

DIRITTO IN GENERE

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

DIRITTO CIVILE

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

*Contratto e Impr., 2007, 3, 717 (commento alla normativa)***IL CONTRATTO (*)**

Francesco Galgano

c.c. art. 1321

c.c. art. 1324

Sommario: 1. Il contratto nella storia del diritto civile. - 2. Il contratto fra le categorie ordinanti del diritto civile. - 3. Gradi crescenti di astrazione concettuale: il contratto in generale nella codificazione francese e il negozio giuridico nella codificazione tedesca. - 4. Il più basso grado di astrazione nel sistema di *common law*. - 5. Il contratto in generale nel codice civile italiano. - 6. Il contratto nell'economia globale.

1. - Il contratto occupa una posizione dominante nel moderno diritto civile; assolve, in esso, una funzione diversa e ben più rilevante rispetto a quella che aveva svolto nelle epoche precedenti, dal diritto romano alle codificazioni dell'Ottocento.

La figura che aveva dominato il diritto privato romano era stata la proprietà. In una società che aspirava alla sicurezza e alla stabilità, piuttosto che allo sviluppo, che mirava alla conservazione e al godimento della ricchezza, piuttosto che alla sua produzione, il diritto di proprietà si presentava come il diritto per eccellenza: "tutto il diritto", aveva insegnato Ulpiano⁽¹⁾, "tratta del come una cosa diventi di uno, o del come uno conservi la sua cosa, o del come uno la alieni o la perda". Il contratto era riguardato in questa prospettiva; era concepito come uno dei modi mediante i quali si acquista o mediante i quali si dispone della proprietà; la sua disciplina, soprattutto per il formalismo che lo caratterizzava, era dettata dall'esigenza di proteggere i contraenti in quanto proprietari che dispongono delle proprie cose.

Il primo codice civile dell'era moderna, il *code Napoléon* del 1804, era il codice di una società ad economia prevalentemente rurale, pensato per ceti che ritraevano la propria prosperità dalla rendita dei suoli, soprattutto agricoli. Si incentrava sulla proprietà, in particolare immobiliare⁽²⁾, quale strumento che garantiva lo sfruttamento e, al tempo stesso, la conservazione della ricchezza⁽³⁾. La disciplina dei contratti era concepita, principalmente, in funzione della proprietà: il codice civile li regolava in un libro, il terzo, che recava il titolo *Dei modi di acquistare o di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*. La libertà contrattuale era, oltre che facoltà di disporre della proprietà, garanzia di conservazione della stessa: la protezione rigorosa dell'autonomia ed effettività del volere - predisposta dalle norme sulle *Condizioni essenziali per la validità delle convenzioni* (artt. 1108 ss.) - era protezione del proprietario in sede di "trasmissione della proprietà". La libertà contrattuale si traduceva, sotto questo aspetto, nel principio secondo il quale nessuno poteva essere privato dei propri beni, o subire modificazioni della sua proprietà, senza il concorso di una sua libera ed effettiva volontà.

Per quanto ancora legato alla funzione, traslativa della proprietà, che il diritto romano gli aveva assegnato, il contratto del *code Napoléon* denotava, per altro aspetto, una rottura rispetto alla concezione romanistica. Il contratto non era più, come era stato per i Romani, un atto formale, idoneo a produrre effetti giuridici solo grazie al suo *vestmentum*, ossia in virtù delle forme di cui era rivestito. Veniva enunciato il generale principio della libertà delle forme (salva la forma scritta richiesta per i contratti immobiliari); e gli effetti giuridici del contratto erano collegati non più alle forme, ma alla volontà dei contraenti, in quanto diretta a produrli. Il diritto romano aveva sì conosciuto i nudi patti, nudi in quanto sprovvisti di forme, pura e semplice espressione della volontà delle parti, ma ad essi aveva attribuito solo una eccezione (cioè il diritto di neutralizzare una altrui pretesa), non anche una azione (ossia il diritto di pretendere una altrui prestazione). La rivoluzione che, sotto questo aspetto, si compie con la codificazione francese del 1804 sta nell'attribuire anche azione, e non solo eccezione, al *nudus pactum* e, perciò, nell'assegnare all'atto di volontà in quanto tale la funzione che il diritto romano aveva assegnato al *vestmentum* del contratto.

I fattori che avevano generato questa rottura si erano progressivamente prodotti, a partire dal Medioevo, nell'ambito degli usi del commercio, detti *lex mercatoria*, sensibili alle esigenze di sviluppo dei traffici e di celerità delle contrattazioni⁽⁴⁾. Il *code Napoléon* generalizza, rendendolo proprio di ogni contratto, un principio che era nato per i contratti del commercio.

Nella moderna società industriale il contratto è ormai disancorato dalla proprietà: assume una funzione a sé stante; diventa lo strumento caratteristico dell'attività imprenditoriale, diretta alla produzione e alla circolazione della ricchezza, ⁽⁵⁾: con il contratto l'imprenditore si procura gli strumenti di produzione, provvedendosi dei capitali, delle merci e della forza lavoro che gli sono necessari; infine colloca sul mercato i prodotti finiti, che spesso arrivano al consumatore finale solo al termine della lunga catena della distribuzione commerciale, nel corso della quale i prodotti transitano da un intermediario all'altro, secondo una tipologia contrattuale che si è rivelata nel corso del tempo sempre più varia, dando luogo ad originali figure giuridiche, frutto di innovative tecniche distributive, dalla concessione di vendita al *franchising*.

La mutata funzione del contratto influisce potentemente sulla sua disciplina: il *favor* del legislatore è, nei codici civili del Novecento e, in particolare, nel codice civile, italiano del 1942, per la moltiplicazione degli affari, per la validità piuttosto che per l'invalidità del contratto; è per una circolazione della ricchezza, e

soprattutto per quella mobiliare, la più rapida, la più ampia, la più sicura possibile. Nel conflitto fra le ragioni della proprietà e le esigenze della produzione le prime cedono di fronte alle seconde.

Prende corpo, al tempo stesso, il fenomeno della tendenziale oggettivazione dello scambio contrattuale (in questo libro riassuntivamente descritto al n. 112.1): sull'elemento soggettivo del contratto, quale la volontà delle parti, tende a prendere il sopravvento l'elemento oggettivo, quale la causa del contratto; e questa tendenza, già fortemente presente nel codice civile del 1942, ha ricevuto un potente impulso, fra la fine del secolo scorso e il principio del nuovo secolo, ad opera della giurisprudenza, che ha portato a conseguenze estreme l'applicazione delle clausole generali della equità, quale fonte del contratto, concorrente con la volontà delle parti, con la legge e con gli usi (art. 1374), e della buona fede contrattuale, nelle sue molteplici configurazioni legislative: buona fede nella formazione (art. 1337), nella interpretazione (art. 1366), nella esecuzione del contratto (art. 1375); fino a mettere capo ad una vera e propria funzione, quale è oggi definita dalla Cassazione, di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale", pervenendo così a concetti come quelli di equità e di giustizia del contratto, alla stregua dei quali il giudice è abilitato a correggere l'atto di autonomia contrattuale ed a ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni che esso abbia alterato (nn. 13, 114).

