

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

**Dottorato di ricerca in Diritto dei rapporti economici e
di lavoro – XVII Ciclo**

Coordinatore: Prof. Biagio Grasso

TESI DI DOTTORATO

**“Procedimento di formazione del
contratto ed autonomia privata”**

Tutor

Ch.mo Prof. BIAGIO GRASSO

Candidato

DIEGO ALBERTO D'ALOIA

ANNO ACCADEMICO 2004-2005

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO – Il procedimento di formazione del contratto.

1. Programma dell'indagine sul procedimento di formazione del contratto.
2. Procedimento in senso formale e procedimento in senso sostanziale.
3. La formazione non procedimentale della fattispecie contrattuale.
 - 3.1 La «contrattazione» con se stesso.
 - 3.2 La *simultaneità* degli atti formativi.
4. La formazione procedimentale della fattispecie contrattuale.
 - 4.1 La sequenza proposta-accettazione.
 - 4.2 La sequenza proposta-inizio di esecuzione.
 - 4.3 La sequenza proposta irrevocabile-mancato rifiuto.
 - 4.4 La sequenza accordo-consegna.
 - 4.5 Procedimento ordinario e procedimenti speciali di formazione della fattispecie contrattuale.

CAPITOLO SECONDO – L'autonomia privata procedimentale.

1. Programma dell'indagine sull'autonomia privata procedimentale.

2. Genesi della categoria del negozio di configurazione.
 - 2.1 La prima formulazione del “principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto”.
 - 2.2 Regolamentazione del procedimento mediante atti di autonomia privata.
 - 2.3 La proposta ferma.
 - 2.4 La prelazione volontaria.
 - 2.5 La clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia.
 - 2.6 Il contratto preliminare.
 - 2.7 Gli accordi sulla forma.
 - 2.8 La mediazione.
 - 2.9 Sintesi.
3. L'efficacia del negozio di configurazione.
 - 3.1 Tre questioni in tema di efficacia del negozio di configurazione.
 - 3.2 a) Regole procedurali di comportamento.
 - 3.3 b) Regole per il conseguimento del risultato giuridico finale.
 - 3.4 Gli effetti preliminari del negozio di configurazione.
 - 3.5 L'irretrattabilità del negozio configurativo.
4. Il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici.
 - 4.1 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole procedurali di comportamento.

4.2 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole per il conseguimento del risultato giuridico finale.

5. I limiti dell'autonomia privata procedimentale.

5.1 I limiti alla *semplificazione* del procedimento di formazione del contratto. a) Il principio dell'accordo.

5.2 *Segue*. b) I procedimenti formativi "rigidi".

5.3 I limiti all'*aggravamento* del procedimento di formazione del contratto.

CAPITOLO PRIMO
IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL
CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Programma dell'indagine sul procedimento di formazione del contratto. – 2. Procedimento in senso formale e procedimento in senso sostanziale. – 3. La formazione non procedimentale della fattispecie contrattuale. 3.1 La «contrattazione» con se stesso. 3.2 La *simultaneità* degli atti formativi. – 4. La formazione procedimentale della fattispecie contrattuale. 4.1 La sequenza proposta-accettazione. 4.2 La sequenza proposta-inizio di esecuzione. 4.3 La sequenza proposta irrevocabile-mancato rifiuto. 4.4 La sequenza accordo-consegna. 4.5 Procedimento ordinario e procedimenti speciali di formazione della fattispecie contrattuale.

1. Programma dell'indagine sul procedimento di formazione del contratto.

Nel corso degli ultimi anni è notevolmente aumentato l'interesse della dottrina nei riguardi di quella che, con un'espressione suggestiva, potrebbe essere definita l'ultima frontiera dell'autonomia privata: il potere dei privati di derogare alle norme di legge che disciplinano l'*iter* formativo della fattispecie contrattuale e, dunque, l'idoneità del negozio giuridico a porsi come fonte di regolamentazione del procedimento di formazione del contratto. La presente indagine intende approfondire proprio quel

particolare aspetto dell'autonomia privata che si esplica nella produzione di "regole procedimentali".

Del tema ci occuperemo approfonditamente nella seconda parte di questo lavoro. La sua trattazione postula, infatti, una definizione il più possibile rigorosa del concetto di "procedimento di formazione del contratto", oltre che l'analisi della disciplina legale dell'*iter* formativo della fattispecie contrattuale. A questi due temi è, dunque, dedicata la prima parte di questo studio.

Si deve, comunque, precisare che l'indagine non intende soffermarsi approfonditamente su temi di *teoria generale del diritto*, come ad esempio il concetto di "procedimento in generale"¹ ovvero quello di "procedimento giuridico di diritto privato"². L'obiettivo della prima parte del lavoro è, piuttosto, la precisazione del concetto *dogmatico* di "procedimento di formazione del contratto": si cercherà, cioè, di chiarire quale sia il significato nel quale il termine "procedimento" è concretamente usato dalla dottrina civilistica italiana nei discorsi relativi all'*iter* formativo del

¹ Sul procedimento come modello di teoria generale, si veda E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., secondo il quale il procedimento si presenta come "una determinata sequenza di "norme" nonché degli "atti" da esse disciplinati e delle "posizioni soggettive" da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale".

² Il tema del procedimento giuridico di diritto privato è stato approfondito soprattutto da Salvatore Romano: si veda, in particolare, Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*; sul tema

contratto; e dall'indagine risulterà che, in realtà, a quel termine non corrisponde un unico significato, essendo almeno *due* le accezioni nelle quali l'espressione è di volta in volta impiegata dagli interpreti.

L'attenzione si concentrerà, in seguito, sulla disciplina legale della conclusione del contratto: innanzitutto, si verificherà se davvero la formazione del contratto possa essere in tutti i casi *descritta* come un procedimento (in uno dei due significati che saranno precisati in seguito); ed infine si analizzeranno i modelli procedurali concretamente prefigurati dal legislatore, sotto il profilo dei presupposti per la loro operatività e delle fasi che ne scandiscono lo svolgimento.

2. Procedimento in senso formale e procedimento in senso sostanziale.

La netta distinzione tra “il procedimento di formazione del negozio ed il «precetto» che, per effetto della stipulazione, viene ad assumere valore vincolante per i contraenti”³ costituisce un risultato ormai consolidato della nostra dottrina civilistica.

si veda altresì N. DI PRISCO, *Procedimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 845 ss.

³ P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1361, al quale si deve una chiara distinzione tra il contratto come “fattispecie” (vale a dire come complesso degli atti necessari per la stipulazione di un accordo giuridicamente vincolante) ed il contratto

Come si è già anticipato, però, il termine “procedimento” in relazione alla “formazione del contratto” non è utilizzato da tutti gli studiosi nel medesimo significato.

Una parte della dottrina intende il procedimento di formazione del contratto come “procedimento in senso formale (o in senso lato)”.

Si deve, in primo luogo, osservare che, nello studio del diritto pubblico, la dottrina (soprattutto quella amministrativistica) ha elaborato due diverse nozioni di procedimento: il *procedimento in senso sostanziale (o in senso stretto)* ed il *procedimento in senso formale (o in senso lato)*. La prima nozione, che si esprime anche con il termine “*atto-procedimento*”, comprende tutte le ipotesi in cui “l’effetto giuridico, anziché derivare da un atto solo, deriva da una serie di atti”⁴: secondo la dottrina in esame, tale nozione di procedimento sarebbe riconducibile a quella di “fattispecie complessa”⁵, e per tale ragione essa sarebbe

come “testo” (cioè, il complesso dei simboli espressivi su cui i contraenti si sono accordati) dalla cui interpretazione risulta il “precetto” o disposizione negoziale: l’unità del negozio contrattuale si coglierebbe, appunto, sotto il profilo del testo approvato e non sotto quello delle dichiarazioni delle parti (che, almeno nei contratti di scambio, sono necessariamente molteplici).

⁴ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 8.

⁵ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea che ciascuno degli atti del procedimento “produce effetti, mai propri, ma che sono sempre prodromici, parziali o complementari rispetto all’effetto centrale prodotto da un atto finale, in cui il procedimento si risolve”. L’Autore afferma, inoltre, che le regole, la quali prevedono la “conseguenzialità” degli atti successivi rispetto al primo, un “nesso di obbligatorietà” prodotto (in taluni procedimenti di diritto pubblico) dal singolo atto nei confronti dei

“inutilizzabile nel diritto privato”⁶, poiché sarebbe in definitiva del tutto superflua. Per “procedimento in senso lato” si intende invece semplicemente “lo svolgimento di attività umane, susseguentesi in regolare successione per la realizzazione di un certo effetto”⁷, e più precisamente la “successione degli atti, nel loro ordine e nelle loro reciproche relazioni, in vista dell’effetto finale”⁸. Si tratterebbe di una nozione valida anche nell’ambito del diritto privato, perché sarebbe l’unica in grado di cogliere l’aspetto dinamico della vicenda formativa della fattispecie, specie quando l’attività è “complessa e regolata da norme, che prescrivano, tempi, modi e condizioni del suo formarsi”⁹.

Con riferimento specifico al procedimento di formazione del contratto, si è rilevato come “durante l’*iter* formativo, vengano posti in essere, sia atti destinati a diventare componenti della fattispecie finale, sia atti che concorrono semplicemente alla determinazione di tale fattispecie, restando ad essa estranei, ed, anzi, perdendo ogni rilievo (almeno in linea

successivi ed un “ordine necessario” dei vari atti, non sono incompatibili con la nozione comune di fattispecie complessa; ma precisa altresì che l’esistenza di regole del genere non è, comunque, affatto necessaria per il verificarsi di una fattispecie complessa (ID., *op. cit.*, p. 9).

⁶ Sostiene, infatti, A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 11, che “nella fattispecie, il cd. atto-procedimento si risolverebbe in ogni senso, venendo a perdere qualsiasi propria individualità”: la possibilità di ricondurre l’atto-procedimento alla nozione, consolidata nel diritto privato, di fattispecie complessa renderebbe dunque superflua la formulazione in campo privatistico di un’autonoma categoria dell’atto-procedimento.

⁷ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 12.

⁸ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

di massima), una volta che tale fattispecie finale sia compiuta”¹⁰: vi sarebbero, dunque, da un lato, gli *atti destinati ad avere effetti sostanziali* e, dall’altro, gli *atti meramente procedurali*; e vi sarebbero anche atti (come, ad esempio, la proposta contrattuale) caratterizzati da una duplice funzione, sostanziale e procedimentale.

La dottrina in esame ha sottolineato che “ad integrare il procedimento, possono concorrere assieme ad atti necessari, altri atti che le parti sono libere o meno di porre in essere. Se, però, esse li pongono in essere, fanno senz’altro parte integrante del procedimento”¹¹: si potrebbero, pertanto, distinguere *fasi necessarie* del procedimento di formazione del contratto e *fasi meramente eventuali* (tra le quali rientrerebbero, ad esempio, le trattative¹²); le fasi eventuali andrebbero poi distinte da altre attività (pure esse connotate dall’*eventualità*), che però “restano completamente al di fuori dell’attività formativa del contratto”¹³,

⁹ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 14 s. Assai efficace è la definizione di procedimento in senso lato formulata in altra sede dalla dottrina in esame: “susseguirsi di atti, tra loro coordinati, taluni dei quali destinati a diventare elementi componenti della fattispecie finale (contratto); altri, viceversa, concorrenti solo dall’esterno alla produzione del risultato finale”: ID., *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 17.

¹¹ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 20.

¹² A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 37 ss.

¹³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 33, con riferimento ai cd. contatti preliminari. Va notato che, secondo la ricostruzione proposta dalla dottrina in esame, anche il contratto preliminare, i contratti che regolano il procedimento di formazione del contratto, ed i contratti normativi in senso stretto (globalmente ricondotti alla categoria dei contratti

e dunque non sarebbero nemmeno “fasi” del suo procedimento di formazione.

La rilevanza normativa della nozione di procedimento in senso formale dipenderebbe dall’esistenza di *due* diversi ordini di regole giuridiche, ben distinte tra loro sia sotto il profilo del *precetto* che sotto quello della *sanzione*: a) una “regolamentazione dell’ordine degli atti, del loro modo di venire in essere, dei reciproci rapporti intercorrenti tra di essi: nel senso che, solo con l’osservanza delle regole relative, viene in essere l’effetto giuridico desiderato”¹⁴: si tratta delle regole che individuano il *momento iniziale* e quello *finale* del procedimento, che prescrivono i *requisiti* dei singoli atti e ne fissano l’*ordine temporale* (necessario o puramente indicativo), e che determinano l’ampiezza ed i limiti del potere regolamentativo, in ordine allo svolgimento degli atti del procedimento, rimesso all’*autonomia* delle parti¹⁵; la loro inosservanza ha come unica conseguenza la *irrilevanza* degli atti compiuti¹⁶; b) una

preparatori o normativi in senso lato) *non* appartenerebbero al *procedimento di formazione* del contratto, procedimento sul quale peraltro spiegherebbero degli “effetti”: si precisa, però, che con ciò non si esclude che sia formulabile “una nozione più vasta di procedimento giuridico di diritto privato; che comprende, nel suo interno, vari procedimenti. E come, anzi, proprio con riferimento ai casi in esame, comprendendo un intero ciclo di attività, tale nozione possa riuscire più che opportuna” (ID., *op. ult. cit.*, p. 96, nota 7; cfr. altresì p. 26, ove si sottolinea il carattere “relativo” della nozione di procedimento).

¹⁴ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 17.

¹⁵ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 19 ss.

¹⁶ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 26.

“regolamentazione degli obblighi e dei diritti delle parti, in ordine al regolare svolgimento del procedimento”¹⁷: le norme in esame, pur essendo dirette a realizzare, in via mediata, interessi di carattere generale (tant’è che la loro *ratio* è di “assicurare il regolare e giusto componimento degli interessi delle parti”¹⁸), pongono obblighi di comportamento nell’immediato interesse della controparte, per cui la loro violazione può determinare l’insorgenza di un *obbligo risarcitorio* a carico del trasgressore¹⁹.

Si deve, comunque, osservare che la nozione *formale* di procedimento non è affatto estranea al linguaggio della dottrina che ha studiato l’*iter* formativo del contratto: si può, ad esempio, considerare la dottrina che ha contribuito in modo significativo all’individuazione nel nostro diritto positivo di una molteplicità di *tecniche procedurali autonome*, ciascuna idonea a determinare la formazione del contratto, e le ha distinte sulla base dell’essenza degli atti procedurali costituenti le

¹⁷ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 17, il quale ha sottolineato che la necessità di regole che pongono obblighi a carico delle parti è “immanente in ogni complesso di attività giuridiche posto in essere da due parti, portatrici di interessi almeno potenzialmente contrapposti” (ID., *op. ult. cit.*, p. 18).

¹⁸ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 23.

¹⁹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*, sottolinea che tale “obbligo risarcitorio, una volta venuto ad esistenza, vive di vita propria ed è indipendente da tutte quelle che possono essere le vicende del procedimento: per cui, esso troverà attuazione anche quando questo debba restare incompiuto”; *ivi* la dottrina in esame rileva altresì che la regola procedimentale, la cui violazione non generi responsabilità, ma la “irrelevanza

diverse *sequenze*²⁰. Nell'ambito di questa ricostruzione, la qualifica di *atto procedimentale* compete esclusivamente agli atti necessari ai fini del perfezionamento del ciclo formativo del contratto: proposta, accettazione, inizio di esecuzione, consegna, e così via. Va, peraltro, rilevato che la dottrina in esame non ritiene che gli atti costituenti le molteplici sequenze previste dal legislatore entrino a far parte della fattispecie contrattuale: si distingue, infatti, in modo netto il piano del *procedimento*, inteso come la "serie degli atti coordinati in funzione della formazione del negozio"²¹ e quello della *fattispecie*, intesa come regolamento di interessi e, dunque, come "il negozio già formato in funzione della sua efficacia commisurata al tipo"²². Se, viceversa, come sembra più corretto, si assume il termine "fattispecie" in un significato diverso da quello di regolamento di interessi, e precisamente come "criterio di riferimento" alle parti del programmato assetto d'interessi²³, si può affermare che il procedimento di formazione del contratto (in senso stretto o sostanziale) si identifichi con la *sequenza degli atti formativi della fattispecie contrattuale*, cioè con la serie degli atti necessari ai fini del *perfezionamento del criterio di riferimento* .

degli atti compiuti", debba essere ricondotta alla categoria delle "regole dettate per il conseguimento del risultato finale".

²⁰ Ci si riferisce a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 85 ss.

²¹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 57.

²² G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

3. La formazione non procedimentale della fattispecie contrattuale.

3.1 La «contrattazione» con se stesso.

Uno dei più rilevanti problemi teorici sollevati dall'autocontratto consiste nella difficoltà di conciliare la "contrattualità" della figura con la sua peculiare morfologia, caratterizzata dalla "mancanza di una pluralità di dichiarazioni, *amplius*, di una pluralità di apporti volitivi"²⁴.

Una parte della dottrina, assumendo come postulato il cd. dogma della bilateralità nella formazione del contratto, ha creduto di potere superare questa difficoltà ipotizzando la sussistenza di una *presunzione legale di consenso del dominus* ovvero ricostruendo la figura in esame come un *negozio unilaterale con effetti eccezionalmente contrattuali*; ma si è trattato di tentativi palesemente inidonei a risolvere in modo persuasivo il problema strutturale del contratto con se stesso²⁵.

²³ Su tale concetto si veda C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1992, p. 75 ss.

²⁴ C. DONISI, *op. cit.*, p. 22.

²⁵ Per una limpida confutazione delle tesi indicate nel testo, si veda C. DONISI, *op. cit.*, p. 25 ss.: alla tesi del *consenso presunto* si è obiettato che l'idea di una presunzione legale di consenso del *dominus* è anacronistica ed artificiosa e, comunque, inidonea a spiegare l'ipotesi patologica in cui sussista un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato (in presenza del quale, infatti, non opererebbe la predetta presunzione); alla tesi del *negozio unilaterale con effetti eccezionalmente contrattuali* si è, invece, obiettato (tra l'altro) che nella maggior parte dei casi il contratto con se stesso programma effetti ontologicamente *incompatibili* con l'esplicazione di autonomia unilaterale, per cui mancherebbe una delle condizioni cui il diritto positivo subordina la *fungibilità* tra negozi a diversa consistenza strutturale.

La dottrina più moderna²⁶ ha, invece, affrontato il problema in esame ponendosi preliminarmente il quesito se la “bilateralità”, essenziale nella raffigurazione del contratto in generale, risieda nel suo “procedimento formativo” o nella sua “fattispecie” (e, dunque, attenga all’area del «fatto») ovvero nel “regolamento d’interessi” che ne costituisce il contenuto (ed appartenga, pertanto, all’area del «valore»); e da tale indagine è risultato che l’essenziale “bilateralità” del contratto non attiene né al suo procedimento formativo né alla sua fattispecie²⁷, bensì alla sfera del “regolamento di interessi che, grazie alla operatività della fattispecie, è venuto ad inserirsi nel territorio del giuridicamente rilevante”²⁸: di conseguenza, la “bilateralità” non può identificarsi con lo schema

²⁶ C. DONISI, *op. cit.*, p. 34 ss.

²⁷ C. DONISI, *op. cit.*, p. 39 ss. rileva, infatti, che procedimento formativo e fattispecie hanno un’indole puramente *strumentale*: il procedimento ha il compito di dar luogo alla fattispecie, e quest’ultima ha la funzione di provocare l’inserzione del regolamento d’interessi nella sfera della rilevanza giuridica; e ciò è già sufficiente per escludere che la bilateralità, che è “l’essenza di un fenomeno *sostanziale* qual è quello contrattuale”, possa trovare la propria collocazione nell’area del fatto. Si è inoltre rilevato che non necessariamente il processo formativo della fattispecie contrattuale è caratterizzato dalla *duplicità* delle dichiarazioni di volontà: e se la bilateralità non è un dato costante del procedimento, non può esserlo nemmeno della fattispecie, dato il legame di puntuale *corrispondenza* intercorrente tra l’uno e l’altro termine.

²⁸ C. DONISI, *op. cit.*, p. 57 ss., il quale fonda il proprio assunto sul rilievo che il profilo “valutativo” costituisce l’aspetto fondamentale dell’atto precettivo, per cui è doveroso incentrare su di esso il “connotato qualificante del fenomeno nel suo complesso” (la bilateralità, appunto); il che è confermato altresì dalla circostanza che anche l’altro requisito necessario all’identificazione di una figura contrattuale (la patrimonialità) implica un giudizio di carattere meramente “sostanziale”.

dell'accordo o consenso²⁹, ma deve consistere nella “*riferibilità del disposto regolamento di interessi ad almeno due parti*”³⁰. Affinché una figura sia qualificabile come “contratto” è, dunque, necessario che il regolamento di interessi, fin dal suo momento genetico, sia “ascrivibile, attribuibile dall'ordinamento giuridico ad almeno due parti”³¹; non è, viceversa, un dato indeclinabile la “bilateralità del suo procedimento”³² di formazione, cioè non è necessario che nell'*iter* formativo del contratto vi sia stato il concorso degli apporti volitivi di almeno due soggetti.

Nell'ambito di questa ricostruzione, il termine “contratto” assume, dunque, il significato di “*regolamento d'interessi riferito ad almeno due parti*”³³, mentre l'accordo diviene “uno” dei *criteri* di cui l'ordinamento giuridico si serve allo scopo di *riferire* il regolamento di interessi ad almeno due parti³⁴; e tra i *molteplici criteri di riferimento* previsti dal diritto positivo, tutti comunque riconducibili all'*autonomia negoziale*³⁵, andrebbe ricompreso anche quello contemplato nell'art. 1395, che consiste

²⁹ C. DONISI, *op. cit.*, p. 59 s. il quale esclude che il concetto di bilateralità possa identificarsi con l'accordo sulla base di due ragioni: in primo luogo, la bilateralità appartiene all'area del valore, per cui essa non può identificarsi con un dato “empirico” qual è l'accordo; inoltre, i parametri normativi discorrono di contratto anche laddove “difetta qualsiasi traccia di accordo” (si allude all'art. 1333 c.c.).

³⁰ C. DONISI, *op. cit.*, p. 60.

³¹ C. DONISI, *op. cit.*, p. 61.

³² C. DONISI, *op. cit.*, p. 63.

³³ C. DONISI, *op. cit.*, p. 73.

³⁴ C. DONISI, *op. cit.*, p. 75 s.

“nell’apporto della sola volontà del rappresentante, reso nell’esercizio del potere rappresentativo”³⁶.

Si è, dunque, concluso nel senso che il contratto con se stesso sia un “contratto”, in quanto ricorrono tutte le *condizioni per l’identificabilità* di tale figura, e cioè una *pluralità di parti*, il *riferimento* ad esse del programmato assetto d’interessi ed uno dei *criteri* cui si deve tale riferimento³⁷; più precisamente, si tratterebbe di un “*contratto a fattispecie unilaterale*”³⁸, a causa “dell’esclusivo concorso del *procurator* alla costruzione della fattispecie e dunque dell’assunzione del medesimo ad unico termine subbiiettivo di riferimento di questa”³⁹.

Si è poi precisato che il criterio di riferimento di cui all’art. 1395 c.c. consiste nell’aggregazione di due elementi: il *rapporto rappresentativo* e

³⁵ C. DONISI, *op. cit.*, p. 84; si veda altresì p. 92, ove si ribadisce che si tratta di “criteri fondati sull’autonomia negoziale”.

³⁶ C. DONISI, *op. cit.*, p. 77, ove si annovera tra i criteri di riferimento (diversi dall’accordo) anche quello previsto dall’art. 1333 c.c. Sembra che, secondo la dottrina in esame, l’art. 1327 c.c. non preveda un criterio di riferimento distinto dall’accordo o consenso, bensì uno dei modi attraverso i quali tale criterio può concretamente realizzarsi: cfr. ID., *op. cit.*, pp. 89 e 114 s., nota 184; un autonomo criterio di riferimento del regolamento di interessi alle parti sarebbe invece quello previsto, per le condizioni generali di contratto, dall’art. 1341 c.c. (criterio consistente nella loro “conoscenza” o “conoscibilità secondo l’ordinaria diligenza” da parte dell’altro contraente, integrata dalla specifica approvazione per iscritto, nel caso in cui sussistano clausole onerose: cfr. ID., *op. cit.*, p. 99 s.), anche i contratti reali sarebbero caratterizzati da uno specifico criterio di riferimento, che si perfeziona soltanto in presenza dell’accordo (o meglio dell’apporto volitivo delle parti) e della consegna della cosa: ID., *op. cit.*, p. 121 s.

³⁷ C. DONISI, *op. cit.*, p. 77.

³⁸ C. DONISI, *op. cit.*, p. 78 s.

³⁹ C. DONISI, *op. cit.*, p. 78.

la *manifestazione della volontà* di stipulare in proprio o per altri⁴⁰; di conseguenza, il *perfezionamento* di tale criterio si verifica se e quando un soggetto, investito della qualifica di rappresentante “avrà manifestato la volontà di contrarre «in proprio» ovvero per altri”⁴¹. E proprio la circostanza che la norma in esame non individui una figura caratterizzata da un particolare profilo funzionale (sia pure generico), ma si limiti a prevedere un ulteriore criterio di riferimento del regolamento di interessi ad una pluralità di parti, ha fatto suggerire l’adozione della nomenclatura «contrattazione» con se stesso in luogo di quella consueta “contratto” con se stesso⁴².

