

## CAPITOLO IV

### PRINCIPI GENERALI, DIRITTI FONDAMENTALI E CONTRATTO

SOMMARIO: 1.Premessa - 2.Le scelte adottate nel progetto di codice civile e commerciale argentino -3.Libertà contrattuale e formazione del consenso - 4.Segue. Il controllo del contenuto contrattuale: il modus operandi del principio causalista - 5.Segue. Autonomia privata e rilevanza costituzionale

#### 1. Premessa

All'espressione "principi generali del diritto" è riconosciuto un significato speciale in ragione della funzione fondamentale cui sarebbe preordinata: quella di costituire una modalità procedimentale di autointegrazione dell'ordinamento giuridico<sup>1</sup>. Essi rappresenterebbero le norme fondamentali del sistema, quelle più generali, che consentono di tracciare le linee essenziali ed il modo di essere dell'ordinamento; non tutti i principi, però, sono dotati della medesima rilevanza, né sono utilizzati nella identica maniera<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 262, riteneva che il dogma della completezza fosse storicamente correlato alla concezione statalistica del diritto. Non bisogna però credere che la completabilità di un ordinamento sia affidata unicamente alla norma generale esclusiva, cioè alla regola in base alla quale ogni caso non espressamente regolato venga rimesso alla norma che lo esclude dalla regolamentazione del caso, invece, espressamente regolato. In ogni ordinamento giuridico dunque esiste, tra le fattispecie espressamente regolate e quelle non previste, una zona intermedia e non definita di casi non regolati, ipoteticamente attirabili nell'ambito applicativo dei casi disciplinati. All'interno di ogni ordinamento giuridico esistono gli strumenti necessari idonei alla esplorazione di questa zona incerta, che ne consentono l'attuazione della completabilità attraverso due metodi diversi, che la dottrina ha definito di eterointegrazione e di autointegrazione. Il primo metodo si avvale del ricorso sia ad ordinamenti diversi che a fonti diverse da quella dominante, ovvero la legge. Il metodo dell'autointegrazione permette, invece una integrazione compiuta mediante l'ordinamento stesso, all'interno della stessa fonte dominante, attraverso i due metodi dell'analogia e del ricorso ai principi generali del diritto, appunto. È l'impostazione seguita dal legislatore italiano, che nell'art.12 Disp. prel. c.c. dispone che «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Indicando di due procedimenti dell'analogia e dei principi generali del diritto, il legislatore ritiene che in caso di vuoto normativo sia possibile rintracciare la regola adatta all'interno delle stesse leggi vigenti, evitando il ricorso ad altri ordinamenti o a fonti diverse dalla legge.

<sup>2</sup> Le posizioni dottrinali emerse nel maggio 1991, in occasione del Convegno linceo sul tema, hanno contribuito a tracciare meglio i contorni del concetto di "principio", cfr. *I Principi generali del diritto*, Atti dei convegni lincei, 27 – 29 maggio 1991, Roma, 1992. In quella occasione Angelo Falzea, nella relazione di apertura<sup>2</sup>, sottolineava la portata assiologica dei principi fondamentali, che restano comunque regole di diritto positivo nonostante la connotazione ideologica di cui sono dotati. Rodolfo Sacco evidenziava la relazione tra Trattato istitutivo della CEE (art. 215 co.2 di allora) e principi generali, indicandone il ruolo come fonti del diritto comunitario. Essi diventano parte del diritto positivo, in quanto tali possono costituire la formula

L'utilizzo dell'espressione avviene nel campo delle esperienze nazionali, negli atti dell'Unione europea, in quelli di fonte internazionale, così come nel campo dei progetti di armonizzazione del diritto europeo.

L'analisi dei principi generali può attenere tanto alla sua dimensione statica quanto alla sua dimensione operativa, e da tale distinzione può prendere le mosse l'esame dei principi generali intesi quale mezzo tramite cui configurare la fattispecie contrattuale e gli elementi strutturali che la compongono<sup>3</sup>.

In tale prospettiva non è possibile limitare il discorso al diritto di origine comunitaria, trascurando il complesso quadro offerto dalla dimensione europea con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la costellazione di principi al cui interno il diritto privato viene ridefinito: risulta dunque necessario un approfondimento del nesso tra il concetto di principi generali e diritti fondamentali<sup>4</sup>.

---

attraverso cui il diritto viene creato e viene conosciuto e – cosa più importante – nel diritto internazionale e sovranazionale essi possono essere la formula tramite cui il diritto viene legittimato. Pietro Rescigno, quanto ai principi riconosciuti dalla Costituzione della Repubblica italiana e nella misura in cui essi vengono riconosciuti anche dalla comunità internazionale, ne teorizzava una prerogativa in termini di limite alla supremazia nazionale. Luigi Mengoni e Giorgio Oppo riconoscevano nei principi fondamentali il rango ed il ruolo dei principi generali. Mengoni, in particolare, identificava i diritti inviolabili con i principi generali, precisando, tuttavia, la necessità di operare un coordinamento anche con le altre norme principio contenute nella Costituzione, laddove Oppo evidenziava che i principi sono alla base della regolamentazione della autonomia privata.

<sup>3</sup> La dottrina opera una distinzione tra le due coppie di locuzioni, principi *di* diritto/principi *del* diritto e principi *nel* diritto/principi *del* diritto. Secondo ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 1993, p. 5, la prima coppia introdurrebbe una distinzione di scarso credito in ordine alla quale la prima locuzione dovrebbe riferirsi alla distinzione tra diritto e legge, implicando una maggiore libertà dell'interprete nella ricerca dei principi, mentre la seconda dovrebbe essere agganciata all'ordinamento vigente. L'A. ritiene perciò che sia indifferente parlare di principi "di" diritto o principi "del" diritto, laddove, invece, non è inutile distinguere tra principi "del" diritto privato e principi "nel" diritto privato, in quanto l'analisi dei primi presuppone che si sia chiarita l'operatività dei secondi.

<sup>4</sup> Sul punto S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. D. BUSNELLI, *La «danza dei principi»: diritto naturale, diritto positivo, bioetica in Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà* (a cura di G. Alpa e V. Roppo), Napoli, 2005, p. 223. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea viene proclamata per la prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e successivamente in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. A seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, alla Carta è stato riconosciuto il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, qualificandosi come pienamente vincolante per le Istituzioni europee e gli Stati membri e collocandosi stesso livello dei trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa risponde alla necessità emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (giugno 1999) di definire un complesso di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione. È ben noto che i trattati istitutivi delle Comunità prevedevano una serie di libertà funzionali, tuttavia, alla realizzazione ed al miglioramento del mercato comune. Dagli inizi degli anni '70 venne però riconosciuto dalla Corte di Giustizia che i diritti fondamentali, quali risultanti dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sono parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza nelle situazioni in cui viene applicata la disciplina comunitaria. Dal 1977 le Istituzioni hanno seguito l'orientamento della Corte e nel 1992, con il Trattato di Maastricht, all'art. 6, si è formalizzata la giurisprudenza della Corte in materia. La Comunità, pur non aderendovi, ha riconosciuto la CEDU, tentando di garantire così formalmente tutela ai diritti fondamentali.

Con specifico riferimento al diritto contrattuale, va sottolineato come quest'ultimo debba confrontarsi con la problematica delle condotte discriminatorie, che possono assumere rilievo particolare nel contesto di una società pluralista e multiculturale. La libertà contrattuale deve essere intesa anche nel senso di libertà da ogni intervento esterno che possa essere giustificato solo con riferimento a determinate situazioni o a certe tipologie contrattuali.

Il principio della libertà negoziale non verrebbe adeguatamente tutelato laddove esso dovesse risolversi in una discriminazione fondata su genere, sulla razza o sulla religione: in tal senso, proprio il diritto a non essere discriminati, nell'attività contrattuale, potrebbe ampliare il catalogo dei diritti fondamentali, proclamati dalla Carta di Nizza<sup>5</sup>.

Risulta, quindi, evidente l'influenza attualmente esercitata, in materia contrattuale, dai valori solidaristici, chiamati oggi a governare non più soltanto le relazioni tra Stato ed individui, ma anche i rapporti tra i singoli, con la conseguente necessità di riconoscere ai principi generali una valenza precettiva in chiave affermativa dei diritti fondamentali.

La necessità di evitare che il funzionamento del mercato si trasformi in un impedimento all'affermazione di tali diritti, comporta che lo stesso debba essere normativamente strutturato alla luce degli scopi sottesi agli interventi comunitari a tutela di principi generali, affinché esso possa assumere la fisionomia di un luogo in cui l'autonomia privata, in bilanciamento con altri valori, sia esercitata nel senso di una funzionalizzazione dell'agire degli operatori economici

La Carta europea dei diritti fondamentali, in particolare, enuncia diritti e principi che dovranno essere rispettati dall'Unione in sede di applicazione del diritto europeo. Il testo della Carta si apre con un preambolo e si compone di 54 articoli, suddivisi in 6 capi, i cui titoli enunciano i valori fondamentali dell'Unione: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia.

---

<sup>5</sup> Sugli aspetti costituzionali dei Trattati si rimanda a K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 1999; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2000; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Hague, 2008; P. CRAIG, C. HARLOW, *Lawmaking in the European Union*, The Hague, 1998. Cfr. Z. ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p.19, che sottolineando il carattere preminente di fonte del diritto comunitario assunto dalla Carta di Nizza del dicembre 2000, ne evidenzia altresì la non mera programmaticità. Viene ricordato il co.2 dell'art. 52, il quale stabilisce che «i diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'UE si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi». Si tratta di una norma di ampia portata soprattutto in quei settori dove l'intervento comunitario è particolarmente incisivo, come la tutela dei consumatori. Non viene sottovalutato che la pluralità di fonti che caratterizza l'attuale scenario normativo costituisce un elemento di complicazione, soprattutto in termini interpretativi.

Di particolare rilievo appare un passaggio del Preambolo, in base al quale «L'Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali nonché la libertà di stabilimento»<sup>6</sup>.

Nel successivo passaggio del Preambolo è possibile leggere che «A tal fine è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

Il passaggio, tuttavia, di rilevanza maggiore concerne la natura di tali principi: «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi enunciati qui di seguito».

L'espressione rivela una molteplicità di significati, tra cui la necessità di affrontare e risolvere il conflitto tra due valori: il conflitto quello tra libertà e responsabilità poste a fondamento della disciplina del mercato e quello la tutela dei soggetti deboli in esso operanti. Alla medesima esigenza dovrebbero rispondere i progetti di uniformazione del diritto privato europeo.

Proprio con riferimento a quest'ultimo, il termine "principio" identifica l'elemento costitutivo del progetto della Commissione Lando, dove l'espressione indica le «norme generali del diritto dei contratti» (art. 1:101); medesima definizione si rinviene nel Preambolo dei Principi UNIDROIT, i quali «enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali».

---

<sup>6</sup> Cfr. G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2010, p. 63, che evidenzia la centralità della Carta sotto un duplice profilo: da una parte essa mostra un panorama complesso, caratterizzato, come si è visto, da un complesso di fonti che vanno dai principi in essa enucleati alle ultime frontiere della soft law. Dall'altra parte rende complicata qualsiasi tentativo di ricostruzione dei materiali giuridici che debba essere ricondotto solo all'interno delle logiche del mercato. Sono però esaltati anche alcuni aspetti nuovi, tra cui spicca la rinnovata considerazione della soggettività. La Carta europea dei diritti fondamentali realizza un processo di scomposizione del soggetto astratto, lasciando gradualmente il posto a figure soggettive diverse in ragione della materialità dei rapporti in cui sono collocate e delle relazioni sociali che la caratterizzano. Di tale processo, la prima fase è rappresentata dal passaggio al soggetto astratto alla persona concreta; la fase successiva è rappresentata dalla individuazione dei diversi profili di identità che la persona può assumere nei diversi momenti della vita o nei differenti contesti sociali. Seppure mobili o precarie, queste identità appaiono giuridicamente rilevanti, sia che attengano a condizioni materiali o del corpo, sia che si riferiscano a convinzioni personali. La rilevanza rinnovata assunta dalla identità della persona frantuma l'unità dell'individuo.

Nell'introduzione al DCFR, il termine viene diversamente interpretato: esso può essere inteso come sinonimo di regole non aventi forza di legge, potendo però essere riferito anche a regole aventi natura generale, come quelle inerenti alla libertà contrattuale o alla buona fede. Sul punto, appare interessante la presa di posizione adottata dai redattori del DCFR proprio nella introduzione: i principi fondamentali, posti alla base delle regole, esprimono valori spesso in conflitto tra loro, e dunque non sono posti in un ordine prioritario.