Ulteriore metamorfosi la figura del contratto ha subito nella odierna transizione dall'economia industriale all'economia post-industriale, entro la quale primeggia l'economia della finanza, che alla produzione industriale aggiunge quella dei "valori mobiliari" o "strumenti finanziari", definiti anch'essi come prodotti, ma con la specificazione di prodotti finanziari. Sono il frutto di una ingegnosa tecnica contrattuale che trasforma in nuove cose mobili gli investimenti di danaro, convertendoli in *futures*, in *swaps* e così via, cui si dà il generale nome di *new properties*, di nuova ricchezza. Qui la metamorfosi sta nel fatto che il contratto, nato per attuare la circolazione della ricchezza, è utilizzato per creare, esso stesso, nuova ricchezza.

2. - Le categorie ordinanti del moderno diritto civile sono il frutto di una elaborazione iniziata, fra il Seicento ed il Settecento, dai giusnaturalisti francesi, come Domat e Pothier, olandesi, come Grozio, tedeschi come Pufendorf, e completata, nell'Ottocento, dai pandettisti tedeschi, artefici del cosiddetto diritto romano moderno, in una Germania che ancora non conosceva la codificazione civile e nella quale vigeva ancora il diritto romano, adattato dai giuristi alla realtà del loro tempo. Giusnaturalismo equivaleva, per i giuristi sopra citati, a razionalismo giuridico: essi avevano l'ambizione di ricavare principi e concetti del diritto della stessa natura umana, applicando metodi attinti dalle scienze naturali ⁽⁶⁾. Non a caso il rilancio del giusnaturalismo è contemporaneo alla affermazione dello Stato moderno; esso denota l'aspirazione dei giuristi a ricercare le ragioni universali del diritto, al di là dei confini politici degli Stati e del particolarismo giuridico dei diritti positivi, che tendevano a differenziare il diritto da Stato a Stato.

Dalla elaborazione concettuale dei giusnaturalisti sarebbero nate le figure elementari dell'argomentazione giuridica moderna, quali i concetti di persona, distinta in persona naturale e persona giuridica, di rapporto giuridico, di fatto giuridico, di atto e di negozio giuridico; e ad essi è dovuta quella conversione del nudo patto in contratto, poi confluita nel *code Napoléon*, che si è sopra ricordata ⁽⁷⁾.

I concetti di "fatto giuridico" e di "atto giuridico" corrispondono tuttora alle categorie più generali del linguaggio legislativo. Il codice civile italiano impiega, all'art. 2, il concetto di "atto" per definire la capacità di agire, intesa appunto come "la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa". Entrambi i concetti di atto e di fatto sono utilizzati, in accezioni latissime, all'art. 1173, relativo alle fonti delle obbligazioni, le quali "derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Qui il contratto ed il fatto illecito sono concepiti come specie di più ampi generi: del genere dell'atto giuridico il primo, del genere del fatto giuridico il secondo.

Si suole definire, nei termini più generali, come *fatto giuridico* ogni accadimento, naturale o umano, al verificarsi del quale l'ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico, costitutivo o modificativo o estintivo di rapporti giuridici. Fatto giuridico può essere un accadimento naturale, del tutto indipendente dall'opera dell'uomo, come nel caso dell'alluvione (art. 941): qui nuovi diritti di proprietà si sono costituiti come conseguenza di un semplice evento naturale, al di fuori di ogni concorso dell'opera dell'uomo. Può anche accadere che il concorso dell'opera dell'uomo ci sia, ma che resti giuridicamente irrilevante: così, ad esempio, il proprietario del suolo acquista la proprietà dei frutti del suolo (art. 821); ma ne acquista la proprietà per il solo accadimento di un fatto naturale, quale la nascita dei frutti dal suolo, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di frutti spontanei (come può accadere per alberi, arbusti ecc.) o che siano il prodotto dell'opera di coltivazione (art. 820).

Fatto giuridico può essere, inoltre, un fatto umano: è il caso in cui la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico si produce solo come effetto di un consapevole e volontario comportamento dell'uomo. È, ad esempio, il "fatto doloso o colposo" o "fatto illecito" di cui all'art. 2043: qui il termine è usato con riferimento ad un comportamento umano, sia esso doloso (ossia intenzionale) oppure colposo (ossia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza). Altrettanto si può dire per l'acquisto della proprietà (per occupazione) delle cose di nessuno o (per invenzione) delle cose smarrite: il pescatore diventa proprietario del pesce che cattura; e ne diventa proprietario per effetto di un fatto consapevole e volontario, come è appunto la cattura del pesce. Nel codice civile si parla costantemente di fatto, ad esempio di "fatto proprio" (artt. 948, 1186, 2037 ecc.), di "fatto del creditore" (artt. 1227, 1955 ecc.), di "fatto del debitore" (art. 1229) o di "fatto del terzo" (art. 1381), per designare fatti volontari dell'uomo.

La categoria così delimitata è, a sua volta, il punto di partenza di molteplici classificazioni. Si distingue fra fatti leciti e fatti illeciti, secondo che siano conformi oppure contrari al diritto; si distingue fra comportamenti discrezionali e comportamenti dovuti (comunemente detti fatti o, più frequentemente, atti dovuti), secondo che il soggetto sia libero di compierli oppure vi sia obbligato: tipico fatto dovuto è l'adempimento dell'obbligazione.

Tutti i fatti umani discrezionali producono effetti nei confronti del soggetto che li ha posti in essere sul solo presupposto che questi goda della capacità naturale di intendere e di volere. Ciò si desume dall'art. 2047, che esonera da responsabilità per fatto illecito l'incapace di intendere e di volere. Se ne arguisce che basta la

capacità naturale di intendere e di volere, affinché si producano gli effetti dell'occupazione, dell'invenzione e così via ⁽⁸⁾. Quantunque fatti dell'uomo essi sono, perciò, da tenere distinti dagli atti giuridici, che per il già ricordato art. 2 richiedono la legale capacità di agire. Quanto ai fatti dovuti, per essi non è richiesta neppure la capacità naturale, giacché a norma dell'art. 1191 "il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità" ⁽⁹⁾.

