

---

## *Premessa*

---

Gli appunti contenuti in queste pagine riguardano le norme regolatrici dei contratti e la loro connessione con la categoria teorica del negozio giuridico.

Il contratto è uno schema che troviamo nel codice civile e che ha alle spalle una tradizione plurisecolare, nata dalle più antiche figure di atti obbligatori nella giurisprudenza romana. Il negozio è una figura tipicamente moderna, frutto della dottrina, nata all'interno delle sistematiche europeo-continentali ed ampiamente utilizzata nella civilistica italiana, dagli ultimi decenni dell'Ottocento fino ad oggi. Comprende anzitutto il contratto, poi una serie di altre figure, nelle quali si concretizza il potere giuridico dei privati di creare e regolare rapporti.

Le definizioni correnti di negozio giuridico, che ricaviamo dai manuali, mostrano come esso sia espressione di un pensiero comune e consolidato, sebbene mai accolto nelle norme dei codici civili italiani (né in quello del 1865 né in quello del 1942). È un pensiero fondato essenzialmente sul rapporto tra la volontà individuale e l'ordinamento giuridico<sup>1</sup> che ad essa attribuisce rilevanza.

Cito in proposito due testi, mettendoli uno accanto all'altro.

---

<sup>1</sup> Utilizzo questa espressione o l'equivalente "ordine giuridico" per indicare l'insieme delle norme e dei principi in base ai quali è attribuita rilevanza (e in concreto tutela giudiziaria) al manifestarsi della volontà e dell'iniziativa dei privati nei rapporti economico-sociali.

Leggiamo nelle *Istituzioni di diritto privato* di Roberto De Ruggiero e Fulvio Maroi<sup>2</sup>:

“Negozio giuridico è una dichiarazione di volontà del privato rivolta ad un fine protetto dall’ordinamento giuridico ... Il momento centrale e prevalente è la *volontà*, cui l’ordinamento giuridico dà efficacia concedendo la sua tutela. Ma la volontà deve essere manifestata; finché resta interna è uno stato volitivo di proponimento; per aver valore deve essere resa palese, deve essere estrinsecata e resa obiettivamente esistente mediante *dichiarazione* o *manifestazione* (restando poi indifferente che questa si attui con parole o con gesti o persino col mero silenzio). Con ciò, mentre la categoria abbraccia atti della più diversa natura (come il contratto e il testamento, l’accettazione di un’eredità e la rinuncia ad un diritto, il riconoscimento di un figlio naturale e il pagamento di un debito), la sua sfera resta ad un tempo nettamente distinta dalla categoria degli atti illeciti, perché qui v’ha un fine che la legge non permette di conseguire, e dall’ulteriore gruppo degli atti leciti non consistenti in una dichiarazione di volontà (come l’inedificare su suolo altrui, il prendere possesso di una cosa, ecc.) ...”<sup>3</sup>.

Il brano lega direttamente gli effetti giuridici del negozio alla volontà e sembra ripercorrere le visioni individualistiche delineate dalla scienza giuridica europea, tra il Seicento e l’Ottocento. L’ordinamento dà efficacia a ciò che il privato dispone. Segnalo che i due termini “dichiarazione” e “manifestazione” vengono assunti come sinonimi. Per mio conto, riferendomi alla tematica negoziale, parlerò di “manifestazione di volontà”, concetto più idoneo a rappresentare la varietà dei modi attraverso i quali si esteriorizza ciò che i soggetti intendono. Ma il senso è il medesimo.

Il secondo testo è il manuale di Andrea Torrente e Piero Schlesinger, che così definisce il negozio:

---

<sup>2</sup> L’opera esce per la prima volta nel 1937. Una serie di edizioni aggiornate si susseguono poi nel secondo dopoguerra.

<sup>3</sup> Cito dalla VIII edizione, rinnovata secondo il nuovo codice, I, Milano 1954, 94 ss.

“una ‘dichiarazione di volontà’ con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti (il così detto ‘intento empirico’) ed alla quale l’ordinamento giuridico – se la finalità dell’atto è meritevole di tutela e se esso risponde ai requisiti fissati dalla legge per le singole figure negoziali – ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto (effetti che possono essere i più vari: il trasferimento della proprietà di un bene da un soggetto ad un altro; la costituzione di obblighi di prestazione di una parte verso l’altra; l’estinzione di un preesistente diritto di una delle parti verso l’altra; la nomina di un erede o l’attribuzione di un legato e via dicendo) ...”<sup>4</sup>.