Non si può, dunque, dubitare che, nella «contrattazione» con se stesso, il “ciclo formativo” del criterio di riferimento del regolamento di interessi alle parti si risolva in un’unica manifestazione di volontà (quella del rappresentante)⁴³: non è, infatti, possibile individuare alcuna

⁴⁰ C. DONISI, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹ C. DONISI, *op. loc. ult. cit.*, il quale peraltro distingue concettualmente il *perfezionamento* dei criteri di riferimento dal *perfezionamento* del contratto (che si identifica con l’attribuzione del divisato assetto d’interessi delle parti); tra i due concetti può ravvisarsi soltanto “un legame di strumentalità e, al più, una coincidenza meramente cronologica, ma non un’immedesimazione”: ID., *op. cit.*, p. 96, nota 153.

⁴² C. DONISI, *op. cit.*, p. 110.

⁴³ C. DONISI, *op. cit.*, p. 113. La dottrina in esame ha precisato che si tratta di solito di una manifestazione di volontà “tacita”, e che una manifestazione “espressa” è necessaria soltanto nelle ipotesi in cui per il contratto rappresentativo sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ovvero il suo *iter* formativo sia sottoposto a controllo pubblico; inoltre, la “comunicazione” di tale manifestazione di volontà al rappresentato (o ai rappresentati) non è né un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale, né un

manifestazione di volontà del *dominus* (né di terzi) che debba combinarsi con quella del rappresentante, ai fini del perfezionamento del criterio di riferimento dell'autocontratto⁴⁴.

Se le cose stanno in questi termini, allora è opinabile continuare a discorrere di “procedimento contemplato dall'art. 1395”⁴⁵: infatti, se si assume il concetto di procedimento nella sua nozione “sostanziale”⁴⁶, cioè come *serie di atti* destinati a diventare componenti della fattispecie finale, e se si prende atto della circostanza che in ipotesi di autocontratto la fattispecie si risolve in un *unico atto* (la manifestazione di volontà del rappresentante), si dovrebbe coerentemente affermare che, nel caso in

suo requisito di efficacia, bensì “l'atto di adempimento di un dovere specifico” del rappresentante, la cui inosservanza è fonte di responsabilità verso il *dominus*: ID., *op. cit.*, p. 116 ss. Si è, inoltre, chiarito che, nel caso in cui la contrattazione con se stesso riguardi un contratto reale, la *traditio* avverrà tramite i congegni del costituito possessorio o della *traditio brevi manu*: ID., *op. cit.*, p. 121 ss.

⁴⁴ Più precisamente, si deve escludere che la “procura” ovvero la “autorizzazione specifica” a contrattare con se stesso siano componenti dell'*iter* formativo del criterio di riferimento previsto dall'art. 1395 c.c.: infatti, nel caso della rappresentanza volontaria e diretta, la procura è fonte del potere rappresentativo, per cui essa non è un elemento del predetto criterio di riferimento, bensì un fatto (esterno alla fattispecie contrattuale) costitutivo di uno degli elementi del criterio (e cioè del rapporto rappresentativo); l'autorizzazione, invece, è un mero presupposto (peraltro non sempre necessario) di validità dell'autocontratto, non influente sul perfezionamento del suo criterio di riferimento.

⁴⁵ Non sembra, comunque, che la dottrina in esame si sia spinta fino a questo punto: cfr. C. DONISI, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁶ Se, invece, si assume il concetto di procedimento nella sua nozione “formale”, e cioè come sequenza composta sia da atti destinati a diventare componenti della fattispecie finale, che da atti che concorrono semplicemente alla determinazione di tale fattispecie, si potrebbe anche affermare che, nel caso dell'autocontratto, sia riscontrabile (in caso di

esame, la *fattispecie contrattuale si forma senza lo svolgimento di alcun procedimento (in senso stretto)*⁴⁷.

3.2 La *simultaneità* degli atti formativi.

Ci si deve chiedere, a questo punto, se vi siano delle ipotesi in cui la mancanza di un procedimento di formazione del contratto (in senso stretto) non dipenda, come nel caso della contrattazione con se stesso, dalla circostanza che la fattispecie contrattuale si risolva in un *unico atto*, ma dal fatto che essa si formi in virtù della combinazione di una *pluralità di atti simultanei*: in tale ipotesi mancherebbe un procedimento perché non sussiste in concreto una *sequenza* di atti formativi, e dunque il *succedersi nel tempo* di più atti destinati a diventare componenti della fattispecie finale.

Va escluso che tale situazione di verifici (almeno, di norma) nel caso dell'*incrocio di due proposte contrattuali di identico contenuto*: in questo caso, infatti, “il contratto si conclude nel momento e nel luogo in cui perviene a destinazione con gli effetti di cui all’art. 1335, quella

rappresentanza volontaria) un procedimento formato dalla sequenza procura – manifestazione di volontà del rappresentante.

⁴⁷ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 1, nota 1, si limita invece a rilevare che il contratto con se stesso “si forma senza il gioco necessario della proposta e della accettazione ed il problema della sua formazione, nei termini fondamentali in cui per i normali contratti si pone, non ha nemmeno ragion d’essere”.

proposta che, delle due, arrivi per ultima”⁴⁸: in altre parole, nell’ipotesi in esame si assiste alla “pratica eliminazione del normale *iter* procedimentale di formazione del contratto”⁴⁹, nel senso che alla *sequenza* proposta-accettazione si sostituisce la diversa *sequenza* proposta-proposta; ma una *sequenza di atti formativi* è, comunque riscontrabile, nella normalità dei casi, anche in tale ipotesi, per cui è ancora possibile discorrere di “procedimento di formazione del contratto (in senso stretto)”. Soltanto nel caso di scuola della *simultanea ricezione* delle due proposte da parte dei due oblati non sarebbe possibile ravvisare in concreto una *sequenza* di atti formativi e sarebbe, dunque, possibile affermare che la fattispecie contrattuale si sia formata *senza procedimento*.

La mancanza di un procedimento di formazione in senso stretto non è un dato *normale* neanche in caso di *contrattazione tra persone presenti*, la quale sussiste se “il momento in cui il proponente o l’accettante emettono la loro dichiarazione è lo stesso nel quale l’altra parte ne viene a conoscenza”⁵⁰. Non v’è dubbio che, anche in questo caso, nella maggior parte dei casi la fattispecie contrattuale si formi *in via procedimentale*: a ben vedere, ciò accade in tutti i casi in cui, formulata la proposta, l’accordo

⁴⁸ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁴⁹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 87 s., che, conformemente alla tesi ormai tradizionale, distingue il contratto tra persone presenti da quello tra persone lontane sulla base di un criterio “temporale”, non topografico.

si raggiunge (per così dire) *istantaneamente*, poiché l'accettazione *segue immediatamente* l'emissione e la ricezione della prima dichiarazione; la circostanza che la distanza temporale tra proposta ed accettazione sia estremamente breve (al limite, quasi impercettibile) non impedisce, infatti, di riscontrare in concreto la *successione nel tempo* di due atti formativi, e dunque un *procedimento* di formazione in senso stretto⁵¹.

In alcuni casi di *contrattazione tra persone presenti* o di contratto concluso mediante la *sottoscrizione* ad opera di entrambe le parti di un unico *documento* contenente l'intero testo contrattuale⁵², così come in ipotesi di *formazione progressiva del contratto* si ritiene, invece, difficile parlare legittimamente di proposta e di accettazione, poiché non si verifica “la formulazione ultima del contenuto contrattuale da parte di un soggetto e l'accettazione da parte dell'altro”⁵³, ma “le varie dichiarazioni delle parti si intersecano fra loro, in maniera tale che non sia possibile distinguere”⁵⁴.

⁵¹ Non v'è dubbio, comunque, che, in ipotesi di formazione istantanea dell'accordo, la rilevanza pratica dell'esistenza di un procedimento è alquanto limitata: ad esempio, in linea di fatto, sarà “impossibile la revoca della dichiarazione” (cfr. A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 88).

⁵² La sequenza proposta-accettazione sussiste, comunque, nell'ipotesi in cui una parte, sottoscritto il testo contrattuale (la cui predisposizione sia stata oppure no opera sua), “ne richiede l'accettazione a controparte”: cfr. A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, pp. 382, nota 3 e 386.

⁵³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 80.

⁵⁴ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 88. L'Autore, con riferimento alla *contrattazione tra persone presenti*, ha sottolineato che “fare ricorso a dati meramente formali, a ben vedere, riesce inaccettabile. Così, limitarsi a considerare chi abbia fatto la prima richiesta di contratto (perché indubbiamente, in ogni caso, un soggetto ha avanzato, prima

Anche con riferimento a queste ipotesi si è, dunque, sostenuto che si verificherebbe la “pratica eliminazione del normale *iter* procedimentale di formazione del contratto”, nel senso che la fattispecie contrattuale si formerebbe anche in questi casi in via *procedimentale*, pur se attraverso una sequenza diversa da quella proposta-accettazione. L’assunto merita di essere condiviso se (con la dottrina che l’ha formulata) si accoglie la nozione *sostanziale* di procedimento di formazione del contratto; in tale ottica, infatti, il procedimento finisce per ricomprendere anche l’*elaborazione comune del testo*⁵⁵ ad opera delle parti, che di solito caratterizza i casi sopra indicati. Ma, anche se si accoglie la nozione *formale* di procedimento, si deve ritenere che, nella normalità dei casi, la fattispecie contrattuale si formi in via *procedimentale* anche nelle ipotesi sopra indicate: infatti, pur non essendo possibile distinguere (almeno praticamente) tra un proponente ed un accettante, vi è comunque un soggetto che manifesta *prima* dell’altro la propria *adesione* al testo

dell’altro, tale richiesta), prescindendo dal fatto che tale proposta è stata, via via, modificata di comune accordo, significa chiaramente violare il disposto di legge, in base al quale proponente è propriamente l’emittente la proposta che sarà accettata, ed accettante, colui che puramente e semplicemente accetti la proposta senza modificarla” (ID., *op. ult. cit.*, p. 88 s., nota 15). Si è altresì rilevato che, in ipotesi di “contratto concluso per telefono” (che, in base al criterio “temporale”, dovrebbe essere incluso nella fenomenologia della *contrattazione tra presenti*), capita frequentemente che “per il rapido intersecarsi e sovrapporsi delle varie dichiarazioni, sia praticamente impossibile distinguere un proponente ed un accettante” (ID., *op. ult. cit.*, p. 89, nota 16).

contrattuale, e v'è dunque una *sequenza di atti formativi* della fattispecie⁵⁶. Soltanto nel caso di scuola in cui l'adesione delle parti al testo sia *simultanea*, come avviene nel caso di *contemporanea* sottoscrizione del documento contrattuale, si potrà dunque escludere l'esistenza di un procedimento di formazione del contratto (in senso stretto).

4. La formazione procedimentale della fattispecie contrattuale.

4.1 La sequenza proposta – accettazione.

Ai fini dello svolgimento della nostra ricerca non è necessario procedere ad un'analisi approfondita dei molteplici procedimenti di formazione della fattispecie contrattuale disciplinati dal diritto positivo, ma è sufficiente mettere a fuoco i soli tratti salienti delle sequenze di atti prefigurate dal legislatore. L'attenzione non può non soffermarsi,

⁵⁵ Sulla quale si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, p. 238. L'*elaborazione comune del testo* è, ovviamente, attività non inquadrabile tra gli elementi formativi della fattispecie contrattuale.

⁵⁶ Sostiene A. RAVAZZONI, *op ult. cit.*, p. 385, con riferimento alla conclusione del contratto mediante sottoscrizione di un unico documento contenente l'intero testo contrattuale, che "nessun rilievo può logicamente avere la considerazione della quasi inevitabile non contestualità delle sottoscrizioni; non per ciò solo è lecito ravvisare un proponente ed un accettante". Si deve, però, considerare che la *non simultaneità* delle sottoscrizioni, se non implica necessariamente l'esistenza di una sequenza proposta-accettazione, implica in ogni caso l'esistenza di una *sequenza di atti formativi* della fattispecie contrattuale (gli atti di adesione al testo contrattuale), e dunque la sussistenza di un *procedimento di formazione* in senso stretto.

innanzitutto, sulla sequenza proposta – accettazione, cioè sullo schema procedimentale “fondato essenzialmente sul dialogo”⁵⁷.

In questa sede interessa sottolineare esclusivamente alcuni degli aspetti strettamente procedimentali della proposta e dell’accettazione, tralasciando i profili che, come quello della *completezza* della proposta, sembrano viceversa riguardare il regolamento di interessi che, in caso di accettazione, sarà giuridicamente riferito alle parti⁵⁸.

Non si dubita che proposta ed accettazione siano manifestazioni di volontà aventi carattere *recettizio*. Discussa è, invece, la natura giuridica degli atti in esame, ed in particolare quella della proposta. Alcuni autori discorrono di “atti prenegoziali”⁵⁹, caratterizzati essenzialmente dalla “revocabilità”⁶⁰; di conseguenza, la scelta di tenere ferma la propria dichiarazione per un certo periodo di tempo sarebbe incompatibile con la qualificazione dell’atto come proposta: la proposta irrevocabile sarebbe, infatti, un negozio giuridico con il quale si attribuisce irrettabilmente all’oblato il diritto potestativo di perfezionare il contratto, e che introduce

⁵⁷ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 88.

⁵⁸ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 92, il quale sviluppa l’insegnamento di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 209 s.

⁶⁰ G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

un procedimento formativo distinto da quello che si articola secondo la sequenza proposta-accettazione⁶¹.

Altra dottrina ritiene, invece, che proposta ed accettazione siano atti caratterizzati da una *natura composita*: infatti, per un verso, si tratterebbe di manifestazioni di volontà con cui si esprime la propria adesione ad un determinato regolamento di interessi, e dunque di dichiarazioni negoziali di natura sostanziale, ciascuna delle quali costituirebbe una *parte* dell'*unico* negozio contrattuale⁶²; per altro verso, proposta ed accettazione consterebbero anche di un atto procedimentale, avente la natura di atto giuridico in senso stretto: la *richiesta* dell'accettazione⁶³, da un lato, e la *risposta affermativa* alla domanda contenuta nella proposta⁶⁴, dall'altro. Nell'ambito di questa ricostruzione, la proposta irrevocabile è dunque una comune proposta, il cui contenuto procedimentale è integrato dalla dichiarazione che la *richiesta* non sarà revocata per un certo periodo di tempo⁶⁵.

⁶¹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 143 s.

⁶² A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 166.

⁶³ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁴ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁵ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 236.

4.2. La sequenza proposta – inizio di esecuzione.

Ai sensi dell'art. 1327, co.1, c.c., “qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione”.

È opinione diffusa in dottrina quella secondo cui la norma in esame⁶⁶ descriverebbe un “autonomo procedimento”⁶⁷ di formazione del contratto, ma non v'è piena concordia tra gli studiosi circa le peculiarità che distinguerebbero l'*iter* formativo previsto dall'art. 1327 c.c., rispetto alla sequenza di cui all'art. 1326 c.c.

Per quanto concerne l'atto introduttivo della sequenza, non vi sono dubbi che si tratti di una “proposta” e, dunque, di una dichiarazione recettizia⁶⁸: la dottrina prevalente ritiene che tale proposta sia revocabile

⁶⁶ L'art. 2, co.2, legge n. 192/1998 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*) dispone che “nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge”. Sembra, dunque, che il legislatore abbia applicato il procedimento di formazione di cui all'art. 1327 c.c. alla conclusione del contratto di subfornitura, pur se con alcuni adattamenti: in particolare, nel caso in esame, l'oblatore che intenda concludere il contratto non ha l'*onere* di iniziare l'esecuzione della prestazione, potendo scegliere (in alternativa) di dichiarare per iscritto il proprio consenso alla conclusione della subfornitura.

⁶⁷ Si veda per tutti G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 116.

⁶⁸ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*, sottolinea una differenza tra la proposta ex art. 1327 c.c. e quella ex art. 1326 c.c. sotto il profilo del contenuto procedimentale: nella proposta di cui all'art. 1327 c.c. “non si ha la formulazione di una domanda che si pone in

fino al momento della conclusione del contratto, e quindi fino a quando l'oblato non abbia iniziato l'esecuzione della prestazione; secondo un'altra tesi, si tratterebbe invece di una proposta irrevocabile *ex lege*: l'irrevocabilità, che non risulta da un'espressa disposizione normativa, andrebbe ricavata in via interpretativa, e sarebbe giustificata dall'esigenza di evitare "una notevole disparità di trattamento nella tutela degli interessi dell'oblato nei confronti di quelli del proponente"⁶⁹.

Ciò che, senza dubbio, caratterizza essenzialmente il procedimento in esame, distinguendolo da quello ordinario, è che esso non si conclude con la ricezione dell'accettazione, ma con l'inizio di esecuzione⁷⁰. La natura giuridica dell'atto conclusivo della sequenza è, però, discussa in dottrina, e l'unico punto pacifico concerne il carattere *non dichiarativo* del comportamento dell'oblato. Secondo una parte della dottrina⁷¹, si

diretta correlazione con una possibile risposta. Anche in questo caso, ovviamente, si ha una richiesta, un invito ad aderire, ma esso non attende risposte".

⁶⁹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 118, il quale fonda appunto la propria tesi sulla considerazione che, nel lasso di tempo intercorrente tra la ricezione della proposta e la sua revoca, l'oblato potrebbe avere compiuto degli atti di approntamento; in tale ipotesi, egli non avrebbe diritto all'indennizzo di cui all'art. 1328, co. 1, c.c. (che si riferisce all'inizio di esecuzione, non ai meri atti di approntamento), e potrebbe chiedere il risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c. solo in caso di mala fede del revocante (e, comunque, il danno risarcibile sarebbe limitato all'interesse negativo).

⁷⁰ L'avviso previsto dal secondo comma dell'art. 1327 non è, invece, oggetto di un *onere*, al cui assolvimento sia subordinata la conclusione del contratto, ma di un mero *obbligo* la cui violazione genera responsabilità: cfr. per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 239.

⁷¹ In questa sede non è possibile trattare il tema in modo esauriente. In aggiunta alle tesi indicate nel testo, va comunque segnalata la particolare opinione formulata da R.

tratterebbe di una “operazione”⁷² o, come pure si dice, di un “atto reale”⁷³, riconducibile alla discussa categoria del “negozio attuativo”⁷⁴: a tale atto sarebbero, pertanto, inapplicabili “non solo le norme sugli atti recettizi, ma altresì quelle comunque connesse con la dichiarazione”⁷⁵.

Altra dottrina sostiene, invece, che il procedimento di cui all’art. 1327 c.c. si concluderebbe con una “dichiarazione legalmente tipizzata”⁷⁶, da intendersi come comportamento “concludente” in virtù di un giudizio

SACCO, *La conclusione dell’accordo*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 112 ss., secondo cui l’atto dell’oblato sarebbe una “ingerenza autorizzata”, il cui trattamento contrattuale sarebbe il risultato di una fattispecie complessa data dalla sequenza proposta avente valore negoziale – ingerenza conforme.

⁷² G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 113.

⁷³ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 109. La dottrina in esame ha precisato che i connotati essenziali dell’inizio di esecuzione sarebbero “la rilevanza esterna e la direzione univoca. Occorre configurare un atto che non solo esca dalla sfera dell’autore, ma si diriga univocamente verso una certa proposta, secondo un indice oggettivo di riconoscibilità” (ID., *op. cit.*, p. 114 s.); in mancanza di tali connotati, non si avrebbe inizio di esecuzione, ma un mero *atto di approntamento*.

⁷⁴ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 113. La dottrina in esame richiama, dunque, la tesi di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 137, secondo il quale, nel caso della “esecuzione del contratto da parte dell’accettante prima della risposta”, la volontà non sarebbe dichiarata ma soltanto espressa mediante “attuazione”.

⁷⁵ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁶ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 373. La dottrina in esame muove alla tesi del negozio di attuazione due obiezioni fondamentali: per un verso, se pure si ammettesse la validità della categoria del negozio di attuazione, non sarebbe possibile ricondurre ad essa atti che, come quello in esame, non integrano un “negozio giuridico”, ma sono soltanto “parte” di un negozio (in quanto, senza la proposta, l’inizio di esecuzione è inidoneo alla regolamentazione privata di interessi); per altro verso, nel caso (nella pratica il più frequente) di contratto dal quale derivino prestazioni a carico di entrambe le parti, l’inizio di esecuzione di *una* delle prestazioni non può essere ritenuto “attuativo del contenuto negoziale”, essendo all’uopo necessario lo scambio delle due prestazioni (ID., *op. cit.*, p. 370 ss.).

espressamente formulato dal legislatore; secondo un'altra opinione, invece, si tratterebbe di una "accettazione tacita"⁷⁷, cioè di un "comportamento che alla stregua della valutazione sociale implica l'intento serio di accettare la proposta"⁷⁸. Le due ricostruzioni da ultimo citate concordano nel ritenere che il dato saliente dello schema in esame consisterebbe nel carattere *non recettizio*⁷⁹ dell'atto conclusivo del procedimento.

In ogni caso, va sottolineato che l'inizio di esecuzione della prestazione è l'*unico* modo possibile di conclusione del procedimento in esame: l'oblato è gravato da un vero e proprio *onere*⁸⁰, nel senso che una sua ipotetica risposta, pur se ricevuta dal proponente, sarebbe inidonea a determinare la conclusione del contratto.

4.3 La sequenza proposta irrevocabile – mancato rifiuto.

L'art. 1333 c.c. è probabilmente la disposizione più discussa ed ambigua tra quelle contenute nella sezione dedicata all'accordo delle parti. Il legislatore ha previsto una sequenza che si articola in una proposta irrevocabile *ex lege* (diretta a concludere un contratto da cui derivino

⁷⁷ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 240.

⁷⁸ C. M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁹ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 372; C. M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

obbligazioni solo per il proponente) e nel “mancato rifiuto” della proposta da parte dell’oblato nel termine richiesto dalla natura dell’affare o dagli usi.

La circostanza che la produzione dell’effetto favorevole per l’oblato non dipenda da una sua condotta attiva, e segnatamente da una sua dichiarazione, ma dall’evento negativo del mancato rifiuto, ha fatto dubitare della “contrattualità” della figura regolata dalla norma in esame. In dottrina si è rilevato che “di fronte al dato legislativo, sono possibili (e nella realtà si riscontrano) tre atteggiamenti”⁸¹.

Secondo una parte della dottrina, l’art. 1333 c.c. regolerebbe la categoria generale del “negozio unilaterale recettizio, ad effetto transitivo favorevole, eliminabile col rifiuto”⁸²: questa tesi si fonda sul rilievo che, nel caso in esame, il legislatore avrebbe preso in considerazione la sola manifestazione di volontà del cd. proponente, e dunque non sarebbe riscontrabile l’accordo delle parti; ed essendo l’accordo un elemento essenziale del contratto, si dovrebbe coerentemente escludere che la figura in esame abbia natura contrattuale.

Altra dottrina, pur escludendo che il mancato rifiuto integri una *dichiarazione* negoziale, ritiene che esso possa comunque essere

⁸⁰ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 61.

⁸¹ E. ROPPO, *Contratto, II) Formazione del contratto – Dir. civ.*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 2.

ricostruito come accettazione della proposta; il panorama delle tesi riconducibili a questo orientamento è quanto mai variegato: si va dalla tesi della “dichiarazione tacita”⁸³, a quella secondo cui il mancato rifiuto sarebbe un “comportamento legalmente tipizzato nel senso che ad esso la legge collega un significato dichiarativo predeterminato; e non è ammissibile prova contraria”⁸⁴; più recentemente, si è sottolineato che “non rifiutando, l’oblato partecipa alla formazione del vincolo contrattuale”⁸⁵, per cui la sequenza in esame sarebbe comunque riconducibile ad una nozione *normativa* di accordo. Nell’ambito di queste ricostruzioni, la sequenza proposta irrevocabile – mancato rifiuto è, dunque, un procedimento *semplificato*⁸⁶ di formazione dell’*accordo*, e si è quindi in presenza di una fattispecie di natura contrattuale.

Si deve, infine, segnalare la tesi⁸⁷ secondo cui l’art. 1333 c.c. conterrebbe la previsione di un criterio di riferimento del regolamento di interessi a due parti diverso dall’accordo; ciò non escluderebbe, però, la natura contrattuale della figura, poiché la *bilateralità* propria del contratto

⁸² G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 191.

⁸³ G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, II ed., Milano, 1991, p. 71.

⁸⁴ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 348.

⁸⁵ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 97.

⁸⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁷ C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., p. 76 s., la cui posizione è già stata illustrata nel paragrafo dedicato alla “contrattazione” con se stesso.

non si apprezzerebbe sul piano della fattispecie o del suo procedimento formativo, ma su quello del regolamento di interessi, e consisterebbe nella sua *riferibilità* ad almeno due parti.

4.4 La sequenza accordo-consegna.

Secondo un'autorevole opinione⁸⁸, la figura del contratto reale non meriterebbe una specifica trattazione nell'ambito di uno studio sul tema della formazione del contratto. Si è, infatti, rilevato che “se si concepisce la consegna come semplice requisito di efficacia del contratto, ovviamente, nessuna incidenza tale categoria può avere in sede di procedimento di formazione del contratto”⁸⁹. Ma anche se si sceglie di seguire la tesi secondo cui la consegna sarebbe richiesta per il perfezionamento del contratto, “deve dirsi che il procedimento di formazione del contratto si svolge in base alle regole normali”⁹⁰: infatti, l'onere della consegna della cosa opererebbe come una sorta di “condizione sospensiva, eccezionalmente non produttiva di effetti retroattivi, apposta ad un singolo atto procedimentale (proposta o accettazione”⁹¹; in altre parole, la

⁸⁸ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 389.

⁸⁹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 390.

⁹¹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che “essa non è ostativa alla produzione di tutti gli effetti procedimentali, ma solo dell'effetto finale; per cui, nel

consegna, pur essendo un atto per legge necessario al fine della conclusione del procedimento di formazione del contratto, sarebbe in definitiva un atto “estraneo all’*iter* procedimentale”⁹²; dunque, soltanto la proposta e l’accettazione sarebbero qualificabili come *atti del procedimento* di formazione dei contratti reali.