Gli *atti giuridici* compongono una sottocategoria dei fatti umani: li si può definire come i fatti umani destinati a produrre effetti giuridici. Il codice civile li menziona con la già segnalata norma generale dell'art. 2: perché essi possano produrre effetti giuridici non basta, come basta per i fatti umani discrezionali, la capacità naturale di intendere e di volere; occorre la legale capacità di agire. Appaiono suscettibili di una triplice classificazione:

a) gli atti o *dichiarazioni di volontà*.

I fatti umani sopra considerati producono effetti solo in quanto siano fatti consapevoli e volontari dell'uomo, indipendentemente dalla circostanza che l'uomo ne abbia voluto gli effetti giuridici e, anzi, anche se l'autore del fatto non li voleva affatto. Così il fatto illecito produce l'effetto di obbligare chi lo ha commesso a risarcire il danno cagionato solo in quanto fatto doloso o colposo, e questa obbligazione sorge quantunque non possa dirsi che l'autore del fatto abbia voluto un simile effetto. Del pari, l'adempimento produce l'effetto estintivo dell'obbligazione indipendentemente dall'intenzione del debitore di produrre un tale effetto: esso altro non è se non il fatto della esecuzione della prestazione; fatto al quale è dal diritto collegato l'effetto di estinguere l'obbligazione. Ma ci sono altri fatti che producono effetti giuridici solo in quanto questi effetti siano voluti. Si parla, in tal caso, di atti o dichiarazioni di volontà: si distinguono, entro la vasta categoria dei fatti umani, per lo specifico ruolo che in essi svolge la volontà dell'uomo: l'effetto giuridico - costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici - non si ricollega alla sola volontarietà del comportamento umano, ma all'ulteriore estremo della cosiddetta volontà degli effetti. Non basta, come per il fatto umano in genere, che il soggetto abbia voluto il fatto: qui occorre, perché l'effetto giuridico si produca, che il soggetto abbia altresì voluto l'effetto.

È il caso del *contratto*, che è atto giuridico risultante dall'accordo di due (contratto bilaterale) o più parti (contratto plurilaterale), diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321): se A vende una cosa a B, si produce quale effetto giuridico il trasferimento della proprietà della cosa dal primo al secondo; e questo effetto si produce solo in quanto la loro volontà sia diretta a produrlo. La differenza specifica è, perciò, questa: mentre il fatto umano in genere produce gli effetti che il diritto gli ricollega purché fatto consapevole e volontario (non importa poi se chi lo ha posto in essere abbia voluto, oltre che il fatto, anche gli effetti che il diritto gli ricollega), l'atto o dichiarazione di volontà, al contrario, non produce effetti se risulta che il soggetto non li aveva voluti. Così la vendita, la donazione, la permuta ecc. determinano l'effetto giuridico del trasferimento della proprietà della cosa oggetto del contratto in quanto alla produzione di questo effetto giuridico sia rivolta la volontà delle parti; e non determinano questo effetto se, come può accadere nel caso della simulazione, risulta da altra fonte che esso non era voluto.

Lo stesso atto giuridico può poi essere riguardato, oltre che come tale, anche come fatto giuridico. Così il "fatto del terzo" di cui all'art. 1381 può essere la conclusione di un contratto; e tuttavia nel rapporto fra promittente e promissario il contratto del terzo viene in considerazione nella sua materialità, degrada a semplice fatto giuridico. Del pari, la vendita della cosa, che opera come atto giuridico nei confronti del venditore e del compratore e produce l'effetto di trasferire la proprietà dal primo al secondo, agisce come semplice fatto giuridico rispetto al terzo che abbia in locazione la cosa, il quale subisce l'effetto modificativo del proprio rapporto di locazione (la sostituzione del compratore al venditore nella posizione di locatore) al di fuori di ogni concorso della sua volontà (art. 1599). Ancora: l'atto giuridico nullo, improduttivo in quanto tale di effetti, può ugualmente produrre effetti come fatto giuridico: così il mandato a commettere un illecito, nullo per illiceità dell'oggetto (artt. 1346, 1418, comma 2°), non produce gli effetti, propri del mandato (artt. 1703, 1709), di obbligare il mandatario alla esecuzione dell'affare e il mandante alla corresponsione del compenso; ma assume, se eseguito, il valore di fatto giuridico (in particolare, di fatto illecito), produttivo dell'effetto di rendere il mandante responsabile (o corresponsabile) del danno cagionato dal mandatario;

b) gli atti o *dichiarazioni di scienza*.

Il linguaggio legislativo indica con il nome di atti, oltre che gli atti o dichiarazioni di volontà, anche gli atti o dichiarazioni di scienza. Con questi il soggetto dichiara di avere conoscenza di un fatto giuridico: così la dichiarazione con la quale il creditore dichiara di avere ricevuto il pagamento del proprio credito (cosiddetta quietanza di pagamento: art. 1199); così la confessione, che è dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli ad altri (art. 2730). L'effetto delle dichiarazioni di scienza non è, come per le dichiarazioni di volontà, di costituire o modificare o estinguere rapporti giuridici, ma di provare l'esistenza di fatti giuridici, di per sé costitutivi o modificativi o estintivi di rapporti. Tuttavia, fra gli "atti" che il minore di diciotto anni non può compiere (art. 2) sono ricomprese, oltre che le dichiarazioni di volontà, anche le dichiarazioni di scienza ⁽¹⁰⁾ e, in particolare, la confessione (art. 2731);

c) le *partecipazioni e comunicazioni*.

Compongono una varia categoria ⁽¹¹⁾, che ricomprende da un lato le dichiarazioni permissive, quelle proibitive (opposizioni), quelle determinative (le istruzioni del mandante al mandatario ex art. 1711, comma 2°) e, d'altro lato, le notificazioni (ad esempio, la notificazione della cessione del credito al debitore ceduto ex art. 1264), le denunce (come la denuncia dei vizi della cosa venduta ex art. 1495), le diffide (come la diffida ad adempiere ex art. 1454); le comunicazioni destinate alla pubblicità immobiliare, come l'atto unilaterale con il quale si dichiara, per l'annotazione nei pubblici registri, l'avveramento della condizione (art. 2655); atti per i quali si reputa necessario il requisito della capacità legale di agire e che rientrano, perciò, nella generale nozione di atto giuridico codificata all'art. 2.