Rispetto agli schemi tradizionali, tutti incentrati sulla volontà individuale, appare qui in modo esplicito un elemento di novità. Si mette in luce come gli effetti giuridici stabiliti dall’ordinamento derivino da una valutazione dell’atto negoziale. Questa è indipendente: non si risolve nell’assecondare e nel tutelare il libero esercizio del volere, qualunque ne sia l’approdo.

Anche se il manuale si sofferma sul concetto di autonomia dei privati, riconosce comunque che i requisiti del negozio sono fissati dall’ordinamento e che le sue finalità devono essere giudicate degne di tutela, affinché gli effetti si realizzino. Ponendo in primo piano l’ordinamento, vengono messe da parte le concezioni che assegnavano una naturale sovranità all’individuo e si afferma il prevalere di un punto di vista oggettivo nella valutazione dell’atto. Una formulazione che già si colloca in questa prospettiva è abbozzata, nella scienza giuridica tedesca del tardo Ottocento, da Bernhard Windscheid.

Nell’elenco delle situazioni cui la figura negoziale può riferirsi, la manualistica a noi contemporanea pone in primo piano i contratti. Ciò dimostra un legame tra le due figure, che è operante nella codificazione del 1942. “Il contratto – come è detto nel libro di Torrente e Schlesinger – è un istituto centrale dell’intero sistema del diritto

---

<sup>4</sup> A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XX ediz., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano 2011, 201 ss.; e più avanti, sul contratto, 479 ss.

privato e la figura più importante di *negozio giuridico*". Quasi con le stesse parole si esprime la *Relazione* del guardasigilli che accompagna il codice civile.

Cercherò quindi di mettere a fuoco come l'idea di manifestazione di volontà (che è il tema centrale delle dottrine negoziali) emerga nei contratti. Esaminerò alcune prescrizioni del codice civile vigente che ad essi si riferiscono.

Proprio con riferimento alla materia contrattuale, è evidente che il concetto di "manifestazione di volontà" non ritrae un dato fenomenico: qualcosa che i singoli vogliono e che viene automaticamente munito di tutela. Esso non coincide con "l'intento empirico" delle parti. È invece il risultato di una costruzione giuridica.

Di volta in volta, ciò che si intende per manifestazione di volontà viene disegnato dall'ordinamento. Insomma, le fattispecie contrattuali comprendono certamente entro di sé il dato della volontà, ma questa ha una rilevanza e produce effetti secondo i criteri di determinazione e valutazione fissati dalle norme oggettive.

La disciplina dei contratti – lo vedremo più avanti – sottintende ed utilizza schemi elaborati in rapporto alla categoria del negozio giuridico. Questa è capace di funzionare come schema classificatorio comune ai contratti e ad altri atti, anche se possiede attitudini descrittive limitate, per la sua astrattezza e la sua distanza dalla prassi.

---

I.  
*Volontà e ordine giuridico*

---



## 1. *Lo schema del contratto*

Il principale nucleo semantico del termine “contratto” è rappresentato dall’idea di una convergenza unitaria tra soggetti portatori di interessi non coincidenti. Essi assumono una decisione, che dà luogo ad un impegno comune. *Contrahere* letteralmente significa “stringere, raccogliere, riunire”.

L’idea di movimento e di incontro è nella definizione che Ulpiano dava del concetto giuridico di *conventio*: “... infatti, come sono detti convenire coloro che da luoghi diversi si raccolgono e pervengono in uno stesso luogo, così si dice che convengono anche coloro i quali da diversi moti dell’animo consentono in uno solo, cioè concorrono in una stessa decisione”<sup>1</sup>.

L’articolo 1321 del codice civile, che definisce il contratto, pone in primo piano la nozione di accordo, da identificare con la convergenza di due o più intenti personali.

“Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

---

<sup>1</sup> Il testo propone uno schema generale, identificato dal termine *conventio*. Questo comprende il contratto consensuale, il contratto verbale ad effetti obbligatori, e accanto ad essi atti produttivi di effetti reali. Lo schema è fondato sulla unificazione di movimenti psicologici inizialmente diversi, che approdano ad una deliberazione comune. Guardando all’insieme del discorso ulpiano, è possibile individuare il suo intendimento: mettere a nudo l’accordo, il consenso come struttura essenziale in una serie di figure contrattuali, diversamente tipizzate e denominate. Cfr. D. 2, 14, 1, 3-4 (Ulpianus *libro quarto ad edictum*): ... *nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.*

I protagonisti sono denominati “parti”. Il termine indica un centro di interessi, cui si imputano relazioni all’interno della vicenda contrattuale e non consiste necessariamente in un solo soggetto<sup>2</sup>.

Gli interessi da cui muove l’accordo sono diversi e tuttavia essi si compongono, in vista di una finalità<sup>3</sup>. Ciò avviene nel momento conclusivo della vicenda contrattuale<sup>4</sup>. Designerò il prodotto di questa (il componimento degli interessi) con l’espressione “regolamento contrattuale”<sup>5</sup>.

Per comprendere il fine dell’accordo, dobbiamo spiegare che cosa si intenda per “rapporto giuridico patrimoniale” (secondo le parole del codice). Non si tratta soltanto di una relazione della vita, da cui scaturisce un’utilità per i singoli. Il rapporto giuridico è certamente questo, ma è anche qualcosa di più. È una relazione disciplinata dal di-

---

<sup>2</sup> Due soggetti che acquistino un bene in comune sono una parte nel contratto.

<sup>3</sup> Cfr. E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano. I. Parte generale (Escluso il processo)*, Padova 1928, 271 ss. Gli interessi privati “si agitano in perenne vicenda, non già per ministero di legge, ma precipuamente sotto l’impulso dell’iniziativa individuale ... L’iniziativa individuale è il congegno motore di ogni consapevole regolamento d’interessi privati”. Questo libro è il primo nel quale Betti svolge una teoria del negozio giuridico, con l’aspirazione a definire dogmi riferiti al diritto romano, ma tendenzialmente storici. Vedi anche più tardi, a breve distanza dal varo del nuovo codice, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, 33 ss., II ed., rist., Napoli 1994.

<sup>4</sup> Vedi al riguardo la nozione di “procedimento contrattuale” definita ed utilizzata da A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, III ed., Torino 2009, 35 ss. L’importanza del procedimento si coglie, secondo l’autore, sotto un profilo positivo, che si riferisce alla buona fede nei contegni coi quali si perfeziona l’accordo; e sotto un profilo negativo, ove l’accordo non risulti da una determinazione libera e corretta.

<sup>5</sup> Essa designa l’approdo del processo volitivo. Che è per altro rilevante nella misura in cui è oggetto di qualificazione e di disciplina ad opera delle norme.

ritto: nella quale cioè l'utilità (connessa alla sfera economico-patrimoniale dei singoli) si consegue poiché il diritto la riconosce e fissa le modalità della sua realizzazione. Nel caso in cui l'utilità convenuta non si attui spontaneamente, il diritto mette a disposizione dell'interessato i mezzi coattivi per ottenerla.

Nella prassi attraverso cui si svolge la dinamica degli interessi privati, vanno distinti due piani: quello del perseguimento di un fine concreto (l'intento dei soggetti che si fissa nell'accordo) e quello della protezione giuridica del fine. Le parti intendono conseguire un risultato pratico attraverso il contratto; l'ordine giuridico offre una tutela. Le parti non vogliono gli effetti giuridici; vogliono il risultato pratico; ma il loro comportamento è assistito dalla consapevolezza che vi sarà una protezione giuridica: essa sorregge i rapporti di scambio.

Il contratto risulta perciò come un insieme di comportamenti dovuti: necessari se si vogliono conseguire gli effetti pratici che risultano dalle disposizioni di legge.

L'articolo 1325 prescrive i requisiti del contratto. In base ad essi vanno valutate le condotte delle parti<sup>6</sup>.

È uno schema costruito su una serie di enunciati normativi. Esaminandoli, possiamo individuare quali nozioni, reciprocamente connesse, ne rappresentino la struttura e gli scopi.

Sulla base delle disposizioni del codice che disciplinano i contratti, cercherò di rispondere a tre domande. L'idea comune di "manifestazione di volontà" presente nelle norme indica il volere individuale che definisce se stesso ed automaticamente genera effetti giuridici, oppure è concepita come una costruzione normativa, una fatti-

---

<sup>6</sup> Cfr. ora al riguardo E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano 2013, 15 ss.

specie determinata dal diritto? Qual è il rapporto tra la manifestazione di volontà e la funzione del contratto? A questa domanda in particolare si collegheranno alcune considerazioni sull'indirizzo politico che ha in origine dominato il diritto contrattuale nel codice del 1942. Infine: quali situazioni sono considerate tali da distorcere l'esercizio del volere, e a quali condizioni inficiano il regolamento contrattuale?

\* \* \*

Mi propongo di mostrare come i codificatori costruiscano la disciplina contrattuale ponendo al centro il problema volontà-norma, quindi con termini che si collegano alla dottrina del negozio giuridico. La categoria che questa dottrina elabora e spiega è sommariamente definibile quale manifestazione di volontà rivolta verso un fine utile, cui l'ordine giuridico, in forme diverse, accorda la propria tutela<sup>7</sup>. Lo stesso nucleo concettuale – di cui molto ha discusso la scienza giuridica italiana, a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento – è al centro delle regole sul contratto. Le fattispecie a questo riconducibili racchiudono un processo volitivo.