Ad avviso di chi scrive, la qualificazione della consegna come evento *esterno* al procedimento, ma per legge *condizionante* l’efficacia di un atto procedimentale (segnatamente, la sua idoneità a perfezionare l’*iter* formativo del contratto) è alquanto artificiosa e finisce per fondarsi sull’incerta figura della *condicio iuris*. Più rigorosa sembra, dunque, l’opinione secondo cui, essendo un atto necessario per il perfezionamento del contratto, “la *traditio* caratterizza essenzialmente il procedimento dei contratti reali chiudendone la sequenza”⁹³; più precisamente, si è affermato che “secondo la disciplina positiva, la *traditio* conclude il ciclo formativo del contratto, mentre il consenso, o meglio, le dichiarazioni che le parti si sono rese, rappresentano una tappa della sequenza”⁹⁴. Nell’ambito di questa ricostruzione la consegna ha il medesimo ruolo della proposta e dell’accettazione, è cioè un *atto procedimentale*, e più precisamente

frattempo, potrà ugualmente progredire il procedimento stesso (e così alla proposta, seguire l’accettazione)”.

⁹² A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁹³ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 75.

⁹⁴ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 82.

l'ultimo atto della sequenza; ciò che differenzia la *traditio* dalla proposta e dall'accettazione è soltanto la sua natura di "atto reale"⁹⁵ e "bilaterale"⁹⁶, per il quale non sorgono dunque le questioni della recettività e della revocabilità.

Si può, dunque, concludere nel senso che i contratti reali si perfezionino secondo un *iter* diverso da quello ordinario, poiché "la perfezione dell'accordo non coincide più con il momento conclusivo del contratto"⁹⁷, essendo necessario il compimento di un ulteriore atto procedimentale, cioè la consegna della cosa.

4.5 Procedimento ordinario e procedimenti speciali di formazione della fattispecie contrattuale.

In dottrina si discorre spesso, con riferimento al procedimento di formazione del contratto disciplinato dagli artt. 1326, co. 1 e 1335 c.c., di "modello-base"⁹⁸ o di schema "ordinario"⁹⁹. L'espressione non deve essere intesa nel senso che i procedimenti descritti da altre norme (ad esempio, dagli artt. 1327 e 1333 c.c.) abbiano carattere "eccezionale", poiché in

⁹⁵ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁶ G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁷ U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1975, p. 45, il quale peraltro sottolinea che "l'*iter* formativo dell'accordo è pur sempre disciplinato dalle norme comuni a tutti i contratti (artt. 1326-1342)".

⁹⁸ E. ROPPO, *Contratto, II) Formazione del contratto*, cit., p. 1.

realtà “il legislatore ne consente l’applicazione ad intere classi di contratti, quantitativamente più che significativi”¹⁰⁰. Il carattere “ordinario” del procedimento di cui agli artt. 1326 e 1335 c.c. esprime, dunque, semplicemente il suo “ruolo generale e residuale”¹⁰¹: si tratterebbe, in altre parole, di uno schema “applicabile tutte le volte in cui il contratto non possa formarsi secondo uno degli (altri) modi particolari previsti dalla legge”¹⁰².

Si deve, a questo punto, precisare quale sia in concreto l’ambito di applicazione dei procedimenti di formazione che, in contrapposizione a quello “ordinario”, sono talvolta qualificati dalla dottrina come “speciali”¹⁰³.

Il procedimento che si svolge secondo la sequenza proposta-inizio di esecuzione si attiva soltanto se si verifica uno dei tre presupposti, previsti *alternativamente* dall’art. 1327. Il primo presupposto ha carattere *soggettivo* e consiste nella dichiarazione con la quale il proponente richiama all’oblato l’esecuzione immediata della prestazione: la richiesta è un “negozio unilaterale e procedimentale attraverso cui l’offerente, avvalendosi di un potere a lui concesso dalla legge, manifesta la sua

⁹⁹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰⁰ Lo rileva A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 30.

¹⁰¹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 28 s.

volontà a che il contratto si concluda con l'esecuzione, e non con una dichiarazione di accettazione"¹⁰⁴. Gli altri due fattori di attivazione del procedimento in esame hanno, invece, carattere *oggettivo*, e consistono nella natura dell'affare e negli usi; per quanto concerne in particolare il primo di questi due presupposti, si è chiarito che esso si verifica quando, alla luce di una "valutazione concreta dell'operazione economica"¹⁰⁵ sottesa al contratto, un'accettazione recettizia dell'oblato debba essere considerata *inutile* ovvero *impossibile*: l'*inutilità* sussiste, ad esempio, nel caso in cui "le relazioni intercorse parti rendono scontata l'adesione dell'oblato o normale il ricorso a questo modo di conclusione del contratto"¹⁰⁶; l'*impossibilità* di un'accettazione recettizia si verifica, invece, "quando le parti contraenti utilizzano mezzi tecnici che escludono la possibilità di risposta dell'oblato"¹⁰⁷, come accade, ad esempio, in alcuni dei contratti telematici. Per quanto concerne invece gli "usi", si

¹⁰³ Discorre di "carattere speciale" di tali procedimenti A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁴ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 62, il quale ritiene che il dovere di buona fede nella formazione del contratto limiti l'esercizio del potere del proponente: la richiesta "scorretta", perché idonea a pregiudicare ingiustamente la posizione dell'oblato, sarebbe *inefficace*, e la proposta resterebbe in via come proposta emessa *ex art. 1326, co.1, c.c.* (ID., *op. cit.*, p. 55 ss.). La richiesta del proponente è un atto riconducibile alla categoria del negozio di configurazione, della quale ci occuperemo nella seconda parte dell'indagine in corso.

¹⁰⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 67, il quale afferma altresì che "appare improprio elencare in modo generale ed astratto tipologie di affari suscettibili di essere conclusi attraverso l'esecuzione" (ID., *op. cit.*, p. 71, nota 98).

¹⁰⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 68.

potrebbe forse affermare che, mediante il loro richiamo, il legislatore non ha individuato direttamente un presupposto oggettivo di attivazione del procedimento di cui all'art. 1327 c.c., alternativo rispetto alla “natura dell'affare”; in realtà, sembra che la legge rinvii ad una fonte diversa e subordinata (gli usi normativi) la determinazione di presupposti oggettivi ulteriori rispetto a quello già indicato, sia pure in modo elastico, direttamente dalla legge (la natura dell'affare).

Tralasciando per ora la “richiesta” del proponente, che si colloca sistematicamente nell'ambito della cd. autonomia privata procedimentale, si può dunque concludere nel senso che l'art. 1327 c.c. disciplini un procedimento di formazione del contratto, *diverso* da quello regolato dall'art. 1326 c.c., e che può essere qualificato come “speciale”, poiché la sua attivazione dipende dal verificarsi di specifici presupposti di carattere *oggettivo* individuati dalla legge (si tratta della già analizzata “natura dell'affare”) o dagli usi.

Per quanto concerne il procedimento di cui all'art. 1333 c.c., che si articola nella sequenza proposta – mancato rifiuto, si discute in dottrina su quale sia il suo ambito applicativo: secondo alcuni Autori, lo schema in esame sarebbe inapplicabile al “contratto con effetti reali, anche se ad

¹⁰⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 69.

esclusivo carico del proponente”¹⁰⁸, poiché esso “comporta per l’oblato oneri, responsabilità e rischi”¹⁰⁹ tali da far venire meno la *ratio* della semplificazione dell’*iter* formativo dell’accordo, consistente nell’assenza di svantaggi economico - giuridici in capo al destinatario della proposta; altra dottrina ritiene invece possibile estendere l’ambito applicativo della disposizione in esame fino a ricomprendere i contratti traslativi di diritti reali senza controprestazione, “che, da un punto di vista economico, sono poi quelli dei quali l’utilità a favore dell’oblato è sicura e già determinata”¹¹⁰.

Infine, il procedimento che si perfeziona secondo la sequenza accordo-consegna, si applica (secondo la legge¹¹¹) soltanto se il regolamento di interessi concordato dalle parti è riconducibile ad uno dei tipi contrattuali che il legislatore ha disciplinato come contratti reali: secondo la concezione tradizionale, appartengono alla categoria il riporto, il deposito, il comodato, il mutuo, il pegno e la donazione di modico valore¹¹².

¹⁰⁸ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁹ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁰ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 352.

¹¹¹ Altro problema è se le parti possano regolare il procedimento di formazione di un contratto reale mediante un accordo che ne fissi la conclusione all’esito di un *iter* diverso da quello prefigurato dalla legge, che prescindendo dalla consegna della cosa. Tale problema è riconducibile al tema dell’autonomia privata procedimentale, che sarà trattato nel Capitolo secondo di questo lavoro, cui si rinvia.

¹¹² E. ROPPO, *op. cit.*, p. 3.

CAPITOLO SECONDO

L'AUTONOMIA PRIVATA PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. Programma dell'indagine sull'autonomia privata procedimentale. – 2. Genesi della categoria del negozio di configurazione. 2.1 La prima formulazione del “principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto”. 2.2 Regolamentazione del procedimento mediante atti di autonomia privata. 2.3 La proposta ferma. 2.4 La prelazione volontaria. 2.5 La clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia. 2.6 Il contratto preliminare. 2.7 Gli accordi sulla forma. 2.8 La mediazione. 2.9 Sintesi. – 3. L'efficacia del negozio di configurazione. 3.1 Tre questioni in tema di efficacia del negozio di configurazione. 3.2 a) Regole procedimentali di comportamento. 3.3 b) Regole per il conseguimento del risultato giuridico finale. 3.4 Gli effetti preliminari del negozio di configurazione. 3.5 L'irretrattabilità del negozio configurativo. – 4. Il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici. 4.1 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole procedimentali di comportamento. 4.2 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole per il conseguimento del risultato giuridico finale. – 5. I limiti dell'autonomia privata procedimentale. 5.1 I limiti alla *semplificazione* del procedimento di formazione del contratto. a) Il principio dell'accordo. 5.2 *Segue*. b) I procedimenti formativi “rigidi”. 5.3 I limiti all'*aggravamento* del procedimento di formazione del contratto.

1. Programma dell'indagine sull'autonomia privata procedimentale.

Nella seconda parte del presente lavoro l'indagine si soffermerà su due temi tra loro strettamente connessi: la cd. *autonomia privata procedimentale*, cioè il potere dei privati di regolare il procedimento di

formazione del contratto, ed i cd. *negozi di configurazione*, cioè i negozi mediante i quali questo potere si esercita¹¹³.

Per comprendere a fondo queste complesse tematiche è necessario, innanzitutto, ripercorrere il complesso itinerario dottrinale che dalle prime intuizioni relative all'esistenza di un potere dei privati di produrre regole procedimentali negoziali ha condotto all'elaborazione delle categorie generali dell'autonomia privata procedimentale e del negozio di configurazione. Soltanto all'esito di questa indagine sarà possibile definire in modo preciso tale potere ed individuare le molteplici funzioni che la dottrina, facendo uso di una terminologia non sempre rigorosa, esprime mediante il termine "configurazione".

Sulla base di quelle premesse, sarà possibile affrontare i molteplici problemi applicativi che il tema pone all'interprete: si dovrà, infatti, analizzare il problema dell'efficacia dei negozi di configurazione, ed in particolare quello delle conseguenze derivanti dalla loro inosservanza; si potrà di conseguenza affrontare in modo corretto il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi "atipici", problema che, come si vedrà meglio in seguito, ha una soluzione diversa a seconda del tipo di risultato pratico-giuridico che le parti intendono perseguire mediante la regola procedimentale pattizia; infine, sarà possibile individuare i *limiti*

¹¹³ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del*

che l'ordinamento giuridico pone all'esplicazione dell'autonomia privata procedimentale, limiti la cui violazione è in grado di determinare l'*illiceità* dei negozi di configurazione concretamente posti in essere dai privati.

2. Genesi della categoria del negozio di configurazione.

2.1 La prima formulazione del “principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione del contratto”.

La storia del dogma del negozio di configurazione inizia, quasi mezzo secolo fa, con le pagine fondamentali di un'autorevole dottrina che, nell'ambito di una trattazione diretta ad approfondire la nozione di procedimento giuridico nel diritto privato, ha teorizzato per la prima volta l'esistenza di un'area di operatività dell'autonomia privata diversa da quella che si esplica nella libera determinazione del contenuto del contratto e nella conclusione di contratti atipici. La dottrina in esame non utilizza ancora il termine “negozio di configurazione”, ma ne delinea senz'altro il concetto, quando afferma l'esistenza di un “principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto”¹¹⁴, e quando discorre di una “libertà di configurazione che consente alle parti atti unilaterali (promesse, dichiarazioni di irrevocabilità) o convenzionali,

contratto fra legge e volontà delle parti, cit., passim ed in specie p. 423 ss.

[la quale] importa teoricamente e praticamente un'autonomia di disciplina di esercizio di poteri negoziali con conseguente variazione del corso del procedimento giuridico"¹¹⁵.

La dottrina in esame colloca "l'atto privato regolatore del procedimento"¹¹⁶ all'interno della categoria dei "negozi normativi"¹¹⁷, della quale si accoglie una nozione estremamente ampia, tant'è che si afferma che "il carattere normativo di un atto deriva dal suo riferirsi ad un altro atto, nel senso che il primo regola, in qualche modo, la produzione del secondo (il se, il come, il quando, o la forma, o il contenuto, l'obbligo o non)"¹¹⁸. I negozi normativi, regolatori del procedimento, non sarebbero qualificabili come contratti, non essendo "fonti primarie regolatrici di rapporti"¹¹⁹: in ipotesi di negozio bilaterale di preferisce, dunque, discorrere di "accordi" sulla formazione; vi sarebbero, comunque, anche atti normativi a struttura unilaterale. In concreto, sono ricondotte alla

¹¹⁴ Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 80.

¹¹⁵ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 80 s., ove si afferma altresì che "opera l'autonomia stessa in un senso dispositivo del procedimento".

¹¹⁶ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁷ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 81. .

¹¹⁸ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 85. Si deve precisare che, secondo la dottrina in esame, la categoria del negozio normativo sarebbe comprensiva anche dei contratti che obbligano a concludere un futuro contratto: in altre parole, ad essa potrebbe essere ricondotto anche il contratto preliminare. Non sembra, comunque, che l'Autore intenda qualificare il preliminare come "atto privato regolatore del procedimento": si tratterebbe, in realtà, di diverse *species* del medesimo *genus* (il contratto normativo).

¹¹⁹ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 82.

categoria molteplici figure: innanzitutto, i patti sulla forma (art. 1352 c.c.)¹²⁰ e la “dichiarazione (unilaterale o convenzionale) di irrevocabilità”¹²¹ (artt. 1329 e 1331 c.c.), su cui la dottrina successiva si sarebbe particolarmente soffermata; ma si fa riferimento altresì ad alcune “clausole della vendita (ad es. quelle «salvo conferma», «salvo venduto», di riserva di gradimento, di opzione, di vendita a prova, o una promessa di prelazione)”¹²².

Con riferimento alle clausole della vendita, si è affermato che esse riguarderebbero la “determinazione di un momento o di un elemento che rende completo o definitivo l’accordo delle parti, con tutte le conseguenze da trarre sull’esistenza, esecutorietà, efficacia del contratto stesso”¹²³; trattandosi di pattuizioni che “introducono nuovi atti nel corso del procedimento”¹²⁴, e più precisamente atti di esercizio del potere negoziale, esse non potrebbero essere ricondotte allo schema della “condizione”¹²⁵. Per quanto concerne, poi, la natura giuridica degli atti ulteriori, quali ad

¹²⁰ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 80 s.

¹²¹ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 82 s.

¹²² Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 83. Interessante il riferimento alla “promessa di prelazione” (ripreso a p. 85): tale spunto ha probabilmente ispirato la ricostruzione di B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 580 ss.

¹²³ Salv. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁴ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 84. Significativa l’affermazione secondo cui “la stessa autonomia che si esercita sostanzialmente nel contrarre, si esercita proceduralmente nella predisposizione degli atti di formazione nel negozio”: ID., *op. cit.*, p. 83.

¹²⁵ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 84.

esempio le manifestazioni di gradimento o di conferma, introdotti nel procedimento di formazione del contratto sulla base di negozi normativi, si precisa che essi “sono atti non negoziali come non lo sono la proposta e l’accettazione e cioè gli atti base”¹²⁶.

In definitiva, sembra che, per la dottrina in esame, con i negozi regolatori del procedimento la fase formativa del contratto subisca un duplice arricchimento: per un verso, tali negozi, pur avendo una natura giuridica diversa da quella propria degli atti prenegoziali (proposta, accettazione), sono essi stessi degli atti procedimentali¹²⁷; per altro verso, almeno per quanto concerne le predette clausole della vendita, tali negozi introducono nel procedimento atti procedimentali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge come necessari e sufficienti ai fini della conclusione del contratto.

Va infine rilevato che sono due i punti, di grande rilevanza pratica, sui quali la ricostruzione in esame si presenta, per così dire, “sfuggente”: da un lato, non è del tutto chiaro se, secondo la dottrina in esame, i privati

¹²⁶ Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 86.

¹²⁷ Si afferma, infatti, che “nella progressione suddetta il privato aggiunge altri elementi, anch’essi costituiti da atti, i quali però non sono più rappresentativi, in quanto con essi si assumono impegni unilateralmente o convenzionalmente o comunque si creano situazioni giuridiche obiettive (ad es. una proposta ferma)”: cfr. Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 81.

possano porre in essere negozi configurativi “atipici”¹²⁸; dall’altro lato, si allude a “condizioni particolari di riconoscimento”¹²⁹ che il potere dei privati di regolare il procedimento dovrebbe rispettare, ma non si chiarisce affatto quale sia il contenuto di questi *limiti* dell’autonomia privata.

2.2 Regolamentazione del procedimento mediante atti di autonomia privata.

Prima di analizzare le dottrine che hanno studiato particolari figure, qualificate espressamente come negozi di configurazione, è opportuno segnalare un’opinione dottrinale che, come quella descritta nel paragrafo precedente, ha teorizzato un generale potere dei privati di regolare il procedimento di formazione del contratto.

¹²⁸ Da un lato, infatti, la dottrina in esame fa riferimento soprattutto a fattispecie riconducibili a specifiche previsioni normative: si afferma, infatti, che l’autonomia in materia di regolamentazione del procedimento sarebbe “talvolta, in casi particolari, espressamente disposta, come ad es. nell’art. 1352 c.c., già richiamato, ma, per lo più attraverso accenni e presunzioni (art. 1520 ult. comma), circostanze diverse (diversa volontà: art. 1329 c.c.), impegni unilaterali o convenzionali (art. 1331 c.c.), atti di approvazione (art. 1341 c.c.)” (Salv. ROMANO, *op. cit.*, p. 80); dall’altro lato, però, si discorre di “principio” di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto (ID., *op. loc. ult. cit.*) e ci si riferisce anche a fattispecie non previste dalla legge, pur se molto diffuse nella pratica, quali ad esempio le clausole «salvo conferma» e «salvo venduto».

¹²⁹ Salv. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*, ove si afferma che “quest’autonomia appare libera tra le maglie, per così dire, della rete di quelle condizioni”; in seguito si precisa che la variazione del corso del procedimento giuridico, in conseguenza del perfezionamento di negozi normativi, avviene entro le “grandi linee di un sistema legale che, però, di regola, appare privo di rigidità”: ID., *op. cit.*, p. 81.

La dottrina in esame ha, infatti, sostenuto che la regolamentazione del procedimento sarebbe attuata in misura assai ampia dall'autonomia privata; più precisamente, nell'individuare le fonti di disciplina del procedimento di formazione del contratto, si è affermato che “la legge pone talune norme inderogabili, che costituiscono il limite invalicabile dell'autonomia privata; ma in molti casi, viene posta una regolamentazione meramente suppletiva, che avrà valore solo nell'ipotesi in cui le parti non provvedano a darsi, da sole, una compiuta regolamentazione. Per il resto, le regole sono poste dall'autonomia privata”¹³⁰. Sotto il profilo strutturale, si è poi sottolineato come “tali regole possano essere poste convenzionalmente da ambo le parti, oppure unilateralmente da una sola di esse (e questo succede molto frequentemente, in ipotesi di procedimento di formazione del contratto) ed, eccezionalmente, ad opera di un terzo”¹³¹.

Si tratta di una posizione interessante, soprattutto se si tiene conto della circostanza che la dottrina in esame ha distinto due diversi tipi di regole procedurali¹³²: “regole per il conseguimento del risultato giuridico finale”¹³³ e regole che “pongono obblighi e diritti per lo

¹³⁰ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, cit., p. 18 s.

¹³¹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 19.

¹³² Della distinzione tra i due tipi di regola procedimentale si è già approfonditamente trattato nel Capitolo primo, par. 2, di questo lavoro.

¹³³ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

svolgimento del procedimento”¹³⁴. Il dato significativo è che, nell’ambito della ricostruzione in esame, l’affermazione del potere dei privati di regolare il procedimento di formazione del contratto ha carattere generale, per cui sembrerebbe che, secondo il citato Autore, l’autonomia privata possa esplicarsi sia nella produzione di regole per il conseguimento del risultato giuridico finale che nella posizione di regole di condotta a carico delle parti; e, come vedremo meglio in seguito, tale idea avrà rilevanti sviluppi nella dottrina successiva, specie nell’ambito della ricostruzione della prelazione volontaria.

Si deve, peraltro, sottolineare che la dottrina in esame ha, comunque, approfondito esclusivamente lo studio degli atti che pongono regole per il conseguimento del risultato giuridico finale: in concreto, sono stati analizzati soprattutto i “poteri di predisposizione del corso del procedimento rimessi al proponente”¹³⁵, che troverebbero espressione, ad esempio, nella predeterminazione della forma richiesta per l’eventuale accettazione¹³⁶, nella fissazione del termine finale, entro cui l’accettazione

¹³⁴ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 21.

¹³⁵ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 236. La dottrina in esame sostiene, comunque, che “seppure in misura molto più limitata del proponente, anche l’accettante può predisporre fasi e modi del procedimento di formazione del contratto”: ID., *op. ult. cit.*, p. 293, nota 47 (nel testo corrispondente alla nota si fa l’esempio dell’accettazione “salvo approvazione della casa”).

¹³⁶ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 128 ss.

gli deve pervenire¹³⁷, nella dichiarazione che la proposta non sarà revocata per un certo periodo di tempo¹³⁸, nella richiesta di esecuzione della prestazione senza preventiva risposta¹³⁹, e così via.

Per concludere, è opportuno segnalare due ulteriori aspetti che rendono la ricostruzione in esame meritevole di particolare attenzione: da un lato, il potere di regolare il corso del procedimento di formazione del contratto non viene limitato ai soli casi espressamente previsti dal legislatore, tant'è che ad esempio, pur in difetto di una disposizione normativa in tal senso, si riconosce al proponente la possibilità di stabilire un "termine iniziale"¹⁴⁰ per la risposta dell'oblato, ovvero che il contratto si concluderà in virtù di una "accettazione non recettizia"¹⁴¹; dall'altro lato, gli atti di autonomia privata, mediante i quali si esercita il potere di disciplinare il procedimento di formazione del contratto, non avrebbero sempre la medesima natura. Gli atti posti in essere da una delle parti (di solito, il proponente) *nel corso* del procedimento di formazione del contratto, esaurendo la loro efficacia all'interno del procedimento, non

¹³⁷ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 133 ss.

¹³⁸ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 235 s.

¹³⁹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 375.

¹⁴⁰ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 134, ove si afferma che "come, di fatti, egli può stabilire, oltre al termine finale, anche la forma dell'accettazione, è senz'altro rispondente alla *mens legis* che egli possa porre anche un termine iniziale": sembra, dunque, che la dottrina in esame faccia uso del ragionamento *analogico* per estendere l'ambito di operatività del potere del proponente di predisporre il corso del procedimento di formazione del contratto.

avrebbero natura negoziale, ma di “atto giuridico in senso stretto”¹⁴². La dottrina in esame prende, però, in considerazione anche un’altra categoria di atti, normalmente stipulati *prima* dell’inizio del procedimento di formazione del contratto, con i quali le parti regolano le fasi di un *futuro* procedimento: tali accordi sarebbero veri e propri negozi giuridici, riconducibili alla categoria dei cd. contratti *preparatori* o *normativi* in senso ampio¹⁴³; va notato che, sotto il profilo dell’efficacia, questi contratti¹⁴⁴ porrebbero *oneri* in capo ad una o ad entrambe le parti, e sarebbero idonei a produrre “una semplice irrilevanza, ai fini procedurali, degli atti procedurali non conformi al dettato pattizio”¹⁴⁵.

¹⁴¹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 136.

¹⁴² A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 236, con riferimento alla cd. clausola di irrevocabilità della proposta, che secondo la dottrina in esame integrerebbe il contenuto procedimentale della proposta (nel senso che alla “richiesta” diretta ad ottenere l’accettazione si aggiunge la “dichiarazione che la richiesta non sarà revocata per un certo periodo di tempo”).

¹⁴³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 92 s. La dottrina in esame riconduce a tale ampia categoria anche il contratto preliminare, i contratti normativi in senso stretto e l’opzione (cfr. ID., *op. ult. cit.*, p. 91 ss.).

¹⁴⁴ Tra i quali rientrerebbe, ad esempio, il “patto sulla forma del futuro contratto”: cfr. A. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 92. L’Autore rileva, comunque, che tale patto “è rilevante tanto sotto il profilo procedimentale che sotto quello sostanziale”.

¹⁴⁵ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 101, il quale sostiene che il “valore obbligatorio” di simili patti si giustifica proprio in forza della loro idoneità a rendere irrilevanti gli atti procedurali difformi.