Possiamo dire che dai fatti giuridici, che hanno valore anche fuori del diritto, come fatti della realtà naturale o dell'esperienza umana, e che assumono l'appellativo di fatti giuridici solo in quanto il diritto attribuisca

loro un qualche effetto, gli atti giuridici si distinguono per essere fatti *solo giuridici*: essi hanno valore solo nel mondo del diritto ed esclusivamente per gli effetti giuridici che producono. Per chi ami le metafore si può dire che i fatti giuridici sono fatti "trovati" dal diritto, che attribuisce loro effetti giuridici; e che gli atti giuridici sono atti "creati" dal diritto, affinché possano produrre effetti giuridici (12).

3. - Alla base dell'idea di codice c'è, come è noto, un fondamentale principio della civiltà moderna: è il principio di uguaglianza, quale si era diffuso nell'Europa continentale a partire dalla Rivoluzione francese. L'idea di codice era nata subito dopo la Rivoluzione: già la Costituzione del 1791 aveva annunciato, in Francia, il programma di "un codice di leggi civili comuni a tutta la repubblica". Il rapporto fra principio di uguaglianza e codificazione del diritto è evidente: i cittadini, per essere uguali fra loro, debbono essere assoggettati tutti ad una medesima legge; e la legge, per essere uguale per tutti, deve essere formulata nei termini più generali ed astratti: riferirsi, senza discriminazione, a "chiunque" e riguardare, senza distinzione, "qualsiasi fatto". Nel codice civile francese del 1804 il processo di astrazione mette capo al concetto generale di contratto, assunto quale atto di volontà per eccellenza, mediante il quale "una o più persone si obbligano, verso una o più altre persone, a dare o a fare o non fare qualcosa" (art. 1101). Intorno a questo concetto è elaborata una disciplina fatta di norme generali ed astratte, comuni alla varia tipologia dei singoli contratti, come la vendita, la locazione, il mandato ecc., punto di partenza di varie classificazioni, come quelle dei contratti sinallagmatici o unilaterali, commutativi o aleatori, onerosi o gratuiti.

Nell'area culturale tedesca, ad opera dei giusnaturalisti prima e dei pandettisti poi, il processo di astrazione aveva condotto più oltre, fino all'atto di volontà in quanto tale. È il negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) o dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*), e il codice civile tedesco del 1900 colloca quest'ultima nel primo libro, detto "parte generale", ai §§ 116 ss., erigendola a categoria ordinante il sistema del diritto civile.

Il codice civile francese aveva regolato separatamente il contratto, il matrimonio, il testamento; il codice civile tedesco detta, sotto il nome di "dichiarazione di volontà", norme comuni a queste tre figure. Così la disciplina dei vizi del consenso (errore, dolo, violenza), che nel primo era separatamente formulata per ciascuna di queste tre figure, diventa nel secondo la indifferenziata disciplina dei vizi della volontà.

Il concetto tedesco di negozio giuridico è costruito in modo da coprire per intero la vasta area entro la quale la costituzione o la modificazione o l'estinzione dei rapporti giuridici è, in vario grado, rimessa alla libera determinazione dei privati. È concetto coestensivo a quello di autonomia privata; riduce a unità concettuale ogni possibile manifestazione di questa, tanto del diritto di famiglia (atto di matrimonio, riconoscimento di figlio naturale ecc.) e del diritto successorio (testamento) quanto del diritto patrimoniale (contratti, promesse unilaterali ecc.). Le analogie presenti, o supposte come presenti, in questa varia tipologia vengono assunte come il segno della appartenenza dei vari tipi a un comune "genere". Le analogie consistono nel ruolo che in ciascun tipo svolge, o si ritiene svolga, la volontà del privato, assunta come volontà creatrice dell'effetto costitutivo, modificativo e estintivo del rapporto giuridico. Gli elementi di identità, che l'analogia presenta, vengono separati dagli elementi di diversità: i primi sono gli elementi che definiscono il genere, che è appunto il negozio giuridico, quale dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici; i secondi vengono, invece, utilizzati per costruire le varie specie del medesimo genere.

Così si distingue, a seconda del numero delle parti, fra negozi giuridici unilaterali, bilaterali, plurilaterali: fra i primi sono il testamento, il riconoscimento di figlio naturale, l'atto di fondazione, la procura, le promesse unilaterali, la deliberazione e il voto ecc.; fra i secondi figurano il matrimonio e i cosiddetti contratti di scambio; all'ultima specie appartengono i contratti di associazione, di società, di consorzio. Si identifica, in contrapposto ai negozi "fra vivi", la specie del negozio "a causa di morte" (ancora il testamento); in rapporto alla diversa rilevanza della causa si distingue fra negozi giuridici causali e astratti, distinguendo ulteriormente fra negozi solo processualmente astratti (promessa di pagamento e ricognizione di debito) e negozi materialmente astratti (titoli di credito cambiari); si parla di "negozi giuridici dispositivo" (i soli a essere, propriamente, costitutivi, modificativi o estintivi di rapporti giuridici) e di "negozi giuridici dichiarativi", che si limitano ad accertare un preesistente rapporto giuridico (ancora la promessa di pagamento, la ricognizione di debito), producendo l'effetto, negoziale, di invertire l'onere della prova circa la sussistenza del rapporto fondamentale.

La filosofia sottostante alla categoria del negozio giuridico, quale era stato fondato dai giusnaturalisti tedeschi del Settecento (13) e poi rielaborato dalla pandettistica tedesca della prima metà dell'Ottocento, risiede nella esaltazione della volontà dell'uomo, assunta come il fattore generatore di ogni modificazione della realtà giuridica (cosiddetto "dogma della volontà"). Esso è, afferma Savigny, la manifestazione della "capacità naturale della persona di indurre mutamenti mediante atti di volontà" (14); è, ribadisce Windscheid, espressione della "forza creatrice della volontà" (15).

Il processo di astrazione, dal quale nasce la categoria, si inquadra nel più vasto processo che attraverso l'astrazione mira all'uguagliamento del diritto. È il processo iniziato dalla codificazione francese: l'obiettivo è di realizzare un diritto uguale per tutti i cittadini, senza distinzione di condizione sociale o economica o professionale; un diritto pensato in funzione della unità del soggetto giuridico. Il processo di astrazione, che in Francia si era arrestato con la codificazione della categoria generale del contratto, prosegue in Germania oltre il contratto. Se il contratto evoca, quanto meno, l'immagine di una duplicità di soggetti e, come suo referente economico, l'atto di scambio, il negozio giuridico, che è pensabile come l'atto di un solo individuo, realizza nel modo più completo l'unità del soggetto di diritto, e finisce con l'eliminare, per il suo massimo grado di astrattezza, ogni possibile riferimento al sottostante rapporto economico o sociale (16).