Gli autori del DCFR dichiarano di essere partiti dalla valutazione dei diritti umani, della solidarietà, della responsabilità sociale, della giustizia nella elaborazione delle model rules, venendo queste ultime redatte in base al bilanciamento di tali valori, il cui insieme è necessario prendere in considerazione nella loro interpretazione<sup>7</sup>.

L'art. I-1:102(2) del DCFR, sul punto, stabilisce infatti che le disposizioni debbano essere lette alla luce degli strumenti che garantiscono i diritti umani e le libertà fondamentali.

Da quanto sopra, si comprende dunque che l'attuale problematica del legislatore europeo consiste nella difficoltà di realizzare un autonomo corpo normativo in cui concretizzare la correlazione tra principi di diritto contrattuale e diritti fondamentali, dunque una correlazione cui ricondurre la *ratio* finale anche dei provvedimenti di futura, seppur ipotetica, attuazione.

Sono state prospettate, in tal senso, alcune possibili soluzioni finalizzate a ricomprendere i principi contenuti nella Carta tra quelli di diritto europeo dei contratti<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Gli autori del DCFR specificano che l'opera «(...)can be said to consist of principles and definitions. It is essentially of the same nature as those other instruments in relation to which the word 'principles' has become familiar. Alternatively, the word 'principles' might be reserved for those rules which are of a more general nature, such as those on freedom of contract or good faith. In this sense the DCFR's model rules could be said to include principles». L'ulteriore accezione in cui i redattori del DCFR intendono il concetto di principio è quello di *fundamental principle*, con riferimento alla quale essi specificano che «The word 'principles' surfaces occasionally in the Commission communications mentioned already, but with the prefix 'fundamental' attached. That suggests that it may have been meant to denote essentially abstract basic values. The model rules of course build on such fundamental principles in any event, whether they are stated or not. There can be no doubt about their importance. Private law is one of those fields of law which are, or at least should be, based on and guided by deep-rooted principles. To some extent such fundamental principles are a matter of interpretation and debate. It is clear that the DCFR does not perceive private law, and in particular contract law, as merely the balancing of private law relations between equally strong natural and legal persons. But different readers may have different interpretations of, and views on, the extent to which the DCFR suggests the correction of market failures or contains elements of 'social justice' and protection for weaker parties», cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, 2009, punti 10 e 11, p. 10

<sup>8</sup> Le soluzioni sono state prospettate da G. ALPA, nell'ambito della relazione *I principi ordinanti nei progetti di riforma europei*, nell'ambito del Convegno dell'Università di Bologna, *I principi ordinanti del diritto dei contratti*, 19 -20 ottobre 2012.

La prima consisterebbe in un richiamo diretto a tali principi, senza una loro espressa riproduzione

La seconda soluzione, più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che riscriverlo, consisterebbe nel ritenere che ogni testo debba essere interpretato ed applicato sulla base dei principi della Carta.

Un'ulteriore soluzione, quella più tradizionale, consisterebbe nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, che di conseguenza dovranno essere in ogni caso applicate.

In tutte le ipotesi, l'applicazione *inter privatos* di tali principi sarà immediata, pur essendovi diverse interpretazioni in dottrina<sup>9</sup>.

La questione che il legislatore europeo deve attualmente affrontare resta dunque quella di stabilire se, ai fini della corretta applicazione del diritto, sia corretta l'impostazione di ignorare l'inserimento dei diritti fondamentali nelle disposizioni che regolano la disciplina generale del contratto, tutelandoli piuttosto attraverso l'attività ermeneutica; oppure operare una scelta differente attraverso un richiamo diretto degli stessi, di modo che la tutela ne sia sempre garantita.

La scelta dei redattori del DCFR è stata quella di inserire uno specifico capitolo destinato alla disciplina dei diritti fondamentali<sup>10</sup>, accordando ad essi specifica tutela nelle previsioni di determinati rimedi<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> H. COLLINS, *The impact of Human Rights Law*, University of Cambridge, Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2011/13, p. 6, sostiene che la soluzione potrà essere bustrofedica: se viene data maggiore importanza alla libertà della persona di impegnarsi, sarà allora possibile limitare altre forme di libertà come quella che, in materia di lavoro, impone di un orario che non tuteli il diritto alla salute. Laddove venga conferito maggiore valore alla dignità della persona, allora le regole in materia di lavoro contrarie al diritto alla salute saranno disapplicate ed i relativi accordi contrattuali saranno considerati in conflitto con i diritti fondamentali. H. MICKLITZ, *Failure or Ideological Preconceptions – Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers Law 2010/04, p.5, sottolinea che, in materia di diritti fondamentali, è necessario tenere in considerazione anche i diritti sociali e che tuttavia il riconoscimento di questi ultimi non favorisce il superamento dei confini dell'UE in materia sociale. Si vuole vedere nella combinazione di una Costituzione e di un Codice civile europeo un quadro all'interno del quale trovino ampio spazio e riconoscimento non soltanto i diritti dei singoli, ma anche quelli collettivi al fianco ed in adempimento del principio di dignità e di quello di solidarietà. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, Policy issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *European Review of Contract Law*, 6, 2010, p.63 preferisce, in maniera più cauta, parlare di una complementarità tra diritti fondamentali e contratto, la quale può essere raggiunta solo nell'ipotesi in cui la Corte di Giustizia si astenesse dall'interferire in tali casi per mezzo della revisione dei diritti fondamentali delle disposizioni del CFR o dell'interpretazione delle clausole generali in esso contenute. Secondo la lettura di C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Hague, 2008, il rapporto tra diritti fondamentali e diritto europeo dei contratti deve leggersi non tanto in termini di complementarità quanto in termini di subordinazione del primo ai secondi

<sup>10</sup> Cfr. Chapter II, Book II, intitolato «Non - discrimination».

<sup>11</sup> Cfr. DCFR, Art. II. – 2:104: Remedies: « (1) If a person is discriminated against contrary to II. – 2:101 (Right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under Book VI (Non-contractual liability for damage caused to another), the remedies for non-performance of an

Nessuna previsione e nessun riferimento alla tutela dei diritti fondamentali si trova, invece, nella Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita, laddove è dato solo rinvenire alcune norme di apertura in materia di principi generali.

È questa una lacuna grave, rispetto alla quale si auspica un concreto intervento del legislatore europeo, in vista delle possibili ripercussioni sulla effettiva applicabilità dello strumento quale futura disciplina di riferimento del contratto europeo.

---

obligation under Book III, Chapter 3 (including damages for economic and noneconomic loss) are available.  
(2)Any remedy granted should be proportionate to the injury or anticipated injury; the dissuasive effect of remedies may be taken into account».

## **2. Le scelte adottate nel progetto di riforma codice civile e commerciale argentino**

Il problema dell'uniformazione del diritto dei contratti, dall'angolazione dell'opportunità di un diritto comune in materia, è attualmente affrontato anche in America Latina, dove sono state intraprese importanti iniziative verso un processo di codificazione comune sul contratto, che però appare differire da quello avviato in Europa.

In America Latina il concetto di “mercato comune” non è inteso quale spazio di libera circolazione di persone e di merci, governato da norme giuridiche volte alla disciplina del passaggio delle stesse oltre le frontiere nazionali. Proprio l'assenza di uno preciso quadro normativo sulla libera circolazione si traduce in una mancanza di stimoli “istituzionali” sugli operatori del diritto alla creazione di una normativa sui contratti transnazionali.

Le iniziative avviate fino a questo momento in materia sono di matrice prettamente accademica, ragione per la quale i contributi sull'uniformazione nel continente latinoamericano hanno origine teorica, prendendo sostanza in saggi, analisi, studi e convegni tesi a verificare l'esistenza di basi di un sistema giuridico latino americano<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Un interessante quadro sinottico sui contributi di stampo accademico sul tema dell'unificazione del diritto dei contratti in America Latina viene riportato da C. DE CORES, nella sua relazione *La teoria generale del contratto nella prospettiva dell'unificazione del diritto privato in Europa e America Latina. Spunti tratti dal progetto argentino di riforma del codice civile del 2012*, tenutasi nell'ambito del convegno *I Progetti di unificazione del diritto dei contratti in Europa e America Latina*, presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 7 dicembre 2012. Questo complesso lavoro di coesione del materiale raccolto sul tema è stato soprattutto realizzato dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del Consiglio Nazionale delle Ricerche e del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, che hanno spinto l'iniziativa della pubblicazione della Rivista «*Roma e America. Diritto Romano e comune*». Una prima riunione scientifica si svolse nell'Università del Externado de Colombia, in Bogotá, dove nel 1996 ebbe luogo un primo confronto teorico in materia contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Nel 1998 venne svolta una seconda edizione di questo convegno, sempre nell'Università del Externado de Colombia. I contributi presentati sono stati pubblicati nel anno 2001. Speciale importanza riveste la «*Declaración constitutiva del grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*», realizzata in occasione del “*Coloquio de iusprivatistas Roma e America, para la armonización del derecho privado latinoamericano*”, tenutosi a Rosario, Argentina nel settembre del 2008, nell'ambito del quale si decise di formare un gruppo di lavoro ed emanare un apposito regolamento. Nel novembre del 2010, si è svolto a Lima, Perù, il primo convegno latinoamericano di diritto civile, che ha tentato di stabilire fondamenti per il disegno di un codice latinoamericano de contratti. In questa sede ebbe luogo il prof. Ricardo Luis Lorenzetti, attuale Presidente della Corte Suprema Argentina, avanzò la proposta di concretizzare le Basi per un Codice Latinoamericano dei Contratti. Le conclusioni di questo convegno furono nel senso della necessità e dell'intenzione di armonizzare le legislazioni vincolati ai contratti, allo scopo di potenziare gli scambi economici nella regione. L'ultimo evento di questa serie, vincolata alle proposte per la costruzione di un diritto comune latinoamericano dei contratti, fu la Giornata Nazionale di diritto civile - che riunisce ogni due anni i professori di diritto civile, Internazionale Privato e Romano di tutta l'Argentina - tenutasi dal 29 di settembre al 1 di ottobre del 2011, nella città di Tucuman, nel nord dell'Argentina, La Commissione No. 11 di questo convegno, condotta dal Prof. Luis Leiva Fernández, scelse il tema “*Bases para un código de contratos latinoamericano*”. Ecco un riassunto delle conclusioni assunte: a) è necessario avviare i lavori

È in questo contesto che si inserisce l'attività di rivisitazione normativa che ha condotto, nel marzo 2012, alla presentazione di un progetto di riforma del vigente codice civile in Argentina dove, con Decreto n.191.2011 del 23 febbraio 2011, è stata insediata una Commissione per l'elaborazione di un disegno di legge ai fini l'attualizzazione ed unificazione in materia civile e commerciale<sup>13</sup>.

Il progetto, attualmente al vaglio del Parlamento, è oggetto di discussione non soltanto politica, ma anche accademica, soprattutto perché le basi dogmatiche poste a fondamento della Parte generale del diritto dei contratti hanno rivitalizzato l'interesse degli studiosi del processo di integrazione, armonizzazione ed uniformazione del diritto latino americano.

Esso risulta particolarmente interessante soprattutto in considerazione della soluzione originale che i suoi autori hanno fornito al problema del conflitto tra i valori/principi dell'autonomia privata e tutela della parte contraente debole.

In linea generale, il progetto presenta carattere antidiscriminatorio, concependo la persona senza distinzioni in materia di sesso, religione o ricchezza, e tutelando i diritti individuali quanto quelli collettivi, conformemente alla Costituzione Nazionale. Destinato ad una società multiculturale, esso tenta di assicurare che lo svolgimento delle transazioni commerciali avvenga sul presupposto della certezza giuridica.

Il progetto si caratterizza per due specifici aspetti: la costituzionalizzazione del diritto privato e dall'egualitarismo delle norme in esso contenute<sup>14</sup>.

---

necessari per l'integrazione giuridica nel settore del diritto dei contratti attraverso la via della codificazione; b) per la redazione del futuro codice è necessario procedere avvalendosi delle fonti esistenti e dei lavori già condotti in questo settore; c) viene espressa la raccomandazione di assumere, quale base di partenza dei lavori, il progetto realizzato dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia "per il prestigio scientifico che i suoi membri hanno acquistato nel campo dell'armonizzazione del diritto", ma soprattutto per le affinità che il progetto redatto dall'Accademia medesima presenta con le legislazioni vigenti e le giurisprudenze attuali, e anche in quanto esso è il risultato di un interscambio scientifico fra giuristi dei due continenti; d) ulteriore conclusione è stata la promozione della conformazione di una rete di ricerca ed elaborazione integrata da università ed istituti giuridici iberoamericani, chiedendo opinione agli organi internazionali che vincolano i paesi dell'area; e) viene promossa l'incorporazione del rispetto per l'autonomia della volontà e del principio ampio di buona fede; f) viene raccomandato che si prendano in considerazione le nuove tecnologie nella formazione del contratto; g) in ultimo viene proposto di incorporare le nuove categorie contrattuali nel rispetto delle sue differenze in base al procedimento di negoziazione.