Dobbiamo subito chiarire che il sintagma “negozio giuridico” non è mai nominato nel codice. La scelta dei codi-

---

<sup>7</sup> Può essere questa una prima definizione di negozio giuridico, che mette in luce la funzionalità della tutela giuridica rispetto al fine perseguito. Aggiungo un'altra definizione generale, incentrata sul rapporto volontà-effetti: è formulata da A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934, ristampato con una prefazione di N. Irti, Torino 2006, 11 s.: “... In questo senso si definisce di solito il negozio come un fatto, o, più esattamente, un atto volontario e lecito, produttivo di conseguenze giuridiche, e di conseguenze che si trovano in un determinato rapporto colla volontà stessa”. Nello scritto di Passerin D'Entrèves, su cui torneremo, la categoria del negozio viene pensata nella sua storicità, facendo i conti con le innovazioni novecentesche.

ficatori è quella di sottrarre quanto più possibile i precetti all'ipoteca della dogmatica, almeno nelle sue forme più generali e distanti dalla prassi. E tuttavia essa influenza le norme.

Se la scienza giuridica italiana aveva considerato “vera” l'idea del negozio giuridico (così l'immagina Scialoja negli anni 90 dell'Ottocento)<sup>8</sup>, se l'aveva usata in più campi, come nel diritto commerciale e nel diritto amministrativo, se l'aveva ripetuta nei trattati e nei manuali, è verosimile pensare che l'abbia tenuta presente nel cimento del codice e che proprio con essa si sia misurata nel definire le regole generali dei contratti<sup>9</sup>.

La dottrina del negozio ha in realtà una storia lunga: nasce dal processo di formazione dei diritti civili moderni. Le sue radici sono nelle trattazioni sistematiche del giusnaturalismo, la sua elaborazione compiuta è nel pensiero dell'Ottocento. I suoi mutamenti più rilevanti avvengono nel secolo scorso. Dapprima, il negozio giuridico, al pari del diritto soggettivo, viene immaginato come un *a priori* rispetto allo Stato e alle leggi. Esso è la raffigurazione astratta dell'iniziativa economica privata, che le leggi riconoscono nella sua piena libertà, come un dato naturale e come un valore. Poi, soprattutto durante il Novecento, il negozio giuridico concettualizza modalità nuove di etero-direzione delle volontà. Lo Stato non si limita a riconoscere i regolamenti contrattuali o le determinazioni

---

<sup>8</sup> Più precisamente la storicità della categoria ed il suo essere legata ad una costruzione *a priori* del sistema non implicano la sua falsità: lasciano spazio, secondo Scialoja, ad un'applicazione della dottrina sia all'esperienza antica, che non la conosceva, sia al presente e, presumibilmente, a sviluppi futuri. Cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma*, anno accademico 1892-93, III rist. con pref. di S. Riccobono, Roma 1933, 28 s.

<sup>9</sup> Sul modello scialojano e sull'influsso del suo insegnamento in campi diversi da quello civilistico, vedi M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, 65 ss.

unilaterali che le parti hanno voluto. Ora interviene nei negozi: li orienta, li integra e subordina la tutela giuridica a forme diverse di valutazione delle loro funzioni.

Le tracce della vicenda storica del negozio e delle diverse visioni che essa esprime si vedono nel codice del 1942. In questo documento normativo è sovente usato il linguaggio della volontà, con forme che ricordano le dottrine individualistiche tradizionali. Tuttavia, rispetto agli schemi ereditati dallo Stato liberale, si impone ed emerge maggiormente un modello eteronomo di regolamentazione<sup>10</sup>.

\* \* \*

Gli enunciati del codice nei quali figura il linguaggio della volontà, possono raggrupparsi intorno ai termini “volere”<sup>11</sup>, “volontà”<sup>12</sup>, “intenzione”<sup>13</sup>, “consenso”<sup>14</sup>, “ac-

---

<sup>10</sup> Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico*, cit., 35: “... Considerare la norma negoziale come norma eteronoma significa postulare l'esistenza di una norma superiore da cui il negozio stesso ripete interamente non soltanto la sua validità, cioè la capacità di produrre effetti giuridici, ma la sua stessa esistenza giuridica, intesa appunto come ‘qualificazione’ o ‘rilevanza’ o ‘giuridicità’, che per definizione non può ad esso derivare che dalla sua conformità alla norma assunta come termine di riferimento oggettivo ...”. Questa strutturale eteronomia (su cui vedi E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., 233) implica che la fattispecie sia definita da un enunciato normativo e che all'interno di essa vi sia, variamente individuata ai fini degli effetti ricollegati alla fattispecie, una volontà. Un modello siffatto è funzionale ad una politica statalistica: ad un prevalere dei fini che la disciplina si propone rispetto agli intenti individuali, che restano in sottordine.