4. - Tutt'altro discorso vale per i paesi anglo-sassoni. Al razionalismo francese ed all'idealismo tedesco si contrappone l'empirismo inglese, che induce quei giuristi a rifuggere il più possibile dalle astrazioni concettuali. A ciò si aggiunge la strutturale differenza fra *civil law* e *common law*, il diverso modo di elaborare categorie giuridiche, in dipendenza della loro diversa fonte, prevalentemente legislativa nel primo, prevalentemente giudiziaria nel secondo. Il *civil law* è, quanto meno quello prodotto dalle codificazioni, il "diritto dei professori": il suo pregio è la "scientificità", intesa come sistemazione del materiale normativo

entro vaste categorie ordinanti, caratterizzate da alto grado di astrazione. Il *common law*, per contro, è diritto creato dai giudici, a partire dalla esperienza concreta, ed elabora categorie giuridiche di gran lunga meno estese, più aderenti alla tipologia della realtà. Si può dire, nei termini della filosofia analitica, che il linguaggio giuridico dei *common lawyers* è il linguaggio cosale, che ha per oggetto le cose che arredano il mondo; quello dei giuristi dell'area romanistica è, piuttosto, un metalinguaggio, che ha per oggetto non cose, ma altri linguaggi.

Il diverso grado di astrazione che caratterizza, in ordine crescente, i sistemi anglosassone, romano-francese e romano-tedesco può essere reso evidente con una esemplificazione.

- *primo grado di astrazione:*

la vendita e la locazione sono entrambe accordi per lo scambio di prestazioni, quantunque si tratti di prestazioni diverse nell'una o nell'altra; se ne può ricavare, per astrazione, il concetto di contratto, quale accordo per lo scambio di prestazioni;

- *secondo grado di astrazione:*

la donazione ha in comune con la vendita il fatto d'essere un accordo per l'esecuzione di una prestazione, ma non c'è scambio con una controprestazione. Se ne può ricavare, per astrazione, un concetto di contratto che prescinde dallo scambio di prestazioni e che presenta due sottospecie: il contratto a titolo oneroso, basato sullo scambio, e il contratto a titolo gratuito, non basato sullo scambio;

- *terzo grado di astrazione:*

la vendita, la donazione e il testamento hanno in comune il fatto di essere dichiarazioni di volontà con le quali si dispone di propri diritti; ma il testamento non richiede, come la vendita e la donazione, due concordanti dichiarazioni di volontà destinate a formare un accordo: basta la volontà del solo disponente. E allora si può ricavare, per astrazione il concetto di dichiarazione di volontà, o negozio giuridico, del quale sono sottospecie il negozio unilaterale e il contratto, che a sua volta ha come sottospecie il contratto a titolo oneroso e il contratto a titolo gratuito.

Orbene, il *common law* si è fermato al primo grado di astrazione: è *contract* solo quello che in *civil law* è definito contratto a titolo oneroso ⁽¹⁷⁾. Il linguaggio giuridico corrisponde al linguaggio cosale; è contratto, per *common law*, ciò che è tale per senso comune, ossia l'accordo per lo scambio di una prestazione e di una controprestazione. Il sistema romano-francese si è fermato al secondo grado di astrazione: il contratto può essere a titolo oneroso o a titolo gratuito. Il sistema romano-tedesco è pervenuto al terzo grado di astrazione: il negozio giuridico può essere unilaterale o bilaterale.

Né il contratto in generale del diritto francese, né tanto meno il negozio giuridico del diritto tedesco hanno referenti nel mondo della realtà; esistono solo nel mondo del diritto, solo sulla scena giuridica verbalizzata, come direbbe la filosofia analitica. Il contratto in generale, pur nella limitata accezione dei *common lawyers*, mal si addice all'empirismo anglosassone, e la letteratura giuridica lo impiega come categoria descrittiva, mentre in chiave operativa continua a fare riferimento ai singoli tipi contrattuali. La locuzione *contract* è entrata nell'*Uniform Commercial Code* americano, ma solo per designare la vendita, come sinonimo di *sale*, di vendita.

Valga anche un'altra esemplificazione: in *civil law* si suole attribuire al contratto la virtù di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali in un'unica e superiore volontà, che è la "volontà contrattuale", distinta da quella dei singoli contraenti: si è scritto che "le varie volontà si fondono in una e sorge la volontà obiettiva, superiore alle singole volontà dei contraenti" ⁽¹⁸⁾. A partire dalla secentesca sistemazione di Domat i giuristi continentali attribuiscono al contratto "forza di legge" (così, sulla traccia del *Code Napoléon*, l'art. 1372 dello stesso codice civile italiano), vi ravvisano una volontà trascendente quella delle parti che sono concorse a formarlo. I *common lawyers*, per contro, guardano con diffidenza a questa "metafisica" riconduzione ad unità di volontà dichiarate da soggetti diversi, quantunque fra loro conformi. Preferiscono scomporre il contratto nelle conformi volontà unilaterali dei contraenti, ciascuno dei quali vincolato da null'altro se non dalla propria volontà, in quanto conforme alla volontà dell'altro ⁽¹⁹⁾.

5. - Quarant'anni dopo la codificazione civile tedesca, che aveva accolto, sovraordinandola al contratto, la nozione generale di dichiarazione di volontà, si pose per gli artefici del nuovo codice civile italiano il problema se restare fedeli all'antico modello francese, cui si era conformato il codice civile del 1865, o se, sull'esempio tedesco, includere fra le categorie del diritto privato quella del negozio giuridico, elevandola a categoria ordinante l'intero ambito dell'autonomia privata, in rapporto di genere a specie rispetto al contratto, al matrimonio, al testamento e agli atti unilaterali in genere.

L'opzione del codice civile italiano ubbidì ad una più generale scelta di metodo della legislazione, che si definì come "metodo dell'economia" e che portava al ripudio dei concetti giuridici astratti. La scelta del codice civile tedesco, era consistita nella fondazione di una categoria logico-giuridica - e, anzi, di una super-categoria - separata dalla tipologia economico-sociale: il concetto di negozio giuridico è, come è stato scritto, "tipica costruzione generalizzante, senza contenuti storici: una astrazione-volatilizzazione del reale" ⁽²⁰⁾. Gli artefici del codice civile italiano del 1942 compiono una opposta scelta: rovesciano la prospettiva tedesca, facendo del contratto la categoria ordinate, e dichiarando che le relative norme si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali, purché fra vivi e aventi contenuto patrimoniale (art. 1324). La diversa politica della costruzione giuridica è qui di tendere ad adeguare le categorie giuridico-formali alla tipologia sociale: il contratto ha nell'atto di scambio un preciso referente economico; la categoria giuridica è collocata su "un piano inclinato che spinge verso la dimensione economico-sociale" ⁽²¹⁾, mentre l'accorgimento adottato dall'art. 1324, di rendere le norme sui contratti applicabili agli atti unilaterali "in quanto compatibili", instaura la necessità di una verifica, di volta in volta, delle condizioni necessarie per la loro applicazione.

Anche l'introduzione del concetto di imprenditore in luogo del concetto di commerciante fu, per gli artefici del codice civile, il frutto di questa tecnica legislativa, detta "metodo dell'economia": le forme giuridiche dovevano corrispondere alla sostanza economica dei fenomeni regolati dal diritto ⁽²²⁾; i concetti giuridici dovevano avere come "punto di partenza" i concetti economici ⁽²³⁾. Ancora in nome del metodo dell'economia

si deliberò di non accogliere, sul modello della *Willenserklärung* del *BGB*, la categoria del negozio giuridico, in quanto astrazione priva di riscontro nella realtà. A quel metodo non si addiceva una categoria che accomunasse il contratto, il matrimonio, il testamento - figure dotate ciascuna di una distinta tipicità sociale - in una indistinta dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Si preferì regolare "quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto" (Relazione al re, n. 250); si precisò che "il contratto è, in verità, lo strumento per lo scambio dei servizi e dei beni su cui si basa la produzione, il mezzo giuridico per la concessione del credito necessario all'incremento della produzione, è in definitiva l'espressione dell'iniziativa privata da cui comincia e si svolge la vita dell'economia" (Relazione al guardasigilli, n. 10).

A questa scelta della nostra codificazione civile si ribellerà, nei primi decenni di applicazione del codice, una parte cospicua della dottrina italiana, formata alla scuola tedesca, che introdurrà la categoria del negozio giuridico nella sistemazione concettuale del diritto civile italiano, collocandola nella "parte generale" del sistema, mentre il contratto sarà relegato fra le "parti speciali" del diritto civile, sullo stesso piano dell'atto unilaterale, in posizione sotto-ordinata rispetto al negozio giuridico. Oggi si può dire che quelli fra i nostri civilisti che ancora parlano di negozio giuridico ne parlano più per abitudine linguistica che per convinzione concettuale. Non ne parlano per alludere all'antico "superconcetto", trascendente il contratto e l'atto unilaterale, ma solo per utilizzare un sinonimo dell'uno o dell'altro ⁽²⁴⁾. Quando, ad esempio, si dice negozio fiduciario, si vuole dire contratto fiduciario e null'altro che contratto fiduciario; e quando ci si esprime in termini di atto negoziale altro non si vuole esprimere se non di essere in presenza di un atto di volontà, anziché di una dichiarazione di scienza. L'uso di questa locuzione come semplice sinonimo è, ovviamente, innocuo, salva solo la evidente controindicazione nelle relazioni internazionali con operatori giuridici di lingua inglese o di lingua francese, nelle quali manca, nel lessico tecnico-giuridico come in quello corrente, l'equivalente di una simile locuzione ⁽²⁵⁾.

La nostra civilistica di formazione tradizionale parla ancora di negozio giuridico, ma pensa, fondamentalmente, al contratto ⁽²⁶⁾; e non di rado esclude che testamento e matrimonio siano, al pari del contratto, altrettanti negozi giuridici ⁽²⁷⁾; sicché l'evocazione del negozio giuridico finisce con l'essere solo un omaggio alla tradizione o, come nel pensiero di Giovan Battista Ferri, l'esaltazione della funzione che nel contratto svolge la volontà dei contraenti.

Nella nostra giurisprudenza ancora si ritrova talvolta la locuzione negozio giuridico; ma non si pensi ad alcunché di arcano: è solo un sinonimo di contratto. Neppure può dirsi che per negozio giuridico la giurisprudenza intenda l'atto di volontà, così accomunando il contratto e l'atto unilaterale di volontà. Seguendo la prevalente dottrina, essa non intende per atti unilaterali, quando applica il già citato art. 1324, solo gli atti unilaterali di volontà; ma intende - lo si vedrà a suo luogo (n. 119) - tutti gli atti unilaterali, anche diversi dagli atti di volontà, come le dichiarazioni di scienza, le comunicazioni, le partecipazioni; sicché la categoria sovraordinata, se proprio la si vuole individuare, finisce con l'essere, proprio come nel sistema francese, non già il negozio giuridico quale dichiarazione di volontà, bensì la più generale nozione di *atto giuridico*, quale atto diretto a produrre effetti giuridici (*supra*, n. 2).

6. - Il contratto è la figura giuridica introno alla quale si incentra, nell'odierna economia globale, la formazione di un diritto transnazionale. Il crescente allargamento dei mercati oltre il confine degli Stati e fuori dell'ambito di applicazione del loro diritto, sta dando luogo, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, alla formazione di regole giuridiche uniformi, destinate a regolare i rapporti commerciali transnazionali.

Si tratta, per aspetti limitati, di regole concordate per convenzioni internazionali, come nel caso della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili corporali; si tratta, per più estesi aspetti, di un diritto uniforme spontaneo, creato dagli usi del commercio internazionale e amministrato dai tribunali arbitrali internazionali. I giuristi gli hanno dato il nome di Nuova *lex mercatoria*, volendo con ciò alludere, alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto lo fu il diritto dei mercanti medievali.

L'antica *lex mercatoria* aveva preceduto l'avvento degli Stati moderni, la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora, ossia del diritto romano, ormai rivelatosi come non più adatto alle mutate esigenze dei traffici. La Nuova *lex mercatoria* agisce, all'opposto, entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica del mercato in una pluralità di Stati. La sua funzione consiste nel superare la discontinuità giuridica da questi provocata. Entro la Nuova *lex mercatoria* si dissolvono tanto i particolarismi giuridici delle codificazioni nazionali, quanto le differenze esistenti tra il *civil law* e il *common law* ⁽²⁸⁾.

Dalla Nuova *Lex mercatoria* è stata elaborato dall'Istituto per l'unificazione del diritto privato (Unidroit) un'organica compilazione, che reca il titolo "Principi dei contratti commerciali internazionali". Il suo contenuto corrisponde a ciò che, nelle codificazioni nazionali, costituisce la parte generale sul contratto (e, per le codificazioni che accolgono il concetto di negozio giuridico, anche la parte a questo relativa). La prima edizione di questi "principi" è del 1994, la seconda del 2004. Unidroit non ha, ben inteso, la pretesa di legiferare; non ne avrebbe l'autorità. Sono, piuttosto i lodi arbitrali a fare riferimento ai Principi Unidroit come alla "fonte attendibile del diritto commerciale internazionale", secondo un'espressione che è in essi ricorrente ⁽²⁹⁾. Essi sono, per la giurisprudenza arbitrale internazionale, la riconosciuta fonte di cognizione della Nuova *lex mercatoria*, la cui fonte di produzione resta pur tuttavia la consuetudine, quale fonte non scritta di diritto oggettivo ⁽³⁰⁾.

Le regole di diritto che compongono la Nuova *lex mercatoria* sono, per alcuni aspetti, il frutto della generalizzazione di principi già vigenti nei sistemi statuali, di *civil law* o di *common law*; altre volte, invece, la regola tratta degli usi del commercio internazionale è del tutto originale, priva di riscontro nei sistemi nazionali anteriori. Risultano, in particolare, quanto mai originali le figure della *Gross disparity* e del *Hardship* che portano a conseguenze estreme, prima sconosciute a tutti i diritti nazionali, quel criterio di equità contrattuale che la Nuova *lex mercatoria* ha ereditato dall'antica.

La crisi degli Stati nazionali ha portato con sé la crisi della statualità del diritto. Un diritto regolatore degli scambi transnazionali non può essere che un diritto a produzione diffusa, creato in forza degli usi ed emergente dalla giurisprudenza arbitraria internazionale, oltre che da quel lavoro di ricognizione e di sistemazione cui Unidroit sta attendendo. La mediazione politica degli interessi in gioco, propria del diritto legislativamente creato dagli Stati (o dal diritto uniforme creato per convenzioni fra Stati) è qui sostituita dalla mediazione culturale dei giuristi (ed a 19 giuristi, provenienti da tutti i continenti, sono dovuti i Principi Unidroit), che hanno valutato ciò che, secondo buona fede e ragionevolezza, gli operatori economici si attendono, gli uni dagli altri, nel commercio internazionale. La mancanza di investitura democratica degli artefici di un simile diritto non suscita riserve. Da sempre, opera, quale fonte di legittimazione del diritto, quella forma di consenso diffuso che si riassume nel concetto di *opinio iuris atque necessitatis* e che tuttora produce diritto senza passare attraverso i procedimenti della rappresentanza politica. Non si obietti che, nel sistema delle fonti vigenti nelle codificazioni moderne, le consuetudini sono gerarchicamente subordinate alla legge. Nell'altra metà del mondo del diritto, cioè nel *common law*, il principio del *rule of law*, ossia dello Stato di diritto, non ha portato al primato della legge, e non si ha difficoltà ad ammettere che regole giuridiche possono essere prevalentemente create da fonti non legislative, come la consuetudine e il *judge made law*. Alla prova dei fatti la *lex mercatoria* sfata il luogo comune secondo il quale essa, in quanto diritto non democraticamente formato, trascurerebbe la protezione dei contraenti deboli, che solo un diritto democraticamente elaborato potrebbe adeguatamente proteggere. Valga l'ironico commento di un giurista tedesco: è un vero scandalo, per il giudice nazionale, che un lodo arbitrario reso secondo la *lex mercatoria* tuteli il contraente debole più di quanto possa tutelarlo qualsiasi diritto nazionale ⁽³¹⁾.

Per un più ristretto ambito, quello dei paesi aderenti all'Unione europea, sono in corso di elaborazione i "Principi del diritto europeo dei contratti" (noti come principi Lando per il nome del giurista che presiede la commissione che li predispose), pensati come futuro diritto dell'Unione europea, da emanare per atto legislativo comunitario. Ora non è dato di sapere se davvero lo diverranno, così prevalendo, per l'ambito europeo, sui Principi Unidroit, e se non si imponga la più saggia decisione di prendere atto della già sperimentale capacità di questi ultimi di rispondere alle esigenze di una moderna disciplina dei contratti, confermata oltretutto dalla adesione non già ai principi Lando, bensì ai Principi Unidroit, da parte di legislatori europei (introduzione dell'*Hardship* nel codice civile tedesco riformato nel 2002) e dallo stesso legislatore comunitario (nullità di clausole vessatorie, implicanti violazione della buona fede), oltre che dalle giurisprudenze nazionali, in particolare per ciò che attiene alla equità correttiva del contratto, alla concezione oggettiva della buona fede contrattuale e alle conseguenze invalidanti della sua violazione, come nel corso di questo libro si avrà occasione di mettere in evidenza (nn. 13, 114).

(*) Introduzione al volume: Galgano, *Il contratto*, in corso di stampa per i tipi della Cedam.

(1) Il frammento figura in *Digesto* 1.3.41, tratto dal secondo libro degli *Ulpiani institutionum libri*.

(2) "A questa forma di proprietà - scrive Solari riguardo al *code Napoléon* (*Individualismo e diritto privato*, Torino, rist. 1959, p. 193) - dedica il Codice la maggior parte delle sue disposizioni: essa ne costituisce l'istituto fondamentale che dà valore e significato a tutti gli istituti e rapporti civili. Basti ricordare che il figlio è protetto nella misura in cui è proprietario, che la tutela mira soprattutto a garantire gli interessi patrimoniali del minore, che il matrimonio appare nel Codice ben più un'unione di beni che di persone, che tra i contratti sono particolarmente regolati quelli che come la vendita, la società, il deposito, il sequestro, hanno per presupposto la proprietà".

(3) Era "il diritto dell'attività rurale nel diciottesimo secolo. I redattori del Codice non considerano quasi l'industria nascente. La materia della loro preoccupazione è solo la proprietà fondiaria affrancata dal dominio diretto signorile. I contratti che regolano sono i contratti che il nostro antico diritto ha ereditato da Roma: la vendita e la locazione sono quelle degli immobili, la società è di antico stampo, la locazione degli operai è assimilata a quella dei domestici" (Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, II ed., Paris, 1951, p. 15).

(4) E rinvio, per più diffuse notizie al riguardo, alla mia *Lex mercatoria*, IV ed., Bologna, 2002, p. 38 ss.

(5) Degno di nota è il giudizio espresso, al principio del Novecento, da Sombart, *Il capitalismo moderno*, trad. it., Torino, 1967, p. 167: "ogni problema tecnico deve poter venire risolto per mezzo della stipulazione di un contratto, alla più vantaggiosa configurazione del quale sono orientati tutti i pensieri e gli sforzi dell'imprenditore capitalista. Sia che si scambino prestazioni di lavoro con beni reali o beni reali con beni reali, quel che importa è che alla fine rimanga sempre nelle mani dell'imprenditore capitalista quell'eccedenza in valore di scambio (denaro), al cui raggiungimento è volta tutta la sua attività".

(6) E la laicità, oltre che la scientificità, del diritto naturale era rivendicata da Grozio, nel *De iure belli ac pacis*: esso sarebbe esistito *etsi Deus non daretur*. Il concetto di diritto naturale, che i giusnaturalisti moderni rilanciavano, era attinto dalle fonti romane, dove ne figura la nozione come *quod natura omnia animalia docuit*.

- (7) E fu Pufendorf a proclamare che *ius naturalis nihil amplius requirere, ut dominium transferatur, quam consensum dantis*, il diritto naturale nulla di più richiede, per il trasferimento della proprietà, se non il consenso del dante causa.
- (8) Così P. Rescigno, voce *Atto giuridico (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*.
- Il lessico del codice civile non è sempre coerente: gli artt. 2598-2601 si riferiscono agli "atti" di concorrenza sleale, là dove coerenza avrebbe richiesto che si fosse parlato di fatti.
- (9) Che l'adempimento sia da classificare fra i fatti giuridici era già chiaro ad Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 385 ss.; come è da tempo avvertita l'irrilevanza dell' *animus solvendi*, cui in passato si attribuiva rilevanza: segnalo la dimostrazione critica di P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 104 ss.; di Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 27 ss. Altro dall'adempimento è l'individuazione della prestazione da eseguire quando, come nel caso delle obbligazioni di genere, debba essere effettuata, a norma dell'art. 1378, la scelta della cosa da prestare.
- (10) Per la quietanza si richiede, infatti, la capacità legale di agire: cfr. Cass., 19 agosto 1977, n. 3795, in *Mass. Foro it.*, 1977, con riferimento al lavoratore infradiciottenne ed alla riscossione della sua retribuzione.
- (11) Analizzata e classificata da Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966; Id., voce *Partecipazioni e comunicazioni*, in *Enc. dir.*, p. 30 ss.
- (12) Bisogna avvertire che allo schema di classificazione qui tracciato, che è quello accolto dal codice civile, taluno sovrappone un diverso schema, di origine tedesca, il quale considera come fatti giuridici i soli fatti naturali, come atti giuridici i fatti umani e, inoltre, le dichiarazioni di scienza e le partecipazioni e comunicazioni, mentre le dichiarazioni di volontà sono i negozi giuridici. Per i tedeschi v. Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, p. 646 ss. (un saggio del quale, *Natura e inquadramento sistematico degli atti giuridici privati*, si legge in *Ann. dir. comp.*, 1941, p. 133). Gli sviluppi in Italia sono dovuti a Pugliatti e Falzea, *I fatti giuridici*, Messina, 1945; V.M. Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Napoli, 1955; Panuccio, cit. alla nota 11.
- (13) Il concetto di *negotium juridicum* - lo segnala Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1957, p. 340 s. - è di origine giusnaturalista e figura per la prima volta nel *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae*, pubblicato dal Nettelbladt nel 1749; sono già presenti i concetti di dichiarazione e di volontà; si parla di " *dispositiones, quae sunt declarationes de eo quod fieri, vel non fieri quis vult*".
- (14) Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., III, Torino, 1900, p. 337.
- (15) Windscheid, *Diritto delle pandette*, a cura di Fadda e Bensa, I, Torino, 1930, p. 264, nota 2.
- (16) E nel pensiero del Savigny analoga funzione svolge, rispetto al diritto di proprietà, il concetto di rapporto giuridico, così da "elevare questo diritto al livello più astratto e generale possibile" e di "renderlo apparentemente espressione della società in generale e non della classe (borghese) in particolare": così Di Majo, voce *Situazioni giuridiche*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer, Diritto 2*, Milano 1972, p. 451 s.
- (17) Cfr. Alpa, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano, Bologna, 2006, p. 91 ss.
- (18) Così, fra i tanti, F. Filomusi-Guelfi, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, Napoli, 1873, p. 90; come poi L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 140 s., dove altre citazioni, alle quali *adde* Redenti, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 897 ss.
- (19) Di qui la corrente definizione del contratto come "promessa accettata" o come "set di promesse": cfr. Alpa, in *Atlante di diritto privato comparato, loc. cit.*
- (20) Cerroni, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 487.
- (21) Cerroni, *La libertà dei moderni*, Bari, 1968, p. 487; e v., per analoghe argomentazioni critiche nei confronti del concetto di negozio giuridico, già P. Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 181 ss.; Allara, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 20 ss., anche se quest'ultimo finiva con il fare capo, anziché al concetto di contratto, al duplice concetto di atto recettizio e di atto non recettizio.
- (22) Cfr. Santoro-Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 377.
- (23) Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 2.
- (24) Per Irti, *La regola e l'eccezione (resoconto sulla dottrina italiana del diritto privato nel secolo XX)*, in *Dir. e soc.*, 1997, p. 448, la categoria del negozio giuridico "ormai sopravvive soltanto per una sorta

di misticismo dottrinario"; e il suo declino si accompagna a quello della tradizione dogmatica, segnando "la fine di un primato storico e ideologico", con il risultato di "restituire ariosa libertà alla nostra dottrina, traendola da vincoli soffocanti". Concordante valutazione in De Nova, voce *Contratto*, in *Enc delle scienze sociali*, IX, 2001, p. 61: "consumato negli anni settanta-ottanta l'addio al negozio giuridico come categoria ordinante e unificante dall'autonomia privata, il contratto ne ha assunto il ruolo".

(25) Ho altrove messo in evidenza (*Il negozio giuridico*, II ed., Milano, 2002, p. IX), come la locuzione sia stata addirittura considerata dai giuristi inglesi come intraducibile nella loro lingua.

(26) Così resta un libro sul contratto il saggio di G.B. Ferri, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1987. Costata che "la teoria del negozio giuridico è stata costruita prevalentemente sullo schema patrimoniale del contratto" anche Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 134, nota 376.

(27) Segnalo anche che molti autori hanno negato *expressis verbis* che il testamento sia un negozio giuridico (Nicolò, Lipari, G.B. Ferri, Irti) o contestato la possibilità di una *reductio ad unum* del contratto e del testamento (Rescigno). Rinvio per le citazioni alle sedi pertinenti; qui richiamo l'attenzione su quanto scrive, riguardo ai "negozi non patrimoniali", come il matrimonio, non riducibili ad unità con il contratto, Perlingieri, cit., p. 134 ss.

(28) Rimando per più diffuse notizie sull'antica *lex mercatoria* e sul confronto con la Nuova al mio *Lex mercatoria*, IV ed., Bologna, 2002.

(29) Ampia informazione al riguardo in Marrella, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003; nonché in Galgano-Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, II ed., Padova, 2007.

(30) Rimando sul punto al mio *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

(31) Così Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, trad. it., Roma, 2005, p. 17 ss., traendo spunto da un lodo pronunciato in una controversia fra una grande multinazionale e una piccola impresa del Terzo mondo, che ha dato torto alla prima e ragione alla seconda.