2.3 La proposta ferma.

La proposta irrevocabile è stata una delle prime figure a ricevere espressamente la qualifica di negozio di configurazione. Va, anzi, sottolineato che il *nomen iuris* “negozi di configurazione” è stato creato da un dottrina¹⁴⁶ proprio al fine di inquadrare sistematicamente la figura della proposta irrevocabile.

Nell’ambito della ricostruzione in esame, si nega che la proposta irrevocabile possa essere ricostruita come il collegamento tra due atti distinti: da un lato, una proposta semplice, dall’altro, una rinuncia al potere di revoca ovvero, secondo altra dottrina, un negozio giuridico che determinerebbe la mera irrevocabilità della proposta. Tale concezione tradizionale sarebbe, infatti, inidonea a spiegare la ragione per cui “la proposta, oltre che irrevocabile, è ferma”¹⁴⁷ e, cioè, la sua sopravvivenza alle cause che determinano la caducazione della proposta semplice (morte e sopravvenuta incapacità del proponente: art. 1329, co. 2, c.c.); l’opinione criticata si fonderebbe, inoltre, sul presupposto (infondato) che il legislatore avrebbe regolato un unico modello procedimentale, il quale si articolerebbe nella sequenza proposta-accettazione, formata da due atti di natura prenegoziale: si osserva, in senso contrario, che il diritto positivo

¹⁴⁶ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 149, il quale riconduce alla categoria in esame anche il “patto sulla forma”, e viceversa esclude che l’opzione possa ricevere tale qualificazione (su tale ultimo punto si veda oltre nel testo).

prevede molteplici “tecniche procedimentali”¹⁴⁸, e che vi sarebbero anche ipotesi di atto procedimentale di natura negoziale, come ad esempio l’opzione¹⁴⁹.

La dottrina in esame ricostruisce, dunque, la proposta ferma come un atto *unitario*, e più precisamente come un “negozio unilaterale nominato procedimentale recettizio”¹⁵⁰: si tratterebbe, quindi, di un atto di *autonomia privata*¹⁵¹ con effetto *costitutivo* di una situazione giuridica “puramente procedimentale”¹⁵², qualificabile come “diritto potestativo”¹⁵³, consistente in un “potere determinante nell’oblato di perfezionare il contratto senza che al proponente sia dato, in qualche modo, di sottrarvisi, trovandosi egli in una situazione di mera soggezione”¹⁵⁴. La ricostruzione della proposta ferma come negozio unilaterale consentirebbe di spiegarne l’intera disciplina legislativa, in quanto il carattere *negoziale* della figura

¹⁴⁷ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁸ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁹ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 140 ss.

¹⁵⁰ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 143. Si tratterebbe, più precisamente, di un negozio unilaterale non soggetto a rifiuto, poiché idoneo a produrre in capo all’oblato effetti di carattere meramente strumentale: cfr. ID., *op. cit.*, p. 151.

¹⁵¹ Per rendere ferma la proposta è, infatti, necessario “l’intento specifico dell’autore dell’atto”: G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 156.

¹⁵² G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 137 s., il quale discorre in seguito di “situazione giuridica strumentale” (p. 143) ed “essenzialmente procedimentale” (p. 149).

¹⁵³ G. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁴ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 143.

giustificherebbe, per un verso, la sua “irretrattabilità”¹⁵⁵ e, per altro verso, la sua insensibilità alle vicende soggettive del suo autore.

La dottrina in esame fonda la qualificazione della proposta ferma come “negozio configurativo” proprio sulla sua ricostruzione come negozio ad efficacia *meramente procedimentale*: il tratto distintivo degli atti di autonomia privata riconducibili a questa categoria consisterebbe, infatti, nel carattere *puramente strumentale* dell’effetto prodotto dal negozio¹⁵⁶.

La teorizzazione di una categoria di negozi caratterizzati dalla produzione di effetti che si esauriscono nel procedimento di formazione del contratto non deve, comunque, trarre in inganno ed indurre a sopravvalutare il ruolo che la citata dottrina attribuisce all’autonomia privata in materia procedimentale: va ricordata, infatti, l’icastica asserzione secondo cui “l’autonomia priva è essenzialmente potere di

¹⁵⁵ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 138 e p. 142, il quale finisce in definitiva per far coincidere l’irrevocabilità di cui discorre l’art. 1329 c.c. con l’effetto “impegnativo” che è proprio di ogni negozio giuridico.

¹⁵⁶ Secondo la dottrina in esame, l’efficacia dell’opzione (anche nella sua variante gratuita) sarebbe ben diversa da quella della proposta ferma: la prima, infatti, non produrrebbe effetti che si esauriscono nel procedimento di formazione del contratto, ma sarebbe fonte di “effetti sostantivi oltre che strumentali” (G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 151); ciò spiega perché l’Autore non abbia qualificato anche l’opzione come negozio configurativo: infatti, come si è già rilevato nel testo, secondo la dottrina in esame, il carattere essenziale di tale categoria di negozi sarebbe l’efficacia “meramente” procedimentale.

foggiare tipi diversi. Non procedimenti”¹⁵⁷; ed anche la netta affermazione secondo la quale l’ordinamento non potrebbe ammettere una *deroga* “dalla propria disciplina, alla cui stregua una certa operazione economica è tipicamente regolata con lo schema del contratto reale”¹⁵⁸, per cui i privati non potrebbero scegliere di concludere con il solo consenso i contratti configurati dalla legge come reali. Sembra dunque che la dottrina in esame finisca, nella sostanza, per sostenere l’esistenza, nel nostro ordinamento, di una sorta di principio di *tassatività* dei negozi di configurazione, i quali sarebbero ammissibili nei soli casi espressamente previsti dalla legge.

2.4 La prelazione volontaria.

Una recente dottrina, dopo avere sottoposto a penetrante critica le tesi che ricostruiscono il “patto di prelazione” come negozio condizionale costitutivo di un rapporto obbligatorio, ha ricondotto la figura in esame

¹⁵⁷ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 35, il quale prosegue affermando che “la possibilità di concludere contratti innominati non esclude, anzi suppone il rispetto dei presupposti di validità e delle tecniche che la legge richiede”.

¹⁵⁸ G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 78, il quale precisa che “l’esclusione non deriverebbe da un divieto, ma dall’incompatibilità della disciplina legale, ancorché in linea di principio derogabile, con quella che il privato intenderebbe apprestare”.

alla categoria del negozio di configurazione, inteso come “negozio regolatore del procedimento di formazione del contratto”¹⁵⁹.

Secondo la dottrina in esame, il patto di prelazione *non* sarebbe un atto procedimentale, bensì un atto “*funzionalmente collegato col procedimento*, nel senso che è stipulato in vista, in funzione appunto di un futuro procedimento”¹⁶⁰. Il negozio in esame produrrebbe in via *immediata* delle “regole private di procedimento, che valgono ad integrare quelle legali”¹⁶¹, le quali, come tutte le regole giuridiche, avrebbero *carattere ipotetico*¹⁶². L’efficacia del patto sarebbe “meramente strumentale”¹⁶³,

¹⁵⁹ B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 580 ss. L’autore critica sia la tesi che qualifica il patto di prelazione come *contratto preliminare unilaterale* sottoposto a condizione sospensiva potestativa sia la tesi che costruisce il patto come contratto *sui generis*, sospensivamente condizionato, costitutivo di un obbligo di preferenza. Le obiezioni mosse a tali ricostruzioni sono le seguenti: a) le dottrine criticate farebbero un uso “atecnico” e meramente descrittivo del termine “condizione”: infatti, non sarebbe ammissibile una condizione il cui evento sia rappresentato dal libero esercizio dell’autonomia negoziale; inoltre non si tratterebbe di un elemento accidentale del contratto, ma di una “parte della struttura tipica dell’atto”, idonea a caratterizzarlo come fattispecie autonoma; infine, sarebbe dubbia l’applicabilità degli artt. 1356 ss. c.c. e, dunque, l’idoneità del patto a determinare la nascita di un’aspettativa giuridicamente tutelata in capo al cd. preferito; b) le tesi criticate sarebbero “impraticabili” dal punto di vista “logico”: alla loro stregua, infatti, vi sarebbe “identità tra il contenuto dell’obbligo e l’evento condizionante”, poiché l’obbligazione (di contrarre o di preferire) sorgerebbe soltanto nel momento in cui è concluso il contratto (con il preferito o con il terzo), per cui la nascita del rapporto obbligatorio si verificherebbe contemporaneamente alla sua attuazione o violazione.

¹⁶⁰ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 585.

¹⁶¹ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶² Secondo il Troisi, dunque, la dottrina criticata finisce per confondere il carattere “condizionale” proprio della regola procedimentale prodotta dal patto di prelazione con il meccanismo tecnico giuridico della “condizione” sospensiva.

poiché esso non produrrebbe autonome situazioni sostantive, bensì situazioni giuridiche soggettive che “vivono e si giustificano nella dimensione del procedimento”¹⁶⁴.

Ciò posto, ci si deve chiedere quale sia, nell’ambito della ricostruzione in esame, la natura delle regole procedurali prodotte dal patto di prelazione: in altre parole, seguendo la classificazione proposta da altra dottrina, si deve verificare se si tratta di “regole per il conseguimento del risultato giuridico finale”¹⁶⁵ e, cioè, di regole la cui osservanza è necessaria affinché si produca l’effetto giuridico desiderato, ovvero di regole che “pongono obblighi e diritti per lo svolgimento del procedimento”¹⁶⁶, la cui violazione non impedisce il conseguimento del risultato finale, ma determina soltanto la nascita di un’obbligazione risarcitoria in capo al trasgressore.

¹⁶³ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586.

¹⁶⁴ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.* L’Autore chiarisce che la “trasferibilità” del cd. diritto di prelazione (eventualmente convenuta tra promittente e promissario) non deve indurre a ritenere che l’effetto del patto di prelazione abbia una duplice natura, e cioè che esso abbia anche natura sostantiva: infatti, “la formula «cessione del diritto di prelazione» (...) ha valore di mera sintesi verbale, descrittiva di un fenomeno che nulla ha a che vedere con quello del trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive, muovendosi su un piano (quello procedimentale, appunto) completamente diverso” (B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*, nota 25); in realtà, l’accordo tra promittente e promissario renderebbe possibile non già il trasferimento di un’autonoma entità giuridico-patrimoniale, bensì la “modificazione della regola privata di procedimento, nel senso che la clausola preferenziale concernerà non più la persona dell’originario contraente (promissario), ma quella di un terzo” (B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586).

¹⁶⁵ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 19 ss.

¹⁶⁶ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

La dottrina in esame riconduce, senza dubbio, le regole procedimentali prodotte dal patto di prelazione alla seconda delle categorie appena indicate.

Non deve trarre in inganno la circostanza che l'Autore discorra di "predisposizione, in aggiunta alla serie normale degli atti procedimentali (di per sé necessari e sufficienti), di ulteriori atti prenegoziali (si pensi, appunto, alla c.d. *denuntiatio*)"¹⁶⁷; e non si deve sopravvalutare né il fatto che si facciano discendere dal patto di prelazione "regole che stabiliscono una specifica tecnica di formazione del contratto"¹⁶⁸ né il rilievo secondo cui "la disciplina delle tecniche procedimentali (...) fissa unicamente le condizioni formali perché il regolamento contrattuale divenga vincolante per le parti"¹⁶⁹. La dottrina in esame, infatti, ha cura di precisare esplicitamente che la violazione delle regole scaturenti dal patto di prelazione, "a differenza della violazione delle regole legali che dà luogo al mancato perfezionamento della fattispecie, avrà come conseguenza, in presenza di un danno, la nascita di un'obbligazione risarcitoria"¹⁷⁰.

Secondo la tesi in discussione, dunque, il patto di prelazione non sarebbe fonte di un *onere*, ma di un *obbligo*, e segnatamente dell'obbligo

¹⁶⁷ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 584 s.

¹⁶⁸ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586.

¹⁶⁹ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁰ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

“di fare al cd. preferito la proposta prioritaria”¹⁷¹; si tratterebbe di una vera e propria *obbligazione*, il cui *inadempimento*¹⁷² farebbe sorgere in capo al promittente una responsabilità precontrattuale: infatti, ciò che rileva ai fini della qualificazione della responsabilità (come contrattuale o precontrattuale) non sarebbe la fonte (contrattuale o no) dell’obbligo, bensì la natura degli interessi che ad esso sono sottesi; in altre parole, il carattere precontrattuale della responsabilità sussisterebbe in tutti i casi in cui l’obbligo abbia una “funzione procedimentale”¹⁷³, sia cioè diretto a realizzare interessi meramente strumentali, che trovano la loro collocazione nell’ambito del procedimento di formazione del contratto.

¹⁷¹ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 589, nota 29.

¹⁷² La dottrina in esame discorre testualmente di “inadempimento del promittente” (B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*) e precisa che la soluzione proposta è conforme “ai principi dettati dal legislatore, in tema di inadempimento delle obbligazioni” (B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587, nota 29).

¹⁷³ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.* L’autore indica, come ulteriore esempio di obbligo (scaturente da fonte contrattuale, ma) con “funzione procedimentale”, un ipotetico obbligo d’informazione, assunto convenzionalmente prima o durante le trattative, concernente notizie diverse da quelle da comunicare alla controparte ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Può essere interessante notare che nella prassi del commercio internazionale sono diffusi i “documenti c.dd. minimali”, *species* del *genus* delle lettere d’intenti, la cui finalità è quella di “concretizzare specifici aspetti dell’obbligo di buona fede”: si pensi ai c.dd. *confidentiality agreements* (“che mirano a garantire la segretezza delle informazioni tecniche, finanziarie e commerciali nelle operazioni relative ad *acquisitions* o *mergers*”) ed ai c.dd. *standstill agreements*, con cui una parte si impegna a non condurre trattative parallele con terzi. Sul tema si veda A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 550 ss., la quale sembra aderire all’opinione secondo cui “l’inosservanza degli obblighi da esse derivanti comporta responsabilità per *culpa in contrahendo*” (v. p. 552).

A sostegno della tesi secondo cui il patto di prelazione sarebbe fonte di un “obbligo” (con funzione procedimentale), la dottrina in esame invoca il carattere “privato” (cioè, pattizio) delle regole procedimentali in esame, dal quale discenderebbero una serie di corollari: in primo luogo, sulla base dei principi (artt. 1372 e 1379 c.c.), l’efficacia di queste regole è “meramente relativa, cioè limitata alle parti che le hanno stabilite”¹⁷⁴; in secondo luogo, la violazione delle regole convenzionali non potrebbe determinare il mancato perfezionamento della fattispecie, ma soltanto “la nascita di un’obbligazione risarcitoria”¹⁷⁵; infine, le regole pattizie sarebbero “complementari” rispetto a quelle legali, che “in nessun caso possono essere derogate dalle prime, le quali sono di rango inferiore”¹⁷⁶.

Nulla da dire sulla “relatività” delle regole procedimentali private, che certamente non potrebbero in nessun caso impedire la conclusione del

¹⁷⁴ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586.

¹⁷⁵ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁶ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 588. Secondo la dottrina in esame, l’inammissibilità del retratto dipenderebbe proprio dall’inderogabilità delle regole procedimentali legali: “ammettere la sostituzione del prelazionario al terzo significherebbe, infatti, ammettere che, attraverso l’attuazione della regola privata che prevede il retratto, possa derogarsi (vanificandola) alla regola legale di procedimento, che ha consentito l’acquisto da parte del terzo”. A mio avviso, non è esatta la collocazione del retratto sul piano del procedimento: infatti, un’ipotetica previsione convenzionale del retratto non sarebbe diretta ad impedire la conclusione del contratto tra promittente e terzo, ma semplicemente ad attribuire al prelazionario il potere di determinare la “risoluzione” dell’acquisto del terzo; di conseguenza, per escludere l’ammissibilità del retratto, non è corretto invocare l’inderogabilità delle regole procedimentali legali (affermazione, questa, come si dirà nel testo, suscita comunque notevoli perplessità): è, infatti, sufficiente richiamare il carattere

contratto tra promittente e terzo (né prevedere meccanismi idonei a vanificare l'acquisto di quest'ultimo). Non sembrano, invece, persuasivi gli altri due corollari: per un verso, vi sono delle ipotesi in cui l'inosservanza della regola pattizia determina certamente la mancata conclusione (o, secondo altri Autori, la nullità relativa) del contratto tra le parti che a quella regola hanno dato vita: si pensi ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 1352 c.c.; per altro verso, come vedremo meglio in seguito, vi sono senz'altro molteplici regole procedurali legali "derogabili" dai privati.

Ad avviso di chi scrive, per escludere che il patto di prelazione produca "regole per il conseguimento del risultato giuridico finale" è sufficiente rilevare che, se riferita al contratto tra promittente e terzo, tale efficacia sarebbe in contrasto con il principio di relatività, mentre se riguardasse il contratto tra promittente e promissario, essa sarebbe in conflitto con l'interesse perseguito dalle parti: in altre parole, promittente e promissario non intendono affatto subordinare la conclusione del futuro ed eventuale contratto al compimento di atti procedurali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge (in particolare, al compimento della cd. *denuntiatio*); le parti non intendono affatto "aggravare" l'*iter* formativo del contratto, in funzione di interessi connessi al *come*, al *quando* o al *dove*

"relativo" di ogni regola privata, il quale preclude alle parti la possibilità di dettare regole

della sua conclusione (né, tanto meno, intendono semplificarlo): ecco perché, se per ipotesi il promittente si limitasse a proporre al promissario la conclusione del contratto (omettendo di comunicargli le proposte ricevute da terzi o anche in mancanza di proposte ricevute da terzi), l'accettazione dell'oblato sarebbe senz'altro idonea a perfezionarne il procedimento di formazione.

2.5 La clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia.

Tra le figure negoziali recentemente ricondotte alla categoria del negozio di configurazione vanno annoverate anche la “clausola *omnibus*” ed il “patto di rotatività della garanzia”, due pattuizioni che nella prassi dei contratti bancari sono inserite nel regolamento del negozio costitutivo del pegno.

Con la clausola *omnibus* le parti manifestano l'intento di estendere la garanzia pignoratizia, costituita in relazione ad un determinato rapporto di credito, ai rapporti di credito che dovessero eventualmente sorgere in futuro tra le parti del finanziamento originario. In dottrina si è formulata l'ipotesi della qualificazione di tale patto come negozio configurativo, data la ricorrenza di quelli che sarebbero i peculiari connotati di tale schema: la

idonee a pregiudicare il terzo avente causa dal promittente.

“immediata dispositività”¹⁷⁷, pur non trattandosi di un atto ad efficacia di tipo regolamentare, cioè con il valore di promessa contrattuale impegnativa; la “irretrattabilità”¹⁷⁸, che conferirebbe al negozio un carattere, “in senso proprio, vincolante”¹⁷⁹.

Per quanto concerne, invece, il patto di rotatività della garanzia, si deve invece ricordare che una recente acquisizione degli studi in materia di garanzie reali mobiliari è rappresentata dal concetto di “garanzia rotativa” (e, dunque, di “rotatività della garanzia”), con il quale si è indicata “una forma di garanzia che consenta la sostituibilità e mutabilità nel tempo del suo oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che tale mutamento dia luogo alle condizioni di revocabilità dell’operazione economica in tal modo posta in essere”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 139.

¹⁷⁸ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 140.

¹⁷⁹ E. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁰ E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 103 ss., il quale ha evidenziato che la “rotatività” (legale o convenzionale che sia) è idonea a soddisfare alcune esigenze molto avvertite nella prassi del finanziamento esterno delle imprese; essa ha, infatti, la funzione di soddisfare, per un verso, l’interesse del costituente a conservare la disponibilità materiale e giuridica dei beni concessi in garanzia e, per altro verso, l’interesse del creditore garantito a conservare inalterata, sotto il profilo formale, la posizione giuridica acquisita con la stipula del negozio di garanzia.

La categoria in esame comprenderebbe due sottocategorie, quella delle “garanzie rotative legali” e quella delle “garanzie rotative convenzionali”, distinte a seconda che la *rotatività* trovi la propria fonte nella legge¹⁸¹ ovvero nell’autonomia privata; per quanto concerne l’ipotesi da ultimo indicata, si è infatti sostenuta l’ammissibilità di una pattuizione con la quale i privati prevedano la “surrogazione convenzionale dell’oggetto del pegno”¹⁸², il quale conserverebbe la propria identità nonostante la successiva sostituzione del suo oggetto materiale: si tratta appunto del cd. patto di rotatività della garanzia, il quale, “per essere

¹⁸¹ Alla sottocategoria delle “garanzie rotative legali” sono state ricondotte molteplici fattispecie (cfr. E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 111 ss.):

- il *pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata*: v. legge 24 luglio 1985, n. 401, la quale prevede che il vincolo, costituito mediante l’apposizione sulla coscia di uno speciale contrassegno indelebile e la sua conseguente annotazione in appositi registri, permanga nonostante il mutamento dell’oggetto materiale della garanzia: in origine, infatti, il pegno ha ad oggetto la coscia fresca suina, mentre all’esito del processo di lavorazione esso grava sul prodotto finale, e cioè sul prosciutto a denominazione di origine controllata;

- il *privilegio speciale sull’attivo circolante dell’impresa*, di cui all’art. 46, co. 1, lett. b, D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che prevede la costituzione convenzionale di un privilegio speciale mobiliare avente ad oggetto “materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci”. Tale garanzia non possessoria si estenderebbe “nei limiti di valore della consistenza originaria, ai beni che successivamente entrino a far parte del patrimonio del debitore, sia quali nuove acquisizioni, sia quali risultato della lavorazione di materie prime già sussistenti nelle rimanenze”: cfr. E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 113;

- il *pegno su strumenti finanziari in custodia ed amministrazione accentrata* (di cui all’art. 7, legge 19 giugno 1986, n. 289) e quello *su titoli di Stato in gestione centralizzata* (di cui all’art. 4, d. m. 5 gennaio 1995): i vincoli già esistenti sui titoli all’atto della loro immissione nel sistema si trasferiscono sui “diritti del depositante” (cioè sul diritto di partecipazione *pro quota* alla massa accentrata) e, viceversa, i vincoli su tali diritti si trasferiscono sui titoli, quando questi sono ritirati dal sistema.

efficace nei confronti dei terzi dovrà regolare e indicare, fin dal momento costitutivo del diritto, *ex artt.* 2787 e 2800 c.c., sia il meccanismo di rotatività (e quindi di persistenza nel tempo) del vincolo, sia le indicazioni necessarie per individuarne nei successivi passaggi e trasformazioni gli oggetti (vale a dire i singoli beni) sui quali la garanzia verrà nel tempo ad insistere, mantenendo così inalterati gli originari valori dell'operazione economica e quindi la sua unità formale¹⁸³.

Secondo la dottrina in esame il patto di rotatività sarebbe un “patto configurativo dei meccanismi di rotatività della garanzia”¹⁸⁴, che “consente di regolare le singole fasi mediante le quali l'operazione economica si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché le *res* (bene, valore o diritto) oggetto della garanzia”¹⁸⁵.

In questa sede non interessa valutare l'ammissibilità della clausola *omnibus* e della surrogazione convenzionale dell'oggetto del pegno¹⁸⁶, ma

¹⁸² E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 118.

¹⁸³ E. GABRIELLI, «Pinocchio», *il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 556.

¹⁸⁴ E. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁵ E. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁶ Il Gabrielli ha giustificato la tesi dell'ammissibilità di un patto di rotatività della garanzia e della sua opponibilità ai terzi, sulla base dei seguenti argomenti: la “sostituibilità dell'oggetto del pegno” è prevista da molteplici norme contenute nel codice civile, quali gli artt. 2742 e 2803 c.c. (E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 119 s.) e la recente legislazione speciale sarebbe “tutta nella direzione della rotatività della garanzia” (ID., «Pinocchio», *il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit., p. 553); inoltre i privati avrebbero, in linea generale, la possibilità “di modellare in modo peculiare il contratto in modo da consentire «con idonei schemi, anche procedurali, di

importa soltanto comprendere il *significato* dell'espressione "negozio di configurazione", utilizzata dalla dottrina in esame al fine di qualificare le suddette pattuizioni. Più precisamente, si deve verificare se per "negozio di configurazione" si intenda un atto di autonomia privata diretto a regolare il procedimento di formazione di un contratto; si potrebbe, infatti, ipotizzare

adeguare l'efficacia al concreto atteggiarsi dell'operazione posta in essere» (ID., *op. ult. cit.*, p. 556); ai fini dell'opponibilità ai terzi della fattispecie in esame (la quale sarebbe «anomala» e non «atipica», in virtù della mancata alterazione della "funzione di garanzia propria del tipo legale": ID., *op. ult. cit.*, p. 557) sarebbe poi sufficiente rispettare, in sede di costituzione della garanzia, i "requisiti dettati dagli artt. 1346, 2787 e 2800 c.c." (ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 120).

