies* cod. cons.: “*Per quanto non previsto dal presente capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno*”.

⁴⁷ Per un’applicazione pratica del cumulo tra le due discipline, v. *infra*, Cap. V, § 4.1.

⁴⁸ In questa prospettiva A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 22 ss., inventariando alcuni aspetti delle discipline nuove, osserva che: a) gli obblighi informativi precontrattuali stabiliti *ex lege* nella disciplina consumeristica non contraddicono, ma sviluppano la logica dell’art. 1337; b) il recesso di pentimento, applicandosi ai soli contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali e non a tutti i contratti del consumatore, non stravolge la logica del vincolo contrattuale di cui all’art. 1372; c) la nullità relativa non destruttura la nullità come conosciuta dal codice civile; d) non c’è una categoria unitaria di contratti dell’imprenditore debole (il c.d. terzo contratto), con una propria disciplina, sicché anche da questo punto di vista non ne risulta pregiudicato “*il rilievo aggregante della parte generale dei contratti*”. Condividiamo, nella sostanza, questi rilievi, salvo dire, *sub c)*, che la nullità relativa, che a nostro avviso devia sensibilmente dalla nullità codicistica, riproduce – sotto il profilo della sua parzialità necessaria – in modo tecnicamente diverso la funzione dell’inefficacia (o mancata apposizione) delle clausole vessatorie non sottoscritte *ex art.* 1341, 2° comma e, così, si rivela non lontana dalla logica codicistica, estendendola ad altra nozione di vessatorietà. In senso parzialmente diverso G. D’AMICO, *Il contratto o i contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 409 ss., il quale reputa che la parte generale del contratto (artt. 1321-1469) è tuttora attuale nel duplice senso di costituire la ne-

Peraltro, anche ad ammettere la perdita d'attualità o di forza aggregante di una parte della disciplina generale del contratto, ciò non implica affatto una correlativa perdita d'attualità o di capacità esplicativa della nozione di contratto. Con ciò non si vuole alludere alla circostanza, piuttosto evidente, per cui del contratto come categoria giuridica dell'accordo patrimoniale non si possa fare a meno, come si è efficacemente osservato col dire che *“il contratto nelle sue inesauste e inesauribili possibilità di adattamento, sembra eterno, come è eterna la necessità di un'intesa fra gli uomini”*⁴⁹. Ci si vuole riferire proprio alla nozione di contratto racchiusa nel combinato disposto degli artt. 1321 e 1325, per significarne la persistente attualità. Altro, infatti, è ravvisare qualche processo di tensione o di ripensamento in ordine ad alcuni dei requisiti del contratto, altro è diagnosticare la sopravvenuta inadeguatezza della sua definizione normativa a darne una visione d'insieme ancora vivida e realistica. Qui non vale la massima *simul stabunt vel simul cadent*. Da questo punto di vista, la circostanza che la recente riforma francese del diritto dei contratti, nel riformulare la nozione di contratto, abbia scelto di introdurre una definizione ispirata al principio dell'accordo di volontà (*“Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations”*: art. 1101 *code civil*), sostituendola a quella originaria del 1804 che non ne faceva menzione (*“Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”*), riaccridita anzi la centralità di un paradigma generale del contratto come negozio giuridico, in una linea di continuità col passato che non significa resa acritica alla tradizione, ma persistenza di ciò che è vitale entro nuove coordinate di contesto e di disciplina. Soprattutto, se non si vuole cedere al resistibile fascino del diagnosticare crisi o declini, senza introdurre proposte per una rifondazione del modello di cui si discute, è difficile negare che, ammessa e non concessa l'obsolescenza della stessa definizione dell'art. 1321, non è affatto chiaro come dovrebbe atteggiarsi un'ipotetica nuova definizione di contratto. Si può, allora, convenire con chi – proprio a questo proposito – ha concluso che *“è meglio continuare a farsi accudire da un vecchio e fidato servitore, che correre il pericolo di finire sotto le grinfie di un nuovo e incerto padrone”*⁵⁰.

cessaria base della disciplina dei singoli tipi contrattuali (salvo essere stata dettata tenendo in conto più i contratti di scambio, a effetto istantaneo e individuali che quelli con comunione di scopo, di durata e di massa) e di essere centrale innanzi a discipline del contratto contenute in codici di settore e discipline di mercati regolamentati che ne costituiscono adattamenti e integrazioni e non alternative, mentre essa “cede il passo” innanzi al codice del consumo, nel senso che questo assurge a statuto generale del contratto del consumatore, *“divenuto ormai autonomo ed alternativo rispetto a quello contemplato nel codice civile”* (419).

⁴⁹ Sono le note parole di F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1.

⁵⁰ E. GABRIELLI, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli*