

4. Il negozio giuridico

- 4.1 La dottrina tedesca
- 4.2 La dottrina italiana
- 4.3 Il codice civile
- 4.4 Il diritto europeo
- 4.5 Classificazioni
- 4.6 Il contratto
- 4.7 I negozi unilaterali
- 4.8 I negozi plurilaterali
- 4.9 Gli atti composti
- 4.10 Il negozio di accertamento
- 4.11 La retroattività negoziale

4. Il negozio giuridico

Nel diritto dei privati, la categoria che meglio esprime la funzione razionale propria dell'ordinamento giuridico è il negozio giuridico. L'idea di una signoria della volontà che si realizza attraverso la costituzione di un obbligo esprime superbamente la geometria del rapporto tra il potere del singolo e il vincolo nascente dal principio di non contraddizione.

Il tema dell'indagine riguarda i meccanismi giuridici attraverso i quali è possibile riconoscersi un collegamento tra la volontà umana e la produzione di effetti ad essa conformi nel mondo del diritto, nei quali si concretizza l'autonomia dei privati.

L'ambito di ricerca si snoda su due piani:

- sul piano statico vengono in rilievo il binomio eteronomia/autonomia e il rapporto fatto/norma;
- sul piano dinamico emerge il problema del passaggio dal fatto alla norma e, in particolare, il ruolo della volontà nella fattispecie normativa e il concreto meccanismo di produzione degli effetti del negozio.

I due piani convergono a forgiare l'interrogativo fondamentale, poiché la rilevanza del negozio postula non già il classico meccanismo di produzione giuridica, dove il fatto – ancorché voluto – rappresenta il mero presupposto della norma, cui sola compete di statuire l'effetto, ma quello in cui il fatto è l'impulso vitale, sì da assurgere a potere di produzione giuridica, che l'ordinamento riconosce come tale.

Come si può impostare il rapporto fatto-norma quando il «fatto» è la volontà privata creatrice dell'effetto giuridico? La soluzione, come vedremo, è nella causalità giuridica, che è concetto

diverso da quello di causalità normativa, stando a designare non un nesso logico di implicazione normativa, ma il rapporto di derivazione tra due entità giuridiche.

[...]

4.3 Il codice civile

Il codice civile del 1942 non contiene alcun riferimento espresso al negozio giuridico. Questa scelta è stata letta da taluno come rifiuto¹ o ripudio² della categoria.

Queste posizioni non appaiono corrette già per ragioni di ordine storico:

a) la presenza³, all'interno della commissione redigente, di insigni protagonisti della diffusione del negozio giuridico in Italia, quali Emilio Betti, Giuseppe Messina, o Filippo Vassalli, i quali non potevano e non possono ritenersi ostili alla categoria del negozio, avendo contribuito per primi con le loro opere ad innalzarne gli onori;

b) i costanti riferimenti nella Relazione ministeriale alla categoria del negozio giuridico, essendo chiarito come la mancata esplicitazione sia dovuta non alla negazione della sua valenza ricostruttiva generale, bensì a una scelta metodologica, volta a regolare non il negozio giuridico in generale, quanto *“quel negozio giuridico centro della vita degli affari che si chiama contratto”* (Paragrafo 604).

Volendo spingersi ad approfondire le motivazioni di tale scelta, occorre considerare come durante il ventennio fascista si indirizzò ogni aspetto della vita sociale alla realizzazione degli obiettivi ideologici e di partito. Ponendo l'ideologia corporativa al vertice degli interessi dello Stato le esigenze della produzione nazionale, diversamente dagli interessi mercantili della seconda metà dell'ottocento, tra i quali si era sviluppato il concetto negoziale, inevitabilmente si ritenne prioritario garantire la rapida circolazione di merci e capitali e l'aumento esponenziale delle vendite, piuttosto che l'astratto dogma volontaristico, garantendo una valutazione oggettiva e funzionale dei singoli e delle dichiarazioni, nella quale il privato poteva riporre il proprio affidamento. Donde la preferenza per una categoria meno astratta e speculativa, e più concreta e vicina all'esperienza empirica del privato, sorretta da un rigido principio causalistico, quale tecnica

¹ Così F. GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in *‘Categorie giuridiche e rapporti sociali- il problema del negozio giuridico*, AA. VV., a cura di C: Salvi, Milano, 1978, pag. 75.

² Così E. ROPPO, in *Negozio giuridico, stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo* in *“Categorie giuridiche e rapporti sociali - il problema del negozio giuridico*, AA. VV., a cura di C: Salvi, Milano, 1978, pag. 212

³ Cfr. V. SCALISI *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB* in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; anche *Enciclopedia del diritto* sub voce: *Negozio Giuridico (Teoria del)*, Roma, 1988, Giuffrè; e GIOVANNI B. FERRI, *Digesto delle discipline privatistiche*, voce: *Negozio giuridico*, Utet, 1995.

di controllo dello Stato, che limita tanto quella volontà sconfinata del privato, quanto la sua celebrata autonomia.

Tutto ciò è mirabilmente tratteggiato nel paragrafo 604 della Relazione: *«In luogo del concetto individualistico di signoria della volontà l'ordine nuovo deve accogliere quello proprio di autonomia del volere. L'autonomia della volontà non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona, e nell'orbita che questo governa»*.

È evidente che, comunque, la prospettiva adottata dal codice risponde ad una visione dell'ordinamento come potere sovrastante i privati, e dal quale esclusivamente i privati stessi possono ottenere la concessione di sfere di autonomia. È evidente, altresì, l'esigenza (più politica che tecnica) del superamento dell'individualismo, per l'affermazione del primato della legge, tanto dal punto di vista logico quanto da quello dell'ordinamento positivo.

Ciò nondimeno il legislatore sembra avere ben chiaro il ruolo del negozio giuridico nel diritto dei privati, lasciandolo alla sua sede naturale, che è quella dell'interpretazione sistematica e della ricostruzione dogmatica.

In tal senso può leggersi la previsione dell'art. 1324 c.c., che estende la disciplina del contratto agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale⁴, e la possibilità di un'ulteriore estensione agli accordi a contenuto non patrimoniale: *«Secondo l'art. 1321 del c.c., inoltre, solo un rapporto giuridico patrimoniale può costituire il contenuto del contratto. La conseguenza è che resta fuori dalla diretta disciplina del titolo secondo del libro delle obbligazioni una categoria imponente di negozi giuridici il cui contenuto non può valutarsi economicamente, come, ad esempio, i negozi di diritto familiare: questi non sono sostanzialmente omogenei rispetto agli altri che hanno un oggetto patrimoniale, e quindi anche a loro disciplina deve essere in gran parte diversa. Per tali rapporti si farà capo alle regole concernenti i contratti nei limiti in cui ciò risulti possibile; e infatti le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art. 1324 del c.c., che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico. Analogamente la disciplina sostanziale del contratto si estende agli accordi, salvo per ciò che concerne le particolarità che questi presentano (ad esempio, nella formazione e negli effetti)»⁵.*

⁴ Ad esempio, come sottolineato da GIOVANNI B. FERRI, *op. ult. cit.*, la promessa unilaterale al paragrafo 781 della Relazione al codice civile viene definita una *“sottospecie della categoria, assai più ampia del negozio giuridico unilaterale”*. O, ancora al paragrafo 793, a proposito dell'art. 2043 del codice civile, si leggerà: *“è sembrata più esatta la denominazione di fatti illeciti anziché di atti illeciti perché in altra parte del libro delle obbligazioni con la voce atti si sono designati i negozi giuridici”*.

⁵ *Relazione al codice civile*, paragrafo 602.

Se ne deduce che l'estensione a tutti i negozi divergenti da quelli cui si riferisce l'art. 1324 c.c. potrebbe avvenire non a titolo di analogia, ma sulla base dello stesso meccanismo previsto da detta disposizione⁶.

L'Autore che nel periodo immediatamente successivo all'emanazione del codice ha studiato più intensamente il negozio giuridico, ha ravvisato nella scelta di disciplinare contratto piuttosto che il negozio la fedeltà alla tradizione italiana, ispirata al *còde Napoleon* e alla dottrina francese, accostandovi, però, discipline di altre figure notoriamente definite come specie negoziali, quali il testamento, il matrimonio, le promesse unilaterali, al fine di consentire alla dottrina, che stava maturando familiarità con l'elaborazione pandettistica, di sviluppare la categoria generale del negozio, attraverso un processo di esegesi e di astrazione delle singole figure previste nel codice⁷.

Questo essendo in sintesi il panorama delle opinioni in argomento, l'esame del diritto positivo conferma la presenza, ed anzi la centralità, della categoria del negozio giuridico nel diritto privato italiano.

La disposizione di legge decisiva è l'art. 1321 c.c., perché essa eredita la definizione pandettistica del negozio quale «*dichiarazione di volontà diretta alla produzione di effetti giuridici*». Il raffronto con la definizione legale di contratto conduce, infatti, a una perfetta sovrapposizione dei due concetti, al netto degli elementi aggiuntivi della bilateralità e della patrimonialità. Il contratto, cioè, non è solo una specie del negozio (precisamente un negozio bilaterale e patrimoniale), ma appare identificarsi con l'essenza del negozio giuridico.

La sovrapponibilità di concetti così lontani nel tempo dipende proprio dalla grandezza della costruzione pandettistica, capace di creare una categoria assoluta, una geometria concettuale, più che un vero e proprio istituto giuridico, capace di adeguarsi a strutture socio-economiche e sistemi normativi diversi.

Infatti la pandettistica non aveva elaborato una struttura analoga a quella contemplata dall'art. 1325 c.c., ossia una struttura di tipo analitico, bensì una struttura di tipo ideale, i cui elementi erano tutti attributi della volontà:

- a) la volontà;
- b) la manifestazione della volontà all'esterno;
- c) la trasmissione della volontà al destinatario;
- d) la direzione della volontà a uno scopo pratico;
- e) la produzione degli effetti giuridici.

⁶ R. SCONAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, pag. 10.

⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952 (rist. 1960), pag. 2

Tra la fattispecie e gli effetti giuridici sussiste un rapporto causale, regolabile nell'*an* e nel *quando* attraverso gli elementi accidentali della condizione e del termine.

Soltanto in un secondo momento fu studiata la 'composizione' dell'entità negoziale, ravvisando l'oggetto nell'entità su cui cadeva la dichiarazione di volontà, la causa nella formalizzazione giuridica dello scopo pratico perseguito, la forma nella modalità di manifestazione e trasmissione della volontà.

Ulteriore spia della ammissibilità nel diritto positivo della categoria negoziale è la presenza di "*disposizioni preliminari*" in materia di contratto (art. 1322 e ss.), che fungono da principi generalissimi della materia e permettono l'estensione della disciplina contrattuale ad altre figure negoziale.

Anche il codice del consumo richiama le disposizioni generali sul contratto, tra cui quelle preliminari, dichiarandole applicabili ai contratti del consumatore, se non diversamente disposto.

Infine non si può trascurare che l'intero codice civile è disseminato di figure negoziali, che presentano, pur nella molteplice varietà di natura e contenuto, tratti essenziali comuni.

Le obiezioni aprioristiche alla teoria del negozio giuridico sono tre:

- 1) eccesso di generalizzazione: la categoria pretende di unificare atti tra loro profondamente diversi, quali contratto, matrimonio, testamento;
- 2) eccesso di astrazione: il negozio giuridico non è un istituto ricavato dalle norme ma una creazione speculativa, immobilizzata in una forma assoluta, senza tempo e senza spazio, che non si confronta né con i mutamenti del diritto positivo, né con le funzioni che dovrebbe svolgere;
- 3) circolo vizioso: la struttura è ricavata dalla patologia e viceversa, nel senso che sono considerati elementi essenziali del negozio quelli la cui mancanza determina nullità, la nullità è determinata dalla mancanza dei requisiti essenziali del negozio.

Queste obiezioni sono infondate:

1) Per sostenere l'inammissibilità di una categoria unitaria occorrerebbe dimostrare un rapporto di incompatibilità tra le singole figure e la categoria generale, non già l'incompatibilità tra le singole figure. Se il negozio è A, contratto, matrimonio e testamento sono A1, A2, A3, non è vero che l'incompatibilità tra A2/A3 e A1 implica l'incompatibilità tra A2/A3 e A. Infatti tra negozio e matrimonio o tra negozio e testamento esiste un rapporto di specialità. Né vale argomentare in senso contrario dall'art. 1324 c.c., secondo cui "*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*". Esso neppure dimostra l'incompatibilità tra la disciplina del contratto e quella del matrimonio o del testamento, limitandosi a precludere la verifica di compatibilità in tali casi.

2) Un certo grado di astrazione è inevitabile in qualunque teoria, ma occorre distinguere la teoria

del negozio giuridico come speculazione, dalla teoria del negozio giuridico come costruzione di una categoria destinata ad operare nell'interpretazione e sistemazione dell'ordinamento giuridico. Oggetto di interpretazione è la disposizione normativa, la teoria entra in gioco come strumento ermeneutico, nell'ambito dei criteri legali.

3) L'identificazione degli elementi essenziali avviene sulla base degli enunciati di partenza delle diverse teorie. La concezione strutturale dell'invalidità conduce a ravvisare nullità in ipotesi di mancanza, annullabilità in ipotesi di vizio, ma non vi è alcuna tautologia.

Ammessa la categoria del negozio giuridico, si pone la questione circa il metodo di studio. Al riguardo sono possibili due impostazioni: una di tipo deduttivo, cioè dal generale al particolare, l'altra di tipo induttivo, dal particolare la generale. Non essendovi una disciplina generale del negozio, la prima strada sembra impraticabile. Tuttavia è possibile utilizzare il contratto come modello di negozio e trarne indicazioni di carattere generale, verificandone la validità quando si esaminano le altre figure negoziali.

La normativa sul contratto permette, innanzitutto, di analizzare la validità della teoria precettiva, ancor oggi prevalente nella dottrina italiana.

Limitando l'indagine al ruolo che svolge la volontà nella statica e nella dinamica del contratto, sono da prendere in considerazione gli artt. 1326, 1362, 1372, 1374 c.c.

Ai sensi dell'art. 1326 *“Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. L'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi. Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte. Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa. Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta”*.

La disposizione detta la norma principale in ordine alla conclusione dell'accordo e sembra accreditare il dogma della volontà, con i correttivi della teoria della dichiarazione, poiché individua il momento di perfezionamento del consenso nell'incontro delle volontà. Questa esegesi, però, è parziale, poiché non considera che il legislatore fissa un modello normativo di incontro delle volontà. L'accordo non si realizza quando quasi idealmente due moti d'animo si sposano, ma quando si compie la fattispecie legale.

Ai sensi dell'art. 1362 c.c. *“Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”*.

Questa disposizione appare decisamente accreditare la teoria della volontà, facendo riferimento alla “intenzione”. Tuttavia, in primo luogo l’intenzione è quella comune alle parti, il che di per sé esclude qualsiasi lettura in senso psicologico della volontà; in secondo luogo il termine sta indicare non tanto la scelta individuale, quanto l’obiettivo assetto di interessi negoziale che le parti hanno perseguito, come si evince sia dalla distinzione tra comune intenzione e lettera del testo contrattuale, sia dalla rilevanza assegnata al comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.

Ai sensi dell’art. 1372 c.c. *“Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”*.

Questa disposizione è il punto di forza della teoria precettiva, affermando metaforicamente l’efficacia normativa del contratto. Il concetto era ben presente ai compilatori del codice: *«Il primo comma dell’art. 1372 che riproduce, sostanzialmente, l’art. 1123 del codice del 1865, intende affermare il carattere giuridico del rapporto convenzionale, nei limiti posti all’autonomia delle parti, dall’art. 1322. L’equiparazione del contratto e della legge, quanto alla efficienza della obbligazione che ne consegue, ha un’antica tradizione. Contractus enim legem ex conventionibus accipiunt. I moderni scrittori dicono che si tratta di una formula pittoresca, ma metaforica. Alcuni autori parlano di autonomia i cui effetti sono recepiti dalla legge, altri parlano di autonomia precettiva, in contrasto con quella normativa, che nel passato regime sarebbe spettata ai contratti collettivi. A nostro avviso si tratta, più generalmente parlando, del riconoscimento esplicito da parte del legislatore che i contratti hanno giuridica efficacia e determinano obbligazioni altrettanto vincolative quanto quelle che scaturiscono dalla legge. Di qui la conseguenza che il contratto ha efficacia autonoma incondizionata, indipendente da atti o formalità ulteriori, ciò che esclude ogni ingerenza di organi pubblici o di private autorizzazioni per l’efficacia del vincolo, quante volte una legge particolare non disponga il contrario»*.

I sostenitori delle teorie soggettivistiche replicano che la disposizione null’altro sancisce che il principio *pacta servanda sunt*: i privati si rivolgono al diritto per creare sicurezza, autolimitando la propria sfera giuridica, e il diritto fornisce questa garanzia rendendo vincolante il patto.

Ai sensi dell’art. 1374 c.c. *“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità”*.

Anche questa disposizione milita a favore della teoria precettiva, poiché l’integrazione della fonte contrattuale da parte della legge avviene sul piano del regolamento negoziale. Il fenomeno è coerente con la natura precettiva del negozio, poiché un intervento eteronomo sul contratto da parte

della legge è più facilmente giustificabile se ad esso si attribuisce il valore di regola obiettiva piuttosto che di prodotto soggettivo dell'autore. I sostenitori delle teorie soggettivistiche replicano che la disposizione non smentisce ma conferma il primato della fonte contrattuale, poiché il contenuto di origine legale è definito "conseguenze" derivanti dal contratto, ossia imputate all'accordo, il quale resta l'unico fondamento degli effetti giuridici negoziali.

Come si vede, dunque, l'analisi di alcune disposizioni quadro fa emergere profili eterogenei nella statica (struttura dell'accordo) e nella dinamica (effetti dell'accordo), il che conferma come la ricostruzione teorica del negozio giuridico non possa schiacciarsi su una singola teoria, ma debba tener conto di vari formanti, che oggi sono ricompresi nella teoria normativa.

4.4 Il diritto UE

Il diritto UE disciplina in diversi suoi settori il contratto o altre tipologie di atti negoziali, ma non menziona mai il negozio giuridico, che è estraneo alle sue finalità ed all'impostazione sostanziale che lo caratterizza. In quanto diritto comune agli Stati membri dell'Unione, nato con un forte accento mercantilistico, esso evita l'uso di categorie astratte, in cui il formalismo giuridico prevale sul contenuto economico del rapporto.

In particolare, l'intervento UE nel diritto dei contratti ha sempre finalità di realizzare e tutelare la libera concorrenza all'interno del mercato, di cui il contratto rappresenta strumento fondamentale, siccome momento di incontro tra domanda ed offerta di beni o servizi, sicché risponde a logiche pragmatiche che poco spazio lasciano a costruzioni teoriche caratterizzate da elevato tasso di concettualismo.

Ciò nondimeno, l'ampia produzione normativa dell'Unione in materia contrattuale⁸ e la codificazione dei contratti del consumo, che ha dato luogo a un autentico microsistema del diritto civile, suggeriscono la possibilità di individuare direttrici di più ampio respiro.

Il tema va rinviato all'apposito capitolo, ma possono anticiparsi alcune considerazioni strettamente attinenti al negozio giuridico.

I *Principi Acquis* in materia di contratti⁹ forniscono indicazioni preziose:

⁸ Non solo i contratti che si riferiscono ai rapporti di consumo e a taluni rapporti tra le imprese nei quali rileva la posizione squilibrata di una delle parti, ma anche quelli relativi al commercio elettronico, ai rapporti bancari, all'intermediazione finanziaria, alle assicurazioni, alle società commerciali, alle associazioni, alle libere professioni, ai rapporti di lavoro e a quelli societari.

⁹ I *Principles of the Existing EC Contract Law – Acquis Principles* ("Principi del vigente diritto comunitario dei contratti", o senz'altro, "Principi Acquis") è un testo di principi elaborato da un gruppo di studio, costituito nel 2002 su iniziativa della Commissione della Comunità Europea (denominato Research Group on the Existing EC Private Law – Acquis Group), composto da accademici europei di varia provenienza coordinati dal Prof. Hans Schulte-Nölke, il quale si propone di sintetizzare i principi ricavabili dall'attuale diritto comunitario primario e derivato in materia di contratti,

- l'art. 4:101 stabilisce che *“Un contratto è concluso se le parti intendono essere giuridicamente vincolate e raggiungono un sufficiente accordo”*;

- l'art. 4:107 stabilisce che *“(1) Una valida promessa o un impegno unilaterale vincola il dichiarante se costui intendeva essere giuridicamente vincolato in assenza di accettazione. (2) Se una promessa unilaterale è vincolante, le disposizioni in materia di diritto dei contratti che proteggono specificamente una parte si applicano in suo favore”*.

Ne risulta che il fondamento del contratto e dei negozi unilaterali viene ravvisato nella volontà di impegnarsi, che crea un vincolo per chi effettua la dichiarazione (si intravede l'assonanza con la teoria precettiva); nonché l'applicazione delle norme contrattuali alle promesse unilaterali (similmente a quanto stabilito dall'art. 1324 c.c.).

Vi sono dunque elementi suggestivi della compatibilità del diritto UE con la categoria negoziale.

Tuttavia l'art. 1:101 prevede:

“(1) I principi e le regole seguenti sono formulati sulla base del diritto della Comunità Europea in vigore nel settore dei contratti.

(2) Questi principi e regole servono come fonte per la redazione, la trasposizione e l'interpretazione del diritto della Comunità Europea.

(3) Essi non sono destinati a ricevere applicazione nei settori del diritto del lavoro, societario, di famiglia o delle successioni”.

Il par. 3 fissa, dunque, l'inapplicabilità dei principi uniformi ai contratti in materia di lavoro, società, famiglia, successioni, che milita in senso opposto alla *vis* espansiva tipica di concetti espressivi di una categoria generale.

Indicazioni utili provengono altresì dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La sentenza 20 gennaio 2005, C-27/02 affronta il caso di un consumatrice austriaca che riceve da una società di vendita per corrispondenza tedesca una lettera con allegato un buono di pagamento da restituire debitamente compilato al fine di ottenere il premio vinto e un catalogo dei prodotti commercializzati da tale società, accompagnato da un modulo di domanda di prova senza impegno. La beneficiaria era invitata a trasmettere il buono di pagamento e il modulo di domanda di prova senza impegno.

ponendosi, in questa veste, come un modello di riferimento per il perfezionamento del diritto comunitario da parte innanzitutto del legislatore europeo nonché come uno strumento che possa favorire la corretta ed armonica interpretazione ed applicazione del diritto comunitario negli Stati Membri. Il lavoro del Gruppo dell'Acquis è inoltre in buona parte confluito all'interno della Bozza Accademica di Quadro Comune di Riferimento (Draft Common frame of Reference), presentata nel dicembre 2008 alla Commissione Europea e che potrebbe in un prossimo futuro essere adottata, in tutto o anche solo in parte, come testo ufficiale di Common frame of Reference, e divenire quindi ufficialmente un insieme di principi e regole di riferimento per tutti i giuristi europei nell'interpretazione, applicazione e nell'armonizzazione del diritto europeo dei contratti.

L'interessata rispedisce il buono di pagamento compilato nelle parti indicate, però non ordina alcunché del catalogo.

La società non paga il premio, la signora agisce di fronte ai giudici austriaci.

La questione approda alla Corte di Giustizia per la soluzione del problema di giurisdizione, venendo il rilievo la Convenzione di Bruxelles del 1968 per cui la Corte di Giustizia era chiamata a qualificare questo rapporto, ipotizzandosi tre soluzioni: contratto del consumatore, obbligazione contrattuale, obbligazione da delitto o quasi delitto.

La Corte di Giustizia, ritenuto che il pagamento del premio non fosse subordinato all'ordinativo dei beni commercializzati, esclude che si verta in materia di contratti del consumatore, perché esclude ancor prima che si tratti di un contratto, osservando come la spedizione del solo buono di pagamento non implicasse assunzione di alcun obbligo contrattuale da parte dell'interessata.

In ordine all'esistenza di un'obbligazione contrattuale in senso generico, la Corte precisa che, sebbene l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non esiga la conclusione di un contratto, nondimeno si rende indispensabile individuare un'obbligazione, posto che la competenza giurisdizionale è determinata, in materia contrattuale, in relazione al luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. L'applicazione della norma speciale sulla competenza prevista in materia contrattuale dal detto art. 5, punto 1, presuppone la determinazione di un obbligo giuridico liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra.

Quindi la nozione di obbligazione in materia contrattuale nella Convenzione di Bruxelles finisce per coincidere con quella di assunzione negoziale, comprendendo anche le promesse unilaterali.

Prosegue la Corte con un'argomentazione di estremo interesse ai fini della presente analisi:

«52. In proposito, il giudice del rinvio ha constatato che nella fattispecie, da un lato, un venditore professionista ha inviato di propria iniziativa al domicilio di un consumatore, in assenza di qualsiasi richiesta da parte di quest'ultimo, una lettera che lo designava per nome come vincitore di un premio.

53. Un invio di questo tipo, fatto a destinatari e con mezzi scelti dal mittente, che trova origine nella sola volontà del suo autore, è pertanto idoneo a costituire un impegno «liberamente assunto» ai sensi della giurisprudenza ricordata al punto 50 della presente sentenza.

54. Inoltre, secondo il giudice del rinvio, una promessa di vincita fatta in siffatte circostanze da un professionista, che non ha chiaramente evidenziato l'esistenza di un'alea, ovvero ha utilizzato espressioni atte a trarre in errore il consumatore per indurlo a stipulare un contratto acquistando i prodotti offerti da tale operatore, poteva ragionevolmente far credere alla destinataria della lettera che un premio le sarebbe stato attribuito qualora avesse restituito il «buono di pagamento» allegato.

55. *In ogni caso, risulta dal fascicolo inviato dal giudice del rinvio che la destinataria della missiva controversa ha espressamente accettato la promessa di vincita fatta in suo favore chiedendo il versamento del premio da essa apparentemente vinto.*

56. *Quantomeno a partire da tale momento, l'atto volontariamente posto in essere da un professionista in circostanze quali quelle della causa principale deve essere analizzato come un atto idoneo a costituire un impegno che vincola il suo autore come materia contrattuale».*

In tal modo la Corte di Giustizia, superata la questione se si trattasse di una promessa unilaterale, efficace già dal momento in cui previene a conoscenza del destinatario, ovvero se essa richiedesse un'accettazione, ravvisa un'obbligazione contrattuale, sul postulato che la promessa fatta dal professionista trova origine nella volontà del suo autore.

Il diretto riferimento, quale fonte del vincolo giuridico, alla volontà di chi effettua una dichiarazione impegnativa a contenuto patrimoniale, evoca il fondamento del negozio giuridico, tanto più che la Corte di Giustizia isola la promessa effettuata dalla società di vendita per corrispondenza, non cercandone neanche la giustificazione causale, ma ragionando solo in termini di nuda dichiarazione di volontà.

Aggiunge che «59. *Per i motivi esposti dall'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, è priva di pertinenza in proposito la mera circostanza che il venditore professionista non avesse effettivamente l'intenzione di consegnare il premio promesso al destinatario della sua lettera».*

Questa altro non è che l'affermazione dell'irrelevanza della riserva mentale, patrocinata dalla teoria della dichiarazione.

Nella sentenza 9 marzo 2006 C-499/04 la Corte di Giustizia ha affermato: «*solo in deroga al principio dell'autonomia della volontà che caratterizza il contratto in caso di trasferimento d'impresa, al fine di evitare un deterioramento dei diritti spettanti al lavoratore dipendente sulla base del suo contratto di lavoro e del contratto collettivo di cui era parte il datore di lavoro cedente (ma non il datore di lavoro cessionario dell'impresa), il legislatore comunitario ha stabilito la continuità del rapporto».*

Naturalmente non si vuole attribuire al diritto UE, legislativo o giurisprudenziale, l'adozione della categoria del negozio giuridico, quanto cogliere l'immanenza dei suoi principi fondamentali, enunciati dalle diverse teorie succedutesi nella pandettistica, nelle trattazioni dei rapporti giuridici volontari.

4.5 Classificazioni

Nella struttura del negozio giuridico tradizionalmente si distinguono elementi essenziali, elementi naturali, elementi accidentali: i primi devono essere presenti perché venga ad esistenza il negozio; i secondi sono ordinariamente presenti in alcune tipologie negoziali (es. garanzia per i vizi della cosa nel contratto di vendita, compenso nel contratto d'opera intellettuale), ma possono essere esclusi dalle parti; i terzi (condizione, termine, modo) sono eventualmente presenti, se inseriti dalle parti.

Gli elementi essenziali sono:

- a) soggetto;
- b) volontà;
- c) causa;
- d) oggetto;
- e) forma.

Lo studio di questi elementi viene svolto in sede di contratto o, per i profili specifici a singoli negozi, in sede di trattazione dei medesimi.

Sulla base degli elementi essenziali sono possibili le seguenti principali classificazioni.

In base ai soggetti sono ipotizzabili:

- negozi unilaterali, se l'effetto si produce per volontà di un solo soggetto;
- contratti, se l'effetto si produce per volontà di più soggetti che si incontrano;
- negozi plurilaterali, se l'effetto si produce per volontà di più soggetti che si sommano;
- negozi composti (atto collegiale, atto collettivo, atto complesso), se l'effetto si produce per volontà di più soggetti che si uniscono.

In base alla volontà sono ipotizzabili:

- negozi consensuali o reali, secondo che il perfezionamento avvenga al momento dell'accordo o della consegna;
- negozi taciti o espressi, secondo che la volontà possa essere manifestata anche in forma indiretta o no;

In base all'oggetto sono ipotizzabili:

- negozi patrimoniali o personali, secondo che abbiano contenuto suscettibile di valutazione economica o no;
- negozi onerosi o gratuiti, secondo che la prestazione sia svolta dietro corrispettivo o no.

In base alla causa sono ipotizzabili:

- negozi *inter vivos* o *mortis causa*, secondo che l'effetto sia funzionalmente collegato alla vita o alla morte di chi lo dispone;
- negozi tipici o atipici, secondo che siano previsti e disciplinati dalla legge o no;
- negozi causali o astratti, secondo che ai fini della validità sia necessaria la causa o no.

- negozi di scambio o associativi, secondo che le prestazioni sia corrispettive o rivolte ad uno scopo comune.

In base alla forma sono ipotizzabili:

- negozi a forma libera;
- negozi a forma scritta;
- negozi solenni, quali matrimonio ed atto pubblico.

L'efficacia può essere:

- costitutiva;
- estintiva;
- modificativa;
- dichiarativa.

In base al tipo di effetto costitutivo sono ipotizzabili:

- negozi a effetti reali, quando il negozio determina la costituzione della proprietà o di un diritto reale ovvero il trasferimento di un diritto, qualora la costituzione o il trasferimento si producano al momento del perfezionamento del negozio;
- negozi a effetti obbligatori, quando il negozio determina la costituzione di un rapporto obbligatorio;
- negozi a effetti autorizzatori, quando il negozio determina la costituzione di un rapporto potestativo.
- negozi a effetti istantanei o di durata, secondo che gli effetti si producono immediatamente o in via continuata o periodica.

4.6 Il contratto

L'art. 1321 c.c. ("nozione") dispone che *"Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"*.

L'art. 1325 c.c. ("indicazione dei requisiti") dispone stabilisce che *"I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità"*.

È il raffronto tra queste due disposizioni a scolpire la natura dell'istituto

L'art. 1321 c.c. enuncia lo schema formale del fatto giuridicamente rilevante "contratto", di cui l'accordo è l'elemento esclusivo, atteso che gli altri sono suoi attributi, ricalcando la nozione classica di negozio giuridico, assorbita dall'elemento della volontà. "Accordo" è, infatti, la dichiarazione plurilaterale di volontà attraverso cui i privati esercitano il potere di dare vita a

rapporti giuridici e coincide con il “*contratto*”. La norma infatti pone i due termini in una relazione di identità: contratto = accordo.

L’art. 1325 c.c. descrive la struttura analitica della fattispecie normativa “*contratto*”, di cui l’accordo è uno degli elementi. “*Accordo*” è, infatti, l’elemento di natura soggettiva, che concorre con quelli di ordine oggettivo e formale. La norma pone i due termini in una relazione di continenza, perché il contratto comprende l’accordo.

La differenza tra le due norme spiega perché il termine accordo (1) sia usato in significati diversi, ma, poiché il termine contratto (C) non può non indicare la stessa entità, ancorché vista sotto diversa angolazione, occorre accertare dove gli altri elementi strutturali trovino collocazione all’interno della definizione:

- C (1321) = 1;
- C (1325) = 1 + 2 + 3 + 4.

Quindi la causa, l’oggetto e la forma devono comunque ravvisarsi nella definizione.

L’oggetto è insito nel rapporto giuridico patrimoniale. L’art. 1174 c.c. stabilisce infatti che “*la prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica*”, ciò implicando che la prestazione dedotta in obbligazione abbia a sua volta un oggetto materiale, costituito da un bene o da un servizio scambiabili sul mercato-

La forma – se richiesta – costituisce il mezzo sociale attraverso cui il patto è assunto, quindi è insita nell’accordo.

Più complicata è la ricerca della causa, cioè della giustificazione funzionale del contratto. Rinviano all’apposita sede l’approfondimento del tema, può dirsi che la causa nell’art. 1321 c.c. si trova dal punto di vista testuale nella particella “*per*” *costituire, regolare, estinguere* [...], la quale indica la direzione della volontà all’effetto giuridico.

Poiché tale espressione sottintende la causalità giuridica, il cui schema logico è quello tipico della categoria generale, essa postula che il nesso tra accordo e rapporto giuridico, ossia la capacità dell’accordo dei privati di dare vita a effetti giuridici, sia ravvisabile qualora il relativo enunciato esplicativo sia coperto da una legge causale, che nella causalità negoziale è appunto la causa. Quindi la causa del contratto è la legge di copertura della relazione causale tra l’accordo e gli effetti giuridici.

Il ruolo che l’accordo svolge nella nozione di contratto evidenzia subito la collocazione del contratto nella teoria dei giochi, quale strumento di cooperazione fra gli individui: esso viene quindi studiato dalla teoria dei giochi cooperativi.

Peraltro, essendo il contratto espressione dell'iniziativa economica privata, che si svolge in uno spazio ontologicamente competitivo, alcune fasi della contratto sono studiate dalla teoria dei giochi non cooperativi.

Cooperazione non è comunione di interessi; in modo che anche la nozione del contratto, nella costruzione derivata dal nuovo codice, siede sul presupposto del naturale contrasto economico e giuridico fra le parti, e sulla composizione che tale contrasto riceve nel rapporto creato dal contratto. Infatti, è naturalmente insopprimibile una contrapposizione fra gli interessi dei contraenti quando le conseguenze del rapporto contrattuale si riflettono nella sfera di ciascuna delle parti con effetti opposti e antagonistici.

L'accordo incide su un rapporto giuridico tra le parti che l'hanno stipulato (*"tra di loro"*): è il celebre principio di relatività del contratto, che postula la coincidenza tra le parti dell'atto e quelle del rapporto giuridico che ne deriva, erroneamente riferito all'art. 1372, comma 1 c.c., che ne rappresenta piuttosto la conseguenza, e, comunque, va tenuto distinto dal principio di indifferenza del terzo, contemplato dall'art. 1372, comma 2 c.c. Il principio di relatività è, infatti, un corollario logico del principio dell'accordo, in virtù del quale un rapporto giuridico può essere costituito solo dalla volontà comune di tutti coloro che ne faranno parte e, al tempo stesso sorgere solo tra costoro. L'accordo può intervenire *"tra due o più parti"*. Il contratto, dunque, può essere bilaterale o plurilaterale.

Sotto l'impero del codice del 1865, il contratto era considerato come negozio bilaterale dalla dottrina che del negozio plurilaterale faceva una figura a sé stante, qualificata dall'esistenza di più di due dichiarazioni (ciascuna delle quali rivolta a ciascuna delle altre parti), dalla pluralità di rapporti giuridici colleganti ciascuna parte a ciascuna delle altre, dalla eterogeneità di contenuto di tali rapporti e dalla diversità degli effetti rispetto a ciascuna parte. La nozione che emerge dall'art. 1321 esclude però che il contratto, per il nuovo codice, presupponga non più di due parti; in modo che la categoria del negozio plurilaterale è venuta ad assumere, come concetto tecnico di diritto positivo, la stessa configurazione che spetta al negozio bilaterale a contenuto patrimoniale. Il negozio plurilaterale, se pur dogmaticamente può ispirare l'idea di una figura autonoma, dal lato della disciplina legislativa è oggi da ritenersi un contratto; con che non si dice che particolari suoi atteggiamenti non possano far divergere dalla disciplina del contratto, in quanto si ritenga che essa sia stata predisposta esclusivamente con riguardo ad un rapporto fra due sole parti (art. 1420, 1446, 1459, 1466).

L'art. 1321, riferendosi ad un accordo *"fra più di due parti"* legittima dunque il contratto plurilaterale, perché, quando un rapporto contrattuale si forma fra più di due parti, ciascuna e portatrice di un proprio interesse, e perciò non è da pensare che il nuovo codice abbia potuto

alludere ad una fattispecie di negozio fra più di due parti dal quale non derivi una pluralità di rapporti: lo prova la circostanza che sono disciplinati fra i contratti il sequestro convenzionale (art. 1798 e segg.), già ritenuto negozio plurilaterale, e la cessione dei beni ai creditori (art. 1977 e segg.), che nella qualifica di negozio plurilaterale avrebbe dovuto sistemarsi alla stessa stregua del concordato amichevole stragiudiziale. Quanto all'estremo della eterogeneità degli effetti che scaturirebbero dal negozio plurilaterale in relazione alla varietà dei rapporti regolati, esso sembra compatibile con la figura del contratto delineata nell'art. 1321, non soltanto perché qui non è espressamente richiesto che da un contratto debbano derivare conseguenze giuridiche omogenee, ma perché, in realtà, non si intende la ragione per la quale detta omogeneità debba elevarsi a requisito essenziale del contratto quando è possibile che i vari effetti siano dominati da una causa unica: se alla pluralità di effetti corrisponde una pluralità di cause, vi sarà pluralità di negozi, della cui natura dovrà discutersi caso per caso.

Di contratto plurilaterale potrà parlarsi solo se le volontà delle parti si organizzano in un accordo, come avviene anche per i contratti con comunione di scopo e per il contratto di società. Quando le plurime dichiarazioni non diano vita a un accordo, si dovrà parlare di negozio e non già contratto plurilaterale.

Ultimo elemento da considerare della nozione di contratto è la patrimonialità.

Il contratto è stato configurato nell'art. 1321 come negozio a carattere patrimoniale, in coerenza con l'art. 1174, la quale ritiene essenziale all'obbligazione (di cui il contratto è una fonte: art. 1173) la patrimonialità della prestazione. D'altra parte la disciplina apprestata per il contratto è pensata per rapporti a contenuto patrimoniale.

I rapporti patrimoniali sogliono contrapporsi a quelli familiari. Ora, in relazione a questi ultimi la volontà individuale non è capace di produrre effetti giuridici, come riguardo ai rapporti patrimoniali; per cui non soltanto è impossibile spaziare in una varietà indefinita di forme negoziali a carattere familiare, come per i negozi patrimoniali, che non sono a numero chiuso, ma non è efficiente un'indagine sulla volontà degli interessati che si diriga a ricercare l'intento pratico comune prescindendo dallo schema predisposto dalla legge. Non è convincente l'opinione che nega l'applicazione del concetto di causa ai negozi di diritto familiare dopo la precisa affermazione della sua compatibilità anche nei negozi di diritto pubblico e la sua specifica estensione al matrimonio, in modo che, la circostanza che il contratto esige imprescindibilmente una causa, non consente di attribuire, al rapporto contrattuale, autonomia di concezione rispetto a quello familiare. È invece indiscutibile che la disciplina del contratto non è preordinata con riguardo a rapporti che, come quelli di diritto familiare, si possono costituire ed estinguere indipendentemente dalla volontà di chi è destinatario dei suoi effetti; nei quali, sul momento del diritto predomina quello del dovere; nei

quali, al dovere non corrisponde in generale un diritto del destinatario degli effetti; nei quali, al titolare del dovere si pongono dei diritti non riferibili al suo interesse, in funzione della idoneità di lui ad adempiere al dovere, di massima non esercitabili mediante rappresentante. A tali rapporti non si può certo conferire la natura del contratto, il che non toglie che le norme generali sui contratti possano trovarvi applicazione a titolo di analogia.

Sono contratti, invece, gli accordi familiari che regolano gli aspetti patrimoniali del rapporto. È stato osservato che i diritti patrimoniali a carattere familiare o costituiscono figure distinte, oppure, anziché identificarsi con le corrispondenti figure del diritto patrimoniale ordinario, se mai le imitano semplicemente: la loro caratteristica rimane sempre quella di servire al superiore interesse familiare, la struttura e le modalità di esercizio sono normalmente vincolate, la loro origine, di regola, va ricondotta ad uno *status* familiare o all'investitura in un potere, la loro natura è quella di diritti assoluti, com'è assoluta la situazione dalla quale derivano. Ne deriva che l'applicazione delle norme sui contratti va valutata con cautela, considerando la specifica funzione dell'accordo e il rapporto su cui interviene.

Oltre ai negozi familiari l'ordinamento contempla altri negozi a contenuto personale (da ultimo il c.d. testamento biologico, ossia le direttive anticipate di trattamento), che però hanno di regola struttura unilaterale.

Distinti dai negozi personali sono i negozi dispositivi dei diritti della personalità per fini economici, che, nella misura in cui sono ammissibili, assumono veste patrimoniale e integrano veri e propri contratti, sicché ad essi si applicano le relative disposizioni.

4.7 I negozi unilaterali

Tradizionalmente il contratto è stato visto come l'unico strumento generale di esplicazione dell'autonomia privata, mentre per gli atti unilaterali vige il principio tipicità.

Tuttavia il negozio unilaterale non occupa un ruolo così marginale nel sistema, essendo sconfinata la varietà dei negozi unilaterali tra vivi a carattere patrimoniale: si va dall'atto costitutivo di fondazione ai negozi attributivi di poteri (procura, autorizzazione) o di diritti (promessa unilaterale), alle accettazioni di attribuzioni legali o negoziali (dell'eredità, del legato, del beneficio dipendente da un contratto a favore di terzi), agli acquisti di diritto (occupazione), agli atti di scelta (obbligazione alternativa) o di accertamento (riconoscimento), a quelli che provocano estinzione di rapporti (pagamento, recesso, disdetta) o di diritti (rinunce, conferma di atto annullabile); e la serie non è completa. Vi si può riferire anche la revoca del testamento, che non è vera e propria disposizione testamentaria; ma non le semplici dichiarazioni di volontà dirette alla formazione del

contratto (offerta di contratto, accettazione) ovvero alla partecipazione ad un rapporto già formato (adesione), le quali non perseguono lo scopo pratico di un negozio perfetto ma preparano il negozio, di cui costituiscono un frammento; non le revoche di atti unilaterali dirette ad impedire che questi ultimi acquistino efficacia.

A conferma della rilevanza del fenomeno vi è l'art. 1324 c.c., secondo cui *“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”*.

Nella relazione ministeriale a tale articolo (paragrafo 604) si legge: *«Il codice abrogato tratta largamente dei contratti e dei testamenti, ma non menziona gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. La dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente ritenuto che le norme dettate per i contratti siano applicabili agli atti unilaterali, compatibilmente con la diversa struttura di questi e con il rispettivo fondamento della loro obbligatorietà; così, ad esempio, le norme che regolano la formazione dell'accordo tra le parti non possono essere applicate agli atti unilaterali, i quali invece presuppongono l'efficienza giuridica di una sola volontà. Nella redazione del nuovo codice, in conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto, e, con una disposizione generale (art. 1324 del c.c.), si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. È ovvio pure per il nuovo codice che gli atti unilaterali stessi possono ricevere disciplina dalle norme sui contratti solo per ciò che con questi hanno di comune; ed è ovvio altresì che la menzione della categoria di atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale non esclude la possibilità di un'estensione analoga delle norme applicate, anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale»*.

Ciò nondimeno il principio di tipicità è stato messo in discussione solo di recente. Di seguito gli argomenti sui cui si fonda, limitando l'analisi ai negozi unilaterali ad effetti obbligatori, per i quali esso può dirsi superato, e rinviando l'analisi dei negozi ad effetti reali alla trattazione dei contratti traslativi.

a) Argomento di logica: congruenza tra parti dell'atto e parti dell'effetto. Il negozio unilaterale rompe questa simmetria, poiché autore dell'atto è un solo soggetto, mentre destinatari dell'effetto giuridico sono due, perché l'atto unilaterale crea un rapporto giuridico.

b) Argomento di economia: l'economia di mercato è costruita come un'economia di scambio, quindi l'atto di commercio unilaterale è un'eccezione.

c) Argomento di politica del diritto: l'ideologia liberale postula il principio di intangibilità della sfera patrimoniale del terzo, per cui l'individuo non può essere destinatario di un effetto giuridico alla cui produzione non abbia partecipato.

d) Argomento di diritto positivo: l'art. 1987 c.c. stabilisce che *“La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”*.

Ciascuno di questi argomenti è confutabile.

a) La simmetria di cui si discute è l'ordinata corrispondenza di forma o di posizione fra le parti di un oggetto o fra gli elementi d'un assetto. In tal senso non si tratta del principio matematico, ma di un principio di estetica e di efficacia rappresentativa. Perseguendo l'armonia delle cose, la simmetria giova alla realizzazione degli oggetti e alla rappresentazione della conoscenza, ma non è una regola esatta, cioè non esiste la necessità per cui in un oggetto composto da più parti codeste devono essere simmetriche.

Il principio di simmetria così inteso troverebbe applicazione nel senso che un rapporto giuridico, dunque una relazione tra due soggetti giuridici, può essere generato solo con il concorso della volontà di entrambi; per converso, dunque, la volontà di un solo soggetto non può creare un rapporto giuridico con un altro soggetto. Se questo ragionamento fosse corretto i negozi unilaterali più che tassativi dovrebbero essere inammissibili.

In verità il principio di simmetria non è applicabile al rapporto giuridico e, precisamente, al binomio fonte-effetto, perché non sono elementi di una medesima entità, ma entità separate, collegate da un nesso di causalità.

Per comprenderlo è necessario fare un riferimento alla teoria dei giochi e domandarsi se sia possibile che un soggetto (A) instauri un gioco cooperativo con un altro soggetto (B) unilateralmente. Immaginando che il campo di gioco sia definito da una circonferenza, A dovrebbe condurre B all'interno di quella circonferenza senza il suo preventivo consenso, il che non può essere permesso dall'ordinamento giuridico. Tuttavia, piuttosto che 'costringere' B ad entrare nella circonferenza, egli costruisce la circonferenza in modo che i suoi confini raggiungano B. Ciò è possibile poiché, da un lato A ha la disponibilità degli effetti giuridici (lo spazio di circonferenza), dall'altro questa disponibilità è limitata agli effetti giuridici favorevoli per il destinatario.

Non è dunque il principio di simmetria a venire in rilievo, ma l'ammissibilità di un nesso causale tra atto giuridico unilaterale ed effetti giuridici bilaterali.

È data, dunque, la facoltà al singolo – al di fuori di poteri autoritativi – di creare una relazione giuridicamente rilevante per volontà propria, purché questa relazione sia esclusivamente vantaggiosa per il destinatario ed egli possa rifiutarla. Tali condizioni si ricavano dagli art. 1333 e

1411 c.c., i quali consentono che un terzo sia destinatario di effetti contrattuali qualora siano favorevoli e salvo il potere di rifiuto.

b) La struttura di scambio dell'economia di mercato è l'assetto naturale nei sistemi concorrenziali, ma non caratterizza tutte le operazioni economiche che si svolgono al suo interno. Peraltro la struttura normalmente bilaterale dell'operazione economica riguarda gli effetti non l'atto. L'ordinamento però ammette in termini generali il contratto con obbligazioni di una sola parte, con ciò dimostrando di non ritenere un limite invalicabile alla costituzione di rapporti giuridici l'assenza dello scambio economico.

c) In termini puramente politici la non ingerenza di un soggetto nella sfera giuridica altrui è certamente un principio che le dottrine liberali affermano. Ovviamente, tale principio verrebbe derogato quando il soggetto autore dell'ingerenza è lo Stato. Qui si fa riferimento al divieto di ingerenza da parte di un privato nella sfera giuridica di un altro privato: nessuno può costituire un rapporto giuridico coinvolgendo chi quel rapporto giuridico non lo ha voluto. Tuttavia a rilevare dal punto di vista della politica del diritto non è il rapporto giuridico ma il vincolo giuridico, per cui il divieto è così riconfigurato: un privato non può vincolare senza la sua volontà un altro privato. Ma se così è, *nulla quaestio*: saranno ammessi negozi unilaterali purché da essi non sorga alcuna obbligazione in capo al destinatario dell'atto e sempre che costui possa liberarsi dal rapporto giuridico.

d) L'argomento di diritto positivo sembra invalicabile, alla luce della lettera dell'art. 1987 c.c. e di quanto si legge nella relazione ministeriale a tale disposizione (paragrafo 781): *«La promessa unilaterale è una sottospecie della categoria, assai più ampia, del negozio giuridico unilaterale, caratterizzata dall'essere il contenuto della dichiarazione di volontà una promessa di prestazione, e l'effetto il vincolo immediato del promittente ad eseguirla. Il codice non elenca neppure a mo' di esempio i casi in cui è riconosciuta una promessa unilaterale obbligatoria; ma, dopo aver enunciato generalmente che la promessa unilaterale non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge, detta alcune norme sulla promessa di pagamento, sulla ricognizione di debito e sulla promessa al pubblico. L'enunciazione programmatica dell'art. 1987 del c.c. si intende facilmente. Con la medesima si vuole escludere che la promessa unilaterale sia un tipo generale di fonte di obbligazioni così come lo è il contratto; epperò la posizione fatta, di fronte al contratto, alla promessa unilaterale di prestazione risponde ad una esigenza di carattere sistematico. Non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto ed atomizzare egli elementi costitutivi di questo. La formula dell'art. 1987 non va tuttavia intesa nel senso che i casi, nei quali la legge riconosce effetti obbligatori alla promessa unilaterale, siano soltanto quelli contemplati nel titolo quarto del libro*

delle obbligazioni. Agli articoli 14 e 15, il regolamento della fondazione comprende indubbiamente la possibilità che essa sorga da una promessa unilaterale obbligatoria, soggetta alla particolare norma ivi dettata riguardo alla revoca».

La dottrina si è cimentata nello sforzo di varcare il limite testualmente fissato dal legislatore alle promesse unilaterali.

La strada principalmente seguita fa leva sull'art. 1333 c.c., che, ad avviso di autorevoli civilisti, preveda una promessa unilaterale a persona determinata, generalmente ammessa. A prescindere dalla contraddizione che in tal modo si viene a creare tra una norma che restringe le promesse unilaterali ai casi tipizzati e una norma che le ammette in via generali, questo ragionamento non può essere seguito per la semplice ragione che l'art. 1333 c.c. prevede una fattispecie di contratto e non di negozio unilaterale, come si dimostrerà nell'apposita sede.

Vi sono, invece, altri percorsi ermeneutici.

[...]

4.11 La retroattività negoziale

Nell'ordinamento giuridico il concetto di retroattività è stato elaborato con riferimento alle fonti del diritto, esprimendo la competenza della legge a disciplinare fatti e rapporti giuridici verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore.

Traslato all'autonomia privata, tale concetto postula la capacità del contratto di creare rapporti giuridici che producano effetti in un tempo anteriore rispetto a quello nel quale il negozio è stato perfezionato.

L'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale stabilisce che *“La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo”*.

L'irretroattività sancita dall'art. 11, pur assurta a principio generale dell'ordinamento, costituisce unicamente una direttiva rivolta al legislatore e all'interprete, onde il legislatore medesimo conserva piena potestà di derogarvi allorquando lo ritenga opportuno. Investita della questione, la Corte costituzionale ha infatti riconosciuto che il legislatore ordinario può approvare norme con efficacia retroattiva, interpretative o innovative, a condizione però che la retroattività trovi adeguate giustificazioni sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, quale il legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica.

La *ratio* storicamente riconosciuta al principio di irretroattività risiede nell'esigenza di garantire al singolo la libertà di scelta: ognuno ha il diritto di non essere sottoposto a effetti giuridici per fatti che, al momento in cui sino verificati, non erano giuridicamente rilevanti o lo erano in modo

diverso. Più che al dogma mitologico della certezza del diritto o a quello di «attualità» della legge, che pure esprimono forti influenze, il principio di irretroattività trova fondamento, dunque, sul piano politico dello Stato di diritto, quale garanzia del cittadino nei confronti di un uso strumentale del potere legislativo.

Pur senza negare tale fondamento, anzi ricongiungendosi ad esso, in una più moderna visione l'essenza del principio si coglie nella sottoposizione dell'ordinamento giuridico alle leggi scientifiche, le quali – almeno nella fisica classica – spiegano la realtà in base a meccanismi di successione causale ordinati secondo uno schema temporale lineare.

Tali ragioni sembrano militare per un'estensione del principio di irretroattività alle norme contrattuali, se non in base a un'analogia con le fonti del diritto, tecnicamente impossibile, per l'identica esigenza di salvaguardare le scelte dei consociati, ponendo regole di comportamento note al momento in cui il destinatario agisce.

Senonché tra la norma legislativa e quella contrattuale vi è al riguardo una significativa differenza: la seconda è creata da chi la deve osservare. Quindi l'irretroattività per il negozio giuridico non potrebbe giustificarsi con l'esigenza di tutelare il destinatario della regola. A venire in rilievo, piuttosto, è la certezza del diritto e l'ordine giuridico, di cui il tempo è una delle dimensioni fondamentali

Il negozio giuridico retroattivo potrebbe essere utilizzato a scopo elusivo. Casi simili possono agevolmente ipotizzarsi per i contratti traslativi, attraverso i quali, ad esempio, l'avente causa potrebbe acquisire *ex post* una situazione giuridica tale da consentirgli di ottenere aiuti economici o vantaggi fiscali altrimenti non dovuti.

Ma ancor più la retroattività negoziale determinerebbe l'alterazione dei rapporti giuridici. Ad esempio, in ipotesi di vendita di un bene in T+1, con efficacia in T, se la retroattività fosse operativa a rispondere del danno causato da quel bene ai terzi sarebbe l'acquirente, che non ne aveva la disponibilità all'epoca del fatto. Ma conseguenze irragionevoli si produrrebbero anche tra le parti, le quali dovrebbero essere considerate inadempienti alle rispettive obbligazioni a partire da T1, pur potendo di fatto adempiere solo da T1.