<sup>11</sup> Articolo 107, primo comma.

<sup>12</sup> Articoli 476; 603, secondo comma; 674, terzo comma; 1230, secondo comma; 1937.

<sup>13</sup> Articoli 684; 1362, primo comma.

<sup>14</sup> Articoli 122, primo comma; 165, primo comma; 296; 1376; 1427.

cordo”<sup>15</sup>, “convenzione”<sup>16</sup>. Li enumera puntualmente Giuseppe Stolfi in un’opera del 1947, ove definisce il negozio giuridico come concetto necessario ad esprimere il principio assoluto della libertà nei rapporti privati<sup>17</sup>. Mi soffermerò più volte su questo libro, che spicca nella civilistica italiana per l’intreccio tra descrizione e aspetti programmatici. A metà del Novecento, l’autore costruisce una teoria della volontà e del suo primato, che è affine alla grande tradizione giusnaturalistica. Coglie la presenza nel codice (o almeno in alcune sue parti) di una nozione comune di “manifestazione di volontà” e ne dà una rappresentazione ideale.

Secondo Stolfi, vi sono norme codicistiche assai rilevanti, in base alle quali l’uomo ci appare arbitro della propria sfera di libertà e in grado di stabilire liberamente come intenda vincolarsi. A questo principio va ricondotto l’insieme delle regole contrattuali, ma con esse anche altre regole, che disciplinano atti di vario genere ed effetto, affini proprio per il comune riferimento alla libertà<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Articolo 1325, n. 1.

<sup>16</sup> Articoli 159; 162, primo e terzo comma; 163, primo comma.

<sup>17</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, rist. 1961.

<sup>18</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., IX s.: “Perché gli uomini possano vivere l’uno accanto all’altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, quali ne siano lo stimolo o l’occasione: *‘nihil enim est hominis tam naturale quam ut liberam habeat voluntatem, liberumque arbitrium faciendi quid velit’* (Cfr. Fabro, *De erroribus pragmaticorum*, dec. 39, err. 2, n. 4). Nell’esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell’uomo, il quale può ed anzi dev’essere arbitro di assumere gli impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede, celebrando nozze o riconoscendo figli, comperando cose altrui o donando le proprie, concedendo lavori in appalto o prestando l’opera sua, consentendo a mutui o a comodati, istituendo eredi o disponendo legati,

Stolfi attribuisce alla disposizione secondo cui “il contratto ha forza di legge fra le parti”<sup>19</sup> un significato profondo ed ordinante. Essa pone un limite insuperabile alla legge dello Stato.

“Conscio invero della sua impotenza a costringere i cittadini a fare quello che non vogliano o ad astenersi dal fare quello che vogliano, il legislatore dichiara che rinunzia in linea di principio ad esprimere una sua volontà o un suo comando circa il contenuto dell’atto, in quanto riconosce che ognuno è libero di legarsi alle condizioni che vuole perché, obbligandosi, impegna prima di tutto la sua persona e se del caso i suoi beni: e questo impone che egli sia arbitro di decidere non soltanto sul *se* ma anche sul *come* vincolarsi”<sup>20</sup>.

Dunque, la piena libertà del volere si riflette nel diritto.

L’autore del resto ricava dall’articolo 1362, primo comma (“Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”) la tesi secondo cui l’intenzione è decisiva nel contratto. Ma – come spiega – non solo in esso. Siamo di fronte ad una regola estensibile, da usare per accertare il contenuto dei negozi *inter vivos* e *mortis causa*.

Traggo una prima indicazione dalle parole di Stolfi. Riguarda la struttura del discorso giuridico: il rapporto fra singole fattispecie regolate e schemi astratti. La sua affermazione di un primato della volontà attinge infatti ad enunciati tra loro diversi, al di là, come si è detto, della

---

conchiudendo insomma volontariamente ogni atto che leghi sé ad altri e, se del caso, altri a sé: ‘comme l’homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté’ (Così Domat, *Loix civiles*, tit. prel., lib. 1, cap. 4, n. 2)”. Va segnalata la considerazione unitaria di tanti aspetti della vita – la famiglia, il lavoro, l’economia – entro questa affermazione della volontà libera.

<sup>19</sup> Articolo 1372, primo comma.

<sup>20</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., XIII s.