Alla tesi del Gabrielli si è obiettato, innanzitutto, che le norme codicistiche (artt. 2742, 2795, 2815, 2816, 2825 c.c.) che prevedono ipotesi di surrogazione dell'oggetto del pegno e quelle della legislazione speciale che disciplinano speciali figure di pegno rotativo non potrebbero essere invocate a sostegno della tesi secondo cui i privati potrebbero porre in essere "accordi configurativi dei meccanismi di rotatività della garanzia, senza per questo incidere tipologicamente sul modello pignoratizio" (cfr. F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1469): infatti, una surrogazione reale convenzionale non novativa non potrebbe essere fondata sulle norme suindicate, poiché esse sarebbero "eccezionali" e, dunque, inidonee ad esprimere "un principio generale, secondo cui oggetto del pegno non sarebbe il bene nella sua materialità, ma il suo iniziale valore nella sua astrattezza economica" (cfr. ID., *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 564); con riferimento alle norme codicistiche, si è poi affermato che di esse "non potrebbe invocarsi un'applicazione analogica (...) atteso che la rotazione sarebbe frutto di libera e programmata volontà delle parti e non già di fatti sopravvenuti, imprevedibili e non imputabili" (cfr. ID., *op. loc. ult. cit.*). In secondo luogo, ammessane in ipotesi la validità, l'accordo configurativo di rotazione sarebbe comunque "efficace solo *inter partes*": per un verso, infatti, l'inopponibilità del patto ai terzi discenderebbe dal "principio di tipicità", che in materia di diritti reali opera a protezione dei terzi, e che nel caso in esame limiterebbe l'autonomia privata perché il patto di rotatività sarebbe diretto ad incidere sulla "specialità della garanzia pignoratizia", e dunque su di un carattere essenziale del diritto reale di pegno, per cui darebbe luogo ad un vero e proprio pegno "atipico", non semplicemente "anomalo" (ID., *Qualche dubbio sul pegno rotativo*, cit., p. 1469); per altro verso, sarebbe in ogni caso applicabile l'art. 1372 c.c. (F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Il vestito dell'imperatore*, cit., p. 566).

che la clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia siano accordi che pongono regole sulla formazione di futuri contratti *modificativi* dell'oggetto del rapporto di garanzia precedentemente costituito: in tale ottica, la prima clausola regolerebbe la formazione di un contratto che estende la garanzia a crediti diversi da quello originario, la seconda disciplinerebbe l'*iter* formativo di un contratto che sostituisce l'oggetto materiale del diritto di pegno.

Ad avviso di chi scrive, la dottrina in esame non discorre affatto di “negozio configurativo” nel senso specifico di negozio diretto a regolare l'*iter* formativo di un contratto. Il risultato che si vuole ottenere non è, infatti, la semplificazione del procedimento di formazione di una serie indefinita di contratti modificativi del rapporto di garanzia, che si concluderanno se le parti osserveranno la sequenza (più snella rispetto a quella legale) prefigurata con la pattuizione configurativa¹⁸⁷; se, infatti,

¹⁸⁷ Non si vede, peraltro, quali sarebbero le regole procedurali prodotte dalla clausola *omnibus* o dal patto di rotatività; per quanto concerne in particolare quest'ultima pattuizione, si può osservare quanto segue:

a) si deve in primo luogo escludere che, nel quadro della ricostruzione proposta dalla dottrina in esame, il patto di rotatività sia diretto a stabilire che la surrogazione reale sia l'effetto di successivi contratti modificativi che si concluderebbero, in deroga al modello legale, con il mero accordo delle parti, senza la necessità della consegna del bene al creditore o ad un terzo. Va notato, infatti, che l'Autore distingue, in linea generale, tra *titolo e modo* di costituzione del pegno: l'accordo delle parti sarebbe sempre sufficiente, secondo la legge, ai fini della conclusione del titolo costitutivo della garanzia, mentre la consegna sarebbe un atto dovuto, peraltro non sempre necessario ai fini della concreta costituzione del vincolo reale: cfr. E. GABRIELLI, *Pegno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, p. 332 ss.; in tale ottica, anche il contratto diretto a sostituire l'oggetto materiale

l'estensione della garanzia ai crediti futuri ovvero la surrogazione dell'oggetto del pegno fosse l'effetto di un successivo contratto, del quale le parti abbiano preventivamente regolato l'*iter* formativo, ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'estensione della garanzia o della surrogazione reale sarebbe necessario redigere una nuova scrittura *ex artt. 2787, co. 3, o 2800 c.c.*, ciò che viceversa la dottrina in esame intende evitare. Il patto configurativo in esame è, dunque, diretto a plasmare sin dall'origine il

del pegno sarebbe (per legge) consensuale; di conseguenza, non sarebbe possibile sostenere che il patto di rotatività sia diretto a sostituire il procedimento "reale" di conclusione dei contratti modificativi della garanzia pignorizia con un *iter* "consensuale": come si è rilevato, infatti, sarebbe già la legge a delineare come consensuale il procedimento di formazione di tali contratti; va poi notato che la clausola di rotatività prevede la surrogazione reale senza spossessamento del costituente nelle sole ipotesi in cui il pegno abbia ad oggetto merci in lavorazione, mentre in caso di pegno di titoli la sostituzione ha ad oggetto altri titoli che siano entrati nella materiale disponibilità del creditore: ne consegue che, in tale seconda classe di ipotesi, se pure si ritenesse che il contratto costitutivo (o modificativo) del pegno si perfezioni con la consegna della cosa, non si avrebbe alcuna deroga pattizia alla realtà del procedimento di formazione del contratto.

b) Non è neanche possibile ritenere che, secondo la dottrina in esame, in virtù del patto di rotatività, la surrogazione reale sia l'effetto di contratti modificativi che si concluderebbero senza la necessità di nuovi accordi tra le parti, in virtù dei fatti o atti previsti dalla clausola in esame: in tale ottica, il patto di rotatività non sarebbe un negozio che semplicemente regola una serie indefinita di *futuri* procedimenti di formazione di contratti modificativi; esso conterrebbe, infatti, la manifestazione attuale ed irretrattabile della volontà delle parti di modificare il rapporto di garanzia, e nel contempo escluderebbe che tale accordo sia sufficiente al fine di produrre la vicenda sostitutiva, essendo necessario il verificarsi in futuro di ulteriori eventi affinché i contratti modificativi possano dirsi conclusi: tale costruzione, oltre ad essere alquanto barocca, finirebbe comunque per lasciare insoddisfatta l'esigenza di *semplificazione formale* di cui alla nota seguente, la quale può essere realizzata soltanto se si attribuisce allo stesso negozio costitutivo della garanzia (e non a distinti negozi modificativi, destinati comunque ad essere conclusi in futuro) l'effetto di operare la surrogazione dell'oggetto materiale del pegno.

contenuto del negozio costitutivo di pegno in modo tale che esso sia di per sé idoneo a produrre non soltanto (in via immediata) l'effetto della costituzione della garanzia, ma anche la (successiva) modificazione del suo oggetto, se ed in quanto si verificano i presupposti individuati dalle parti con il patto di rotatività: attraverso tale ricostruzione la dottrina in esame può sostenere che la scrittura che documenta la costituzione del pegno e l'annessa clausola *omnibus* o di rotatività sia di per sé idonea a rendere l'estensione o la surrogazione opponibile ai terzi creditori¹⁸⁸.

Si può, dunque, concludere nel senso che, in tema di pegno *omnibus* e di pegno rotativo convenzionale, l'espressione “negozio di configurazione” non sia stata utilizzata al fine di individuare una figura

¹⁸⁸ Si ipotizzi che con il patto di rotatività della garanzia le parti abbiano inteso semplificare il procedimento di formazione di una serie indefinita di contratti diretti a surrogare l'oggetto materiale del pegno; i contratti conclusi secondo lo schema prefigurato dalle parti sarebbero senz'altro idonei a realizzare due delle esigenze concretamente sottese all'operazione negoziale: quella di evitare la *novazione* del rapporto di garanzia (poiché il contratto, coerentemente con la previsione originaria delle parti, sarebbe meramente *modificativo* del precedente diritto di pegno) e quella di evitare la revocatoria fallimentare dell'atto che impone il vincolo di garanzia sui beni sostitutivi (secondo la dottrina in esame, infatti, la revoca andrebbe esclusa anche nel caso in cui “si reputasse che la sostituzione dei beni e valori configuri un nuovo diritto di pegno”, poiché “i creditori «non risentono alcun pregiudizio dalla sostituzione, che rispetto ad essi avviene sempre nei limiti di valore del bene originariamente dato in pegno»”: E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 121). I contratti modificativi, conclusi secondo l'*iter* semplificato previsto dalle parti, non sarebbero però idonei a soddisfare una delle esigenze riscontrabili nella prassi, cioè l'interesse a *semplificare* sotto il profilo degli *oneri formali* la disciplina della garanzia pignorizia: infatti, come si è già rilevato nel testo, ai fini dell'opponibilità ai terzi della sostituzione del bene vincolato, attuata mediante i predetti contratti modificativi, sarebbe comunque necessario redigere una *nuova scrittura ex artt. 2787, co. 3, e 2800 c.c.*

negoziale la cui funzione sia quella di regolare il procedimento di formazione del contratto (modificativo di un preesistente rapporto di garanzia); la formula mira piuttosto ad individuare una figura negoziale sprovvista di una “efficacia di tipo regolamentare”¹⁸⁹, in quanto inadatta alla produzione di effetti sostanziali, la cui funzione è di “incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo”¹⁹⁰, trasformandolo in un *titolo* idoneo a giustificare non soltanto la costituzione della garanzia, ma anche la sua successiva ed eventuale estensione a crediti ulteriori ovvero la surrogazione dell’oggetto originariamente vincolato¹⁹¹.

¹⁸⁹ E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 139.

¹⁹⁰ E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 118.

¹⁹¹ Va sottolineato che, secondo la dottrina in esame, la clausole *omnibus* ed il patto di rotatività non modificherebbero lo statuto legale della garanzia pignoratizia e, cioè, il *contenuto tipico della situazione giuridica soggettiva* costituita mediante il negozio di pegno, tant’è che si invoca il “rigoroso rispetto del principio di tipicità, e di quello di accessorietà, delle garanzie reali” (E. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*). Ciò significa che, per la dottrina in esame, “configurare” non significa “conformare” il diritto reale di garanzia, cioè modificare l’insieme delle facoltà che ne costituiscono il contenuto tipico.

A prima vista, la dottrina in esame sembra oscillare tra due diversi significati del termine “configurazione”: 1) per un verso, come si è già indicato nel testo, la clausola *omnibus* ed il patto di rotatività sembrano delle pattuizioni dirette ad *estendere l’efficacia del negozio costitutivo del pegno*, che in conseguenza della loro apposizione diverrebbe idoneo a garantire anche rapporti obbligatori futuri o ad imporre il vincolo di garanzia su beni diversi da quelli originariamente vincolati; 2) per altro verso, sembra quasi che, mediante le clausole in esame, i privati finiscano per attivare delle *varianti* (che la legge prevede in relazione ad alcune fattispecie speciali) della tipica garanzia pignoratizia e dunque per *scegliere*, tra i vari modelli di pegno previsti dal legislatore, quello maggiormente rispondente alle loro concrete esigenze; in definitiva, il vigente diritto positivo prevederebbe molteplici *sottotipi* di pegno: il pegno ad accessorietà fissa e ad oggetto stabile, che si costituirebbe mediante il puro e semplice negozio costitutivo del pegno; il pegno ad accessorietà estensibile e/o ad oggetto variabile, che, in virtù dell’ampia estensione attualmente riconosciuta al potere di autonomia privata, le parti

2.6 Il contratto preliminare.

Una complessa ricerca in tema di contratto preliminare ha fornito un rilevante contributo all'elaborazione della figura del negozio di configurazione¹⁹².

La dottrina in esame, la quale si è soffermata in particolare sul preliminare di compravendita, ha preso le mosse dalla considerazione che, in virtù del principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.), il

sarebbero ammesse a costituire mediante l'apposizione al negozio costitutivo di pegno delle clausole; in questa ottica, con le pattuizioni in esame, i privati *sottoporrebbero il diritto di pegno ad una particolare disciplina*, sotto il profilo dell'accessorietà o dell'oggetto della garanzia. Da un'analisi più approfondita risulta, invece, che quelli appena indicati altro non sono che *due modi diversi di descrivere la medesima realtà*: mediante l'apposizione della clausola *omnibus* e del patto di rotatività le parti scelgono di costituire un pegno connotato da una particolare *disciplina*; questa *disciplina* è caratterizzata dall'*estensione dell'efficacia del titolo* costitutivo del pegno, che per una scelta delle parti diviene idoneo a garantire anche rapporti futuri o ad imporre il vincolo di garanzia su beni diversi rispetto a quelli originariamente vincolati.

Si può, dunque, concludere nel senso che il negozio di configurazione è, per la dottrina in esame, un negozio connotato da una particolare *efficacia*, poiché esso *determina in modo vincolante il meccanismo di produzione di un dato effetto* (l'estensione della garanzia ad un credito futuro, la sostituzione dell'oggetto del pegno): in virtù di tale negozio, infatti, gli effetti sopra indicati non si produrrebbero in conseguenza di un nuovo contratto (modificativo del preesistente rapporto di garanzia), ma del medesimo *contratto costitutivo del pegno*.

¹⁹² G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991. In questa sede non interessa verificare la fondatezza della tesi che ricostruisce il preliminare come un negozio configurativo, ma soltanto analizzare i caratteri morfologici del negozio di configurazione ipotizzato dalla dottrina in esame. Critico verso la ricostruzione del Palermo è F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II ed., in *Il codice civile. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1998, *sub art. 2645-bis*, p. 705 ss., nota 29, il quale definisce quella tesi "brillante, ma del tutto fuori della realtà normativa ed anzi assolutamente antistorica". Aderisce, invece, alla tesi del preliminare come negozio configurativo U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 529 ss.

trasferimento del diritto soggettivo è una conseguenza giuridica che si produce immediatamente per effetto del perfezionamento dell'*iter* formativo del contratto che lo programma. Il principio del consenso traslativo, essendo diretto a tutelare i terzi estranei alla contrattazione, interessati a conoscere con certezza quali siano i soggetti titolari delle situazioni giuridiche soggettive oggetto dell'attività negoziale delle parti¹⁹³, sarebbe inderogabile da queste ultime¹⁹⁴: le parti non potrebbero, cioè, stipulare una clausola di differimento mediante la quale scindere il *titulus* dal *modus acquirendi*, e cioè convenire l'assunzione di un'obbligazione di dare, il cui adempimento sia la fonte dell'effetto traslativo¹⁹⁵.

Coerentemente con tale premessa, la dottrina in esame ha escluso che il contratto preliminare sia idoneo a produrre effetti obbligatori: l'accordo avrebbe, piuttosto, la funzione di attribuire ad alcune condotte delle parti (pagamento del prezzo; consegna della cosa), il carattere di

¹⁹³ G. PALERMO, *op. cit.*, p. 65, afferma che “i terzi debbono essere posti in condizione di conoscere e valutare le attuali o possibili conseguenze degli atti compiuti dagli altri consociati”.

¹⁹⁴ G. PALERMO, *op. cit.*, p. 35, nota 11, precisa che “resta salva la possibilità che le parti abbiano voluto concludere un contratto diverso da quello che l'art. 1376 c.c. disciplina, e cioè un contratto «atipico», simile al *Leistungsgeschäft* del diritto austriaco”. U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., p. 533, nota 12, ha sottolineato che, secondo il Palermo, la clausola di differimento sarebbe nulla soltanto se apposta a “contratti tipicamente traslativi”.

eventi necessari ai fini della *conclusione* del procedimento di formazione del contratto di compravendita e, dunque, al fine della produzione dell'effetto reale; nell'ambito di questa ricostruzione, il preliminare è, dunque, un negozio di *configurazione* che trasforma la vendita da contratto consensuale in contratto "reale", e che non impegna le parti ad eseguire alcuna prestazione. Il procedimento di formazione del contratto, così come prefigurato dalle parti, si articola in due fasi: l'accordo preliminare ed i comportamenti esecutivi spontanei, il cui fondamento *causale* è determinato dallo stesso preliminare, e la cui mancata attuazione è fonte di una mera responsabilità precontrattuale (ai sensi dell'art. 1337 c.c.). Di conseguenza, il contratto definitivo o, in alternativa, la sentenza *ex art.* 2932 c.c. non avrebbero la funzione di costituire o regolare il rapporto *inter partes*, ma quella di costituire il *titolo formale* di un acquisto già verificatosi in conseguenza dell'attuazione dei comportamenti prefigurati dal preliminare.

2.7 Gli accordi sulla forma.

Come si è già rilevato nei paragrafi precedenti, la dottrina ha spesso annoverato gli accordi sulla forma, di cui all'art. 1352 c.c., tra i negozi

¹⁹⁵ La clausola di differimento sarebbe dunque nulla, e si applicherebbe l'art. 1419,

mediante i quali i privati esercitano il loro potere di disciplinare la formazione della fattispecie contrattuale.

Molto si è discusso sul significato da ascrivere al termine “forma” e, dunque, su quale sia il contenuto degli accordi previsti dalla citata norma.

Secondo una parte della dottrina, infatti, la forma volontaria, come quella legale, si identificherebbe con la “scrittura”, per cui l’art. 1352 c.c. farebbe riferimento esclusivamente ad accordi con i quali le parti convengono che la futura conclusione di un contratto avverrà validamente soltanto se la volontà contrattuale delle parti sarà esternata per iscritto.

La dottrina più moderna attribuisce, invece, alla forma volontaria un’area di incidenza più ampia: si sostiene, infatti, che la forma pattizia non si identificherebbe necessariamente con le forme prescritte dalla legge (atto pubblico o scrittura privata), potendo le parti imporre “una forma che coincida con varianti delle forme legali; o con forme del tutto nuove allo stato neppure ipotizzabili, ma che gli sviluppi della tecnica potrebbero in futuro mettere a disposizione”¹⁹⁶.

Altra dottrina accoglie una nozione ancora più ampia degli accordi sulla forma: si afferma, infatti, che “i privati possono convenire non solo sulla forma scritta, quando non richiesta dalla legge *ad substantiam actus*,

co. 2, c.c.: cfr. G. PALERMO, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁶ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra lege e volontà delle parti*, cit., p. 342 s.

bensì pure sulle modalità espressive in senso lato della volontà contrattuale, come gli artt. 1327, 1329, 1331 e 1333 c.c. lasciano supporre¹⁹⁷. La dottrina in esame ha rilevato che, nel caso in cui l'accordo sulla forma determini le modalità di esternazione della volontà contrattuale, esso "si pone quale negozio configurativo a predeterminare il procedimento di formazione del futuro contratto"¹⁹⁸: in tal caso, dunque, le parti "lungi dal fissare requisiti di struttura, si volgono a prefigurare tra i loro futuri contegni quegli atti cui subordinano la conclusione del contratto, senza che sia necessario ricorrere alla finzione della tacita manifestazione di volontà"¹⁹⁹.

Si deve sottolineare l'esistenza di un ampio orientamento dottrinale, il quale considera gli accordi sulla forma come il prototipo del negozio di configurazione. Sin dai suoi albori, la dottrina del negozio di configurazione ha ricondotto i patti sulla forma nell'ambito di questa categoria, e si potrebbe forse affermare che la categoria stessa sia stata costruita sulla base della figura prevista dall'art. 1352 c.c.: si è, ad esempio, osservato che il patto sulla forma sarebbe "l'esempio più

¹⁹⁷ U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., p. 555.

¹⁹⁸ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁹ U. LA PORTA, *op. cit.*, p. 556.

significativo di negozio di configurazione²⁰⁰; e si è attribuito alla norma di cui all'art. 1352 c.c. un rilevante valore sistematico, tant'è che secondo una dottrina essa “almeno in via analogica può essere elevata a paradigma normativo di ogni convenzione che si proponga di programmare un assetto di interessi da attuare mediante una serie di contegni successivi, o almeno costituisce l'indice normativo che consente di risolvere affermativamente il quesito della meritevolezza di tutela di un accordo di tal fatta”²⁰¹.

Il problema delle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli accordi sulla forma sarà trattato in seguito, nell'ambito dell'analisi dell'efficacia dei negozi di configurazione in generale. Per ora preme soltanto osservare che, pur nella diversità delle posizioni assunte dai vari autori, vi è un ampio orientamento dottrinale secondo cui la violazione del patto sulla forma sarebbe di ostacolo alla produzione dell'effetto giuridico desiderato dalle parti: in altre parole, tenendo conto della classificazione delle regole procedimentali proposta da una già citata dottrina, si può affermare che le regole pattizie prodotte dagli accordi sulla forma siano

²⁰⁰ G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., p. 119, seguito da A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 345, il quale afferma che il patto sulla forma è “un esempio, forse il più significativo, di negozio configurativo tipico”.

²⁰¹ U. LA PORTA, *op. cit.*, p. 556, ove si sostiene altresì che il contratto preliminare, così come ricostruito dal Palermo (v. paragrafo precedente), potrebbe “trovare riconoscimento proprio in quanto espressione di quel principio che nell'art. 1352 c.c. si fa norma di legge, costituendo il primo atto di una progressione che porterà alla attuazione degli interessi perseguiti dalle parti”.

“regole per il conseguimento del risultato giuridico finale”²⁰² (e non regole che “pongono obblighi e diritti per lo svolgimento del procedimento”²⁰³), per cui la loro violazione non determina la nascita di un’obbligazione risarcitoria in capo al trasgressore, ma impedisce il conseguimento del risultato finale avuto di mira dai privati.

2.8 La mediazione.

Una recente dottrina, dopo avere sottoposto a critica le tesi che qualificano il contratto intermediato come requisito di efficacia o come elemento costitutivo del contratto di mediazione, ha sostenuto che quest’ultimo sarebbe un “atto funzionalmente collegato al procedimento di formazione del contratto”²⁰⁴: si tratterebbe, cioè, di un atto la cui funzione è quella di agevolare la conclusione del contratto intermediato. Si è, dunque, affermata la “natura procedimentale”²⁰⁵ di tale atto, la cui

²⁰² A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 19 ss.

²⁰³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

²⁰⁴ B. TROISI, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 41.

²⁰⁵ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.* Nello scritto che si sta analizzando, la dottrina in esame sembra considerare la *natura procedimentale* della mediazione come una conseguenza del suo *collegamento funzionale* col procedimento: “atto funzionalmente collegato al procedimento di formazione del contratto (...) un atto, quindi, avente natura procedimentale” (B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*). In uno scritto precedente, invece, la medesima dottrina aveva affermato, con riferimento al patto di prelazione, che esso “pur ponendosi al di fuori del procedimento, pur non essendo cioè un atto procedimentale, è

rilevanza si esaurirebbe nell'ambito del procedimento di formazione del contratto, e sarebbe quindi produttivo di “effetti meramente strumentali”²⁰⁶: in altre parole, la mediazione non sarebbe la fonte di autonome situazioni giuridiche *sostantive*, bensì degli “obblighi procedurali propri della fase formativa del contratto (*ex artt. 1337 e 1338 c.c.*)”²⁰⁷.

Per quanto concerne gli effetti sostantivi, dopo avere precisato che dalla mediazione *non* scaturisce l'obbligazione del mediatore di svolgere l'attività strumentale alla stipulazione di un contratto (attività che sarebbe, infatti, qualificabile come “controprestazione (...) non dedotta in obbligazione”²⁰⁸), la dottrina in esame ha escluso che le situazioni sostantive attive previste dalla legge a favore del mediatore trovino la loro

funzionalmente collegato col procedimento, nel senso che è stipulato in vista, in funzione appunto di un futuro procedimento”: cfr. B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 585. In definitiva, l'opinione della dottrina in esame potrebbe essere sintetizzata nei due seguenti enunciati: “tutti gli atti procedurali sono funzionalmente collegati con il procedimento”; “non tutti gli atti funzionalmente collegati con il procedimento sono atti procedurali”. In altre parole, il *genus* degli atti *funzionalmente collegati al procedimento* si articolerebbe in due *species*: gli atti *procedimentali* e gli atti *non procedimentali con funzione procedimentale*; l'elemento distintivo tra le due *species* non consisterebbe nella natura degli effetti (in entrambi i casi “meramente strumentali”), ma probabilmente nella circostanza che, in un caso, l'atto appartiene ad una sequenza procedimentale *attuale*, mentre nell'altro caso il procedimento di riferimento è soltanto *futuro*.

²⁰⁶ B. TROISI, *La mediazione*, cit., p. 41.

²⁰⁷ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

fonte nella mediazione: infatti, sia il diritto al rimborso delle spese (di cui all'art. 1756 c.c.)²⁰⁹ che il diritto alla provvigione²¹⁰ scaturirebbero da distinte fattispecie contrattuali.

Per quanto poi riguarda gli effetti strumentali, si è affermato che dal contratto di mediazione nascerebbe soltanto il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase formativa del contratto, “dovere generico, destinato, a seconda delle circostanze, a specificarsi in concreti obblighi”²¹¹: si è fatto l'esempio dell'obbligo del mediatore, sancito dall'art. 1759, co. 1, c.c., di comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso; e si è richiamato l'obbligo delle parti intermedie di comunicare al mediatore il venire meno dell'interesse alla

²⁰⁸ B. TROISI, *La mediazione*, cit., p. 39. Che il mediatore non sia obbligato a compiere l'attività promozionale è opinione pacifica: v. per tutti F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 1159.

²⁰⁹ Il diritto al rimborso delle spese sarebbe, infatti, un effetto di un (autonomo) *contratto d'opera* stipulato tra il mediatore ed una o entrambe le parti dell'affare: v. B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁰ L'obbligazione alla provvigione dovrebbe, infatti, essere considerata alla stregua di un'obbligazione avente ad oggetto il pagamento delle spese inerenti al contratto e troverebbe, dunque, la sua fonte nel *contratto intermediato*; più precisamente, si tratterebbe di un *effetto accidentale (ex lege)*, cioè di un effetto che la legge fa discendere dal contratto sul presupposto del verificarsi in concreto di particolari circostanze (in questo caso, il compimento dell'attività di mediazione) e che non può essere considerato essenziale (poiché la sua mancanza non influisce né sulla validità né sulla qualificazione del contratto): cfr. B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 42 ss.

²¹¹ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 42, nota 33.

conclusione dell'affare, al fine di evitare che questi prosegua un'attività destinata a restare senza esito.

Va precisato che la dottrina in esame, pur affermando la funzione procedimentale della mediazione, non la qualifica *negozio di configurazione*²¹²: si è, infatti, sostenuto che tale figura sarebbe un *atto procedimentale*, fonte di *effetti meramente strumentali*, ma non le si è attribuito esplicitamente il *nomen iuris* di “negoziio di configurazione” né si è affermato che essa sarebbe la fonte di *regole private di procedimento*²¹³, integrative di quelle legali. Ma non sono ragioni meramente letterali quelle che inducono ad escludere che la dottrina in esame abbia ricostruito la mediazione come “negoziio di configurazione”; si deve, infatti, sottolineare l'affermazione secondo cui gli obblighi procedimentali, che sorgono in conseguenza della mediazione, “vanno

²¹² In senso contrario, cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, p. 218, nota 88, il quale (senza peraltro addurre alcuna motivazione) sostiene la dottrina in esame avrebbe ricostruito dogmaticamente la mediazione come negozio di configurazione. Su tale categoria si veda il secondo capitolo di questo lavoro.

²¹³ È interessante notare che la medesima dottrina aveva precedentemente sostenuto che il patto di prelazione sarebbe qualificabile come “negoziio di configurazione”, trattandosi di un “negoziio regolatore del procedimento di formazione del contratto”: B. TROISI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 584. La circostanza che la dottrina in esame abbia fatto uso in precedenza, in relazione ad una figura diversa, del concetto di “negoziio di configurazione” è assai significativa: si può, infatti, ipotizzare che il mancato impiego di tale concetto nel discorso sulla mediazione sia il frutto di una *scelta consapevole* dell'Autore, il quale con tutta probabilità ha ritenuto che non vi fossero ragioni sufficienti per ricondurre la figura in esame alla categoria del negozio di configurazione.

ricondotti sotto la disciplina degli artt. 1337 e 1338 c.c.”²¹⁴ e, dunque, (come si è già rilevato) al “generico obbligo di buona fede e correttezza”²¹⁵ ovvero sotto più specifiche previsioni normative (quale, ad esempio, l’art. 1759, co. 1, c.c.); si tratterebbe, dunque, di effetti che non soltanto sono previsti dalla legge, ma soprattutto si producono *indipendentemente* da una specifica pattuizione delle parti: in definitiva, si tratterebbe di *regole procedurali legali*, che la norma riconnette al fatto in sé dello svolgimento dell’attività di mediazione, *non* di *regole procedurali private* che siano il frutto di una programmazione pattizia.

Se il rilievo da ultimo formulato è fondato, si pone il problema se, nell’ambito della ricostruzione che stiamo analizzando, alla mediazione possa essere riconosciuta natura *contrattuale*: la dottrina in esame non sembra dubitarne, tant’è che discorre più volte di “contratto di mediazione”²¹⁶ oltre che di atto “stipulato”²¹⁷ in funzione del procedimento di formazione del contratto; ma, se si ritiene che gli effetti sostantivi previsti dal legislatore scaturiscano da fattispecie contrattuali distinte dalla mediazione e che gli effetti strumentali trovino la loro fonte nella legge, si finisce per negare che la mediazione sia un atto

²¹⁴ B. TROISI, *La mediazione*, cit., p. 42, nota 33.

²¹⁵ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 42.

²¹⁶ B. TROISI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁷ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 41.

programmatico: in altre parole, non essendo individuabile alcun effetto riconducibile ad una manifestazione di volontà delle parti, si dovrebbe coerentemente escludere che la mediazione sia un negozio giuridico, e se ne dovrebbe di conseguenza negare la natura contrattuale.

2.9 Sintesi.

Dopo avere individuato ed analizzato le molteplici figure ricondotte dalla dottrina alla categoria del negozio di *configurazione*, è possibile mettere a fuoco un primo risultato dell'indagine: quella in esame non è una categoria omogenea, poiché il termine "configurazione" è in concreto utilizzato per qualificare negozi che, sotto il profilo funzionale, e cioè degli *interessi* perseguiti dalle parti, possono essere suddivisi in due grandi aree ben distinte tra loro.

Un primo insieme è formato da tutti i negozi diretti a *regolare il procedimento di formazione del contratto*: appartengono a questa categoria figure che, pur differenziandosi tra loro sotto il profilo effettuale, sono accomunate da ciò, che le parti perseguono interessi meramente strumentali, che trovano la loro collocazione nell'ambito del procedimento di formazione del contratto. Appartengono a tale insieme, ad esempio, gli

accordi sulla forma, il contratto preliminare (così come ricostruito dal Palermo), il patto di prelazione, e così via.

Un secondo insieme è, invece, formato da figure negoziali la cui funzione è di produrre regole relative all'*efficacia* di un contratto già concluso: più precisamente, i privati *determinano in modo vincolante il meccanismo di produzione di un dato effetto*, disponendo che il contratto già concluso sarà idoneo a produrre in futuro un effetto per la cui produzione la legge richiederebbe una *nuova* esplicazione di autonomia negoziale. A tale categoria appartengono la clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia: in virtù di tali pattuizioni, il contratto costitutivo del pegno diviene il titolo idoneo a giustificare, oltre alla costituzione della garanzia pignoratizia, anche la sua successiva modificazione (l'estensione della garanzia ad un credito futuro, la sostituzione dell'oggetto del pegno), mentre *per legge* sarebbe all'uopo necessaria la conclusione di un *nuovo* contratto (modificativo del preesistente rapporto di garanzia).

Nell'ambito di uno studio dedicato all'autonomia privata procedimentale, e cioè al potere dei privati di regolare il procedimento di formazione del contratto, l'attenzione deve essere ovviamente focalizzata sui negozi di configurazione appartenenti alla prima categoria. I problemi dell'efficacia del negozio di configurazione, dell'ammissibilità di figure atipiche, e dei limiti che l'ordinamento pone ai privati nell'esercizio del

loro potere *configurativo* saranno, dunque, affrontati con riferimento esclusivo a tale categoria di atti di autonomia.

La scelta di circoscrivere in questo modo il campo d'indagine, oltre ad essere coerente con il tema fondamentale di questo studio, consente di rispondere in modo più agevole e sicuro agli interrogativi che saranno di volta in volta formulati. Va notato, infatti, che il nostro ordinamento giuridico *tipizza* alcune figure di negozio di configurazione la cui funzione è di regolare il procedimento di formazione del contratto: di conseguenza, disponiamo di alcuni dati testuali in ipotesi utilizzabili al fine di giustificare l'ammissibilità di una categoria generale comprensiva anche di figure *atipiche*. Viceversa, di tipici negozi di configurazione diretti a regolare l'*efficacia* di un negozio già concluso non sembra esservi traccia nel nostro ordinamento, tant'è che la dottrina tende a giustificare l'ammissibilità di tali figure sulla base delle norme che prevedono figure tipiche di negozio configurativo con funzione procedimentale²¹⁸.

²¹⁸ Va notato che E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 139 s., per illustrare la categoria del negozio di configurazione (alla quale egli intende ricondurre la clausola *omnibus* ed il patto di rotatività della garanzia) fa riferimento a figure la cui funzione è proprio quella di regolare il procedimento di formazione del contratto: il patto di opzione, il patto sulla forma, la prelazione convenzionale. Ciò che in dottrina non si è finora adeguatamente sottolineato è che il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici, diretti a *regolare il procedimento di formazione del contratto*, è un problema *distinto*, pur se entro certi limiti *pregiudiziale*, rispetto a quello dell'ammissibilità di negozi configurativi diretti a *regolare l'efficacia di un negozio già concluso* (che nel nostro ordinamento sono tutti atipici e, dunque, privi di qualsivoglia aggancio normativo diretto): infatti, se si dovesse giungere alla conclusione che i privati dispongono di un

3. L'efficacia del negozio di configurazione.

3.1 Tre questioni in tema di efficacia del negozio di configurazione.

Il problema dell'efficacia dei negozi configurativi diretti a regolare il procedimento di formazione del contratto si articola in tre questioni fondamentali, che devono essere tenute ben distinte l'una dall'altra:

a) un primo profilo, senza ombra di dubbio il più rilevante, concerne il tipo di *regola procedimentale* che il negozio di configurazione è idoneo a produrre tra le parti. Come in parte si è già osservato in precedenza, e come si chiarirà meglio nel prosieguo della trattazione, si possono distinguere (indipendentemente dalla loro fonte, legale o negoziale) due diversi tipi di regola procedimentale: le “regole per il conseguimento del

potere generale di regolare il procedimento di formazione del contratto, si disporrebbe di un argomento forte (anche se non decisivo) per dimostrare che i privati sono titolari di un più ampio *potere di determinare il meccanismo di produzione dell'effetto negoziale*, potere che appunto si eserciterebbe non soltanto con il compimento di negozi configurativi (tipici o atipici) regolatori del procedimento di formazione della fattispecie contrattuale, ma anche attraverso negozi diretti a plasmare l'efficacia di un contratto già concluso, rendendolo idoneo a modificare in futuro il rapporto giuridico che esso stesso ha precedentemente costituito; se, invece, si dovesse negare che i privati dispongano di un potere generale di regolare il procedimento di formazione del contratto, in assenza di dati testuali concretamente utilizzabili sarebbe difficile (ma certo non impossibile) dimostrare che i privati abbiano comunque un *potere di determinare il meccanismo di produzione dell'effetto negoziale*, che si eserciterebbe non soltanto attraverso le *tipiche* figure di negozio configurativo con funzione procedimentale, ma anche con il compimento di negozi configurativi (atipici) diretti a *regolare l'efficacia di un negozio già concluso*.

risultato giuridico finale”²¹⁹ e quelle che “pongono obblighi e diritti per lo svolgimento del procedimento”²²⁰. La distinzione ha grande rilevanza su due piani distinti: da un lato, essa consente di precisare quali siano le conseguenze giuridiche derivanti dall’inosservanza della regola privata nel corso del procedimento formativo che si è inteso regolare; dall’altro lato, essa rileva ai fini della soluzione del problema dell’ammissibilità di negozi configurativi atipici: il problema deve, infatti, essere impostato diversamente a seconda del tipo regola (obbligatoria oppure no) che i privati hanno voluto porre in essere²²¹.

b) Un secondo profilo da sottoporre ad esame è quello dell’idoneità del negozio di configurazione a produrre “effetti preliminari in senso stretto”²²² nel lasso di tempo che intercorre tra il suo perfezionamento e la conclusione del procedimento di formazione del contratto che le parti, attraverso tale negozio, hanno voluto regolare.

²¹⁹ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., p. 19 ss.

²²⁰ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

²²¹ Questa appena indicata è la ragione per la quale si è deciso di anteporre la trattazione dell’efficacia del negozio configurativo (ed in specie quella degli effetti concretamente programmati dalle parti) rispetto all’analisi del problema dell’ammissibilità di negozi configurativi atipici. Tale impostazione non è comune in dottrina, poiché gli studiosi tendono di solito a considerare la categoria del negozio di configurazione (diretto a regolare il procedimento di formazione del contratto) come un insieme omogeneo sotto il profilo dell’*efficacia* dei negozi che a tale insieme appartengono.

²²² Problema, questo, che (per quanto mi risulta) è stato affrontato soltanto da un autore, e cioè da U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., p. 549 ss.

c) Infine si dovrà analizzare il problema della cd. “irretrattabilità”²²³ del negozio configurativo, cioè dei limiti entro i quali le parti possono validamente ed efficacemente decidere di porre nel nulla la regola procedimentale precedentemente prodotta.

3.2 a) Regole procedimentali di comportamento.

Dall’analisi delle figure ricondotte dalla dottrina alla categoria unitaria dei negozi configurativi diretti a regolare il procedimento di formazione del contratto, si evince l’estrema eterogeneità delle figure medesime sotto il profilo dell’efficacia. Dal punto di vista degli effetti concretamente programmati dalle parti, è infatti possibile distinguere due diverse sottocategorie di negozi di configurazione con funzione procedimentale.

La prima sottocategoria da prendere in esame è quella formata dai negozi configurativi *ad efficacia obbligatoria*, cui appartiene senz’altro il

²²³ Della quale discorre, ad esempio, E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 140, sia pure con riferimento a negozi configurativi che non hanno la funzione di regolare il procedimento di formazione del contratto; *ivi* l’Autore sostiene che è proprio “l’irretrattabilità” la “caratteristica essenziale del negozio”, quella che gli “conferisce un carattere, in senso proprio, vincolante”.

patto di prelazione, se si accede alla ricostruzione che ha espressamente qualificato tale figura come un “*negozio di configurazione*”²²⁴.

Si è già osservato che alcune delle espressioni utilizzate dall’Autore potrebbero trarre in inganno il lettore, ingenerando in lui l’erroneo convincimento che il primo abbia inteso sostenere l’idoneità del patto di prelazione ad incidere sul meccanismo di conclusione dell’accordo: va ricordata, in particolare, l’affermazione secondo cui il patto di prelazione “non produce direttamente e immediatamente autonome situazioni sostantive, ma si limita a dettare regole dirette a favorire la conclusione del futuro contratto, prevede cioè regole che stabiliscono una specifica tecnica di formazione del contratto”²²⁵. Come si è già rilevato, è lo stesso Autore a smentire, nel prosieguo della trattazione, tale affermazione: egli infatti discorre più volte di “inadempimento del promittente”²²⁶ rispetto al “c.d. obbligo di preferire, cioè, a rigore, all’obbligo di fare al c.d. preferito la proposta prioritaria”²²⁷.

²²⁴ B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 584.

²²⁵ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586, il quale poco dopo precisa che “la disciplina delle tecniche procedurali non attiene al contenuto sostantivo del contratto, ma fissa unicamente le condizioni formali perché il regolamento contrattuale divenga vincolante per le parti”.

²²⁶ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 589, nota 29, ma il riferimento ad un “inadempimento” del promittente è costante nel paragrafo 3 dello scritto in esame e, in particolare, nella nota n. 29.

²²⁷ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 589, nota 29.

Rinviando sul punto alle più approfondite osservazioni formulate nel paragrafo dedicato all'analisi della prelazione volontaria, si può dunque affermare che il patto di prelazione, secondo la dottrina in esame, è un *negozio ad efficacia obbligatoria*²²⁸; e la ragione che ha indotto l'autore a discorrere di negozio di *configurazione* (invece che di mero negozio obbligatorio) è, dunque, la “funzione procedimentale” dell'obbligazione che il patto di prelazione mira a costituire in capo al promittente²²⁹.

²²⁸ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 586, afferma che l'effetto del patto di prelazione ha “un rilievo meramente *strumentale*” e che da esso scaturiscono situazioni giuridiche soggettive “strumentali”. Si può osservare che l'affermazione della “strumentalità” dell'effetto non è in contraddizione con quella dell'efficacia “obbligatoria” del patto: va notato, ad esempio, che la dottrina che ricostruisce il preliminare come contratto ad effetti obbligatori discorre spesso di un “nesso di strumentalità” tra tale contratto ed il definitivo (lo rileva U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., p. 549, il quale sottolinea le differenze intercorrenti tra la strumentalità dell'effetto obbligatorio e la strumentalità dell'effetto preliminare in senso proprio).

²²⁹ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587, nota 29. Secondo la dottrina in esame, infatti, ciò che caratterizza l'obbligazione scaturente dal patto di prelazione sarebbe, infatti, la sua “funzione procedimentale”; sarebbero proprio gli *interessi* che l'obbligo mira a proteggere (e non la fonte negoziale o legale del dovere di condotta) ad avere esclusiva rilevanza ai fini della qualificazione della responsabilità come “precontrattuale” e, quindi, ai fini dell'operatività del criterio *legale* di determinazione e quantificazione del danno commisurato al cd. “interesse negativo”; nel caso in esame, sarebbe dunque risarcibile il danno emergente ed il lucro cessante relativi all'interesse (meramente strumentale) “a ricevere la proposta preferenziale e a valutarne la convenienza”, interesse distinto sia da quello sotteso al “diritto al contratto” (che scaturirebbe dal preliminare anche secondo il Troisi, il quale è dunque ben lontano dal qualificarlo come negozio configurativo) sia dall'interesse “all'esecuzione del contratto in vista del quale la prelazione fu stipulata” (tutelato, sotto il profilo risarcitorio, in ipotesi di “*inadempimento* di una cd. *vendita obbligatoria*”): cfr. B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587 ss., nota 29. Può essere interessante rilevare una differenza tra la responsabilità precontrattuale derivante (secondo il Troisi) dalla violazione del patto di prelazione e quella conseguente (secondo il Palermo) all'inosservanza del preliminare: nel primo caso, si tratterebbe di una responsabilità per

Secondo la ricostruzione in esame, il patto di prelazione produce dunque una regola procedimentale pattizia che pone in capo ad un soggetto (il promittente) un dovere di comportamento *distinto* rispetto al dovere di buona fede (di cui all'art. 1337 c.c.): si tratta, infatti, di un “vincolo alla direzione del potere dispositivo”²³⁰ e non di un obbligo riconducibile al concetto della correttezza nella formazione del contratto²³¹. La sanzione

inadempimento di un *obbligo di fonte negoziale*, mentre nel secondo caso la responsabilità opererebbe in virtù della violazione del *dovere legale di correttezza*. Per un approfondimento dell'osservazione, si veda oltre il par. 3.4.

²³⁰ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 585.

²³¹ Si deve, dunque, sottolineare che, se è vero che la dottrina in esame individua la responsabilità precontrattuale come sanzione della violazione del patto di prelazione, ciò non implica affatto che essa abbia inteso ricostruire l'obbligo derivante dal patto come un dovere integrativo della buona fede. In tale ottica, il patto di prelazione dovrebbe essere inteso come una sorta di negozio *determinativo dei presupposti per la nascita di un dovere di correttezza procedimentale, integrativo del contenuto legale della buona fede*; si tratterebbe, dunque, di un negozio la cui efficacia consisterebbe nella *preventiva determinazione dei presupposti per la nascita, in capo al promittente e nei confronti del promissario, di un dovere di comportamento, integrativo del contenuto legale del dovere di buona fede*, cioè della regola procedimentale che si sostanzia nell'imposizione in capo alle parti di un insieme (indeterminabile *a priori*) di obblighi inerenti allo svolgimento delle trattative ed alla formazione del contratto. La prelazione volontaria inciderebbe, dunque, sia sui *presupposti* necessari ai fini della nascita del dovere di buona fede precontrattuale tra promittente e promissario, sia sul *contenuto* di tale dovere: per un verso, infatti, se non avesse stipulato il patto di prelazione, il promittente che intendesse fare una proposta ad un terzo o che ricevesse una proposta formulata da un terzo (e si determinasse alla conclusione del contratto), non sarebbe affatto gravato da un dovere di correttezza nei riguardi del promissario, poiché tra promittente e promissario non è *attualmente* in corso alcuna trattativa né, tanto meno, ci si trova già nella fase della formazione di un contratto tra promittente e promissario; per altro verso, se pure si potesse, in ipotesi, ritenere che in presenza di quei presupposti il promittente fosse tenuto a comportarsi secondo buona fede verso il promissario *ex art.1337 c.c.*, tale dovere non avrebbe certamente come suo contenuto l'obbligo di fare al cd. preferito la cd. proposta preferenziale: la buona fede può, infatti, concretizzarsi in un obbligo di informazione, e non può certo tradursi in un obbligo di proporre (obbligo di proporre che finirebbe, in

applicabile in ipotesi di violazione del patto di prelazione è, comunque, la medesima prevista in caso di violazione del dovere di buona fede, e cioè la responsabilità “precontrattuale”²³² del trasgressore.

Va poi sottolineato che, secondo la tesi in esame, il patto di prelazione non è diretto a regolare un procedimento contrattuale attualmente in corso tra promittente e promissario, bensì un procedimento destinato a svolgersi (eventualmente) in futuro²³³.

sostanza, per coincidere con un obbligo di contrarre), per cui potrebbe ipoteticamente sorgere soltanto un obbligo di mera comunicazione della contrattazione in corso con il terzo.

Come già rilevato nel testo, il Troisi non intende in realtà affermare una simile ricostruzione, e sembra piuttosto che l’obbligo scaturente dalla prelazione sia inteso come regola procedimentale di comportamento ben distinta da quella di correttezza. Ad avviso di chi scrive, la netta distinzione del dovere del prelazionario rispetto al dovere di buona fede è confermata da due osservazioni: per un verso, sotto il profilo ontologico, l’obbligo di fare la proposta preferenziale non può essere ricondotta all’idea di lealtà nelle trattative; per altro verso, non v’è alcuna ragione logica o giuridica per affermare che la buona fede sia l’unica regola di condotta inerente alla fase formativa del contratto, ben potendo ad essa affiancarsi altre regole, dirette alla tutela di interessi (procedimentali) diversi da quello al corretto svolgimento della contrattazione.

²³² Cfr. infatti B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587.

²³³ Si ricordi ancora l’affermazione secondo cui “il patto di prelazione, pur ponendosi al di fuori del procedimento, pur non essendo cioè un atto procedimentale, è funzionalmente collegato col procedimento, nel senso che è stipulato in vista, in funzione appunto di un futuro procedimento”: B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 585. Si può aggiungere che soltanto *dopo* la *denuntiatio* inizieranno le trattative tra promittente e promissario (se si ritiene che la d. sia un mero invito ad offrire) ovvero il procedimento di formazione del contratto (se, invece, si ritiene che la d. contenga necessariamente una proposta, revocabile o no). Si deve, a questo punto, sottolineare un aspetto paradossale della tesi del Troisi: l’obbligo del promittente di fare al promissario la proposta preferenziale (obbligo cui si attribuisce funzione procedimentale) diverrebbe, infatti, *attuale* in un momento cronologicamente anteriore rispetto a quello dell’inizio del procedimento di formazione del contratto tra promittente e promissario: tale procedimento inizierebbe, infatti, soltanto in conseguenza dell’adempimento di quell’obbligo, e cioè nel momento in cui il

Si possono, peraltro, ipotizzare ulteriori ipotesi di negozio configurativo, diretto a produrre regole procedimentali che impongono *obblighi* in capo alle parti; si potrebbe, ad esempio, pensare a delle convenzioni dirette a produrre doveri di comportamento *integrativi* del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto: in dottrina sono state, ad esempio, ipotizzate delle convenzioni, stipulate prima o durante lo svolgimento delle trattative, costitutive di obblighi d'informazione concernenti notizie non rientranti nel contenuto normale del dovere di buona fede *ex artt. 1337 e 1338 c.c.*²³⁴; si potrebbero poi ricondurre alla categoria in esame anche i documenti c.d. minimali, cioè quelle lettere di intenti dirette a *concretizzare* o ad *accentuare* l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative: si pensi, ad esempio, ai c.d. *standstill agreements*, mediante i quali una delle parti, per un periodo determinato, si impegna a non condurre trattative parallele con terzi²³⁵. Alla categoria dei negozi di configurazione ad efficacia

promittente fa la proposta al promissario; di conseguenza, si finisce per ipotizzare una regola procedimentale che cessa di esistere nel momento stesso in cui inizia il procedimento che essa dovrebbe regolare!

²³⁴ B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587, nota 29, il quale peraltro *non* definisce espressamente “negozi di configurazione” le convenzioni da lui ipotizzate.

²³⁵ A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, cit., p. 550 ss., la quale peraltro non riconduce tali intese alla categoria del negozio di configurazione. Va anzi notato che, secondo l'Autrice, i documenti c.d. minimali sarebbero “solitamente privi di efficacia vincolante, perché volti semplicemente a formalizzare l'esistenza della trattative nonché ad accentuare l'obbligo di comportamento secondo buona fede” (p. 550) già previsto dalla legge; di conseguenza, la responsabilità per *culpa in contrahendo*,

obbligatoria potrebbe poi essere ricondotto anche un ipotetico atto di autonomia privata che stabilisse un'irrevocabilità della proposta "meramente obbligatoria"²³⁶.

Generalizzando i risultati cui è pervenuta la dottrina che ha qualificato la prelazione volontaria come negozio configurativo, si potrebbe, dunque, costruire una sottocategoria dei negozi di configurazione comprensiva di tutti i negozi diretti a porre in capo alle parti doveri di comportamento (più precisamente, obbligazioni) da

conseguente all'inosservanza degli obblighi da esse previsti, deriverebbe dalla circostanza che la redazione di un lettera d'intenti sarebbe "fonte di affidamento ragionevole e legittimo circa l'oggettiva possibilità di condurre le trattative su un piano di serietà contrattuale, parità e concludenza" (p. 552): nell'ambito di questa ricostruzione, sembrerebbe dunque che il documento minimale non rilevi come fonte *negoziale* di uno specifico obbligo di correttezza (esso scaturirebbe, infatti, dalla legge, essendo pur sempre riconducibile al dovere di buona fede); e l'integrazione del contenuto legale della buona fede non dipenderebbe da un atto di autonomia privata, bensì dalla norma di legge, la quale prevede un dovere flessibile, idoneo ad adattarsi alla *circostanze* del caso concreto (tra le quali potrebbe essere fatto rientrare anche il fatto della redazione del documento). Va, dunque, notato che, ovviamente, la ricostruzione dei cd. documenti minimali come negozi configurativi postula, viceversa, la loro qualificazione come negozi giuridici.

²³⁶ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 129 s., nota 14, sostiene che "sebbene l'introduzione di un'espressa disciplina (articoli 1329, 1331) induca l'irrevocabilità assoluta, si deve sempre ammettere che l'autonomia privata possa stabilire un'irrevocabilità meramente obbligatoria". Interessante sul punto la posizione di Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., p. 82 s., nota 165, il quale afferma che "non è da escludere che le parti senza giungere a creare quella situazione obiettiva di irrevocabilità, con atti espressi, addividengano a intese di buona fede (...) Nell'ipotesi prospettata si avrebbero i concetti di obbligo di non revocare e di indennità. Questo non solo in conseguenza della buona fede, cioè dell'affidamento, determinato nella controparte, e cioè della situazione prevista, senza alcun patto, dall'art. 1328 c.c.: sarebbe operante la mala fede come fonte autonoma di responsabilità più grave".

osservare nel corso del procedimento di formazione del contratto (inteso in senso lato); procedimento che potrebbe essere attualmente in corso ovvero futuro ed eventuale (come nel caso della prelazione volontaria).