Volgendo lo sguardo al diritto positivo, nel senso della inammissibilità di un negozio che crei un rapporto giuridico per il passato milita l'art. 1321, secondo cui “*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire [...] tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. La formulazione letterale delle disposizione indica chiaramente la direzione degli effetti giuridici programmati tra le parti: “*accordo per costituire*” null'altro può essere che un atto volto al futuro.

Le ipotesi di retroattività negoziale previste dal codice civile non smentiscono tale postulato.

L'art. 1360 c.c. stabilisce che *“Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso”*. Poiché la condizione è la clausola contrattuale con cui le parti subordinano l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro e incerto, apposta al momento dell'accordo, essa opera retroattivamente. Il rapporto giuridico viene pur sempre ad esistenza dal momento in cui è stato stipulato il negozio che lo crea, ancorché per il verificarsi in epoca posteriore di un requisito di efficacia.

L'art. 1404 c.c. stabilisce che *“Quando la dichiarazione di nomina è stata validamente fatta, la persona nominata acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato”*. L'effetto retroattivo della dichiarazione di nomina si spiega, in caso di procura, con il fatto che lo stipulante ha agito per conto del rappresentato sin dall'inizio; in caso di accettazione, con il fatto che gli effetti del negozio non sono stati sospesi dalla riserva di nomina e l'accettazione agisce come una ratifica (1399 c.c.).

L'art. 459 c.c. stabilisce che *“L'eredità si acquista con l'accettazione. L'effetto dell'accettazione risale al momento nel quale si è aperta la successione”*. La norma esplicita il principio secondo il quale nessuno è erede contro la propria volontà. Il legislatore, se da un lato prevede la necessaria accettazione dell'eredità al fine del suo acquisto, dall'altro stabilisce l'effetto retroattivo di tale acquisto al fine di garantire la continuità nella titolarità dei rapporti giuridici facenti capo al defunto in un'ottica di certezza dei traffici giuridici. Ricorrendo a tale finzione giuridica, l'erede diviene titolare del patrimonio ereditario con effetto dall'apertura della successione, ma non si tratta di vera e propria retroazione di effetti costitutivi, in quanto l'accettazione completa una fattispecie i cui elementi essenziali esistono al momento in cui l'effetto si produce.

L'art. 521 c.c. stabilisce che *“Chi rinuncia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato”*. La rinuncia all'eredità ha, dunque, effetto retroattivo, ma tale ipotesi esula dall'ambito dei negozi costitutivi, afferendo a un atto estintivo.

L'art. 757 c.c., nel disciplinare gli effetti della divisione ereditaria, stabilisce che *“Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari”*. Il negozio divisionale, che determina lo scioglimento della comunione ereditaria e dunque dello stato di contitolarità tra i coeredi su tutti i beni e i rapporti compresi nell'asse ereditario, è retroattivo nella misura in cui ciascun coerede è giuridicamente considerato pieno ed esclusivo proprietario, sin dall'apertura della successione, dei beni ereditari a lui assegnati; per converso, il coerede si considera come se non fosse mai stato proprietario dei beni

ereditari assegnati ad altri condividenti. Anche la divisione, estinguendo il rapporto giuridico di comunione dei beni ereditari, esula dall'ambito dei negozi costitutivi.

L'art. 791 c.c. stabilisce che *“Il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti”*. Ai sensi dell'art. 792 *“Il patto di reversibilità produce l'effetto di risolvere tutte le alienazioni dei beni donati e di farli ritornare al donante liberi da ogni peso o ipoteca [...]”*. Il patto di reversibilità determina la risoluzione *ex tunc* della donazione, ma anche in tal caso il negozio ha efficacia estintiva e non costitutiva.

L'art. 1195 c.c. stabilisce che *“Chi, avendo più debiti, accetta una quietanza nella quale il creditore ha dichiarato di imputare il pagamento a uno di essi, non può pretendere un'imputazione diversa, se non vi è stato dolo o sorpresa da parte del creditore”*. L'imputazione di pagamento determina l'estinzione integrale di un debito che concorre insieme ad altri della stessa specie. Qualora l'imputazione sia fatta posteriormente al pagamento essa ha effetto retroattivo. Anche questa non è una deroga al principio di irretroattività del negozio giuridico ad effetti costitutivi, riguardando una fattispecie estintiva complessa, composta da un mero atto giuridico (il pagamento) e da un negozio bilaterale (l'imputazione).

L'art. 1236 c.c. stabilisce che *“La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare”*. Il rifiuto del debitore di profittare della remissione caduca l'effetto estintivo dell'obbligazione. Analoga previsione sussiste per il rifiuto del terzo di profittare del contratto a suo favore, che caduca l'acquisto del diritto. In entrambi i casi il negozio di rifiuto ha efficacia retroattiva, ma si tratta sempre di negozi estintivi.

L'art. 1458, comma 1 c.c. stabilisce che *“La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite”*. La regola di retroattività della risoluzione dei contratti istantanei si applica anche ai casi di risoluzione negoziale, ossia al mutuo dissenso previsto dall'art. 1372, comma 1.

Da quanto precede emerge come il principio di irretroattività negoziale non si applichi ai negozi estintivi, poiché questi, lungi dal creare un rapporto giuridico per il passato, lo estinguono.

Restano da esaminare i negozi regolativi, ossia quelli che convalidano, confermano, modificano, interpretano precedenti negozi.

I negozi modificativi ricadono sotto la regola dell'irretroattività, poiché, pur non costituendo il rapporto giuridico, hanno efficacia innovativa nella parte modificata.

All'interno della categoria dei negozi regolativi occorre distinguere tre classi:

- a) negozi integrativi, tra cui la ratifica;
- b) negozi confermativi, tra cui la convalida;
- c) negozi di accertamento.

L'art. 1399 c.c. stabilisce, per l'ipotesi di contratto concluso dal falso rappresentante, che *“il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso. La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi”*. La ratifica ha effetto retroattivo poiché gli effetti del negozio concluso dal falso rappresentante sono attribuiti al rappresentato, non dal momento della ratifica, ma da quello in cui fu stipulato il negozio ratificato. Essa trova giustificazione nella natura della ratifica che, importando l'accettazione del negozio, implica il suo riconoscimento fin dal tempo in cui venne concluso.

L'art. 1444, comma 1 stabilisce che *“Il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo”*. Ancorché non espressamente enunciata, la convalida ha efficacia retroattiva, essendo qualificabile come rinuncia al diritto potestativo di annullamento. L'efficacia retroattiva non deve essere intesa nel senso che vengano riportati al passato effetti che solo ora il negozio produce, ma nel senso che anziché estinguere, come fa la prescrizione, la facoltà di agire per l'annullamento, la convalida elimina la costituzione di questa facoltà, per modo che il negozio convalidato debba considerarsi come se mai fosse stati annullabile.

Gli articoli 1432, 1450 e 1467, comma 3 c.c. prevedono la rettifica di negozio annullabile, rescindibile e risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta. Non si tratta di negozio retroattivo, determinando una modificazione del rapporto giuridico, con carattere innovativo. Peraltro la rettifica è descritta dal legislatore come un'offerta di riduzione ad equità volta paralizzare l'azione di invalidità o di risoluzione della parte danneggiata, piuttosto che come un accordo volto a sanare *ex tunc* il negozio viziato.

Ratifica e convalida, come gli altri negozi integrativi e confermativi, hanno efficacia retroattiva in quando svolgono funzione di sanatoria di un precedente negozio, la quale postula che il contratto invalido sia emendato *ex tunc*.

Quanto al negozio di accertamento, avendo efficacia dichiarativa esso è naturalmente retroattivo.

Tutti i negozi retroattivi non aventi efficacia costitutiva sono di secondo grado, intervenendo su rapporti giuridici già esistenti: in tali ipotesi l'effetto da essi disposto si unisce a quello del negozio originario.