<sup>13</sup> L'art. 3 del Decreto n.191/2011 specifica i componenti della Commissione: «La mencionada Comisión se integrará con los señores Ministros de la Corte Suprema De Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuará como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes contarán con el apoyo de un Secretario. Los mismos desempeñarán sus cargos "ad honorem"».

<sup>14</sup> Nella stessa relazione al Progetto, i redattori, individuando i criteri ispiratori del lavoro della Commissione, evidenziano la: a) «Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho

Il progetto si compone di un Título Preliminar, in apertura dell'opera e di sei libri<sup>15</sup>. Proprio il Título Preliminar svolge una fondamentale funzione di raccordo all'interno di un sistema complesso in cui di frequente deve farsi ricorso ad un dialogo tra fonti nell'esercizio di regole, principi e valori<sup>16</sup>.

Risulta in tal senso emblematico l'art.1 del progetto, rubricato «Fuentes y aplicación», in cui viene sancita la necessità di autointegrazione tra le fonti in materia di interpretazione del diritto: «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

La coerenza sistematica è tratto che i redattori del progetto tentano di esaltare, a differenza di quanto accade nella Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita, in cui il problema dell'interpretazione viene affrontato dall'art. 4 co.1, per il quale «Il diritto comune europeo della vendita deve essere interpretato in modo autonomo e conformemente agli obiettivi e ai principi che lo ispirano».

Risulta scarsamente comprensibile il tenore del co. 2 della medesima disposizione: «Le questioni rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita che non siano da questo espressamente disciplinate devono essere risolte in base agli obiettivi ed ai principi che lo ispirano e a tutte le sue disposizioni, senza ricorrere alla legge nazionale che sarebbe applicabile qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione, né a qualunque altra legge».

Il meccanismo di interpretazione dettato dalla Proposta di Regolamento non appare di facile applicazione: fondato su un sistema “autoreferenziale”, esso lascia irrisolta sia la

---

privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado»; e b) il fatto che esso si configuri quale «Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables».

<sup>15</sup> Libro Primero, «Parte general», Libro segundo, «Relaciones de Familia»; Libro Tercero, «Derechos Personales», Libro Cuarto, «Derechos Reales»; Libro Quinto, «Transmisión de derechos por causa de muerte»; Libro Sexto, «Disposiciones comunes a los derechos personales y reales».

<sup>16</sup> Il Título Preliminar si compone di quattro capitoli: Capítulo I «Del derecho»; Capítulo II «De la ley»; Capítulo III «Del ejercicio de los derechos»; Capítulo IV «De los derechos y los bienes»

questione della fonte giuridica cui attingere per l'integrazione normativa della disciplina del contratto in generale sia quella legata ai rischi di frammentazione ed incompatibilità fra la disciplina esterna e le specifiche soluzioni previste dalla CESL<sup>17</sup>.

Il Libro terzo del progetto di codice argentino, intitolato ai «Derechos Personales» si divide in cinque titoli, di cui il primo disciplina le obbligazioni in generale, il secondo i contratti in generale, il terzo il contratto di consumo, il quarto i contratti tipici, il quinto le altri fonti di obbligazioni.

L'aspetto maggiormente discusso, nell'impostazione sistematica del titolo sul contratto in generale, ha riguardato l'inclusione della disciplina del contratto di consumo, su cui profondamente incide anche la Constitución Nacional argentina<sup>18</sup>.

La relazione introduttiva alla bozza di codice, evidenzia che ricomprendere la disciplina sul contratto di consumo all'interno della parte generale sul contratto comporta una questione ulteriore e ben più complessa, quella dell'applicazione analogica della disciplina del contratto di consumo, mediante l'estensione del principio *favor debilis*. In altri termini, la riconduzione della legislazione in materia consumo all'interno del codice civile comporta una tendenza espansiva che genera una vera e propria frammentazione del diritto e dunque una crisi nella categoria del contratto in generale.

Le soluzioni passate al vaglio dei redattori sono state differenti.

La prima ha valutato la possibilità di lasciare la normativa in materia di consumo solo come legislazione di settore<sup>19</sup>. Un'altra possibilità è consistita nella regolamentazione del

---

<sup>17</sup> Il Capo 6 della CESL contiene ulteriori riferimenti normativi in materia di interpretazione del contratto (artt. 58 e ss.), il cui principio ispiratore resta quello della buona fede alla luce del quale indagare *in primis* la comune intenzione delle parti. All'interno di essi, però, è assente la possibilità del ricorso ad elementi extratestuali dell'atto, ammessa invece dall'art. 39 del Code européen des contrats, in tutti i casi in cui l'esame del testo contrattuale suscita dubbi non superabili mediante una globale valutazione di esso. La comune intenzione delle parti resta sempre il criterio base, accertabile, però, anche attraverso elementi extratestuali sempre riferibili alle parti.

<sup>18</sup>In ciò, ruolo chiave è assunto dall'art. 42 della Constitución Nacional Argentina che recita «co.1 Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. co.2 Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. co.3 La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control». A ciò deve essere aggiunto che l'incidenza della costituzione non si arresta al riconoscimento dei diritti fondamentali dei consumatori, ma segue determinate linee guida fissate dal legislatore che, dovendo dare effettività al co. 2 dell'art. 42, dovrà stabilire specificamente dei procedimenti efficaci, individuati dall'art. 43, per la prevenzione e la soluzione dei conflitti di consumo ed anche per la regolamentazione dei servizi pubblici nazionali, attraverso il coinvolgimento delle associazioni dei consumatori.

<sup>19</sup> Deve essere precisato che la disciplina dei contratti coi consumatori trova, nell'ordinamento argentino, preliminarmente sede nella Ley Defensa del Consumidor, n. 24.240, del 22 settembre 1993. La legge è

contratto di diritto comune aggiungendo solo alcuni articoli inerenti al rapporto di consumo<sup>20</sup>. Ulteriore soluzione considera la possibilità di fissare come regola generale l'applicazione del principio di protezione, come se tutti i contratti contemplassero rapporti di consumo. In tal modo, proprio il principio protezionistico tipico della tutela del consumatore viene applicato oltre l'ambito soggettivo tracciato dalla nozione stessa di consumatore, con pregiudizio della sicurezza giuridica.

La relazione introduttiva al progetto, sul punto, riporta i risultati del dibattito in dottrina. Gli autori maggiormente favorevoli al principio di protezione hanno sostenuto un'estensione applicativa dello stesso, laddove quelli inclini al principio dell'autonomia contrattuale, soprattutto in materia commerciale, hanno ritenuto che l'estensione del principio di protezione possa pregiudicare la sicurezza giuridica del sistema. In questo

---

composta da 66 articoli, suddivisi in tre titoli, da cui emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di riconoscere anzitutto i diritti fondamentali del consumatore (titolo I), poi sono elaborate le regole per la valenza effettiva di tali diritti e successivamente vengono individuati i meccanismi utili a concretizzare l'intera normativa elaborata a favore del consumatore. La legge, modificata nel 1998 con la Ley n. 24.999 e nel 2008 con la Ley n. 26.361, risponde ad un'istanza di tutela della parte debole della relazione di consumo, istanza che trova pratica applicazione mediante la previsione di regole generali come quelle in materia di interpretazione (art. 3), o di regole specifiche come quelle sul diritto di informazione (art. 4) e sul diritto alla sicurezza (art. 5). Alla base dell'intervento del legislatore argentino sussiste la volontà di elaborare una normativa tesa soprattutto a caratterizzare due fondamentali della contrattazione: quella precontrattuale e quella relativa al contenuto ed alla esecuzione del contratto. La fase precontrattuale è connotata chiaramente dal rafforzamento dei doveri del professionista in termini di informazione, sicurezza, requisiti di pubblicità, volti chiaramente ad impedire la lesione degli interessi del consumatore. La fase inerente al contenuto ed alla esecuzione del contratto concerne chiaramente l'aspetto sostanziale del negozio posto in essere, e dunque detta la disciplina relativa alle clausole abusive, alla garanzia, alla responsabilità. La legge 24.240 individua uno specifico dovere per il professionista di fornire all'altra parte informazioni vere, dettagliate ed efficaci sulle caratteristiche essenziali dei prodotti e dei servizi (art. 4). La correttezza della informazione è posta a fondamento dell'intera normativa. L'incidenza della corretta informazione non si limita però all'art. 4: il riflesso pratico del principio in esso enunciato si rinviene anche in tema di prodotti e servizi pericolosi per la salute del consumatore (art. 6), prodotti imperfetti, usati o rielaborati (art. 9), utenti di servizi pubblici a domicilio. Doveri di informazione e doveri di sicurezza sono tra loro interdipendenti, ed infatti le disposizioni in materia di sicurezza seguono quelle sulla informazione (artt. 5 e 6). Proprio i doveri del professionista volti a preservare il benessere del consumatore vengono specificati nella legge 24.240 attraverso la regolamentazione delle condizioni di offerta e vendita ed altre tecniche di commercializzazione. Sul punto il legislatore argentino non offre una disciplina completa circa la commercializzazione di beni finalizzati al consumo, ma interviene a difesa del consumatore regolando alcuni aspetti della vendita di massa. Viene infatti stabilita l'obbligatorietà dell'offerta (art. 7), la forza vincolante della pubblicità (art.8) la possibilità di revoca per le vendite effettuate a domicilio (art.32) oppure attraverso corrispondenza (art.33). Appare evidente l'intento del legislatore della Ley 24.240 di colmare delle lacune presenti a livello di normativa generale, nel codice, per la disciplina di quelle procedure di vendita fondate sulla "spersonalizzazione" dei rapporti giuridici. Per una disamina approfondita della Ley 24.240 cfr. S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore, Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, la quale criticamente evidenzia come, a differenza dell'esperienza brasiliana in cui il Código è collocato nel contesto di una politica nazionale delle relazioni di consumo, cui il legislatore ha dedicato specifica attenzione al fine di garantirne l'effettività, nell'esperienza argentina della legge a tutela del consumatore non si rinviene una impostazione che coerentemente tracci le modalità di intervento dello Stato nella regolamentazione delle relazioni di consumo, anche se ciò non esclude la possibilità di individuare alcuni compiti statali chiaramente emergenti dalle previsioni della legge 24.240.

<sup>20</sup> Si tratta di una ipotesi valutata già in un precedente progetto di riforma di codice civile, nel 1998. Gli autori del progetto del 2012 hanno però ritenuto che tale soluzione non potesse essere realizzata in quanto l'esteso ambito applicativo della nozione di rapporto di consumo determina quasi una sorta di sovrapposizione con il tipo generale, quasi sostituendosi a quest'ultimo e in ogni caso determinandone la frammentazione.

modo verrebbe assegnato al giudice un potere di controllo sull'attività di negoziazione eccessivamente lesivo dell'autonomia contrattuale e soprattutto della sicurezza della contrattazione<sup>21</sup>.

La soluzione fornita dalla Commissione incaricata della redazione del progetto, prendendo atto della differenza di oggetto dei due tipi contrattuali, suggerisce, dunque, di regolare i contratti di consumo all'interno del codice civile, ma non come tipo speciale bensì come una frammentazione del tipo generale<sup>22</sup>.

Viene dunque proposta una incorporazione nella parte del contratto in generale che prevede che il sistema venga ordinato in differenti schemi: quello del contratto discrezionale, in cui viene totalmente preservata l'autonomia privata; quello del contratto di adesione, in cui le parti dispongono una tutela fondata sulla disciplina sulle clausole abusive; quello del contratto di consumo, che dispone di una specifica forma di tutela, applicata a prescindere dalla volontà del consumatore di accedervi o meno.

Con contratto discrezionale dovrà intendersi lo schema negoziale classico, fondato essenzialmente sull'autonomia privata, che viene limitata dalle norme imperative e rispetto ai quali il giudice non ha la facoltà di modificare quanto le parti hanno stabilito, salvo che ciò venga espressamente richiesto da una delle parti nei casi previsti dalla legge, oppure d'ufficio quando venga violato l'ordine pubblico<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional n. 884/2012, p. 622, « La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente».

<sup>22</sup> Cfr. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 623 «En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo. Una vez establecida esta premisa, es necesario precisar cuál es el método para ordenar con claridad estas disposiciones».

<sup>23</sup> Cfr. Art. 960 del progetto, rubricato «Facultades de los jueces », «Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público»

La disciplina del contratto per adesione si caratterizza soprattutto per le norme sulle clausole abusive, essendo esso applicato quando una delle parti è un'impresa mentre l'altra un consumatore.