3.3 b) Regole per il conseguimento del risultato giuridico finale.

All'interno del *genus* del negozio di configurazione, la dottrina ha individuato un insieme di figure negoziali dirette a produrre regole per il conseguimento del risultato giuridico finale, cioè regole la cui violazione non genera responsabilità (precontrattuale) a carico del trasgressore, ma determina l'inidoneità dell'atto difforme a produrre l'effetto procedimentale cui esso tende; sì che, se la regola prodotta concerne un atto *formativo* della fattispecie contrattuale, la sua inosservanza impedisce la valida conclusione del contratto.

Per quanto concerne le conseguenze *specifiche* della violazione dei negozi configurativi appartenenti alla categoria in esame, una dottrina ha proposto di distinguere gli accordi sulla forma dagli altri negozi configurativi. Si è, infatti, affermato che, in caso di inosservanza del patto sulla forma, opererebbe la “sanzione della «invalidità»”²³⁷, *sub specie* di

²³⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 343, il quale (in nota n. 259) distingue le conseguenze derivanti dalla violazione del patto sulla forma da quelle proprie dell'inosservanza dell'onere formale imposto dal proponente *ex art. 1326, co. 4, c.c.*:

“nullità relativa”²³⁸: il contratto nascerebbe, infatti, “privo di un accordo validamente concluso, sicché per tale ragione il negozio è nullo *ex art.* 1418, secondo comma, c.c.”²³⁹; si tratterebbe di una nullità “relativa”, poiché “la *ratio* della nullità, in questo caso e a differenza di quanto accade per l’assenza di forma legale, risiede nella protezione di interessi concreti, riferibili ad entrambe le parti ed esternati nel negozio configurativo, e non di interessi generali riferibili all’ordine giuridico”²⁴⁰: di conseguenza, la legittimazione a far valere la nullità del contratto difforme dovrebbe essere riconosciuta alle sole “parti del negozio di configurazione”²⁴¹, e si

“l’inosservanza della regola formale imposta dal proponente determina la mancata conclusione del contratto, e non la sua invalidità come avviene nel caso di violazione del patto (scritto) sulla forma”.

²³⁸ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 348.

²³⁹ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa (in nota n. 273) che “l’inesistenza sarebbe sanzione eccessiva; nel caso del contratto stipulato senza la forma richiesta dal negozio configurativo, infatti, esiste comunque un *fumus* di volontà contrattuale, e sussiste pure un nucleo di contratto riconoscibile come tale, solo che esso è risultato di un procedimento non valido – o quanto meno ancora incompleto – e non capace, quindi, di far sorgere il vincolo contrattuale”.

²⁴⁰ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 348.

²⁴¹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 350, nota 278. L’Autore sottolinea le differenze intercorrenti tra la “nullità relativa «sostanziale»” e la “nullità relativa «procedimentale»”: a) la prima è la nullità “disposta, spesso dalla legislazione speciale, a tutela degli interessi di una categoria sociale meritevole di protezione (consumatori, utenti, risparmiatori, ecc.); che (...) sono «riflesso di un interesse generale» riferibile, da ultimo, all’ordinamento giuridico (ID., *op. cit.*, p. 348, nota 274); b) la seconda, invece, “deve la sua ragione d’essere alla violazione di una norma privata, finalizzata alla protezione di interessi che, neppure indirettamente, sono riferibili all’ordinamento giuridico, ma solo alle parti dell’accordo sulla forma” (ID., *op. loc. ult. cit.*). Ne consegue un differente regime sotto il profilo della legittimazione a fare valere la nullità relativa: in caso di nullità “sostanziale”, sarebbe legittimata esclusivamente la che, per la sua qualità soggettiva o per la sua

dovrebbe dunque negare la legittimazione dei terzi a far valere la violazione del patto²⁴². La violazione del patto sulla forma determinerebbe, quindi, una *nullità relativa procedimentale*, la quale “necessita di eccezione della parte interessata, su cui grava l’onere processuale di chiedere l’applicazione giudiziale della norma procedimentale privata”²⁴³; il giudice potrebbe rilevare la nullità soltanto se la validità del contratto è contestata, pur se sotto profili diversi da quello della violazione del patto sulla forma²⁴⁴.

Secondo la dottrina in esame, la sanzione dell’invalidità non potrebbe, invece, essere estesa agli altri negozi configurativi, “giacché l’art. 1352 c.c., almeno dal punto di vista della sanzione comminata, non

debolezza nei confronti dell’altra, è protetta dalla previsione di nullità; nel caso della nullità “procedimentale”, invece, la legittimazione spetterebbe ad entrambe le parti.

²⁴² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 350, nota 278, ove si sottolinea che “il terzo non può eccepire un vizio (che) non trae origine dalla violazione di norme poste a presidio di interessi generali”.

²⁴³ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 350. Con riferimento all’onere probatorio, l’Autore sottolinea che “chi solleva l’eccezione ha l’onere di dimostrare i fatti che ne costituiscono fondamento; nel caso, occorre dimostrare, esibendo la scrittura, che è stato stipulato un patto sulla forma. All’altra parte l’onere di vincere la presunzione di validità connessa con la forma scritta del negozio di configurazione, dimostrando, con mezzi di prova diversi dalla testimonianza, che il patto fu siglato per la prova dei futuri contratti. Ove il patto sulla forma non sia stato stipulato per iscritto, chi è interessato avrà l’onere di dimostrare non solo l’esistenza del patto, ma anche la sua operatività sul piano della validità, e non su quello della prova (cfr. ID., *op. loc. ult. cit.*, nota 279).

²⁴⁴ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 350, nota 277, ove si precisa che, ovviamente, “il giudice potrà utilizzare la sanzione comminata per la violazione del patto sulla forma solo ove questo abbia trovato ingresso processuale quale documento che una delle parti deve aver allegato agli atti di causa. In caso contrario, il giudice non ha mezzi diversi per

può essere applicato analogicamente²⁴⁵. La conseguenza del mancato rispetto della regola procedimentale concordata consisterebbe, piuttosto, nella *irrilevanza* degli atti difformi, e cioè nella loro inidoneità a produrre l'effetto procedimentale cui tendono²⁴⁶, “sicché il contratto, in tal caso, è da ritenersi più propriamente non concluso”²⁴⁷; ma si è, comunque, riconosciuto che “tra «mancata conclusione del contratto» e «invalidità» vi sono del resto interferenze e sovrapposizioni; ove si rifletta sul fatto che, in definitiva, la violazione di norme procedimentali determina la mancanza di un accordo validamente concluso (e, quindi, la nullità del contratto in forza del combinato disposto degli artt.1418-1325 c.c.)”²⁴⁸. Per quanto concerne il profilo processuale, si è affermato che anche le regole private sulla formazione del contratto, prodotte da negozi configurativi diversi dagli accordi sulla forma, sarebbero applicabili in sede giudiziale soltanto “su eccezione della parte interessata”²⁴⁹: il giudice può, dunque, utilizzare il

conoscere l'esistenza di tale patto che, se non introdotto nel processo, rimane privo di concreta rilevanza”.

²⁴⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 427.

²⁴⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 427 s., nota 11, ove si sottolinea che “l'effetto di «irrilevanza» degli atti difformi dalla pattuizione configurativa non è una sanzione; bensì trattasi di una naturale conseguenza del mancato rispetto della regola procedimentale concordata”.

²⁴⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 427.

²⁴⁸ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 428, nota 11.

²⁴⁹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 430, nota 17. Secondo la dottrina in esame, tutte le regole sulla formazione del contratto, comprese quelle di fonte legale, sarebbero applicabili in giudizio su eccezione della parte interessata; anche le norme prodotte dalla

negozio configurativo come parametro del giudizio sull'*an* della formazione del contratto, ovvero sul momento o sul luogo della sua conclusione, soltanto se è a ciò sollecitato dall'iniziativa processuale dell'interessato.

3.4 Gli effetti preliminari del negozio di configurazione.

Come si è già anticipato, il tema degli effetti preliminari del negozio di configurazione è stato oggetto di considerazione in dottrina, con esclusivo riferimento al contratto preliminare.

La tesi che ricostruisce il preliminare come un accordo configurativo nega che tale negozio sia idoneo a produrre effetti obbligatori o traslativi. Nell'analizzare tale ricostruzione, una dottrina ad essa favorevole ha sostenuto che il cd. contratto preliminare sarebbe, comunque, idoneo a produrre "effetti preliminari in senso stretto"²⁵⁰, i quali "non si identificano in obbligazioni (di fare o di dare) ma solo in un vincolo giustificato dalla esigenza di proteggere la porzione dell'unica fattispecie già realizzatasi e

legge, infatti, non risponderebbero ad interessi superiori dell'ordinamento, ma sarebbero dirette a proteggere interessi *privati* delle parti: ID., *op. cit.*, p. 430.

²⁵⁰ U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., p. 551; ID., *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 112, nota 246.

di assicurarne lo svolgimento fino alla completa attuazione dei comportamenti contemplati”²⁵¹.

La dottrina in esame sostiene, in altre parole, una “ricostruzione della sequenza preliminare-definitivo in termini di fattispecie a formazione progressiva”²⁵², nell’ambito della quale contratto preliminare “perde ogni autosufficienza funzionale e si colloca all’interno dell’unica fattispecie che condurrà alla produzione degli effetti finali”²⁵³; nel periodo di “pendenza della fattispecie”²⁵⁴, e cioè nel lasso di tempo che intercorre tra la conclusione del contratto preliminare e l’esatta attuazione della sequenza prefigurata, sorgerebbero in capo alle parti “situazioni giuridiche di aspettativa tutelata”²⁵⁵.

²⁵¹ U. LA PORTA, *Accordi sulla forma*, cit., p. 552.

²⁵² U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 550. La dottrina in esame ritiene inesatta la ricostruzione della sequenza preliminare-definitivo come fattispecie a formazione progressiva in senso proprio, fintanto che si segua la tesi tradizionale dell’efficacia obbligatoria del preliminare: infatti, affinché vi sia fattispecie a formazione progressiva, gli effetti preliminari “non devono rinvenire la propria fonte in una fattispecie autonoma, conclusa e perfezionata (quanto alla produzione delle situazioni interinali), seppure collegata a quella successiva che darà vita al regolamento di interessi finale”; invece, nel caso del preliminare “a seguire le tesi tradizionali, la fattispecie del primo effetto (obbligatorio) resta assolutamente estranea a quella che produrrà l’effetto finale, la quale ultima dovrà sorgere *ex novo* in ogni suo elemento, senza che quella già prodottasi partecipi della sua struttura” (ID., *op. cit.*, p. 549 s.).

²⁵³ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*, il quale in seguito afferma che “non è più possibile allora distinguere strutturalmente, ma direi pure funzionalmente, tra contratto preliminare e contratto definitivo, nel senso che il primo costituisce solo una fase dell’intera fattispecie che condurrà all’acquisto del diritto sul bene” (ID., *op. cit.*, p. 551).

²⁵⁴ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 552.

²⁵⁵ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che è difficile giudicare della natura reale o personale dell’aspettativa scaturente dal preliminare; l’Autore sembra poi

In concreto, gli effetti preliminari scaturenti dal preliminare, inteso come accordo configurativo, si esprimerebbero “nella irrevocabilità dell’impegno assunto, nell’obbligo di non impedire il completamento della fattispecie, nel potere di compiere atti conservativi e di promuovere provvedimenti cautelari”²⁵⁶; e si precisa che, sotto il profilo patologico, l’inosservanza del vincolo preliminare “determina soltanto la impossibilità che fattispecie si concluda”²⁵⁷.

La tesi prospettata dalla dottrina in esame, pur presentando un indubbio interesse, suscita alcune perplessità. In primo luogo, la ricostruzione sopra descritta finisce per considerare unitariamente, nell’ambito dei cd. effetti preliminari, alcuni aspetti che meriterebbero un’autonoma considerazione: non ci si riferisce tanto al profilo della “irrevocabilità dell’impegno”, che la dottrina tradizionale tende a considerare un tipico effetto preliminare e che, viceversa, ad avviso di chi scrive, esprime semplicemente l’inidoneità della dichiarazione unilaterale di una delle parti a provocare la rimozione degli effetti giuridici (preliminari o definitivi) scaturenti da un negozio (avente natura contrattuale oppure no); si allude, piuttosto, all’osservazione secondo cui

alludere alla possibilità di ricostruire il trasferimento della situazione soggettiva di cui ciascuna parte è investita in pendenza della fattispecie come trasferimento di aspettativa, piuttosto che come cessione del contratto: per uno spunto in tal senso, cfr. ID., *op. cit.*, p. 553, testo e nota n. 71.

²⁵⁶ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 550, nota 64.

la mancata osservanza del vincolo preliminare determinerebbe l'impossibilità che la fattispecie si concluda: non v'è dubbio che, nella ricostruzione del Palermo, se le parti non pongono in essere i comportamenti prefigurati dal preliminare, il contratto non si conclude; ma questo non sembra tanto un effetto preliminare, quanto piuttosto l'effetto definitivo (o finale) proprio dell'accordo configurativo, che nel caso in esame consiste nella produzione di una regola per il conseguimento del risultato giudico finale. Per quanto poi concerne l'obbligo delle parti di non impedire il completamento della fattispecie, esso si identifica senza residui con il dovere di "correttezza"²⁵⁸ nella formazione del contratto, la cui violazione genera responsabilità precontrattuale (*ex art. 1337 c.c.*).

La tesi dell'efficacia preliminare (in senso proprio) del contratto preliminare non sembra, infine, del tutto coerente con la ricostruzione del Palermo: un potere delle parti di compiere atti conservativi e di promuovere provvedimenti cautelari sarebbe concepibile se si attribuisse al preliminare una natura *precettiva* che, viceversa, la dottrina in esame decisamente esclude.

²⁵⁷ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 550.

²⁵⁸ G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., p. 137.

3.5 L'irretrattabilità del negozio di configurazione.

Il problema dell'irretrattabilità del negozio configurativo è stato diversamente risolto a seconda che si tratti di negozio di configurazione unilaterale ovvero bilaterale.

Per quanto concerne il negozio configurativo unilaterale, si è affermato che la sua “efficacia è rimessa alla valutazione della parte autrice del negozio, sempre salvo il caso in cui dall'atto unilaterale non sia derivato un legittimo affidamento in capo all'altra parte”²⁵⁹. Vi sarebbero, pertanto, delle ipotesi in cui la parte interessata può “rinunciare alla regola configurativa unilateralmente stabilita, ritenendo rilevante anche l'atto procedimentale difforme – o, comunque, recuperandone gli effetti – e favorendo in tal modo il perfezionamento di una fattispecie che, in difetto di siffatta rinuncia, non avrebbe potuto perfezionarsi”²⁶⁰; il caso emblematico è quello della clausola con la quale il proponente abbia fissato un termine per l'accettazione: com'è noto, ai sensi dell'art. 1326, co. 3, c.c., il “proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte”. In altri casi, invece, il legittimo affidamento ingenerato in capo all'oblato impedirebbe di riconoscere all'autore del negozio configurativo il potere di porre del nulla la regola procedimentale unilateralmente prodotta: si fa l'esempio della

²⁵⁹ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 242.

proposta irrevocabile, nel qual caso ci si trova di fronte ad un “affidamento non generico, ma concretizzato in posizioni giuridiche attribuite, per effetto dell’atto unilaterale, all’altra parte”²⁶¹; altra ipotesi sarebbe rappresentata dalla clausola con la quale il proponente abbia richiesto per l’accettazione una forma determinata: si è infatti rilevato che, anche in tal caso, “la clausola, una volta emessa, crea anche un affidamento in chi ne è destinatario, il quale per così dire, ha a sua volta interesse a che la clausola abbia piena efficacia”²⁶², poiché “l’oblato che riceve una proposta contenente una clausola sulla forma, basa sul tenore di questa proposta i suoi comportamenti successivi”²⁶³.

Per quanto riguarda, invece, i negozi di configurazione bilaterali, le parti possono, d’accordo tra loro, provocarne la modificazione o lo scioglimento. Con riferimento specifico ai patti sulla forma, si è, peraltro, rilevato che, se per ipotesi si ammettesse la possibilità di un mutuo

²⁶⁰ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶¹ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, nota 159, ove si precisa che “il proponente non può *ad libitum* liberarsi dell’impegno assunto con la clausola d’irrevocabilità, perché, quand’anche lo facesse, ciò non potrebbe incidere sulla facoltà acquistata dall’oblato di perfezionare il contratto inviando un’accettazione”.

²⁶² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 326.

²⁶³ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, nota 213, ove l’Autore prosegue affermando che l’oblato “accetta nel modo prescritto, risponde in modi diversi, rifiuta la proposta, emette una controproposta, ecc. Nel caso in cui opti per rispondere in modo sostanzialmente conforme – ma formalmente incongruo – pare forzato dare valore di accettazione a questa dichiarazione per effetto di una mera «rinunzia» del proponente. Ciò basterebbe per dimostrare che questa «rinunzia» getterebbe l’oblato in balia dell’arbitrio del proponente”.

dissenso tacito, ravvisabile *sic et simpliciter* nella conclusione del contratto senza il requisito di forma precedentemente concordato, si finirebbe per svuotare tali negozi configurativi di ogni utilità concreta. Si è, pertanto, sostenuto che “è necessario che le parti – ove abbiano mutato parere in ordine alla forma del futuro contratto – cancellino il pregresso accordo configurativo, attraverso apposito accordo scritto diretto ad eliminare il patto procedimentale (parimenti scritto) precedentemente concluso”²⁶⁴; e si è poi precisato che la forma scritta, “quand’anche non si ritenesse necessaria per la validità dell’accordo risolutivo, si rivela utile per superare i limiti di legge all’ammissibilità della prova testimoniale per patti posteriori contrari al contenuto di documento anteriore”²⁶⁵. Si è, dunque, concluso nel senso che la regola per il conseguimento del risultato giuridico finale, prodotta dal negozio configurativo, “non possa essere neutralizzata dal mero ripensamento, ove questo si traduca nella sola circostanza che le parti concludano il contratto nelle modalità ordinarie”²⁶⁶: le parti hanno, quindi, l’onere di manifestare *espressamente* la loro volontà di rimuovere la regola formativa precedentemente posta.

²⁶⁴ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 353.

²⁶⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 353 s.

²⁶⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 427.

4. Il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici.

4.1 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole procedimentali di comportamento.

Come si è già anticipato, il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici va affrontato in modo diverso a seconda che si tratti di negozi diretti a produrre *obblighi con funzione procedimentale* ovvero di negozi diretti a produrre *regole per il conseguimento del risultato giuridico finale*.

Nel caso dei negozi configurativi obbligatori, non sorgono problemi diversi rispetto a quelli che si pongono ogniqualvolta si debba valutare l'ammissibilità di qualsiasi contratto innominato: si deve, cioè, verificare se lo schema utilizzato dai privati, non riconducibile ad alcuno dei tipi regolati dal legislatore, sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (*ex art. 1322, co. 2, c.c.*). Va, infatti, considerato che i negozi configurativi del primo tipo sono senz'altro qualificabili come *contratti*²⁶⁷, trattandosi di

²⁶⁷ Va notato che la dottrina che ha qualificato il patto di prelazione come negozio configurativo non ha affrontato il problema generale dell'ammissibilità di tale categoria di negozi. Coerentemente con quanto affermato nel testo, ciò si spiega se si tiene presente che tale dottrina qualifica il patto di prelazione come un "contratto", sia quando accenna al tema del "profilo strutturale della prelazione" (B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 580, nota 4, ascrive al termine "patto" il significato di clausola contrattuale o di contratto autonomo) sia quando qualifica come "precontrattuale" la responsabilità conseguente alla violazione delle regole procedimentali pattizie (le quali "trovano (...) la loro fonte in un contratto": cfr. B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 587). L'Autore precisa, comunque, che la prelazione potrebbe realizzarsi anche mediante "strutture diverse" dal contratto (ad esempio,

accordi diretti a costituire tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale (di natura obbligatoria); e non vi sono ragioni per ritenere che la natura “procedimentale” dell’interesse sotteso all’obbligo che si intendere costituire sia idonea ad escludere la qualificabilità come contratti delle figure in esame. Si potrebbe forse sostenere, in virtù del principio di protezione della sfere giuridiche individuali, l’idoneità di un negozio unilaterale a produrre obblighi con funzione procedimentale, nel caso in cui all’assunzione dell’obbligo non corrisponda, in capo alla controparte, alcun sacrificio patrimoniale. In ogni caso, si tratti di contratti o di negozi unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, si pone soltanto un problema di individuazione dei limiti all’autonomia privata nella regolamentazione di rapporti giuridici patrimoniali e, dunque, nell’ambito di quella che è la sfera di competenza per eccellenza del potere negoziale dei privati.

In concreto, poi, al problema dell’ammissibilità delle figure (atipiche), che in precedenza abbiamo ricondotto alla categoria dei negozi configurativi obbligatori, si deve dare risposta positiva. La meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti con il patto di prelazione può essere

mediante un *modus* testamentario): v. B. TROISI, *op. ult. cit.*, p. 580 s., nota 4. In definitiva, nella ricostruzione in esame (relativa ad un negozio di configurazione obbligatorio), il carattere configurativo della figura non ne esclude la contrattualità, ma incide soltanto sul profilo della funzione del contratto; di conseguenza, si pone soltanto il

argomentata in base alla norma di cui all'art. 1566 c.c., che disciplina il patto di preferenza apposto al contratto di somministrazione. Per quanto concerne poi le altre figure, dirette a costituire obblighi integrativi del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, la meritevolezza di tutela degli interessi da esse perseguiti potrebbe essere fondata sulla norma di cui all'art. 1337 c.c.: in altre parole, si potrebbe sostenere che, se il legislatore ha scelto di proteggere l'interesse ad uno svolgimento leale del procedimento di formazione del contratto mediante l'imposizione alla parti del dovere di buona fede, è ragionevole ipotizzare che le parti possano validamente scegliere di rendere ancora più intensa la tutela di quell'interesse, mediante l'assunzione di obblighi ulteriori rispetto a quelli scaturenti dalle norme di legge.

4.2 Ammissibilità dei negozi atipici che producono regole per il conseguimento del risultato giuridico finale.

Il problema dell'ammissibilità di negozi configurativi atipici assume maggiore complessità in relazione alle figure dirette a produrre regole per il conseguimento del risultato giuridico finale. In tale ipotesi, infatti, i privati non intendono assumere obbligazioni, bensì individuare “gli

problema della meritevolezza degli interessi *ex art. 1322, co. 2, c.c.* (problema che, peraltro, l'Autore non affronta nel saggio più volte richiamato).

elementi di fatto identificanti la fattispecie rilevante sul piano giuridico”²⁶⁸.

Nell'affrontare il tema dell'ammissibilità di negozi configurativi diretti a determinare una modalità “reale” di perfezionamento della fattispecie contrattuale idonea a produrre l'effetto traslativo, una dottrina ha sottolineato che “la soggezione dell'accordo configurativo al giudizio di meritevolezza resta necessitata dalla estraneità del negozio *configurato* al novero dei tipi legali attraverso i quali è dato produrre l'acquisto derivativo di una situazione soggettiva, sebbene tale estraneità sia determinata non tanto da una singolarità causale della fattispecie attributiva, quanto dal meccanismo di funzionamento del trasferimento”²⁶⁹. Il giudizio di meritevolezza si imporrebbe, dunque, perché “l'alterazione dei profili strutturali e della “meccanica” di produzione dell'effetto traslativo”²⁷⁰ determinerebbe “un mutamento del tipo originario in una fattispecie atipica, o comunque diversa da quella nominata, quanto meno sotto il profilo della «struttura dell'efficacia»”²⁷¹.

In concreto, si è sostenuto che l'aggravio del procedimento di formazione della fattispecie sarebbe *giustificato* soltanto se “l'autoregolamento, cui si vuole attribuire forma attraverso la struttura più

²⁶⁸ U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 118.

²⁶⁹ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁰ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 119.

complessa, esprima effettivamente un'articolazione di interessi alla quale lo schema tipico del contratto consensuale non potrebbe dare adeguata risposta²⁷². Il *parametro* del giudizio di meritevolezza sarebbe, dunque, costituito dal “principio di economia dei mezzi giuridici”²⁷³: alla luce di questo principio, il negozio di configurazione diretto ad aggravare la struttura per mero *capriccio* delle parti, ovvero in virtù della mera situazione di *prepotenza negoziale* di un contraente in danno dell'altro, sarebbe *inutile*, e si dovrebbe pertanto formulare un “giudizio negativo in termini di validità, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.”²⁷⁴. L'*oggetto* del giudizio di meritevolezza è, quindi, rappresentato dagli “interessi concretamente perseguiti, cui soltanto l'adozione, sul piano formale, della più articolata struttura deve poter dare risposta”²⁷⁵.

In senso contrario, si è ipotizzato che il negozio configurativo possa essere inquadrato nell'ambito dell'art. 1352 c.c., “inteso secondo l'accezione che lo vuole norma autorizzatoria dell'intervento privato sulla struttura – in senso lato – dell'atto giuridico”²⁷⁶; e si è inoltre sostenuto che

²⁷¹ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

²⁷² U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 120.

²⁷³ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁴ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁵ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 121.

²⁷⁶ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 122, il quale ha formulato l'ipotesi descritta nel testo. Aderisce a tale ricostruzione A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 425 s., il quale sostiene che il modello del negozio di configurazione “è rappresentato dal patto sulla forma regolato dall'art. 1352 c.c.; norma in cui può

la causa configurativa troverebbe riconoscimento “oltre che nel patto sulla forma, anche in tutte quelle clausole che autorizzano il proponente, o le parti, a porre regole sulla formazione del (futuro) contratto, o sul perfezionamento di modifiche del regolamento contrattuale originario, che si rendano necessarie durante lo svolgimento del rapporto negoziale”²⁷⁷.