Il progetto di codice civile argentino opera una netta differenziazione tra le ipotesi negoziali di predisposizione ed adesione a clausole generali e ipotesi negoziali fondate su rapporti di consumo, disciplinando la fattispecie dei contratti per adesione nel titolo sul contratto in generale, e quelle dei contratti coi consumatori in un titolo specifico.

Il fenomeno della contrattazione per adesione avrà luogo anche quando le parti contraenti siano due imprese: la fattispecie verrà esclusa ogni volta che il contratto sia stato oggetto di trattativa individuale ed il giudice non potrà sollevare d'ufficio l'abusività delle clausole.

La tutela non presenta dunque il carattere rigido rilevabile nella disciplina sul contratto col consumatore, che, contenuta nel titolo III, rappresenta una vera e propria codificazione di principi generali in materia protezione del consumatore costituenti una sorta di tutela minima, rispetto alla quale la legge speciale potrà aggiungere standard di tutela maggiori, ma non apportarvi deroghe<sup>24</sup>.

Il progetto risolverebbe in questo modo il problema del "terzo contratto", ipotesi indirettamente ammessa nel progetto argentino: la soluzione consisterebbe nella circostanza per la quale il contratto per adesione verrebbe ad essere applicato anche alle imprese, ma senza la tutela a forte impatto prevista per il consumatore<sup>25</sup>.

Nemmeno può essere sottovalutato il vantaggio in termini coerenza sistematica ed interpretazione delle norme che si evince dal rafforzamento del concetto di "dialogo tra le fonti" in forza del quale il codice recupera la sua centralità.

Conformemente a questa prospettiva, viene realizzata una circolare integrazione del sistema basata su: a) i diritti fondamentali riconosciuti dalla Constitución Nacional, b) i principi e le regole generali di protezione minima, così come il linguaggio comune dettato dal Codice; c) la regolamentazione presente nella legislazione speciale. Proprio

---

<sup>24</sup> Cfr. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 635 «Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela»

<sup>25</sup> Questa la chiave di lettura fornita da C. DE CORES, nella relazione *La teoria generale del contratto nella prospettiva dell'unificazione del diritto privato in Europa e America Latina. Spunti tratti dal progetto argentino di riforma del codice civile del 2012*, cit., Napoli, 7 dicembre 2012: la distinzione fra contratto di adesione e contratto col consumatore si rivela utile implicando una soluzione alla problematica questione del "terzo contratto".

quest'ultimo livello resta mobile, in quanto più facilmente adattabile e flessibile alle circostanze degli usi e della pratica.

### **3. Libertà contrattuale e formazione del consenso**

Con libertà contrattuale si intende tradizionalmente il potere di autodeterminazione riconosciuto al soggetto di decidere della propria sfera privata e patrimoniale: se l'autoregolamentazione viene esercitata in conformità a quanto previsto dall'ordinamento, essa diventa giuridicamente vincolante, assumendo valore di legge per le parti che l'hanno posta in essere<sup>26</sup>.

La stessa idea di autonomia esclude che il soggetto possa disporre della altrui sfera giuridica: il soggetto è entità che si relaziona con altri consociati, attraverso i quali i suoi diritti ed i suoi obblighi si concretizzano. Non sarebbe possibile per il soggetto costituire, modificare o estinguere i suoi rapporti senza attraverso ciò modificare la sfera giuridica altrui. Scaturisce, da ciò, l'esigenza che l'atto di autonomia incontri l'altrui consenso: l'accordo, il contratto, si presenta come il normale mezzo di esercizio della autonomia privata<sup>27</sup>.

Le definizioni di libertà contrattuale individuate dai progetti in esame si fondano sul principio della libertà di determinazione del contenuto contrattuale: le modalità costruttive della volontà comune e gli interessi da essa perseguibili vengono poste al

---

<sup>26</sup> Cfr. P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p.132 ss.; C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 2001, p. 77.

<sup>27</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2000, p. 11 ricorda che una parte della dottrina oltre ad affermare la centralità della figura del contratto avrebbe anche ribadito la tradizionale idea della esclusività dello stesso, l'idea, cioè, che ammetterebbe il solo contratto quale strumento di esplicazione generale della autonomia privata, laddove i negozi unilaterali sarebbero ammessi se ed in quanto ammessi dalla legge. Quanto alla valutazione degli interessi, la necessità del consenso altrui si spiega in considerazione della esigenza di rispetto della sfera giuridica dei terzi. Questa esigenza non si giustifica l'assunto della totale intangibilità della altrui sfera giuridica e della inammissibilità generale dei negozi unilaterali. L'esame dei casi in cui la legge prevede che l'atto incida sulla sfera giuridica dei terzi conferma che il limite generale di efficacia dell'atto negoziale è posto dal principio di salvaguardia della sfera giuridica altrui. La regola secondo la quale il negozio non può produrre effetti nei confronti dei terzi deve essere intesa nel senso che lo stesso atto non può produrre effetti in pregiudizio nei confronti dei terzi. È ammissibile invece il negozio che incida direttamente sulla sfera giuridica altrui quando l'effetto non sia suscettibile di pregiudizio personale e patrimoniale.

centro dell'analisi, con ripercussioni anche sulla struttura della fattispecie "contratto europeo"<sup>28</sup>.

Nei progetti in esame sono presenti disposizioni che segnalano la graduale trasformazione della fattispecie contrattuale e la progressiva convergenza verso un modello unico di contratto europeo, soprattutto con riferimento alla formazione del contratto nei suoi requisiti essenziali.

L'art. 5 del Code, al comma 3, prevede che gli elementi essenziali del contratto sono due: l'accordo delle parti e il contenuto. L'elemento formale non è ritenuto essenziale in quanto «una forma speciale è necessaria solo nei casi e ai fini indicati nelle norme del presente codice».

L'accordo quale unico elemento essenziale del contratto di diritto europeo si ritrova anche ai sensi dell'art. 30 della CESL, co.1, in base al quale «il contratto è concluso quando: a) le parti raggiungono un accordo; b) le parti intendono far produrre all'accordo effetti giuridici; c) l'accordo, integrato se necessario da norme del diritto comune europeo della vendita ha contenuto e certezza sufficienti per produrre effetti giuridici».

Significativo risulta essere il co.3 del medesimo art. 30, in ordine al quale «Se una parte considera il consenso su una specifica questione come un requisito per la conclusione del contratto, il contratto non viene ad esistenza fino a quando non è stato raggiunto il consenso su tale questione».

La centralità degli effetti giuridici prodotti dal consenso tra le parti è evidenziata anche dall'art. II. – 4:101 del DCFR, in ordine al quale il contratto è concluso, senza la necessità di ulteriori elementi, laddove le parti: «a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect and; b) reach a sufficient agreement».

D'altra parte, il capitolo secondo dei PECL, rubricato «Formazione del contratto», si apre con l'art. 2:101 il quale stabilisce che «il contratto è concluso quando: a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente; b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non occorre alcun altro requisito».

---

<sup>28</sup> L'art. 1 co. 1 della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita così recita: «La parti sono libere di concludere contratti e di determinarne il contenuto nel rispetto delle norme imperative applicabili»; L'art. 2 del Code, sancisce al co. 1 che: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto entro i limiti imposti dalle norme imperative, dal buon costume, dall'ordine pubblico, quali definiti nel presente codice, nel diritto comunitario, o nelle leggi nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, purché non perseguano unicamente lo scopo di nuocere ad altri». L'art. II.- 1:102 del DCFR al co.1 similmente prevede che le «Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules». In prospettiva di raffronto, l'art. 958 del Progetto di codice civile e commerciale della Repubblica Argentina dispone che «Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los limites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres».

L'evoluzione del diritto dei contratti appare segnata da una riconsiderazione del consenso in termini di congegno tecnico di natura procedimentale attraverso cui è possibile arrivare alla composizione di più interessi<sup>29</sup>. Più precisamente, nel consenso si identifica il momento, individuato in termini stipulativi dalla legge, di sintesi e combinazione degli atti di esercizio dell'autodeterminazione privata. Esso si reputa, infatti, raggiunto quando il legislatore vuole porre fine alle trattative, fissando come definitivo ciò che le parti abbiano già concordato<sup>30</sup>.

Il consenso è dunque tale non tanto per le parti, ma per il diritto positivo: il raggiungimento di una volontà comune è determinata in modo rigoroso dal legislatore secondo criteri di opportunità, volti a mediare gli interessi opposti delle parti. L'applicazione della libertà contrattuale incide, dunque, in duplice senso sulla fase della conclusione dell'accordo.

*In primis*, quest'ultima non viene più necessariamente modellata sullo scambio tra offerta ed accettazione. La centralità del procedimento formativo ex art. 1326 c.c. rappresenta un residuo dell'idea dell'accordo come fusione di volontà, in quanto lo scambio di offerta ed accettazione si presenta come il procedimento che da un punto di vista strutturale meglio si presta ad attribuire veste giuridica all'accordo.

Il secondo punto di incidenza riguarda l'indipendenza riconosciuta alla fase di conclusione dell'accordo e quindi la mancanza di una necessaria corrispondenza tra la fattispecie negoziale ed una specifica procedura di perfezionamento<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> L'idea del consenso quale punto di convergenza delle volontà individuali viene sostituita da quella per cui esso costituisce il risultato di una pluralità di procedimenti alternativi la cui realizzazione conduce le parti coinvolte nella negoziazione ad individuare il regolamento comune in grado di realizzare quella composizione di interessi tra loro in conflitto cui il contratto è destinato. Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 21. Questa concezione di consenso va chiaramente in controtendenza con quella in base alla quale esso costituirebbe il mitico incontro tra le volontà dei contraenti, nozione, quest'ultima, respinta soprattutto dalla riflessione che l'elemento della volontà si caratterizza per essere eminentemente psicologico e dunque privo di una effettiva consistenza oggettiva da cui sia possibile trarre un riscontro materiale e per questo rilevante dal punto di vista giuridico.

<sup>30</sup> La nozione essenzialistica di consenso, applicativa del principio *solus consensus obligat*, considera raggiunto il consenso quando due o più soggetti siano allineati sull'assetto da fornire ai propri interessi. Essa però lascia senza soluzione l'unico problema rilevante per il diritto, e cioè quando possa dirsi raggiunto tale consenso. Va, allora, riconosciuto che il consenso si ha quando il legislatore, in base ad una scelta discrezionale, vuole che il travaglio delle trattative abbia fine e che l'avvicinamento delle posizioni vada fermato ritenendo come definitivo ciò che le parti hanno concordato. Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 22.

<sup>31</sup> Ciò non significa totale irrilevanza della fattispecie dal punto di vista delle tecniche di perfezionamento del contratto. In alcuni tipi contrattuali permangono e vanno rispettate esigenze correlate alla struttura del negozio, le quali impongono adempimenti ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla disciplina del contratto comune: è il caso dei contratti reali connotati dalla *traditio* ed della peculiare rilevanza della consegna nel contratto costitutivo di pegno. Secondo G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, cit., p.31 da ciò si deduce che le norme sulla conclusione dell'accordo non devono essere ricercate solo nel Titolo II del Libro IV del Codice civile italiano, ma anche e soprattutto nella disciplina dei singoli tipi contrattuali.

La conclusione dell'accordo e la fattispecie posta in essere, percorrendo percorsi paralleli, implicano una interscambiabilità dei diversi procedimenti formativi del contratto, determinata dagli interessi manifestati di volta in volta dalle parti, i quali sono destinati a mutare in base all'operazione economica posta in essere<sup>32</sup>.

Si traccia allora una distinzione tra interesse strumentale, cui risultano funzionali le diverse tecniche di formazione del consenso, ed interesse sostanziale, cui risulta invece funzionale il regolamento negoziale posto in essere tra le parti<sup>33</sup>.

All'autonomia privata viene perciò riconosciuto spazio anche con riguardo alla possibilità di creare regole nuove per la regolamentazione della fase di perfezionamento del contratto.

Le parti possono stabilire, nell'ambito di un determinato procedimento formativo del consenso, il significato del loro futuro comportamento o possono scegliere una forma specifica per gli atti di procedura di conclusione del contratto<sup>34</sup>.

L'operatività dell'autonomia privata deve dunque passare attraverso una valutazione di liceità, che presuppone il rispetto dei criteri di validità del negozio; una valutazione di meritevolezza, finalizzata ad una stima degli interessi realizzati dal negozio nonché alla loro conformità con i valori dell'ordinamento; ed in ultimo deve essere sottoposta ad una valutazione di compatibilità, la quale permetterà di verificare che la regolamentazione dell'operazione economica effettuata dalle parti in deroga allo schema legale sia congrua

---

<sup>32</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, cit., p. 47

<sup>33</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 48. Il binomio interesse strumentale/interesse sostanziale evidenziato da Benedetti è attualmente evidente nella produzione normativa di fonte comunitaria, che dedica particolare attenzione alla fase precontrattuale al fine di bilanciare il rapporto tra consumatore e professionista prima della conclusione del contratto, connotata dalla assenza della fase delle trattative. Viene, però, ugualmente tutelato l'interesse strumentale del consumatore ad esprimere un'adesione consapevole al regolamento contrattuale predisposto dal professionista attraverso l'imposizione nei confronti di quest'ultimo di importanti obblighi di natura informativa e di documentazione ed attraverso il riconoscimento del diritto di recesso al consumatore. Cfr. ID., *La formazione del contratto, Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, II, 2007, p.351. Si pensi all'art. 47 cod. cons. circa le informazioni inerenti al diritto di recesso in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali; agli artt. 52 e 53 cod. cons. in materia di contratti a distanza; all'art. 71 cod. cons. in tema di contratti di multiproprietà. È quanto accade anche nel progetto di codice civile argentino, che disciplina nel Capitolo del Titolo III del Libro III, speciali modalità di conclusione del contratto, come quello celebrato fuori dai locali commerciali, art. 1104, e quello celebrato con contratti a distanza, art. 1105. Con riguardo al diritto di recesso, la *ratio* dell'istituto deve essere individuata nel garantire al consumatore consapevolezza e libertà decisionale. Il suo esercizio fa sì che la manifestazione volitiva del consumatore sia priva di serietà e conclusione impegnativa.

<sup>34</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 36. Il pensiero di Benedetti sarà poi successivamente applicato nel commento al pluralismo dei procedimenti formativi previsto dai Principles of European Contract Law che all'art. 2:211 ammettono modalità conclusive del contratto non strutturate in proposta/accettazione. In proposito l'Autore sostiene che alla iniziativa privata è riservata, oltre il contenuto dell'assetto di interessi e la creazione del tipo contrattuale, il potere di conformazione endoprocedimentale (cfr. art. 1326, 1327, 1329 c.c.), e di elaborare nuovi procedimenti formativi dell'accordo. Cfr. ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal Codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti, Europa dir. priv.*, 2005, p.323.

alle scelte di fondo compiute dal legislatore nel dare veste giuridica alla medesima operazione economica<sup>35</sup>.

La riflessione sul problema del consenso e sulla costruzione dell'accordo implica un'ulteriore valutazione, di natura concettuale: la necessità di porre al centro una sola categoria ordinante, quella del contratto.

L'esigenza di ordinare il materiale normativo e l'impiego di categorie generali e a carattere di interconnessione disciplinare, porta a domandarsi se non sia il caso di restituire spazio, nei progetti di diritto europeo, al negozio giuridico<sup>36</sup>.

La riflessione deve essere inquadrata in un contesto definibile di "extrastatalità" del diritto civile, in cui si percepisce la convinzione che la categoria del negozio giuridico non sia da considerarsi residuo storico, come sentenziato da una parte della civilistica italiana<sup>37</sup>.

La critica parte dal rilievo che il negozio giuridico venga pensato come figura generale in cui ricomprendere il contratto, gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale e non patrimoniale, gli atti unilaterali *mortis causa*, gli atti del diritto di famiglia.

La dottrina si è per lungo tempo concentrata sulla individuazione delle disposizioni relative al contratto che potessero essere applicate anche alle altre ipotesi di negozio giuridico: si è infatti sostenuto che l'estensione delle norme dei contratti agli atti unilaterali tra vivi ex art. 1324 c.c. non operasse in via diretta, ma analogica, così come accade anche per gli atti bilaterali non patrimoniali e per gli atti unilaterali *mortis causa*.

Il rilievo critico è consistito proprio nel sostenere un svuotamento di significato del concetto di negozio, in quanto l'applicazione estensiva dello stesso ad altre specie

---

<sup>35</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 77. L'A. distingue il profilo della meritevolezza degli interessi da quello della compatibilità, conformemente agli schemi dell'ordine giuridico attraverso cui la legge già predispone determinati assetti di interessi, che sono per questo motivo socialmente e legalmente tipizzati. Il ragionamento vale soprattutto per i contratti reali, ed in particolare per la possibilità di realizzare versioni consensuali dei contratti reali. La conclusione dell'A. è nel senso di escludere, salvo precisazioni da farsi con riguardo al mutuo, che l'ordinamento possa ammettere una deroga in questo senso, dalla propria disciplina, alla cui stregua una certa operazione economica è regolata con lo schema del contratto reale: l'esclusione non deriverebbe da un divieto, ma dall'incompatibilità della disciplina legale, ancorché in linea di principio derogabile che il privato intenderebbe apprestare.

<sup>36</sup> Il riferimento è al pensiero di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Il negozio giuridico*, Padova, 2004; ID., *Negozio giuridico, Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 61; ID., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, *Riv. int. fil. dir.*, 2008, p. 171. L'A. sostiene l'attualità della categoria sul presupposto che l'ordinamento giuridico dello Stato non sia l'unica matrice di diritto. Egli è fortemente convinto della natura extrastatale del diritto civile, ed in base a questa riconosciuta caratteristica egli nega l'argomento che vorrebbe far discendere la volontà dell'ordinamento di escludere la figura del negozio dalla scelta legislativa di non renderne positiva la figura.

<sup>37</sup> F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, Categorie giuridiche e rapporti sociali, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 70, secondo cui in applicazione di «una filosofia persuasiva, con la quale la classe dominante mira a coinvolgere nei propri disegni la classe antagonista», il negozio giuridico cancella le connotazioni sociali dei soggetti che vi partecipano e non permette la giusta valutazione degli interessi in gioco così come non conferisce ad essi il giusto rilievo.

sostanzialmente differenti tra loro avrebbe comportato il dissolvimento del significato stesso di negozio giuridico<sup>38</sup>.

La possibilità di rivalorizzazione della menzionata categoria sarebbe possibile attraverso il recupero di aree dell'autonomia privata gestite non più soltanto attraverso lo strumento del contratto: si tratterebbe, dunque, di procedere ad una razionalizzazione in senso sistematico del materiale normativo di provenienza comunitaria, mediante un'opera di riconcettualizzazione effettuabile anche attraverso concetto di negozio, prospettabile oltretutto in termini di categoria logica, anche in termini di categoria ordinante.

Un dato significativo, di accoglimento della impostazione appena accennata, è fornito dalla distinzione tra contract e other juridical act effettuata dagli autori del DCFR nell'art. II.-1:101, laddove il contract rappresenta l'esempio maggiormente significativo della più estesa categoria del juridical act.

In esso potrebbe cogliersi una conferma della lettura dell'autonomia privata cui riconoscere contorni più ampi di quelli generalmente ricondotti all'area del contratto, contorni alla cui definizione contribuisce anche una nozione di causa del negozio, diversa da quella tradizionalmente accreditata.

La causa viene rielaborata in termini di funzione economico-individuale, quale sintesi dei profili oggettivi e soggettivi del contratto, distinguendosi dal tipo, on cui si intende lo schema astratto di organizzazione negoziale, predisposto dall'ordinamento e suscettibile di essere usato per scopi concreti<sup>39</sup>.

Tale nozione di causa costituisce il presupposto per una concezione autonomia in ordine alla quale i privati sono muniti della libertà di autoregolamentazione dei propri interessi. Essa può muoversi all'interno dei tipi predisposti dal legislatore, ma anche al di fuori di essi, conferendo all'autonomia privata un'implicita rilevanza giuridica.

Il rapporto tra libertà di autoregolamentazione ed ordinamento statale non è più condizionato da un preventivo controllo di meritevolezza o da una successiva valutazione

---

<sup>38</sup> La critica è di F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1988, p.1. Essa si ispira solo in apparenza al positivismo di stampo legalistico, essendo in pratica alimentata dalla convinzione che l'autonomia privata si identifichi totalmente con l'ambito applicativo dell'istituto del contratto. L'impostazione adottata risulta condizionata in senso storico, laddove S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 79, evidenzia che quel contesto storico risulta attualmente superato dall'emersione di spazi dell'autonomia privata assegnati a strumenti negoziali diversi dal contratto.

<sup>39</sup> La rinnovata concezione di causa è alla base del pensiero di G. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al codice civile 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127, il quale segnala come la causa rivesta il ruolo di elemento di coesione di tutti gli altri requisiti di cui tale struttura si compone. Poiché il negozio esprime appunto regolamentazione di interessi privati, la causa costituisce l'indice del modo in cui tale regola privata sia espressione oggettivata delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire. In quest'ultimo senso la causa diventa elemento che tecnicamente collega la globale operazione economica cui il negozio dà vita ai soggetti che ne sono autori.

di liceità: la regola privata rileva anzitutto sul piano fattuale, successivamente anche sul piano giuridico, se i valori da essa espressi si rivelino compatibili con quelli espressi dall'ordinamento giuridico.

La tutela eventualmente offerta da quest'ultimo avrà luogo solo se gli interessi delle parti si connotino come compatibili con i valori espressi dallo Stato: perché ciò avvenga alle parti viene richiesto di strutturare l'atto posto in essere secondo lo schema generale del negozio giuridico o della specie tipica che esse vogliono porre in essere, in modo che l'ordinamento identifichi in tali atti manifestazioni del potere di autoregolamentazione.

In questo quadro la causa non si configura più strumento e meccanismo di controllo dell'agire dei privati, ma diventa oggetto del controllo attraverso cui diventa possibile constatare concretamente l'esistenza della compatibilità tra i valori espressi dall'ordinamento giuridico e quelli invece espressi dal negozio. A questa valutazione di compatibilità si affianca il riscontro della meritevolezza dell'interesse ex art. 1322 c.c.

Il riconoscimento della funzione economico-individuale ha portato la giurisprudenza, da sempre fedele, invece, ad un'idea della causa con funzione economico-sociale, a distinguere tra causa in concreto e causa in astratto, indicando con la prima l'obiettivo empirico scaturente dal negozio concreto, e riferendo la seconda al terreno dell'astratta previsione normativa della funzione economico – sociale di un determinato tipo contrattuale<sup>40</sup>.

Soltanto nel 2006 la Corte di Cassazione ha aderito apertamente all'idea di causa quale «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora inscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto»<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Cass. 11.1.1973 n.68. *Giust. civ.*, 1973, I, p.603. In tal modo, anche sul piano giurisprudenziale, oltretutto dottrinale, si è giunti alla verifica della presenza effettiva di una funzione in contratti riconducibili, nella forma, ad uno schema tipico, ma in sostanza non funzionali alla realizzazione degli interessi programmati dalle parti o a realizzarli compatibilmente con la complessa operazione economica posta in essere.

<sup>41</sup> Cass. 8.5.2006 n. 10490, *Corr. Giur.* 2006, 1718 – 1719, per cui la rinnovata nozione di causa rientra nell'«iter evolutivo del concetto di funzione economico- sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale».

### **3. Segue. Il controllo del contenuto contrattuale: il *modus operandi* del principio causalista**

L'idea di causa appena descritta si pone in rapporto di stretta corrispondenza con il negozio giuridico: qualificata come elemento strutturale imposto dalla logica prima e dal diritto poi, la mancanza della causa porta ad inesistenza del negozio stesso.

È quanto espresso dal progetto di codice civile argentino, dove, l'art. 1013 stabilisce espressamente la necessità della causa nel corso dell'intera esistenza del contratto: «La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la invalidez, adecuación o extinción del contrato».

La necessità prevista dalla norma precedente è dettata dall'applicazione delle disposizioni generali contenute nella sezione 2, Capitolo 5, Titolo IV del Libro I del progetto, in cui è esplicitamente fornita una nozione di causa quale il fine immediato, autorizzato dall'ordinamento giuridico, che ha determinato la volontà delle parti e dunque condotto alla conclusione del contratto.

L'esigenza che esso svolga una funzione di sintesi tra lo scopo oggettivo dall'ordinamento e finalità soggettive da perseguire viene evidenziata anche dall'art. 282, «Presunción de causa», in cui si stabilisce che quantunque la causa non sia espressa nell'atto, si presume che esista finché non venga provato il contrario e confermato dalla circostanza per cui l'atto resta valido benché la causa espressa sia falsa se si fonda su un'altra causa vera<sup>42</sup>.

Il contratto di diritto europeo si struttura come fattispecie parzialmente differente. Si rileva al suo interno quel che la dottrina ha definito nuova fattispecie viene tracciata mediante quel che è stato definito “un prosciugamento di caratteristiche” che in passato sarebbero apparse essenziali. Il Code européen des contrats, quanto i PECL, quanto il DCFR, quanto la Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita scelgono di non contemplarla tra gli elementi essenziali del contratto<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La causa è regolata sia nel Libro I, Titolo IV, capitolo 5, sezione 2 che nel Libro III, Titolo II, capitolo 6. Le disposizioni contenute nel Libro I sono riferite alla causa dell'atto giuridico, laddove quelle del Libro III si riferiscono specificamente alla causa del contratto. Con riguardo a quest'ultima, è di rilievo non soltanto l'art. 1013 citato sulla necessità, ma anche il successivo art. 1014 sulla causa illecita, per cui il contratto è invalido quando: a) «a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido».

<sup>43</sup> Così C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p.31. Non si può fare a meno, a questo punto, di ricordare il notevole distacco dall'art. 1325 del Codice civile italiano, che nell'indicazione dei requisiti del

Il principio causalista permette che l'attribuzione di un diritto e l'assunzione di un'obbligazione possano essere ammessi solo in presenza di una valida causa giustificativa: ogni spostamento di ricchezza deve essere giustificato. La nozione di causa degli ordinamenti continentali costituisce la *ratio* giustificativa dei movimenti patrimoniali.

Nell'ordinamento italiano, la causa è elemento essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1325 n. 2 c.c., e la sua assenza determina, ai sensi dell'art. 1418, co. 2 c.c., la nullità dell'atto.

L'assenza dell'elemento giustificativo nel contratto di diritto europeo è stata intesa in senso largo, comprensivo, cioè, anche della consideration, requisito caratteristico del contratto di common law, la cui funzione è solo in parte riconducibile a quella svolta dal concetto di causa<sup>44</sup>.

---

contratto menziona espressamente oltre all'accordo delle parti e all'oggetto, anche e soprattutto la causa e la forma; non solo, ma il distacco è notevole anche rispetto al Codice civile spagnolo, che all'art. 1.261 specifica che non può avervi contratto senza una serie specifica di requisiti tra i quali objeto e causa, appunto. Ma la causa è menzionata come elemento del contratto ancora dai Codici della Francia, del Belgio, del Lussemburgo. J.L. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos y codificacion*, Madrid, 2005, sul punto rileva che l'assenza della causa nel progetto pavese risponde a quella che può definirsi «concepcion implicita» della causa «como expresion del fundamento de la relevancia juridica del contrato, aunque necesariamente no hace que se configure como un requisito independiente del mismo, sino que se identifica con el, puesto que este es objeto de reconocimiento por el propio ordenamiento juridico (*pacta sunt servanda*), lo que expresan mejor, en nuestros codigos, ciertos preceptos que reconocen la eficacia de la autonomia privada, en las normas generales de los contratos, como el art. 1255 Cc. Español que se inspira, directamente, en el Codigo de las siete Partidas, al disponer que «Los contratantes pueden establecer los pactos, clausas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden publico».

<sup>44</sup> Al centro di una letteratura a dir poco consistente, del concetto di consideration non è semplice fornire una definizione. Se ci si dovesse limitare ad un equivalente traduttivo, dovrebbe essere sottolineato l'aspetto della corrispettività e dello scambio. Ma con consideration si intende qualcosa che va ben oltre la struttura contrattuale e della essenzialità di taluni dei suoi elementi: essa è soprattutto una doctrine posta a fondamento della vincolatività della promessa, e dunque come limite alla libertà contrattuale, operando contro le parti che intendono vincolarsi., cfr. P.S. ATIYAH, *The law of contract*, Oxford, 1981, p. 91. Identificandosi come la ragione della vincolatività della promessa, essa è alla base della trinità del bargain, composta da offerta, accettazione e, appunto, consideration, cfr. G.H. TREITEL, *The law of contract*, London, 1983, p.51. Non risulta agevole fornire una definizione univoca di contract, ma la consideration consente di operare una distinzione tra questo ed il concetto di bargain. Si è in presenza di quest'ultimo quando vi è consideration, al cui interno è dato rinvenire le due idee di fondo che animano la common law, e cioè la ricompensa per il beneficio reso e la tutela dell'affidamento. Attraverso la consideration le parti dimostrano reciproca volontà ad essere vincolate ciascuna alla propria prestazione, e alla pretesa della controprestazione altrui, potendo quindi agire in giudizio per l'adempimento. Essa è dunque elemento che va oltre il concetto continentale di causa del contratto, ma che, seppur impropriamente, può ricondursi al nesso che unisce prestazione e controprestazione nei contratti sinallagmatici. In questo senso essa rappresenta il fondamento della vincolatività della promessa, al tempo stesso costituendo un limite alla libertà contrattuale in quanto opera contro la volontà delle parti che intendono o non intendono vincolarsi. La mancanza del beneficio produce l'assenza del vincolo, anche se il promittente intendeva vincolarsi. Mentre se è necessario tutelare l'affidamento della controparte, si ritiene che ci sia il vincolo anche quando il promittente non intendeva vincolarsi ed il beneficio che ha riportato è minimo, cfr. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p. 167. Per una ricostruzione storico – operativa del concetto, si rinvia a ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 169

Le ragioni, e le conseguenze, della scelta sono state variamente interpretate dalla dottrina. La causa e la consideration da sempre rappresentano categorie problematiche, la cui imprescindibilità ed essenzialità sono state messe in dubbio dalla stessa dottrina<sup>45</sup>.

A parte le ragioni interne degli ordinamenti o la intrinseca problematicità dei due istituti, i motivi per cui non apparirebbero nella redazione dei progetti di diritto europeo appaiono diversi<sup>46</sup>.

Causa e consideration si strutturano in maniera differente, ma sono accomunate da una finalità simile, quella cioè di fungere da elemento giustificativo dell'accordo. La contrapposizione tra i sistemi è, tuttavia, legata alla differente connotazione operativa dei due istituti, ciò che non ne consente una disciplina unitaria<sup>47</sup>.

L'inserimento della causa nelle norme dei progetti europei avrebbe comportato da una parte l'accoglimento di una categoria di controllo sulla validità dell'accordo;

---

<sup>45</sup> Secondo C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, cit. p. 37, alla base della neutralizzazione della causa e della consideration all'interno dei PECL vi sarebbe una messa in questione della loro essenzialità, conseguenza del fatto, però, che soltanto in certe ipotesi esse non si rivelavano più necessarie. Per esempio la consideration deve essere necessariamente contemplata con riguardo ai contratti di scambio che tali non sarebbero senza una controprestazione che funga da consideration della prestazione; ma allo stesso tempo di essa si continua a parlare solo per ossequio alla tradizione (e quindi senza che ve ne sia un concreto bisogno) negli unilateral contracts, nei quali la promessa è vincolante anche prima che venga ad esistenza la prestazione della controparte. E riflessioni non dissimili vanno fatte per la categoria della causa. A questa il nostro ordinamento ha sempre affidato il compito di realizzare un "controllo sulla meritevolezza" del contratto, in quanto ragione e funzione economico-sociale di ciascun negozio, nonché criterio per consentirne la qualificazione nell'ambito di un tipo legale. Ma l'A. sottolinea giustamente come il controllo che la causa intendeva esercitare si è adesso spostata sul piano del contenuto, come accade nella disciplina delle clausole abusive.

<sup>46</sup> Cfr. R. RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 264, per cui la ragione finale e fondamentale dello stralcio della causa e consideration va inquadrata nella necessità di depurazione e semplificazione normativa, che induce a prendere le distanze da entrambe, in quanto entrambe ritenute «rociose» e non in grado di offrire rassicurante approdo, con una disciplina unica adatta idonea a tradizioni diverse.

<sup>47</sup> Un ricostruzione operativa può essere condotta sul contratto basato su causa gratuita è efficace in virtù della forma solenne, ad es. la donazione in civil law. In Inghilterra, una promessa non fondata sulla consideration è valida solo in quanto venga adottata la forma solenne del deed. Con riferimento alla causa onerosa, il discorso appare più complesso. In common law la consideration opera, avuto riguardo alla promessa di una delle parti, come controprestazione onerosa fatta in cambio della promessa ricevuta oppure come esecuzione contestuale alla promessa ricevuta e data in cambio di essa. In Italia ed in Francia il concetto di causa dell'obbligazione è stata col tempo confusa con quello di causa del contratto. In particolare, nel contratto di vendita la causa sarebbe stata il prezzo pagato, laddove nella donazione la causa venne identificata con l'animo liberale. Essa venne identificata con gli obiettivi delle parti del contratto, equiparazione che condusse parte della dottrina francese a sostenere che ciò che viene presentato come elemento del contratto in termini di causa, potrebbe essere presentato anche in termini di oggetto o di consenso. Le medesime posizioni (e le conseguenti critiche) si diffusero presto anche in Italia, dove si operò una distinzione tra scopo oggettivo e motivi soggettivi. Fu Vittorio Scialoja a coniare l'idea e la definizione di causa del negozio come sua funzione economico- sociale, espressione che poi servì anche a definire la causa del contratto. In Germania i problemi operativi generati da concetto di causa non si pongono per tutti i contratti, in quanto essa non rappresenta un requisito della figura generale del contratto. I contratti obbligatori sono in genere causali, identificandosi la causa con lo scambio reciproco di prestazioni, laddove quelli ad effetti reali sono astratti; cfr. MONATERI-SACCO, *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 147.

dall'altra, l'inserimento della consideration avrebbe significato accogliere un modello che nei sistemi di civil law opera diversamente.

Una disciplina comune, di codice o di strumento opzionale, deve necessariamente rinunciare all'una e all'altra, riducendo i requisiti essenziali del contratto al solo accordo tra le parti.

La mancanza dell'elemento causale ha indotto alcuni studiosi a parlare di "morte della causa"<sup>48</sup>, ma non tutta la dottrina sembra condividere questa interpretazione<sup>49</sup>.

Anzitutto, si ritiene che nelle norme dei progetti in analisi non manchino in assoluto dei riferimenti alla causa o alla consideration: semplicemente, mancano riferimenti espliciti. L'assenza di espliciti riferimenti si giustifica in base a ragioni di ordine sistematico.

Mancano disposizioni assimilabili al nostro art. 1325 Codice civile che tassativamente individua ciò che deve essere presente all'interno del contratto, che i progetti di uniformazione restituiscono in un assetto differente.

L'assenza di riferimenti alla causa o alla consideration andrebbe piuttosto interpretata come un'impercettibile presenza delle stesse<sup>50</sup>, di cui è possibile peraltro rinvenire alcune tracce tanto nei PECL quanto nel Code.

In questo senso, una disposizione interessante dei PECL è l'art. 1:302, che nel fornire la definizione di ragionevolezza, specifica: «È da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella

---

<sup>48</sup> La metafora della morte della causa viene usata da U. BRECCIA, in *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, cit., p.241. Ma va aggiunto che il riferimento alla morte (anche se «presunta») si deve a Carlo Castronovo, che ha preso parte all'elaborazione dei PECL e suggerisce la metafora nella *Prefazione* dell'edizione italiana. L' A. mette in evidenza che come gli eccessi teoretici, la vacuità, la fumosità e una declamata socialità abbiano decretato la morte della causa del contratto. In relazione alla consideration, egli ritiene che "la ragione fondamentale di un tale processo estintivo fu comunemente ravvisata nell'incompatibilità di quel dogma giuridico, artificioso, e macchinoso, con le duttili necessità del mondo degli affari economici". Ma la morte della causa e della consideration altro non sarebbe che la fase finale di un processo, testimoniata dall'art. 29 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci: tale disposizione considera infatti necessario e sufficiente il semplice accordo ogni qual volta si tratti di modificare o di sciogliere un contratto. La testuale menzione del "puro accordo" conferma la scomparsa di ogni ragione giustificativa di natura sostanziale.

<sup>49</sup> Si veda anzitutto R. RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, cit., per il quale occorre non interpretare il silenzio dei Principi Lando come autentico conferma della morte della causa, essendo necessario guardare al di là della superficie di questi Principi al fine di stabilire se, nonostante la carenza di espliciti riferimenti, la vecchia causa non continui, sotto altre spoglie, a vivere.

<sup>50</sup> L'immagine questa volta è presa in prestito da G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 897, il quale ritiene che i problemi che caratterizzano la teoria della causa del contratto, e più in generale la causa del negozio, sono tutt'altro che scomparsi dai testi normativi che non ne fanno menzione: «In essi la causa è presente, anche se la sua presenza è, come dire?, discretamente invisibile». Insomma, per l'A. non può condividersi il ragionamento relativo alla morte della causa. Semplicemente è stata fatta una scelta da coloro che hanno curato l'elaborazione delle codificazioni in oggetto, che è quella di non fare esplicito riferimento a questo elemento del contratto.

valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni interessati».

In realtà il testo dell'articolo, nella versione originale in lingua inglese, non fa riferimento alla natura o all'oggetto del contratto, ma più precisamente alla «nature» e al «purpose», cioè alla natura e allo scopo del contratto<sup>51</sup>.