La conseguenza di questa impostazione è che “verrebbe meno la necessità che il giudice valuti la meritevolezza di interessi di ciascun patto configurativo (giudizio che, in quanto attinente alla giuridicizzabilità in astratto del fatto, per i contratti nominati viene formulato dal legislatore *ex ante*), dovendo, però, in ogni caso pronunciarsi circa la sua liceità”²⁷⁸. Sull’oggetto e sul parametro del giudizio di liceità ci soffermeremo nel paragrafo che segue, data anche l’opportunità di distinguere, sotto questo profilo, i negozi configurativi che *semplificano* il procedimento di formazione del contratto da quelli che ne determinano l’*aggravamento*.

ravvisarsi (...) un riconoscimento legislativo della meritevolezza dell’interesse sotteso alla pattuizione sul procedimento. L’ordinamento, attraverso tale disposizione, riconosce che l’autonomia privata, in definitiva, può disegnare la struttura (e, mediante questa, i procedimenti) del contratto, attraverso un patto cui si attribuisce una forza vincolante identica a quella riconosciuta ad un qualsiasi contratto”.

²⁷⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 426.

²⁷⁸ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.* La medesima posizione è assunta da A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui “non v’è quindi necessità di un giudizio di meritevolezza su ogni singola pattuizione configurativa, pur se non espressamente prevista dalla legge; si tratta, semmai, di individuare i parametri alla luce dei quali indagare sulla validità di detta pattuizione, secondo le regole proprie del giudizio di liceità”.

5. I limiti dell'autonomia privata procedimentale.

5.1 I limiti alla *semplificazione* del procedimento di formazione del contratto. a) Il principio dell'accordo.

La dottrina ha col tempo individuato con crescente precisione i limiti dell'autonomia privata procedimentale, distinguendo i limiti che l'autonomia privata incontra quando si dirige “verso una *semplificazione* del procedimento che porta all'accordo”²⁷⁹ da quelli operativi in caso di aggravamento dell'*iter* formativo del contratto.

In sede di semplificazione del procedimento di formazione del contratto, un primo limite sarebbe costituito dal “principio dell'accordo, inteso quale elemento *necessario* del contratto; principio di ordine pubblico economico, poiché costituisce strumento di protezione dell'interesse delle parti a respingere vincoli indesiderati, in nome della libertà di autodeterminarsi circa i propri impegni di forza contrattuale”²⁸⁰; in altre parole, “le variazioni procedimentali introdotte dall'autonomia privata, o i nuovi procedimenti «creati» dai privati, possono semplificare sì, ma non eliminare, né ridurre ad un mero simulacro, l'accordo

²⁷⁹ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 423. Si noti che la dottrina in esame accoglie una “nozione normativa di accordo”, il quale non si identifica né con la fusione delle volontà dichiarate né con lo scambio di dichiarazioni recettizie: esisterebbero, infatti, molteplici “schemi legali di accordo”, tra i quali andrebbero collocati anche i criteri descritti dagli artt. 1327 e 1333 c.c. (Id., *op. cit.*, p. 21 ss.).

²⁸⁰ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 424.

contrattuale”²⁸¹; i negozi configurativi contrastanti con il principio dell’accordo sono *illeciti* e, dunque, *nulli*, per cui la conclusione del contratto sarà regolata in via esclusiva dalle norme di legge.

Emblematico è il caso dei cd. *patti sul valore del silenzio come accettazione*: si è, infatti, sostenuto che i privati possano pattuire che “l’oblato, di fronte alla proposte che riceverà in futuro, possa rifiutare, ma non debba necessariamente accettare, sicché il suo silenzio, come nel caso dell’art. 1333 c.c., avrebbe “contrattualmente” valore di accettazione”²⁸²; il negozio di configurazione sarebbe, viceversa, *illecito* per violazione del principio dell’accordo (e, dunque, *nullo*)²⁸³ nel caso in cui “le parti pattuissero che il mero “silenzio in sé” (quel silenzio, cioè, cui le regole giurisprudenziali e dottrinali escludono valore concludente) valesse come accettazione, senza che l’oblato fosse contestualmente ammesso a rifiutare: qui, è chiaro, l’accordo verrebbe totalmente nullificato, attribuendo ad un mero atto unilaterale la forza di incidere (e negativamente) sulla sfera giuridica dell’altra parte”²⁸⁴.

²⁸¹ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 193.

²⁸³ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 429, sottolinea che il giudice può pronunciare *d’ufficio* la nullità del negozio configurativo contrastante con il principio dell’accordo o con le norme inderogabili che, a presidio di interessi generali, prevedano dei procedimenti formativi “rigidi” (sui quali si veda il paragrafo seguente).

²⁸⁴ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.* In altre parole, “per “contratto”, quindi, non si può “rinunziare” all’accordo; si può, semmai, semplificarne il procedimento formativo, estendendo lo schema proposta + mancato rifiuto anche al di là dell’ambito di

Secondo la dottrina in esame, non contrasterebbero con il principio dell'accordo, e sarebbero dunque valide, anche le *clausole di rinnovazione tacita o proroga di rapporti in corso*, che spesso nella prassi le parti inseriscono nel testo di contratti di durata: per effetto di tali clausole, infatti, le parti semplificano il procedimento di formazione di un nuovo contratto, di contenuto identico a quello precedente, pattuendo che esso si formerà “per effetto del mancato assolvimento dell'onere di disdetta”²⁸⁵; in tale ipotesi la semplificazione è ancora più marcata che nell'ipotesi dei patti sul valore del silenzio come accettazione, poiché il nuovo contratto si forma in virtù di *due atti omissivi*²⁸⁶: ciò nonostante, il principio dell'accordo non sarebbe violato, poiché il rinnovo del contratto sarebbe comunque “condizionato (almeno) al mancato esercizio di una facoltà di

applicazione dell'art. 1333 c.c.”. cfr. ID., *op. cit.*, p. 194, ove si precisa che “non potrebbe il proponente stabilire – per esempio con una clausola *ad hoc* formulata in proposta – che il silenzio dell'oblato (non importa se circostanziato o non circostanziato) valga come accettazione: qui non rileva la previsione o meno del “mancato rifiuto” perché, all'evidenza, l'intangibilità della sfera giuridica individuale impedisce che atti unilaterali pongano, senza il suo consenso, un “dovere di parlare” in capo all'oblato”.

²⁸⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 197.

²⁸⁶ Si è, però, rilevato che, nell'ipotesi delle clausole di rinnovazione tacita, a differenza dei patti sul valore del silenzio come accettazione, “ il contraente che tace, omettendo di disdire, viene a subire gli effetti di un regolamento contrattuale di cui conosce il contenuto e che, probabilmente, aveva concorso a determinare sicché le clausole di proroga-rinnovazione, da questo punto di vista, hanno un impatto assai meno traumatico sul principio dell'accordo”: v. A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 198.

disdetta o rifiuto, strumento che consente alle parti di liberarsi dal (protrarsi del) vincolo contrattuale”²⁸⁷.

Le parti potrebbero altresì stipulare delle *pattuizioni* «*sul linguaggio*» della dichiarazione, e dunque assegnare convenzionalmente “valore di accettazione a atti, comportamenti, dichiarazioni che, altrimenti, ne sarebbero privi”²⁸⁸: in tale ipotesi non vi sarebbe violazione del “principio dell’accordo, giacché l’oblato – tenendo *quel* comportamento o compiendo *quell*’atto – è consapevole del significato (concludente) che la precedente convenzione attribuisce alla sua azione, cosicché esprime, in tal modo, la sua volontà di accettare (sia pure attraverso un *quid* che, senza l’intervenuta convenzione, potrebbe non essere in grado di concludere il contratto)”²⁸⁹: si è fatto l’esempio della convenzione che attribuisca valore di accettazione alla sottoscrizione «per ricevuta» apposta in calce alla proposta, la quale (in mancanza di tale pattuizione) avrebbe il valore di mera dichiarazione di scienza, avendo la funzione di dare atto della presa di conoscenza, da parte dell’oblato, dell’offerta da lui sottoscritta²⁹⁰. Il

²⁸⁷ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁸ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 203, nota 50.

²⁸⁹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 202 s.

²⁹⁰ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 202., il quale sottolinea che, viceversa, il proponente non potrebbe, mediante apposita clausola inserita nell’offerta, assegnare valore di accettazione alla sottoscrizione per ricevuta, in virtù del “principio di intangibilità della sfera giuridica individuale, in forza del quale un atto unilaterale non può produrre effetti (sfavorevoli) senza il consenso del destinatario: nel caso di specie, l’averne attraverso la proposta «trasformato» in accettazione una mera «sottoscrizione per

principio dell'accordo sarebbe, viceversa, violato, nel caso in cui le parti intendessero attribuire valore di accettazione “a silenzi, mere inerzie o comportamenti che non siano in alcun modo espressione della volontà dell'oblato”²⁹¹.

Più complesso è, invece, il discorso relativo al *ius variandi* di origine *convenzionale* e, dunque, alla validità di clausole pattizie che attribuiscono ad una delle parti di un contratto di durata il potere di variare *unilateralmente* il regolamento contrattuale. Va notato che, “in assenza di siffatto potere, ogni modificazione del regolamento contrattuale dovrebbe trovare naturale «legittimazione» in un apposito accordo, raggiunto secondo uno degli schemi previsti dalla legge agli artt. 1326 s.s.”²⁹². Si è, comunque, affermato che le clausole in esame non violerebbero, in ogni caso, il principio dell'accordo: il legislatore, agli artt. 1469 *bis*, terzo comma, nn. 11 e 13 c.c., ha previsto la mera vessatorietà presunta (e non l'inefficacia *tout court*) delle clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente il contratto concluso con il consumatore, senza un “giustificato motivo” indicato nel contratto stesso o senza attribuire un diritto di recesso alla parte che subisca una considerevole variazione del

ricevuta» peggiora, all'evidenza, la situazione giuridica dell'oblato il quale, se la clausola avesse valore, si troverebbe impegnato in forza di un atto che, normalmente, non potrebbe che valere quale «presa d'atto» (del tutto neutra) della ricezione di un'offerta”.

²⁹¹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 203, nota 50.

²⁹² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 225.

regolamento originario; si è, pertanto, sostenuto che, in linea generale, le clausole che attribuiscono ad una delle parti un *ius variandi* siano nulle per violazione del principio dell'accordo soltanto se non predeterminano le ragioni che giustificano l'esercizio di tale potere e, dunque, ne "consentono un esercizio arbitrario o assolutamente discrezionale"²⁹³, ovvero se non attribuiscono una "facoltà di recesso"²⁹⁴ alla parte che subisce la modificazione del contratto.

5.2 *Segue.* b) I procedimenti formativi "rigidi".

Il principio dell'accordo, se è certamente un limite *generale* al potere dei privati di *semplificare* il procedimento di formazione del contratto, *non* è sembrato l'*unico* limite alla semplificazione operativo nel vigente ordinamento giuridico: alcuni procedimenti formativi, aggravati (dalla legge) rispetto allo schema generale che si articola nella sequenza proposta-accettazione (informali), sarebbero infatti connotati dalla "rigidità" e, cioè, dalla resistenza ad una semplificazione volontaria.

²⁹³ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 227: il principio dell'accordo sarebbe violato perché la pattuizione del *ius variandi* "si tradurrebbe, in buona sostanza, nella concessione alla parte più forte di un potere illimitato di alterare l'assetto di interessi originariamente pattuito".

²⁹⁴ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 230, ove si afferma che il mancato "recesso, in questi casi, svolge un ruolo analogo a quello del «mancato rifiuto» o della «mancata disdetta», quali atti omissivi che perfezionano, in certi casi, l'accordo contrattuale: se il consumatore, infatti, non esercita la facoltà di recesso lui attribuita, non è forzoso

Si è, infatti, affermato che “ove il contratto deve essere concluso in una determinata forma, le parti non possono «alleggerirne» il procedimento formativo, se tale operazione si concreti nella violazione – o nell’aggiramento – della prescrizione formale posta dalla norma imperativa a pena di nullità”²⁹⁵; la rigidità dei *procedimenti formali* dipenderebbe dalla circostanza che la prescrizione formale sarebbe diretta a tutelare “interessi *generalis*”²⁹⁶, e più precisamente mirerebbe “a garantire, di regola, che intrusioni «forti» nella sfera giuridica privata si realizzino con il pieno (e certo) consenso degli interessati”²⁹⁷: il negozio configurativo contrastante con la norma che prescrive la forma *ad substantiam* sarà dunque nullo, ed il contratto di cui si intendeva regolare l’*iter* formativo si concluderà validamente soltanto se le parti osserveranno il requisito formale prescritto dal legislatore. Si è precisato, comunque, che la rigidità di questi procedimenti²⁹⁸ *non sarebbe assoluta*, nel senso che i

ravvisare in tale circostanza (negativa) un segno della sua adesione alla variazione unilateralmente introdotta dall’altra parte”.

²⁹⁵ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 258. La dottrina in esame ritiene, dunque, che il problema della semplificazione dei contratti formali “non si pone, poiché, com’è noto, la previsione di una forma contrattuale *ad substantiam* comporta la nullità dei contratti che siano stipulati senza il rispetto dei requisiti formali imposti dalla legge (la forma, qui, è strumento di tutela di interessi generali dell’ordinamento, cui l’autonomia privata non può lecitamente derogare)”: ID., p. 390, nota 65.

²⁹⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 257.

²⁹⁷ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁹⁸ Un atteggiamento di maggiore apertura nei confronti dell’autonomia privata si ritrova invece, sia pure entro certi limiti, in P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 151, secondo cui si dovrebbe “escludere che

privati “possono comunque introdurre quelle varianti che, senza incidere sulla forma delle dichiarazioni, regolino altri aspetti del procedimento formativo del contratto, anche in direzione di una sua maggiore semplificazione”²⁹⁹.

Parzialmente diverso è il discorso relativo alla semplificazione del procedimento di formazione dei *contratti reali* e, dunque, alla conclusione di *contratti reali a struttura consensuale*³⁰⁰: la liceità della manifestazione di volontà negoziale (di tipo configurativo) con la quale i privati sanciscano la *sufficienza* dell'accordo, ai fini della conclusione di un contratto il cui regolamento sia quello tipico di un contratto reale, dovrebbe, infatti, essere valutata alla luce della *ratio* delle singole norme che prevedono la consegna come atto conclusivo del procedimento di formazione del contratto. Vi sarebbero, infatti, alcuni procedimenti formativi, (legalmente) aggravati dalla realtà, i quali sarebbero resistenti

l'autoregolamentazione sulla forma negoziale si possa esplicitare soltanto introducendo un regime formale dell'atto più rigoroso di quello previsto dalla legge. L'autoregolamentazione in realtà si può realizzare mediante la previsione di una forma diversa sia pure nell'ambito dello stesso tipo di forma; diversità che potrebbe concernere le stesse modalità attuative”.

²⁹⁹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 258, il quale in nota 36 sottolinea che i privati potrebbero introdurre tutte quelle semplificazioni che “non appaiono incompatibili con la struttura formale del contratto”.

³⁰⁰ Questa terminologia è utilizzata da A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 394, al fine di sottolineare che la variazione del procedimento (mero accordo, in luogo di accordo + consegna) non inciderebbe sul tipo contrattuale, poiché resterebbe invariata la prestazione contrattuale, nelle sue determinanti socio-economiche (prestazione consistente nella

alla semplificazione volontaria; si tratterebbe, in primo luogo, delle ipotesi in cui la “realità svolge una funzione di sostegno alla validità del contratto, surrogandone la forma o sostenendone la causa”³⁰¹: in concreto, si ritiene che la “*traditio* surroga la forma”³⁰² nel caso della donazione manuale, e che essa sopperisce alla “debolezza della causa”³⁰³ nei contratti reali gratuiti; in secondo luogo, la variante consensuale sarebbe inammissibile nell’ipotesi in cui la necessità della consegna sia al servizio di interessi di carattere generale, come accadrebbe nel caso del riporto³⁰⁴. In tutti gli altri casi, invece, i privati potrebbero validamente esprimere la volontà³⁰⁵ di assegnare forza vincolante al mero accordo, concludendo consensualmente un contratto per il cui perfezionamento la legge richiede la consegna: “ne deriva, in tali casi, un contratto reale a struttura consensuale, non atipico,

“consegna” di cose: la “realità” sarebbe, dunque, una caratteristica del regolamento contrattuale, e non soltanto della sua struttura formativa).

³⁰¹ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 399.

³⁰² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 396.

³⁰³ A. M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁰⁴ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 398, nota 92 afferma che per il riporto “l’inammissibilità di versioni consensuali è assoluta, e viene giustificata dall’interesse generale ad evitare operazioni su titolo allo «scoperto» di tipo speculativo”.

³⁰⁵ Va sottolineato che, secondo la dottrina in esame, “la mera conclusione di un accordo non seguito da consegna non basta a ritenere che le parti vogliano, per ciò solo, variare lo schema reale. Occorre che tale volontà configurativa a procedimentale emerga dal contenuto di tale accordo; ove, ad esempio, questo regoli espressamente la consegna alla stregua di un’obbligazione contrattuale, e, comunque, in tutti i casi in cui risulti la volontà delle parti di obbligarsi in modo pieno e definitivo per effetto del solo accordo intercorso tra loro”: A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 394, nota 77. L’Autore non sembra, comunque, considerare l’ipotesi di un negozio configurativo con il quale le parti

che è in grado di produrre o i medesimi effetti del contratto reale a struttura aggravata (il che accade, ad esempio, nel deposito consensuale oneroso) o effetti minori e solamente obbligatori (ove alla consegna la legge assegni il ruolo di fonte di produzione dell'effetto reale: il che accade, ad esempio, nel mutuo e nel pegno consensuali)³⁰⁶.

Il negozio configurativo contrastante con le norme di legge che prescrivano inderogabilmente la consegna come atto conclusivo del procedimento è affetto da nullità e, di conseguenza, il mero accordo delle parti è inidoneo a concludere validamente il contratto reale³⁰⁷.

5.3 I limiti all'*aggravamento* del procedimento di formazione del contratto.

Per concludere sul tema dei limiti dell'autonomia privata procedimentale, si deve affrontare il problema della liceità della "causa in

stabiliscano che un contratto, per la cui conclusione la legge richiede la consegna, si concluderà *in futuro* per effetto del semplice accordo.

³⁰⁶ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 400.

³⁰⁷ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 396, il quale afferma che "la donazione manuale consensuale non è ammissibile, e, se conclusa, è comunque da ritenersi nulla, come affetto da nullità è il contratto privo della forma richiesta dalla legge o dalle parti per la sua validità"; nel caso dei contratti reali gratuiti, l'assenza di consegna "rende il contratto privo di una *causa sufficiente*, rendendolo quindi nullo o, comunque, privo di rilevanza giuridica".

concreto”³⁰⁸ dei negozi configurativi diretti ad *aggravare* il procedimento di formazione del contratto.

Con riferimento specifico al negozio configurativo diretto a trasformare l'*iter* formativo della fattispecie da “consensuale” in “reale”, si è escluso che *parametro* del giudizio di liceità possa essere il già richiamato principio di economia dei mezzi giuridici: quest’ultimo, infatti, esprimendo soltanto un’esigenza di *razionalità*, e non un valore fondamentale del nostro ordinamento giuridico, non sarebbe un principio di ordine pubblico. Il parametro del giudizio di liceità sarebbe, invece, costituito dal *principio* generale dell’ordinamento giuridico che vieta “ogni pattuizione diretta, in qualunque modo, a rendere eccessivamente gravoso l’esercizio del diritto”³⁰⁹; in applicazione di tale principio si potrebbe, quindi, affermare comunque la “illiceità – in concreto – di un accordo il cui solo scopo sarebbe di onerare eccessivamente uno dei contraenti attraverso un aggravio del procedimento di formazione del contratto non rispondente ad apprezzabili interessi degli stessi”³¹⁰.

³⁰⁸ U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p. 123.

³⁰⁹ U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*, ove si precisa che il principio indicato nel testo può essere desunto da molteplici norme vigenti nel nostro diritto civile (cfr. artt. 2698 e 2965 c.c.); la dottrina in esame pone tale principio in relazione con il divieto di abuso del diritto soggettivo (in virtù del quale “non è consentito *esercitare in esclusivo danno altrui una situazione soggettiva già qualificata e protetta dalla norma*”), dal quale si desume che “a maggior ragione deve essere censurato il comportamento lesivo di chi nessuna situazione di vantaggio vanta ancora”: ID., *op. ult. cit.*, p. 124.

³¹⁰ U. LA PORTA, *op. ult. cit.*, p. 123.

Una tesi diversa è stata sostenuta in dottrina con riferimento specifico ai *patti sulla lingua del contratto*, mediante i quali “le parti concordano tra loro che l’effetto procedimentale delle dichiarazioni che si scambieranno è condizionato dall’utilizzo di una determinata lingua”³¹¹. Si è affermato, infatti, che “le parti sono del tutto libere di articolare il contenuto di detta clausola nel modo ritenuto più consono ai loro interessi, optando per la lingua dell’uno o dell’altro contraente, scegliendo un linguaggio «terzo», predisponendo l’adozione di un testo bilingue e così via, senza che, in definitiva, detta scelta, per quanto strana o apparentemente ingiustificata, sia censurabile dall’interprete”³¹². La dottrina in esame ha, dunque, escluso che il negozio di configurazione possa essere giudicato *illecito*, nell’ipotesi in cui esso non sia diretto a perseguire un interesse effettivo e concreto delle parti; ma si è, comunque, affermato che “ove la scelta della lingua sia del tutto immotivata, ovvero abbia ad oggetto un idioma del tutto assurdo rispetto al contesto della contrattazione o delle parti, l’interprete, sia pure con cautela, dovrebbe chiedersi se manchi nell’accordo quell’indispensabile requisito di serietà che è naturale premessa della sua protezione giuridica”³¹³. Si può pertanto

³¹¹ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 372.

³¹² A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 372 s.

³¹³ A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, 373, nota 24. La medesima tesi è sostenuta dalla dottrina in esame anche con riferimento alle *pattuizioni sul linguaggio della dichiarazione* (da non confondere con i patti sulla lingua del contratto di cui si discorre ora nel testo),

concludere che, anche nell'ambito di questa ricostruzione, il negozio configurativo *futile* sia privo di forza di legge; tale conclusione non è, però, fondata sull'*illiceità* della sua causa in concreto, bensì sull'assenza (pur sempre da accertare in concreto) di una reale, seria e definitiva “volontà dei privati di autovincolarsi secondo le regole giuridiche”³¹⁴.

delle quali si è già discusso nel paragrafo 5.1: “ove le parti assegnino valore di accettazione ad un comportamento stravagante o del tutto scollegato dal contesto contrattuale, il relativo patto configurativo potrebbe non essere meritevole di tutela da parte dell'ordine giuridico per effetto dell'art. 1322, secondo comma, c.c. Attenzione però: la causa configurativa è già positivamente vagliata dal legislatore (mediante la norma che riconosce il patto sulla forma, ad esempio); ma ove il contenuto concreto dell'accordo procedimentale sia assurdo, potrebbe ritenersi che il patto stesso manchi di giuridicità, e sia, al limite, perfino privo del carattere della *serietà*”: ID., *op cit.*, p. 203. Il brano appena citato, per certi versi ambiguo, deve essere inteso nel senso che il patto sul linguaggio della dichiarazione che sia *assurdo* o *stravagante*, pur essendo (in astratto) meritevole di tutela, potrebbe essere ritenuto privo di valore giuridico in quanto (in concreto) carente di *serietà*.

³¹⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 798, sostiene che la “futilità è di per sé sintomo e indizio di una assenza di reale, seria e definitiva volontà giuridica delle parti”; si deve, comunque, precisare che questo Autore si riferisce all'interesse *socialmente futile*, inteso come l'interesse perseguito dai privati mediante schemi negoziali *sporadici ed individuali* (cioè, legalmente e socialmente *atipici*); e che, secondo questa dottrina, tale *futilità* determina l'immeritevolezza di tutela del *tipo* di operazione posto in essere dai paciscenti, purché manchi in concreto la volontà effettiva delle parti di giuridicizzare il vincolo. La dottrina di cui si discorre nel testo fa, invece, riferimento ad una *futilità individuale* del patto, cioè alla mancanza di un effettivo e concreto interesse delle parti alla sua stipula; inoltre, la mancanza di *serietà* (della quale la *futilità* sarebbe un indice) non inciderebbe sulla meritevolezza di tutela del patto (che sussiste *in astratto* in virtù dell'art. 1352 c.c. e di altre norme), ma soltanto sulla vincolatività del *concreto* negozio posto in essere dai privati.

BIBLIOGRAFIA

- A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra lege e volontà delle parti*, Torino, 2002.
- G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., Milano, 2000.
- N. DI PRISCO, *Procedimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1992.
- E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990.
- E. GABRIELLI, *Pegno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, p. 329 ss.
- E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 102 ss.
- E. GABRIELLI, «*Pinocchio*», il «*Grillo parlante*» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto), in *Riv. not.*, 2002, p. 547 ss.
- F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II ed., in *Il codice civile. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1998.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000.

- F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1468 ss.
- F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 563 ss.
- U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 529 ss.
- U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto, I, La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
- U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1975.
- G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 546 ss.
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966.
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974.
- Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

- E. ROPPO, *Contratto, II) Formazione del contratto – Dir. civ.*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.
- R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto, I*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, II ed., Milano, 1991.
- B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 580 ss.
- B. TROISI, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 37 ss.
- V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002.