Alle circostanze ed allo scopo del contratto fa riferimento anche l'art. 4:109, lett. b)<sup>52</sup>; inoltre gli stessi criteri di ragionevolezza<sup>53</sup>, di sufficienza<sup>54</sup>, di buona fede e correttezza<sup>55</sup> sembrano essere tutti criteri che impongono ai contraenti comportamenti adeguati e coerenti con la regola contrattuale non solo da essi concordata, ma anche dalla regola contrattuale considerata nella sua completezza strutturale e funzionale.<sup>56</sup>

Sembrerebbe dunque che i PECL contengano un implicito riferimento all'invisibile e apparentemente rimosso elemento della causa, quale funzione economico-individuale del contratto in grado di collegare l'intera operazione economica alle finalità che i soggetti si sono impegnati a realizzare al momento della sua conclusione.

Anche il Code Européen des contrats non fa alcun esplicito riferimento alla causa o all'oggetto del contratto, ma ciò non esclude che in esso vengano contemplate le problematiche connesse a tali elementi.

L'art. 2 definisce l'autonomia contrattuale attraverso una formula che ricalca l'art. 1322 del Codice civile italiano<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> La versione in lingua inglese dell'art. 1:302 recita infatti così: «Under these Principles reasonableness is to be judged by what person acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account». La scelta di tradurre il termine «purpose» con la parola «oggetto» anziché con la parola «scopo» è stata fatta probabilmente con l'intento di evitare che si potesse evocare l'idea di causa.

<sup>52</sup> Art. 4:109 disciplina l'invalidità del contratto per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, e alla lett. b prevede espressamente che una parte può annullare il contratto se al momento della sua conclusione «L'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e date le circostanze e lo scopo del contratto, ha tratto dalla situazione della prima un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto».

<sup>53</sup> Il criterio della ragionevolezza viene richiamato da diverse norme come l'art. 1:105 n. 2 che esclude l'applicazione degli usi quando questa sia irragionevole; l'art. 2:102 in tema di volontà; l'art. 2:106 n. 2, in tema di affidamento; l'art. 5:101 n. 3, in tema di interpretazione; l'art. 6:111 lett. b, in tema di mutamento di circostanze

<sup>54</sup> Il criterio della sufficienza è richiamato dall'art. 2:101 che detta i requisiti dell'accordo delle parti, e dall'art. 2:103 che specifica i casi in cui le clausole contrattuali diano luogo ad un accordo sufficiente.

<sup>55</sup> Criteri richiamati, ad esempio, dall' art. 1:201 e dall'art. 5:102 lett. g

<sup>56</sup> G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, cit., p. 906, ritiene che non sia un caso che i PECL diano rilievo particolare al mutamento delle circostanze ( art. 6:111), e quindi al verificarsi che mettano in forse l'assetto di interessi originariamente disciplinato dai contraenti, sottraendo perciò il contratto in tutto o in parte alla sua funzione originaria.

<sup>57</sup> L'art. 2 del *Code*, rubricato «Autonomia contrattuale» prevede infatti al co.1: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto entro i limiti imposti dalle norme imperative, dal buon costume, dall'ordine pubblico, quali definiti nel presente codice, nel diritto comunitario, o nelle leggi

Al contenuto fa riferimento anche l'art. 5: esso, assieme all'accordo delle parti, costituiscono gli unici riferimenti essenziali del contratto: manca il riferimento alla causa e all'oggetto.

La centralità riconosciuta al contenuto, nel tracciare l'assetto di interessi oggettivamente regolato nel contratto, pare conferire a tale elemento lo specifico ruolo di sintetizzare sia la regola oggettivata nel contratto sia le concrete finalità soggettive che i contraenti intendono realizzare. L'elemento contenuto sintetizza in sé gli elementi della causa e dell'oggetto.

Altre norme del Code evocano il tema della causa. Il riferimento è agli artt. 25-33, sulla individuazione delle caratteristiche che il contenuto del contratto deve possedere; ma il riferimento è anche agli artt. 39-41, relativi alla disciplina dell'interpretazione.

Rispetto al primo gruppo di norme, esse definiscono il contenuto del contratto, delineandone con chiarezza il ruolo essenziale svolto all'interno dell'operazione contrattuale, e dunque la capacità di esprimere la dimensione soggettiva ed oggettiva della stessa.<sup>58</sup>

Per quanto riguarda poi le norme sull'interpretazione, i riferimenti al contenuto (art. 39, n.1), alla natura del contratto (art. 39, n. 2), alla comune intenzione dei contraenti (art. 39 n.3), unitamente a quelli sull'utilità del contratto (art. 26) ed effetti dello stesso (Titolo VI del Code)<sup>59</sup>, confermerebbero l'intrinseca presenza dell'elemento causale nella fattispecie di contratto proposta dal Code<sup>60</sup>.

---

nazionali degli Stati membri dell'Unione europea, purché non perseguano unicamente lo scopo di nuocere ad altri».

<sup>58</sup> In particolare, l'art. 25 individua i requisiti del contenuto con formula che riecheggia quella del nostro art. 1346. L'art. 26 stabilisce che il contratto deve essere utile, cioè deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, «di entrambe le parti o almeno di una di esse». L'art. 27, poi, definisce possibile il contenuto del contratto «quando il regolamento di interessi è suscettibile di attuare per la mancanza di ostacoli obiettivi di carattere materiale o giuridico, che impediscano in modo assoluto il conseguimento del risultato perseguito». L'art. 32 individua quelle che devono essere considerate clausole implicite, e a questo proposito esso stabilisce che, oltre alle clausole espresse, devono considerarsi appartenenti al contratto come clausole implicite, appunto, quelle «tacitamente volute dalle parti in base a precedenti rapporti di affari, alle trattative, alle circostanze, agli usi generali e locali» (art. 32 co.1, lett. c); e lo stesso deve dirsi per le clausole non espresse, le quali «devono considerarsi necessarie affinché il contratto possa produrre gli effetti voluti dalle parti» (art. 32 co.1, lett. d).

<sup>59</sup> Disposizioni che secondo G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, cit., p. 910, possono richiamare quelle inerenti alla dimensione e alla portata finalistica e funzionale del contratto.

<sup>60</sup> Cfr. G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, cit., p.911, per il quale i problemi che conseguono da questa duplice natura (che alla fine è la natura del contratto, del negozio giuridico, e di quelle figure negoziali unilaterali come il testamento, le promesse unilaterali, etc. ) devono essere necessariamente disciplinati conformemente a tale loro dimensione. Lo stesso A. ricorda che può decidersi di non parlare della causa, ma non sarà possibile eludere i problemi che essa ha sempre evocato e intorno ai quali la dottrina ha sempre dibattuto.

#### **4. Segue. Autonomia privata e rilevanza costituzionale**

Lo studio del principio di autonomia contrattuale non può essere limitato alla sua incidenza sulla formazione del consenso. Il richiamato principio rappresenta un aspetto ineliminabile della libertà della persona, cioè la libertà negoziale.

L'idea, tuttavia, in base alla quale è soltanto l'individuo ad essere giudice dei propri interessi non trova più riscontro nella società. È pacifico che la libertà del singolo debba inserirsi in un'idea dell'ordinamento ispirato al valore della solidarietà sociale, valore posto a fondamento della Costituzione, che si esprime attraverso il principio dell'eguaglianza, giuridica e di fatto.

Lo Stato non può, dunque, limitarsi a riconoscere il diritto di ciascuno di regolare da sé i propri interessi quando tale diritto diventi uno messo per l'abuso a danno di altri. La pretesa intangibilità della volontà del singolo dovrebbe cedere il posto alla realizzazione di esigenze di giustizia sociale<sup>61</sup>.

Alla libertà contrattuale vengono riconosciute due funzioni importanti, nel sistema di diritto privato europeo, al contempo tra loro in conflitto.

Da una parte quella che porta ad intendere il contratto quale unico sistema di regolamentazione di rapporto tra privati. La libertà contrattuale è quindi libertà per i contraenti di effettuare qualsiasi scelta essi vogliano realizzare: in questo senso, essa risulta effettivamente legge privata delle parti.

Dall'altra parte esplica anche la funzione che assegna al contratto compiti di giustizia correttiva, di tutela della persona e di giusta distribuzione delle risorse.

La libertà contrattuale, in questa accezione, è intesa come libertà da uno strumento che vincola la parte più debole, o meglio come principio la cui applicazione consente al contratto di regolare, in maniera equa, anche gli interessi della parte più debole<sup>62</sup>.

Questo è quanto, in partenza, l'operatività del concetto di libertà contrattuale si prefigge di realizzare da un punto di vista almeno formale.

---

<sup>61</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2000, p. 33

<sup>62</sup> Il rapporto dialettico tra libertà ed autorità si ripresenta in veste diversa: alla contrapposizione tra contratto sottoposto alle regole del diritto comune e contratto sottoposto alla legislazione speciale, ed alla contrapposizione tra modello garantista e modello paternalista, subentra un'idea differente in ordine alla quale il contratto si qualifica in termini di accordo "regolato" in cui autonomia ed intervento riequilibratore si fondono, tenendo conto degli interessi dei contraenti ma anche di quelli tutelati dalla sfera pubblica, in particolare quando si tratti di parti deboli come consumatori, risparmiatori, lavoratori subordinati, etc. Il panorama vasto delle fonti contempla anche la presenza degli organi delegati alla formazione, come le Autorità amministrative indipendenti e le esperienze della soft law, quali protocolli di intesa e procedure negoziale. Cfr. G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

Dall'attuale quadro normativo di fonte comunitaria, è possibile tuttavia cogliere una funzionalizzazione dell'agire del singolo ad un interesse pubblico più ampio, quello della regolazione del mercato. Tale strumentalizzazione implica una riscrittura dei tradizionali strumenti dell'autonomia privata, utili al conseguimento di interessi ulteriori a quelli riconducibili alle stesse parti.

È stato segnalato come le direttive comunitarie si siano col tempo sempre più modellate su un sistema teso alla razionalizzazione del mercato che parta dal basso, dalla contrattazione, cioè, individuale.

Il consumatore viene individuato dal legislatore comunitario quale soggetto che, attraverso le sue scelte risulta maggiormente adeguato alla strutturazione giuridica del mercato, in termini di rimedi e tutele, poiché portatore di un interesse che incide direttamente su equilibri da monitorare. Il consumatore e le tutele per esso predisposte diventano non tanto l'obiettivo, quanto lo strumento di cui il legislatore comunitario si serve per la corretta strutturazione degli equilibri di mercato.

Il consumatore sceglie il bene, le sue scelte condizionano l'offerta e le dinamiche concorrenziali tra gli operatori del mercato: se così è, l'indeterminatezza della formula adottata dalla Carta di Nizza per cui «è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori» potrebbe essere letta come un implicito riferimento alla linea politica tracciata dal diritto di fonte comunitaria, che lentamente pare aver modificato i suoi intenti dalla finalità di tutela degli interessi consumeristici in un sofisticato utilizzo della sua figura alla realizzazione di finalità di mercato.

Il discorso potrebbe essere esteso all'altra figura di contraente debole, la piccola e medio impresa, la cui posizione e le cui scelte costituiscono viatico per la razionalizzazione dell'ordine di mercato<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Emblematico è in tal senso il potere di controllo del giudice sul contenuto del contratto notevolmente ampliato attraverso l'art. 7 co.3 del d. lgs. n. 213/02 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e nel segno della giustizia sociale. L'art. 7 prevede che il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo che risulti «gravemente iniquo in danno del creditore» e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione ed ai rapporti commerciali tra le parti, applica i termini legali oppure riconduce ad equità il contenuto dell'accordo. In particolare, dovrà essere considerato iniquo l'accordo che, in mancanza di ragioni oggettive, abbia come principale obiettivo quello di procurare al debitore una maggiore liquidità a spese del creditore. Finalità della disciplina non è tanto la compressione dell'autonomia privata quanto quella di sanzionare eventuali abusi, assicurando la certezza dell'adempimento delle obbligazioni: la *ratio* della disciplina è ancora una volta da rintracciare nell'efficienza del mercato e non in istanze di giustizia sociale: il creditore è la parte debole del rapporto obbligatorio, costretto ad accettare tempi lunghi di pagamento oppure interessi moratori privi di finalità deterrenti. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 101.

L'analisi dell'attuale contesto giuridico-economico porta a chiedersi quanto esso sia compatibile con l'individuazione di valori e diritti fondamentali individuato dalla Parte II della Carta dei diritti<sup>64</sup>.

Se è vero che la persona trova nel mercato il luogo principale in cui soddisfare i propri bisogni, primari e secondari, appare difficile comprendere come le norme regolatrici di esso, nonostante le disposizioni della Carta di Nizza, non tutelino adeguatamente i valori della persona, soprattutto nella ricerca dell'equilibrio tra esigenze protezioniste e *ratio* strutturale del mercato.

La recente attività di produzione normativa delle Istituzioni europee non smentiscono questo dato. È quanto si ricava dall'analisi delle norme della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita. L'art. 1, intitolato alla libertà contrattuale, recita al co. 1: «Le parti sono libere di concludere contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili».

La disposizione, connessa alla natura facoltativa delle disposizioni in analisi<sup>65</sup>, risulta essere di ambigua applicazione: la scelta sulla effettiva operatività del Regolamento proposto dalla Commissione europea ricadrà, sia nei rapporti B2C che in quelli B2b, sulla parte contrattuale dotata di maggior potere economico<sup>66</sup>.

Come visto, l'art. 30, co. 1, CESL, stabilisce che il contratto si conclude quando le parti abbiano raggiunto un accordo dotato di contenuto e certezza sufficienti alla produzione di effetti giuridici<sup>67</sup>. La volontà delle parti di realizzare tali effetti giuridici all'accordo può essere desunta anche dalle dichiarazioni e dal loro comportamento, in base al co. 3 del medesimo articolo.

---

<sup>64</sup> È significativa la circostanza che l'ambito di affermazione dei valori extramercantili e personalistici sia quello della responsabilità civile e quello del danno non patrimoniale. L'area mercantile è quella deputata alla realizzazione di valori esclusivamente patrimoniali, difficilmente adattabili alle esigenze di tutela della persona, su quella extramercantile ricade il compito di fare in modo che le istanze personalistiche trovino riconoscimento e modalità di esplicazione, Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 103.

<sup>65</sup> Cfr. art. 3 e art. 8 della Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita.

<sup>66</sup> La formula utilizzata dal legislatore europeo nel disposto appena richiamato, non sembra corrispondere alla tradizionale concezione di autonomia privata, limitando la portata applicativa del concetto. Secondo il co. 2 dell'art. 1322 del Codice civile italiano attraverso l'applicazione del principio di autonomia contrattuale «Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Tale possibilità viene preclusa dalla circostanza che l'unico tipo regolato è ovviamente la vendita, e solo rispetto ad essa le parti possono scegliere di concludere contratti e determinarne il relativo contenuto.

<sup>67</sup> Sul requisito della certezza sufficiente relativo all'accordo sul contenuto, il Comitato economico e sociale ha sollevato il dubbio di un'espressione indeterminata e vaga, rispetto alla quale sussiste la necessità di una specificazione quando l'accordo sul contenuto possa definirsi sufficiente per la produzione di effetti giuridici, cfr. punto 5.2.5 Parere del Comitato economico e sociale, n.800/2012, disponibile su <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.opinions-search>

Specifica disposizione viene dedicata alle dichiarazioni unilaterali, le quali secondo l'art. 12 co.1 devono essere interpretate nel modo in cui sono compresi, in base a quanto possa ragionevolmente presumersi, dalla persona cui sono destinate. Il medesimo regime interpretativo viene applicato anche ai comportamenti unilaterali.

L'impostazione adottata nel DCFR appare simile: il Libro II, dedicato ai contratti ed agli altri atti giuridici, si apre con disposizioni aventi carattere generale.

L'art. II.-1:101, al co. 1 definisce il contratto quale «agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act». Al contratto è riconosciuto dunque valore vincolante limitatamente alle parti coinvolte, secondo quanto previsto dall'art. II.-1:103 co. 1<sup>68</sup>.

Il principio di autonomia contrattuale è affermato nel DCFR dall'art. II.-1:102: «Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules».

Sia la definizione di contratto che quella del principio di autonomia delle parti sono collocate in un testo destinato a fungere da codice modello, in cui la nozione di contratto appare solo quella di contratto scritto.

Tale nozione viene tuttavia ampliata dall'art. II.-4:102, sulle modalità di determinazione della volontà delle parti, per cui l'intenzione delle parti di vincolarsi o di far discendere effetti legali dall'atto viene in base alle dichiarazioni rese o in base al comportamento così come possono essere state ragionevolmente intese dall'altra parte; e dall'art. II.-1:105<sup>69</sup> sul comportamento concludente, correggerebbero il tiro fissando ulteriori criteri di individuazione della volontà delle parti<sup>70</sup>.

Il contenuto concettuale espresso dall'art. 2 del Code européen des contrats appare più esteso in ragione del co.2, per cui «le parti possono concludere contratti che non sono

---

<sup>68</sup> L'art. II.-1:103 rubricato «Binding effect» stabilisce che «(1) A valid contract is binding on the parties. (2) A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance. (3) This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law».

<sup>69</sup> L'art. II.-1:105, rubricato «Imputed knowledge etc.» così recita «If a person who with a party's assent was involved in making a contract or other juridical act or in exercising a right or performing an obligation under it: (a) knew or foresaw a fact, or is treated as having knowledge or foresight of a fact; or (b) acted intentionally or with any other relevant state of mind this knowledge, foresight or state of mind is imputed to the party».

<sup>70</sup> Pone in evidenza G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, (a cura di) G.Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti, Padova, 2009, p.14, che il problema della dichiarazione e dell'affidamento sembrano estranei al testo ed alla volontà «legislativa» dei redattori del DCFR, potendo il contratto essere concluso attraverso comportamenti oppure altri segni di espressione della volontà, attraverso l'esecuzione diretta della prestazione, o attraverso tutte le modalità in grado di dare risalto al vincolo contrattuale che può essere creato dalle parti, in maniera consapevole o meno.

disciplinati da questo codice anche mediante la combinazione di schemi legali ed il collegamento tra più atti».

L'impianto normativo del Code si presenta differente dato l'esplicito richiamo ai limiti operativi della libertà contrattuale, quali norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non contemplati invece nell'art. 1 della CESL e dall'art. II.-1:102 del DCFR, che fanno esclusivo riferimento alle mandatory rules.

Con riguardo al quadro normativo appena descritto, ci si chiede se sia possibile riconoscere una funzione sociale al contratto di diritto europeo, così come configurabile dalle disposizioni di apertura dei progetti richiamati. Un segnale potrebbe essere colto dall'ultimo inciso dell'art. 2 co.1 del Code: le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto «purché non perseguano unicamente lo scopo di nuocere agli altri».

Indicativa è anche l'analisi dell'art. I.-1:102 del DCFR, che tracciando il cammino ermeneutico nel senso di una interpretazione teleologica, fa espresso richiamo alla previsione per cui le regole in esso incluse siano intese «alla luce degli strumenti applicabili che garantiscono i diritti dell'uomo» ed «ogni legge costituzionale» applicabile; ed un richiamo ai valori di uniformità di applicazione della buona fede e della correttezza e della certezza del diritto.

I limiti alla autonomia delle parti sono dettati anche dall'art.II.-1:102 del Libro II, in cui pure compaiono regole in materia di interpretazione, e dunque ogni convenzione creata tra le parti dovrà essere interpretata conformemente agli «human rights» ed alle «fundamental freedoms».

Il secondo capitolo del Book II stabilisce ancora precisi confini quanto all'attuazione del principio di non discriminazione. In questo caso il rimedio non è dato dalla invalidità del contratto, ma dal risarcimento del danno. È prevista l'inversione dell'onere della prova, in quanto spetterà alla controparte del soggetto ritenuto discriminato dover provare l'assenza dell'attività discriminatoria.

Ulteriore ipotesi limitativa dell'autonomia delle parti è rappresentata poi dal contenuto della Section 3 del settimo capitolo del Book II, che prevede espressamente il caso della violazione dei principi fondamentali o delle norme imperative<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Sul punto, l'espressione usata dai redattori del DCFR, «fundamental rights» risulta ambigua così come risulta formulata. Essa viene lasciata alla discrezionalità dell'interprete, che scarsamente si confà con l'esigenza di certezza del diritto. I principi fondamentali danno, tuttavia, vita ad un complesso quadro all'interno del quale essi devono essere identificati e bilanciati.

Appare a questo punto lecito domandarsi le ragioni per cui manchi un riferimento chiaro alla Carta dei diritti fondamentali, attraverso cui palesare la connessione tra i due testi, facilitandone la diretta applicazione ai rapporti contrattuali.

A tale interrogativo, lasciato irrisolto dal legislatore della Proposta di Regolamento, ne segue poi un altro circa la sufficienza del mero richiamo ai principi fondamentali, ai principi della buona fede ed ai diritti fondamentali della persona per confermare il dato della pretesa sensibilità alla giustizia sociale.

Il dato desumibile dal progetto di codice civile argentino pare imboccare una direzione differente. In primo luogo occorre segnalare che l'affermazione del principio di autonomia contrattuale, in apertura del Titolo II, sui contratti in generale, posto all'interno del Libro III, avviene contestualmente alla individuazione dei suoi limiti, e cioè: la legge, l'ordine pubblico, la morale ed il buon costume<sup>72</sup>.

Il contenuto del principio viene ribadito con riferimento alla libertà generale delle parti di promuovere trattative volte alla formazione del contratto e di abbandonarle in ogni momento (art. 990), disposizione quest'ultima da leggere in combinato con l'art. 1099, relativo alle specifiche modalità di formazione del consenso nei contratti con consumatori.

Proprio quest'ultima norma riafferma il principio formulato in termini di «libertad de contratar» avendo riguardo alle pratiche abusive poste in essere dal professionista e che possono risultare lesive della libertà contrattuale del consumatore che si veda costretto a subordinare la fornitura di beni o servizi all'acquisto simultaneo di altri beni non richiesti.

L'intenzione di attribuire al contratto una funzione sociale correttiva sembrerebbe emergere dalle linee guida tracciate sull'esercizio del diritto in generale, contenute nel già menzionato Titolo Preliminar, in cui tanto l'esercizio del diritto dei singoli quanto quelli ad incidenza collettiva devono avvenire secondo buona fede ed in applicazione del divieto di abuso.

I redattori del progetto, nell'attribuire al giudice il compito di moderare il conflitto tra diritti individuali e diritti della collettività, rinnovano il principio di solidarietà mediante

---

<sup>72</sup> Art. 958 «Libertad de contratación», «Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres». In proposito, sostiene N.L. NICOLAU, *Los principios generales del derecho latinoamericano de las obligaciones*, in *Roma e America. Diritto Romano comune*, 2010, «Sin embargo, no son derechos irrestrictos, que pueden ser ejercidos sin límites. Es necesario superar el modelo clásico de intervención estatal mínima, dado que en la actualidad la libertad contractual está jaqueada por la existencia de un fuerte desequilibrio en la libertad e igualdad económicas existentes entre las partes de las diversas relaciones jurídicas lo cual permite a una imponer el contenido obligacional a la otra. Es imprescindible acentuar la protección a la parte débil, más allá del control de licitud del objeto y de la causa, de la prohibición de lesión subjetiva objetiva y del ejercicio abusivo de los derechos».

un ampliamento della nozione di funzione sociale del contratto a funzione ambientale dello stesso.

Il riconoscimento della funzione ambientale non attiene alla distinzione tra contratti dei consumatori e contratti di diritto comune, ma si qualifica piuttosto come trasversale a tutti i contratti ed applicabile tanto alle imprese quanto ai consumatori<sup>73</sup>.

Risulta in tal senso emblematico l'art. 14 del progetto, rubricato «Derechos individuales y de incidencia colectiva», che recita «En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general».

A fronte di tale esercizio abusivo, il co. 3 dell'art. 10 del progetto prevede infatti che «El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización».

Dalle disposizioni analizzate emerge dunque come le proposte limitazioni legali al principio di autonomia contrattuale traccino una rinnovata configurazione giuridica, maggiormente conforme alla realtà dei traffici commerciali, formalizzando però l'esigenza della elevazione del principio di solidarietà a principio generale e non solo quale criterio di protezione rintracciabile all'interno di leggi speciali.

---

<sup>73</sup>Cfr. *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p.630 «En este aspecto hay varias opciones: a) admitir una función social del contrato, o b) una función social de la libertad de contratar (más limitada) o c) restringir la cláusula a los contratos de consumo o d) no regularla aclarando que está suficientemente contemplada en otras cláusulas generales como abuso del derecho, cláusulas abusivas, etc. En nuestra tradición jurídica hay que tener en cuenta la historia y las costumbres, sobre todo la incorporación, a partir de la ley 17.711 de cláusulas generales que han tenido mucha aplicación que no se puede ignorar: abuso del derecho, lesión, buena fe, entre otras. La función "social" se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justifique incorporar una nueva que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido. La función social aplicada al contrato comprende a los de consumo, celebrados por adhesión y a los discrecionales, lo cual incluye en un mismo concepto a finalidades muy disimiles. En cambio, las cláusulas vinculadas al ejercicio de los derechos no se vinculan necesariamente con el tipo contractual y son mucho más permeables en su aplicación».